

Il Merito

Ordinamento penitenziario

La decisione

Ordinamento penitenziario - Ergastolo - Diritti Fondamentali - Trattamento inumano e degradante - Rimedi risarcitori - Magistrato di sorveglianza - Reclamo - Questione di legittimità costituzionale - Inosservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (CEDU, art. 3; Cost., artt. 3, 24, 27, co. 3, e 117, co. 1; L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 35-ter).

Va sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter ord. penit. nella parte in cui non prevede un rimedio compensativo effettivo nei confronti dei condannati alla pena dell'ergastolo, per violazione degli artt. 3, 24, 27 co. 3, 117 co. 1, Cost. in relazione all'art. 3 CEDU.

MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI PADOVA, 20 marzo 2015 - Marcello Bortolato - C. G., sorvegliato.

Il commento

I rimedi compensativi al vaglio della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. La vicenda. - 2. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata: uno sguardo ai nuovi rimedi compensativi introdotti dall'art. 35-ter ord. penit. e le (evidenti) criticità della disciplina. - 3. Il profilo costituzionalmente rilevante: la questione degli ergastolani. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Con il provvedimento del 20 marzo 2015, il magistrato di sorveglianza di Padova ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter ord. penit. - norma introdotta con l'art. 1 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modifiche dalla l. 11 agosto 2014, n. 117 (recante «Disposizioni urgenti concernenti il risarcimento in favore dei detenuti, la custodia cautelare in carcere e ulteriori interventi in materia penitenziaria») - per contrasto con gli artt. 3, 24, 27, co. 3, 117, co. 1, Cost., «nella parte in cui non prevede, nel caso di condannati alla pena dell'ergastolo che abbiano già scontato una frazione di pena che renda ammissibile la liberazione condizionale, il ristoro economico previsto dal co. 2 dell'art. 35-ter ord. penit. e, in ogni caso, nella parte in cui non prevede un effettivo rimedio compensativo nei confronti del condannato alla pena dell'ergastolo»¹.

¹ Mag. Sorv. Padova, 20 marzo 2015, in www.conams.it, 8.

La vicenda, da cui trae origine il provvedimento, riguarda un soggetto detenuto nella Casa di reclusione di Padova e condannato alla pena dell'ergastolo a seguito della sentenza 1 dicembre 1988 emessa dalla Corte d'Appello di Catania in relazione al reato di omicidio, pena in cui è confluita, nel cumulo oggi in esecuzione, l'ulteriore condanna per il reato di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 di anni 4 e mesi 6.

Nel corso dell'esecuzione penale, sia durante la detenzione nell'istituto carcerario di Padova sia durante il periodo detentivo trascorso nell'istituto in cui era stato originariamente collocato, l'istante lamentava di aver subito un grave pregiudizio a causa delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, essendo stato costretto a vivere – per un numero complessivo di giorni pari a 384 – in uno spazio di soli 2,79 mq., in violazione dunque dei parametri stabiliti dalla Corte EDU².

Decideva, così, di azionare il rimedio compensativo accordato dall'art. 35-ter comma 1 ord. penit., presentando reclamo alla magistratura di sorveglianza.

A seguito di una complessa istruttoria, resa difficile non solo dal fatto che i periodi detentivi si collocavano in uno spazio temporale per lo più remoto sicché la ricostruzione dell'originario *status* degli istituti di pena non risultava di certo agevole (avendo molto probabilmente subito notevoli modifiche da allora), ma anche dalla circostanza che il soggetto era stato ristretto in più di un istituto penitenziario, era stato possibile accertare come il ricorrente avesse, senza dubbio, patito un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 della Carta convenzionale, disponendo di uno spazio "vitale" inferiore ai 3 mq. Ed infatti, nella Casa di reclusione in cui il richiedente si era originariamente trovato a scontare la propria pena, era stato allocato in una cella condivisa prima con 13 e poi con 7 individui, in cui poteva godere, rispettivamente, di soli 2,86 mq. e 2,82 mq.; successivamente, a seguito del trasferimento nella Casa di reclusione di Padova – struttura in cui il soggetto sta tuttora espiando la propria pena – era stato vittima di un analogo trattamento, essendo stata riconosciuta la carenza di una superficie "vitale", pari a 2,85 mq. ed incompatibile, quindi, con i parametri convenzionali in ordine al computo dello spazio riservato a ciascun detenuto nella camera di pernottamento.

Pertanto, alla luce di ciò, rilevando che «com'è noto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il parametro dei 3 mq. debba essere ritenuto il minimo consentito al di sotto del quale si avrebbe violazione "flagrante" dell'art. 3 della

² Lo spazio "vitale" fruibile da ciascun detenuto nei c.d. "locali di pernottamento", non dev'essere inferiore a 3 mq. A tal proposito cfr. L. CESARIS, *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in www.rassegnapenitenziaria.it.

Convenzione e, dunque, per ciò solo, “trattamento disumano e degradante”, indipendentemente dalle altre condizioni di vita detentiva³, il magistrato di sorveglianza veneto ha riconosciuto come «il ricorrente abbia subito un pregiudizio, integrante la fattispecie sottesa al rimedio risarcitorio qui reclamato, per un totale di almeno 404 gg., pari ad una ipotetica riduzione di pena, applicando il criterio proporzionale di cui al comma 1 dell’art. 35-ter o.p., di gg. 40»⁴.

Sennonché, la norma in oggetto non è risultata, in concreto, di così facile applicazione.

L’autorità giudiziaria, infatti, prendendo atto delle eccezioni sollevate dalla difesa del ricorrente, ha, *in primis*, rilevato l’impossibilità di operare una riduzione di pena nei confronti dei detenuti condannati a pena perpetua, non essendo stata introdotta in materia alcuna *fictio iuris* per mano del legislatore, diversamente da quanto avvenuto in altri campi come nel caso della liberazione anticipata ex art. 54 ord. penit.; *in secundis*, ha sottolineato l’impraticabilità, per tali soggetti, di ricorrere ad una riparazione in forma monetaria, tanto ai sensi del co. 2 dell’art. 35-ter ord. penit., qualificandosi quest’ultima semplicemente come un rimedio previsto in relazione al “residuo di pena”, quanto ai sensi del co. 3, visto che la possibilità di accordare una riparazione pecuniaria richiede la necessaria scarcerazione del soggetto per poter essere azionato.

All’interno di questa cornice, in cui l’edilizia del nuovo istituto sembra configurare evidenti criticità e incongruenze applicative a livello giuridico-costituzionale, il magistrato di sorveglianza di Padova ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all’art. 35-ter ord. penit. nella parte in cui non prevede un rimedio compensativo effettivo nei confronti del condannato alla pena dell’ergastolo, per violazione degli artt. 2, 24, 27, co. 3, 117, co. 1, Cost., ordinando l’immediata trasmissione degli atti al Giudice della leggi.

2. Per capire quale sia stata la ricostruzione ad opera del giudice padovano della disciplina dell’art. 35-ter ord. penit. sottoposta al vaglio della Consulta, pare opportuno analizzare, seppur brevemente, la struttura e il funzionamento di tale nuovo istituto.

A pochi mesi di distanza dall’emanazione di quello che è stato il primo provvedimento c.d. “svuota-carceri” (il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito

³ In tali termini si era già espressa Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Cass. pen.* 2009, 4927.

⁴ P. 2 del provvedimento in commento.

dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10), la tappa successiva al percorso di adeguamento ai *dicta* dei giudici Strasburgo⁵ è stata quella di introdurre l'art. 35-ter ord. penit. rubricato «rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati».

Con tale disposizione, come si può percepire dalla sua rubrica, il legislatore ha disegnato *ex novo* la disciplina dei rimedi a carattere risarcitorio, specificamente diretti a riparare il pregiudizio subito da detenuti e internati causato da condizioni inumane e degradanti contrarie all'art. 3 CEDU, dando, così, finalmente un riconoscimento normativo al principio, più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale⁶, della tutelabilità in via giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti nei confronti del sistema penitenziario.

Esattamente, i rimedi delineati dalla nuova normativa, sono due: il primo, che trova la sua disciplina nei co. 1 e 2 dell'art. 35-ter ord. penit. e che è stato predisposto a favore di quei soggetti che stiano subendo un pregiudizio grave e attuale ai propri diritti, a causa delle condizioni contrarie al diritto convenzionale (art. 3 CEDU) in cui si sono trovati a vivere. Questi possono proporre reclamo al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere una riparazione in forma specifica, consistente in una detrazione di pena ancora da espiare equivalente ad un giorno per ogni dieci di pregiudizio subito, sempre che le condizioni inumane e degradanti si siano protratte per un tempo superiore a quindici giorni; nel caso, invece, in cui la lesione si sia protratta per un periodo inferiore, nonché nell'ipotesi in cui la detrazione superi il *quantum* residuo di pena, il magistrato di sorveglianza, qualora ne sussistano i presupposti, dovrà liquidare, per il residuo periodo, un risarcimento per equivalente, nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio accertato.

Per quanto concerne, invece, il secondo rimedio disciplinato nel co. 3 dell'art. 35-ter ord. penit., questo risulta attivabile solo da due categorie di soggetti ovvero da «coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1 in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere». Vi rientrano, dunque, sia tutti coloro che hanno subito una situazione lesiva dei propri diritti durante un periodo di custodia caute-

⁵ I giudici europei, tramite la sentenza Torreggiani e altri c. Italia (Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in www.giustizia.it), avevano messo in evidenza il malessere del nostro apparato carcerario in tutta la sua gravità oltre che sottolineato l'esigenza di predisporre dei rimedi interni a carattere compensativo (insieme a quelli di carattere preventivo) facilmente accessibili a tutti i detenuti.

⁶ Corte cost., n. 26 del 1999, in *Giust. pen.*, 1999, I, c. 161; Id., n. 526 del 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 823; Id., n. 266 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 3766.

lare a cui non è seguita la condanna a pena detentiva, sia coloro che hanno finito di scontare la pena detentiva oppure la stanno scontando fuori dalle mura del carcere (perché per esempio ammessi ad una misura alternativa). Tali soggetti hanno tempo sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della misura cautelare, per adire il giudice civile al fine di ottenere un risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito⁷.

Venendo ai requisiti strettamente procedurali dettati dalla nuova disposizione, la forma dell'istanza è quella del reclamo giurisdizionale se proposta davanti al Tribunale di Sorveglianza, assumendo, invece, la forma del ricorso con instaurazione del rito camerale ex art. 737 c.p.c. se la cognizione spetta al giudice civile, la cui competenza è incardinata presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio l'istante ha la residenza.

In merito alla legittimazione attiva, la rubrica dell'articolo è chiara nell'affermare come questa spetti tanto ai detenuti quanto agli internati sottoposti a misure di sicurezza detentive⁸, includendo implicitamente anche quegli individui nei cui confronti è stata applicata la custodia cautelare in carcere e rimanendo, invece, esclusi dall'operatività del rimedio compensativo, i soggetti sottoposti agli arresti domiciliari.

Per quel che riguarda il contenuto della domanda, devono essere dedotti, a pena di inammissibilità, tutti gli elementi di fatto posti a fondamento della pretesa, non essendo sufficienti generiche indicazioni⁹.

⁷ A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, secondo cui «è bene ricordare che, stando alla nostra lettura, si tratta comunque di un rimedio utilizzabile soltanto per pregiudizi verificatisi successivamente all'entrata in vigore della legge, ossia al 28 giugno 2014».

⁸ A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., che sottolinea come sia irrilevante il fatto che i co. 1 e 2 utilizzino solamente il termine 'detenuto' e non facciano, invece, anche esplicito riferimento al soggetto in esecuzione di una misura di sicurezza detentiva. Un'interpretazione così aderente al dato letterale dev'essere, infatti, respinta, privilegiando, invece, un'interpretazione sistematica: «ci sembra dunque plausibile ritenere che la mancata menzione dell'internato nel comma 1 sia il frutto di una mera dimenticanza e che si possa pacificamente giungere alla conclusione per la quale i nuovi rimedi risarcitori sono diretti a tutti i soggetti che reclamino un danno derivante dall'essere stati detenuti in condizioni contrarie all'art. 3 Cedu, indipendentemente dalla posizione giuridica di imputati, condannati o internati».

⁹ Mag. Sorv. Novara, 22 settembre 2014, citato da P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in www.questionegiustizia.it. Alla luce di tale provvedimento, ne deriva, dunque, che a fondamento dell'istanza non possono essere addotte generiche indicazioni circa lo *status* detentivo del soggetto, occorrendo, invece, la deduzione di specifici dettagli in merito alle condizioni detentive patite al fine di consentire all'autorità giudiziaria di accertare la sussistenza di una violazione in concreto dell'art. 3 CEDU. A parere di chi scrive, tale lettura risulta alquanto opinabile, non potendosi non rilevare come gli elementi istruttori da porre a fondamento delle proprie doglianze e sottoposti allo scrutinio del giudice competente al fine di vedersi riconosciuto un risarcimento per la lesione patita, non siano, certo, di così facile deduzione da parte del soggetto *in vinculis*.

Quanto poi ai mezzi di impugnazione, una lettura analogica dell'art. 35-bis, co. 4, ord. penit. fa propendere per la possibilità di proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza contro l'ordinanza del magistrato di sorveglianza nel termine di 15 giorni (termine che decorre dalla notificazione del deposito o dalla comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa), con conseguente previsione di ricorribilità in Cassazione contro il provvedimento emesso dal Tribunale, per violazione di legge¹⁰.

Nonostante l'incontestabile importanza del nuovo strumento predisposto dal legislatore, molte sono le criticità e i problemi interpretativi del vigente assetto normativo, che sarebbero state, forse, evitabili «con un più accorto e sorvegliato *drafting* legislativo»¹¹.

A quest'ultimo proposito una delle più dibattute e spinose questioni ermeneutiche, riguarda, senz'altro, il concetto «dell'attualità» del pregiudizio subito dal detenuto a causa delle condizioni contrarie all'art. 3 CEDU. A cui è strettamente legata la questione concernente l'individuazione del giudice competente davanti al quale far valere le proprie ragioni.

Secondo una prima impostazione¹², alla luce del preciso richiamo nel testo dell'art. 35-ter, co. 1, ord. penit. al disposto dell'art. 69, co. 6 lett. b), ord. penit. – che richiede, appunto, la necessaria attualità del pregiudizio sofferto dal soggetto – e a fronte della stretta aderenza al dato letterale che utilizza il verbo al presente semplice («dispone»), il requisito «dell'attualità» della condotta generatrice del pregiudizio si porrebbe proprio come presupposto legittimante l'azione risarcitoria, dovendo sussistere tanto al momento della proposizione del reclamo, tanto al momento della decisione sul medesimo. Ne deriverebbe, pertanto, che il rimedio compensativo dello sconto di pena potrà esse-

¹⁰ A tal proposito non si possono che estendere le perplessità rilevate dai primi commentatori dell'art. 35-bis ord. penit. di nuova introduzione. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n. 32/2014*, Torino, 2014, 143, che ha osservato come l'introduzione di questo secondo grado di giudizio faccia emergere il rischio che la complessità del procedimento, e i tempi lunghi che ne conseguono, possano compromettere l'effettività della tutela che il rimedio vuole offrire.

¹¹ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in www.penalecontemporaneo.it; R. BRACCIALINI, *Art. 35-ter. 3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it, che osserva come «la prima sensazione che si prova leggendo il decreto-legge estivo è di profonda inadeguatezza sia dell'impianto processuale, che della risposta di tipo risarcitorio».

¹² A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., secondo cui legittimati all'azione risarcitoria sono solo coloro che «stanno subendo condizioni detentive inumane o degradanti al momento della richiesta di accertamento»; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in www.penalecontemporaneo.it; in tali termini anche il parere espresso dal CSM in data 30 luglio 2014 in ordine al d.l. n. 92 del 2014.

re accordato solo nei casi in cui sia accertata l'attualità della violazione della posizione soggettiva del detenuto.

È chiaro che, stando a tale interpretazione, si realizzerebbe la fuoriuscita dalla sfera applicativa della norma, tanto di quelle ipotesi in cui il soggetto abbia subito trattamenti inumani e degradanti in relazione ad esecuzioni penali pregresse rispetto a quella attuale, tanto di quelle in cui il pregiudizio, pur essendo riferibile alla vicenda esecutiva in corso di esecuzione, non si presenti più attuale (nel senso di non più persistente) al momento della presentazione dell'istanza o della decisione del giudice.

Tali casi, inoltre, non iscrivendosi nel concetto di attualità del pregiudizio, rientrerebbero nell'orbita cognitiva non del magistrato di sorveglianza, ma del giudice civile. Infatti, la cognizione del primo si estenderebbe solo fino al momento in cui perdura il trattamento *contra legem*, venendo conseguentemente meno con il cessare della situazione causativa del pregiudizio risarcibile. Pertanto, solo ove sia accertata l'attualità della condizione del trattamento penitenziario inumano e degradante, sarà accordata l'applicazione del nuovo art. 35-ter, co. 1, ord. penit., con contestuale possibilità di ricorrere al risarcimento in forma specifica, cioè alla riduzione della pena.

Se si tiene presente la logica all'interno della quale prende forma la suddetta tesi, si evince l'identità di cornice giuridica tra il reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-bis e quello previsto dall'art. 35-ter. In altre parole, stando a tale indirizzo esegetico, l'azione risarcitoria non viene concepita come un rimedio dotato di precipua autonomia rappresentando, piuttosto, un ulteriore rimedio da attivare solo contestualmente allo strumento di natura preventiva di cui all'art. 35-bis ord. penit. Corollario di ciò è che la modalità risarcitoria potrebbe operare soltanto nei casi in cui il rimedio preventivo e quello compensativo vengano azionati insieme, altrimenti l'esperimento del primo (eliminazione della situazione contraria all'art. 3 CEDU con ripristino della legalità delle detenzione) inibirebbe il secondo.

Tale impostazione sembra aver trovato un largo consenso nelle decisioni di alcuni giudici di sorveglianza¹³, i quali hanno molto probabilmente seguito la

¹³ Mag. Sorv. Vercelli, 24 settembre 2014, in www.personaedanno.it; Mag. Sorv. Alessandria, 26 settembre 2014, in www.giurisprudenzapenale.com, secondo cui «i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), previsti dall'art. 35-ter ord. penit., vanno azionati innanzi al Magistrato di Sorveglianza in presenza di un pregiudizio attuale al momento della presentazione dell'istanza, mentre vanno esperiti innanzi al tribunale civile in presenza di un pregiudizio in quel momento non più esistente»; Mag. Sorv. Alessandria, 31 ottobre 2014, in www.giurisprudenzapenale.com; Mag. Sorv. Frosinone, 24 novembre 2014, in www.conams.it, secondo cui «è proprio la diversità tra il "detenuto che subisce un pregiudizio attuale" ed il "detenuto che ha subito un pregiudizio non più attuale" ad attribuire ragionevolezza alla disparità di trattamento; in altre parole, in entrambi i casi sussiste una situazione illecita (detenzione inumana e degradante) che intanto

tesi fatta propria dal CSM nel parere espresso sul testo del d.l. n. 92 del 2014. Alla luce di tale ricostruzione, il problema che ne deriva riguarda, senza dubbio, la situazione (forse più ricorrente nella prassi) di coloro che, pur trovandosi ancora detenuti, non lamentino più condizioni contrarie all'art. 3 CEDU, ma ne siano stati vittime in passato. Per tali soggetti, infatti, non sembrerebbe possibile ottenere il risarcimento del danno in forma specifica mediante riduzione proporzionale della pena ancora da espiare, non sussistendo la precondizione dell'attualità del pregiudizio lamentato. E, la scelta del legislatore, in tali casi, sembra, essere stata quella di incardinare la competenza presso il giudice civile, che dovrà farsi carico del ruolo di garante dei diritti dei detenuti, riconoscendo, ove ne sussistano i presupposti, un risarcimento del danno¹⁴.

L'individuazione della competenza presso il Tribunale ordinario, si noti, deriverebbe da una duplice operazione ricostruttiva della disciplina: secondo alcuni, tale competenza nascerebbe da una lettura analogica dell'art. 35-ter, co. 3, ord. penit.; altri seguono la tesi per cui la competenza del giudice civile sorgerebbe con l'esaurirsi di quella della magistratura di sorveglianza.

Tesi entrambe ritenute incongrue da alcuni commentatori¹⁵, sotto diversi profili. Difatti, uno dei presupposti per l'operatività del co. 3 dell'art. 35-ter ord. penit., è la necessaria scarcerazione del soggetto interessato. Questo porterebbe non solo ad una svuotamento di tutela, ma anche alla paradossale conseguenza per cui la possibilità di essere risarcito per un trattamento contrario al senso di umanità rimarrebbe in *stand-by*, cioè congelata fino al termine di espiatione della pena (magari con un fine pena molto lontano). Soluzione questa che suscita più di qualche riserva se si pensa a quei soggetti condannati all'ergastolo, che rischiano di essere privati di un ristoro per i danni subiti in conseguenza della violazione dell'art. 3 CEDU. Situazione ricorrente, peraltro, proprio nell'ordinanza in questione, dove il soggetto *in vinculis* condan-

va risarcita diversamente (riduzione pena ovvero rimedio economico) in quanto diverse sono le fattispecie fonti di risarcimento, nell'un caso la posizione del detenuto in pregiudizio attuale e nell'altro la posizione del detenuto (in carcere o domiciliare) in pregiudizio non più attuale»; Mag. Sorv. Trieste, 2 dicembre 2014, *inedita*; Mag. Sorv. Catania, 11 marzo 2015, *inedita*. Cfr. anche Ufficio di Sorv. per le circoscrizioni dei Tribunali di Genova, Savona e Imperia, 10 ottobre 2014, in www.conams.it, che pur rigettando l'interpretazione data nel parere del CSM, la giudica «non priva di fondamento letterale e fondata su una strutturata – e, in linea generale e teorica, condivisibile – visione delle funzioni e delle competenze del magistrato di sorveglianza».

¹⁴ In senso conforme anche la sentenza Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, Vizzari, in www.penalecontemporaneo.it, 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*.

¹⁵ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"? cit.*; E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, in www.penalecontemporaneo.it.

nato ad “un fine-pena mai”, risulterebbe *tout-court* escluso dall’applicabilità di tale disposizione. E ciò dimostra, senz’altro, come la scelta del legislatore risulti alquanto opinabile, comprimendo fortemente e irragionevolmente la portata del nuovo meccanismo compensativo nei confronti di determinate categorie di soggetti che risulterebbero così discriminate alla radice.

Più lineare e plausibile l’altro approccio, che anticipa la competenza del giudice civile ad un momento precedente l’uscita dal carcere, pur non del tutto privo di problemi applicativi. Ci si chiede, invero, quali debbano essere le modalità e i limiti dell’operare del giudice civile in tali situazioni o meglio se quest’ultimo debba intervenire seguendo le regole ordinarie ovvero rispettando le regole dettate dal comma 3 dell’art. 35-ter ord. penit.

Chiaro è che, indipendentemente dalla tesi che si voglia privilegiare, la soluzione interpretativa prospettata da tale orientamento porrebbe dei forti dubbi di legittimità costituzionale non manifestamente infondati, comportando una violazione dell’art. 3 Cost., in quanto, a fronte della perfetta identità di situazioni maturate, l’ordinamento prevedrebbe modalità risarcitorie differenti, determinando un’irragionevole disparità di trattamento e andando a ridimensionare il rimedio “principe”, qual è quello di riduzione del *quantum* di pena¹⁶.

Un’interpretazione maggiormente appagante, sembrerebbe essere quella seguita da un altro orientamento¹⁷, che ha avuto il merito di andare oltre il sem-

¹⁶ F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’art. 3 CEDU*, cit.

¹⁷ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio “grave e attuale”?* cit.; E. SANTORO, *Contra CSM*, cit.; P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit. In giurisprudenza cfr. Mag. Sorv. Bologna, 26 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di G. MALAVASI, *Nota di commento alle ordinanze dell’ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all’art. 35-ter o. p.*, secondo cui, «trattandosi di diritti di rilevante importanza – ossia di non subire trattamenti disumani – appare evidente come si debba interpretare la normativa nel senso in cui la stessa possa maggiormente tutelare il detenuto per la grave violazione patita»; Mag. Sorv. Spoleto, 14 ottobre 2014, in www.conams.it; Mag. Sorv. Bologna, 5 novembre 2014, in www.conams.it; Mag. Sorv. Venezia, 12 novembre 2014, in www.conams.it, che osserva come «diversamente opinando, la categoria di coloro che hanno subito un danno da carcerazione inumana e degradante, che non sia più attuale (si tralascia la disamina della gravità del danno, sembrando, a chi scrive, che anche un sol giorno in detrazione inumana e degradante costituisce, ex se, danno grave alla persona), né all’atto della decisione della Magistratura di Sorveglianza, né all’atto stesso della presentazione del ricorso, ma sia comunque iscritto nella vicenda esecutiva ancora in essere, rimane del tutto priva di tutela giurisdizionale (almeno di quella specifica tutela di cui all’art. 35-ter o.p.), posto che, essendo i soggetti di cui si è detto ancora detenuti, non potrebbero neanche adire il Tribunale del capoluogo del distretto in cui hanno residenza, per ottenere il ristoro in termini monetari, ai sensi del disposto del terzo comma dell’art. 35-ter o.p. (a meno di non voler pensare ad una forma di tutela giurisdizionale differita all’atto della scarcerazione). Soluzione, questa, che appare in aperto conflitto con il principio di uguaglianza, formale e sostanziale, di cui all’art. 3 Cost.». Cfr. anche Mag. Sorv. Verona, 12 novembre 2014, in www.conams.it; Mag. Sorv. Padova, 13 novembre 2014, in www.conams.it; Mag. Sorv. Sassari, 18 novembre 2014, in www.conams.it, secondo cui «in sostanza, la tesi dell’attualità del pregiudizio finirebbe per frustrare quelle esigenze di “efficienza” del

plice dato normativo, cercando una lettura più aderente alla Carta costituzionale e alla giurisprudenza di Strasburgo.

Secondo quest'ultima, l'attualità sussisterebbe fino a quando il detenuto, nei cui confronti si sia posta in essere una grave violazione riconducibile all'art. 3 CEDU, si trovi ristretto in carcere e quindi in costanza di espiazione di pena attuale: dunque "non attualità del pregiudizio lamentato", ma "attualità del pregiudizio subito in costanza di espiazione di pena attuale", a prescindere dal fatto che tale violazione sia ancora in atto. Ed è proprio la lettera della disposizione stessa ad affermarlo, quando al co.1 dell'art. 35-ter ord. penit. fa riferimento al detenuto che «ha subito il pregiudizio» per un certo periodo tempo, evidentemente pregresso, e non al detenuto "che sta subendo il pregiudizio".

In altre parole, il presupposto dell'attualità non dovrebbe avere come termine di riferimento né l'istanza dell'interessato, né la decisione del magistrato di sorveglianza: il rimedio risarcitorio ha semplicemente ad oggetto una grave lesione dei diritti patita nel corso della detenzione, lesione che solo eventualmente tutt'ora il detenuto stia ancora patendo. Non si può negare, infatti, che «la previsione dell'istituto di cui all'art. 35-ter ord. penit. perderebbe di efficacia se dovesse ancorare la sua applicazione all'attualità del pregiudizio del detenuto al momento della decisione da parte del magistrato di sorveglianza, posto che nelle more della fissazione dell'udienza potrebbero verificarsi modifiche dello stato di detenzione non prevedibili da parte del ricorrente al momento della presentazione della domanda e financo si escluderebbe la possibilità del detenuto di beneficiare di una compensazione in forma specifica del danno subito»¹⁸.

Inoltre, alla luce di tale orientamento, si dovrebbe escludere l'assunto per cui l'attualità del pregiudizio fungerebbe da criterio distributivo della competenza del giudice. Questo significa che il risarcimento derivante da un trattamento inumano e degradante dev'essere accordato dal magistrato di sorveglianza, la cui giurisdizione dev'essere necessariamente svincolata dall'attualità del pregiudizio e legata, piuttosto, allo *status* detentivo del richiedente. Occorre, dunque, riconoscere una cognizione della magistratura di sorveglianza ad esaminare tutti i reclami aventi ad oggetto le condizioni detentive poste in violazione dell'art. 3 CEDU.

Ragionando *a contrario*, non solo si determinerebbe una diversa individua-

rimedio che hanno indotto il legislatore a intervenire: il detenuto, infatti, si troverebbe nell'alternativa di porporre l'attivazione alla fine della detenzione o, diversamente, di agire con gli strumenti del rito ordinario civile, non facilmente accessibili, non celeri e già ritenuti inadeguati dalla Corte europea».

¹⁸ Così P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit.

zione del giudice competente, originando forti disparità di trattamento, ma si altererebbe anche la *ratio* stessa della norma risarcitoria. *In primis* si avrebbe una concreta ineffettività del rimedio risarcitorio, vanificando la volontà dello stesso legislatore, che sembra essere stata proprio quella di privilegiare il risarcimento in forma specifica, prevedendo una riduzione della pena quale forma principale di ristoro¹⁹. Ne deriverebbero, poi, effetti negativi tanto per il soggetto ristretto, quanto per lo Stato. Il detenuto, infatti, si vedrebbe preclusa la possibilità di ottenere uno sconto di pena in funzione risarcitoria, avendo come unica scelta (peraltro più dispendiosa) quella di promuovere un'azione davanti al giudice civile; dal canto suo, lo Stato si troverebbe ad erogare una somma di denaro che avrebbe potuto risparmiare grazie ad un'uscita anticipata del detenuto dal circuito penitenziario con il conseguente venir meno delle spese relative al suo mantenimento²⁰.

Ulteriore conseguenza di tale soluzione esegetica è quella di svincolare l'azione ex art. 35-ter ord. penit. dal rimedio ex art. 35-bis ord. penit., proponendosi la prima come autonoma e indipendente rispetto al reclamo volto a far cessare la violazione dei diritti. È indubbio che il rimedio compensativo possa essere richiesto contestualmente alla proposizione del reclamo ex art. 35-bis ord. penit., ma è anche vero che la mancata attivazione di quest'ultimo non è *conditio sine qua non*, nel senso che non precluderebbe la possibilità di esperire lo strumento risarcitorio.

Detto ciò, la linea interpretativa da ultimo prospettata appare sicuramente più idonea ad escludere quei profili di incostituzionalità ex art. 3 Cost., consentendo ai detenuti vittime di un pregiudizio non più attuale di accedere al nuovo meccanismo compensativo da azionare davanti alla magistratura di sorveglianza, chiamata a verificare la lesione del diritto del detenuto a condizioni restrittive non inumane e degradanti anche se non più sussistente, e finalizzato ad ottenere una decurtazione della pena. Si rimediarebbe, così, alla situazione di coloro che hanno subito un pregiudizio per le condizioni detentive patite, ma le cui sofferenze siano cessate. Situazione che rimarrebbe, altrimenti, del tutto priva di tutela giurisdizionale.

Militano, inoltre, a favore di questa lettura anche i *dicta* contenuti nelle decisioni della Corte EDU²¹, che invitano l'Italia ad introdurre la riduzione di pe-

¹⁹ A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit.; E. SANTORO, *Contra CSM*, cit.; Mag. Sorv. Sassari, 18 novembre 2014, cit., secondo cui «diversamente opinando, infatti, si porrebbe a delineare un quadro di tutele meramente formali, incoerenti e non conformi alla *ratio* dell'istituto: il risarcimento nelle forme della riduzione della pena verrebbe inevitabilmente "declassificato" da ristoro principale e primario a tutela di rango residuale».

²⁰ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit.

²¹ Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.; Id., Sez. II, 16 settembre 2014,

na come principale ristoro ad una detenzione degradante, assolutamente da privilegiare rispetto al rimedio di natura patrimoniale.

La questione circa il requisito dell'attualità del pregiudizio subito dal soggetto, è stata quella che ha maggiormente assorbito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Tuttavia, altri sono i dubbi trascinati dalla novella riformista.

Molte questioni interpretative riguardano profili prettamente civilistici²² quali: il "contenuto" del fatto illecito che dovrebbe dar luogo a responsabilità dello Stato; la tipizzazione di quelle situazioni idonee ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, e legittimanti il rimedio risarcitorio²³; la natura della responsabilità civile come extracontrattuale ex art. 2043 c.c. (da cui conseguirebbe l'ulteriore questione circa la qualificazione del danno come patrimoniale o non patrimoniale, mutando notevolmente la misura del risarcimento) o come responsabilità da "contatto sociale" con conseguente applicazione dell'art. 1218 c.c.²⁴, da cui deriverebbero importanti differenze in materia di prescrizione e onere della prova.

Ulteriori perplessità riguardano la previsione di una riduzione di pena pari soltanto ad un giorno per ogni dieci sofferti in condizione disumane: l'entità del ristoro non appare certo così proporzionata, soprattutto se rapportata allo sconto di pena derivante da altri benefici penitenziari come la liberazione anticipata ordinaria o, ancora di più, la liberazione anticipata speciale, introdotta con uno dei decreti svuota-carceri²⁵. Parimenti contestabile è l'esiguità del *quantum* risarcitorio da liquidarsi, che non tiene in considerazione altri fattori idonei ad incidere sull'entità del pregiudizio subito e che non consente, dun-

Stella e altri c. Italia, in *Cass. pen.*, 2015, 305; Id., 16 settembre 2014, Rexhepi e altri c. Italia, in www.hudoc.echr.coe.int

²² Sui controversi aspetti civilistici della nuova disciplina cfr. R. BRACCIALINI, *Art. 35-ter. 3 Ordinamento Penitenziario*, cit.

²³ S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in www.federalismi.it, sottolinea come, per la prima volta, sembra che nel nostro ordinamento sia stato introdotto il principio per cui il giudice è vincolato da un precedente giudiziario. La scelta è stata, dunque, quella di non prevedere una tipizzazione specifica dei diritti suscettibili di tutela giurisdizionale, ma di riempirne il contenuto lasciando aperto il catalogo delle posizioni soggettive tutelabili. Cfr. R. BRACCIALINI, *Art. 35-ter*, in *Ordinamento Penitenziario*, cit., che propone un "catalogo" delle posizioni tutelabili: «dal nostro angolo visuale di giudici civili, per la corretta conduzione del processo è indispensabile distinguere con precisione le domande in cui si lamenta la flagranza della violazione CEDU in riferimento alla messa a disposizione di spazi detentivi inferiori ai 3 metri quadri; quelle, in cui la disponibilità di spazio superiore è assicurata, ma si deducono altri aspetti negativi della carcerazione incidenti sull'*umanità* della pena; quelle in cui si rappresenta l'inadeguatezza delle cure mediche ricevute in carcere; e quelle, infine, in cui tali fattispecie sono tra loro variamente miscelate». Cfr. C. MASIERI, *La natura dei rimedi risarcitori di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁴ P. GORI, *Art. 3 CEDU*, cit.

²⁵ Così, A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit.

que, alcuna discrezionalità sul punto da parte del magistrato di sorveglianza nell'ottica di una "personalizzazione" del risarcimento. Anche perché bisogna tenere a mente che il procedimento *ex art. 737 c.p.c.* davanti al giudice civile ha un costo, e ciò potrebbe indurre il detenuto a desistere dal chiedere una riparazione del pregiudizio subito, a fronte della modesta entità del risarcimento che potrebbe esserne ricavato.

Con uno sguardo d'insieme, si può ragionevolmente affermare come la disciplina dettata dall'art. 35-ter ord. penit., frutto di «una volontà legislativa mal espressa»²⁶, ben potrebbe esporsi a più di un qualche dubbio di legittimità costituzionale. *Alias* quello sollevato dal magistrato di sorveglianza di Padova si presenta solo come uno dei tanti.

3. Come si è accennato, la peculiare situazione dei soggetti condannati al c.d. "fine pena mai", fa sorgere, senza dubbio, plurime questioni, tutte volte a dubitare della compatibilità della disciplina in esame con l'apparato costituzionale.

In punto di rilevanza e di ammissibilità, bisogna precisare come il magistrato di sorveglianza, nell'ordinanza di remissione abbia, dapprima, cercato di interpretare in maniera conforme a Costituzione l'art. 35-ter ord. penit., prima di sottoporlo al vaglio della Consulta, allo scopo di valutare, preventivamente, l'esistenza di una lettura della disposizione denunciata in armonia con i principi costituzionali²⁷. Tuttavia, dopo aver adeguatamente esplorato le soluzioni ermeneutiche alternative a quella prescelta, l'autorità rimettente è giunta ad una risposta negativa, dimostrando come non sia possibile rinvenire un'interpretazione conforme alla Carta costituzionale.

In primo luogo, l'impossibilità di operare una riduzione di pena nei confronti di tali individui, attuabile solo nel caso in cui fosse noto il *dies ad quem* - da individuarsi tramite una *fiction iuris* delineata espressamente per mano del legislatore - esporrebbe la disciplina dettata dalla nuova disposizione penitenziaria a possibili censure di illegittimità della norma. Come precisato dal magistrato di sorveglianza, nell'ordinanza di remissione infatti, «nei confronti degli ergastolani sarebbe possibile ridurre la sanzione solo tramite una *fiction iuris* che consenta di diminuire proporzionalmente i limiti previsti dalla legge per l'accesso ai benefici penitenziari. Tuttavia, una simile operazione non è

²⁶ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit.

²⁷ Ed infatti, a p. 3 del provvedimento in commento si sottolinea come «il giudice remittente non può peraltro sottrarsi dal percorrere la strada dell'interpretazione conforme a Costituzione prima di rimettere la questione alla Corte poiché ciò costituirebbe una rinuncia alla propria indeclinabile funzione ermeneutica».

possibile in assenza di un'espressa previsione normativa. L'ergastolo, in quanto pena detentiva perpetua, così come non è condonabile "in parte", ma soltanto (per volontà del legislatore) convertibile in pena di altra specie, non è altrimenti "riducibile" se non per espressa volontà del legislatore e con meccanismi da esso voluti²⁸.

In altre parole, il provvedimento in oggetto, ponendo come paradigma la struttura testuale dell'art. 54, co. 4, ord. penit. – che consente anche agli ergastolani di considerare come pena "scontata" i giorni detratti a titolo di liberazione anticipata «agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semi-libertà e della liberazione condizionale»²⁹ – sottolinea la mancanza di un'analoga espressione nel testo dell'art. 35-ter ord. penit., impedendo, quindi, una riduzione della pena.

Peraltro, il magistrato di sorveglianza richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 274 del 1983³⁰ con cui si era affrontata la questione di costituzionalità dell'art. 54 ord. penit. e nella quale si era valorizzata la finalità della suddetta finzione disegnata dalla disposizione, individuata nell'esigenza di rendere attuabile il recupero sociale anche dell'ergastolano grazie ad un anticipato accesso ai benefici premiali. Ebbene, mentre alla luce di tale sentenza si tiene ferma la necessità di un finalismo rieducativo, nel provvedimento in commento si precisa come «analoga *ratio* non si rinviene nel rimedio compensativo (avente finalità precipuamente riparatorie)»³¹.

Ne deriva pertanto che, risultando tale norma insuscettibile di applicazione analogica e non operando la *fiction iuris* nel caso di specie, dal momento che questa avrebbe dovuto essere inserita *expressis verbis* dal legislatore, il rimedio riparatorio in forma specifica della detrazione di pena si rivelerebbe del tutto inefficace.

Dunque, sotto tale profilo, emerge, senza dubbio, un contrasto tra ordinamento penitenziario e Carta costituzionale, difficilmente superabile in via interpretativa.

In secondo luogo, anche l'impossibilità di dar corso al rimedio pecuniario

²⁸ P. 4 del provvedimento in commento.

²⁹ Così recita l'art. 54, co. 4, ord. penit. Cfr. anche A. FUSI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013, 421, secondo cui «la quantità di pena che viene detratta per effetto della liberazione anticipata viene equiparata in tutto e per tutto a pena espiata; da ciò consegue che detta detrazione può essere computata ai fini del calcolo per l'accesso a tutte le misure alternative, compresa la liberazione condizionale e i permessi premio».

³⁰ Corte cost., n. 274 del 1983, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1984, 799 e ss., con nota di E. FASSONE, *Riduzioni di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della "pena costituzionale"*.

³¹ P. 5 del provvedimento in commento.

previsto dai co. 2 e 3 dell'art. 35-ter ord. penit. quale strada da percorrere in via residuale nei confronti degli ergastolani, diviene oggetto di scrutinio costituzionale.

Ed infatti, stando all'interpretazione di tali commi, la possibilità di ottenere un risarcimento monetario sarebbe azionabile o solamente da quei soggetti che oramai hanno recuperato lo *status* di liberi (ex art. 35-ter, co. 3, ord. penit.) oppure in quei casi in cui il periodo di pena da scontare non sia sufficientemente lungo da consentire la decurtazione del numero dei giorni che dovrebbero sottrarsi a titolo di riparazione del danno patito, risultando il primo incapiente (ex art. 35-ter, co. 2, ord. penit.). Poiché il «rimedio pecuniario non è approdo consentito al magistrato di sorveglianza 'per l'intero' ma solo per la parte 'residua' non coperta da una pena che, per limiti oggettivi, si riveli 'incapiente'», il giudice rileva come «non sembra consentito dunque estendere il potere del magistrato di sorveglianza di liquidazione del danno – potere che appare già eccezionale e straordinario nell'ambito del procedimento di sorveglianza ex artt. 666 e 678 c.p.p. – in via analogica ad ipotesi non previste»³².

Seguendo tale impostazione argomentativa, è chiaro che la manovra legislativa operata con l'introduzione dell'art. 35-ter ord. penit. abbia implicitamente precluso ai soggetti condannati all'ergastolo l'accesso al rimedio compensativo in esame, mettendo la chiave di ingresso del nuovo meccanismo riparatore solo nelle mani dei detenuti temporanei. Quindi, se la disposizione penitenziaria sembra apparentemente enunciare una disciplina generale applicabile indiscriminatamente a tutti i detenuti, in realtà disegna una disciplina dell'istituto "circostritta", in quanto gli ergastolani verrebbero esclusi dallo strumento riparatorio a carattere compensativo.

Le considerazioni che precedono giustificano, così, il giudizio di rilevanza della questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

In particolare, tra i molteplici profili di incostituzionalità della norma, censurati analiticamente dall'ordinanza del 20 marzo 2015, emerge, *in primis*, la violazione dell'art. 3 Cost. «in quanto esclude gli ergastolani dal trattamento risarcitorio senza alcuna ragionevole giustificazione»³³. Ed infatti, estromettere dalla platea dei beneficiari del rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit. tali condannati comporterebbe una palese lesione dell'art. 3 Cost., poiché comporterebbe un'irragionevole discriminazione tra soggetti riconducibili ad un'identica categoria, ossia «una palese differenza di tutela dei diritti fra detenuti temporanei e perpetui posto che soltanto i primi possono beneficia-

³² P. 5-6 del provvedimento in commento.

³³ P. 6 del provvedimento in commento.

re dell'ambito riduzione della sanzione penale e, in forma solo parziale, del ristoro patrimoniale, mentre i secondi, pur di fronte a detenzioni lesive della dignità umana, esaurirebbero le pretese di giustizia nei generali strumenti di tutela risarcitoria in sede ordinaria civile, la cui ineffettività è da tempo condannata dalla Corte Europea (come emerge nella nota sentenza *Torreggiani*) ovvero, in ultima analisi, nella mera possibilità di azionare lo speciale rimedio ex art. 35-ter ord. penit. avanti al giudice civile ma nell'ipotesi, del tutto eventuale, di rimessione in libertà (opererebbe infatti in tal caso anche nei loro confronti, ormai soggetti liberi, il rimedio previsto dal comma 3)³⁴.

Pare, inoltre, possibile dubitare della conformità della disposizione rispetto all'art. 24 Cost., concretandosi lo strumento giudiziale di cui all'art. 35-ter ord. penit. inadeguato sotto il profilo dell'effettività della tutela garantita, contrariamente a quanto era stato richiesto al nostro Paese dalla Corte EDU. Circostanza questa che, a sua volta, innesca una palese violazione del dovere di rispettare gli obblighi internazionali discendente dall'art. 117 comma 1 Cost. nella parte in cui recepisce l'art. 3 CEDU, essendo il legislatore rimasto sordo ai *dicta* di Strasburgo: «l'art. 35-ter ord. penit., escludendo qualsiasi meccanismo ristorativo e/o risarcitorio per il condannato all'ergastolo, elude il giudicato della sentenza *Torreggiani*, violando così - direttamente - l'art. 3 CEDU e - indirettamente - l'obbligo costituzionale gravante sul legislatore nazionale di rispettare il relativo vincolo internazionale pattizio»³⁵.

La ricostruzione prospettata comporta, infine, un'inevitabile collisione con l'art. 27, co. 3, Cost., vanificando la finalità risocializzante perseguita dalla pena: il dettato della novella si presenta, invero, come incurante dei processi risocializzativi in atto, provocando una palese frustrazione del precetto costituzionale. E così, l'autorità giudiziaria, nel corroborare la propria decisione, ha sottolineato «la necessità di non comprimere in modo irragionevole il percorso rieducativo dei condannati all'ergastolo impedendo loro la progressiva umanizzazione della pena, con ciò rendendo più concreta e funzionale l'azione intesa alla loro rieducazione»³⁶.

Si deve ricordare che «tutti i soggetti che entrano nella dinamica della sanzione penale partecipano di questo medesimo vincolo teleologico»³⁷, compresi dunque anche gli ergastolani. E questo perché per la Repubblica italiana nessuna persona è mai persa per sempre³⁸.

³⁴ P. 6 del provvedimento in commento.

³⁵ P. 6 del provvedimento in commento.

³⁶ P. 7 del provvedimento in commento.

³⁷ A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in www.ristretti.it.

³⁸ Espressione (parafrasata) usata da E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Milano, 2006, 90.

Ciò detto, nell'ottica di «ristabilire una condizione di legalità dell'esecuzione della pena nel caso concreto»³⁹, il giudice richiede alla Consulta una manipolazione normativa con effetto chiaramente additivo⁴⁰, ponendo come contenuto dell'addizione normativa, da un lato «una riduzione di pena a titolo risarcitorio agli effetti del computo della misura di pena scontata per accedere ai benefici penitenziari dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale», dall'altro «l'estensione del ristoro economico, previsto dal comma 2 della disposizione impugnata, al caso dell'ergastolano che abbia già scontato una frazione di pena che renda ammissibile la concessione della liberazione condizionale»⁴¹.

A ben vedere, dunque, quello che si domanda alla Corte è un adeguamento della normativa penitenziaria in senso costituzionalmente conforme, sollecitando un primo intervento legislativo nel senso di estendere il meccanismo di cui all'art. 54, co. 4, ord. penit. alla materia in oggetto e chiedendo, poi, un'ulteriore integrazione dell'art. 35-ter, co. 2, ord. penit. al fine di rendere operativo il meccanismo riparatore meramente pecuniario anche nei confronti dei condannati a pena perpetua.

La necessaria correzione della disciplina di cui all'art. 35-ter ord. penit., che impedisce ad oggi l'applicazione di determinati rimedi riparatori in presenza di una violazione dell'art. 3 CEDU ad una precisa categoria di soggetti, potrà avere l'effetto di razionalizzare il sistema normativo, aprendo la strada ad una piena ed effettiva tutela dei diritti di tutti i detenuti, temporanei e perpetui, nient'affatto scontata.

4. L'attuale questione di legittimità è stata sollevata con l'intento di restituire giuridicità ad una norma forgiata da breve tempo ma già molto discussa, qual è quella dell'art. 35-ter ord. penit.: il dettato normativo emerge in tutta la sua irrazionalità facendo risuonare un forte campanello d'allarme sulle neo-adottate scelte di politica criminale.

Certo, in prima battuta, non si può negare che l'attuale quadro penitenziario risulti, ad oggi, profondamente mutato grazie all'inserimento, prima, del nuo-

³⁹ P. 7 del provvedimento in commento.

⁴⁰ Sul contenuto e sulle finalità di tali pronunce cfr. *ex multis* G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1992, 61 e ss.; F. MODUGNO - CARNEVALE, *Sentenze additive "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giur. cost.* 1990, 519 e ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, 302; F. FELICETTI, *In tema di sentenze "additive" e d'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.* 1984, 2111 e ss.

⁴¹ P. 7 del provvedimento in commento.

vo istituto del reclamo giurisdizionale disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit.⁴² – che rispecchia l'inizio di un processo di consolidamento degli strumenti di tutela giurisdizionale a favore del detenuto il quale, non infrequentemente, si vede “calpestare” i suoi diritti fondamentali – e dell'art. 35-*ter* ord. penit., poi, norma che «rappresenta oggi un importante snodo per infondere nei detenuti la fiducia che finalmente anche per loro “esiste un giudice a Berlino”»⁴³.

Tuttavia, come sottolineato da alcuni⁴⁴ «la verità è che anche la discrezionalità legislativa deve rispondere all'imperativo della ragionevolezza». E così le lampanti incongruenze della disciplina hanno fatto approdare ad un giudizio di incostituzionalità del testo normativo, nell'ottica di andare ad eliminare dal sistema dell'esecuzione penale scelte legislative incompatibili con la Carta fondamentale.

Con la decisione in esame, la magistratura di sorveglianza conferma l'estrema sensibilità in ordine alla tutela dei diritti di una particolare categoria di condannati, quella degli ergastolani. «Alla radice di tutto si ritrova il nodo irrisolto di una pena, l'ergastolo, che crea sempre e comunque problemi in ragione della sua natura perpetua: un fine pena che non smette mai di finire»⁴⁵.

L'ergastolo, ad oggi, rappresenta la sanzione massima tra le pene detentive, frequentemente irrogata, tutt'altro che episodica o virtuale⁴⁶. E la rigidità dei meccanismi di accesso ai rimedi compensativi dimostra il muro che il legislatore sembra non infrequentemente voler innalzare per i condannati a pena detentiva a tempo indeterminato, «punizione che cela una valenza ferocemente retributiva»⁴⁷.

⁴² Cfr. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in questa *Rivista* online, che osserva come ora, grazie alla novella legislativa, il magistrato di sorveglianza gode di un'azione di tutela dei diritti degli internati «tendenzialmente piena», configurandosi non più solo quale «titolare della giurisdizione rieducativa volta a dare concreta attuazione al principio finalistico dell'art. 27 Cost.» ma anche come garante del rispetto dei diritti dei medesimi «con ciò superando, una volta per tutte, l'autoreferenzialità dell'istituzione carceraria».

⁴³ E. SANTORO, *Contra CSM*, cit. Sulla presunta incostituzionalità della pena dell'ergastolo, v. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.penalecontemporaneo.it. In materia di abolizione della pena dell'ergastolo, cfr. R. BREDI, *La proposta di abolire l'ergastolo*, in *Dir. pen. e proc.* 1998, 1552 e ss.; in senso favorevole v., in particolare, L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2013, 1307 e ss. In senso contrario A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2012, 85 e ss.

⁴⁴ A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in www.ristretti.it.

⁴⁵ A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in materia di ergastolo*, in www.ristretti.it.

⁴⁶ Osservazione fatta da A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero; perché l'ergastolo è incostituzionale*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, cit., 114 e ss.

⁴⁷ A. LONGO, *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sen-*

L'impossibilità di accedere ai rimedi risarcitori garantiti dall'art. 35-ter ord. penit. fa affiorare, dunque, una severità punitiva che mal si concilia con le esigenze rieducative della pena dettate dalla Costituzione nell'art. 27 comma 3 Cost., con cui comunque «l'ergastolo deve fare i conti»⁴⁸. Nondimeno, la pena perpetua nei termini in cui è disciplinata (o meglio, non disciplinata) dalla nuova disposizione penitenziaria collide con il principio dell'uguaglianza o dell'uguale protezione dei diritti, espresso dall'art. 3 Cost., mettendo a nudo gli ingiusti irrigidimenti della legislazione penitenziaria in un'ottica, molto probabilmente, securitaria.

Ma norme ingiuste danno risposte insoddisfacenti e si pongono in contrasto con quei «principi costituzionali e sovranazionali, che esprimono un dover essere per le democrazie realmente esistenti e per il diritto che in esse viene prodotto»⁴⁹.

La logica conclusione di questo ragionamento è che un tale congegno normativo, appare, a ben guardare, anche controproducente, scontrandosi con la stessa finalità dei provvedimenti svuota-carceri, che è appunto quella di alleggerire la congestione che inficia gli istituti penitenziari italiani. L'interpolazione normativa richiesta dall'ordinanza in commento consentirebbe, invece, l'applicazione delle riduzioni di pena a titolo risarcitorio anche nei confronti degli ergastolani. Riduzioni che avrebbero l'ulteriore effetto di accelerare il raggiungimento dei limiti di espiazione per l'ammissione ad altri benefici penitenziari oltre che alla concessione di misure alternative. Considerazione, questa, «in linea con quella concezione "dinamica" dell'ergastolo che, con opportuni correttivi, finisce con l'incidere sulla natura stessa della pena»⁵⁰.

La pronuncia in esame, dunque, si muove nella direzione di salvaguardare sempre e comunque la dignità e i diritti fondamentali tanto del detenuto temporaneo quanto dell'ergastolano: la garanzia dei diritti umani non è un qualcosa che si deve meritare e deve comunque prescindere dal *quantum* di pena irrogato.

Alla luce di quanto esposto, poi, non si può non rilevare come la mancanza di una specifica disciplina nei confronti degli ergastolani da parte dell'art. 35-ter ord. penit. sia solo una delle molte scelte fatte dal legislatore nella scrittura

tenza n. 161/97, in *Giur. it.*, 1999, 121 e ss.

⁴⁸ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, cit., 122. Cfr. N.E. LA ROCCA, *Oltre la soglia del carcere, quale tutela per le situazioni soggettive dei detenuti?*, in questa *Rivista* online.

⁴⁹ D. PULITANO, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, in *Atti del I Convegno dell'Associazione Italiana dei Professionisti di Diritto Penale "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative"*, Firenze 16-17 novembre 2012, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1364.

⁵⁰ P. 7 del provvedimento in commento.

dell'articolo in esame che risulta alquanto opinabile, comprimendo fortemente i principi sanciti a livello costituzionale.

Orbene, a parere di chi scrive, nel tentativo di “salvare” tale norma dalle ulteriori censure di violazione dei principi costituzionali, la sollevata questione di illegittimità potrebbe, senza dubbio, offrire lo spunto anche ad un'altra Corte, la Corte di cassazione, per pronunciarsi anche su altri aspetti della disciplina in esame, aspetti che, come si è visto, hanno creato nette contrapposizioni dottrinali e giurisprudenziali. E questo al fine di andare a privilegiare, in virtù della sua funzione nomofilattica, una lettura che garantisca al meglio l'efficacia del nuovo strumento risarcitorio, inviando così un segnale ai tribunali di sorveglianza affinché si attengano alle indicazioni offerte: quella che concepisce “l'attualità” non tanto come “attualità del pregiudizio lamentato”, quanto come “attualità del pregiudizio subito in costanza di espiatione della pena”; quella che affida alla magistratura di sorveglianza la competenza ad esaminare tutti i reclami aventi ad oggetto una grave violazione riconducibile all'art. 3 CEDU nei confronti di quei detenuti che si trovino ristretti in carcere, a prescindere quindi dal fatto che questi ultimi versino o meno in una situazione di attuale lesione dei diritti. Tanto più se si pensa al forte ed evidente divario tra le interpretazioni fornite dai diversi uffici di sorveglianza: le opposte strade seguite dalla magistratura sfocerebbero in differenti risposte in merito alla concessione dello strumento risarcitorio nei confronti dei detenuti richiedenti, negando ad alcuni l'accesso alla tutela riparatoria e concedendola, invece, ad altri, a parità di condizioni maturate⁵¹.

Dunque, le “distorsioni” create dall'istituto delineato *ex novo* non dovrebbero rimanere un mero oggetto di dibattito tra studiosi e magistrati, bensì dar luogo, grazie ad una futura e auspicata pronuncia della Consulta, ad una parziale riscrittura della disciplina da parte del legislatore⁵² al fine di eliminare disparità di trattamento ingiustificate. Oltre che dar luogo ad un intervento decisivo della Suprema Corte, nell'ottica di dettare i canoni ermeneutici da seguire nell'applicazione concreta dei nuovi rimedi, in modo da garantire l'effettività degli stessi e raggiungere così il risultato richiesto dai giudici di Strasburgo.

⁵¹ Aspetto messo in rilievo anche nella Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, Relazione n. III/01/2015 del 13 aprile 2015, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵² Le pronunce additive, infatti, sono il «primo anello dello schema della cosiddetta “doppia pronuncia” secondo cui si giunge ad un adeguamento della norma ordinaria alla Costituzione in prima istanza sollecitando un intervento legislativo ed in seconda istanza dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma suddetta, laddove il legislatore si fosse dimostrato insensibile al monito della Corte». Così A. LONGO, *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sentenza n. 161/97*, cit., 121 e ss., il quale richiama, a sua volta, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 310-311.

Solo effettuando tali interventi, l'art. 35-ter ord. penit. potrà veramente rappresentare un momento di svolta nel processo di concretizzazione della tutela dei diritti dei detenuti e consentire il raggiungimento di un obiettivo ambizioso in materia di esecuzione penale, senza paura di arrivare ad un risultato per cui si è a lungo combattuto. Solo così l'art. 35-ter ord. penit. potrà veramente funzionare per attuare gli scopi per cui è stato predisposto ed avere una concreta importanza per il futuro.

A tal proposito, non si può non riportare quanto messo in rilievo da alcuni commentatori: «siamo finalmente entrati in una era in cui i detenuti hanno una protezione giudiziale dei loro diritti»⁵³; si dovrebbe, quindi, «privilegiare la lettura che crea meno scompensi al sistema, che evita disparità di trattamento, che rende più accessibile ed efficace l'intervento risarcitorio e che meglio corrisponde alle prescrizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁵⁴. E tali considerazioni valgono tanto più per il detenuto condannato al carcere a vita che non può vedersi ingiustamente "limitato" nella possibilità di ottenere una tutela dei propri diritti fondamentali.

Non bisogna dimenticare che l'Italia sarà esposta, nel dicembre 2015, ad una valutazione davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Quello che il nostro Paese dovrà dimostrare ai giudici di Strasburgo è l'effettività⁵⁵ della tutela giurisdizionale offerta ai diritti protetti dalla Convenzione EDU, evitando un'altra umiliante censura da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre che il rischio di preoccupanti conseguenze economiche.

Un intervento (non tardivo) del Giudice delle Leggi, quale "custode dei principi", potrebbe aiutare, senza dubbio, a riequilibrare il bilanciamento, in modo da stabilire una pari e piena tutela dei diritti inviolabili dell'individuo nei confronti dei detenuti tutti, temporanei e perpetui.

MARIA VITTORIA VALENTINO

⁵³ E. SANTORO, *Contra CSM.*, cit.

⁵⁴ G. GIOSTRA, *Un pregiudizio "grave e attuale"?*, cit.

⁵⁵ Come si è affermato nelle decisioni della Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 16 settembre 2014, Stella e altri c. Italia, cit., e Sez. II, 16 settembre 2014, Rexhepi e altri c. Italia, cit., i rimedi adottati dall'Italia sono stati valutati positivamente dalla Corte, la quale si è tuttavia riservata di verificarne l'effettività. In particolare, nella sentenza Stella e altri c. Italia, la Corte sottolinea come i ricorsi devono essere «disponibili e adeguati. Essi devono esistere con un grado sufficiente di certezza non solo in teoria ma anche in pratica, poiché in caso contrario mancherebbe loro l'effettività e l'accessibilità volute».