

Penale Sent. Sez. 1 Num. 43722 Anno 2015

Presidente: GIORDANO UMBERTO

Relatore: MAGI RAFFAELLO

Data Udiienza: 11/06/2015

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

SALIERNO PASQUALE N. IL 28/08/1969

avverso il decreto n. 2986/2014 GIUD. SORVEGLIANZA di UDINE,
del 04/07/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. RAFFAELLO MAGI;
lette/sentite le conclusioni del PG Dott. E. Delehey, che

ha chiesto di dichiarare inammissibile il
ricorso;

Udit i difensori Avv.;

IN FATTO E IN DIRITTO

1. Con decreto emesso *de plano*, in data 4 luglio 2014 il Magistrato di Sorveglianza di Udine ha dichiarato inammissibile il reclamo proposto da Salierno Pasquale in tema di violazione di diritti soggettivi .

Il reclamante - ristretto in Tolmezzo -aveva prospettato la lesione in rapporto alle modalità della detenzione, evidenziando la ristrettezza dello spazio della camera di reclusione, l'esistenza di una sola finestra, la compresenza di altri soggetti reclusi, con richiesta di indennizzo per complessivi euro 105.000.

Il Magistrato di Sorveglianza evidenzia che la richiesta non contiene la domanda di rimozione del limite all'esercizio del diritto ritenuto sussistente, ma solo quella di accertamento del pregiudizio e di risarcimento del danno.

Il reclamo viene pertanto dichiarato inammissibile in rapporto a tre considerazioni rappresentate dalla genericità, dall'esame delle condizioni di vita del detenuto e dal difetto di competenza circa la richiesta risarcitoria.

Vengono, sul punto, richiamati i risultati di una precedente verifica istruttoria realizzata presso la casa di reclusione di Tolmezzo che ha consentito - secondo la valutazione del giudicante - di escludere la fondatezza delle doglianze in fatto, posto che la presenza di un terzo detenuto nella camera (che avrebbe, in tesi, determinato la riduzione dello spazio vitale a circa tre metri quadrati) è stata meramente occasionale e il reclamante non ha specificato quando ciò si sarebbe verificato. Nelle condizioni ordinarie il detenuto della sezione in cui risulta recluso il Salierno usufruisce di circa 5 metri quadrati, in un contesto caratterizzato da complessiva adeguatezza dei servizi e da buona offerta di attività trattamentali.

2. Avverso tale decreto ha proposto ricorso per cassazione - con personale sottoscrizione - Salierno Pasquale, deducendo vizio di motivazione e violazione della disciplina regolatrice.

Nel ricorso si ribadiscono i contenuti dell'istanza originaria, affermando che non si è verificato in modo concreto - da parte del Magistrato di Sorveglianza - il frequente superamento del numero di due detenuti allocati nella medesima cella, fenomeno ricorrente e tale da determinare la violazione dei parametri legali della detenzione, come ricostruiti nelle decisioni emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

3. Il ricorso va qualificato come reclamo al Tribunale di Sorveglianza ai sensi dell'art. 35 *bis* co.4 legge n. 354 del 1975 e succ. mod. .

3.1 Va infatti osservato che il diniego del reclamo è stato pronunciato - dal Magistrato di Sorveglianza - in applicazione dell'art. 666 co.2 cod.proc.pen.,

norma espressamente richiamata dall'art. 35 *bis* co.1 della legge di ordinamento penitenziario (come novellata dal d.l. n. 146 del 23.12.2013, convertito con legge n. 10 del 21.2.2014) .

Detta procedura «semplificata» consente di evitare la fissazione di udienza camerale - innanzi al giudice investito dell'originario reclamo - esclusivamente nelle ipotesi di «difetto delle condizioni di legge» o «mera riproposizione di di richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi».

Dato che l'esercizio di tale potere determina l'assenza di contraddittorio innanzi al giudice di prima istanza, è da ritenersi che la norma sia di stretta interpretazione, dovendo trattarsi delle sole ipotesi in cui la *presa d'atto* della assenza delle condizioni di legge non richieda nè accertamenti di tipo conoscitivo (l'attivazione di un qualsivoglia potere istruttorio deriva dallo svolgimento di procedura partecipata ai sensi dell'art. 666 co. 5 codice di rito) nè valutazioni discrezionali, in fatto o in diritto.

Si è pertanto affermato, con orientamento costante nella presente sede di legittimità, che tale dichiarazione di inammissibilità risulta possibile solo quando facciano difetto - nella istanza - *requisiti posti direttamente dalla legge, che non implicino alcuna valutazione discrezionale* (tra le altre, Sez. I n. 277 del 13.1.2000, rv 215368).

Tale orientamento, che il Collegio non può che condividere, è posto a tutela del fondamentale principio del contraddittorio, posto che l'anticipazione di una decisione in realtà «di merito» alla fase del vaglio preliminare di ammissibilità sull'istanza, con pronuncia non rituale di inammissibilità, finisce con espropriare l'istante di tale garanzia di rilievo costituzionale, anche in quei procedimenti - come quelli di esecuzione o sorveglianza - ove il contraddittorio si pone non già come metodo inderogabile di ricostruzione del fatto quanto di attuazione dei diritti di partecipazione e di prospettazione dialettica della propria opzione interpretativa dei fatti o delle norme regolatrici.

3.2 Ora, nel caso in esame, va affermato che la decisione di inammissibilità si è basata, in tutta evidenza, anche sul recupero di «materiali istruttori» , che hanno consentito al magistrato di sorveglianza di ritenere infondata la prospettazione in fatto (vi è ampio richiamo alle risultanze di precedenti verifiche operate presso la casa di reclusione).

Ora, tale *modus procedendi* comporta l'attribuzione al provvedimento di «inammissibilità» emesso dal Magistrato di Sorveglianza della qualifica sostanziale di un provvedimento di «rigetto» (si veda, diffusamente, sul tema Sez. I n. 16375 del 20.3.2015) con immediate ricadute sulla individuazione della tipologia di impugnazione consentita dalla legge (posto che, per costante interpretazione, l'errore del giudice non può mutare il regime delle impugnazioni,

sul punto Sez. VI n.1644 del 2.12.2002, rv 223280), da individuarsi nel reclamo al Tribunale di Sorveglianza.

Non può parlarsi, infatti, di assoluta genericità della domanda introduttiva (fatto che avrebbe reso condivisibile la pronunzia emessa in termini di inammissibilità) posto che la stessa identificava il luogo di detenzione e una modalità specifica di «avvenuta limitazione» del diritto ad ottenere un trattamento non inumano nè degradante (in particolare la riduzione degli spazi vitali al di sotto di livelli minimi ritenuti tollerabili in sede giurisdizionale sovranazionale) e rientra tra i poteri cognitivi del giudice - al di là della prospettazione della parte - la verifica del «momento» in cui tale compressione si sarebbe verificata e della sua durata.

La stessa norma regolatrice - art. 35 *bis* co. 3 - descrive infatti l'attività del giudicante in termini di «accertamento» il che implica, ovviamente, che la domanda introduttiva ponga le coordinate essenziali ma non esaurisca il tema della decisione, affidato anche alla iniziativa del giudice chiamato a pronunziarsi, titolare di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666 co.5 cod.proc.pen. .

3.3 Nè d'altra parte la pronunzia di inammissibilità poteva basarsi esclusivamente sul tipo di provvedimento richiesto (il risarcimento del danno) posto che prima della decisione era sopravvenuta la disciplina specifica introdotta dal legislatore all'art. 35 *ter* della legge di ordinamento penitenziario (d.l. n. 92 del 26 giugno 2014, conv. in legge n. 117 del 11.8.2014).

Ciò consentiva di «conformare» il contenuto della domanda alle previsioni che prevedono - lì dove sia stato accertato il particolare pregiudizio nei modi di legge - il risarcimento «in forma specifica» (con riduzione della pena residua) o in forma pecuniaria (con predeterminazione legale del *quantum*).

Da ciò deriva che anche la ritenuta incompetenza - da parte del Magistrato di Sorveglianza - non può essere oggetto di condivisione, per le ragioni che seguono.

Si assume infatti nel provvedimento impugnato che il difetto delle condizioni di legge - percepibile *ictu oculi* - sarebbe derivato anche nella assenza di «attualità» del lamentato pregiudizio, in contrasto con la previsione regolatrice generale di cui all'art. 69 co.1 lett. b ord.pen. .

Ove tale opzione interpretativa risultasse fondata, la pronunzia di inammissibilità, al di là delle valutazioni in fatto (che andrebbero considerate irrilevanti), risulterebbe radicata su un dato evincibile in via diretta dalla domanda (lì dove il detenuto si riferisca ad un pregiudizio subito durante la restrizione ma non derivante da condotta antiggiuridica in atto).

Ma anche circa tale aspetto l'opzione interpretativa, come si è anticipato, non può essere condivisa.

La riforma del sistema di tutela dei diritti dei soggetti sottoposti a restrizione in forma coercitiva è stata realizzata dal legislatore negli anni 2013 e 2014 con linee di intervento penetranti, tese ad un recupero di tempestività ed effettività dell'intervento giurisdizionale realizzato - in costanza di trattamento detentivo - dalla Magistratura di Sorveglianza.

A fronte di un sistema essenzialmente basato sulle ricadute sistematiche della nota decisione della Corte Costituzionale n. 26 del 1999 (riconoscimento della esistenza di situazioni giuridiche soggettive che, per loro natura, non possono essere attenuate o comprese in virtù della intervenuta restrizione di libertà) che consentiva il reclamo giurisdizionale generico per la violazione di *diritti soggettivi*, si è provveduto a disciplinare normativamente l'intera materia attraverso le modifiche apportate agli articoli 69 e 35 della legge di ordinamento penitenziario (d.l. n.146 del 23.12.2013 conv. con legge n.10 del 21 febbraio 2014 e, successivamente d.l. n. 92 del 26 giugno 2014 conv. in legge n.117 del 11 agosto 2014).

Con tali interventi il legislatore ha dichiaratamente preso atto della necessità di realizzare un più adeguato ed effettivo sistema di tutela dei diritti dei soggetti sottoposti a restrizione carceraria, anche in rapporto alle note decisioni degli organi giurisdizionali sovranazionali in tema di lesione dei diritti dei detenuti e correlata violazione del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stesso art. 27 co.3 Cost. (v. la nota decisione CEDU 8 gennaio 2013 nella causa Torregiani ed altri contro Italia).

Vi è pertanto, per quanto qui rileva, una espressa regolamentazione normativa :

- del potere di denuncia, tramite reclamo giurisdizionale, di condotte della amministrazione inosservanti il contenuto delle disposizioni di legge o regolamento da cui derivi al detenuto un 'attuale e grave' pregiudizio all'esercizio di diritti (art. 69 co.1 lett. b) ;
- del modello legale di verifica della fondatezza di tale reclamo e delle forme di intervento spettanti al Magistrato di Sorveglianza nel caso di accertamento della lesione e del correlato pregiudizio, consistenti nell'ordine di un *facere* (sì da eliminare la fonte della situazione lesiva) con possibile esecuzione coatta del comportamento imposto in caso di inottemperanza (nomina di un commissario *ad acta*) come previsto dall'art. 35 *bis* ord. pen. .

E' in tale quadro sistematico di rafforzamento complessivo degli strumenti tesi alla riaffermazione della «legalità della detenzione», con estensione dei poteri di verifica e di intervento dell'autorità giurisdizionale cui è attribuita in via ordinaria la potestà dell'intervento, che va inserita la previsione di legge di cui all'art. 35 *ter* ord.pen. .

La essenziale caratteristica di tale intervento normativo sta nella introduzione di rimedi «particolari» di tipo compensativo/risarcitorio, che dunque rappresentano un *quid pluris* rispetto all'ordinaria inibizione della prosecuzione della attività *contra legem* in funzione di realizzazione del diritto negato o compresso (art. 35 *bis* co.3), esperibili avverso non una qualsiasi violazione dei diritti del soggetto detenuto ma esclusivamente avverso quelle violazioni di tale entità da comportare la compromissione del diritto a condizioni detentive non inumane nè degradanti (secondo l'interpretazione dell'art.3 della Convenzione Europea realizzata nelle decisioni della CEDU).

Se dunque la condotta violatrice, per come prospettata, rientra astrattamente in tale ambito (è il caso del sovraffollamento, ma non può dirsi che si tratti di un numero chiuso, dovendosi l'interprete rapportare necessariamente alla evoluzione della giurisprudenza sovranazionale) risulta preciso dovere dell'organo giurisdizionale procedere in contraddittorio alla verifica della fondatezza della domanda, il cui accoglimento può comportare il ristoro rappresentato dalla riduzione di pena (nel caso di cui all'art. 35 *ter* co.1) o quello di carattere monetario (nei casi di cui al co.2).

Ora, è del tutto evidente che la *specialità* del rimedio di cui all'art. 35 *ter* (co.1 e co.2) non si pone in contrasto con la ordinaria tutela di *inibizione* alla protrazione della condotta illecita con rimozione del comportamento lesivo (allocazione in cella non adeguata, ad es.) ove la stessa sia ancora in atto al momento della decisione, nel senso che il collegamento funzionale tra la norma generale (art. 69 co.6 lett. b) e norma speciale (art. 35 *ter*) va di certo ritenuto sussistente, con possibile esercizio da parte del soggetto detenuto di una azione che miri ad ottenere, lì dove la compressione del diritto sia *in atto* al momento della domanda, la duplice forma di tutela offerta dall'ordinamento (tutela risarcitoria per quanto è avvenuto e contestuale rimozione del limite posto all' esercizio del diritto).

Ma è al contempo evidente che nell'ipotesi di lesione *già subita* (o comunque prospettata come tale) ma insussistente (nella sua causa) alla attualità, il soggetto detenuto resta titolare della tutela speciale (di tipo risarcitorio/compensativo) accordatagli dal legislatore all'art. 35 *ter* da realizzarsi, in costanza di esecuzione della pena, innanzi al Magistrato di Sorveglianza.

In tal senso, la ritenuta limitazione della competenza funzionale del Magistrato di Sorveglianza, con esclusione della attribuzione a tale giudice di istanze che lamentino, in costanza di detenzione, un pregiudizio modellato sull'art. 35 *ter* ma non attuale, non risulta conforme ad una interpretazione logica e sistematica delle disposizioni in rilievo, fermo restando l'infelice utilizzo di una tecnica di redazione normativa che parebbe legittimare una estensione totalizzante del

RT

rinvio contenuto nell'art. 35 *ter* co.1 alle caratteristiche del pregiudizio descritte nella disposizione richiamata.

Il legislatore, infatti, riconduce nell'alveo tracciato dall'art. 69 co.6 lett. b il particolare «pregiudizio» derivante dal trattamento inumano e degradante perchè trattasi, in ogni caso, di una forma 'aggravata' di violazione dei diritti del detenuto, ma ciò non autorizza a ritenere che la sua «attualità» sia condizione di accesso al rimedio, essenzialmente di tipo risarcitorio, a differenza delle lesioni comuni (quelle di cui all'art. 69) , che danno luogo a rimedi di tipo inibitorio/preventivo, come si è detto, tesi a rimuovere la condizione di ostacolo alla fruizione del diritto.

Ciò perchè la necessaria 'attualità' del pregiudizio è condizione necessaria nel reclamo ordinario (art.69) proprio in ragione della correlazione con la tipologia di tutela che il sistema offre rispetto alle conseguenze dell'illecito (art. 35 co.3) lì dove non diventa requisito essenziale dell'azione quando la domanda, data la particolare gravità della condotta violatrice, è tesa ad ottenere (in senso ampio) tutela *risarcitoria*.

Una tutela risarcitoria *sui generis* che da un lato evoca la risarcibilità del danno derivante da lesione di diritti costituzionali inviolabili (tra le molte, in sede civile, Sez. III n.26367 del 16.12.2014, rv 633919) con predeterminazione legale del *quantum*, e dall'altro - in via peraltro prioritaria - si pone come rimedio compensativo operante su un piano alquanto diverso, rappresentato dalla riduzione della durata della pena ancora da espiare (al di là della rimozione del fatto da cui la lesione è derivata) nella misura di un giorno per ogni dieci di pregiudizio sofferto, rimedio che *presuppone* una detenzione in atto e che dunque conduce sul piano logico e sistematico alla attribuzione della sua cognizione al Magistrato di Sorveglianza.

Trattasi infatti di un rimedio - la riduzione della pena detentiva ancora da espiare - che sarebbe del tutto irragionevole attribuire alla competenza della giurisdizione civile, trattandosi di una misura riparatoria tesa ad incidere sul rapporto esecutivo, quest'ultimo di natura strettamente penalistica.

Del resto, la *voluntas legis* appare del tutto chiara nell'attribuire (art. 35 *ter* co.4) al Tribunale ordinario in sede civile la giurisdizione sulle domande di tipo risarcitorio poste in essere dai soggetti che hanno subito un pregiudizio in fase cautelare non seguito da esecuzione o che hanno «terminato di espiare la pena detentiva in carcere» , in ciò ponendo una evidente correlazione funzionale tra la protrazione della detenzione (nel cui ambito si sia verificato il denunciato pregiudizio) e la giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza.

Va dunque qui affermato che il rinvio, contenuto nell'art. 35 *ter* co.1 al pregiudizio di cui all'art. 69 co.6 lett. b , identifica la categoria giuridica di

riferimento e dunque il reclamo avente oggetto una pretesa condotta di violazione dei diritti inviolabili del soggetto detenuto ma non le caratteristiche del pregiudizio in termini di sua necessaria attualità - *rectius* della condotta che lo determina - al momento della domanda stessa. La cognizione da parte del Magistrato di Sorveglianza (e in secondo grado del Tribunale di Sorveglianza) si estende pertanto alla verifica di 'fatti generatori' di una lamentata violazione antecedente al momento della domanda, sempre che - in termini generali - sia in corso l'esecuzione del medesimo decreto di cumulo e possa pertanto parlarsi di unicità del periodo detentivo, tuttora in atto (con riferimento alla data della domanda).

Da ciò deriva la considerazione di un perdurante interesse del ricorrente ad ottenere una pronunzia di merito che esamini - in contraddittorio - l'esistenza o meno del fatto generatore del pregiudizio (ossia la violazione del diritto al trattamento non inumano e degradante, per condotta ascrivibile all'amministrazione) e ne tragga - in caso positivo - le conseguenze, in rapporto alla vigente legislazione.

3.4 La natura di «rigetto» attribuibile, nel particolare caso in esame, al provvedimento impugnato, unita alla verifica della persistenza dell'interesse ad impugnare, conducono pertanto alla qualificazione del presente ricorso in reclamo, ai sensi degli artt. 35 ter co.4 ord. pen. e 568 co.5 cod.proc.pen. .

P.Q.M.

Qualificato il ricorso come reclamo ai sensi dell'art. 35 *bis* co.4 O.P. , dispone trasmettersi gli atti al Tribunale di Sorveglianza di Trieste .

Così deciso il 11 giugno 2015

Il Consigliere estensore

Il Presidente