

**NOVITA' LEGISLATIVA: I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito.**

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la sentenza "Torreggiani ed altri" e la conseguente introduzione nell'ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori (artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen.). - 2. La decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 5 giugno 2014. - 3. La sentenza Corte edu "Stella ed altri c. Italia" del 16 settembre 2014. - 4. L'attualità del pregiudizio nel rimedio ex art. 35-*ter* ord. pen. - 4.1 L'orientamento che ritiene necessario il requisito dell'attualità. - 4.2. L'orientamento che esclude l'attualità del pregiudizio dagli elementi costitutivi del ricorso risarcitorio in forma specifica. - 4.3 Riflessi sistematici ed applicativi dei due orientamenti. - 5. La nozione di detenuto ai fini della legittimazione all'azione risarcitoria in forma specifica. - 5.1. La legittimazione degli internati e dei detenuti in misura cautelare. - 5.2 Le richieste risarcitorie provenienti da soggetti ammessi a misure alternative alla detenzione. - 5.3. Le istanze provenienti da detenuti sulla base di un titolo diverso da quello cui si riferisce il pregiudizio - 6. La natura giuridica dei ricorsi e i riflessi in tema di prescrizione. - 7. Le problematiche di diritto intertemporale. - 8. Considerazioni conclusive.

**1. Premessa: la sentenza "Torreggiani" e la conseguente introduzione nell'ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori (artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen.).**

Con la sentenza pilota 8 gennaio 2013, "Torreggiani c. Italia", la Corte edu, rilevata la strutturale violazione dell'art. 3 Cedu da parte dell'Italia, a causa del "grave sovraffollamento" dei relativi istituti penitenziari - condannava il nostro Paese, ma, al contempo, dichiarava sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani, aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, concedendo allo Stato convenuto il termine di un anno a partire dal maggio 2013 (termine ora posticipato al giugno 2015), entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione di sovraffollamento delle carceri.

In risposta a quanto intimatogli, il governo italiano emanava il decreto legge n. 146 del 2013 (c.d. decreto "svuota-carceri"), successivamente convertito nella l. n. 10 del 2014, introducendo nell'ordinamento penitenziario nuovi rimedi preventivi e risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della CEDU.

In estrema sintesi, la rafforzata tutela si concretizza in due autonome azioni, disciplinate, rispettivamente, agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., che consentono al detenuto di essere sottratto con rapidità da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani e al contempo di conseguire un ristoro per la violazione subita.

I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderenza conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani*<sup>1</sup>.

Nel primo caso (art. 35-*bis* ord. pen.), il procedimento prevede nel suo sviluppo uno specifico rimedio mutuato dallo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza; nel secondo caso il contenuto risarcitorio conferisce al procedimento natura marcatamente civilistica, al punto da prevedere una tutela sussidiaria e residua davanti al tribunale ordinario - entro sei mesi dalla cessazione della pena -, nei casi in cui il pregiudizio non sia computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero il soggetto che assume di averlo patito abbia terminato di espiare la pena detentiva.

In entrambe le ipotesi (35-*bis* e 35-*ter* cit.), il procedimento innanzi al magistrato di sorveglianza si svolge secondo le previsioni degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., con la necessaria estensione del contraddittorio all'amministrazione interessata; nell'ipotesi residuale di competenza del Tribunale civile in composizione monocratica, la disciplina è quella fissata dagli artt. 737 e ss. cod. proc. civ. e il risarcimento del danno è da liquidare nella stessa misura determinata per i casi in cui a decidere sia il magistrato di sorveglianza.

## **2. La decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 5 giugno 2014.**

I rimedi approntati dal Governo italiano hanno riscosso un primo significativo apprezzamento da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, nell'ambito del controllo sull'esecuzione della sentenza *Torreggiani*, all'esito della sua riunione n. 1201, esaminando il contenuto del decreto legge, che da lì a breve sarebbe stato adottato, si è espressamente rallegrato sia per la creazione di un ricorso preventivo entro il termine fissato dalla sentenza pilota - invitando comunque le

---

<sup>1</sup> Cfr. sentenza Corte edu, "*Torreggiani*", § 96: "Quanto alla via o alle vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico riconosciuto nella presente causa, la Corte rammenta che, in materia di condizioni detentive, i rimedi "preventivi" e quelli "di natura "compensativa" devono coesistere in modo complementare. Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita" (*Benediktov c. Russia*, § 29; *Ananyev e altri* §§ 97-98 e 210-240).

autorità a fornire informazioni complementari sulla sua attuazione, in particolare alla luce del controllo che esse prevedono di esercitare in questo contesto -, sia "per l'istituzione di un ricorso di natura risarcitoria, 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".

Malgrado i positivi giudizi espressi, il Comitato si è riservato di riesaminare la situazione nel giugno 2015, allo scopo di valutare pienamente i progressi compiuti alla luce di un piano/bilancio d'azione aggiornato che a quella data dovrà essere fornito.

### **3. La sentenza Corte edu "Stella ed altri c. Italia" del 16 settembre 2014.**

Un secondo positivo riscontro all'adeguatezza delle risposte fornite dall'Italia alle prescrizioni della "Torreggiani" lo si registra nella sentenza della Corte edu "Stella contro Italia" del 16 settembre 2014, con la quale i Giudici di Strasburgo, chiamati per la prima volta dopo la novella del 2014 a pronunciarsi sui nuovi rimedi risarcitori introdotti nell'ordinamento penitenziario, hanno espresso un giudizio ampiamente positivo sulla accessibilità dei ricorsi preventivi e riparatori, nonché sulla apparente effettività degli stessi, riservandosi, però, sotto questo secondo profilo, **la possibilità di un eventuale riesame che consideri anche le decisioni rese dai giudici nazionali e l'effettiva loro esecuzione**<sup>2</sup>.

Entrando maggiormente nel dettaglio della pronuncia ora in esame, i giudici di Strasburgo plaudono alla nuova via di ricorso preventivo (art. 35-*bis* ord. pen.), che specifica ormai l'obbligatorietà delle decisioni adottate dal magistrato di sorveglianza nell'ambito dei reclami dei detenuti in materia di ordinamento penitenziario, a differenza del reclamo generico previsto dall'art. 35 ord. pen., che era stato ritenuto dalla "Torreggiani" non effettivo per la mancanza di strumenti che consentissero di portare ad esecuzione le decisioni assunte dalle autorità competenti.

Di contro, gli attuali nuovi rimedi vincolano l'Amministrazione dello Stato alla decisione assunta dall'Autorità giudiziaria competente, al punto da prevedere nell'ipotesi di inottemperanza una esecuzione forzata.

L'effettività del rimedio trova, sotto altro profilo, maggiore garanzia nel miglioramento della situazione del sistema penitenziario italiano, grazie alle misure di

---

<sup>2</sup> Nella riserva espressa la Corte europea sembra avere presente l'inerzia del Legislatore italiano al richiamo della Corte costituzionale, che già nella sentenza n. 26 del 1999, dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. pen., nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale e nell'occasione sollecitava il legislatore ad assumere le determinazioni di competenza, rammentandogli che nel vigente ordinamento costituzionale la restrizione della libertà personale non può comportare il disconoscimento del primato della persona umana e dei suoi diritti; ragion per cui l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost..

merito, predisposte dallo Stato italiano per risolvere il problema strutturale del sovraffollamento carcerario<sup>3</sup>.

Il ricorso viene infine giudicato dalla Corte un rimedio a priori accessibile, in grado cioè di offrire alle persone sottoposte alla giustizia delle prospettive ragionevoli di esito positivo.

Tuttavia, secondo i giudici occorre ancora verificare l'effettività del rimedio alla prova dei fatti e, segnatamente, "alla luce delle decisioni rese dai giudici nazionali e dell'effettiva esecuzione di queste ultime".

Analogo giudizio (positivo con riserva) la Corte esprime anche in merito al ricorso risarcitorio, constatando che si tratta di un rimedio accessibile a chiunque lamenti di essere stato detenuto in Italia in condizioni materiali contrarie alla Convenzione, in essi compresi, alla luce della disposizione transitoria contenuta all'art. 2 della l. n. 10 del 2014, coloro che avevano già presentato dinanzi alla Corte ricorso, da questa non ancora dichiarato ricevibile.

Per quanto riguarda le caratteristiche della riparazione, ritiene soddisfacente ed appropriata anche nel *quantum* la riparazione tramite riduzione di pena, che presenta l'innegabile ulteriore vantaggio di contribuire a risolvere il problema del sovraffollamento accelerando l'uscita dal carcere delle persone detenute; mentre in relazione alla compensazione pecuniaria, pur rilevando che la somma fissata dal legislatore italiano si pone al di sotto dei parametri della "Torreggiani", valuta la stessa ugualmente in termini positivi, osservando 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. In tali situazioni, segnate da una gran mole di ricorsi, la Corte ha ritenuto non irragionevole la previsione di somme, che, pur essendo inferiori a quelle fissate dalla Corte medesima, costituiscano comunque una risposta rapida e celere nella sua esecuzione dello Stato convenuto ai numerosi ricorsi intentati nei suoi confronti"*.

Tuttavia, anche in questa circostanza, la Corte rimarca di voler mantenere la propria competenza di controllo finale per tutte le doglianze presentate da ricorrenti, che, in

---

<sup>3</sup> Si accolgono da parte della Corte con particolare favore le informazioni fornite dal Governo italiano, secondo cui, già allo stato, tutti i detenuti delle carceri italiane dispongono di uno spazio personale minimo di 3 m<sup>2</sup> e ciò grazie all'adozione di varie disposizioni legislative di politica penale, volte in particolare a promuovere un maggiore utilizzo delle misure alternative alla detenzione e a ridurre le pene previste per delitti minori. A ciò devono poi aggiungersi: l'introduzione di importanti disposizioni organizzative allo scopo di permettere ai detenuti di passare almeno otto ore al giorno fuori dalla loro cella, di avere un accesso più facile al lavoro e un maggior numero di visite famigliari; la programmazione, gli interventi in materia di restauro degli istituti penitenziari esistenti e di costruzione di nuovi edifici al fine di aumentare i posti di detenzione disponibili ed una migliore ripartizione delle persone detenute.

base al principio di sussidiarietà, abbiano esperito tutte le vie di ricorso interne disponibili.

Riassumendo, sembra poter affermarsi che le risposte normative offerte dall'Italia alla condanna "Torreggiani" abbiano ricevuto - tanto dal primo vaglio giurisdizionale della CEDU quanto da quello operato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - un giudizio ampiamente positivo sul piano contenutistico astratto, che attende, però, ora un riscontro effettivo nella applicazione delle norme.

Riscontri positivi che, a non tacere il vero, appaiono, allo stato, non del tutto scontati, ove solo si consideri la riserva mantenuta da parte dei giudici di Strasburgo in attesa di ulteriori positivi riscontri nella applicazione concreta dei nuovi rimedi, ove potrà cogliersi l'esatta loro configurazione da parte dei giudici.

Riserva, non riconducibile ad una mera clausola di stile, ma dettata forse dal fatto che non è sfuggita al Giudice europeo l'insidia proveniente da taluni passaggi della recente normativa e in particolar modo del rimedio risarcitorio, il cui tenore si presta a differenti opzioni esegetiche, in grado di ampliarne o di ridurne sensibilmente l'ambito applicativo e quindi la stessa sua effettività, con il consequenziale rischio tangibile che l'Italia possa ancora trovarsi esposta a censure per l'inadeguatezza della normativa interna a tutela delle violazioni ex art. 3 della Convenzione e subire così nuove condanne.

#### **4. L'attualità del pregiudizio nel rimedio ex art. 35-ter ord. pen.**

Nel quadro delle preoccupazioni da ultimo espresse si colloca la difficile delimitazione dell'ambito operativo del rimedio risarcitorio previsto dall'art. 35-ter cit.

Il problema lo pone l'*incipit* della norma che, tra i presupposti costitutivi dell'istituto, rimanda, per qualificare il pregiudizio legittimante l'azione, all'art. 69, comma 6, lett. b., ord. pen., che considera rilevante, ai fini del reclamo di cui all'art. 35-bis, ord. pen., *l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.*

Il rinvio normativo appena evidenziato ha posto subito il problema di individuare tra quale delle distinte azioni risarcitorie previste dall'art. 35-ter cit. collocare i ricorsi avanzati da soggetti in stato di detenzione, ma relativi a pregiudizi non attuali.

La lettera della norma è chiara, infatti, nell'individuare la competenza del magistrato di sorveglianza a decidere i ricorsi del soggetto che lamenta nell'attualità un'inumana detenzione (art. 35, commi 1 e 2, cit.), nonché quella del giudice civile per i ricorsi di coloro che, per varie ragioni, non siano più detenuti (art. 35-ter, comma 3, cit.).

Oscura è invece la legge nel riparto di competenza tra ufficio di sorveglianza e giudice civile in relazione alle istanze provenienti dal soggetto che, da detenuto, lamenta una pregressa, ma non più attuale, detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU, con le conseguenze che ne derivano, atteso che solo nel primo caso, ricorrendo gli altri presupposti di legge, il detenuto potrebbe ottenere il risarcimento in forma specifica.

Sulla questione non risultano, ad oggi, arresti della Suprema Corte e la giurisprudenza di merito appare oscillante tra due antitetiche opzioni interpretative, con sensibili ricadute sull'individuazione dell'organo giurisdizionale competente e, quindi, sui tempi e le modalità del risarcimento, tali da incidere pesantemente sulla *effettività* dell'istituto in esame, che, si rammenti, costituisce il risultato che la Corte europea attende di riscontrare positivamente.

Prima di addentrarci nella disamina dell'attuale contrasto esegetico, è opportuno osservare che il legislatore nella redazione della norma abbia fatto ricorso ad un utilizzo improprio del termine *pregiudizio*, che, in un'ottica strettamente civilistica, non coincide con l'attività lesiva, ma ne è l'effetto, che permane anche quando la causa che lo ha provocato sia cessata<sup>4</sup>.

#### **4.1. L'orientamento che ritiene necessario il requisito dell'attualità.**

Un primo filone esegetico, sin qui seguito da una significativa componente della magistratura di sorveglianza, sostiene che i rimedi compensativi previsti dall'art. 35, commi 1 e 2, ord. pen. radicano la competenza del magistrato di sorveglianza, a condizione che il pregiudizio patito sia sussistente al momento della presentazione dell'istanza, perdurando sino al giorno della decisione.

Sulla base di questo presupposto, quegli uffici di sorveglianza, aderenti all'indirizzo ermeneutico ora in esame, hanno dichiarato inammissibili o comunque rigettato le istanze avanzate ai sensi dell'art. 35-ter, comma 1, ord. pen. da soggetto detenuto in esecuzione pena, se relative a pregiudizi non più attuali<sup>5</sup>.

Talune di tali decisioni si conformano espressamente a quanto sul tema espresso anche dal Consiglio Superiore della Magistratura nel parere tecnico sul d.l. n. 92 del 2014 (Odg. 1095–Aggiunto del 30 luglio 2014)<sup>6</sup>, nel quale, in particolare, si afferma,

---

<sup>4</sup> In tal senso, cfr. G. Giostra, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2015, p. 2 e, in termini ancora più diffusi, E. Santoro, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda – Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 23 e ss., il quale si richiama alla definizione di pregiudizio di carattere non economico fornita dalla dottrina civilistica (V.P. Cendon, *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte generale*, Utet, 2008, p. 342).

<sup>5</sup> Cfr. Mag. Sorv. Catania, 11 marzo 2015; Mag. Sorv. Alessandria, 26 settembre 2014; Mag. Sorv. Alessandria, 31 ottobre 2014; Mag. Sorv. Trieste, 2 dicembre 2014.

<sup>6</sup> Cfr. ordinanze del Mag. Sorv. Alessandria citate nella nota che precede.

sulla base di una stringente valutazione letterale del testo di legge, che 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, con la conseguenza che il primo requisito per poter azionare i rimedi, previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 35-ter cit., davanti al magistrato di sorveglianza (ovvero la riduzione della pena ed il risarcimento del danno nella forma del pagamento di una somma pecuniaria), è che in capo al detenuto o all'internato sia configurabile una situazione di "attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti" conseguente all'inosservanza, da parte dell'Amministrazione, di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento. Un pregiudizio che, peraltro, deve afferire ad una condizione detentiva tale "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" e che, pertanto, configura una violazione del divieto di tortura ovvero di trattamenti "inumani o degradanti".

Seguendo, dunque, questa prima tesi, i confini tra le differenti azioni riconosciute al detenuto a tutela dei propri diritti vanno fissati nei termini che seguono:

a) sono azionabili innanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi degli artt. 35 ter, commi 1 e 2, cit. le istanze relative a lesione dei diritti della persona incarcerata, per violazione dell'art. 3 CEDU, che sia attuale al momento della richiesta di accertamento e non si sia ormai consumata (per essersi, ad esempio, esaurita la situazione di sovraffollamento);

b) appartengono alla competenza del tribunale civile in sede monocratica, le istanze ex art. 35-ter, comma terzo, ord. pen., provenienti da soggetto non più detenuto e che lamenti un pregiudizio per violazione dell'art. 3 CED;

c) in applicazione analogica dell'art. 35-ter, comma terzo, cit. (trattandosi di ipotesi del tutto equiparabile, per caratteri ed effetti a quella sub b), appartengono alla competenza del medesimo giudice civile individuato da tale norma le istanze avanzate da soggetto detenuto per lesioni derivanti da violazione dell'art. 3 CEDU, che non siano però attuali<sup>7</sup>;

c1) l'attualità del pregiudizio deve essere sussistente al momento della proposizione della domanda, in coerenza con la norma contenuta nell'art. 5 cod. proc. civ.: "*la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo*

---

<sup>7</sup> Cfr. A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento, prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014, (§13), la quale, pur rilevando la medesima lacuna normativa, propone una diversa applicazione analogica, nel senso della estensione della competenza al magistrato di sorveglianza anche ai casi di "pregiudizio non attuale".

*stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo*<sup>8</sup> ma deve persistere sino al momento della decisione;

d) per i pregiudizi del detenuto non riconducibili a violazioni dell'art. 3 CEDU, la competenza è quella ordinaria del giudice civile, in materia di illecito extracontrattuale (art. 2043 e ss. cod. civ.).

#### **4.2. L'orientamento che esclude l'attualità del pregiudizio dagli elementi costitutivi del ricorso risarcitorio in forma specifica.**

All'indirizzo sin qui esaminato, se ne contrappone un altro, seguito dalla restante giurisprudenza di merito<sup>9</sup> e sostenuto da gran parte della dottrina<sup>10</sup>, secondo cui, tra i requisiti fondanti la legittimazione ad agire innanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 35-*ter* cit. non è da includere l'attualità del pregiudizio, inteso quale attualità della violazione, ovvero delle condizioni disumane e degradanti.

Della tesi confutata, questo secondo orientamento contesta, innanzi tutto, l'argomento fondante (vale a dire i risultati dell'interpretazione testuale del dato normativo) e ne evidenzia, poi, anche gli scompensi sistematici ed applicativi, contrapponendo, sotto ambedue i profili di valutazione, una diversa esegesi della norma, che si assume essere maggiormente conforme alla volontà del legislatore e più in armonia con il sistema nel suo complesso.

In merito al primo punto (interpretazione letterale della norma), si osserva che "Il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)", oltre ad essere espressamente menzionato al primo comma dell'art. 35-*ter*, cit., è 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».

In ragione del richiamo operato dal terzo comma la nozione di pregiudizio della norma non può che essere unica e riferirsi, quindi, allo stesso evento dannoso, con le stesse caratteristiche; a differire sarebbe solo il profilo della competenza a decidere: in un caso il magistrato di sorveglianza, nell'altro il tribunale ordinario.

Se, però, in relazione alla istanza di cui al primo comma, è possibile in astratto configurare ipotesi di pregiudizio sia attuale che "non", nel caso invece del terzo comma, che presuppone sempre la cessazione dello stato di detenzione dell'istante, il pregiudizio può, per definizione, essere solo non attuale.

---

<sup>8</sup> In senso conforme anche il C.S.M. nel parere tecnico cit., par. 6

<sup>9</sup> Oltre ai provvedimenti che verranno indicati nelle note che seguono, nella scia di questo secondo indirizzo, v. Mag. Sorv. Sassari, 18 novembre 2014.

<sup>10</sup> Cfr. E. Santoro, *op. cit.*; G. Giostra, *op. cit.*.



Dovrebbe, dunque, ipotizzarsi che al medesimo termine (pregiudizio) il legislatore abbia inteso attribuire nel corpo della stessa norma due differenti accezioni; il che appare palesemente incongruo ed offre, così, ai fautori dell'indirizzo ora in esame, un primo argomento di difficile superamento a sostegno di una nozione di pregiudizio che prescinde dal profilo dell'attualità<sup>11</sup> e che conseguentemente porti a ritenere la competenza esclusiva del Magistrato di sorveglianza ad esaminare tutti i ricorsi di soggetti in stato di detenzione per violazione dell'art. 3 CEDU<sup>12</sup>, a prescindere se relativi ad una situazione di attualità o meno del pregiudizio.

La conclusione cui si perviene è che nella formulazione delle norme in esame la volontà del legislatore sarebbe stata mal espressa, in quanto il rinvio all'art. 69 comma 6 lett. b) altro non significherebbe che il rapporto di *species* a *genus* del pregiudizio legittimante l'azione ex art. 35-ter cit. rispetto al "pregiudizio all'esercizio dei diritti" per inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario.

L'argomento appena sviluppato non è però l'unico, in quanto, restando ancora sul piano della interpretazione letterale della norma si osserva, da parte della stessa dottrina di cui sopra, che seguendo la confutata opzione esegetica strettamente aderente al testo dell'art. 69, comma 6, lett. b, dovrebbe affermarsi che il pregiudizio derivante da violazione dell'art. 3 della CEDU, oltre quello dell'attualità, dovrebbe possedere anche il requisito della gravità, con la conseguente introduzione ai fini della risarcibilità di una distinzione tra violazioni dell'art. 3 CEDU «gravi» e «non gravi», priva di contenuto e soprattutto sconosciuta alla giurisprudenza della Corte edu<sup>13</sup>.

Ed ancora, tornando al profilo della attualità, oscura risulterebbe la previsione contenuta al secondo comma dell'art. 35-ter cit. (risarcimento nel caso di detenzione in

---

<sup>11</sup> L'argomento è sostenuto con forza da E. Santoro, *op. cit.*, il quale così si esprime: "(...) 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.... 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, 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 espriare 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 attuale".

<sup>12</sup> Cfr. ancora E. Santoro, *op. cit.*, il quale rileva che il riferimento operato dall'art. 69, comma 6, ord. pen. a "detenuti ed internati", senza distinguere tra i detenuti in custodia cautelare e detenuti definitivi, consente al soggetto *in vinculis*, ma ancora in attesa di giudizio di adire il magistrato di sorveglianza ai sensi sia dell'art. 35 bis cit. che dell'art. 35 ter, cit., azionando le relative azioni preventive e compensative.

<sup>13</sup> Cfr. G. Giostra, *op. cit.*, p. 5.

condizioni non conformi all'art. 3 inferiore ai quindici giorni), in quanto relativa ad una ipotesi in cui il pregiudizio non potrebbe mai essere attuale al momento della decisione, atteso che le stesse scadenze del procedimento escludono che il magistrato possa decidere prima di quindici giorni dalla presentazione dell'istanza. Non è un caso che lo stesso legislatore utilizza, nell'occasione, verbi coniugati ad un tempo passato (qualora il periodo *espiato...sia stato*)<sup>14</sup>.

Una più meditata ed articolata lettura del testo di legge scardinerebbe, dunque, (a dire sempre dei sostenitori di questo secondo indirizzo) nelle sua fondamenta la tesi dell'"attualità del pregiudizio", rispetto alla quale gli stessi autori non mancano, poi, di evidenziare i profili di incongruenza in chiave sistematica.

Si osserva, in questa seconda prospettiva, che, ove anche si volesse ritenere forzata l'interpretazione letterale da cui discende la non necessaria attualità del pregiudizio di cui al rimedio risarcitorio, certamente più ardita sarebbe l'anticipazione per via analogica della competenza del giudice civile ad un momento precedente rispetto alla dismissione carceraria dell'istante<sup>15</sup>.

Al più, si aggiunge, a voler tutto concedere all'idea della lacuna normativa, questa potrebbe essere colmata, nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata che escluda disparità di trattamento, assimilando la posizione dei detenuti che lamentano un pregiudizio pregresso a quella dei detenuti che stanno subendo il danno al momento in cui presentano il ricorso. In questo caso, infatti, 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 accedere al risarcimento in forma specifica, cui il legislatore attribuisce valenza prioritaria, rispetto a quello compensativo<sup>16</sup>.

#### **4.3. Riflessi sistematici ed applicativi dei due orientamenti.**

I sostenitori di ciascuno dei due contrastanti orientamenti non si sottraggono dal misurare gli effetti applicativi e sistemici delle rispettive esegesi<sup>17</sup>.

Nello specifico, gli aderenti alla tesi della "necessaria attualità del pregiudizio", ritengono che tale approdo ermeneutico, oltre che maggiormente fedele al dato testuale della norma, risponda alla esigenza di circoscrivere al massimo l'eccezionale

---

<sup>14</sup> Cfr. L'argomento, oltre che affermato da G. Giostra, *op. cit.*, p. 5., risulta ripreso in giurisprudenza da Mag. Sorv. Venezia, 12 novembre 2014 e Mag. Sorv. Verona, 12 novembre 2014.

<sup>15</sup> Cfr. G. Giostra, *op. cit.*, p. 5-6.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto, A. Della Bella, *op. cit.*,

<sup>17</sup> Per una diffusa panoramica sui riflessi sistematici ed applicativi di ciascuno dei due orientamenti, v. F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 novembre 2014, §§ 3 e 4.

collocazione di uno strumento risarcitorio nell'ambito – del tutto peculiare – della giurisdizione attribuita alla magistratura di sorveglianza.

Interpretazioni estensive o analogiche della norma sortirebbero la creazione di un foro speciale a privilegio esclusivo dei soggetti detenuti, che non pare coerente con il canone di eguaglianza di tutti i soggetti dell'ordinamento di fronte alla legge.

Ne consegue che laddove il pregiudizio sia del tutto cessato, una competenza di natura risarcitoria attribuita al giudice di sorveglianza porrebbe seri problemi di compatibilità con la regola della competenza generale in materia di risarcimento del danno assicurata dalla giurisdizione del giudice civile.

Al riguardo si richiamano le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 279 del 2013, relativa alla questione di costituzionalità dell'art. 147 del codice penale «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità».

Con tale arresto, la Corte ha riconosciuto «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità»

Ebbene, – secondo la lettura qui in esame –, nella medesima prospettiva dovrebbe essere interpretato anche il rimedio introdotto dall'art. 35-ter ord. penit., per cui la riduzione *pro rata* della pena residua ancora da espiare dovrebbe essere riservata soltanto alle situazioni di condizioni detentive che comportino un pregiudizio "attuale" in termini di trattamenti penitenziari inumani e degradanti.

La più significativa ricaduta applicativa di tale ricostruzione ermeneutica si condensa nell'assunto che, in tutti i casi in cui la lesione da violazione dell'art. 3 CEDU non possieda le caratteristiche della "attualità" – nel senso sopra indicato – essa fuoriesce dall'ambito della competenza della magistratura di sorveglianza, per ricadere nella giurisdizione generale in materia risarcitoria affidata al giudice civile<sup>18</sup>.

Alle considerazioni sin qui svolte, il diverso orientamento sopra menzionato replica osservando che le stesse, oltre a fondarsi su di una errata interpretazione letterale della norma, offrono un inquadramento dei nuovi istituti che provocherebbe "*severi scompensi sistematici e applicativi*"<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Mag. Sorv. Catania, 11 marzo 2015 e Parere C.S.M., cit., § 6.

<sup>19</sup> L'espressione è di G. Giostra, *op. cit.*, p. 2.

Di tutta evidenza, innanzi tutto, che la censura di una indebita generalizzata competenza della magistratura di sorveglianza in un ambito dalle connotazioni sostanzialmente civilistiche, avrebbe ragione di essere sollevata, nella misura in cui, rilevata una effettiva lacuna nella nuova normativa "risarcitoria" in relazione alle istanze provenienti da detenuti relative a pregiudizi non attuali, si fosse preteso di colmarla, anziché ricorrendo alla *naturale* competenza della giurisdizione civile, applicando analogicamente le previsioni eccezionali di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 35 ter cit. con conseguente estensione della competenza del magistrato di sorveglianza.

Dimostrata, però - come sopra si è ritenuto di aver dimostrato - l'errata lettura del dato testuale normativo su cui si fonda la tesi "attualista", verrebbero a cascata meno le ulteriori osservazioni a questa riconducibili in chiave sistemica e in particolare la preoccupazione di una generalizzata ed indebita attribuzione di competenze risarcitorie al magistrato di sorveglianza, al di là di quanto dal legislatore previsto.

Superando, per il momento, questo primo ordine di considerazioni che potrebbe tuttavia rivelarsi *tranchant* nella soluzione della questione controversa, i sostenitori della tesi ora in esame confutano la contrapposta ricostruzione esegetica, anche nella parte in cui questa ritiene di poter estendere per via analogica la competenza del giudice civile ex art. 35 ter, ord. pen. alle ipotesi di pregiudizio "non attuale" lamentato da soggetto in stato di detenzione.

Si obietta, in particolare, che una simile ipotesi rischierebbe, in ragione dei tempi e delle modalità di intervento del giudice civile di vanificare l'efficacia dello strumento risarcitorio.

Invero, la legittimazione ad adire il giudice civile resterebbe in *stand by* sino alla data di scarcerazione del richiedente, che potrebbe arrivare anche a distanza di molti anni o, in ipotesi, anche mai (come nel caso dell'ergastolano o del soggetto che, nel corso della detenzione, morisse in carcere).

E' vero che l'inconveniente potrebbe, in astratto, essere superato, prefigurando il succedersi della competenza del giudice civile con l'esaurirsi di quella del magistrato di sorveglianza, che consentirebbe di esperire il rimedio risarcitorio anche in regime di detenzione, ma, in tale ipotesi, occorrerebbe, pur sempre, stabilire se il giudice civile debba intervenire con le modalità ordinarie ovvero con le forme ed i limiti specificamente stabiliti dal terzo comma dell'art. 35-ter cit.; ben consapevoli che, in ambedue i casi, al detenuto sarebbe precluso l'accesso alla riduzione di pena, che costituisce la forma di risarcimento privilegiata dal legislatore e dalla stessa Corte europea, che nella sentenza "Stella" ha manifestato vivo apprezzamento per tale forma

di riparazione, a fronte delle parole, più di giustificazione che di plauso, per il risarcimento pecuniario<sup>20</sup>.

Ed è proprio il tenore della appena citata sentenza della Corte di Strasburgo che offre ai sostenitori della tesi in esame l'occasione per rammentare che, oggi, alla luce del nuovo art. 117 Cost., le disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, costituiscono parametro di legittimità costituzionale della legislazione nazionale<sup>21</sup>, con la conseguenza che, in vicende come quella che qui ci occupa, nell'esegesi delle risposte normative del governo italiano alla condanna subita da parte della Corte edu non può prescindere dai principi da questa affermati, optando, ove in ipotesi si prospettassero alternative esegetiche parimenti plausibili, per la soluzione maggiormente conforme alla CEDU<sup>22</sup>.

E così, anche alla luce di tale canone ermeneutico, la conclusione cui si perviene è nel senso di una interpretazione della norma che consenta la massima estensione possibile all'applicazione dello strumento risarcitorio della riduzione di pena, includendo nella competenza del magistrato di sorveglianza anche le ipotesi di detenzione senza attualità di pregiudizio, la cui esclusione ridurrebbe marcatamente l'ambito applicativo della norma, depotenziandone l'efficacia in chiave di tutela dei diritti di cui all'art. 3 CEDU.

Questi sono, allo stato, i termini del dibattito, rispetto al quale, occorre ribadirlo, non si registrano, ad oggi, interventi della Suprema Corte, che nella sua funzione nomofilattica potrà fornire una indicazione risolutiva dell'attuale acceso contrasto sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di merito.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> La Corte rammenta che una riduzione di pena, a certe condizioni, può costituire una riparazione soddisfacente per violazioni della Convenzione in materia penale, quando le autorità nazionali hanno, espressamente o in sostanza, riconosciuto e poi riparato alla violazione della Convenzione. In tal modo, benché non abbia ancora avuto l'opportunità di pronunciarsi relativamente all'articolo 3 della Convenzione, la Corte ha già dichiarato soddisfacente l'attribuzione di una riduzione di pena in maniera espressa e quantificabile in caso di inosservanza della condizione del «termine ragionevole» imposta dall'articolo 6 § 1 della Convenzione (Eckle c. Germania, 15 luglio 1982, § 66, serie A n. 51, Beck c. Norvegia, n. 26390/95, 26 giugno 2001, Cocchiarella c. Italia [GC], n. 64886/01, § 77, CEDU 2006-V, e Menelaou c. Cipro (dec.), n. 32071/04, 12 giugno 2008). Inoltre, una riduzione di pena può costituire una riparazione appropriata nelle cause in cui le autorità nazionali non hanno esaminato il caso di una persona posta in custodia cautelare con la diligenza richiesta dall'articolo 5 § 3 della Convenzione (*Dzelili c. Germania*, n. 65745/01, § 83, 10 novembre 2005).

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007.

<sup>22</sup> Cfr. E. Santoro, *op. cit.*, § 4.

<sup>23</sup> Nella prospettiva, *de jure condendo*, di una migliore "messa a punto" dell'intera disciplina cfr. G. Giostra, *op. cit.*, p. 7, secondo il quale "si potrebbe, anzitutto, espungere l'attuale, impropria qualificazione di "risarcimento", fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art.35-ter ord. penit., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia, impregiudicato restando il diritto dell'interessato di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni causati da tale inammissibile forma di detenzione. Si potrebbe allora assegnare, in modo più lineare e plausibile, al solo magistrato di sorveglianza la competenza a liquidare a

## **5. La nozione di detenuto ai fini della legittimazione all'azione risarcitoria in forma specifica.**

In relazione ai soggetti legittimati all'azione di cui all'art. 35-ter, cit., il legislatore distingue tra i richiedenti che si trovano ancora in regime di detenzione, cui riconosce (sia pure nella circoscritta ipotesi di pregiudizio derivato da condizioni di detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU non inferiore ai quindici giorni), il risarcimento in forma specifica (pari alla riduzione di un giorno di pena da espiare per ogni dieci di pregiudizio patito) e coloro che hanno subito identico pregiudizio, in stato cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero hanno terminato di espiare la pena detentiva, cui viene riconosciuto il risarcimento in forma pecuniaria nella misura di 8 euro per ogni giorno di detenzione.

In linea di massima, la distinzione tra le due ipotesi appare chiara: da un lato la condizione di chi si trova in regime di detenzione; dall'altro di chi è ormai libero.

Tuttavia, anche in questa circostanza, il tenore della norma si presta a difficoltà interpretative in relazione a talune particolari (ma tutt'altro che infrequenti) condizioni in cui potrebbe trovarsi l'istante.

Ci si riferisce alla figura degli internati e dei soggetti in custodia cautelare; all'ipotesi del condannato ammesso alla misura alternativa alla detenzione; ai casi, infine, di richiedenti, in regime di detenzione, ma per titolo diverso da quello nel cui periodo ricade il pregiudizio.

In attesa anche in questo caso di un pronunciamento del giudice della legittimità, soccorrono su tali problematiche le prime esegesi fornite dalla giurisprudenza di merito ed i relativi commenti della dottrina.

### **5.1. La legittimazione degli internati e dei detenuti in misura cautelare.**

Avuto riguardo all'azione risarcitoria in forma specifica, disciplinata all'art. 35-ter, comma 1, cit., il legislatore menzionando esclusivamente il "detenuto" potrebbe aver inteso escludere da tale rimedio l'internato.

I due termini sono utilizzati nel linguaggio della legge di ordinamento penitenziario, per intendere situazioni tra loro profondamente diverse: con il primo si fa riferimento

---

titolo di equo indennizzo quanto attualmente previsto (riduzione di pena o ristoro pecuniario) e al giudice civile l'ordinaria cognizione in ordine al risarcimento degli eventuali, specifici danni prodotti dalla detenzione inumana sofferta. Anzi, forse si potrebbe cogliere l'occasione per introdurre anche un meccanismo di transazione tra Amministrazione penitenziaria e detenuto, che, ove sortisse esito positivo, dovrebbe precludere qualsiasi altra azione di rivalsa". Inoltre, cfr. F. Fiorentin, *op. cit.*, § 6, anch'egli nel senso dell'opportunità di un intervento del legislatore, affinché quanto meno chiarisca – anche mediante una norma di interpretazione autentica della attuale disciplina – la portata del richiamo contenuto nell'art.35-ter, ord. penit. al disposto dell'art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit.

all'imputato e al condannato in stato di privazione della libertà personale; con il secondo, il soggetto in esecuzione di una misura di sicurezza.

Cionondimeno, la stessa dottrina che ha rilevato l'apparente distonia, ritiene che la questione vada risolta respingendo l'interpretazione letterale della norma, in favore di una più ragionata lettura complessiva della disciplina, che induce ad imputare la mancata menzione al comma 1 cit. degli internati, ad una mera dimenticanza del legislatore, che, non a caso, sia nella rubrica dell'art. 35-*ter* cit. sia nella norma transitoria (art. 2 cit.) fa espresso riferimento ad ambedue le figure.

La conclusione cui si perviene è, dunque, nel senso che 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<sup>24</sup>.

Una notazione meritano anche i detenuti in misura cautelare.

Come è noto, la nuova disciplina riconosce al magistrato di sorveglianza la competenza a giudicare sul pregiudizio patito dal richiedente in custodia cautelare, quando questa è imputabile alla pena successivamente comminata; nel caso contrario, invece, la competenza ricade sul giudice civile ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen.

Tuttavia, si osserva opportunamente in dottrina, tale riparto della competenza non può implicare il rinvio alla data di definizione del giudizio della legittimazione di colui che assuma aver patito un pregiudizio durante la custodia cautelare, in quanto il rimedio, nella sua congegnata efficacia, è - e deve essere - immediatamente esperibile dal soggetto interessato, il quale può anche differirne l'azionamento ad un secondo momento (ed in questo caso varranno le regole di riparto suindicate), ma se intende agire nell'immediatezza, in regime di detenzione cautelare, è legittimato ad adire il magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis* cit. per l'immediata cessazione della lesione grave ed attuale<sup>25</sup> e (nulla sembrerebbe escluderlo), anche ai fini risarcitori, sia pure evidentemente nella forma compensativa.

## **5.2. Le richieste risarcitorie provenienti da soggetti ammessi a misure alternative alla detenzione.**

Ulteriore questione (irrisolta dalla lettera della norma) attiene all'individuazione dell'esatto rimedio risarcitorio da riconoscere al condannato ammesso ad una misura alternativa.

---

<sup>24</sup> In questi termini, A. Della Bella, *op. cit.*, § 11.

<sup>25</sup> Sul tema, cfr. E. Santoro, *op. cit.*, p. 11, il quale rileva, in particolare, che la giurisprudenza della Corte edu è molto salda sulla inderogabilità dell'art. 3 CEDU, senza distinzione tra detenuto in espiazione pena o in custodia cautelare.

Per comprendere i termini della questione appare illuminante l'esempio seguente, tutt'altro che improbabile: due soggetti, correi, che permangono per alcuni mesi in condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, successivamente risolte (a es. per scarcerazione cautelare, o per trasferimento in camere di detenzione corrispondenti ai parametri CEDU). Nel corso dell'esecuzione della pena definitiva, uno di essi, per avere serbato regolare condotta ed avendo partecipato attivamente al trattamento rieducativo, viene ammesso ad espiare la pena residua in regime di affidamento in prova al servizio sociale. L'altro, invece, responsabile di numerosi episodi di natura disciplinare, è valutato non meritevole di accedere ai benefici penitenziari e continua ad espiare la pena in carcere. Intervenuta la vigenza dell'art. 35-ter, ord. penit., entrambi decidono di agire per il risarcimento del pregiudizio subito; a quale giudice devono rivolgersi?<sup>26</sup>

Seguendo la tesi, secondo cui legittimato all'azione risarcitoria in forma specifica è esclusivamente l'istante in stato di carcerazione, si avrebbe, nel caso prospettato, l'effetto paradossale che, il primo soggetto potrebbe ottenere soltanto il risarcimento pecuniario, benché certamente più meritevole di beneficiare di uno "sconto" di pena, rispetto al secondo che invece potrebbe fruirne.

Il paradosso appena paventato potrebbe, invece, essere scongiurato, ove si acceda ad una interpretazione della norma, che, in ossequio anche alla sua *ratio* fondante tendente a privilegiare tra le due modalità risarcitorie quella in forma specifica, consenta l'accesso al rimedio "premiante" per l'intero corso di esecuzione della pena, compreso, dunque, l'eventuale periodo espiato in misura alternativa alla detenzione.

Si osserva, peraltro, che il condannato ammesso ad una misura alternativa non ha tecnicamente "terminato di espiare la pena detentiva in carcere", in quanto in qualsiasi momento può intervenire una revoca della misura, con il ripristino del regime detentivo inframurario<sup>27</sup>.

In ultimo, deve essere considerato che l'importanza di accedere ad una soluzione anziché all'altra è di significativa rilevanza a condizione che, in relazione all'altra questione già esaminata, relativa alla necessità o meno che il pregiudizio legittimante il risarcimento in forma specifica sia connotato dal requisito dell'"attualità", si acceda alla tesi più estensiva.

E', invero, di logica evidenza che l'istante ammesso ad una misura alternativa non possa che lamentare un pregiudizio non più attuale, sicché, per coloro che escludono tale tipologia di lesione dal rimedio ex art. 35-ter, comma 1, cit., in qualsiasi delle

---

<sup>26</sup> F. Fiorentin, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

<sup>27</sup> Così, E. Santoro, *op. cit.*, p. 28.



soluzioni sopra prospettate sull'inquadramento giuridico del condannato sottoposto a misura alternativa alla detenzione competente a provvedere sarebbe il tribunale civile in composizione monocratica civile e l'unica forma di risarcimento sarebbe quella compensativa.

### **5.3. Le istanze provenienti da detenuti sulla base di un titolo diverso da quello cui si riferisce il pregiudizio.**

Ulteriore ipotesi problematica concerne la richiesta di risarcimento, avanzata da un soggetto in stato di detenzione, ma relativa ad un periodo di carcerazione sofferto in forza di un diverso titolo cautelare o esecutivo.

Sul tema, non si registrano, allo stato, pronunce della giurisprudenza, tuttavia la questione potrebbe trovare soluzione, individuando, ancora una volta, tra le possibili opzioni esegetiche in astratto prospettabili, quella che, in ossequio alla *ratio* fondante della nuova disciplina, consenta di accedere al rimedio risarcitorio in forma specifica, privilegiato, come ormai noto, tanto dal legislatore, quanto dalla Corte ed in rispetto alla rimedio compensativo.

L'adozione di questo canone ermeneutico, non esime, tuttavia, dal verificare se, nel caso specifico, possa effettivamente parlarsi di unicità del titolo esecutivo, estendendo tale accezione anche a quei provvedimenti, attraverso i quali, nella determinazione della pena complessiva da espiare, risultino computati, nei limiti fissati dall'art. 657 cod. proc. pen., periodi di detenzione per reati diversi, ovvero pene concorrenti ex art. 663 cod. proc. pen.; ma non a quelle ipotesi in cui tra il periodo di detenzione per cui si avanza la richiesta di risarcimento e l'attuale titolo detentivo vi sia stata interruzione.

Ragionando secondo il canone ermeneutico prospettato, legittimato all'azione risarcitoria ex art. 35-ter, comma 1, cit. potrebbe essere ritenuto il detenuto, che, in ipotesi, lamenti un pregiudizio patito durante la carcerazione per un diverso titolo, computata, però, nella determinazione della pena attualmente in corso di espiazione; di contro, legittimato soltanto all'azione ex art. 35-ter, comma 3, cit. sarebbe il soggetto, in regime di detenzione, per un reato commesso in epoca successiva rispetto al periodo cui si riferisce l'istanza.

### **6. La natura giuridica dei ricorsi e i riflessi in tema di prescrizione.**

Un'ultima questione, che solo per comodità espositiva è parso opportuno collocare al termine dell'*excursus* sin qui condotto, attiene alla natura giuridica dei rimedi risarcitori in esame ed ai riflessi in tema di prescrizione.

Ancora una volta, deve premettersi che, allo stato, non si registrano sul tema pronunce in sede di legittimità, ragion per cui ci si limita a richiamare le prime interpretazioni fornite dai giudici del merito e dalla dottrina, che, per il vero, convergono nell'escludere che il rimedio in esame abbia natura di indennizzo, come del resto conclamato dal testo di legge, che ripetutamente (sin dalla rubrica della norma) utilizza espressioni come "risarcitori"... "risarcimento", che non lasciano spazio a dubbi sulla qualificazione che il legislatore abbia inteso riconoscere alla natura delle nuove azioni.

Da questa iniziale convergenza seguono, tuttavia, una serie di distinguo.

Un primo indirizzo, seguito tra gli altri dall'Ufficio di Sorveglianza di Catania, ritiene che la fattispecie di cui alla norma in esame non sarebbe riconducibile all'alveo della responsabilità contrattuale, poiché tra detenuto e amministrazione non è configurabile alcun rapporto obbligatorio in senso stretto, come si verifica in generale in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione agisce nei confronti di un comune cittadino in veste di autorità<sup>28</sup>.

La tipizzazione delle condotte contenuta nell'art. 35-ter ord. pen. escluderebbe però anche l'inquadramento della fattispecie nell'illecito aquiliano, disciplinato dall'art. 2043 del codice civile, per il quale rileva il danno ingiusto cagionato da qualsiasi condotta colpevolmente posta in essere.

Si tratterebbe, invece, seguendo questa prima impostazione ermeneutica, di un nuovo strumento messo a disposizione del detenuto, che si affianca, senza però sostituirsi, agli altri disciplinati dall'ordinamento penitenziario, finalizzato a fornire una specifica ed effettiva protezione a soggetti che si trovano in una speciale condizione di soggezione nei confronti dell'amministrazione e per cui è ovviamente più a rischio la tutela dei diritti fondamentali.

Da tale conclusione, che coerentemente si inquadra in una più generale interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo della disciplina (che esclude per esempio tra le ipotesi di cui all'art. 35-ter, comma 1, cit., i casi di pregiudizio non attuale), dovrebbe altresì discendere che i rimedi risarcitori di cui si discute non escludano la possibilità per l'interessato di intraprendere, per i medesimi fatti, le vie ordinarie innanzi al giudice civile, di talché quello dell'art. 35-ter cit. non sarebbe un foro speciale "esclusivo", ma semplicemente un rimedio aggiuntivo alla tutela ordinaria, tutt'oggi azionabile in via alternativa<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. R. Braccialini, *Art. 35 ter, 3, Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione Giustizia, on line*, 2 aprile 2015, che configura una ipotesi di responsabilità contrattuale discendente da un intero sistema normativo, che poi è lo stesso ordinamento penitenziario.

<sup>29</sup> Cfr. Mag. Sorv. Catania, cit..

Si discosta parzialmente da questa impostazione, la dottrina, la quale, pur concordando sulla natura risarcitoria del rimedio, ritiene che la nuova normativa non abbia introdotto nell'ordinamento un *nuovo* illecito civile, poiché, già prima, la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un danno ingiusto risarcibile ex art. 2043 c.c.<sup>30</sup>, come del resto era stato espressamente affermato dalla Corte di cassazione, in epoca antecedente alla novella del 2014, con la sentenza "Vizzari" (Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772), che, nel negare una competenza risarcitoria in capo alla magistratura di sorveglianza, aveva contestualmente affermato la risarcibilità di quella lesione da parte del giudice civile.

La conseguenza che se ne trae è che il d.l. 92/2014 avrebbe soltanto introdotto una nuova disciplina per il risarcimento di questo specifico danno: una disciplina che, in quanto *lex specialis*, viene a sostituirsi (e non ad affiancarsi) alla ordinaria disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno.

E – si osserva ancora – la vistosa deroga alla regola generale di riparto delle competenze giurisdizionali, con il riconoscimento al magistrato di sorveglianza di una significativa competenza in materia risarcitoria, in luogo del giudice (naturale) civile, troverebbe una ragionevole spiegazione sistemica, non solo per il fatto che il magistrato di sorveglianza può considerarsi il giudice naturale dei diritti dei detenuti, ma soprattutto in considerazione del particolare contenuto del risarcimento riservato a chi è ancora in stato detentivo, consistente nella detrazione di un numero di giorni di pena proporzionale alla durata del pregiudizio subito. Non a caso, quando la richiesta provenga da soggetti in stato di libertà, la competenza spetta come d'ordinario al tribunale civile, anche se con il ricorso al particolare procedimento disciplinato nell'art. 737 cod. proc. civ..<sup>31</sup>

Prescindendo dalle differenziazioni cui da ultimo si è fatto cenno, la concorde qualificazione della posta azionata come risarcitoria e non indennitaria consente di individuare quale termine prescrizione ex art. 2947 cod. civ. il compimento del quinto anno anteriore alla proposizione della domanda o al primo atto interruttivo (art. 2947 cod. civ.)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> In questi termini, A. Della Bella, *op. cit.*, § 7.

<sup>31</sup> Così, A. Della Bella, *op. cit.*, § 7; ma cfr., anche, E. Santoro, *op. cit.*, pp. 13 e ss..

<sup>32</sup> Cfr. CSM, Parere tecnico, cit. § 7, ove si auspica comunque "un maggiore sforzo di chiarificazione del legislatore volto a evitare possibili dissidi interpretativi, obiettivamente possibili anche tenuto conto dell'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale sia in tema di responsabilità "da contatto sociale", con conseguente eventuale applicabilità del termine prescrizione ordinario decennale e ricadute sull'onere della prova, sia, più in generale, in tema di responsabilità per inadempimento di obbligazione ex lege riconducibile, in base all'art. 1173 cod. civ., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico".

## 7. Le problematiche di diritto inter-temporale.

L'art. 2, d.l. n. 92 del 2014, fissa due ipotesi di diritto transitorio:

- la prima, concerne la legittimazione all'azione ex art. 35-ter, comma 3, ord. pen., entro il termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore della normativa, da parte di coloro i quali, alla data anzidetta, abbiano cessato di espriare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare in carcere;

- la seconda, consente, invece, di presentare domanda, ai sensi dell'art. 35-ter, cit., ai soggetti detenuti o internati, che, al momento dell'entrata in vigore del predetto d.l. abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, qualora non sia ancora intervenuta una decisione della stessa Corte sulla ricevibilità del ricorso<sup>33</sup>.

Sul tema, non si registrano, allo stato, arresti della Suprema Corte, tuttavia in talune prime pronunce della magistratura di sorveglianza si afferma che i rimedi di cui all'art. 35 ter, cit. avrebbero natura sostanziale, che ne impedirebbe, ex art. 11 disp. prel. cod. civ (preleggi), l'applicazione a fatti pregressi alla entrata in vigore della legge, salvi i casi espressamente previsti dalla normativa transitoria, che, in quanto tale, non sarebbe, però, suscettibile di interpretazione estensiva o analogica ex art. 14 disp. prel. cod. civ (preleggi).

La conclusione cui si perviene è, pertanto, che, al di fuori di quanto stabilito dalla disciplina inter-temporale, la tutela per i pregiudizi antecedenti alla entrata in vigore della legge resterebbe affidata all'ordinaria azione risarcitoria ex art. 2043 cod. civ. innanzi al giudice civile, con conseguente liquidazione del danno ai sensi degli artt. 2056, 1223, 1226 e 1227 cod. civ.<sup>34</sup>.

Questo primo orientamento, che pure trova consenso in una certa dottrina<sup>35</sup>, non è invece accolto con altrettanto favore nel parere tecnico espresso dal C.S.M.<sup>36</sup>, nel quale si contesta, della tesi sopra esaminata, la premessa da cui essa muove, vale a dire la

---

<sup>33</sup> L'espressa previsione normativa risponde all'esigenza di consentire al Governo italiano di eccepire con successo, nelle cause già pendenti all'entrata in vigore della norma innanzi alla Corte edu, di eccepire con successo il mancato esaurimento da parte del ricorrente delle vie di ricorso interne.

Nella realtà, la Corte edu, nella recente sentenza "Stella" è andata ben oltre le aspettative del legislatore, in quanto, esaminando l'eccezione che puntualmente veniva sollevata dallo stato convenuto, l'ha ritenuta fondata, dovendo, però, derogare alla regola generale, secondo cui l'esaurimento delle vie di ricorso interne si valuta alla data di presentazione del ricorso dinanzi alla Corte e non alla data della decisione sulla ricevibilità del ricorso (come recita l'art. 2 d.l. cit.).

Cfr. Corte edu, "Stella ed altri c. Italia", § 44: "*Desiderosa di affermare l'importanza fondamentale del carattere sussidiario del suo ruolo, la Corte ritiene che un'eccezione al principio generale secondo il quale la condizione dell'esaurimento deve essere valutata al momento della presentazione del ricorso (paragrafo 40 supra) sia giustificata nel caso di specie e debba applicarsi a tutte le cause simili pendenti dinanzi ad essa e non ancora dichiarate ricevibili. Di conseguenza, la Corte esaminerà l'eccezione del Governo tenendo conto dello stato attuale del sistema giuridico nazionale*".

<sup>34</sup> Cfr. Mag. sorv. Alessandria, 31 ottobre 2014.

<sup>35</sup> Vd. F. Fiorentin, *op. cit.*, § 5; A. Della Bella, *op. cit.*, § 8.

<sup>36</sup> Cfr. anche E. Santoro, *op. cit.*, § 5, il quale, pur non soffermandosi espressamente sul tema, esclude la natura sostanziale della nuova disciplina, che costituisce il presupposto su si fonda la tesi che esclude l'applicazione analogica delle norme transitorie.

natura sostanziale dei rimedi risarcitori di cui all'art. 35-ter, cit., attraverso i quali il legislatore si sarebbe, piuttosto, soltanto limitato a tratteggiare un nuovo modello risarcitorio per quei fatti, già qualificabili come illeciti prima della nuova normativa<sup>37</sup>.

Confutata la premessa fondante della tesi contrapposta, si approda alla diversa conclusione secondo cui la obiettiva illiceità della condotta dell'amministrazione penitenziaria legittimerebbe il rimedio risarcitorio civilistico anche nei casi in cui la collocazione temporale del pregiudizio menzionato dal comma primo dell'art. 35-ter ord. pen. fosse antecedente alla entrata in vigore della norma<sup>38</sup>.

A questo punto, si pone, però, l'interrogativo sul significato delle previsioni transitorie, che nulla aggiungerebbero a quanto già consentito sulla base della normativa vigente.

La risposta al quesito potrebbe ricavarsi considerando quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di danni provocati dall'irragionevole durata del processo ("legge Pinto"), ove in particolare è stato osservato che la legge 24 marzo 2001, n. 89 è irretroattiva, mancando una norma che ne preveda espressamente l'applicabilità alle situazioni esaurite, salvo il limite risultante dall'art. 6 che, allo scopo di favorire la riduzione della pendenza dei ricorsi dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha esteso l'applicazione della legge alle situazioni esaurite relativamente alle quali, alla data di entrata in vigore della legge medesima, fosse stato promosso, ma non ancora dichiarato ricevibile, il giudizio dinanzi alla Corte Europea. Poiché per situazione esaurita alla data dell'entrata in vigore della legge n. 89 del 2001 deve intendersi quella in cui la sentenza conclusiva del processo di cui si afferma l'irragionevole durata sia passata in giudicato da oltre sei mesi, il termine di decadenza previsto dall'art. 4 della citata legge per la proposizione della domanda si applica anche

---

<sup>37</sup> Come del resto ritenuto dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla stessa Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza del n. 279 del 2013, nella quale si ribadisce, in relazione alla situazione di sovraffollamento carcerario, "che va considerato che il suo carattere strutturale e sistemico ha indotto la Corte di Strasburgo a statuire, con la procedura della sentenza pilota, che, entro il termine di un anno dalla data in cui la decisione è divenuta definitiva, le autorità nazionali devono creare un ricorso o una combinazione di ricorsi individuali che abbiano effetti "preventivi" (nel senso che devono determinare «la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti») e "compensativi", e garantiscano una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal sovraffollamento".

<sup>38</sup> In termini, cfr. C.S.M., parere tecnico cit., § 7, nel quale si richiama, tra l'altro, l'orientamento elaborato in tema di legge Pinto dalla Corte di Cassazione, che, al riguardo, nella sua più autorevole composizione (Cass., Sez. Un, 23 dicembre 2005, n. 28507), ha ritenuto che, in tema di equa riparazione per la irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, la fonte del riconoscimento del relativo diritto non deve essere ravvisata nella sola, citata normativa nazionale, coincidendo il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge nazionale con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, e, pertanto, di immediata rilevanza nell'ordinamento interno. Ne consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo, verificatosi prima della entrata in vigore della citata legge n. 89 del 2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la durata eccessiva, con il solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e dalla stessa dichiarata ricevibile.

*alle violazioni verificatesi prima dell'entrata in vigore della legge n. 89 del 2001, qualora non sia stato proposto ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cassazione civile, Sez. I, 24 aprile 2006, n. 9526, Scarnicchia contro Min. Giustizia, Rv. 588635).*

Mutuando tali affermazioni alla disciplina ora in esame, potrebbe, dunque, ritenersi che grazie alla disciplina transitoria sarebbe consentito l'accesso ai rimedi risarcitori, anche in quelle ipotesi di rapporti esauriti, espressamente disciplinate dagli artt. 1 e 2 d.l. cit..

A ciò si aggiunga che la previsione di cui all'art. 1, cit. individua il *dies a quo*, cui far decorrere il termine di decadenza dell'azione (sei mesi dall'entrata in vigore della legge), scongiurando così l'impasse, che, in assenza di tale espressa previsione, si sarebbe verificato, non potendosi evidentemente estendere ai fatti antecedenti all'entrata in vigore della legge il termine di decadenza di cui all'art. 35 ter, comma terzo, cit. (sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione).

L'art. 2, cit., risulta, a sua volta, essenziale perché, in pendenza di causa innanzi alla Corte edu, consente al Governo italiano di ivi eccepire con successo il mancato esaurimento delle vie interne di ricorso, anche nei confronti di soggetti detenuti.

Più in generale – e concludendo sul punto -, data la premessa, secondo cui i rimedi risarcitori sarebbero applicabili anche ai fatti antecedenti alla entrata in vigore della legge, salvo il limite dell'esaurimento del rapporto e individuata la ragione giustificatrice delle previsioni di diritto intertemporale proprio nell'estendere la novella ai specifici rapporti esauriti, dovrebbe poter escludersi che la disciplina nel suo complesso determini una disparità di trattamento a svantaggio dei detenuti o internati, che non abbiano presentato ricorso alla Corte edu e che lamentino pregiudizi antecedenti all'entrata in vigore della legge, in quanto questi casi (concernendo rapporti ancora non esauriti) esulano dall'ambito operativo della normativa transitoria, rientrando in quello riconosciuto ai rimedi risarcitori in questione.

Ulteriore e correlato profilo problematico concerne gli effetti del previsto termine decadenziale sulla prescrizione dell'azione.

In particolare, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 2, comma 2, cit. (detenuti o internati che abbiano già presentato il relativo ricorso innanzi alla Corte EDU) si osserva, sulla scorta dei principi affermati dalla Suprema Corte, ancora in materia di equa riparazione per la irragionevole durata del processo ("Legge Pinto"), con riferimento alla norma transitoria di cui all'art. 6, l. n. 89/2001, che, nel consentire entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (prorogato poi al 18 aprile 2002 dal d.l. 12 ottobre 2001, n. 370) la prosecuzione dinanzi al giudice

italiano del processi di equa riparazione promossi davanti alla Corte europea e non ancora dichiarati ricevibili, ha posto l'unico requisito temporale della tempestività del ricorsi originari (e cioè del rispetto del solo termine, di natura decadenziale, previsto dal citato art. 35 della Convenzione), in tal modo, implicitamente escludendo che la prescrizione, non prevista dalla normativa europea, potesse invece acquisire efficacia estintiva dopo la *translatio iudicii* (Cassazione civile, sez. I, 29 ottobre 2009, n. 4760).

Più complessa, la situazione relativa ai casi di cui all'art. 2, comma 1, d. l. cit. (*coloro che alla data di entrata in vigore del decreto legge non abbiano ancora intrapreso l'azione risarcitoria ed abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovino più in custodia cautelare*), in relazione ai quali dovrebbe valere il termine prescrizione di cinque anni, decorrente dalla verifica del fatto illecito, salvo a voler ritenere qui estensibile l'orientamento espresso da Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16783, in tema di irragionevole durata del giudizio, per cui il termine di prescrizione inizia a decorrere solo impedita la fattispecie decadenziale<sup>39</sup>.

## **8. Considerazioni conclusive.**

Le prime applicazioni della novella in materia di rimedi a tutela della violazione dell'art. 3 CEDU registrano nella giurisprudenza di merito una situazione di incertezza ed oscillazione, comprensibile se si pensa alla forza prorompente di una disciplina dai contenuti sostanzialmente civilistici, introdotta nell'ordinamento penitenziario con l'inusuale riconoscimento di competenze risarcitorie alla magistratura di sorveglianza, naturalmente chiamata ad esercitare la giurisdizione penale (art. 1 cod. pen.), che tuttavia necessita, quanto prima, di essere superata per le refluenze sulla esatta configurazione dei nuovi istituti.

Invero, il raffronto fra le alternative ricostruzioni esegetiche, sin qui elaborate in relazione ai punti controversi esaminati nei paragrafi che precedono, rivela un significativo divario, a seconda dell'opzione ermeneutica seguita, nella perimetrazione dell'ambito operativo della normativa, il cui raggio di azione presenta una sensibile

---

<sup>39</sup> Sez. Un. civili, 2 ottobre 2012, n. 16783, Rv. 623690: in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale per ottenere l'equo indennizzo a ristoro dei danni subiti a causa dell'irragionevole durata del processo, contenuta nell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, con riferimento al mancato esercizio di essa nel termine di sei mesi dal passaggio in giudicato della decisione che ha definito il procedimento presupposto, esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione, in tal senso deponendo non solo la lettera dell'art. 4 richiamato, norma che ha evidente natura di legge speciale, ma anche una lettura dell'art. 2967 cod. civ. coerente con la rubrica dell'art. 2964 cod. civ., che postula la decorrenza del termine di prescrizione solo allorché il compimento dell'atto o il riconoscimento del diritto disponibile abbia impedito il maturarsi della decadenza; inoltre, in tal senso depone, oltre all'incompatibilità tra la prescrizione e la decadenza, se riferite al medesimo atto da compiere, la difficoltà pratica di accertare la data di maturazione del diritto, avuto riguardo alla variabilità della ragionevole durata del processo in rapporto ai criteri previsti per la sua determinazione, nonché il frazionamento della pretesa indennitaria e la proliferazione di iniziative processuali che l'operatività della prescrizione in corso di causa imporrebbe alla parte, in caso di ritardo ultradecennale nella definizione del processo.

diversità di estensione in relazione sia alle ipotesi di accesso al rimedio in forma specifica (che si discute se debbano o meno comprendere anche i casi di pregiudizio "non grave ed attuale" lamentato dal richiedente ancora in stato di detenzione) sia alle previsioni di diritto inter-temporale (che pongono la questione dell'accesso ai nuovi rimedi risarcitori da parte dei soggetti detenuti che lamentano un pregiudizio antecedente alla entrata in vigore della nuova legge, ma che non si trovano in pendenza di ricorso innanzi la Corte edu).

La rilevanza delle questioni dibattute è di non trascurabile momento, sia per la disomogeneità tra un ufficio di sorveglianza e l'altro, che attualmente caratterizza l'applicazione della normativa, sia per i riflessi dell'esatta delimitazione dell'estensione dei nuovi rimedi sull'effettività degli stessi, nell'ottica dei parametri fissati dalla Corte di Strasburgo.

Al riguardo, giova, invero, ancora una volta, rammentare che, in merito alle modifiche normative di cui si discute, sia la Corte edu (sentenza "Stella") sia il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (decisione del 5 giugno 2014) hanno, nelle rispettive sedi, espresso un giudizio, in astratto positivo, che attende, però, riscontro concreto dai risultati della applicazione degli istituti, che ne rivelerà l'adeguatezza a fornire al detenuto che abbia subito un pregiudizio per violazione dell'art. 3 CEDU una tutela accessibile, rapida ed effettiva.

E in questo quadro, non possono non essere considerate anche le valutazioni già espresse dai Giudici di Strasburgo in ordine alla priorità da riconoscere al rimedio in forma specifica rispetto a quello compensativo (sentenza "Stella") ed alla inadeguatezza ai fini risarcitori della tutela ordinaria ex art. 2043 cod. civ. (sentenza "Torreggiani"), cui ancora oggi sarebbero affidati quei casi che in ipotesi si ritenessero non inquadrabili nell'ambito operativo della novella.

Nella descritta situazione di incertezza applicativa delle norme, dirimenti si riveleranno certamente i principi che la Suprema Corte, una volta investita delle singole questioni controverse, fisserà a soluzione delle stesse, che consentiranno anche un più chiaro inquadramento in chiave sistemica dei nuovi istituti.

Redattore: Luigi Barone

Il vice direttore  
Giorgio Fidelbo