

I NUOVI RIMEDI RISARCITORI DELLA DETENZIONE CONTRARIA ALL'ART. 3 CEDU: LE LACUNE DELLA DISCIPLINA E LE INTERPRETAZIONI CONTROVERSE

di Fabio Fiorentin

SOMMARIO: 1. Antefatto – 2. La “via italiana” al rimedio compensativo – 3. L’ “attualità” del pregiudizio subito dall’interessato quale condizione di ammissibilità del rimedio risarcitorio in forma specifica e parametro di individuazione della competenza del giudice – 4. La situazione dei detenuti che hanno sofferto un pregiudizio per violazione dell’art. 3 CEDU, non più “attuale” al momento della domanda – 5. La tesi dell’irretroattività del nuovo rimedio compensativo – 6. Il rischio di ineffettività dei ricorsi compensativi e le possibili soluzioni.

1. Antefatto

L’art. 1 del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario) il nuovo art. 35-ter, recante «*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti e internati*», al fine di ottemperare alle prescrizioni contenute nella sentenza pronunciata dalla Corte EDU l’ 8 gennaio 2013 sul reclamo di sette persone detenute in condizioni inumane e degradanti all’interno di istituti penitenziari italiani.

Con quell’arresto-pilota, la Corte aveva affermato la necessità che l’Italia introducesse dei rimedi “preventivi” e compensativi” del pregiudizio sofferto ai sensi dell’art. 3 CEDU, a causa delle condizioni di sovraffollamento strutturale delle carceri italiane, mettendo a disposizione dei soggetti danneggiati uno strumento facilmente accessibile ed effettivo, idoneo al soggetto che vi facesse ricorso la cessazione della condotta illecita e la riparazione del conseguente pregiudizio¹.

Nella valutazione dell’effettività dei rimedi riguardanti le doglianze relative alle condizioni detentive, questione fondamentale ad avviso della Corte EDU è quella di assicurare ai danneggiati una riparazione diretta ed appropriata, e non semplicemente una tutela indiretta dei diritti sanciti dall’articolo 3 della Convenzione².

In tale prospettiva, un’azione esclusivamente risarcitoria non potrebbe essere considerata sufficiente, dal momento che non possiede un effetto «preventivo», cioè inibitorio del protrarsi della violazione dedotta, né è idoneo a «consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione»³. In

¹ CEDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, § 68, *Recueil* 1996-IV; CEDU, *Sejdovic c. Italia* [GC], n. 56581/00, § 46, CEDU 2006-II, rich. dalla sentenza CEDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

² CEDU, *Mandić e Jović c. Slovenia*, nn. 5774/10 e 5985/10, § 107, 20 ottobre 2011.

³ CEDU, *Cenbauer c. Croazia* (dec.), n. 73786/01, 5 febbraio 2004; CEDU, *Norbert Sikorski c. Polonia*, n. 17599/05, § 116, 22 ottobre 2009; CEDU, *Parascineti c. Romania*, n. 32060/05, § 38, 13 marzo 2012, rich. dalla sentenza CEDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

definitiva, perché un sistema di tutela della posizione soggettiva dei detenuti presidiata dall'art.3 CEDU sia "effettivo", i rimedi "preventivi" e quelli "compensativi" devono coesistere in modo complementare⁴, di modo che, qualora sia accertata l'effettiva lesione del diritto, la migliore riparazione possibile sia la rapida cessazione dei trattamenti detentivi inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una adeguata riparazione per la violazione subita⁵.

2. La "via italiana" al rimedio compensativo

La CEDU non ha manifestato un *endorsement* verso una specifica modalità risarcitoria, né ha suggerito l'adozione di specifiche forme procedurali, lasciando alla discrezionalità legislativa la scelta se introdurre «un ricorso» o «un sistema di ricorsi», ovvero di adattare eventuali rimedi già presenti nell'ordinamento interno, alla condizione – tuttavia – che il sistema garantisca, nel suo complesso, il pieno soddisfacimento di entrambi i profili di tutela considerati rilevanti dal giudice europeo.

Nell'adeguamento al *dictum* di Strasburgo, il nostro legislatore ha proceduto per tappe successive, adottando, con un primo intervento, il ricorso "preventivo" (art. 35-bis, "Reclamo giurisdizionale", L. n. 354/75, introdotto dall'art. 3 del D.L. 23.12.2013 n. 146, conv. con modif. dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10), e completando successivamente il percorso di adeguamento introducendo, a pochi mesi di distanza, anche il rimedio "compensativo", nelle forme dell'evocato art. 35-ter, ord. penit.

Mentre il primo istituto non si è evidenziato per rilevanti problematiche interpretative né si registrano – allo stato – significative difformità applicative nell'elaborazione giurisprudenziale⁶, il nuovo strumento risarcitorio è andato incontro ad un ben più tormentato destino, suscitando, fin da subito, gravi criticità sul piano ermeneutico e nette contrapposizioni tra gli interpreti, alimentate da alcune non trascurabili opacità del testo normativo e da importanti lacune, che offuscano la nitidezza del quadro e rendono arduo anche il più modesto sforzo di razionalizzazione del vero e proprio ginepraio interpretativo prodotto dalla disciplina del rimedio compensativo qui in esame.

⁴ CEDU, *Ananyev e altri c. Russia*, nn. 42525/07 e 60800/08, § 98, 10 gennaio 2012.

⁵ CEDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. §96. la Corte europea ha preso in considerazione le «vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico» emerso in seguito ai ricorsi, e ha affermato che, «in materia di condizioni detentive, i rimedi "preventivi" e quelli di natura "compensativa" devono coesistere in modo complementare». Perciò «quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti»; inoltre il ricorrente «deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita».

⁶ La notevole analogia sostanziale e procedurale del nuovo rimedio "preventivo" con istituti già esistenti, anche di matrice giurisprudenziale, ha certamente facilitato la "messa a punto" del nuovo istituto sul piano della sua concreta applicazione.

Basti, al proposito, considerare che lo stesso intervenuto sdoppiamento sul piano cronologico tra il rimedio “preventivo” e il ricorso “compensativo”, avendone comportato la distinzione anche sul piano formale (essendo i due rimedi contenuti in due distinti articoli di nuovo conio, introdotti nella legge di ordinamento penitenziario con separati interventi normativi), ha fornito argomento ai dubbi sulla collocazione sistematica di tali ricorsi, dividendo gli interpreti tra quanti valorizzano la ravvisata volontà del legislatore di sancire l'autonomia dei due istituti, deducendo da tale premessa sistematica alcuni importanti corollari interpretativi; ed altra posizione per cui i due rimedi, benché formalmente distinti, sarebbero “due facce della stessa medaglia”, essendo destinati a operare sinergicamente ai fini della medesima finalità integralmente riparativa del danno da detenzione in condizioni inumane e degradanti.

3. L' “attualità” del pregiudizio subito dall'interessato quale condizione di ammissibilità del rimedio risarcitorio in forma specifica e parametro di individuazione della competenza del giudice

Una delle più dibattute questioni interpretative a proposito del nuovo strumento risarcitorio, foriera di importanti ricadute sul piano applicativo, si concentra sul dubbio se la praticabilità di tale rimedio sia influenzata – ed eventualmente in che termini – dal requisito dell' “attualità” del pregiudizio sofferto dal detenuto a causa di condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU.

Il problema, sul piano ermeneutico, nasce dalla peculiare strutturazione della norma, il cui *incipit* prevede che «quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste... in condizioni di detenzione tali da violare...» l'art. 3 CEDU, «il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare...» (art. 35-ter, comma 1, L. n. 354/75).

Il preciso richiamo della dizione normativa alla situazione indicata dalla lett. b), comma 6, art. 69, ord. penit. e, quindi, alla necessaria “attualità” (oltre che alla “gravità”) del pregiudizio sofferto dal soggetto detenuto e la declinazione al tempo presente del verbo (“dispone”) ha, infatti, dato luogo a due letture divergenti con riguardo alla natura e alla portata del detto rinvio.

Secondo una prima interpretazione – adottata anche dal C.S.M. nel parere espresso al testo del D.L. 92/14⁷ – il richiamo *de quo*, operato dalla disposizione di nuovo conio non importa soltanto l'omologazione dei due istituti (“preventivo” e “compensativo”) sotto il profilo procedurale, nel senso che entrambi sono definiti con la procedura camerale “partecipata” (art. 666, c.p.p.); bensì vale a identificare un vero e proprio presupposto o condizione dell'azione risarcitoria, identificato, appunto, nella

⁷ Il C.S.M., nel parere cit., ritiene che: “...tutte le ulteriori ipotesi di danno cagionato da atti e/o comportamenti dell'amministrazione penitenziaria, ivi comprese le lesioni non “attuali”, appartengono alla competenza generale del giudice civile in materia di risarcimento del danno (sulla quale v. *infra*); e ciò anche nel caso in cui il soggetto non sia al momento detenuto ma chieda il risarcimento in relazione a situazioni di pregiudizio connesse a condizioni inumane o degradanti ormai pregresse”.

necessaria persistenza dell' "attualità" della condotta generatrice del pregiudizio (la stessa che fonda l'intervento del magistrato di sorveglianza in sede di rimedio "preventivo") al momento della proposizione del ricorso da parte del detenuto interessato e della relativa decisione del giudice⁸.

Ne deriva – per questa prima impostazione – che fuoriescono dal perimetro dell' "attualità del pregiudizio", così precisamente inteso, tanto i trattamenti detentivi inumani e degradanti subiti da un soggetto detenuto in relazione a esecuzioni penali pregresse rispetto all'attuale vicenda esecutiva (sofferte, cioè, in forza di titoli esecutivi diversi da quello attualmente in esecuzione o, comunque, a pene già integralmente espiate); quanto i pregiudizi che, pur riferibili alla detenzione in corso di esecuzione, non siano, tuttavia, più "attuali" al momento della proposizione del ricorso o della decisione del giudice, poiché generati da una situazione *medio tempore* sanata dall'Amministrazione penitenziaria nell'esercizio della propria sfera di discrezionalità organizzativa o per altre circostanze (a es. per l'ammissione dell'interessato ad una misura alternativa alla detenzione). Sul piano processuale, tale assunto si traduce nel principio che l'"attualità" della condotta antigiuridica dell'amministrazione, per fondare la competenza del giudice di sorveglianza e il conseguenziale risarcimento del danno in forma specifica mediante la riduzione proporzionale della pena residua ancora da espiare, deve sussistere sia al momento della presentazione del ricorso (determinando, quale fondamento dell'interesse concreto ad agire dell'interessato), sia al momento della decisione sul medesimo.

Tale approdo ermeneutico, oltre alla stretta aderenza al riferimento testuale, poggia sulla esigenza di una interpretazione stretta del disposto normativo, stante l'eccezionalità della collocazione di uno strumento risarcitorio nell'ambito – del tutto peculiare – della giurisdizione attribuita alla magistratura di sorveglianza.

Quest'ultima si caratterizza, infatti, per assicurare, su alcuni specifici ambiti normativamente precisati – tra i quali si colloca, appunto, il binomio dei rimedi preventivi-compensativi introdotti in seguito alla sentenza *Torreggiani* – una tutela urgente ed immediata al pregiudizio sofferto dal soggetto detenuto⁹.

⁸ Così in dottrina, A. DELLA BELLA, [Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014](#), in questa *Rivista*, 13 ottobre 2014. Secondo tale autorevole opinione, "Sempre in relazione all'individuazione dell'ambito operativo dei rimedi di cui ai commi 1 e 2, premesso che – come si è anticipato nei paragrafi precedenti – riteniamo che la norma operi in relazione ai pregiudizi successivi al 28 giugno 2014 (ossia all'entrata in vigore del d.l.), occorre osservare che il richiamo al "pregiudizio di cui all'art. 69, co. 6, lett. b) o.p." – ossia ad un "pregiudizio **attuale** e grave all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati" – sembra **legittimare all'azione risarcitoria solamente coloro che stanno subendo condizioni detentive inumane o degradanti al momento della richiesta di accertamento**".

⁹ Cass., Sez. I, sent. 15 gennaio 2013 (dep. 30 gennaio 2013), n. 4772, Pres. Giordano, Est. Zampetti, ric. Vizzari, in questa *Rivista*, con nota di F. VIGANÒ, [Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza](#), e succ. seguiti conformi, per cui "Punto necessario e prioritario ... è che in materia risarcitoria ed indennitaria il sistema normativo prevede in via generale la sua attribuzione alla giurisdizione civile. La *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale è sancita invero dall'art. 1 cod. proc. civ. e dall'art. 1 cod. proc. pen. cui corrispondono le pertinenti norme del vigente Ordinamento Giudiziario. Da tale presupposto consegue che le attribuzioni al giudice penale di competenze in materia risarcitoria si pongono come eccezioni a tale

Una giurisdizione, da alcuni detta – impropriamente ma efficacemente – “cautelare” che impegna la magistratura di sorveglianza in materia di diritti violati *in vinculis*, laddove sia impellente porre fine a un pregiudizio in atto nei confronti della posizione soggettiva di una persona detenuta o internata (si veda, a es., le fattispecie di cui agli artt. 14-ter, 18-ter, 30-bis, e, da ultimo, art. 35-bis, ord. penit.).

Laddove, una tale pressante esigenza non sussista (come nel caso in cui il pregiudizio sia del tutto cessato, magari da molti anni, come può accadere nel caso di ricorsi risarcitori azionati con riferimento a detenzioni espiate anche molti anni addietro), 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.

In altri termini, una lettura rigorosa dell’ambito di operatività della giurisdizione di sorveglianza pare imporsi – secondo tale prima ottica interpretativa – non soltanto alla luce della ravvisata eccezionalità dell’istituto risarcitorio di matrice civilistica introdotto dall’art. 35-ter, ord. penit., ma anche sulla considerazione che, ad accogliere una diversa e più ampia concezione, si verrebbe a creare 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 legge¹⁰.

La ricostruzione in analisi sembra, inoltre, vicina allo spirito delle considerazioni espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 279/13, resa sulla 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», sollevate, con due ordinanze analoghe, dal Tribunale di sorveglianza di Venezia e dal Tribunale di sorveglianza di Milano, in riferimento agli articoli 2, 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 3 della CEDU.

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

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

¹⁰ Ancora la sentenza Vizzari, cit., osserva: «Né può essere dubitato che un detenuto che intenda essere risarcito per un danno che egli lamenti, ancorché subito in ambiente carcerario, non potrà essere sottratto al giudice naturale precostituito per legge per tale tipo di vertenza che è il giudice civile, competente per materia e territorio. Tanto deve valere anche ove il danno venga attribuito dal detenuto alla stessa Amministrazione penitenziaria, non essendovi ragioni di differenziazione».

in condizioni contrarie al senso di umanità»¹¹. Sembra, invero, limpido il riferimento del giudice costituzionale ad una situazione “attuale” di trattamento penitenziario contrario alla norma convenzionale, in relazione al quale è necessario un rimedio che, riconduca a legalità l’esecuzione penale anche mediante la riduzione o cessazione del trattamento penitenziario stesso.

Nella medesima prospettiva dovrebbe essere dunque interpretato – secondo la lettura qui in esame – 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 possenga 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.

Ne deriva, altresì, che il risarcimento del danno in forma specifica mediante proporzionale riduzione della pena residua ancora da espiare – di esclusiva competenza del giudice di sorveglianza – potrà essere accordato soltanto nei casi in cui sia accertata l’attualità della condizione di trattamento penitenziario inumano e degradante: in questo senso, la rinuncia dello Stato all’esecuzione della pena, mediante la riduzione proporzionale della stessa, appare non solo giustificata ma addirittura doverosa – anche nella prospettiva delineata dalla evocata sentenza costituzionale n. 279/13 – nei casi in cui l’ esecuzione penitenziaria risulti essere illegale in relazione all’art. 3 CEDU, laddove, ove tale grave situazione non sussista, il risarcimento sarà esclusivamente di natura pecuniaria, ottenibile con azione esperibile di fronte al giudice civile.

Questa prima lettura del nuovo strumento risarcitorio presenta alcuni indubbi punti di forza: è, anzitutto, certamente la più aderente al dato testuale e alla volontà della legge che da quella emerge (che non corrisponde necessariamente alla *voluntas legislatoris* desumibile dai lavori parlamentari). Si tratta, inoltre, di una sistematizzazione più coerente all’assetto dell’ordinamento interno, con la ricordata natura della giurisdizione attribuita alla magistratura di sorveglianza e con i principi che governano la distribuzione della giurisdizione e della competenza in relazione alla materia risarcitoria.

E’, infine, una prospettiva che, restando ancorata al dato testuale, rispetta l’esigenza di una interpretazione stretta (art. 14 prel.) a fronte della natura eccezionale dell’attribuzione di una competenza risarcitoria di natura civilistica ad un giudice penale.

¹¹ Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279, Pres. Silvestri, est. Lattanzi, in *questa Rivista*, 9 marzo 2014, con nota di A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (ora in Dir. pen. cont. – Riv. trim., fasc. 1/14)*.

Non si tratta, tuttavia, di approdo esente da alcuni profili problematici, che sono stati individuati da una contrapposta posizione, il cui sforzo interpretativo si è diretto a superare l'ostacolo posto dal dato testuale del rinvio portato dall'art. 35-ter, ord. penit., alla situazione di "attualità" del pregiudizio *de quo* – e ad esaltare, attraverso una interpretazione adeguatrice della lettera della legge, la massima potenzialità deflativa della modalità risarcitoria in forma specifica prevista dall'art. 35-ter, ord. penit.

Per questa seconda lettura, l'interpretazione del requisito dell' "attualità del pregiudizio", nel senso di "attualità della violazione" e cioè "attualità delle condizioni disumane e degradanti" condurrebbe al risultato di vanificare sul piano pratico la tutela risarcitoria, rendendo i rimedi "preventivi" e "compensativi" non già complementari – come prescritto dalla sentenza *Torreggiani* – ma addirittura tra loro incompatibili, poiché l'attivazione del rimedio di cui all'art. 35-bis, ord. penit., inducendo *ope iudicis* l'effetto della cessazione delle condizioni disumane e degradanti, determinerebbe il venir meno anche dell' "attualità del pregiudizio", precludendo la possibilità di esperire il successivo ricorso risarcitorio. In tale contesto, il detenuto si troverebbe, in definitiva, nell'alternativa di scegliere l'un rimedio e rinunciare all'altro.

La contemporaneità della decisione congiunta sui due profili (il "preventivo" e il "compensativo") sarebbe – secondo questa seconda interpretazione – resa assai difficile a causa dei tempi lunghi richiesti dall'istruttoria relativa all'accertamento delle circostanze di fatto relative al risarcimento del danno per violazione dell'art. 3 CEDU.

Inoltre, la tesi che richiede l'"attualità del pregiudizio" come sopra inteso ai fini dell'accessibilità della tutela risarcitoria non sarebbe conforme alla giurisprudenza della CEDU, poiché la sentenza *Torreggiani* ha affermato, in tema di ricevibilità del ricorso, che in capo ai ricorrenti permaneva la qualità di "vittima" della violazione dell'art. 3 CEDU anche se, successivamente alla proposizione del ricorso, alcuni detenuti erano stati trasferiti in altre celle più confortevoli o scarcerati atteso che «una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di «vittima» solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio...». Da quest'ultimo passaggio si inferirebbe che l' "attualità" del pregiudizio sarebbe tale fino a che non intervenga una decisione giudiziale che ne determini il relativo risarcimento.

Infine, si obietta che individuare l'"attualità" del pregiudizio quale criterio di determinazione della competenza del giudice, attribuendo ogni caso di "non attualità" alla competenza del giudice civile, contrasterebbe con lo schema della disciplina introdotta dall'art. 35-ter, ord. penit., che, al comma 3, individua la competenza del tribunale civile con riferimento a due ipotesi ben precise (l'avvenuta espiazione della pena o la custodia cautelare non imputabile a detrazione della pena definitiva).

Anche tale seconda lettura della disciplina sul ricorso risarcitorio non appare del tutto soddisfacente.

Non essendo in dubbio che lo strumento in esame può essere azionato anche nell'ambito del procedimento "preventivo", contestualmente alla proposizione del ricorso di cui all'art. 35-*bis*, ord. pen.¹², è, infatti, agevole osservare che l'azione sinergica dei due rimedi non viene affatto esclusa anche nell'ottica di ritenere la necessità dell' "attualità" del pregiudizio, atteso che, qualora al momento della decisione la violazione sia ancora in essere, il magistrato di sorveglianza accorderà entrambe le tutele: quella preventiva (ordine all'amministrazione convenuta di rimuovere la causa della violazione anche per prevenirne la futura reiterazione) e il risarcimento del danno già prodottosi nelle forme della riduzione della pena.

In prospettiva è, del resto, verosimile che – a regime – i "rimedi gemelli" di cui agli artt. 35-*bis* e 35-*ter*, ord. penit., saranno esperiti contestualmente, da chi, trovandosi in una situazione di pregiudizio attuale per condizioni detentive inumane e degradanti, chiederà al giudice non soltanto la rimozione della situazione causativa del danno, ma altresì il ristoro del medesimo. E questa sembra, del resto, la volontà del legislatore disegnata con il richiamo, operato dalla disciplina del ricorso risarcitorio, all'art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit., ossia alla disposizione che individua i casi nei quali può farsi luogo al rimedio preventivo attraverso il reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis*¹³ della medesima legge¹⁴.

Anche la natura dell' "attualità" del pregiudizio dedotta con riferimento all'attualità della qualità di "vittima" del medesimo appare fuorviante, poiché la sentenza *Torreggiani* evocata al proposito sembra essersi limitata ad affermare il principio che il danno procurato in conseguenza di condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU non può considerarsi risarcito per la mera cessazione del pregiudizio, talché i ricorrenti mantengono la qualità di "vittime", cioè di soggetti che hanno diritto al risarcimento, anche nel caso il pregiudizio non sia più attuale, laddove lo Stato non abbia riconosciuto l'illiceità del proprio comportamento generatore del danno e vi abbia posto rimedio¹⁵. Tale assunto non sembra, tuttavia, incompatibile con l'idea della

¹² V. in proposito, anche il parere del C.S.M. al D.L. 92/14, cit.

¹³ Secondo A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., § 12, " Il riferimento all'art. 69 co. 6 lett. b) o.p. – ossia alla norma che individua i casi nei quali può farsi luogo al rimedio preventivo attraverso il reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35 *bis* o.p. – rende in effetti manifesto che, nell'intento legislativo, l'azione risarcitoria non è concepita come un rimedio autonomo, ma come un ulteriore strumento di tutela da attivare contestualmente al rimedio preventivo, nell'ambito del reclamo giurisdizionale. In altri termini, la situazione presa in considerazione dal legislatore è quella del detenuto che, trovandosi in una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, si rivolga al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere contestualmente una tutela preventiva ed una tutela compensativa. Sotto il profilo della tutela preventiva, il detenuto mira ad ottenere una pronuncia che condanni l'Amministrazione penitenziaria a ripristinare la legalità della detenzione; sotto il profilo della tutela risarcitoria, invece, il detenuto mira ad ottenere una riduzione della pena da espiare o, in via subordinata, un ristoro in forma monetaria".

¹⁴ Nello stesso senso è A. DELLA BELLA, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁵ Cfr. sentenza CEDU *Torreggiani e al. /Italia*, cit., § 38: " La Corte rammenta che una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di «vittima» solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio (si vedano, ad esempio, *Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982, § 69,

possibilità di esperimento contestuale dei due “rimedi gemelli” (anzi, ne rafforza la consistenza, atteso che proprio mediante il ricorso preventivo si perviene all’accertamento della violazione commessa nei confronti del soggetto detenuto, dunque l’illiceità della condotta dell’amministrazione), né inconciliabile con l’idea che il pregiudizio – per essere risarcito in forma specifica – debba consistere in una violazione “attuale” dell’art. 3 CEDU, non fornendo argomenti decisivi per risolvere la questione se anche i soggetti che non si trovano più in condizioni detentive inumane e degradanti abbiano diritto alla riduzione proporzionale della pena o possano ricevere soltanto un ristoro di tipo economico.

Tale ultimo profilo introduce la seconda e più grave criticità interpretativa della disciplina introdotta dall’art. 35-ter, ord. penit.

4. La situazione dei detenuti che hanno sofferto un pregiudizio per violazione dell’art. 3 CEDU, non più “attuale” al momento della domanda

L’assunto più gravido di ricadute pratiche della prima soluzione ermeneutica sopra illustrata attiene alla tipologia del rimedio risarcitorio attivabile da parte dei detenuti che non soffrano “attualmente” di un pregiudizio derivante dalle condizioni di sovraffollamento. Si tratta di una situazione che, sotto il profilo statistico, sembra quella più ricorrente, atteso che, sulla base dei dati ufficiali forniti dal D.A.P., da maggio del corrente anno non risulta vi siano più soggetti detenuti ristretti in spazi inferiori alla soglia-limite individuata dalla giurisprudenza europea.

L’aspetto critico sta nel fatto che, seguendo tale linea interpretativa, la disciplina contenuta nell’art. 35-ter, ord. penit., soffrirebbe di una grave lacuna, non avendo provveduto, il legislatore, a regolare il caso di chi, *trovandosi tuttora detenuto*, non patisca più di condizioni di restrizione contrarie all’art. 3 CEDU, ma ne abbia, invece, sofferto in passato (sia con riferimento alla vicenda esecutiva attuale, che a esecuzioni pregresse e ormai esauritesi, sia infine con riferimento a periodi di custodia cautelare non computabili nella detenzione da espiare a titolo definitivo).

Riconoscendo tale vuoto di tutela, l’opinione per prima illustrata ritiene che tale pregiudizio possa trovare ristoro mediante azione davanti al giudice civile, nelle forme ordinarie, dal momento che la sussistenza di un diritto al risarcimento del danno da detenzione inumana sarebbe già “coperto” dalla previsione dell’art. 2043, cod. civ., e la relativa competenza incardinata presso il giudice civile, come riconosciuto dalla Cassazione nella sentenza *Vizzari*, cit., e i suoi seguiti conformi. In altri termini, il legislatore, introducendo il rimedio di cui all’art. 35-ter, ord. penit., lungi dal creare un “nuovo diritto”, avrebbe semplicemente introdotto uno strumento specifico per il ristoro del danno in questione, a valere dal momento dell’entrata in vigore del D.L. 92/14, secondo la regola generale della efficacia della legge nel tempo (art. 11 prel.).

serie A n. 51; *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; *Dalban c. Romania* [GC], n. 28114/95, § 44, CEDU 1999-VI; e *Jensen c. Danimarca* (dec.), n. 48470/99, CEDU 2001-X”.

Tale soluzione interpretativa è, tuttavia, criticata da quanti ne ravvisano l'incostituzionalità, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., poiché, a fronte di un medesimo pregiudizio subito per condizioni detentive inumane e degradanti, l'ordinamento appronterebbe modalità risarcitorie affatto diverse, secondo che il detenuto si trovi ancora, o no, in una situazione di attuale pregiudizio, così determinando una irragionevole disparità di trattamento, poiché, in quest'ultimo caso, il danneggiato dovrebbe accontentarsi del risarcimento in forma pecuniaria, mentre la riduzione di pena sarebbe riservata ai soli soggetti "attualmente" sottoposti a trattamento detentivo contrario all'art. 3 CEDU.

Muovendo dalla constatazione che la disciplina introdotta dall'art. 35-ter, ord. penit., ai suoi commi 1 e 2, effettivamente non "copre" espressamente la situazione di coloro che, pur essendo detenuti o internati al momento di entrata in vigore del D.L. 92/14, esercitano l'azione risarcitoria in relazione a un pregiudizio derivante da condizioni detentive relative a detenzioni pregresse e comunque non più attuali, si è allora affacciata la soluzione interpretativa per cui, al fine di evitare una censura di incostituzionalità della disciplina, derivante da una discriminazione irragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost., dovrebbe valere l'interpretazione analogica delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2, art. 35-ter, che consenta anche a tale categoria di soggetti di usufruire del nuovo specifico rimedio risarcitorio, nelle forme del reclamo al magistrato di sorveglianza. Tale lettura, in quanto portata *in bonam partem*, non soffrirebbe il divieto posto dall'art. 14 prel.¹⁶.

Si è osservato, a sostegno di tale soluzione ermeneutica che, qualora si accedesse all'interpretazione che attribuisce alla magistratura di sorveglianza la competenza con riferimento alla sola ipotesi di pregiudizio attuale per violazione dell'art. 3 CEDU, relativo alla pena in espiatione, il vuoto di tutela che si creerebbe con riferimento a coloro che non si trovano più nella condizione di "attuale" pregiudizio ma non sono nemmeno nelle condizioni contemplate dal comma 3, art. 35-ter, cit., poiché ancora detenuti in espiatione di pena benché non più disumana, non potrebbe essere colmato assumendo pur sempre possibile l'esperimento dell'azione civile una volta terminata l'esecuzione della pena detentiva. Tale soluzione, risulterebbe invero illogica e discriminatoria, poiché il detenuto per un titolo diverso da quello cautelare nel quale ha subito la violazione *ex* art. 3 CEDU (non computabile ad es. per fungibilità), potrebbe proporre l'azione davanti al giudice civile in costanza di detenzione, mentre chi avesse subito la violazione, in ipotesi sempre durante il periodo di custodia cautelare, qualora quest'ultima fosse invece computabile nella determinazione della pena espianda, non potrebbe agire civilmente se non a pena eseguita.

Tale esegesi critica muove dall'aspirazione a estendere l'ambito di operatività della competenza della magistratura di sorveglianza, con l'obiettivo di applicare quanto più estesamente possibile il risarcimento in forma specifica della riduzione

¹⁶ Così A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 13.

proporzionale della pena, rispetto alla possibilità di adire il giudice civile per ottenere il risarcimento in forma monetaria.

Si tratta di una prospettiva ermeneutica – apprezzabile per l'intento di massimizzare la portata deflativa dell'istituto risarcitorio – che si fonda sul duplice assunto che la prima forma di risarcimento sarebbe quella che la stessa Corte EDU ritiene preferibile (dal momento che favorisce, oltre alla riparazione del danno, altresì la deflazione della popolazione carceraria), e che, in ogni caso, la misura assai ridotta del ristoro monetario renderebbe comunque preferibile, per il detenuto, accedere allo "sconto di pena".

Pur a prescindere dal rilievo che la Corte EDU – come si è già visto – non ha enunciato alcun ordine di priorità preferenziale nell'attivazione dell'uno o dell'altro rimedio risarcitorio ed anzi, con un recente arresto, ha esplicitamente validato quella stessa modalità di ristoro monetario che aveva suscitato le più forti perplessità tra gli interpreti¹⁷, si osserva che la lettura qui in esame conduce alla conseguenza di procrastinare ad un tempo *incertus quando* l'attivazione della procedura risarcitoria monetaria, poiché, per assicurare la possibilità di applicare in via preferenziale la riduzione della pena ancora da eseguire occorrerebbe, in pratica, attendere che il detenuto abbia espiato integralmente la pena e sia stato liberato, essendo sempre possibile la sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi in corso di detenzione che, estendendo la durata della pena complessiva, consentano all'interessato di fruire per intero degli "sconti di pena" maturati.

Ma un tale esito, prefigurando una dilatazione dei tempi di decisione dei ricorsi, appare in netto contrasto con il principio affermato dalla Corte EDU nella recente, già evocata sentenza *Stella*, laddove afferma – con riferimento alla modalità risarcitoria di tipo pecuniario – la conformità al diritto convenzionale di un siffatto ristoro, purché le decisioni siano rapide e prontamente portate a esecuzione¹⁸.

L'opzione in esame, peraltro, si fonda su una duplice operazione ricostruttiva della disciplina di riferimento che desta qualche perplessità: anzitutto, perché procede alla sterilizzazione del preciso riferimento normativo all' "attualità" del pregiudizio, ritenendolo *tamquam non esset* e traslando il concetto di "attualità" di cui al riferimento

¹⁷ CEDU, Sez. II, Sentenza 16 settembre 2014, ric. 49169, *Stella e al./c. Italia*, in *Quotidiano del diritto* – 26 settembre 2014, e, volendo, in *Guida Dir.*, n. 42/14, pp. 97 e ss., con nota di F. FIORENTIN, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*: "Pour ce qui est de la compensation pécuniaire, ... la Cour rappelle que lorsqu'un État a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire pour réparer une violation de la Convention, elle se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays (...) 62. En l'espèce, le montant de l'indemnisation prévue par le droit interne ne saurait être considéré comme déraisonnable, même s'il est inférieur à celui fixé par la Cour, et priver ainsi le recours instauré par l'État défendeur de son effectivité".

¹⁸ " 61. (...) Ainsi, la Cour peut parfaitement accepter qu'un État qui s'est doté de différents recours et dont les décisions conformes à la tradition juridique et au niveau de vie du pays sont rapides, motivées et exécutées avec célérité, accorde des sommes qui, tout en étant inférieures à celles fixées par la Cour, ne sont pas déraisonnables (*idem*, § 96)".

normativo dell'art. 35-ter, ord. penit., dal pregiudizio al rimedio che ad esso è possibile offrire.

In secondo luogo, tale opinione prospetta l'applicazione analogica di una disciplina – quella, appunto, del rimedio risarcitorio esperibile presso il giudice di sorveglianza – che le considerazioni sistematiche e l'elaborazione giurisprudenziale già richiamate fanno ritenere di natura eccezionale¹⁹, con il conseguente divieto non solo di una lettura analogica, ma anche di una interpretazione estensiva laddove (come nel caso qui in analisi) non si sia persuasi dell'intenzione del legislatore di estendere il suo precetto a casi apparentemente non contemplati²⁰.

Infine, anche tale proposta lettura non va immune dal realizzare disparità di trattamento tra soggetti, forse ancor più gravi di quelle che vengono attribuite alla prima soluzione ermeneutica illustrata.

Infatti, assumendo che la priorità sia quella di applicare il risarcimento in forma specifica (i.e. la riduzione proporzionale della pena) a tutti coloro per i quali sia possibile, la seconda elaborazione esegetica conduce ad applicazioni gravemente discriminatorie nel seguente caso, tutt'altro che infrequente nella pratica: due soggetti, correi, 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 agiscono per il risarcimento del pregiudizio subito. Secondo la tesi favorevole all'estensione analogica della competenza risarcitoria del giudice di sorveglianza, il primo soggetto otterrebbe soltanto il risarcimento pecuniario (poiché ricadrebbe pacificamente nella fattispecie disciplinata dal comma 3, dell'art. 35-ter, cit.)²¹; il secondo potrebbe fruire della riduzione proporzionale della pena in

¹⁹ Cass., Sez. I, sent. 15 gennaio 2013 (dep. 30 gennaio 2013), n. 4772, Pres. Giordano, Est. Zampetti, ric. Vizzari, *cit.*: “ La summa divisio tra giurisdizione civile e penale è sancita invero dall'art. 1 cod. proc. civ. e dall'art. 1 cod. proc. pen. cui corrispondono le pertinenti norme del vigente Ordinamento Giudiziario. Da tale presupposto consegue che le attribuzioni al giudice penale di competenze in materia risarcitoria si pongono come eccezioni a tale generale ripartizione ... “.

²⁰ Si può anche dubitare dell'assimilabilità della posizione di chi si trova detenuto in condizioni non più contrarie all'art. 3 CEDU a quanti siano tuttora detenuti in tali inumane condizioni, per estendere alla prima situazione, in via analogica, il rimedio approntato per quest'ultima fattispecie. La posizione del detenuto in pregiudizio non più attuale sembra, invero, più assimilabile a quella del soggetto che continua ad espiare la pena in regime di detenzione domiciliare, per il quale è normativamente prevista solo la tutela innanzi al giudice civile. La posizione del detenuto in “pregiudizio attuale” è, in altri termini, radicalmente *diversa* da quella del detenuto in “pregiudizio non più attuale”, del che non può apparire irragionevole una diversità di trattamento normativo.

²¹ La disposizione del comma 3, art. 35-ter, ord. penit., si riferisce, infatti, all'ipotesi del soggetto non più detenuto al momento della formulazione dell'istanza che chiedi il risarcimento del danno in relazione a situazioni di pregiudizio connesse a condizioni inumane o degradanti ormai pregresse (come nel caso di

applicazione analogica della disciplina dei commi 1 e 2, della evocata disposizione penitenziaria. Applicando tale soluzione, si verificherebbe, in altri termini, il paradossale effetto di premiare – tra i due condannati – il soggetto certamente meno meritevole di ottenere “sconti di pena”, laddove, secondo la prima interpretazione, non sussistendo per nessuno dei due casi l’attualità del pregiudizio, entrambi potrebbero adire il giudice civile per ottenere il risarcimento del danno, su un piano di perfetto parità di trattamento.

5. La tesi dell’irretroattività del nuovo rimedio compensativo

Va, da ultimo, segnalata la tesi – che appare dotata di una indiscutibile solidità, basandosi sull’applicazione di un principio generale dell’ordinamento – affacciata in dottrina e quindi ripresa in giurisprudenza da una recentissima decisione.

Secondo un’autorevole opinione dottrinale, invero, per quanto attiene al profilo cronologico, il nuovo rimedio risarcitorio troverebbe applicazione *de futuro*, con riferimento cioè al risarcimento dei pregiudizi – attuali (commi 1 e 2) o non più attuali al momento della domanda (comma 3) – prodottisi successivamente all’entrata in vigore del decreto legge: ossia al 28 giugno 2014²². Tale assunto richiama il principio contenuto nell’art. 11 prel., secondo cui una nuova norma deve applicarsi, di regola, ai fatti che si realizzano dopo la sua entrata in vigore. Ai fatti pregressi si rivolgerebbero, invece, le disposizioni transitorie dettate dall’art. 2, commi 1 e 2, D.L. 92/14.

Su analoghe premesse si fonda un recentissimo provvedimento che, sulla base della regola generale dettata dall’art. 11 prel., afferma che il rimedio introdotto dall’art. 35-ter, ord. penit., non ha effetto retroattivo, e pertanto non si riferisce ai pregiudizi prodottisi prima del 28 giugno 2014, ai quali si applicherà pertanto la disciplina dell’azione generale *ex art. 2043 c.c.* da esercitare innanzi al (“naturale”) giudice civile, il quale ai fini della liquidazione applicherà la disciplina generale *ex art. 2056 c.c.* (incentrata in *subiecta materia* sulla valutazione equitativa prevista dall’art. 1227 c.c., richiamato da quest’ultimo: Cass. civ., Sez. III, sentenza 13 maggio 2009 n. 11048)²³.

In tale contesto interpretativo, si assume che l’art. 2 D.L. 92/2014, consentirebbe eccezionalmente l’esercizio dell’azione *ex art. 35-ter, ord. penit.*, a soggetti non più detenuti o internati al momento dell’entrata in vigore del nuovo istituto, entro stretti termini di decadenza la cui logica si comprende, per l’appunto, soltanto assumendo che il rimedio risarcitorio specifico non abbia efficacia retroattiva²⁴.

condannato sottoposto a misure alternative alla detenzione, le quali non prevedono, infatti, che il soggetto che vi è stato ammesso resti sottoposto al regime penitenziario).

²² A. DELLA BELLA, *op. cit.*, § 12 e 13.

²³ Così [Mag. Sorv. Alessandria, decr. 31 ottobre 2014, ric. O., est. Vignera, in questa Rivista](#).

²⁴ Cfr. [Mag. Sorv. Alessandria, cit.](#): “(..) se, infatti, si ammettesse la retroattività “generale” della norma in questione e fosse conseguentemente consentito esercitare l’azione art. 35-ter O.P. pure per **pregiudizi pregressi** (*recte*: prodottisi prima del 28 giugno 2014) **non sussumibili nelle ipotesi espressamente contemplate dall’art. 2 d.l. 92/2014** (per esempio e specialmente: per pregiudizi pregressi subiti da soggetti

L'evocata giurisprudenza ritiene, peraltro, non praticabile un'interpretazione analogica dell'art. 2, D.l. 92/2014, volta a consentire l'esperibilità del rimedio *ex art. 35-ter*, ord. penit., a tutte le ipotesi di pregiudizi pregressi entro un termine di decadenza di sei mesi e fermo restando il limite di prescrizione quinquennale *ex art. 2947 c.c.*, poiché – per regola generale – tutte le norme transitorie hanno natura eccezionale e come tali sono insuscettibili di applicazione analogica *ex art. 14 preleggi* (cfr. Cass. civ., Sez. I, sentenza 21 dicembre 1999 n. 14348).

6. Il rischio di ineffettività dei ricorsi compensativi e le possibili soluzioni

La rassegna delle diverse soluzioni interpretative affacciate in relazione alla disciplina introdotta dall'art.35-*ter*, ord. penit., restituisce un quadro estremamente frammentato e difficilmente razionalizzabile entro confini ermeneutici che consentano di evitare il prodursi di cortocircuiti logici, l'emersione di lacune e il prodursi di effetti anche gravemente discriminatori nell'applicazione dell'una o dell'altra soluzione interpretativa concernente le modalità di risarcimento del danno da detenzione inumana.

La più grave criticità del nuovo ricorso risarcitorio va certamente individuata nella mancata concentrazione della tutela risarcitoria in capo ad un unico plesso giurisdizionale²⁵. In secondo luogo, la disciplina del nuovo ricorso detta regole contraddittorie e lacunose – nei termini sopra illustrati – in ordine al riparto di competenza tra i due plessi giurisdizionali coinvolti

Il prevalente orientamento che sembra emergere nell'applicazione giurisprudenziale del nuovo rimedio, nel senso di individuare – in forza del rinvio all'art. 69, comma 6, lettera b), ord. penit. – nel requisito dell'“attualità” del pregiudizio subito e non nello *status detentionis* il discrimine tra la competenza del magistrato di sorveglianza e quella del giudice civile, comporterà l'inevitabile indirizzarsi dei risarcimenti nella direzione del ristoro pecuniario, riservando a casi residuali l'applicazione della riduzione proporzionale della pena residua ancora da espiare.

A fronte di tale possibile scenario, una dottrina ha suggerito, con l'obiettivo di evitare la moltiplicazione dei ricorsi ed i conseguenti, eccessivi aggravii per i ricorrenti, che i magistrati di sorveglianza, qualora ravvisino nelle istanze dei soggetti detenuti l'assenza dell'attualità del pregiudizio, adottino delle formule in sede di declaratoria di inammissibilità che attuino la *traslatio iudicii* in favore del giudice civile ritenuto

ancora detenuti al momento dell'entrata in vigore del d.l. 92/2014, ma che a quella data **non** avessero già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo), la stessa azione **non** si esporrebbe ai termini di decadenza previsti, invece, nei casi considerati dai commi 1 e 2 del predetto d.l.: il che sarebbe privo di ragionevole giustificazione”.

²⁵ Così P.P. GORI, *Articolo 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in *Quest. Giustizia online*, (www.questionegiustizia.it), pubblicato il 3 ottobre 2014 e in *personaedanno online* (www.personaedanno.it).

competente, almeno nei casi in cui sia stata chiesta anche la tutela risarcitoria per equivalente²⁶.

Qualora, infatti, la maggioranza dei ricorsi presentati davanti al giudice di sorveglianza dovessero andare incontro ad esiti di inammissibilità, è concreto il rischio che la Corte di Strasburgo – particolarmente sensibile al profilo della effettività della tutela giurisdizionale che gli ordinamenti interni devono assicurare ai diritti tutelati dalla Convenzione EDU – possa riconsiderare la situazione italiana²⁷, soprattutto se analogo orientamento dovesse essere assunto anche dal giudice civile.

La assai modesta entità del ristoro pecuniario stabilita dall'art. 35-ter, ord. penit., potrebbe, inoltre, sostenere un persistente flusso di ricorsi a Strasburgo per ottenere dalla Corte EDU – ai sensi dell'art. 41 della CEDU – indennizzi ben superiori a quelli che sarebbe possibile ottenere mediante l'esperimento delle vie di ricorso interne con il rimedio di cui all'art. 35-ter, ord. penit.²⁸.

L'inverarsi di una tale poco confortante prospettiva potrebbe incidere pesantemente sulla valutazione che, nel giugno 2015, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dovrà formulare con riguardo all'ottemperanza del nostro Paese alle prescrizioni contenute nella sentenza *Torreggiani*.

Tra le soluzioni possibili per superare l'*impasse*, la lettura "ortopedica" della disciplina introdotta dal D.L. 92/14, al fine di "salvare" l'istituto del ricorso compensativo sotto il profilo applicativo, non sembra avere trovato un deciso, prevalente consenso tra gli interpreti e nelle decisioni dei giudici di sorveglianza.

La via della proposizione di una o più questioni di costituzionalità dell'art. 35-ter, ord. penit., pur astrattamente percorribile e probabilmente destinata al successo, sconta, tuttavia, i tempi lunghi della decisione della Consulta, e la paralisi della decisione di tutti i ricorsi risarcitori che si determinerebbe in seguito alla sospensione imposta per attendere il pronunciamento della Corte.

Resta, pertanto, come unica strada possibile per una soluzione in tempi compatibili con la verifica in sede europea nel 2015, un intervento normativo per modificare il testo attualmente vigente dell'art. 35-ter, ord. penit.

²⁶ P.P. GORI, *op. cit.*

²⁷ La evocata sentenza CEDU *Stella e al./c. Italia*, puntualizza, invero: "68. La Cour précise encore une fois qu'elle se réserve la possibilité d'examiner la cohérence de la jurisprudence des juridictions internes avec sa propre jurisprudence ainsi que l'effectivité des recours tant en théorie qu'en pratique".

²⁸ Così P.P. GORI, *cit.*, il quale osserva anche che: " in assenza della concorrente – e prevalente – applicazione del rimedio del risarcimento in forma specifica attraverso la riduzione di pena ex art. 35-ter O.P., la risposta potrebbe essere insufficiente a fronteggiare la potente domanda di giustizia liberata dalla Corte EDU, a meno di non voler fornire un ulteriore incentivo a non ricorrere a Strasburgo e ad accettare i tempi della giustizia civile, attraverso una più congrua quantificazione del risarcimento del danno per equivalente". E' da ritenere, peraltro, che, dopo la sentenza CEDU *Stella e al./c. Italia*, *cit.*, che ha esplicitamente validato la misura del risarcimento pecuniario prevista dall'art. 35-ter, della legge di ordinamento penitenziario italiana, tali ricorsi sarebbero dichiarati irricevibili dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 35 § 3 a) della Convenzione, per mancato esperimento da parte del ricorrente delle vie di ricorso interne.

Le soluzioni astrattamente percorribili sono molteplici, ma il legislatore dovrebbe comunque introdurre un chiarimento – anche mediante una norma di interpretazione autentica della attuale disciplina – in relazione alla portata del richiamo contenuto nell’art.35-ter, ord. penit. al disposto dell’art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit. L’intervento dovrebbe, inoltre, introdurre disposizioni volte a meglio distinguere la competenza dei due plessi giurisdizionali coinvolti, riservando – è questa una delle opzioni seguite dalla giurisprudenza – al giudice di sorveglianza esclusivamente la riduzione proporzionale della pena che il detenuto stia attualmente spiando in condizioni contrarie all’art. 3 CEDU, e demandando al giudice civile il ristoro pecuniario in tutti gli altri casi (ivi compresa l’ipotesi di violazioni pregresse o comunque cessate sopravvenuta cessazione della violazione all’art. 3 CEDU).

In alternativa, l’intervento di modifica potrebbe estendere espressamente l’applicabilità del rimedio risarcitorio in forma specifica, esperibile presso il giudice di sorveglianza, a tutti i soggetti che si trovino in esecuzione di pena, a prescindere dalla sussistenza dell’ “attualità” del pregiudizio e dello stato di detenzione in carcere al momento della proposizione della domanda, per riservare, invece, la modalità di risarcimento in termini pecuniari alla competenza del giudice civile a coloro che hanno cessato di spiare la pena, ovvero ai casi di custodia cautelare non computabile ai fini della pena da spiare a titolo definitivo.

Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur.