

CONTRA CSM: PARLARE A NUORA PERCHÉ SUOCERA INTENDA

CONTRA CSM: FALAR SOBRE PARA QUE SE ENTENDA

COUNTER CSM: SPEAK ABOUT TO BE UNDERSTOOD

EMILIO SANTORO

<https://orcid.org/0000-0001-6402-0594> / emilio.santoro@unifi.it

Professore ordinario di Filosofia del Diritto - UNIFI. Dottorato in Scienze politiche e sociali presso l'Istituto Universitario Europeo. Visiting Fellow nella School of Economic and Social Studies della University of East Anglia e Visiting Professor presso l'Office of Social Service Research and Development della Louisiana State University, Baton Rouge, Usa; Scientist in Charge per il progetto European Citizenship and the Social and Political Integration of the European Union.

RIASSUNTO

In Italia non esiste un rimedio preventivo e compensativo nel sistema giudiziario per pregiudizio del carcere. Pertanto, il CSM ha assegnato al magistrato di sorveglianza la giurisdizione per valutare la compensazione, ma solo quando la lesione è attuale. In altri casi, la giurisdizione ricade sul Tribunale Ordinario. Succede che ciò limita la competenza del magistrato di sorveglianza e di conseguenza la possibilità che i detenuti ricevano il risarcimento dei danni. In questo contesto, l' articolo esplora nel primo capitolo l'interpretazione letterale della tesi di CSM, nel secondo la spiegazione delle ragioni della divisione della competenza dell'arte. 35 TER, nel terzo l'interpretazione del CEDU relativo all'art. 35 - TER e nel quarto, e ultimo, la questione del significato del termine "pregiudizio attuale". La conclusione è che l'argomentazione del CSM renderebbe l'appello inefficace per molte vittime di appropriazione indebita. Cioè, secondo la propria Corte EDU, ricorsi come questi in esame dovrebbero essere disponibili e adeguati, altrimenti non avranno l'efficacia e l'accessibilità desiderate.

Parole chiave: pregiudizio del carcere; appropriazione indebita.

RESUMO

Na Itália, não há no ordenamento jurídico remédio preventivo e compensativo dos prejuízos sofridos no cárcere. Dessa forma, o CSM atribuiu competência ao magistrado de vigilância para avaliar o ressarcimento dos prejuízos, mas apenas quando é atual. Nos outros casos, a competência recairia sobre o Tribunal Ordinário. Ocorre que isso limitou a competência do magistrado de vigilância e consequentemente a possibilidade dos detentos receberem o ressarcimento dos danos. Nesse contexto, o presente artigo explora no primeiro capítulo a interpretação literal da tese do CSM, no segundo a explicação das razões da repartição de competência do art. 35- TER, no terceiro a interpretação do recurso da CEDU referente ao art. 35 - TER e, no quarto, e último, a questão do significado da expressão "prejuízo atual". A conclusão é que o argumento da CSM tornaria o recurso ineficaz para muitas vítimas da detenção indevida. Ou seja, de acordo com a própria corte EDU recursos como este em análise devem ser disponíveis e adequados, sob pena de não terem a eficácia desejada e a acessibilidade.

Palavras-chave: prejuízos sofridos no cárcere; detenção indevida.

ABSTRACT

In Italy, there is no legal remedy in the legal system to compensate for losses suffered in prison. In this way, the CSM assigned the magistrate the competence to evaluate the compensation of damages, but only when it is current. In other cases, jurisdiction would lie with the ordinary court. This has limited the competence of the supervising magistrate and consequently the possibility of the inmates receiving reimbursement of damages. In this context, this article explores in the first chapter the literal interpretation of the CSM thesis, in the second the explanation of the reasons for the division of competence of art. 35- TER, in the third the interpretation of the CEDU appeal regarding art. 35 - TER and, in the fourth, and last, the question of the meaning of the term "current prejudice". The conclusion is that CSM's argument would render the appeal ineffective for many victims of misappropriation. That is, according to EDU's own court resources such as this under review should be available and appropriate, otherwise they will not have the desired effectiveness and affordability.

Keywords: prejudice of prison; misappropriation.

SOMMARIO

INTRODUZIONE; 1 PIANO DELL'INTERPRETAZIONE LETTERALE; 2 RATIO DELLA RIPARTIZIONE DI COMPETENZA PREVISTA DALL'ART. 35-TER; 3 L'INTERPRETAZIONE DELLA CEDU DEL RIMEDIO COMPENSATIVO FORNITO DALL'ART. 35-TER: LA "SENTENZA STELLA"; 4 CHE VUOL DIRE "PREGIUDIZIO ATTUALE"?; CONCLUSIONE: AZIONE CIVILE RICORSO EFFETTIVO; BIBLIOGRAFIA.

INTRODUZIONE

L'art. 1 del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (l'Ordinamento penitenziario) l'art. 35-ter, recante «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 e internati», al fine di ottemperare alle prescrizioni contenute nella sentenza pronunciata dalla Corte EDU l'8 gennaio 2013 ("sentenza Torreggiani")¹ sul reclamo di sette persone che lamentavano le condizioni "inumane e degradanti" della loro detenzione. Questa norma adempie a una esplicita richiesta della Corte EDU, che nella sua pronuncia lamentava che l'Italia, oltre ad avere carceri sovraffollate, non aveva nel proprio ordinamento giuridico rimedi "preventivi" e "compensativi" del pregiudizio sofferto dai detenuti ai sensi dell'art. 3 CEDU. La Corte, ripercorrendo quanto aveva già fatto con altri Stati, ci chiedeva quindi di predisporre rimedi "preventivi" e "compensativi" che fossero facilmente accessibili ed effettivi.

L'art. 35-ter è stato frutto di un'elaborazione piuttosto travagliata che ha portato alla stesura di un testo normativo che definire "non chiarissimo", è un eufemismo². In particolare sta

¹ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, tr. it. [Torreggiani e altri c. Italia](#).

² A. DELLA BELLA, [Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014](#), in *questa Rivista*, § 21, parla di testo normativo «di assai difficile lettura, per sua struttura non proprio lineare e per la sua evidente lacunosità». F. FIORENTIN, [I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse](#), in *questa Rivista*, p. 2, scrive che le divergenze interpretative su questo articolo sono «alimentate da alcune non trascurabili opacità del testo normativo e da importanti lacune, che offuscano la nitidezza del quadro e rendono arduo anche il più modesto sforzo di razionalizzazione del vero e proprio ginepraio interpretativo prodotto dalla disciplina del rimedio compensativo». La pessima stesura del testo normativo è sottolineata da numerose ordinanze della Magistratura di sorveglianza: nell'[ordinanza del 14/10/2014 dell'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto](#), est. Gianfilippi, si parla «di fondati dubbi interpretativi determinati da una disposizione normativa sul punto poco limpida»; analogamente l'[ordinanza del 12/11/2014 dell'Ufficio di Sorveglianza di Verona](#), est. Omarchi, sostiene che «il testo normativo in esame è risultato di non facile interpretazione e comunque suscettibile di difformi interpretazioni (come emerso dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito dei Magistrati di Sorveglianza e dai primi commenti dottrinali) soprattutto con riguardo al significato del rinvio al pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lettera b) contenuto nel primo comma».

suscitando notevoli problemi interpretativi, che si ripercuotono in modo profondo sul contenuto della norma che da esso viene ricavata, il rinvio al “pregiudizio di cui all’articolo 69, comma 6, lett. b)” con cui l’articolo si apre.

Muovendo da questo rinvio, il CSM, con il parere tecnico sul d.d.l. di conversione del decreto 92/2014 (Odg. 1095 - Aggiunto del 30 luglio 2014) ha sostenuto che il nuovo art. 35-ter Ord. pen. statuisce la competenza del Magistrato di sorveglianza a valutare il risarcimento per il danno derivante dalla violazione dei parametri stabiliti per la detenzione dall’art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, solo quando il pregiudizio subito dal detenuto è “attuale”. Secondo il CSM infatti il nuovo strumento risarcitorio «si iscrive nell’ambito dei presupposti che consentono l’attivazione della tutela preventiva disciplinata dagli articoli 35-bis e 69 Ord. pen.», e «la clausola di apertura dell’enunciato normativo - del primo comma dell’art. 35-ter --, espressa dal periodo “Quando il pregiudizio di cui all’articolo 69, comma 6, lett. b)”, non può che rinviare alla medesima cornice giuridica del reclamo giurisdizionale». Quindi il Magistrato di sorveglianza sarebbe competente per il nuovo strumento risarcitorio solo quando dall’inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dall’Ord. pen. e dal relativo regolamento, «derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti». Negli altri casi la competenza spetterebbe al Tribunale ordinario.

Questa tesi è stata immediatamente condivisa in dottrina, a dire il vero solo sul piano dell’interpretazione letterale³, e accolta invece con tutte le sue conseguenze da numerose pronunce di giudici di sorveglianza. In particolare il Magistrato di sorveglianza di Alessandria, dottor Vignera, con due decreti emessi a circa un mese di distanza, il 26 settembre e il 31 ottobre, e pubblicati rispettivamente su [Giurisprudenza penale](#) e su [questa Rivista](#), con una motivazione, su questo punto specifico, praticamente fotocopia, ha fatto propria la tesi del CSM, il cui parere ha riprodotto per esteso in entrambi i provvedimenti⁴. Pochi giorni prima del primo decreto del magistrato di Alessandria, il 24 settembre, nello stesso senso si era pronunciato il magistrato di Vercelli, con un decreto pubblicato su [Persona e danno](#). Queste pronunce hanno inaugurato una serie di decisioni che hanno limitato la competenza del giudice di sorveglianza e, di conseguenza,

³ A. DELLA BELLA, *op. cit.* Della Bella (§ 13), secondo me correttamente, deduce dalla lettura dell’art. 35-ter data dal CSM, non l’impossibilità per i detenuti che non stanno subendo una lesione attuale dei loro diritti di rivolgersi al Magistrato di Sorveglianza per ottenere il risarcimento in forma specifica, ma una lacuna, da colmare in via interpretativa, assimilando la posizione di questi detenuti a quella dei detenuti che stanno subendo il danno al momento in cui presentano il ricorso pena l’incostituzionalità della norma per violazione dell’art. 3 della Costituzione. L’estensione per analogia della norma, essendo *in bonam partem*, non si scontrerebbe con il divieto posto dall’art. 14 prel. e consentirebbe ai detenuti di ricorrere al magistrato di sorveglianza e di ottenere il risarcimento in forma specifica.

⁴ Al punto 2 di entrambe le motivazioni.

la possibilità del detenuto di ottenere il risarcimento del danno in forma specifica mediante la riduzione proporzionale della pena residua ancora da espiare, ai casi nei quali l'“attualità” della condotta antiggiuridica dell'amministrazione contraria all'art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, sussiste al momento della presentazione del ricorso.

Sia il CSM che i magistrati di sorveglianza, fanno appello, per sostenere questa loro interpretazione, soprattutto al tenore lessicale dell'art. 35-ter: la preconditione dell'attualità del danno per adire il giudice di sorveglianza appare loro, come scrive il magistrato di Vercelli, “nitidamente disegnata dal testo normativo”. Questa tesi sembra condivisa da Fabio Fiorentin che, mentre da Magistrato di Sorveglianza di Vercelli era andato oltre la tesi del CSM richiedendo (§ 6.3) che l'attualità della decisione sussista non soltanto al momento della presentazione del ricorso ma anche a quello della sua decisione⁵, nella veste di commentatore adotta un approccio più problematico all'art. 35-ter. A suo parere, infatti, l'interpretazione del CSM, si caratterizza per la “stretta aderenza al riferimento testuale” e «poggia sulla esigenza di una interpretazione stretta del disposto normativo, stante l'eccezionalità della collocazione di uno strumento risarcitorio nell'ambito - del tutto peculiare - della giurisdizione attribuita alla Magistratura di sorveglianza»⁶. Anche il provvedimento dell'Ufficio di sorveglianza di Genova⁷, che pure rigetta l'interpretazione del CSM, sostenendo che possa portare ad un “impedimento all'esercizio del diritto”, la giudica «non priva di fondamento letterale e fondata su una strutturata - e, in linea generale e teorica, condivisibile - visione delle funzioni e delle competenze del Magistrato di sorveglianza». Questa della corretta interpretazione letterale della norma da parte del CSM, ma della inaccettabilità delle sue conseguenze è anche, come accennato, la linea del commento di Angela Della Bella, che per prima ha analizzato la norma.

Nelle note che seguono sosterrò che la tesi del CSM appare poco convincente sul piano, giuridicamente e pragmaticamente pregnante, dell'inquadramento sistematico della norma nel contesto della giurisprudenza della Corte EDU. Ma essa mi sembra insostenibile, in primo luogo, proprio sul piano dell'interpretazione letterale.

La mia analisi sarà non solo estremamente pedante, come preannunciato fin dal titolo di queste note, ma anche lunga (forse eccessivamente lunga). Mi sembra, però, fondamentale provare a proporre al vaglio critico tutti gli argomenti che mi sono venuti in mente contro

⁵ Nella già ricordata ordinanza del 12/11/2014 dell'Ufficio di Sorveglianza di Verona, est. Omarchi, si sostiene, direi con ragione, che questa interpretazione svuota completamente il testo normativo.

⁶ F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 4.

⁷ [Ordinanza Ufficio di Sorveglianza per le circoscrizioni dei Tribunali di Genova, Savona e Imperia](#), est. Daniela Verrina edita il 10 ottobre 2014.

l'interpretazione del CSM, perché la discussione tra i magistrati di sorveglianza, che appaiono spaccati quasi a metà sul punto, rischia di svilire non solo il rimedio fornito dall'art. 35-ter⁸, ma la stessa idea che, dopo quindici anni dall'appello della Corte Costituzionale, siamo finalmente entrati in una nuova era in cui i detenuti hanno una protezione giudiziale dei loro diritti.

Sono, infatti, passati quindici anni da quando con la sentenza n. 26/1999 la Corte Costituzionale ha affermato che «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». La Corte proseguiva sottolineando che l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti,

è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione.

Sulla base di queste premesse la Corte sollecitò il legislatore all'esercizio della funzione legislativa che ad esso compete e dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge n. 354 del 1975, «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale». Il legislatore però rimase totalmente inerte!⁹.

⁸ P. GORI, [Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione](#), in uno dei primi commenti alla norma, apparso su *Questione giustizia*, il 2 ottobre 2014, § 9, sottolinea che «se l'applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 35 ter o.p., pure fondata su importanti ragioni di interpretazione sistematica e di coordinamento del rimedio con l'art. 69 6° comma lettera b) o.p. e discendenti anche dalla natura stessa del reclamo, individuerà in modo consistente nella "attualità" della lesione e non del titolo detentivo il criterio distributivo della competenza tra magistrato di sorveglianza e tribunale civile, è probabile che venga fortemente circoscritta la vera innovazione normativa, costituita dall'introduzione del rimedio della riduzione della pena e dall'aver fornito per la prima volta al magistrato di sorveglianza un fondamento per risarcire il danno non patrimoniale da inumana detenzione».

⁹ Questa vicenda ci dovrebbe far riflettere sull'opportunità di introdurre una sanzione per lo Stato quando la Corte Costituzionale segnala un *vulnus* ai diritti garantiti dalla nostra Carta fondamentale rimediabile solo attraverso l'intervento del legislatore. La perentoria affermazione della necessità di introdurre un rimedio giurisdizionale per la tutela dei detenuti è rimasta, come altre sollecitazioni analoghe in campi diversi, predicazione nel deserto per appunto quindici anni, mentre sotto la spada di Damocle della condanna a pagare risarcimenti per migliaia di euro ad ogni detenuto il legislatore si è mosso solertemente dopo la sentenza della Corte EDU. Forse introducendo un meccanismo sanzionatorio per il Parlamento, e

Questa inerzia ha comportato che, a dieci anni di distanza, con la sentenza 266/2009, la Corte è tornata sul punto affermando che la sua decisione del 1999, «oltre a sollecitare l'intervento del legislatore (finora mancato)», richiedeva anche «ai giudici di ricercare, con gli strumenti dell'interpretazione sistematica, una soluzione conforme a Costituzione». Con soddisfazione la Corte notava che

ciò, in effetti, è avvenuto, perché la Corte di cassazione, pronunciando a Sezioni Unite penali, con sentenza del 26 febbraio 2003, n. 25079, decidendo sul contrasto giurisprudenziale insorto circa la natura del provvedimento del Magistrato di sorveglianza reso ai sensi del citato art. 35, ha affermato che, se un'interpretazione della normativa ordinaria conforme a Costituzione impone di rinvenire un mezzo di tutela definito dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi - proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che devono distinguerlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere - a quello di cui agli artt. 14-ter e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al Magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni.

Soddisfatta di questa interpretazione adeguatrice, se non della legge, almeno del diritto al dettato costituzionale, la Corte dichiarò inammissibile la nuova eccezione di incostituzionalità degli articoli 35, 14-ter e 71 dell'Ord. pen, incitando i magistrati di sorveglianza a percorrere con decisione la strada tracciata dalle Sezioni Unite. Parte essenziale di questo incoraggiamento era l'affermazione che il loro lavoro non sarebbe stato vano perché si doveva sgomberare il campo dall'idea che i loro provvedimenti non avevano alcuna efficacia vincolate e potevano essere ignorati dall'amministrazione penitenziaria. La Corte sottolineava, infatti, che il quinto comma (ultimo periodo) dell'art. 69 statuisce che il Magistrato di sorveglianza «impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette a eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati», ricordando che

La parola “disposizioni”, nel contesto in cui è inserita, non significa segnalazioni (tanto più che questa modalità d'intervento forma oggetto di apposita previsione nel primo comma dell'art. 69), ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante

magari anche per il Governo, in caso di mancato recepimento di una richiesta da parte della Corte Costituzionale di sanare un *vulnus* alla nostra Carta fondamentale dovuto a omissione, potremo dire essere effettivamente transitati in quello che Luigi FERRAJOLI (*Lo Stato di diritto fra presente e futuro*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 356) chiama “Stato costituzionale di diritto”, uno Stato in cui gli organi costituzionali si fanno tutti carico del «compito di perseguire, tramite operazioni interpretative o giurisdizionali o legislative, l'interna coerenza e completezza - ossia l'effettività dei principi costituzionali».

per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue.

A dispetto di questo autorevole incitamento la Magistratura di sorveglianza ha percorso raramente e con molta cautela¹⁰ la strada indicata dalla Corte. Questo ha comportato che l'amministrazione penitenziaria ha continuato a considerare i pochi ordini che gli venivano impartiti come delle eccezioni, prive di fondamento normativo. Fino ad arrivare al caso Torreggiani, dove la Corte EDU considera ineffettivi i rimedi previsti dal nostro ordinamento a tutela dei detenuti proprio perché, nonostante l'Ufficio di Sorveglianza di Padova avesse ordinato di risolvere la situazione per cui i detenuti avevano a loro disposizione uno spazio vitale di meno di 3 m², l'amministrazione penitenziaria non aveva preso alcun provvedimento.

Le condanne per il caso Sulejmanovic e poi per il caso Torreggiani da parte della Corte EDU e, più ancora, gli oltre 3500 ricorsi proposti davanti a quella Corte dai detenuti italiani stanno a dimostrare che la Magistratura di sorveglianza non ha saputo assumere ai loro occhi il ruolo di garante dei loro diritti, come la Corte Costituzionale auspicava.

Il mio "accanimento argomentativo" deriva dal fatto che l'interpretazione dell'art. 35-ter fornita dal CSM in materia di competenza sul risarcimento mi sembra sia usata da molti magistrati di sorveglianza per sottrarsi di nuovo al ruolo di garanti dei diritti dei detenuti¹¹ che, finalmente, ha attribuito loro il legislatore con le ultime riforme normative. 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. L'uso strumentale del parere del CSM è, a mio parere, evidenziato dal fatto che mentre viene presa "per oro colato" l'interpretazione che esclude, per i detenuti che non stanno subendo "attualmente" la lesione dei loro diritti, la possibilità di ricorrere al risarcimento nella forma specifica della decurtazione della pena, altre parti di quel parere che indicano strade per tutelare i diritti dei detenuti vengono completamente trascurate¹².

¹⁰ Cfr. per esempio [Ufficio di sorveglianza di Catania, 7/3/2011](#) est. Meli, dove a fronte di una situazione di sovraffollamento che comporta detenzione umana e degradante perché i detenuti hanno meno di 3 m² a loro disposizione, invece di ordinare, come richiede di fare la Corte Costituzionale, all'amministrazione penitenziaria di risolvere la situazione, si «rappresenta, per quanto di competenza del Magistrato di Sorveglianza ex art. 69 comma I Ord. pen., al Ministero della Giustizia la suddetta condizione di sovraffollamento».

¹¹ Trovo molto sintomatico che l'interpretazione qui sostenuta del 35-ter venga considerata non come mirante a, finalmente, garantire i diritti dei reclusi, ma come "deflattiva": capace di conferire al testo normativo "la massima potenzialità deflattiva". Cfr. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 7 e p. 11.

¹² E' per questo motivo che queste mie note sebbene, fin dal titolo (*Contra CSM*), appaiano una invettiva contro il parere, sono soprattutto una sollecitazione alla Magistratura di Sorveglianza, la "suocera" nella mia metafora del titolo.

L'Ufficio di sorveglianza di Alessandria, per esempio, nell'ordinanza del 31 ottobre, riprende una tesi di Della Bella, sostenendo l'inapplicabilità retroattiva della norma, cioè limitando la possibilità del ricorso al Magistrato di sorveglianza per ottenere il risarcimento in forma specifica, alle lesioni dei diritti dei detenuti avvenute dopo l'emanazione del decreto legge che istituisce il rimedio¹³. Merita di essere sottolineato che, ancora una volta, Della Bella, nel sostenere sul piano sistematico questa interpretazione, afferma che essa va superata per l'evidente disparità di trattamento che provoca e quindi perché configurerebbe una sua evidente incostituzionalità¹⁴. Ma, soprattutto, va sottolineato che questa interpretazione è presa espressamente in considerazione ed esclusa dal parere del CSM, sulla base della constatazione che non siamo di fronte ad una nuova qualifica come illecito di un fatto fino a oggi lecito, ma solo alla predisposizione di una nuova procedura per il risarcimento di un fatto già illecito¹⁵. Questa tesi è ignorata, sia dall'Ufficio di sorveglianza di Alessandria, che pure sulla competenza riporta due pagine del parere del CSM per esteso, che da Fiorentin. Ignorata, non presa in considerazione e respinta in base argomenti contrari.

¹³ «L'art. 35-ter O.P. è stato introdotto dall'art. 1 d.l. 26 giugno 2014 n. 92 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 117), entrato in vigore il 28 giugno 2014; - in virtù dell'art. 11 disp. prel. c.c. (c.d. preleggi) ed in mancanza di espresse previsioni in senso contrario, esso (art. 35-ter) "non ha effetto retroattivo" (salvo quanto si dirà tra poco sulla "limitata" disciplina transitoria contenuta nell'art. 2 d.l. 92/2014) e, conseguentemente, si applica solo per risarcire **pregiudizi successivi al 28 giugno 2014** (data di entrata in vigore del predetto d.l. 92/2014)».

¹⁴ A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 20.

¹⁵ Nel parere del CSM si legge: «E' ovvio che basilari esigenze di parità di trattamento impongono di ritenere attivabile tale rimedio risarcitorio anche da parte di coloro che abbiano subito il pregiudizio per le condizioni di detenzione patite e che siano ancora detenuti, a prescindere dal fatto che abbiano o meno già introdotto il giudizio risarcitorio dinanzi alla Corte EDU. D'altro canto, la constatazione che la disposizione abbia indiscutibile carattere sostanziale, con conseguente piena applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 11 disp. prel. cod. civ., non può lasciar giungere a conclusioni già solo, in tesi, controvertibili. [...] Deve, [...], domandarsi se la disposizione in commento muti la disciplina giuridica del fatto generatore, così rendendo illecito un *agere* prima lecito: e in tal caso non potrebbe che operare per l'avvenire, con sostanziale irrilevanza, in assenza di espressa disposizione, quanto ai fini risarcitori degli accadimenti precedenti; ovvero se delinei un nuovo percorso risarcitorio, tipizzato anche nel *quantum*, relativamente a fatti considerati illeciti già prima della sua entrata in vigore. La risposta a tale quesito non può che coincidere con la seconda delle due soluzioni appena prospettate, con la conseguenza che la disposizione si limita a tratteggiare un nuovo modello risarcitorio relativamente a fatti già qualificabili come illeciti prima della sua entrata in vigore [...]. La obiettiva illiceità della condotta dell'amministrazione penitenziaria, [...], può dunque lasciar ritenere attivabile il rimedio risarcitorio civilistico anche da parte di coloro che abbiano subito il pregiudizio menzionato dal comma 1 dell'art. 35-ter o.p. antecedentemente alla sua entrata in vigore, a prescindere dalla effettiva previa introduzione del giudizio risarcitorio innanzi alla Corte EDU e dalla cessazione dello stato di detenzione, anche a cagione di fatti avvenuti in data anteriore alla entrata in vigore del decreto legge 92/2014, sempre che sia rispettato il termine decadenziale semestrale ivi previsto all'art. 2». (Mi scuso per la lunghezza della citazione, che è comunque più breve di quella dello stesso parere contenuta nei provvedimenti dell'Ufficio di sorveglianza di Alessandria).

Fatto ancor più sintomatico, nessun Magistrato di sorveglianza ha raccolto gli spunti che nel parere del CSM suggeriscono l'incostituzionalità del testo normativo¹⁶ per l'irragionevole esiguità, e quindi, per quanto riguarda il quantum tanto del risarcimento in forma specifica, cioè della riduzione della pena¹⁷, che di quello monetario¹⁸. Neppure è stata presa in considerazione da alcuno quella parte del parere che pone in dubbio che la lesione del danno subito dai detenuti si debba contestualizzare nell'ambito della responsabilità extracontrattuale e quindi limitare il diritto al risarcimento ai danni subiti nei cinque anni precedenti il momento di proposizione della richiesta di risarcimento. Il CSM (§ 7), infatti, sostiene che si potrebbe ipotizzare, "tenuto conto dell'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale", e della giurisprudenza della Corte EDU¹⁹, aggiungerei, che il contesto appropriato del risarcimento di cui all'art. 35-ter, potrebbe essere quello della «responsabilità "da contatto sociale", con conseguente eventuale applicabilità del

¹⁶ Per l'ammontare monetario il CSM (§ 7.1) paventa anche un'altra causa di incostituzionalità. «Tale considerazione può esporre la norma a problemi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della effettività della tutela in relazione al combinato disposto degli artt. 117 l co. Cost., 3 Convenzione EDU. L'obiettivo esiguità del *quantum* risarcitorio da liquidarsi, senza che, si badi bene, alcuna discrezionalità sul punto residui al giudice, potrebbe infatti essere sospettata di svuotare di contenuto la tutela offerta dalla disposizione sovranazionale, la cui violazione non darebbe, appunto, luogo ad un effettivo ristoro per equivalente da parte dell'amministrazione».

¹⁷ «Appare, [...], non del tutto proporzionata la previsione di una riduzione di pena pari ad un giorno di pena ogni dieci giorni sofferti in condizioni inumane o degradanti» (§ 6.2)

¹⁸ «Deve ancora una volta ribadirsi come davvero troppo contenuta appaia la quantificazione nella misura di 8,00 euro *pro die* della posta risarcitoria da liquidarsi, tanto più ove si consideri la natura assolutamente fondamentale del diritto violato» (§ 7.1). Poco prima (§ 6.2) a sostegno della irragionevolezza del *quantum* del risarcimento il CSM ha invitato a considerare che «l'ordinamento ha ritenuto, sia pure in differenti contesti, che un giorno di libertà controllata (certamente non assimilabile ad una detenzione sofferta in "condizioni inumane o degradanti") equivalga a 250 euro di pena pecuniaria, secondo quanto stabilito dall'art. 102, legge 24 novembre 1981 n. 689, come interpretato dalla sentenza costituzionale 12 gennaio 2012 n. 1». Ha poi aggiunto una considerazione che a me pare fondamentale perché stigmatizza la differenza discriminatoria tra il trattamento in tema di risarcimento riconosciuto ai cittadini liberi rispetto a quello riservato ai detenuti: «Al di là della evidente esiguità della somma, chiaramente riconducibile al timore che il riconoscimento di importi assai cospicui a favore dei danneggiati possa gravare eccessivamente sulle finanze dello Stato, la previsione di un siffatto limite appare discutibile anche sotto il profilo della rigidità del tasso di risarcimento previsto per legge, senza che sia prevista alcuna possibilità di graduarlo in ragione della gravità del pregiudizio eventualmente accertato». Sul punto, nello stesso senso del parere del CSM, si esprime P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, cit., § 10.

¹⁹ La Corte EDU sostiene, per esempio, che l'obbligo degli Stati di creare efficaci misure preventive deriva dal fatto che avere qualcuno in propria custodia comporta l'obbligo positivo di proteggere il suo diritto alla vita durante tutto il periodo in cui la custodia si protrae (*Tanribilir v. Turkey*, 16 November 2000). In altre decisioni la Corte considera i detenuti come soggetti in posizione vulnerabile e, per questa ragione, impone alle autorità statali il dovere di proteggerli e la responsabilità per ogni lesione che essi soffrono durante la detenzione (*Salman v. Turkey*, 27 June 2000; *Keenan v. UK*, 3 April 2001). In generale sull'obbligo positivo degli Stati di proteggere il diritto alla vita e di assicurare delle condizioni di detenzione conformi al rispetto della dignità della persona cfr. *Kudla v. Polonia [GC]*, n. 30210/96, 26 ottobre 2000; *Selmouni V. France [GC]*, n° 25803/94, 28 luglio 1999; *Reinhardt and Slimani-Kaid v. France*, n° 57671/00, 27 luglio 2004; *Xiros c. Grèce*, n. 1033/07, 9 settembre 2010 (solo in francese).

termine prescizionale ordinario decennale e ricadute sull'onere della prova»²⁰, e, più in generale, quella della «responsabilità per inadempimento di obbligazione ex lege riconducibile, in base all'art. 1173 cod. civ., ad ogni atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico».

Lo spirito che anima le note successive è quello di chi pensa che l'art. 35-ter, ancor più dell'art. 35-bis che dimostrerà la sua concreta importanza nel futuro, rappresenta oggi un importante snodo per infondere nei detenuti la fiducia che finalmente anche per loro “esiste un giudice a Berlino”. Deludere le loro aspettative è un grave delitto contro la civiltà del nostro paese, nella misura in cui, come ci ripetiamo dall'Illuminismo, questa si vede dalle condizioni delle nostre carceri.

1 PIANO DELL'INTERPRETAZIONE LETTERALE

Sul piano letterale la tesi del CSM appare contraddittoria. “Il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)”, richiamato dall'art. 35-ter Ord. pen., è infatti anche oggetto del rinvio operato dal terzo comma dello stesso articolo che indica come platea di riferimento per il ricorso da esso regolamentato «coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1». Se il requisito dell'attualità della lesione dei diritti del detenuto è intrinseco nel rinvio operato dal primo comma dell'art. 35-ter all'art. 69, per la proprietà transitiva, anche la formula “il pregiudizio di cui al comma 1” contenuta nell'art. 35-ter terzo comma, non può che rinviare al “pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)” e quindi, secondo la tesi del CSM, «alla medesima cornice giuridica del reclamo giurisdizionale» da questo previsto.

Questa identità esclude che il riferimento all'articolo 69, comma 6, lett. b) possa includere il requisito dell'attualità della lesione del diritto. Il primo e terzo comma dell'art. 35-ter fanno riferimento allo stesso evento dannoso, con le stesse caratteristiche in entrambi i casi. Ciò che influisce sulla competenza è il momento e l'esito processuale (la custodia cautelare, a cui non ha fatto seguito sentenza di condanna a pena detentiva) in cui è avvenuto il pregiudizio ai diritti del detenuto, o il momento in cui la domanda è presentata rispetto al decorso della pena detentiva (terminata di scontare). Il Tribunale ordinario è competente quando il pregiudizio sia stato subito «in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare» ovvero quando chi l'ha subito abbia terminato di espiare la pena detentiva in

²⁰ Prende invece in considerazione questa ipotesi, seppure per dichiararla molto problematica, P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, cit., § 8.

carcere. Tutte le altre caratteristiche del pregiudizio, dato il rapporto tra le due norme, devono essere identiche: in entrambi i casi, come recita l'art. 69 comma 6 lettera b), si deve trattare di una «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Fatto salvo il fatto che l'art. 35-ter regola il risarcimento non per tutte le inosservanze dell'amministrazione previste dall'articolo 69, comma 6, lett. b), ma solo per quelle di esse che consistono nella violazione delle condizioni minime che, secondo la Corte EDU, la detenzione deve rispettare per non sfociare in un trattamento “inumano e degradante”.

Quindi, se il CSM avesse ragione e il pregiudizio a cui si riferisce il primo comma dell'art. 35-ter dovesse consistere nell'attuale lesione dei diritti del detenuto, l'articolo nel suo complesso escluderebbe qualsiasi possibilità di chiedere un risarcimento sia al Giudice di Sorveglianza che al Tribunale ordinario, sia in forma specifica che in forma monetaria, quando il pregiudizio non è più attuale.

Questa tesi si scontra però con il principio secondo cui le norme, “nel dubbio”, si devono interpretare «nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno»²¹. Se si accettasse la tesi del CSM, infatti, il terzo comma dell'art. 35-ter non avrebbe alcun significato dato che le casistiche da esso previste presuppongono per definizione (se fossi platonico direi “ontologicamente”) un danno non attuale, in quanto riguardano casi in cui la detenzione, che è il presupposto del pregiudizio di cui si chiede il risarcimento, è cessata: a) il caso che il pregiudizio sia avvenuto durante una custodia cautelare terminata con un proscioglimento, e quindi non computabile nella pena da espiare; b) il caso di persone che hanno subito il pregiudizio durante una pena detentiva che hanno finito di espiare.

Del resto, che il terzo comma dell'art. 35-ter, e quindi il primo comma a cui esso rinvia per la definizione del danno, non richieda una lesione “attuale” dei diritti del detenuto, è confermato dal fatto che il termine di decadenza dall'azione risarcitoria è fissato in sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare. Ancora una volta, se l'azione può essere proposta entro sei mesi da quando la detenzione, vale a dire il presupposto del pregiudizio, è venuta meno, essa non presuppone certo l'attualità della lesione dei diritti.

Ancora, e per giunta, l'interpretazione che richiede l'attualità della lesione di diritti mi sembra esclusa dal terzo comma dell'art. 35-ter là dove affida la competenza sul risarcimento in capo al Tribunale ordinario per «coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare». A

²¹ Codice civile art. 1367.

contrario si desume che coloro che invece hanno subito, subiscono, o subiranno il pregiudizio in custodia cautelare in carcere, al momento in cui questa custodia diventa computabile nella pena da espiare, perché nel frattempo per quel fatto è giunta una condanna definitiva, devono rivolgere la richiesta di risarcimento al Magistrato di sorveglianza. Chiaramente questa richiesta non sarà per una lesione ai loro diritti “attuale”, essendosi verificata in regime di custodia cautelare, mentre il detenuto al momento della richiesta di risarcimento si deve trovare in fase di esecuzione pena. Se il legislatore avesse voluto legare il risarcimento in forma specifica all’attualità della lesione dei diritti, avrebbe escluso *tout court* le lesioni dei diritti subiti dai detenuti durante la custodia cautelare in carcere dalla competenza della Magistratura di sorveglianza.

A sostegno della tesi che l’art. 35-*ter* non richieda, al contrario del 35-*bis*, l’attualità della lesione del diritto sta anche un altro elemento lessicale. Il terzo comma dell’art. 35-*bis* dispone che il Magistrato di sorveglianza, “nelle ipotesi di cui all’articolo 69, comma 6, lettera b),” emette il suo provvedimento, “accertate la sussistenza e l’attualità del pregiudizio”, considerando evidentemente questo accertamento come concettualmente autonomo - tanto da esser menzionato esplicitamente - rispetto alla previsione dell’articolo 69, comma 6, lettera b, pur richiamato). Un tale accertamento non è invece richiesto dall’art. 35-*ter*²², che, al contrario, al primo comma prevede che il Magistrato di sorveglianza disponga, «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». Dando per scontato quindi che il pregiudizio, al momento della liquidazione del risarcimento, sia già stato subito e quindi la lesione sia cessata, non sia più attuale²³.

Quindi l’unica interpretazione plausibile dell’art. 35-*ter* Ord. pen. è, come hanno sostenuto numerosi magistrati di sorveglianza²⁴, quella per cui l’articolo affida al Magistrato di sorveglianza la competenza ad esaminare tutti i reclami aventi ad oggetto le condizioni detentive poste in violazione dell’art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, che hanno recato pregiudizio al detenuto, anche quando le stesse condizioni detentive sono cessate, fino a quando il soggetto che ha subito il danno è detenuto, *rectius*, è detenuto condannato in via definitiva. Il

²² Cfr. la citata ordinanza dell’Ufficio di Sorveglianza di Verona, est. Omarchi, che confronta i diversi accertamenti chiesti da i due articoli.

²³ Si vedano in questo senso le due ordinanze della Magistratura di sorveglianza di Bologna, ud. 26 settembre 2014 e 8 ottobre 2014, Est. Napolitano, pubblicate su *questa Rivista*, con [nota di commento di Gianluca Malavasi](#), e la già citata ordinanza dell’Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, est. Gianfilippi.

²⁴ Si vedono in questo senso, oltre le due già ricordate ordinanze della dottoressa Napolitano dell’Ufficio di sorveglianza di Bologna est. Napolitano, a quelle, pure già ricordate dell’Ufficio di Sorveglianza per le circoscrizioni dei Tribunali di Genova, Savona e Imperia, est. Verrina, dell’Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, est. Gianfilippi, e dell’Ufficio di Sorveglianza di Verona, est. Omarchi.

Magistrato di sorveglianza è, infatti, competente a giudicare sul pregiudizio subito in custodia cautelare, solo quando questa è imputabile alla pena successivamente comminata. Il Magistrato di sorveglianza non è in grado di stabilire se la custodia cautelare sarà o meno imputabile alla pena da espiare fino a quando non sopravviene il giudizio definitivo. Quindi per i reclami dei soggetti in custodia cautelare non si può sapere se competente sia il Tribunale ordinario o il Magistrato di sorveglianza.

Questo dubbio sulla competenza non può comportare che il detenuto in custodia cautelare sia privo di rimedio contro un trattamento inumano e degradante subito in questa fase. La giurisprudenza della Corte EDU è molto salda sulla inderogabilità dell'art. 3 della CEDU²⁵. Ma qui ci soccorre la diversa previsione dell'art. 69 comma 6 che fa riferimento a genericamente "detenuti ed internati"²⁶, senza distinguere tra i detenuti in custodia cautelare e detenuti definitivi. Lo strumento predisposto dal legislatore per bloccare ogni lesione grave e "attuale" ai diritti di detenuti e internati è l'art. 35-bis, ed esso può essere utilizzato, anche e soprattutto per bloccare i trattamenti inumani e degradanti, tanto da detenuti definitivi quanto da quelli in custodia cautelare. Mentre l'art. 35-ter, lungi dall'isciversi, come sostiene il CSM, «nell'ambito dei presupposti che consentono l'attivazione della tutela preventiva disciplinata dagli articoli 35-bis e 69 Ord. pen», configura una tutela diversa, non di tipo preventivo(-cautelare)²⁷, ma di tipo

²⁵ Cfr. [Soering v. The United Kingdom](#), n. 14038/88, 7 luglio 1989; [Al-Adsani v. The United Kingdom \[GC\]](#), n° 35763/97, 21 novembre 2001; [Gäfgen v. Germany \[GC\]](#), n° 22978/05, 1 giugno 2010.

²⁶ A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 11, nota giustamente che l'art. 35-ter, mentre nella rubrica fa riferimento ai "soggetti detenuti ed internati", poi nel primo comma menziona solo l'istanza presentata "dal detenuto" e nel secondo comma menziona come risarcibile solo il periodo "di detenzione espiato". Secondo Della Bella è plausibile ritenere che «la mancata menzione dell'internato nel comma 1 sia il frutto di una mera dimenticanza e che si possa pacificamente giungere alla conclusione per la quale i nuovi rimedi risarcitori sono diretti a tutti i soggetti che reclamino un danno derivante dall'essere stati detenuti in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU, indipendentemente dalla posizione giuridica di imputati, condannati o internati». Questa conclusione, oltre ad essere richiesta dalla Corte EDU, è assolutamente condivisibile anche se argomentata, tra l'altro sulla base dell'art. 2 del d.l. 92/2014, contenente le disposizioni transitorie, che in effetti aumenta la confusione. Se infatti da un lato, come sostiene Della Bella, al secondo comma statuisce che il rimedio di cui all'art. 35-ter è esperibile dai detenuti e dagli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea, dall'altro, al primo comma si riferisce di nuovo solo ai detenuti: parla infatti di «coloro che hanno cessato di espiare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare».

²⁷ Quello che la Corte EDU denomina come "preventivo" non è un rimedio in grado di impedire che la violazione del diritto si generi, ma semplicemente, come dice la Corte stessa, in grado di «impedire il protrarsi della violazione dedotta o consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione» (Cfr. Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., § 50). Questa terminologia è stata anche adottata dalla Cassazione, si veda la sentenza n. 4772 del 15.01.2013 ("sentenza Vizzari") dove si riconosce in capo al magistrato di sorveglianza il potere/dovere di impartire disposizioni inibitorie dirette ad eliminare le violazioni dei diritti dei detenuti: «le disposizioni dirette ad eliminare le rilevate violazioni hanno proiezione ripristinatoria volta al futuro, e dunque funzione

risarcitorio, come del resto, per quel che conta, indica la rubrica dell'articolo, riservata ai detenuti che hanno subito un trattamento inumano e degradante²⁸. Questa tutela può essere attivata attraverso due percorsi. Uno, facente perno sul Magistrato di sorveglianza, mirato a condurre a una riduzione della pena (eventualmente concorrente con un risarcimento economico, se il detenuto deve scontare meno giorni di quanti potrebbe dedurre a mo' di risarcimento). L'altro, imperniato sul Tribunale ordinario e mirato al mero risarcimento economico, concepito per quei detenuti che non si possono giovare della riduzione della pena perché hanno concluso l'esecuzione della parte detentiva della stessa oppure perché al periodo di custodia cautelare in carcere sofferto non ha fatto seguito una condanna a pena detentiva.

Del resto, a sostegno del fatto che «l'azione di cui all'art. 35-ter è stata voluta dal legislatore ed è descritta dalla normativa in esame come autonoma e indipendente rispetto al reclamo volto a far cessare la violazione dei diritti», per usare le parole della ricordata ordinanza della dottoressa Verrina, sta anche il percorso che ha portato alla sua formulazione. Il rimedio compensativo era infatti in origine, cioè nel decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, inserito nell'art. 35-bis. Si prevedeva, infatti, che il Magistrato di sorveglianza, accogliendo la richiesta "cautelare", «se non sussistono ragioni ostative, determina, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno. La statuizione costituisce titolo esecutivo». Quindi il rimedio compensativo era strettamente collegato a quello "cautelare". Questa soluzione è evidentemente stata ritenuta incongrua, tanto è vero che in fase di conversione del decreto, questa connessione tra i due rimedi è stata sciolta e la legge 10/2014 ha cancellato il rimedio compensativo. Successivamente con il decreto legge 92/2014, convertito nella legge 117/2014, il legislatore ha configurato un nuovo rimedio giurisdizionale per il risarcimento del danno derivante dalla lesione dei diritti dei detenuti (e degli internati), dandogli una propria collocazione autonoma.

preventiva». Questo tipo di tutela è correntemente definito, a-tecnicamente ma efficacemente, come "cautelare" e, fatta questa precisazione, seguirò nel resto del testo questa prassi.

²⁸ La netta distinzione dei due tipi di rimedi è sostenuta, per esempio dalla dottoressa Napolitano nelle due già ricordate ordinanze dell'Ufficio di Sorveglianza di Bologna e dal dottor Omarchi nell'ordinanza dell'Ufficio di Sorveglianza di Verona.

2 RATIO DELLA RIPARTIZIONE DI COMPETENZA PREVISTA DALL'ART. 35-TER

La tesi del CSM secondo cui «la clausola di apertura dell'enunciato normativo, espressa dal periodo *“Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)”*, non può che rinviare alla medesima cornice giuridica del reclamo giurisdizionale» ha molti sottesi impliciti non condivisibili. In primo luogo va sottolineato che anche quello configurato dall'art. 35-ter è un reclamo giurisdizionale, direi con pari dignità di quello configurato dall'art. 35-bis anche se non è menzionato nell'art. 69. Il doppio binario di reclamo (Magistrato di sorveglianza/Tribunale) previsto dall'art. 35-ter può essere uno dei motivi per cui, contrariamente a quanto ha fatto quando ha introdotto l'art. 35-bis, il legislatore non ha ritenuto opportuno inserire questo reclamo tra le competenze del Magistrato di sorveglianza elencate all'art. 69 dell' Ord. pen. Un'altra probabile causa è l'approssimazione del nostro legislatore nel formulare i testi normativi (che anche è la principale causa di questo pedante mio scritto!!).

Mi sembra che desumere, come fa il CSM, “l'identità di cornice giuridica” tra il reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35-ter e quello previsto dall'art. 35-bis dal richiamo ad una terza disposizione (la formula *“Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)”*) sia un passaggio logico ardito. In effetti, e in termini specularmente opposti da quanto ritenuto nel parere, i rimedi previsti dai due articoli non sono affatto rimedi omogenei dal punto di vista del risultato perseguito. Il primo consiste nel far cessare il pregiudizio, il secondo nel disporre una misura che può essere solo di carattere compensatorio, dunque molto diversa da quella di carattere “cautelare”.

In effetti, nella formulazione utilizzata dal legislatore, il presupposto del reclamo giurisdizionale regolato dall'art. 35-ter presenta la lesione, che a esso può dare origine, come una *species* del *genus* più ampio delle lesioni che possono dare origine ai reclami regolati dall'art. 69, comma 6, lett. b). Stando alla lettera delle due disposizioni normative si deve, infatti, trattare, di una «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti» (art. 69 comma 6 lettera b), pregiudizio consistente, «per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni - per il risarcimento in forma specifica --, 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» (art. 35-*bis*). Direi che questo rapporto tra *genus* e *species* è tutto quello che si può ricavare dal tenore letterale delle due norme e in particolare dal rinvio al “pregiudizio di cui all’articolo 69, comma 6, lett. b)” operato dall’art. 35-*ter*. Sul piano pratico questo vuol dire che le richieste di risarcimento dei danni derivanti dall’«inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti», non consistenti in trattamenti inumani e degradanti, seguiranno la via ordinariamente prevista per i risarcimenti e quindi saranno di esclusiva competenza del Tribunale ordinario²⁹.

Il richiamo dell’art. 69, comma 6, lett. b) serve, quindi a delimitare la deroga alla normale attribuzione della giurisdizione attribuita alla Magistratura di sorveglianza e ai principi che governano la distribuzione della giurisdizione e della competenza in materia risarcitoria. Nulla più di questo. Ogni altra estensione della normativa prevista dall’art. 69 e dall’art. 35-*bis* al ricorso regolato dall’35-*ter* appare arbitraria e difficilmente giustificabile. Del resto nella cosiddetta “sentenza Vizzari”³⁰ la Cassazione, nell’escludere che i magistrati di sorveglianza avessero una competenza in materia risarcitoria, aveva perentoriamente affermato che «nessuno può invero ragionevolmente sostenere che condannare ad un risarcimento sia compreso nel diverso concetto di “eliminare le violazioni”, ponendosi le due espressioni su piani diversi». La tesi che lega strettamente i ricorsi *ex art. 35-ter* a quelli *ex art. 35-bis* confonde questi due piani.

Riprendere alcuni passi proprio della “sentenza Vizzari”, che in questa materia rappresenta il punto di riferimento giurisprudenziale, probabilmente aiuta a fare chiarezza sul riparto di competenze disegnato dal legislatore. La Cassazione muove dalla constatazione che il nostro sistema normativo prevede in via generale l’attribuzione alla giurisdizione civile della “materia risarcitoria ed indennitaria”:

La *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale è sancita invero dall’art. 1 Cod. proc. civ. e dall’art. 1 Cod. proc. pen. cui corrispondono le pertinenti norme del vigente Ordinamento giudiziario. Da tale presupposto consegue che le attribuzioni al giudice penale di competenze in materia risarcitoria si pongono come eccezioni

²⁹ Lo stesso parere del C.S.M. afferma: «tutte le ulteriori ipotesi di danno cagionato da atti e/o comportamenti dell’amministrazione penitenziaria [...] appartengono alla competenza generale del giudice civile in materia di risarcimento del danno: e ciò anche nel caso in cui il soggetto non sia al momento detenuto ma chieda il risarcimento in relazione a situazioni di pregiudizio connesse a condizioni inumane o degradanti ormai pregresse».

³⁰ Cass., Sez. I, sent. 15 gennaio 2013 (dep. 30 gennaio 2013), n. 4772, Pres. Giordano, Est. Zampetti, ric. Vizzari, in *questa Rivista*, con nota di F. VIGANÒ, [Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza](#).

a tale generale ripartizione...” e per cui “si deve parimenti concludere che la Magistratura di sorveglianza non ha competenze generali di cognizione se non quelle specifiche in ambito esecutivo...; il Magistrato di sorveglianza, nella sua essenza, resta un giudice che sovrintende all’esecuzione della pena (dato confermato dalla stessa collocazione della figura all’interno del Libro decimo del Cod. proc. pen.). Non può dirsi, dunque, che l’ordinamento disegni un suo potere generale di *jus dicere* per qualsiasi questione afferente i diritti dei detenuti, pur collegati all’esecuzione della pena.

Da questo presupposto la Cassazione trae la conclusione che non si può dubitare «che un detenuto che intenda essere risarcito per un danno che egli lamenti, ancorché subito in ambiente carcerario, non potrà essere sottratto al giudice naturale precostituito per legge per tale tipo di vertenza che è il giudice civile, competente per materia e territorio. Tanto deve valere anche ove il danno venga attribuito dal detenuto alla stessa Amministrazione penitenziaria, non essendovi ragioni di differenziazione».

Da questo ragionamento deriva che quando il legislatore, come fa con l’art. 35-ter, crea un’eccezione al sistema generale, questa deve avere una giustificazione ragionevole.

L’unica giustificazione “ragionevole” alla deroga del principio della competenza in materia di risarcimento mi sembra stia nella scelta politica di privilegiare il risarcimento in forma specifica, cioè attraverso la riduzione della pena³¹. E’ questa scelta a conferire la competenza alla Magistratura di sorveglianza, unico organo giudiziale, insieme al giudice dell’esecuzione, a poter rideterminare la pena da scontare³². Per riprendere l’espressione di Fiorentin³³, sarebbe stata più eclatante “l’eccezionalità” del conferimento del potere di rideterminare la pena ad un Tribunale ordinario civile. Se questa è la logica del riparto di competenza, allora appare illegittima per violazione dell’art. 3 Cost. e del principio di uguaglianza e di ragionevolezza ogni interpretazione che porti un detenuto a non avere il risarcimento in forma specifica.

Questa interpretazione esclude quei profili di incostituzionalità ex art. 3 della norma avanzati da chi³⁴ osserva come, a fronte di un medesimo pregiudizio subito per condizioni detentive inumane e degradanti, il legislatore abbia approntato due distinti rimedi. La tesi del CSM comporta modalità risarcitorie diverse, secondo che il detenuto si trovi o meno, in una situazione di attuale lesione dei diritti, provocando una irragionevole disparità di trattamento,

³¹ A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 15.

³² L’unica forzatura, rispetto agli ordinari poteri della Magistratura di sorveglianza, compiuta dal legislatore consiste nell’averle attribuito anche il potere di liquidare il risarcimento del danno in forma monetaria, quando la pena residua non consente il completo risarcimento attraverso lo scomputo dei giorni previsti e quando la lesione dei diritti riconducibile all’art. 3 CEDU è inferiore a 15 giorni.

³³ F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 4 e p. 5.

³⁴ Cfr. F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 13 e A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 13.

poiché coloro per i quali la lesione è cessata dovrebbero accontentarsi del risarcimento in forma pecuniaria, mentre la riduzione di pena spetterebbe esclusivamente ai soli soggetti “attualmente” sottoposti a trattamento detentivo contrario all’art. 3 CEDU. La distinzione di competenza, e quindi la diversa modalità di risarcimento, invece nella lettura proposta deriva dalla ordinaria competenza del Magistrato di sorveglianza e dal suo potere di rideterminare la pena. Questo risultato è, inoltre, ottenuto per via interpretativa, senza assumere l’esistenza di una lacuna, e quindi senza ricorrere, come propone invece Della Bella³⁵, a una interpretazione analogica delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2, art. 35-ter, che consenta anche ai detenuti vittime di una lesione non attuale dei diritti di accedere al reclamo al Magistrato di sorveglianza e quindi di usufruire del risarcimento in forma specifica.

Ricondurre l’attribuzione della competenza al Magistrato di sorveglianza al suo ordinario potere di rideterminare la pena richiede però una precisazione, a mio parere fondamentale, per impedire una pericolosa deriva a cui una considerazione di Fiorentin³⁶ sembra aprire la porta. La considerazione è che l’interpretazione che prescinde dall’attualità della lesione del diritto provocherebbe un “paradossale” effetto premiale. Fiorentin propone l’ipotesi di due detenuti condannati insieme per un reato che hanno commesso insieme. Detenuti insieme per un certo periodo in condizioni inumane e degradanti, uno compie un percorso detentivo modello e accede alle misure alternative mentre l’altro è protagonista di una detenzione turbolenta che lo porta ad avere molti rapporti disciplinari e quindi a non accedere alle misure alternative. Svincolato il risarcimento in forma specifica dall’attualità della lesione dei diritti, avremo che il primo, che richiede il risarcimento dalla misura alternativa, dovrà rivolgersi al Tribunale ordinario e avrà al più un risarcimento monetario, mentre il secondo potrà rivolgersi al Magistrato di sorveglianza e potrà ottenere una riduzione di pena che, casomai, la sua condotta gli ha precluso sotto forma di liberazione anticipata. Mentre secondo la tesi sostenuta dal CSM «non sussistendo per nessuno dei due casi l’attualità del pregiudizio, entrambi potrebbero adire il giudice civile per ottenere il risarcimento del danno, su un piano di perfetta parità di trattamento».

“Paradossale” (e anche, ripeto e sottolineo, pericolosa) in questa conclusione è solo l’idea che i diritti umani, quali sono quelli garantiti dalla CEDU, non spettano a tutti gli essere umani in quanto tali, ma si devono meritare, e la confusione dei piani che questa idea ingenera. 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. Il senso dell’art. 3 della CEDU, così

³⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 13.

³⁶ Cfr. F. FIORENTIN, *op. cit.*, pp. 12-3.

come interpretato dalla Corte EDU, è che gli standard di pena rispettosi della dignità della persona devono essere osservati anche per la detenzione degli autori dei reati più efferati o per i soggetti più pericolosi (la Corte ribadisce continuamente questo punto nelle sue sentenze in tema di art. 3)³⁷. Il risarcimento per il mancato rispetto di questi standard spetta dunque anche a chi non solo non tiene un buon comportamento durante la detenzione, ma addirittura commette nel suo corso nuovi reati efferati. Che il risarcimento comporti una riduzione della sua pena anche per questi soggetti deriva dalla scelta del legislatore (in questo caso il Governo) che ha chiesto e ottenuto dalla Corte (che aveva già giudicato ammissibile questa misura risarcitoria in via di principio nella sentenza *Ananyev c. Russia*³⁸) di poter barattare il risarcimento economico con un risarcimento in forma specifica, sotto forma di riduzioni di giorni di pena detentiva, pensando così di “prendere due piccioni con una fava”. Da un lato, risparmia soldi il cui esborso avrebbe influito sulle malcerte finanze nazionali e sarebbe stato difficilmente giustificabile agli occhi dei cittadini “onesti” che si vedono continuamente ridotti i servizi e aumentante le tasse. Dall’altro, mette in moto una spirale virtuosa in cui il sovraffollamento contribuisce al suo stesso superamento: infatti, attraverso l’anticipazione delle scarcerazioni, a risarcimento del periodo di detenzione inumana, si contribuisce al processo di riduzione dei detenuti. La conseguenza, probabilmente indesiderata di questa scelta, potrebbe essere la scarcerazione con qualche giorno di anticipo di qualche detenuto *4-bis* o, addirittura (!!), *41-bis* che, per giunta, non si è comportato bene in carcere! Ma evidentemente nelle circostanze storiche in cui il provvedimento è stato preso, cioè sotto la

³⁷ Sul punto chiarissima è la già citata decisione *Selmouni c. Francia* (cit.) § 95 (con gli annessi rinvii fatti dalla Corte EDU stessa): «The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the following judgments: *Ireland v. the United Kingdom*, § 163; *Soering* § 88; and *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, Reports 1996-V, § 79)». Significativa anche la decisione *Tomasi v. France*, n. 12850/87, 27 agosto 1992, § 115 dove la Corte afferma: «The requirements of the investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime, particularly with regard to terrorism, cannot result in limits being placed on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals». Per quanto riguarda l’Italia il principio è stato affermato nella decisione *Labita c. Italia* [GC], 26772/95, 6 aprile 2000 § 119: «The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct (see the *Chahal v. the United Kingdom* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1855, § 79). The nature of the offence allegedly committed by the applicant was therefore irrelevant for the purposes of Article 3».

³⁸ Corte EDU, sez. I, 10 gennaio 2012, *Ananyev c. Russia*, § 222: «a mitigation of sentence may under certain conditions be a form of compensation afforded to defendants in connection with violations of the Convention that occurred in the criminal proceedings against them». La Corte rimanda a sue precedenti sentenze in cui aveva ritenuto questo sistema di compensazione adeguato per lesioni dei diritti garantiti dall’art. 5 comma 3 e dell’art. 6 comma 1 della CEDU.

minaccia della condanna del nostro sistema penitenziario da parte della Corte EDU, si è ritenuto, torniamo ai proverbi, che “il gioco valesse la candela”.

Temo³⁹ che l’esempio di Fiorentin possa scatenare provvedimenti della Magistratura di sorveglianza che non riconoscono il risarcimento in forma specifica al detenuto perché lo stesso non è meritevole della scarcerazione anticipata. E’ importante chiarire che questi provvedimenti sarebbero totalmente illegittimi, abnormi, perché, come è detto, quando è chiamato a decidere sul risarcimento il magistrato non deve tener in alcun conto il comportamento tenuto durante l’esecuzione penale dal soggetto richiedente, ma solo valutare la lesione del suo diritto umano subita durante la detenzione.

Un’ultima annotazione: normalmente nel nostro ordinamento il giudice che conosce del danno e del suo risarcimento è competente anche sui provvedimenti “cautelari” richiesti per evitare il danno stesso o il suo aggravamento. Se assumiamo questo principio come prospettiva per guardare il problema appare allora naturale che, avendo già fissato il legislatore la competenza in materia “cautelare” in capo al Magistrato di sorveglianza per le lesioni dei diritti detenuti, cerchi di attribuire a questo giudice anche la normale cognizione sul merito del risarcimento di questi stessi danni. E, d’altra parte, la richiesta di attribuire al Magistrato di sorveglianza la giurisdizione per i provvedimenti “cautelari” delle violazioni dell’art. 3 è espressamente avanzata dalla Corte EDU che nella sentenza *Orchowski v. Poland (Application no. 17885/04 22 October 2009)* afferma⁴⁰:

The Court would in any event, observes that a ruling of a civil court cannot have any impact on general prison conditions because it cannot address the root cause

³⁹ Il mio timore nasce dal fatto che anche il governo sembra afflitto dalla confusione dei due diversi piani. Nella relazione illustrativa del d.l. 146/2013, nella parte relativa alla liberazione anticipata speciale, infatti, si legge: «Non è da trascurare che, sia pure in parte, la modifica si attegga a rimedio compensativo, secondo le indicazioni della Corte europea di Strasburgo, della violazione dei diritti dei detenuti in conseguenza della situazione di sovraffollamento carcerario e, più in generale, del trattamento inumano e degradante che, per carenze strutturali, possono essersi trovati a subire. Si tratta, pertanto, di una misura, la cui adozione è indispensabile ai fini dell’adeguamento alle indicazioni della già menzionata sentenza *Torreggiani c/Italia* della Corte europea. Ed è questa la ragione che ha indotto ad individuare il termine di efficacia nel 1o gennaio 2010, data in cui si è determinata la situazione di emergenza detentiva». Questa tesi poi è, per fortuna, stata abbandonata e non ha trovato più alcun riscontro. Del resto come ha osservato Della Bella (*op. cit.*, § 5) l’attribuzione di un carattere compensativo alla liberazione anticipata speciale è difficilmente sostenibile dato che, «essendo una misura a carattere premiale, di essa beneficiano solamente i condannati “meritevoli”, con esclusione quindi di tutti gli altri soggetti (condannati “non meritevoli”, imputati ed internati) che pure possono aver subito un grave pregiudizio ai propri diritti in conseguenza del sovraffollamento. In secondo luogo, perché essendo la sua applicazione del tutto indipendente dalle condizioni detentive in cui si trova il condannato, potrebbe indirizzarsi anche a soggetti che non hanno maturato alcun tipo di danno risarcibile».

⁴⁰ *Orchowski v. Poland, Application no. 17885/04 22 October 2009*, § 154.

of the problem. For that reason, the Court would encourage the State to develop an efficient system of complaints to the authorities supervising detention facilities, in particular a penitentiary judge and the administration of these facilities which would be able to react more speedily than courts and to order, when necessary, a detainee's long-term transfer to Convention compatible conditions.

E' evidente che questo ragionamento della Corte EDU giustifica l'attribuzione al Magistrato di sorveglianza della competenza a risarcire il detenuto nella forma specifica di una riduzione della pena: parafrasando le parole della Corte «a ruling of a civil court cannot have any impact on time to serve in prison».

3 L'INTERPRETAZIONE DELLA CEDU DEL RIMEDIO COMPENSATIVO FORNITO DALL'ART. 35-TER: LA "SENTENZA STELLA"

Nel dibattito sull'interpretazione dell'art. 35-ter mi sembra che spesso ci si dimentichi che si sta discettando di una norma che ha la sua ragion d'essere in una specifica norma della CEDU, l'art. 3, anzi in una sentenza che ci ha condannato per non averla rispettata.

In epoca non sospetta, le Sezioni Unite della Cassazione Civile, nella sentenza⁴¹ sul risarcimento del danno da eccessiva durata del processo, previsto dalla "legge Pinto" (legge 89/2001), hanno chiarito come l'interprete si deve comportare in casi di questo genere: «qualunque sia l'opinione che si abbia [...] sulla collocazione della CEDU, nell'ambito delle fonti del diritto interno, è certo che l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma della CEDU [...] non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo». Questa considerazione porta le Sezioni Unite ad affermare che

la tesi secondo cui, nell'applicare la legge n. 89/2001 - nel nostro caso l'art. 35-ter Ord. pen. - il giudice italiano può seguire un'interpretazione non conforme a quella che la Corte europea ha dato della norma dell'art. 6 CEDU - naturalmente nel nostro caso dell'art. 3 CEDU - (la cui violazione costituisce il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla detta legge nazionale), comporta che la vittima della violazione, qualora riceva in sede nazionale una riparazione ritenuta incompleta dalla Corte europea, ottenga da quest'ultimo Giudice l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU. Il che renderebbe inutile il rimedio predisposto dal legislatore italiano [...] e comporterebbe una violazione del principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo. [...] Occorre, allora, accertare se possa darsi alla detta legge un'interpretazione che sia

⁴¹ SS. UU. Civili n. 1338 del 26/1/2004.

conforme alla CEDU, in applicazione del canone ermeneutico secondo cui va preferita l'interpretazione della legge che la renda conforme alla Costituzione⁴².

Le Sezioni Unite arrivano a questa conclusione sulla base della considerazione che la ragionevole durata del processo è un bene già tutelato dalla nostra Costituzione. Questo è ancora più vero per la dignità della persona sottoposta a pena, che è il bene giuridico protetto dall'art. 3 della CEDU. Il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, inizia, infatti, con la perentoria affermazione che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»⁴³. Comunque, oggi, alla luce del nuovo art. 117 Cost., che ha portato la Corte costituzionale, a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007 (cioè le sentenze 348 e 349), a considerare le disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quale parametro di legittimità costituzionale della legislazione nazionale, e dopo l'adesione, con il Trattato di Lisbona, della UE alla CEDU, questa conclusione vale per ogni disposizione della CEDU e ha una base normativa molto più consolidata⁴⁴.

Nel caso dell'art. 35-ter, poi, il legislatore ha esplicitamente indicato agli interpreti nazionali che devono fare riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU statuendo che il risarcimento, sia in forma specifica che monetaria, spetta a chi è stato posto «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*» (corsivo mio). Questa precisazione richiede, e richiederà in futuro, uno sforzo di non poco conto alla Magistratura di sorveglianza. Essa è infatti chiamata a seguire la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in materia di articolo 3 CEDU, relativa non solo all'Italia, ma a tutti e 47 gli Stati membri del Consiglio d'Europa, e a verificare tutte le lesioni dei diritti dei detenuti che essa sanziona in quanto violazioni dell'art. 3 CEDU.

⁴² Cfr. SS.UU. Cass. Civile, n. 1338/2004, punto 11.

⁴³ Forse non è pleonastico ricordare un passo della sentenza 26/1999 della Corte Costituzionale: «La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale».

⁴⁴ Cfr. F. MARONE, [La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione? \(commento a Corte costituzionale 10 dicembre 2013, n. 313\)](#), *Consulta Online*. Vale la pena ricordare che questo vincolo interpretativo è destinato a diventare ancora più stringente con la prossima entrata in vigore del protocollo 16 della CEDU che prevede che i giudici nazionali potranno sospendere il procedimento in corso e rivolgersi alla Corte EDU per chiedere un parere consultivo su una questione relativa all'applicazione della CEDU dei suoi Protocolli. In questo contesto suona un po' sorprendente che il CSM nel suo parere consideri il rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU un elemento “fin qui sconosciuto sul piano della tecnica di redazione degli atti legislativi”.

L'ambito di questa norma per la giurisprudenza della Corte va ben oltre, infatti, i problemi del sovraffollamento spaziando, se ci si limita solo alle sentenze relative all'Italia, dal diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie⁴⁵, al diritto a vedersi riconosciuta l'incompatibilità con il carcere per motivi di salute⁴⁶, e, allargando lo sguardo a sentenze non relative all'Italia, ma che riguardano un problema da noi scottante, all'ergastolo ostativo⁴⁷. E se guardiamo al passato, appare probabile che in futuro la Corte ricondurrà altri diritti dei detenuti alla tutela fornita dall'art. 3 della CEDU.

Anche in relazione specificamente al sovraffollamento, senza bisogno di andare a vedere le numerose sentenze in materia relative alla Russia⁴⁸, ma prendendo in considerazione solo le sentenze relative all'Italia ci si trova di fronte ad una rapida evoluzione della giurisprudenza della Corte. Infatti nel 2009, quando, nella "sentenza Sulejmanovic"⁴⁹, la Corte ci condanna per la prima volta perché le condizioni di sovraffollamento delle nostre carceri causano un trattamento disumano e degradante, mette a fuoco un parametro rigido: quello dello spazio vitale di 3 m² a disposizione per ogni detenuto. Quando tre anni e mezzo dopo veniamo condannati con la "sentenza Torreggiani", la Corte, seguendo la linea tratteggiata dal parere dissenziente del giudice italiano Vladimiro Zagrebelsky, pur non rinnegando il parametro rigido dei 3 m², afferma che, quando lo spazio a disposizione del detenuto sia leggermente superiore e oscilla tra i 3 e i 4 m², si avrà violazione dell'art. 3 CEDU in presenza di altri elementi, definiti in sue varie pronunce, capaci di influire negativamente sulla qualità della vita all'interno del carcere. Quindi la Magistratura di sorveglianza e i Tribunali, che si vedono proporre istanze di risarcimento del danno a norma dell'art. 35-ter, devono valutare, come stanno facendo, quando lo spazio vivibile a disposizione dei detenuti è poco superiore ai 3 m², oltre che le modalità di calcolo dello spazio stesso, se si è verificato qualcuno dei numerosi elementi negativi ritenuti rilevanti dalla Corte⁵⁰ e

⁴⁵ C. Eur. dir. uomo, II sez., 22 aprile 2014, G. C. c. Italia.

⁴⁶ C. Eur. dir. uomo, II sez., 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia, in *questa Rivista* con [scheda di F. Mazzacuva](#), o, più di recente, C. Eur. dir. uomo, sez. II, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia; [Tellissi c. Italia](#), n° 15434/11, 5 marzo 2013; [Priebke c. Italia](#), n° 48799/99, 5 aprile 2001 (inedita).

⁴⁷ C. Eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, Vinter e a. c. Regno Unito, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10 pubblicata in [questa Rivista](#).

⁴⁸ Anche se la sentenza [Ananyev e altri c. Russia](#), nn. 42525/07 e 60800/08, 10 gennaio 2012 è in questo campo una sentenza fondamentale che andrebbe tenuta sempre presente.

⁴⁹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03 - [Sulejmanovic c. Italia](#), tr. it.

⁵⁰ Un tentativo di redigere un modulo di istanza di risarcimento ex art. 35-ter che tenga conto di tutta la giurisprudenza della Corte EDU in materia è stato compiuto dall'Altro diritto ONLUS, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. La [modulistica](#) si trova sul sito dell'associazione.

se il tempo per cui si è verificato è stato tale da comportare un trattamento inumano e degradante.

Per quanto riguarda però lo specifico problema dell'ambito della competenza della Magistratura di sorveglianza, e quindi l'utilizzabilità del risarcimento in forma specifica, l'impresa per fortuna è molto più semplice. Non dobbiamo, infatti, affrontare un'ardua ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia, perché la Corte stessa ci ha dato la sua lettura dell'art. 35-ter Ord. pen. nella recente "sentenza Stella"⁵¹.

Il primo elemento utile sul tema lo si trova al § 24 della sentenza dove la Corte riporta la "Decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 5 giugno 2014", quindi di una ventina di giorni prima della promulgazione del decreto legge che inserisce l'art. 35-ter nell'Ordinamento penitenziario. In questa decisione, presa nell'ambito del controllo dell'esecuzione della "sentenza Torreggiani", il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sottolinea di considerare «con interesse le informazioni fornite sulle misure adottate per istituire il ricorso risarcitorio, richiesto anche dalla sentenza pilota, con un decreto legge che prevede *la possibilità di una riduzione di pena per detenuti che stiano ancora scontando la pena e un risarcimento pecuniario per coloro che siano stati già scarcerati*» (corsivo mio).

Nei paragrafi dal 55 al 60 la Corte compie poi quella che intitola "Valutazione della Corte in merito al ricorso risarcitorio", dando la sua valutazione, ed implicitamente la sua lettura, dell'art. 35-ter introdotto dal decreto legge n. 92/2014 "allo scopo di determinarne l'accessibilità e l'effettività". Il § 57 della sentenza esprime in modo lapidario come la Corte legge il riparto di competenze tra Magistratura di sorveglianza e Tribunale, e quindi l'ambito di applicazione del risarcimento in forma specifica:

Per quanto riguarda le caratteristiche della riparazione, il ricorso in questione prevede due tipi di risarcimento per le persone che sono state detenute in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione. *Alle persone detenute che devono ancora finire di scontare la pena può essere riconosciuta una riduzione di pena pari a un giorno per ciascun periodo di dieci giorni di detenzione incompatibile con la Convenzione.* Peraltro, le persone che hanno terminato di scontare la pena o la cui pena residua non permette l'applicazione completa della riduzione hanno il diritto di ottenere una indennità di 8 euro per ciascun giorno passato in condizioni dichiarate contrarie alla Convenzione [...] *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* (corsivi miei).

⁵¹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 settembre 2014 - Ricorso n. 49169/09 - [Gennaro Stella c. Italia](#), tr. it.

Al termine del paragrafo 59 la Corte si spinge fino al punto di legittimare quella che, appellandomi alla saggezza popolare, ho definito la strategia dei “due piccioni con una fava” e afferma che il risarcimento in forma specifica «presenta il vantaggio innegabile di contribuire a risolvere il problema del sovraffollamento accelerando l’uscita dal carcere delle persone detenute». Se la sentenza rileva qualche perplessità sul rimedio creato dall’art. 35-ter, questa è relativa alla compensazione pecuniaria, per la quale la Corte mostra molto meno entusiasmo affermando (§ 60) che

per quanto riguarda la compensazione pecuniaria, riservata dal diritto interno alle persone che, per vari motivi, non possono beneficiare di una riduzione di pena, la Corte rammenta che, quando uno Stato ha fatto un passo significativo introducendo un ricorso risarcitorio per porre rimedio a una violazione della Convenzione, essa deve lasciargli un più ampio margine di apprezzamento affinché lo Stato possa predisporre tale ricorso interno in maniera coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, conformemente al livello di vita del paese.

L’inciso sottolineato mostra, ancora una volta, che la Corte legge il ricorso riparativo creato dal legislatore italiano come il ricorso principale e la possibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica come il risarcimento ordinario. Ed è sulla base di questa lettura che la Corte giudica il rimedio capace di ovviare alla carenza rilevata con la “sentenza Torreggiani”. Con una clausola che, ormai possiamo definire di stile per le sentenze che valutano l’impatto delle decisioni pilota, ma che, data la discussione nata sull’interpretazione dell’art. 35-ter, deve suonare come minaccioso monito, la Corte sottolinea (§ 62) che «questa conclusione 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». Affermazione che praticamente ripete il monito delle Sezioni Unite del 2004 sulla “legge Pinto”.

In margine a questa discussione va detto che il rinvio all’art. 69 comma 6 lettera b), Ord. pen., è problematico anche per quanto concerne la limitazione che pone alla causa della lesione dei diritti dei detenuti. E’ che questa problematicità investe non solo l’art. 35-ter ma anche l’art. 35-bis, per il quale pure la limitazione ha effetto. La norma, infatti, riconduce le violazioni dei diritti che la Corte EDU ricava dall’art. 3 della CEDU, a cui fa riferimento l’art. 35-ter, nell’alveo più generale della «inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge - cioè dell’Ordinamento penitenziario -- e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti». Questa limitazione è anche intuitivamente problematica: per la CEDU non sarebbe comunque accettabile

un danno provocato da comportamenti tenuti dall'amministrazione penitenziaria in conformità del diritto interno. In un recente decisione (*Anchugov and Gladkov v. Russia*) la Corte ribadisce in modo chiaro e perentorio un principio generale costantemente affermato nella sua giurisprudenza:

according to its established case-law, a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations ... As has been noted in paragraph 50 above, Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a member State's "jurisdiction" - which is often exercised in the first place through the Constitution - from scrutiny under Convention. The Court notes that this interpretation is in line with the principle set forth in Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties⁵².

Del resto anche in materia di sovraffollamento è difficile sostenere che esista una disposizione normativa dell'Ordinamento penitenziario, o del Regolamento di cui al D.P.R. 30 Giugno 2000, n. 230, che lo impedisca e permetta di considerarlo in sua violazione. Il 1° comma dell'art. 6 O.p. si limita a prevedere che i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di "ampiezza sufficiente", mentre il regolamento non dice niente in proposito. E' solo in forza della giurisprudenza della Corte EDU, e in particolare della sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 16 luglio 2009, più ancora che della *Torreggiani c. Italia*, che si è arrivati a fissare in 3 m² il limite minimo 'vitale' dello spazio a disposizione dei detenuti ed è in base alla giurisprudenza della Corte EDU, e non certo dell'Ord. pen. o del suo regolamento attuativo, che si discute come esso deve essere calcolato.

4 CHE VUOL DIRE "PREGIUDIZIO ATTUALE"?

E' giunto ora il momento di sgomberare il campo dall'obiezione che l'interpretazione di questa norma qui sostenuta, come scrive Fiorentin⁵³, implichi «una duplice operazione ricostruttiva della disciplina di riferimento che desta qualche perplessità: anzitutto, perché procede alla sterilizzazione del preciso riferimento normativo all'"attualità" del pregiudizio,

⁵² *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 4.7.2013, §108. Merita di essere sottolineato che la Corte EDU fa questa affermazione non in riferimento non a una semplice disposizione normative, ma a una disposizione della Costituzione Russa. La Corte non ritiene giustificata la lesione ai diritti sanciti dalla CEDU neppure se questa è dovuta ad un atto conforme alla Costituzione.

⁵³ F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 11

ritenendolo *tamquam non esset* e traslando il concetto di “attualità”, di cui al riferimento normativo dell’art. 35-ter Ord. penit., dal pregiudizio al rimedio che ad esso è possibile offrire».

Mi sembra che questa tesi si fondi su un’idea del linguaggio un poco vecchia, e direi, questa volta senza remore, platonica, per cui ad un lemma corrisponde un significato, indipendentemente dal contesto: esattamente come nella caverna di Platone alle ombre (gli *eidola*) che l’incatenato vede riflesse sulla parete corrisponde un oggetto. Il termine che la tesi di Fiorentin e dei sostenitori del parere del CSM reifica è quello di “pregiudizio”. Per di più il significato di esso assunto come vero ed unico non è quello che gli viene riconosciuto nel dibattito privatistico sul “pregiudizio patrimoniale” e “pregiudizio non economico”, ma un significato ricavato dal combinato disposto dell’art. 69 comma 6 e dell’art. 35-bis, cioè da due disposizioni che riguardano appunto non il “pregiudizio” risarcibile, ma un evento che sta ledendo, recando “pregiudizio” a, i diritti dei detenuti e la loro dignità e che deve essere fatto cessare quanto prima.

Cendon, nella sua monumentale opera sul risarcimento del danno non patrimoniale (come indubbiamente è quello di cui tratta l’art. 35-ter), chiarisce che «il pregiudizio di carattere non economico, al pari di quello avente carattere patrimoniale, viene oggi correttamente considerato quale effetto negativo della lesione di un interesse giuridicamente rilevante, e in quanto tale distinto e distinguibile - sul piano logico e sul piano giuridico - dalla lesione stessa»⁵⁴. Quindi, lessicalmente, il “pregiudizio”, all’interno del dibattito sul risarcimento del danno, patrimoniale e non, è il danno derivante dalla violazione del diritto e non la violazione stessa. Se questa è l’accezione del lemma “pregiudizio”, l’interpretazione che sostengo non slega la competenza del Magistrato di sorveglianza dall’attualità del “pregiudizio”, bensì dall’attualità dell’evento che lo causa. Se i magistrati di sorveglianza si liberano dalle catene degli articoli 35-bis e 69 Ord. pen. ed escono dalla caverna platonica possono facilmente vedere che l’interpretazione qui sostenuta non tratta l’attualità del pregiudizio *tamquam non esset*. Essa si limita a svincolare il significato del lemma “pregiudizio” da un contesto per esso inusuale, quale è quello dei provvedimenti “cautelari”, e lo riporta nel contesto normale, quello del risarcimento, che è il contesto in cui si colloca l’art. 35-ter. E’ la ricollocazione di tale lemma in un contesto particolare, quale quello che della tutela “cautelare” tratteggiato dall’art. 35-bis che “trasla” il significato del termine “pregiudizio”, non l’interpretazione qui sostenuta dall’art. 35-ter che “trasla” il significato di “attuale”.

⁵⁴ V. P. CENDON, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*. Parte generale, Utet, 2008, p. 342.

Merita di essere ricordato che la definizione di “pregiudizio” ben esplicitata da Cendon è al fondamento della già ricordata pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione Civile (n. 1338 del 26/1/2004) sul risarcimento del danno da eccessiva durata del processo previsto dalla “legge Pinto” (legge 89/2001) che, come ricorda l’ANM nella relazione presentata l’8/7/2014 alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, rappresenta il modello a cui si è ispirato il legislatore nel redigere l’art. 35-ter.

Come le Sezioni Unite ricapitolano il problema che fu loro posto era:

se, nel sistema introdotto dalla legge n. 89/2001, il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo vada identificato nella stessa violazione del diritto alla ragionevole durata del processo e perciò consegua automaticamente all’accertamento di tale violazione, ovvero se, al contrario, tale danno debba essere qualificato in termini di elemento costitutivo del diritto alla riparazione, come tale distinto dalla violazione del termine ragionevole, non ravvisabile *in re ipsa* e necessario a completarne la fattispecie⁵⁵.

L’analogia tra il problema che le Sezioni Unite erano chiamate a risolvere e quello posto dall’art. 35-ter è evidente. Infatti, come recita la sentenza, la legge Pinto, così come l’art. 35-ter, «identifica il fatto costitutivo del diritto all’indennizzo *per relationem*, riferendosi a una specifica norma della CEDU».

Nella pronuncia del 2004 le Sezioni Unite rilevano che il danno non patrimoniale viene normalmente liquidato dalla Corte EDU alla vittima della violazione senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via presuntiva. Ma subito precisano:

Siffatto orientamento interpretativo della Corte europea non significa, però, che il danno non patrimoniale sia insito nella mera esistenza della violazione, sia cioè, come si usa dire, *in re ipsa*. Ciò comporterebbe che, accertata la violazione, dovrebbe necessariamente conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale, che non potrebbe giammai essere escluso. Ma tale tesi interpretativa si porrebbe in chiaro contrasto proprio con l’art. 41 CEDU, ove si prevede che, accertata la violazione, la Corte europea accorda un’equa soddisfazione alla parte lese “quando è il caso” e quindi non in tutti i casi. E, in applicazione di tale disposizione, la Corte di Strasburgo, alcune volte, ha ritenuto sufficiente a riparare il danno morale della vittima il riconoscimento solenne, contenuto nella decisione di merito, che la violazione dedotta nel ricorso sussiste⁵⁶.

Quindi, secondo le Sezioni Unite, per la Corte EDU, come per Cendon, il danno non patrimoniale costituisce una conseguenza della violazione dei diritti previsti dalla CEDU che però,

⁵⁵ SS.UU. Cass. Civile, n. 1338/2004, punto 8.

⁵⁶ SS.UU. Cass. Civile, n. 1338/2004, punto 12.

«a differenza del danno patrimoniale, si verifica normalmente, e cioè di regola, per effetto della violazione stessa». Il “pregiudizio” che consegue alla violazione dunque non coincide con essa, ma consiste in «conseguenze non patrimoniali che possono ritenersi presenti secondo l’*id quod plerumque accidit*, senza bisogno di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso»⁵⁷. Dovrà essere il giudice a escludere il risarcimento in quei pochi casi eccezionali che fanno eccezione a questa regola.

Merita di essere riportata la conclusione delle Sezioni Unite perché la sua cristallina chiarezza dovrebbe spazzare via ogni ambiguità sulla distinzione tra violazione dei diritti garantiti dalla CEDU e il “pregiudizio”, cioè il danno, da essa conseguente, e sul rapporto intercorrente tra questi due eventi:

Può, allora, parlarsi, a proposito del danno non patrimoniale derivante dalla violazione della CEDU [...], non di danno insito nella violazione (*in re ipsa*) ma di prova (del danno) di regola *in re ipsa*, nel senso che provata la sussistenza della violazione, ciò comporta, nella normalità dei casi, anche la prova che essa ha prodotto conseguenze non patrimoniali in danno della parte processuale⁵⁸.

Una volta chiarito che il “pregiudizio” derivante dalla lesione dei diritti è cosa diversa dalla lesione stessa, resta da chiarire cosa significa, in un contesto risarcitorio, che il pregiudizio è “attuale”. Anche su questo punto ci viene in soccorso la giurisprudenza della Corte EDU a partire dallo stesso sentenza *Torreggiani e al. /Italia*, dove al § 38 dove si legge:

La Corte rammenta che una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di “vittima” solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio⁵⁹.

Quindi la Corte delinea chiaramente i due doveri in capo allo Stato, quello dell’accertamento della violazione, con conseguente dovere immediato di interromperla, che è il momento regolato dall’art. 35-*bis*, e il momento del rimedio compensativo che è quello regolato dall’art. 35-*ter*, e chiarisce che, fino a che anche questo secondo momento non si è concluso, il detenuto rimane “vittima”, cioè il pregiudizio da lui subito resta “attuale”. Fiorentin sembra non

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ivi*, punto 13.

⁵⁹ La Corte rinvia ad altre sentenze in cui ha affermato questo principio: *Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982, § 69, serie A n. 51; *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; *Dalban c. Romania* [GC], n. 28114/95, § 44, CEDU 1999-VI; e *Jensen c. Danimarca* (dec.), n. 48470/99, CEDU 2001-X.

trovare convincente questo passaggio argomentativo⁶⁰, ma esso è chiaramente esplicitato nella sentenza Ananyev contro la Russia dove la Corte EDU afferma che la cessazione della lesione del diritto lesa non influisce sul diritto al risarcimento del danno:

The Court would finally emphasise that, to be truly effective and compliant with the principle of subsidiarity, a compensatory remedy needs to operate retrospectively and provide redress in respect of the violations of Article 3 which predated its introduction, *both in situations where the detention has already ended with the detainees release or transfer to a different detention regime and in situations where the detainee is still held in the conditions that fall short of the requirements of Article 3*⁶¹ (corsivo mio).

I citati passaggi della sentenza Torreggiani e Ananyev, insieme alla chiarificazione della nozione di “pregiudizio” fatta dalle Sezione Unite, e conforme alla dottrina civilistica, mi sembrano costituire un argomento risolutivo sul significato da attribuire all’espressione “attualità del pregiudizio”: il “pregiudizio” il danno causato dalla lesione dei diritti garantiti dalla CEDU ed esso è “attuale” fino a quando la vittima non è stata risarcita.

CONCLUSIONE: AZIONE CIVILE RICORSO EFFETTIVO

La tesi del CSM porterebbe l’Italia ad una nuova condanna da parte della Corte EDU perché renderebbe il ricorso non effettivo per molti soggetti vittime di una detenzione non conforme ai parametri dell’art. 3 CEDU.

Si deve, infatti, sgomberare il campo da un equivoco. Non appare condivisibile la tesi sostenuta nella seconda ordinanza, quella del 31 ottobre, dell’Ufficio di sorveglianza di Alessandria, e avallata da Fiorentin⁶², secondo cui il detenuto la cui lesione dei diritti non sia più attuale, o che ha subito la lesione dei propri diritti durante una custodia cautelare per un titolo diverso da quello per cui è detenuto può proporre l’azione davanti al giudice civile in costanza di detenzione. Secondo questa tesi poi “la posizione del detenuto in pregiudizio non più attuale” va assimilata «a quella del soggetto che continua ad espiare la pena in regime di detenzione domiciliare, per il quale è normativamente prevista solo la tutela innanzi al giudice civile»⁶³. Questa linea interpretativa porta Fiorentin a sostenere che, se non si aderisce all’interpretazione

⁶⁰ F. FIORENTIN, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶¹ *Ananyev e altri c. Russia*, nn. 42525/07 e 60800/08, § 5231, 10 gennaio 2012.

⁶² FIORENTIN, *op. cit.*, p. 10.

⁶³ FIORENTIN, *op. cit.*, p. 12 n. 20.

del CSM, si configura una situazione di privilegio a vantaggio dei detenuti che potrebbero scegliere tra ricorrere al Magistrato di sorveglianza e al Tribunale, o che comunque si vedrebbero riconoscere “un foro speciale” a loro esclusivo “privilegio”, cosa «che non pare coerente con il canone di eguaglianza di tutti i soggetti dell’ordinamento di fronte alla legge»⁶⁴.

Va innanzitutto ribadito che la scelta di creare un foro speciale per il risarcimento del danno da detenzione contraria all’art. 3 CEDU è una scelta fatta dal legislatore per privilegiare il risarcimento in forma specifica della riduzione della pena. Si deve sottolineare poi che parificare la normale possibilità dei cittadini di vedersi valutare il danno subito dal Tribunale con il diritto a vedersi riconoscere un risarcimento fissato dalla legge in un ammontare irrisorio rispetto a quello riconosciuto dalla Corte EDU, ma anche dai giudici nazionali, suona provocatorio per i detenuti. Si può ribadire che forse questa disparità di trattamento tra cittadini rispetto al risarcimento qualche perplessità di costituzionalità la solleva (e sarebbe bene che i Tribunali, ma anche i Magistrati di sorveglianza qualora si trovino nelle condizioni del comma 2 dell’art. 3-ter, la sollevassero). Come ha ricordato il CSM nel suo parere, la Cassazione con la sentenza n. 17161/2012, ha fissato un principio che deve valere tanto per i cittadini liberi quanto per quelli detenuti: spetta al giudice provvedere all’integrale riparazione del pregiudizio subito «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».

Ma si deve soprattutto dire che la lettura sostenuta da Fiorentin e dall’Ufficio di sorveglianza di Alessandria appare ancora una volta in contrasto con la lettera dell’art. 35-ter. La lettera del terzo comma di questo articolo, infatti, legittima ad adire il Tribunale ordinario solo coloro che hanno subito una carcerazione cautelare per un fatto per il quale non sono stati condannati a pena detentiva e «coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere»: solo questi soggetti, recita il comma, «possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza». Questa formulazione direi che esclude chiaramente chiunque sia detenuto⁶⁵, ma probabilmente esclude anche tutti coloro che sono in misura alternativa. Questi

⁶⁴ FIORENTIN, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ Cfr. la ricordata ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza per le circoscrizioni dei Tribunali di Genova, Savona e Imperia, est. Daniela Verrina, dove si legge: «La vanificazione della tutela sarebbe, poi, particolarmente grave per i detenuti con un lontano fine pena, che sarebbero così privati di una tutela immediata, sia in termini di riduzione “compensativa”, sia in termini di indennizzo monetario, precluso loro dalla permanenza della condizione detentiva (l’azione civilistica, [...], può essere proposta solo dopo la cessazione

soggetti, infatti, non hanno tecnicamente “terminato di spiare la pena detentiva in carcere”, in quanto in qualsiasi momento una revoca della misura li potrebbe portare a finire di scontare la loro pena, appunto, in carcere⁶⁶. Quindi tanto i soggetti detenuti, quanto quelli in misura alternativa, vedrebbero rinviata la possibilità di ottenere il risarcimento a tempi molto lontani, quelli del fine pena. Alcuni di loro, poi, quelli condannati all’ergastolo ostativo, rischiano di non poter mai richiedere il risarcimento per i danni derivanti dalla violazione dell’art. 3 della CEDU. Arriveremo alla beffa che la collaborazione diventerebbe necessaria non solo per accedere alle misure alternative ma anche per essere risarciti per i trattamenti inumani e degradanti. Dubito che la Corte EDU lo troverebbe accettabile! Nella “sentenza Stella” (§ 39) la Corte infatti afferma che a norma dell’articolo 35 della Convenzione i ricorsi devono essere «disponibili e adeguati. Essi devono esistere con un grado sufficiente di certezza non solo in teoria ma anche in pratica, poiché in caso contrario mancherebbero loro l’effettività e l’accessibilità volute»⁶⁷.

BIBLIOGRAFIA

DELLA BELLA, A. *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*. Disponibile in: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovrappollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdotto-dal-d-l-92-2014/>. Accesso in: 10 ago. 2018.

dell’espiazione della pena in carcere), condizione che diventerebbe, in tal modo, un inedito (e verosimilmente incostituzionale) impedimento all’esercizio di un diritto». Per contro nel suo provvedimento il dottor Vignera, si rende conto che la sua tesi comporta una pericolosa lacuna di tutela per chi ha cessato di subire il trattamento inumano e degradante, ma è ancora detenuta, e propone di ovviarvi con una interpretazione estensiva dell’art. 35-ter, comma 3: «A nostro avviso, infatti, l’art. 35-ter, comma 3, O.P., là dove fa riferimento a “coloro che hanno terminato di spiare la pena detentiva in carcere”, deve essere interpretato estensivamente. La norma, più esattamente, ha inteso prendere in considerazione tutti coloro che (pur continuando ad spiare la pena detentiva) hanno “terminato di spiare la pena detentiva in carcere in condizioni disumane”: di guisa che essa va riferita tanto a chi continua ad spiare la pena in regime alternativo (es.: i detenuti domiciliari), quanto a chi continua ad spiare la pena in carcere in condizioni non più disumane». La faticosa costruzione di questo castello gotico, per cui per ovviare alla interpretazione non letterale di un enunciato normativo, si dà l’interpretazione estensiva di un altro enunciato normativo, ha l’unico fine di escludere la propria competenza sulle richieste risarcitorie dei detenuti e quindi il loro diritto a vedersi risarciti in forma specifica attraverso la riduzione della pena.

⁶⁶ Quindi, a mio parere, non sono condivisibili le due ricordate ordinanze dell’Ufficio di sorveglianza di Alessandria, quando, in sostanziale accordo con la tesi di Fiorentin, scrivono «le domande proposte da coloro che hanno terminato di spiare la pena detentiva in carcere» sono le domande proposte «dai soggetti ammessi a misure alternative “extramurarie”: affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare ed esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiore ai diciotto mesi».

⁶⁷ La Corte rinvia, “tra le altre”, alle sue sentenze *Akdivar e altri*, sopra citata, § 66, e *Dalia c. Francia*, 19 febbraio 1998, § 38, *Recueil* 1998-I.

FIORENTIN, F. *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*. Disponibile in: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1415181985FIORENTIN_2014a.pdf>. Accesso in: 10 ago. 2018.

[Ordinanza Ufficio di Sorveglianza per le circoscrizioni dei Tribunali di Genova, Savona e Imperia](#), est. Daniela Verrina edita il 10 ottobre 2014.

COSTA, P; ZOLO, D. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, critica. Milano: Feltrinelli, Milano, 2002.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Tanribilir v. Turkey*, 16 November 2000.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Salman v. Turkey*, 27 June 2000.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Keenan v. UK*, 3 April 2001.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Kudla v. Polonia* [GC], 26 ottobre 2000.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Selmouni V. France* [GC], 28 luglio 1999.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Reinhardt and Slimani-Kaid v. France*, 27 luglio 2004.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Xiros c. Grèce*, 9 settembre 2010.

ITALIA. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Codice civile. Disponibile in: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Accesso in: 10 ago. 2018.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Soering v. The United Kingdom*, 7 luglio 1989.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Al-Adsani v. The United Kingdom* [GC], 21 novembre 2001.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Gäfgen v. Germany* [GC], 01 giugno 2010.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Tomasi v. France*, 27 agosto 1992.

CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Labita c. Italia* [GC], 6 aprile 2000.

- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Ananyev c. Russia*, 10 gennaio 2012.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Orchowski v. Poland*, 22 October 2009.
- MARONE, F. *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione? (commento a Corte costituzionale 10 dicembre 2013, n. 313)*. Disponibile in: <<http://www.giurcost.org/studi/marone1.pdf>>. Accesso in: 10 ago. 2018.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Contrada c. Italia*, 11 febbraio 2014.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Tellissi c. Italia*, 5 marzo 2013.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Priebke c. Italia*, 5 aprile 2001.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Vinter e a. c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Gennaro Stella c. Italia*, 16 settembre 2014.
- CENDON, V. P. *Il risarcimento del danno non patrimoniale*. Parte generale, Utet, 2008.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Dalban c. Romania* [GC], n. 28114/95
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Jensen c. Danimarca* (dec.), n. 48470/99.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Ananyev e altri c. Russia*. 10 gennaio 2012.
- CONSIGLIO D'EUROPA. Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo. *Dalia c. Francia*, 19 febbraio 1998.

Artigo convidado.

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

SANTORO, Emilio. Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 824-857, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34428>>. Acesso em: dia mês. ano. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369434428>.