



**UN PREGIUDIZIO 'GRAVE E ATTUALE'?
A PROPOSITO DELLE PRIME APPLICAZIONI
DEL NUOVO ART. 35-TER ORD. PENIT.**

Editoriale

(24 gennaio 2015)

di Glauco Giostra

1. Una profonda faglia percorre la prima giurisprudenza¹ riguardante l'art. 35-ter ord. penit., che, in ottemperanza ad una prescrizione della Corte europea (sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia), ha introdotto nel nostro sistema «rimedi risarcitori conseguenti alla violazione» dell'art.3 C.e.d.u. (divieto di tortura) «nei confronti di soggetti detenuti o internati»; rimedi che, come è noto, consistono nella riduzione di un giorno di pena per ogni dieci giorni di detenzione inumana ovvero in una somma di otto euro per ogni giorno di siffatta detenzione. Che l'assoluta novità e la particolare complessità della materia preludessero a inevitabili problemi applicativi nella fase di "rodaggio" era facilmente prevedibile; e così, infatti, è stato: la magistratura di sorveglianza sta fisiologicamente prendendo le misure nei confronti di questioni inedite e delicate, ed è un "prezzo" che non si può non pagare, con l'auspicio che progressivi aggiustamenti, se del caso orientati anche dalla guida nomofilattica della Suprema Corte, portino in tempi ragionevoli ad un soddisfacente, uniforme assestamento. Ma la faglia giurisprudenziale cui si alludeva all'inizio, da un lato, sarebbe stata evitabile con un più accorto e sorvegliato *drafting* legislativo, dall'altro, genera conseguenze particolarmente gravi sia sul piano internazionale che interno. Ci si riferisce al problema dell'**individuazione del giudice competente a decidere sulla richiesta del detenuto che invoca un risarcimento per l'inumano trattamento subito, ancorché non più attuale**. La nuova normativa, infatti, inequivoca per quanto concerne la competenza a provvedere sull'istanza del soggetto che ancora sta soffrendo un'inumana detenzione, affidata al magistrato di sorveglianza (art. 35-ter commi 1 e 2

¹ Si omette di indicare i singoli provvedimenti posizionati sui rispettivi "bordi" della fenditura, sia perché sarebbe inutile, attesa la dovizia di riferimenti giurisprudenziali con cui sono stati corredati i commenti apparsi in tema, sia perché la contrapposizione esegetica ha talvolta assunto accenti personalizzati, impropri e controproducenti. Pur muovendo da legittime, divaricate posizioni di partenza sul piano interpretativo, infatti, si deve avere tutti un medesimo punto ideale di fuga: la soluzione di un problema che rischia di cagionare serie conseguenze. E' lungo questa direttrice che si colloca il presente lavoro, in cui sono riportate alcune riflessioni che da tempo vado svolgendo negli incontri, per me molto proficui, con la magistratura di sorveglianza.

ord.penit.), e su quella avanzata da soggetto che ha subito il pregiudizio «in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena» o che ha «terminato di espiare la pena detentiva in carcere», affidata al giudice civile (art. 35-ter comma 3 ord.penit.), presenta margini di opinabilità in ordine alla competenza a provvedere sull'istanza del detenuto che chiede di essere risarcito di un pregiudizio pregresso. La giurisprudenza è profondamente divisa, ingenerando gravi disparità di trattamento, perché in gioco, oltre che l'individuazione dell'organo davanti al quale far valere le proprie ragioni, ci sono anche i tempi e le modalità del risarcimento. Ennesima dimostrazione di come una tecnica legislativa poco vigilata sia spesso foriera, oltre che di affanni e di sbandamenti giurisprudenziali, di "ingiustizie comparative", tanto più gravi in un settore come quello dell'esecuzione penale che la Costituzione vuole attraversato da una tensione rieducativa: non c'è niente di più diseducativo, infatti, della percezione di un'ingiustizia subita dallo Stato, mentre si sta espiando una pena per fini di giustizia.

2. Stando al **prevalente orientamento giurisprudenziale**, la competenza del magistrato di sorveglianza in materia si esaurirebbe con l'esaurirsi del periodo di restrizione in condizioni inumane e degradanti; questo cessato, dovrebbe intervenire il giudice civile. La **tesi è essenzialmente incardinata su un non trascurabile dato letterale**: l'incipit dell'art. 35-ter comma 1 ord. penit, infatti, nel delineare la materia di competenza del magistrato di sorveglianza, richiama il «pregiudizio di cui all'art. 69 comma 6, lett. b)», che è ivi qualificato «attuale e grave». Il requisito dell'"attualità" starebbe a significare che la competenza del magistrato di sorveglianza perdura sino a quando perdura il trattamento lesivo. Per la verità, in termini rigorosamente civilistici, il pregiudizio è l'effetto dell'attività lesiva e, anche questa cessata, rimane "attuale" sino a quando non è risarcito, come la stessa Corte europea ha più volte ribadito. Ne discenderebbe che il magistrato di sorveglianza sarebbe competente a decidere anche quando la condizione detentiva contraria all'art.3 C.e.d.u. sia venuta meno, con il che la stessa divaricazione giurisprudenziale perderebbe di significato. Tuttavia, quando il richiamato art. 69 comma 6 lett. b) parla di "pregiudizio attuale" intende impropriamente, ma sicuramente riferirsi alla permanenza della situazione lesiva, che il magistrato di sorveglianza, a seguito di azione inibitoria ai sensi dell'art. 35-bis ord. penit., può essere chiamato a rimuovere. Ed è assolutamente sostenibile che in questa accezione venga "importato", *per relationem*, nell'art.35-ter ord. penit. D'altra parte, se si leggesse la locuzione "pregiudizio attuale" nel senso civilisticamente più proprio di "pregiudizio non ancora risarcito", l'incipit dell'art. 35-ter starebbe soltanto tautologicamente a precisare che "quando il pregiudizio non è stato risarcito può ...essere risarcito...". Altra e meno immediata - come vedremo - sembra essere la strada per disinnescare l'infelice rinvio all' art. 69 comma 6 lett. b). Disinnesco da operare con ogni strumento esegeticamente utilizzabile, poiché, **se non si può negare che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente abbia una sua chiara plausibilità di carattere testuale, è altrettanto indubbio che esso sia foriero di severi scompensi sistematici e applicativi.**

3. In primo luogo, se la competenza del magistrato di sorveglianza cessasse con il cessare della situazione causativa del pregiudizio risarcibile, **bisognerebbe chiedersi a quale organo si debba rivolgere il detenuto che lamenti un trattamento inumano ormai trascorso**. Stando a quanto espressamente previsto dal terzo comma dell'art. 35-ter ord.penit., la competenza del giudice civile nasce con la scarcerazione dell'interessato, il cui diritto al risarcimento quindi - si potrebbe sostenere sulla base di una interpretazione testuale - dovrebbe rimanere in *stand by* sino a quel momento. Ma è difficilmente difendibile una soluzione che congeli per anni - e nei confronti dell'ergastolano tendenzialmente per sempre - la possibilità di indennizzare chi ha subito un trattamento contrario al senso di umanità. Sarebbe arduo spiegare per quale ragione il legislatore avrebbe dovuto prevedere questo tempo "senza giudice". Quasi impensabile immaginare che la Corte europea possa accettare un qualsiasi tentativo di giustificazione, avendo a più riprese ribadito che le decisioni in materia debbono essere **rapide, motivate ed eseguite con speditezza** (così C. eur. 19-10-2004, Dubjakova c. Slovacchia; 29-3-2006, Scordino c. Italia,) e, significativamente, dopo l'introduzione dei rimedi preventivi e compensativi nel nostro sistema, ne ha valutato positivamente la struttura, ma si è riservata di verificarne l'effettività (C. eur. 16-9-2014, Stella e altri c. Italia; 16-9-2014, Rexhepi e altri c. Italia). Più sostenibile la tesi che prefigura il nascere della competenza del giudice civile con l'esaurirsi di quella del magistrato di sorveglianza. Più sostenibile, ma non priva di controindicazioni. Bisognerebbe stabilire, anzitutto, se il giudice civile debba intervenire con le modalità ordinarie ovvero con le forme ed i limiti specificamente stabiliti dal terzo comma dell'articolo in esame. Strade entrambe percorribili con estrema difficoltà: all'una si oppone la logica, all'altra la norma. Nel primo caso, infatti, sarebbe difficile capire per quale ragione il coinvolgimento della giurisdizione civile debba seguire regole diverse sulla medesima regiudicanda, a seconda che l'attore sia ancora *in vinculis* (regole ordinarie) o scarcerato (regole dettate nell'ultimo comma dell'art. 35-ter ord.penit.). Nel secondo, verrebbe facile obiettare che la disciplina in esame dedica una sola disposizione al giudice civile, incardinandone la competenza al momento della scarcerazione del detenuto: se il legislatore avesse voluto anticiparla alla cessazione del trattamento inumano l'avrebbe previsto espressamente. In tale ipotesi, tra l'altro, avrebbe dovuto precisare se il giudice fosse legittimato a ridurre la pena ancora in corso di espiazione (competenza che sarebbe per lui davvero eccentrica) o dovesse limitarsi a liquidare un indennizzo di natura economica (limite destinato a provocare irragionevoli disparità di trattamento tra detenuti a parità di pregiudizio sofferto).

4. In secondo luogo, la modalità risarcitoria giustamente privilegiata dal legislatore - cioè, la riduzione di pena - risulterebbe marcatamente ridimensionata. Potrebbe operare infatti, **soltanto**, e neppure sempre, **nei casi in cui il rimedio preventivo e quello compensativo in forma specifica vengano "agiti" simultaneamente**, altrimenti l'apprestamento del primo (eliminazione della situazione lesiva dell'art. 3 C.e.d.u.) inibirebbe il secondo. Ma se non è inverosimile che il detenuto si possa determinare spesso ad avanzare richieste cumulative di interruzione del trattamento inumano e di risarcimento mediante proporzionata anticipazione del

fine-pena, **neppure questa sua cautela lo porrebbe al riparo dal rischio di perdere, senza colpa alcuna, la possibilità di erodere la durata della sua detenzione.** L'attualità del pregiudizio di cui parla l'art. 69, richiamato nel primo comma dell'art. 35-ter ord. penit., infatti, va predicata non già con riferimento alla domanda dell'interessato, bensì alla decisione del magistrato. Ben potrebbe accadere, quindi, che il detenuto diligentemente si attivi mentre è ancora sottoposto a trattamento inumano, ma il magistrato di sorveglianza ne dichiari inammissibile la richiesta di riduzione risarcitoria della pena, in quanto, essendo *medio tempore* migliorata la situazione carceraria del ricorrente, non sussiste più il requisito dell'attualità del pregiudizio. Evenienza certo non rara: potrebbe accadere che lo stesso magistrato di sorveglianza, dopo aver ordinato all'amministrazione penitenziaria *ex art. 35-bis* ord. penit. di rimuovere le condizioni inaccettabili in cui versa il detenuto, abbia avvertito l'esigenza di approfondire la sussistenza del presupposto della risarcibilità (ad es. per accertare da quando possa dirsi effettivamente sussistente); potrebbe accadere che l'amministrazione penitenziaria prima dell'udienza (si tenga presente che soltanto tra l'avviso di udienza e l'udienza camerale debbono intercorrere almeno dieci giorni) abbia rimosso la situazione che contravveniva alla norma convenzionale; potrebbe accadere che - per i più vari motivi - un compagno di cella sia stato trasferito o dimesso, in tal modo migliorando sufficientemente la condizione detentiva dell'istante dopo che questi abbia avanzato la richiesta; potrebbe accadere che il detenuto avanzi una richiesta di riduzione di pena per un pluriennale trattamento inumano ritenuto ancora in atto, mentre - a giudizio del magistrato di sorveglianza - nell'ultimo periodo esso ha assunto modalità che fanno escludere la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. In tutti questi casi, il detenuto si vedrebbe dichiarata inammissibile la propria richiesta e dovrebbe avviare presso il giudice civile un'azione per ottenere un ristoro almeno pecuniario alle proprie sofferenze. E non si può non osservare come fattori accidentali, quali l'azione dell'amministrazione o l'attività del magistrato di sorveglianza adito potrebbero, inaccettabilmente, determinare una diversa individuazione del giudice competente.

E' sul piano delle ricadute concrete, tuttavia, che questa soluzione interpretativa suscita le maggiori riserve, riuscendo, tra l'altro, a danneggiare sia lo Stato che il detenuto. Lo Stato dovrebbe raddoppiare il dispendio di energie giurisdizionali sul medesimo *petitum* ed erogare una somma di denaro, quando la dimissione anticipata del detenuto gli avrebbe consentito di non erogarla, di risparmiare la spesa relativa al mantenimento in carcere del recluso per il periodo che gli sarebbe stato condonato e di alleggerire la congestione carceraria con le dimissioni anticipate. Il detenuto, senza sua responsabilità, e pur a parità di condizioni rispetto agli altri che l'hanno ottenuta, si vedrebbe preclusa la riduzione di pena in funzione risarcitoria e dovrebbe affrontare il ben più lungo ed oneroso procedimento dinanzi al giudice civile, già implicitamente giudicato inadeguato dalla Corte di Strasburgo. Sostanzialmente, la linea interpretativa seguita rischierebbe di condannare ad una sostanziale ineffettività il rimedio risarcitorio appena introdotto.

5. Disfunzioni e incongruenze serie, che non sarebbero però di per sé sufficienti a superare il dato normativo costituito dal combinato disposto degli artt. 35-ter comma 1 e 69 comma 6 lett. b) ord. penit.: se univocamente espressa, la volontà del legislatore - anche criticabilissima - non potrebbe che essere rispettata, salvo sollevare una questione di legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento di situazioni omologhe o della violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge. **Più di un argomento, tuttavia, fa propendere per una volontà legislativa mal espressa** e fa ritenere che il rinvio all'art. 69 comma 6 lett. b) - certo tecnicamente poco sorvegliato - intendesse significare soltanto che la fattispecie disciplinata dall'articolo in esame riguarda una particolare *species* del *genus* "pregiudizio all'esercizio dei diritti" per inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario, che legittima l'attivazione del reclamo giurisdizionale ai sensi dell'art. 35-bis ord. penit. Ci sono, anzitutto, **tre indizi non trascurabili del fatto che verosimilmente il legislatore con il rinvio all'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. non abbia inteso mutuare anche le connotazioni di gravità e di attualità del pregiudizio.** Quella della «gravità», infatti, sarebbe del tutto priva di senso, riferita al presupposto del rimedio risarcitorio, che ricorre - come abbiamo visto - «quando il pregiudizio di cui all'art.69, comma 6, lett. b), consiste (...) in condizioni di detenzione tali da violare l'art.3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (art. 35-ter comma 1 ord.penit.) : sarebbe inconcepibile distinguere tra violazioni dell'art.3 C.e.d.u. «gravi» e «non gravi», riconoscendo soltanto alle prime la risarcibilità. Il legislatore, avendo preso in considerazione una violazione dei diritti gravissima ed inescusabile, non aveva certo bisogno di qualificarla ulteriormente *per relationem* con il tratto distintivo della «gravità», che ne avrebbe sminuito e non accentuato la rilevanza. Si aggiunga : al magistrato di sorveglianza è assegnata la competenza a provvedere al risarcimento nel caso la detenzione in condizioni non conformi all'art. 3 C.e.d.u. si sia protratta per non più di quindici giorni (comma 2): eppure, si tratta, chiaramente, di un pregiudizio non più attuale al momento della decisione. Non solo, infatti, ce lo chiarisce il dato testuale (qualora il periodo *espiato...sia stato*), ma le stesse scadenze del procedimento inducono ad escludere che il magistrato possa decidere prima di quindici giorni, cioè durante l'inumana detenzione. Ed ancora: il terzo comma dell'art.35-ter ord. penit., pur richiamando espressamente «il pregiudizio di cui al comma 1», si riferisce ad una situazione pregressa, quale quella lamentata da chi non è più detenuto: sembrerebbe, quindi, che anche per il legislatore al pregiudizio di cui al comma 1 non sia indissolubilmente connesso il connotato dell'attualità, altrimenti avrebbe dovuto precisare che il terzo comma si applica quando si sia verificato "il pregiudizio di cui al comma 1, benché non più attuale".

Si potrebbe inoltre far notare - **sul piano sistematico** - che, se obliterare la connotazione dell'attualità del pregiudizio per estendere la competenza del magistrato di sorveglianza anche al detenuto che non è più in condizioni carcerarie inumane dovesse essere considerata una **forzatura interpretativa**, non lo sarebbe certo di meno anticipare la competenza del giudice civile ad un momento precedente della

dimissione carceraria del richiedente in contrasto con quanto previsto dal terzo comma dell'articolo in esame.

6. Sembra, quindi, che l'interpretazione letterale e sistematica della norma consenta, a tutto concedere, di pervenire ad entrambi i capolinea esegetici prospettati. **Non v'è dubbio allora che, a parità di plausibilità ermeneutica, si debba privilegiare la lettura che crea meno scompensi al sistema, che evita disparità di trattamento, che rende più accessibile ed efficace l'intervento risarcitorio e che meglio corrisponde alle prescrizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.** Vale a dire, quella secondo cui il risarcimento per un trattamento inumano presofferto da soggetto ancora detenuto va disposto dal magistrato di sorveglianza, la cui giurisdizione sta e termina con lo *status detentionis* del richiedente. Merita di essere infine ricordato che, **in una delle prime pronunce** (C. eur. 16-9-14, Stella ed altri c. Italia) sul rimedio compensativo introdotto per ottemperare alle prescrizioni della citata sentenza Torreggiani, **la Corte europea**, nell'apprezzarne l'idoneità, ne ha dato una interpretazione perfettamente in linea con quella qui proposta (vi si precisa, infatti, che «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»). Non si vuol dire che la ricostruzione della normativa interna offerta dalla Corte europea costituisca un decisivo avallo né, tanto meno, una opzione vincolante: l'interpretazione, ovviamente, spetta ai giudici nazionali, liberi di discostarsi dalla chiave esegetica adottata dalla Corte. Ma non si può non considerare che il giudizio positivo espresso sul nuovo art. 35-ter ord.penit. in ordine alla sua idoneità a rispondere alle prescrizioni imposte dalla Corte è legato alla lettura che la Corte stessa ne dà, in particolare, alla priorità assegnata alla riduzione di pena per l'innegabile vantaggio «di contribuire a risolvere il problema del sovraffollamento accelerando l'uscita dal carcere delle persone detenute». Per contro, difficilmente sarebbe ritenuta idonea dalla Corte europea una soluzione normativa che obbligasse il detenuto ad andare dinanzi al giudice civile per ottenere un ristoro meramente economico, tutte le volte in cui il lamentato trattamento detentivo non sia più in atto: benché questa via risarcitoria ordinaria fosse già percorribile prima della sentenza Torreggiani (v. C 15-1-13, Vizzari), infatti, la Corte europea non la ritenne adeguata.

Sembra agevolmente pronosticabile, quindi, che se la disciplina *de qua* venisse interpretata nel senso sopra prospettato sarebbe superato quel riesame che la Corte si è riservata di effettuare circa l'effettività del rimedio «alla luce delle decisioni rese dai giudici nazionali». Anzi, forse si ha il dovere di essere più realisti: ove perdurasse l'attuale situazione - in cui gran parte delle richieste di risarcimento viene destinata al cestino dell'inammissibilità per carenza del requisito dell'attualità del trattamento lesivo, è molto probabile che **l'Italia si esporrebbe ad una nuova, umiliante censura da parte della Corte di Strasburgo ed a preoccupanti conseguenze economiche**, qualora questa, constatata la persistente carenza di un rimedio compensativo interno, si determinasse ad entrare nel merito dei migliaia di ricorsi pendenti presso di sé, il cui esame era stato due anni fa sospeso per dar modo al nostro Paese di elaborare un proprio meccanismo risarcitorio.

7. E' assolutamente necessario, allora, deviare in tempi brevissimi il corso giurisprudenziale che ci porterebbe verso rapide politicamente ed economicamente pericolose. Non essendo probabile una generalizzata, spontanea "conversione" alla linea interpretativa qui sostenuta ²[2], **una risolutiva indicazione potrebbe provenire dalla Corte di Cassazione, nella sua funzione nomofilattica.** Un suo pronunciamento nel senso di svincolare la competenza del magistrato di sorveglianza dall'attualità del pregiudizio avrebbe ottime probabilità di successo: nel confronto pubblico sull'argomento in più di un' occasione si è avuto modo di constatare che gli stessi magistrati di sorveglianza sostenitori della tesi "attualista" si adeguerebbero molto responsabilmente, perché consapevoli delle gravi conseguenze della linea esegetica convintamente abbracciata, alla diversa indicazione che provenisse dal Supremo Collegio. **Ma se questo pronunciamento tardasse o "sposasse" l'impostazione "attualista", si imporrebbe un intervento normativo,** come già da tempo sollecitato dal Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza. In tal caso, più che una interpretazione autentica "al laser", sarebbe **auspicabile una migliore messa a punto dell'intera disciplina in esame.** Se ne 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 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.

Su un punto credo si possa essere tutti d'accordo: **bisogna far presto.**

² Anche se a ciò, verosimilmente, alludesse l'auspicio espresso di recente dal Ministro della Giustizia nel suo intervento alla Camera dei deputati, il 19 gennaio 2015: «compete alla responsabilità della magistratura di sorveglianza assicurare l'effettività dei rimedi (*ndr* : compensativi), orientando l'interpretazione della nuova disciplina in conformità ai principi costituzionali e sovranazionali».