**“RIMEDI COMPENSATIVI” PER L’INUMANA DETENZIONE: L’ATTUALITA’ DEL PREGIUDIZIO NON E’ (PROBABILMENTE) RILEVANTE PER IL RISARCIMENTO**

di Fabio Fiorentin magistrato

Sommario:1. I “rimedi compensativi” introdotti in seguito alla sentenza *Torreggiani. -* 2. “Attualità” o “non attualità” del pregiudizio subito? - 3. Due risposte contrastanti. – 4. Una problematica dalla soluzione a “rime obbligate”.

La disciplina dell’art.35-ter l.354/75 in tema di “rimedi compensativi” della detenzione subita in condizioni inumane e degradanti in violazione dell’art. 3 CEDU, ha rivelato, fin dalle sue prime applicazioni, numerose criticità, dovute soprattutto al dubbio se, ai fini del ricorso risarcitorio, sia necessaria l’“attualità” del pregiudizio sofferto. Sul delicato profilo interpretativo si sono pronunciate, con esiti opposti, due contestuali sentenze della stessa sezione della Corte di legittimità.

1. **I “rimedi compensativi” introdotti in seguito alla sentenza *Torreggiani***

<< *Grande è la confusione sotto il cielo, quindi la situazione è eccellente*.>> L’iconica frase di Mao Tse Tung, pronunciata in tempi di rivoluzioni epocali, ritorna alla mente – purtroppo solo per quanto riguarda la prima parte del celebre aforisma – quando si riflette sulla ben più modesta (se pure non del tutto trascurabile) “rivoluzione” verificatasi nell’ordinamento italiano in seguito all’introduzione dei “rimedi compensativi” (art.35-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, c.d. ordinamento penitenziario)[[1]](#footnote-1), frutto di un intervento riformatore lungamente atteso e reso non più procrastinabile dalle prescrizioni impartite al governo italiano dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo con la sentenza *Torreggiani,* che è valso a togliere (per quanto, non si sa) il nostro Paese dalla scomoda posizione di “sorvegliato speciale” rispetto al delicato tema della tutela dei diritti fondamentali delle persone private della libertà personale[[2]](#footnote-2).

Lo strumento risarcitorio di nuovo conio, disciplinando una materia per molte ragioni “difficile”, quale è, nel nostro orizzonte politico-ordinamentale, l’esecuzione penitenziaria, appare il frutto di un discutibile compromesso al ribasso tra l’aspirazione “alta” , promanante dall’assise europea, ad una effettiva tutela dei diritti dei detenuti anche sotto il profilo risarcitorio e valutazioni di politica domestica, la cui sintesi ha prodotto una disciplina che è causa di notevoli difficoltà e incertezze applicative, aggravate altresì dalla poco sorvegliata formulazione della dizione normativa e dalla frettolosità di una altrettanto poco meditata scelta di politica legislativa, adottata *in limine* allo spirare del termine di scadenza dell’*ultimatum* imposto dalla Corte alsaziana[[3]](#footnote-3).

I molti dubbi interpretativi affacciatisi nei primi commenti alla nuova disciplina, ripresi e amplificati dalle divergenze riscontrate nei primi arresti giurisprudenziali, avrebbe richiesto un immediato intervento del legislatore per fornire un’interpretazione autentica della disposizione. Ben presto tramontata questa ipotesi, le speranze si sono incentrate su un’auspicata operazione di “pronto intervento” della Corte di legittimità, che offrisse agli interpreti le prime, indispensabili, coordinate ermeneutiche utili a dipanare i rilevanti snodi applicativi della disposizione di matrice europea di recente introduzione.

Le aspettative degli operatori per una prima chiarificazione, quantomeno sul piano nomofilattico, sono andate, tuttavia, deluse ed anche le due pronunce qui in rassegna – tra le prime a dialogare con l’impervia dizione normativa dell’art. 35-*ter*, ord. penit. - non solo non contribuiscono a dissipare i molti dubbi da tempo in attesa di risoluzione, ma – e sotto questo aspetto lo scenario assume connotati addirittura kafkiani – finiscono per alimentare quell’aura di incertezza che certo non contribuisce all’efficace governo applicativo del rimedio risarcitorio di ispirazione europea, posto che all’interprete sono offerte due letture praticamente contestuali (essendo state assunte nella medesima camera di consiglio) ma diametralmente opposte, malauguratamente, in relazione ad uno dei più delicati profili della nuova disciplina.

Si intende alludere al quesito, gravido di conseguenze proprio sul piano di quell’ “effettività” dello strumento che sta particolarmente a cuore alla Corte europea, se la possibilità del risarcimento del danno derivante dal pregiudizio subito dal detenuto o dall’internato per violazione dell’art.3 CEDU sia subordinata all’accertamento dell’“attualità” del pregiudizio medesimo, sussistente al momento della domanda al giudice competente.

1. **“Attualità” o “non attualità” del pregiudizio subito?**

 La questione scaturisce dalla peculiare strutturazione della disposizione in analisi, 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 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo <<… il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare …>> Il richiamo espresso alla situazione indicata dalla lett. b), comma 6, art. 69, ord. penit. e quindi, testualmente, alla “attualità” (oltre che alla “gravità”) del pregiudizio sofferto dal soggetto detenuto e la declinazione al tempo presente del verbo (“dispone”) ha, infatti, dato luogo, in dottrina e, specularmente, nella giurisprudenza di merito, a due letture opposte con riguardo alla natura e alla portata di detto rinvio[[4]](#footnote-4).

Secondo una prima interpretazione – recepita anche dal C.S.M. nel parere reso al d.d.l. di conversione del d.l. 92/2014 e da una parte della giurisprudenza di merito[[5]](#footnote-5) - fondata “su un non trascurabile dato letterale”[[6]](#footnote-6), il richiamo al “pregiudizio di cui all’art.69, comma 6, lett. *b*)” ord. penit., identificherebbe un presupposto dell’azione risarcitoria, che potrebbe riferirsi, dunque, soltanto a situazioni di accertato pregiudizio “grave e attuale”, sussistente, cioè, sia al momento della proposizione del ricorso da parte del detenuto interessato che della relativa decisione[[7]](#footnote-7).

Rimarrebbero – secondo tale prima impostazione - esclusi dalla tutela speciale innanzi alla magistratura di sorveglianza, per rientrare nella competenza risarcitoria ordinaria attribuita al giudice civile, tanto i trattamenti detentivi inumani e degradanti subìti da un soggetto in relazione a esecuzioni penali pregresse rispetto alla detenzione riferibile al titolo esecutivo in attuale espiazione o, comunque, a pene già integralmente espiate; quanto il pregiudizio che, pur riferibile alla detenzione in corso di esecuzione, non sia, tuttavia, più “attuale” al momento della decisione del giudice, poiché nel frattempo venuto meno per l’intervento del magistrato di sorveglianza ai sensi dell’art.35-*bis*, ord. penit., o perché sanato dall’azione dell’Amministrazione penitenziaria nell’esercizio della propria potestà organizzativa ovvero per altre circostanze.

Questa prima ipotesi di configurazione del nuovo strumento risarcitorio, pur presentando alcuni indubbi punti di forza sul piano letterale e sistematico (essendo coerente con la natura eccezionale della competenza risarcitoria attribuita alla magistratura di sorveglianza), conduce, tuttavia, ad esiti pratici di pressoché totale vanificazione del rimedio approntato, la cui utile esperibilità rimarrebbe confinata ad un’esigua minoranza dei potenziali aventi diritto, escludendo tutti coloro che, trovandosi tuttora detenuti, non patiscano più condizioni di restrizione contrarie all’art.3 CEDU, ma ne abbiano, invece, sofferto in passato.

Pur riconoscendo tale grave vuoto di tutela, la tesi “attualista” ritiene che il pregiudizio non più “attuale”, dunque scollegato dall’area applicativa dei rimedi tutori in esame, possa trovare ristoro unicamente mediante le forme ordinarie davanti al giudice civile, dal momento che la sussistenza di un diritto al risarcimento del danno da detenzione inumana sarebbe già “coperto” dalla previsione dell’art.2043, c.c., e la relativa competenza incardinata presso il giudice civile e considerando, altresì, che il legislatore, introducendo il rimedio di cui all’art. 35-*ter*, 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. 92/2014, secondo la regola generale della efficacia della legge nel tempo (art. 11 prel.).

A tale lettura si contrappone la tesi c.d. “non attualista”, seguita da altra parte della giurisprudenza di merito[[8]](#footnote-8) e sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che ritiene l’ipotesi ermeneutica sopra illustrata in contrasto con l’art.3 Cost., poiché, a fronte di un medesimo pregiudizio subìto per condizioni detentive inumane e degradanti, si attuerebbero modalità risarcitorie differenziate, 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 da tale premessa, si è allora proposta la soluzione interpretativa per cui, al fine dievitareunacensura di incostituzionalitàdella 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 tutti i soggetti detenuti di usufruire del nuovo specifico rimedio risarcitorio, nelle forme del reclamo al magistrato di sorveglianza[[9]](#footnote-9).

Non solo. Lo sforzo interpretativo volto a conferire piena effettività al neointrodotto istituto si è anche sviluppato nella direzione di superare l’ostacolo posto dal riferimento testuale alla situazione di “attualità” del pregiudizio, accostando tale requisito alla situazione della violazione convenzionale non ancora risarcita (dunque “attuale”). Tale assunto troverebbe fondamento nella stessa sentenza *Torreggiani,* ove si afferma, 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 desumerebbe, quindi, che l’ “attualità” del pregiudizio rimane tale fino a che non intervenga una decisione giudiziale che ne determini il relativo ristoro. Una tale lettura sarebbe preferibile tanto sul piano sistematico, poiché limiterebbe la competenza del giudice civile ai soli casi espressamente previsti dall’art.35-*ter*, ord. penit., comma 3 (avvenuta espiazione della pena o violazione subita nel corso di custodia cautelare non imputabile a detrazione della pena definitiva), quanto su quello letterale, che recherebbe alcuni <<indizi>> che << fanno propendere per una volontà legislativa mal espressa e che il rinvio all’art. 69 co. 6° lett. b ord. penit. – certo tecnicamente poco sorvegliato – intendesse significare soltanto che la fattispecie disciplinata dall’art. in esame riguarda una particolare species del genus “pregiudizio all’esercizio dei diritti” dovuto a inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dall’ordinamento penitenziario>>[[10]](#footnote-10).

A fronte di prospettazioni parimenti sostenibili (e nella stessa misura non esenti da profili di criticità), un’autorevole posizione ha concluso 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 corrisponda alle prescrizioni della C. eur. Vale a dire, quella secondo cui il risarcimento per un trattamento inumano presofferto da soggetto ancora detenuto va disposto dal mag. sorv., la cui giurisdizione sta e termina con lo status detentionis del richiedente”[[11]](#footnote-11).

Tale punto di sintesi della tormentata vicenda esegetica qui evocata tradisce il vero nodo fondamentale della questione: il fatto che, pur essendo probabilmente la tesi giuridicamente più rigorosa sul piano interpretativo quella c.d. "attualista”, essa conduce inevitabilmente al risultato di vanificare, sul piano della concreta effettività, la tutela risarcitoria introdotta con i rimedi “compensativi”, perché, se si rivolgesse alla sola riparazione dei pregiudizi ancora attuali al momento della proposizione del ricorso (e della relativa decisione), il rimedio dell’art. 35-*ter,* ord. penit., escluderebbe – come si è già rilevato - dalla potenziale platea applicativa la gran parte delle situazioni detentive.

**3.Due risposte contrastanti**

In questo a dir poco tormentato quadro si inseriscono le due sentenze in rassegna, che mettono in scena un vero e proprio *coup de theatre*. Atto I Scena I: Corte di Cassazione, Sezione Prima, Udienza 11 giugno 2015, presiede Giordano, relatore Adet Toni Novik, sentenza n.43727/2015: il collegio conferma la decisione del Magistrato di Sorveglianza che aveva ritenuto inammissibile l’istanza risarcitoria formulata dal detenuto ai sensi dell’art.35-*ter*, ord. penit., per la carenza del requisito dell’ “attualità” del pregiudizio. Con una pronuncia dalle secche cadenze tacitiane, la Suprema Corte statuisce, infatti, che <<3. Il primo requisito per poter richiedere la riduzione della pena è che in capo al detenuto sia configurabile una situazione di "attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti">>. Ne consegue pertanto che: <<5. Attesa la mancanza nell'istanza di indicazioni essenziali per valutare l'attualità del pregiudizio, la sua inerenza alla detenzione in corso e le condizioni di fatto in cui si è svolta la detenzione, correttamente il magistrato di sorveglianza l'ha dichiarata inammissibile.>> *Roma locuta, causa finita,* dunque, con il trionfo della tesi “attualista”. Non proprio. Atto I Scena II: Corte di Cassazione, Sezione Prima, Udienza 11 giugno 2015, presiede Giordano, relatore Magi, sentenza n.43722/2015: il collegio ritiene non condivisibile l’interpretazione che vede nel requisito dell’“attualità” del pregiudizio un presupposto rilevante ai fini dell’ammissibilità dell’azione risarcitoria ai sensi dell’evocato art.35-*ter*, ord. penit. La Prima Sezione in diversa composizione configura, infatti, il “rimedio compensativo” quale istituto speciale, che offre una tutela «particolare» e ulteriore rispetto a quella assicurata dal rimedio “preventivo” introdotto dall’art.35-*bis*, ord. penit. (che consente una pronuncia inibitoria del protrarsi della violazione della posizione giuridica di cui il soggetto detenuto è titolare).

Tale ravvisato carattere di “specialità”del ricorso risarcitorio non impedisce quindi – chiosa la seconda pronuncia - che, nei casi in cui la detta violazione sia ancora sussistente al momento della decisione, il giudice adito vieti la protrazione della condotta illegittima, e contestualmente sia accordata la ulteriore tutela di matrice risarcitoria. Ma << è evidente>> prosegue la Corte che nel caso di pregiudizio effettivamente subìto ma non più attualmente sussistente, il soggetto permanga titolare della tutela speciale accordatagli dall’art.35-*ter* ord. penit., pur sempre azionabile di fronte al Magistrato di Sorveglianza.

Un tale approdo è confortato – secondo la sentenza n.43722/2015 – da <<solidi argomenti di natura logica e sistematica>>, che farebbero premio su un << infelice utilizzo di una tecnica di redazione normativa che parrebbe legittimare una estensione totalizzante del rinvio contenuto nell'art.35-*ter* co.1 alle caratteristiche del pregiudizio descritte nella disposizione richiamata.>>

 Invero, il riferimento portato dall’art.35-*ter*, ord. penit., all’ “attualità” del pregiudizio subìto mediante il richiamo alla disposizione dell’art.69, comma 6, lett.b) della medesima legge integrerebbe – osserva il supremo collegio - la condizione necessaria ad attivare con successo la tutela *ope judicis* soltanto con riguardo alla tipologia di ristoro ascrivibile al rimedio “preventivo” (codificato nell’art. 35-*bis*, cit.) che, appunto, avrebbe ragione di operare soltanto in relazione ad un «pregiudizio attuale» che l’ordine del giudice va a sanare.

Inoltre, la correlazione tra il rimedio “compensativo” rappresentato dalla proporzionale riduzione della pena ancora da espiare e lo stato di detenzione in atto (che l’ipotesi “attualista” verrebbe a spezzare nel caso di pregiudizio non più attuale, con attribuzione della relativa competenza a decidere al giudice civile), appare sistematicamente preferibile, atteso che sarebbe del tutto irragionevole sul piano sistematico attribuire al plesso civile la competenza ad operare sul rapporto esecutivo penale. Tale soluzione contrasterebbe, oltretutto, con la previsione (art. 35-*ter,* comma 3) che assegna al Tribunale ordinario civile (soltanto) la giurisdizione sulle domande di tipo risarcitorio formulate da soggetti che hanno subito un pregiudizio in fase di detenzione cautelare non seguita da esecuzione o che hanno «terminato di espiare la pena detentiva in carcere». In altri termini, sussisterebbe una <<evidente correlazione funzionale tra la protrazione della detenzione (nel cui ambito si sia verificato il denunziato pregiudizio) e la giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza.>> Insomma, così conclude il secondo collegio, il rinvio, contenuto nell'art.35-*ter,* comma 1, al pregiudizio di cui all'art.69, comma 6 lett. b), della stessa legge penitenziaria si limiterebbe a identificare la tipologia di tutela (cioè il reclamo in relazione alla violazione dei diritti del soggetto detenuto), ma non varrebbe anche a descrivere le caratteristiche del relativo pregiudizio nei termini della sua necessaria “attualità” al momento della domanda stessa. La cognizione da parte del giudice di sorveglianza avrebbe, per conseguenza, ad oggetto i “fatti generatori” di una lamentata violazione antecedente al momento della domanda e sempre che perduri l'esecuzione del medesimo titolo detentivo.

1. **Una problematica dalla soluzione a “rime obbligate”**

L’interesse per le due sentenze contestualmente contraddicentesi non risiede tanto nel loro eclatante profilo di contraddittorietà (che, pure, qualche perplessità inevitabilmente suscita), quanto nella evidenza, resa ancor più manifesta dalle pronunce in simultaneo contrasto qui in rassegna, di quel ginepraio interpretativo nato per il deprecabile *drafting[[12]](#footnote-12)* legislativo dispiegato nel modellare la dizione dell’art.35-*ter*, ord. penit.

In una prospettiva di risoluzione di quello che costituisce il nodo ermeneutico forse più intricato (ma, purtroppo, non certo l’unico) che inficia lo strumento di natura risarcitoria in esame, gli spunti più promettenti vengono senza alcun dubbio dalla seconda pronuncia sopra compendiata: la prima, infatti, si limita a leggere la norma per quello che essa esprime nel suo significato letterale. *In claris non fit interpretatio* sembra, infatti, sottintendere il primo collegio, senza ravvisare la necessità di spendere ulteriori parole per motivare un’opzione interpretativa che emergerebbe in modo autoevidente dalla disposizione normativa.

Ma – paradossalmente - sta tutta qui la genesi della questione sorta in relazione alla problematica dell’ “attualità del pregiudizio”: una dizione letterale che lascia poco spazio a letture alternative che, molto probabilmente, non sarebbero mai state affacciate se la prima e più immediata esegesi non si fosse palesata foriera di ricadute applicative esiziali non solo per l’intrinseca funzionalità dell’istituto di matrice europea in esame, ma per la stessa posizione dell’Italia di fronte alla Corte europea di Strasburgo.

L’indirizzo che individua nel requisito dell’“attualità” del pregiudizio subìto il discrimine tra la competenza del magistrato di sorveglianza e quella del giudice civile, infatti, comporterebbe, con tutta probabilità, l’orientarsi del flusso della domanda risarcitoria verso le forme di ristoro pecuniario “tradizionale” di fronte al giudice civile: scenario, quest’ultimo, che la Corte edu ha già ritenuto non garantire l’effettività della tutela.

In altri termini, senza una proattiva operazione di rimodulazione della norma da parte del giudice-interprete, sarebbe 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 – riprenda in mano il *dossier* italiano qualora l’organismo europeo incaricato della verifica della puntuale ottemperanza dell’Italia alle prescrizioni della sentenza *Torreggiani*, bolli come “ineffettivo” il rimedio risarcitorio introdotto con l’art.35-*ter,* ord. penit.[[13]](#footnote-13)

 Di fronte a un simile, non accettabile, rischio residua, in definitiva, come unica strada possibile, l’adozione di una lettura interpretativa della disciplina del modello compensativo che non ne vanifichi la pratica effettività, intervenendo ortopedicamente su quella che, con ben pochi margini di dubbio, appare l’oggettiva *voluntas legis* (che non si identifica necessariamente con la *voluntas legislatoris*) desunta sulla base dell’interpretazione più immediata della dizione normativa.

Se tale soluzione risulta, quindi, sostanzialmente “obbligata” alla stregua delle considerazioni che precedono, nient’affatto secondario è il profilo della selezione degli argomenti per sostenere un tale approdo interpretativo, che dovrebbe esercitare una *moral suasion* decisiva nell’orientare la prassi applicativa in senso coerente con l’esigenza di assicurare al “rimedio compensativo” il necessario coefficiente di effettività.

E sotto tale non trascurabile aspetto, il secondo arresto della Cassazione lascia, invero, qualche margine di disappunto. Appare, infatti, non del tutto persuasiva la scelta, seguita dalla seconda pronuncia in analisi, di fondare l’opzione interpretativa “non attualista” sul piano letterale anziché puntare decisamente su più solide considerazioni sistematiche. L’infelice dizione che inficia l’*incipit* del comma 1, art. 35-*ter*, ord. penit., richiamando la lett. b), comma 6, art. 69 della medesima legge, infatti, inequivocabilmente inquadra l’oggetto del ricorso risarcitorio (<< Quando il *pregiudizio* di cui all’art. 69, comma 6, lett.b), consiste …>>) e non già la tipologia del ricorso (che già appare identificata senza margini di dubbio dall’art.35-*bis,* comma 1, ord. penit. : << il *procedimento* relativo al reclamo di cui all’art. 69, comma 6, si svolge ai sensi ..>>).

Ma anche sul piano sistematico, la scelta degli argomenti interpretativi lascia qualche margine di delusione. Non appare, invero, del tutto convincente il ragionamento seguito dal collegio della seconda decisione per cui sarebbe del tutto asistematico attribuire al giudice civile la possibilità di operare sul rapporto esecutivo penale, in relazione alla possibilità di accordare la riduzione “risarcitoria” della pena, dal momento che una tale possibilità non è mai stata presa in considerazione dalla tesi “attualista” (la quale, piuttosto, opina per la devoluzione delle domande risarcitorie riferite a pregiudizi non più attuali alla competenza ordinaria del giudice civile ex art. 20143 c.c.).

 Restando su quel piano interpretativo, del resto, la tesi per cui sarebbe preferibile stabilire la *summa divisio* della competenza con riferimento alla permanenza dello *status detentionis*, non pare di per se dirimente, non potendosi configurare – come consolidato indirizzo della Cassazione ha già chiarito – alcuna “giurisdizione esclusiva” della magistratura di sorveglianza in relazione alla tutela dei diritti dei detenuti[[14]](#footnote-14).

Ben più convincente sarebbe stato un esplicito riferimento all’ineffettività pratica del rimedio risarcitorio che conseguirebbe al ritenere necessaria l’ “attualità” del pregiudizio e alla esigenza - che ne consegue - di un adattamento “convenzionalmente orientato” della disposizione di matrice europea, secondo una prospettiva ermeneutica che, del resto, la stessa dizione normativa, nell’ancorare l’interpretazione del giudice italiano ai principi elaborati dalla giurisprudenza CEDU, sembra necessariamente imporre, come del resto la migliore dottrina aveva suggerito[[15]](#footnote-15).

Grande è (ancora) la confusione sotto il cielo.

1. L’art.35-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, è stato introdotto dall’art.1 d.l. 26 giugno 2014 n. 92, conv. dalla l.11 agosto 2014, n.117. Per una prima lettura della nuova disciplina, cfr. GORI, *Articolo 3 Cedu e risarcimento da inumana detenzione,* in Q*uest. Giust.*online, 3 ottobre 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. CEDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia,* nn. 43517/09 46882/09 55400/09 57875/09 61535/09 35315/10 37818/10, in *Questa Rivista,* 2013, p.11, con nota di TAMBURINO. Per l’analisi della sentenza, si veda FIORIO, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto,* in Antigone, 2013, p.1; VIGANÒ, *Sentenza pilota della corte edu sul sovraffollamento nelle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it.*  [↑](#footnote-ref-2)
3. Il *diktat* rivolto all’Italia dalla Corte di Strasburgo muoveva, tra l’altro, dall’assunto che l’ordinamento italiano non contemplava uno strumento giurisdizionale di ripristino di un diritto della persona detenuta violato, dotato della necessaria effettività, idoneo a determinare la cessazione della condotta illecita eventualmente accertata ed a consentire la riparazione del conseguente pregiudizio, assicurando ai danneggiati una riparazione diretta ed appropriata della violazione dei diritti sanciti dall’art. 3 della Convenzione. [↑](#footnote-ref-3)
4. Per un’ampia rassegna delle tesi interpretative circa la rilevanza dell’ “attualità” del pregiudizio subìto, si rinvia alla recente sintesi di DEGANELLO, *I rimedi risarcitori,* in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti,* a cura di CAPRIOLI E SCOMPARIN, Giappichelli, 2015, 257. [↑](#footnote-ref-4)
5. Mag. Sorv. Vercelli, ord. 24 settembre 2014; Mag. Sorv. Alessandria ord. 26 settembre 2014, entrambe in *www.personaedanno.it.* [↑](#footnote-ref-5)
6. L’espressione è di GIOSTRA, *sub* art. 35-*ter,* *Ordinamento Penitenziario commentato,* a cura di Della Casa-Giostra,*.,*V, CEDAM 2015, p.422. Tale prospettiva, restando ancorata al dato testuale, rispetta l’esigenza di una interpretazione stretta dell’operatività dell’istituto (art.14 prel.) a fronte della natura eccezionale dell’attribuzione di una competenza risarcitoria di natura civilistica ad un giudice penale, coerente con i principi che governano la distribuzione della giurisdizione e della competenza in relazione alla materia risarcitoria e con la natura della *cognitio* attribuita alla magistratura di sorveglianza << … 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. >> (Sez. I, 15 gennaio 2013, n.4772, in *C.E.D. Cass* n.254271). [↑](#footnote-ref-6)
7. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014, Dir.Pen.Cont.* online,13 Ottobre 2014, §12**.** [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. *ex multis* Mag. sorv. Venezia, ord. 12 novembre 2014 in DELLA CASA- GIOSTRA, *cit.*,424 . [↑](#footnote-ref-8)
9. Tale lettura, in quanto portata *in bonam partem,* non soffrirebbe il divieto posto dall’art. 14 prel. Cfr. DELLA BELLA , *op. cit.,* §13. [↑](#footnote-ref-9)
10. GIOSTRA *sub* art. 35-*ter,* cit., p.423. Tali elementi si individuerebbero – secondo tale autorevole opinione - nel già indicato contrasto tra la prima soluzione interpretativa (che individua la competenza del giudice civile in caso di pregiudizio non più “attuale”) e il disposto che limita la detta competenza alla posizione del soggetto non più detenuto (art. 35-*ter*, comma 3). In secondo luogo, il rinvio operato all’art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. non avrebbe inteso recepire i requisiti della “gravità” e “attualità” del pregiudizio (il primo sarebbe, invero, sussistente *in re ipsa* a fronte di una violazione dell’art.3 CEDU mentre il secondo sarebbe contraddetto dal dato letterale, che, ai commi 2 e 3, chiaramente si riferirebbe a un pregiudizio non più attuale al momento della decisione del giudice). [↑](#footnote-ref-10)
11. GIOSTRA *sub* art. 35-*ter,* cit., p.424. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. GIOSTRA, *Un pregiudizio “grave e attuale”? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art.35-ter ord. penit*., in *www.penalecontemporaneo.it*; BRACCIALINI, *Art.35-ter. 3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, *in Quest.Giust. online,* 2 aprile 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. <<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>>> (CEDU, sent. 16 settembre 2014, *Stella ed a. c. Italia*, in *Dir. Pen. Cont. online,* 7 novembre 2014). [↑](#footnote-ref-13)
14. Cfr. Sez. I, 15 gennaio 2013, n.4772, in *C.E.D. Cass* n.254271, cit., e i numerosi seguiti. [↑](#footnote-ref-14)
15. E, si dovrebbe più esattamente dire: “convenzionalmente imposto” dal vincolo, stabilito dal comma 1, art. 35-ter ord. penit., per il giudice italiano di conformare la propria interpretazione dell’art. 3 CEDU a quella della Corte di Strasburgo. [↑](#footnote-ref-15)