

La competenza a provvedere sull'istanza riparatoria ex art. 35-ter ord. penit. nel caso di scarcerazione medio tempore del richiedente.

di *Roberto Zunino*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE I, 6 FEBBRAIO 2017 (UD. 17 NOVEMBRE 2016), N. 5515
DI TOMASSI *Presidente* - MINCHELLA *Relatore*

Sommario: **1.** Premessa. Ancora in tema di competenza a decidere sul reclamo ex art. 35-ter - **2.** Dalla vexata quaestio relativa all'attualità del pregiudizio alla questione oggetto della pronuncia in commento - **3.** Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione: perpetuatio jurisdictionis ed economia processuale - **4.** La soluzione adottata dalla Corte alla luce del secondo comma dell'art. 35-ter ord. penit. - **5.** La natura del rimedio accordabile al detenuto ammesso a fruire di una misura alternativa Violenza privata - **6.** La competenza a decidere sull'istanza presentata durante la fruizione di una misura alternativa: possibilità di revirement o scelta obbligata?

1. Premessa. Ancora in tema di competenza a decidere sul reclamo ex art. 35-ter

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte torna a pronunciarsi in tema di art. 35-ter ord. penit. e lo fa relativamente ad un aspetto assai dibattuto della disposizione *de qua*: quello della competenza a decidere sulla domanda riparatoria presentata da chi lamenta di aver sofferto condizioni detentive contrarie al precetto di cui all'art. 3 CEDU.

Non è la prima volta che la Cassazione interviene sul punto. Anzi, si è fatta registrare *in subiecta materia* una folta elaborazione pretoria che ha, tra l'altro, interessato il quesito, particolarmente controverso, circa la possibilità o meno per il magistrato di sorveglianza di pronunciarsi in merito a doglianze concernenti un (asserito) pregiudizio non più connotato dal carattere dell'attualità, quesito sul quale è venuto a formarsi, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un indirizzo ermeneutico pressoché unanime, a cui la sentenza in analisi – a ben vedere – offre un'opportuna precisazione. Vale, dunque, la pena di richiamare alla mente le coordinate essenziali del dibattito al fine di meglio comprendere l'*humus* in cui si inserisce l'arresto in esame.

2. Dalla vexata quaestio relativa all'attualità del pregiudizio alla questione oggetto della pronuncia in commento

La *quaestio iuris* cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente è stata ingenerata

dall'ambigua formulazione dell'art. 35-ter ord. penit., il quale individua *per relationem* il presupposto fattuale cui è subordinato l'accesso al rimedio risarcitorio ivi disciplinato richiamando il «pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)» ord. penit., vale a dire il pregiudizio, attuale e grave, all'esercizio dei diritti che deriva al detenuto o all'internato dall'inosservanza, da parte dell'amministrazione, di disposizioni previste dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento.

Atteso questo riferimento normativo, ci si è domandati se il requisito dell'attualità del pregiudizio – che, come si vede, è sancito a chiare lettere dal citato art. 69 ord. penit. – possa ritenersi anch'esso parte integrante dell'art. 35-ter ord. penit. ed, in particolare, se possa assurgere ad elemento di discriminazione in ordine al controverso riparto di competenza tra la magistratura di sorveglianza e il giudice civile¹.

Sul punto si sono scontrate due tesi: quella “attualista” e quella, *ex adverso*, “non attualista”. In via di estrema approssimazione, come già si evince dalla nomenclatura attribuita alle opposte soluzioni ermeneutiche, per la prima teoria, ai fini dell'accesso al rimedio risarcitorio della riduzione di pena, è necessario che il detenuto lamenti, di fronte alla giurisdizione di sorveglianza, un *vulnus* attuale, persistente sia al momento della presentazione del reclamo che – stando ad alcune pronunce² – al momento della decisione su di esso, con conseguente rigetto della domanda là dove l'illegittimità della detenzione *ex art. 3 CEDU* venga, nel frattempo, a cessare. Ne discende che, in tale ultima ipotesi, resta salva soltanto la possibilità per il soggetto richiedente di rivolgere, se lo ritiene, una nuova istanza risarcitoria, questa volta al giudice civile, al fine di ottenere il ristoro monetario, esclusa, dunque, la riparazione “in forma specifica”³.

Per la seconda teoria, invece, la magistratura di sorveglianza conserva il potere di decidere sul merito del reclamo – e, correlativamente, il detenuto mantiene il diritto alla riduzione della sanzione – quand'anche l'attualità della violazione lamentata sia, nel mentre, venuta meno, posto che il citato riferimento normativo ha semplicemente inteso configurare il pregiudizio da detenzione inumana come una *species* del *genus* «pregiudizio all'esercizio dei diritti» previsto dall'art. 69, comma 6, lett. b), ord.

1 In dottrina, cfr. L. BARONE, Il nuovo reclamo *ex art. 35-ter ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 341 ss; L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, Il rimedio risarcitorio *ex art. 35-ter ord. pen.* e la tutela dei diritti del detenuto, Milano, 2017, p. 81 ss; F. FIORENTIN, “Rimedi compensativi” per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento, in *Cass. pen.*, 2016, p. 692; ID., I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014; G. GIOSTRA, Un pregiudizio “grave e attuale”? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit., in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2015; C. MASIERI, La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. penit., in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2015; M. PASSIONE, 35 ter o.p.: effettivamente, c'è un problema, in questa Rivista, 2017, f. 3.

2 *Mag. Sorv. Vercelli*, 24 settembre 2014, T.E., in www.personaedanno.it.

3 Per la tesi “attualista” v., *ex plurimis*, *Mag. Sorv. Alessandria*, 31 ottobre 2014, O.L., in questa Rivista; *Mag. Sorv. Alessandria*, 26 settembre 2014, M.M., in www.personaedanno.it; *Mag. Sorv. Catania*, 11 marzo 2015, inedita; *Mag. Sorv. Trieste*, 2 dicembre 2014 inedita.

penit.⁴.

Così sinteticamente ricostruiti i termini del dibattito *de quo*, la giurisprudenza di legittimità, benché inizialmente avesse accolto la prima impostazione⁵, si è successivamente consolidata sulla seconda, assumendo che il rinvio contenuto nell'art. 35-ter, comma 1, ord. penit. individua la categoria del reclamo relativo alla violazione dei diritti inviolabili del detenuto e il modello procedimentale applicabile, ma non può essere riferito ai presupposti del pregiudizio in termini di necessaria attualità al momento della domanda e, ancor meno, della decisione⁶. Nell'affermare, quindi, la competenza della giurisdizione di sorveglianza, la Cassazione ha sottolineato che il rimedio "in forma specifica" della riduzione di pena ancora da espriare nella misura di un giorno per ogni dieci di pregiudizio sofferto «presuppone soltanto, ma necessariamente, la detenzione in atto»⁷ e che, pertanto, l'attualità è da rapportarsi, non al pregiudizio lamentato, bensì «allo *status* di detenuto in espiazione pena»⁸.

Orbene, se questo è il criterio per il riparto della competenza in materia di art. 35-ter ord. penit., viene da chiedersi a chi spetti la decisione sul merito dell'istanza riparatoria allorché il soggetto *in vinculis*, dopo la proposizione della domanda di fronte al magistrato di sorveglianza, sia stato scarcerato nelle more del giudizio. A questo interrogativo la Cassazione ha risposto con la sentenza in esame.

3. Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione: *perpetuatio jurisdictionis* ed economia processuale

Come si apprende dall'esposizione "in fatto" tracciata dalla Corte, la vicenda da cui è scaturito l'arresto giurisprudenziale in commento origina dalla pronuncia del tribunale di sorveglianza di Roma che, con ordinanza, dichiarava non luogo a procedere sull'impugnazione avanzata da un detenuto avverso la decisione con la quale il giudice di prime cure aveva, dal canto suo, parzialmente dichiarato inammissibile e parzialmente rigettato l'istanza riparatoria interposta dal detenuto medesimo. Il collegio, in particolare, dava atto dell'impossibilità di disporre il rimedio risarcitorio contemplato dal primo comma dell'art. 35-ter ord. penit. come richiesto dal soggetto *in vinculis* giacché costui, nelle more del giudizio, era stato

4 Quanto alla teoria "non attualista", cfr., tra le altre, Mag. Sorv. Venezia, 12 novembre 2014, www.conams.it; Mag. Sorv. Verona, 12 novembre 2014, in www.conams.it; Mag. Sorv. Sassari, 18 novembre 2014, in www.conams.it.

5 V. Cass., Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43727, Hrustic, inedita ove si legge che «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" conseguente all'inosservanza, da parte dell'Amministrazione, di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento».

6 Così Cass., Sez. I, 26 novembre 2015, n. 46966, Koleci, in CED Cass., n. 265973. Nella medesima direzione Cass., Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, Salierno, inedita; Cass., Sez. I, 21 giugno 2016, n. 38791, Buccelli, inedita; Cass., Sez. I, 9 febbraio 2016, n. 25180, Floresta, inedita; Cass., Sez. I, 1 febbraio 2017, n. 11251, De Lucci, inedita.

7 In questi termini Cass., Sez. I, 26 novembre 2015, n. 46966, Koleci, cit.

8 Testualmente Cass., Sez. I, 10 gennaio 2017, n. 834, Gambardella, inedita.

scarcerato per avvenuta espiazione della pena.

La questione sul tappeto era, dunque, quella di stabilire se, una volta cessata la condizione detentiva dell'istante, il magistrato (o, come nel caso di specie, il tribunale) di sorveglianza, ritualmente adito in costanza di detenzione, rimanesse "titolare" della decisione sul merito della domanda ovvero dovesse "abdicare" in favore del giudice civile. Il collegio capitolino ha optato per la seconda soluzione, declinando la propria competenza a pronunciarsi: di qui il ricorso del detenuto al Supremo Consesso conclusosi con la sentenza in argomento.

V'è da dire che la Corte, in un suo precedente arresto⁹, aveva già avuto modo di occuparsi, seppur "incidentalmente", della questione, pervenendo, nel caso di specie, a ritenere – in maniera, per vero, un po' sbrigativa – che la definitiva scarcerazione del soggetto *in vinculis*, avvenuta nelle more del giudizio di legittimità, costituisse condizione ostativa alla possibilità per il magistrato di sorveglianza – il cui provvedimento oggetto di ricorso per cassazione era stato in quella sede annullato – di occuparsi nuovamente dell'istanza: donde l'onere per il detenuto di adire il giudice civile per conseguire il ristoro patrimoniale del pregiudizio lamentato.

Tuttavia, con la pronuncia oggetto del presente commento, la Suprema Corte, dichiarando espressamente di discostarsi da detto precedente – sebbene consapevole della non perfetta sovrapposibilità dei presupposti di fatto alla base delle due decisioni – ha propugnato una diversa e più condivisibile soluzione che può compendiarsi nel seguente principio di diritto: il magistrato di sorveglianza ritualmente adito dal detenuto mediante interposizione del reclamo *ex art. 35-ter* ord. penit. conserva la propria competenza a decidere sulla doglianza quand'anche, nelle more del giudizio, l'istante sia stato *medio tempore* scarcerato.

La Cassazione è pervenuta a questa conclusione ricorrendo, sostanzialmente in forza dell'analogia *iuris*, al principio della *perpetuatio jurisdictionis* consacrato all'art. 5 cod. proc. civ., a mente del quale «la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo».

Il ragionamento seguito dalla Suprema Corte appare tanto semplice quanto persuasivo: il principio di matrice processual-civilistica di cui sopra è, come riconosciuto dalle Sezioni Unite¹⁰, un principio generale che governa l'intero ordinamento giuridico, *ergo* un principio di sistema che, in mancanza di una specifica previsione derogatoria (non rintracciabile nella disciplina in esame), non può che trovare applicazione anche *in subiecta materia*; tanto più che, sul piano sistematico e teleologico, mancano plausibili ragioni per escluderne l'operatività ed, al contrario, sussistono validi argomenti per affermarne l'applicabilità.

⁹ Cass., Sez. I, 19 settembre 2016, n. 38801, Commisso, in CED Cass., n. 268117.

¹⁰ In questo senso, vengono citate dalla sentenza in esame le seguenti pronunce: Cass. civ., Sez. Un., 20 settembre 2006, n. 20322, in CED Cass., n. 591304; Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3877, in CED Cass., n. 570583; Cass. civ., Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5899, in CED Cass., n. 505636.

Del resto, sul primo versante – quello sistematico –, va detto che la regola della *perpetuatio jurisdictionis* è stata spesso evocata nell’elaborazione pretoria sviluppata in relazione al procedimento di sorveglianza, sebbene con riguardo alla competenza per territorio dell’organo giudicante, là dove la giurisprudenza di legittimità, sulla scorta del principio *de quo*, ha affermato che tale competenza, una volta radicatasi – ai sensi dell’art. 677 cod. proc. pen. – in funzione del collegamento ordinamentale tra l’ufficio giudiziario e lo stabilimento di pena compreso nella relativa circoscrizione ove si trova l’interessato all’atto della richiesta, della proposta o dell’inizio di ufficio del procedimento stesso, non è suscettibile di subire variazioni in corso di causa¹¹. Così, ad esempio, spetta al magistrato di sorveglianza territorialmente competente in base al *locus custodiae* – e non a quello individuabile ricorrendo al criterio del *locus domicilii* – la pronuncia sull’istanza di remissione del debito presentata da un condannato *in vinculis* che, nelle more del giudizio, abbia riacquisito lo *status libertatis*.

Sul piano teleologico, se è vero come è vero che la legislazione “*post Torreggiani*” ha avuto come obiettivo quello di apprestare forme di tutela accessibili ed effettive, volte ad offrire una riparazione rapida e concreta al detenuto che abbia sofferto una detenzione inumana¹², appare assai ragionevole l’applicazione di un principio che, cristallizzando la giurisdizione e la competenza al momento della proposizione della domanda, permette di realizzare «l’esigenza di celerità del procedimento e di immediato collegamento con un giudice – [...] quello di sorveglianza – che si connota per la sua peculiare prossimità all’interessato, nonché quella di utilizzare una procedura di particolare snellezza, strutturata per le particolari esigenze delle persone sottoposte ad esecuzione penale, in ragione della natura del rimedio risarcitorio istituito»¹³.

Ragionando diversamente si giungerebbe ad attribuire a fattori ingovernabili o comunque – per riprendere le parole utilizzate dalla Corte – «completamente estranei alle vicende del rito» (quali il “fine pena” o la notevole mole di lavoro che grava sul magistrato di sorveglianza) il potere di individuare, in maniera contingente ma inevitabile, l’ufficio giudiziario competente a decidere sul merito della doglianza, e

11 Cfr. Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, n. 16372, P.G. in proc. De Gennaro, in CED Cass., n. 263324; Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 51083, Aiello, in CED Cass., n. 257886; Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 1137, confl. comp. in proc. Savino e altri, in CED Cass., 245948; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1996, confl. comp. in proc. Tamburella, in Cass. Pen., 1997, p. 2762; Cass., Sez. I, 28 giugno 1993, n. 3084, confl. comp. in proc. Berni, in CED Cass., n. 194848. In dottrina v., puntualmente, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 98 ss.

12 V. Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 204, in www.giurcost.org; Cass., Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, Salierno, cit. Sul punto cfr., inoltre, G. GIOSTRA, sub art. 35-ter ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. DELLA CASA), Padova, 2015, p. 415; F. LUME, Ricorsi per inumana detenzione ex art. 35 ter l. 354/1975 e giudice civile, in www.unicost.ue; 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, 13 ottobre 2014.

13 Così la sentenza in commento.

ciò in spregio a principi di indubbio valore quali la certezza del diritto, la celerità della decisione, la concretezza della tutela¹⁴. Invero, se ad essere determinante fosse non solo il momento di proposizione della domanda ma anche quello della relativa pronuncia, il detenuto resterebbe nell'incertezza circa le sorti della sua istanza poiché, nell'imprevedibile durata del procedimento, potrebbe terminare l'espiazione della pena prima della conclusione del giudizio, con conseguente improcedibilità del reclamo e necessaria riproposizione della richiesta riparatoria di fronte al giudice civile, il quale, stante l'inesorabile trascorrere del tempo, si troverebbe a giudicare su fatti via via più remoti e, quindi, si presume, più difficili da provare. Il tutto in evidente e stridente antitesi con il principio di economia processuale che, implicitamente consacrato in ambito interno dall'art. 111, comma 2, Cost. nonché in sede internazionale dagli artt. 6 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non può che ricoprire un ruolo di indubbia pregnanza una materia che, come quella in esame, fa della rapidità e della concretezza della tutela «un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina»¹⁵.

4. La soluzione adottata dalla Corte alla luce del secondo comma dell'art. 35-ter ord. penit.

La conclusione a cui perviene la Corte non sembra, peraltro, esclusa dal disposto normativo, al contrario di quanto invece asserito da una parte dei giudici di merito, i quali evidenziano come il secondo comma dell'art. 35-ter ord. penit., nel trattare dell'ipotesi in cui il periodo di pena ancora da espriare non consenta la detrazione dell'intera misura percentuale, accordi al giudice di sorveglianza il potere di liquidare «altresì» (*id est*: unitamente al rimedio “in forma specifica”) una somma di denaro che il legislatore determina forfettariamente in 8,00 euro per ciascun giorno di detenzione trascorsa in condizioni contrarie al precetto di cui all'art. 3 CEDU. Quindi, stando a questo orientamento giurisprudenziale, l'impiego dell'avverbio «altresì» postulerebbe, ai fini della competenza del magistrato di sorveglianza, un imprescindibile “nesso di contestualità” tra le due forme di risarcimento, inducendo con ciò ad escludere siffatta competenza ogniqualvolta non fosse possibile riconoscere, congiuntamente al ristoro patrimoniale, anche la detrazione della pena. Tuttavia, l'obiezione sollevata dai giudici di merito appare destituita di fondamento

14 Si noti invece come la Cassazione consideri quello della *perpetuatio jurisdictionis* «un parametro decisorio certo ed ancorato a dati oggettivi, che consente di evitare facili strumentalizzazioni, sia da parte del detenuto, che dell'amministrazione penitenziaria e rinviene il suo fondamento costituzionale nel principio del giudice naturale precostituito per legge; ispirato ad esigenze di certezza nell'individuazione dell'autorità che deve pronunciarsi e di effettività della garanzia di tutela giurisdizionale, oltre che di celerità nella definizione dei procedimenti, in presenza di un'unica domanda proveniente dal condannato, consente di evitare il trasferimento del procedimento di sorveglianza davanti a giudici di volta in volta diversi in funzione del progressivo aggiornamento della posizione esecutiva». Così Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 9661, Cangelosi, inedita.

15 Testualmente, Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 204, cit.

poiché lo stesso secondo comma dell'art. 35-*ter* ord. penit. qualifica il rimedio monetario accordato dal magistrato di sorveglianza come unico strumento di tutela praticabile allorquando il periodo di detenzione trascorso in condizioni disumane sia stato inferiore a quindici giorni, svincolando di conseguenza la relativa pronuncia dal collegamento con un'effettiva riduzione della sanzione¹⁶.

All'esegesi propugnata dalla Cassazione non osta, dunque, il dato letterale. Anzi, se in punto di determinazione della competenza non rilevano, come detto, né il momento della decisione, né il tipo di rimedio accordato, se ne deve ricavare l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 35-*ter*, comma 2, ord. penit. atteso che le uniche differenze tra la fattispecie ivi regolata e quella rimessa alla cognizione del Supremo Collegio attengono proprio al momento della decisione (che interviene, nel primo caso, quando il detenuto è ancora in carcere ma il residuo periodo di pena da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale; nel secondo, quando il detenuto è già stato scarcerato) e al tipo di rimedio accordato (che, nella prima ipotesi, è parzialmente "in forma specifica" e parzialmente per equivalente; nella seconda è interamente per equivalente).

In definitiva, il principio di diritto affermato dalla sentenza in commento riposa su solide argomentazioni che ne suggellano la bontà e che, malgrado la magmaticità della materia, inducono a ritenere segnato il cammino. Prova ne sia il fatto che le successive pronunce della Corte intervenute sulla medesima questione hanno confermato, in tutto e per tutto, la linea interpretativa qui inaugurata¹⁷.

5. La natura del rimedio accordabile al detenuto ammesso a fruire di una misura alternativa

Secondo la giurisprudenza di legittimità, quindi, al fine di determinare la competenza a decidere sul merito del reclamo interposto ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. penit., rileva unicamente il criterio dello *status detentionis*, criterio da riferire in via esclusiva alla situazione di fatto sussistente al momento di proposizione della domanda – restando del tutto privi di pregio gli eventuali mutamenti successivi alla stessa –, con la conseguenza che, alla stregua di quanto affermato dalla pronuncia in commento, in caso di scarcerazione del soggetto *in vinculis*, la decisione sull'istanza risarcitoria da costui avanzata in costanza di detenzione compete comunque al magistrato di sorveglianza.

Dunque, se questo è il principio di diritto enunciato dalla Cassazione, ci si può chiedere quale forma di risarcimento il giudice sia tenuto ad accordare allorché, nelle more del giudizio, il richiedente sia stato scarcerato. Infatti, mentre è fin troppo agevole comprendere come, nell'ipotesi in cui la scarcerazione discenda dal "fine pena", non possa farsi altro che provvedere alla liquidazione del ristoro economico in favore dell'istante, non essendo, come ovvio, possibile ricorrere alla riparazione

¹⁶ Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 9661, Cangelosi, cit.; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 9662, Baretta, inedita.

¹⁷ Cass., Sez. I, 2 febbraio 2017, n. 7368, Karoui; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 9661, Cangelosi, cit.; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 9662, Baretta, cit.

“in forma specifica”, posto il venir meno del rapporto esecutivo, più complesso è il caso in cui la scarcerazione sia conseguenza dell’accesso del reclamante ad una misura alternativa.

Occorre premettere che, per un verso, in quest’ultima circostanza, il richiedente, benché non più ristretto in carcere, ma comunque sottoposto ad esecuzione penale, conserva l’interesse ad ottenere la riduzione della pena, e che, per altro verso, la riduzione della pena rappresenta la modalità di risarcimento concepita come prioritaria dal legislatore nonché, verosimilmente, più gradita all’interessato. Ciò posto, nonostante il silenzio della legge, ad avviso di chi scrive, nulla osta a ritenere che il magistrato di sorveglianza debba provvedere, in ogni modo, alla riparazione “in forma specifica”, dal momento che l’art. 35-ter, comma 1, ord. penit., parlando genericamente di «riduzione della pena detentiva ancora da espiare» e non, ad esempio, di «riduzione della pena detentiva ancora da espiare *in carcere*», non esclude che detta riduzione possa essere accordata quand’anche il rapporto esecutivo, ancora sussistente, sia stato trasposto *extra moenia* dopo la presentazione della domanda di tutela risarcitoria.

Del resto, il concetto di pena detentiva – antitetico, come noto, a quello di pena pecuniaria (art. 18 cod. pen.) – non postula affatto un rapporto di implicazione necessaria con il concetto di “carcerazione”, ben potendo, la pena detentiva, essere espiata con modalità differenti ed alternative alla carcerazione stessa, le quali attengono esclusivamente alla forma dell’esecuzione e non incidono sulla natura (detentiva o meno) della sanzione. Volendo restare in tema di art. 35-ter ord. penit., la dizione «pena detentiva in carcere» impiegata al terzo comma depone inequivocabilmente in tal senso.

6. La competenza a decidere sull’istanza presentata durante la fruizione di una misura alternativa: possibilità di *revirement* o scelta obbligata?

Un ultimo aspetto pare degno di menzione. Infatti, nonostante la consapevolezza circa l’eterogeneità delle situazioni di fatto sottostanti, la Cassazione, nella pronuncia in commento¹⁸, sembra prendere le distanze da un suo precedente arresto, là dove aveva avuto modo di affermare che sulla domanda riparatoria proposta dall’istante *durante* la fruizione di una misura alternativa al carcere (segnatamente, la detenzione domiciliare) provvede il giudice civile¹⁹.

Non è dato sapere con certezza se la Corte abbia davvero inteso operare un *revirement* sul punto: verosimilmente no, poiché, tra l’altro, le argomentazioni offerte a sostegno del principio di diritto elaborato, dalla presente sentenza, con riguardo alla questione relativa alla competenza a decidere sulla domanda proposta

18 Ci si riferisce, in particolare, al passaggio ove la Cassazione osserva quanto segue: «Non si ignora che vi sono due precedenti giurisprudenziali (e cioè la sentenza Sez. 1, n. 38801 del 19.07.2016, Rv 268117 e la sentenza Sez. 1, n. 44175 del 21.06.2016, Rv 268298) che appaiono esprimere un principio differente; ma, al di là della diversità dei presupposti di fatto, ritiene il Collegio che la normativa in esame offra inequivocabili elementi di conforto alla diversa interpretazione prima illustrata».

19 Cass., Sez. I, 21 giugno 2016, n. 44175, Vicinanza, in CED Cass., n. 268198.

da un detenuto poi scarcerato nelle more del giudizio non paiono affatto idonee a sorreggere un'inversione di rotta in merito alla ben diversa fattispecie precedentemente affrontata.

Sta di fatto che, in riferimento a quest'ultima, la possibilità di operare una virata – reale o meno che sia – rispetto al citato arresto appare piuttosto remota, dal momento che il dato testuale non sembra lasciare spazio a soluzioni che attribuiscono la competenza funzionale alla magistratura di sorveglianza.

Infatti, dall'affermazione in virtù della quale «coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione [...] di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza», discende logicamente la norma implicita che inibisce al giudice di sorveglianza di pronunciarsi in rapporto a domande presentate da chi, all'atto della richiesta, non si trova più in carcere, essendo ammesso a fruire di una misura alternativa. Ne deriva che, in queste ipotesi, la decisione è devoluta alla giurisdizione civile e il soggetto istante, di conseguenza, può ottenere soltanto il risarcimento per equivalente, in quanto al tribunale ordinario è precluso incidere sul rapporto esecutivo mediante la riduzione della pena²⁰. Il che, pertanto – e qui risiede il *punctum dolens* –, crea scompensi sistemici di non poco conto giacché viene a determinarsi un'ingiustificata discriminazione tra il detenuto che avanza richiesta risarcitoria (al magistrato di sorveglianza) in costanza di detenzione e successivamente accede a forme di esecuzione esterna, e colui che, invece, avanza la medesima richiesta (al giudice civile) durante la fruizione della misura alternativa: pur avendo entrambi lo stesso interesse a beneficiare della riparazione “in forma specifica”, soltanto il primo potrebbe ottenerla poiché, come detto, al tribunale ordinario, al quale il secondo è tenuto a rivolgere l'istanza, compete unicamente la liquidazione del ristoro economico²¹.

L'*impasse* non pare, peraltro, risolvibile in via interpretativa. Vero è che valorizzando l'impiego del verbo “terminare” si potrebbe sostenere che prima del “fine pena” l'ordinamento non può avere la certezza che il detenuto abbia definitivamente «terminato di espiare la pena detentiva in carcere» poiché tutte le misure *extra moenia* sono revocabili, con la conseguenza che soltanto la conclusione del rapporto esecutivo può garantire la certezza di cui sopra. Tuttavia, simile lettura sembra da escludere per non meno di due ordini di ragioni.

Infatti, se è corretto affermare che l'ammissione a forme di esecuzione esterna non è insuscettibile di revoca, sembra altrettanto corretto assumere che detta revoca, perlomeno sul piano astratto, vada necessariamente intesa come un'eventualità di carattere eccezionale, patologica rispetto al fisiologico “buon esito” della misura. Di talché, presumendo che la disposizione normativa sia calibrata in relazione alla normalità dei casi e non ad ipotesi straordinarie, l'espiazione della pena detentiva in carcere non può che considerarsi «terminat[a]» al momento della fruizione del

20 In merito a questa considerazione v., per tutte, Cass., Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, Salierno, cit.

21 Sul punto v. G. GIOSTRA, sub art. 35-ter ord. penit., cit., p. 421.

beneficio e non alla definitiva cessazione del rapporto esecutivo.

Inoltre, e soprattutto, la lettura poc'anzi proposta finisce inequivocabilmente per collidere con il dettato legislativo, posto che l'affermazione della competenza del giudice civile soltanto in relazione alle domande presentate da coloro che sono definitivamente fuoriusciti dal circuito dell'esecuzione penale, indipendentemente dalla modalità (inframuraria o meno) di espiazione della pena, indurrebbe a considerare il sintagma «in carcere» *tamquam non esset*, rendendo il disposto normativo del tutto ridondante.

Se le cose possono effettivamente configurarsi come qui rappresentate, nell'inerzia del legislatore, non sembra esservi altra scelta che adire la Corte Costituzionale in relazione all'art. 3 Cost., assurgendo a *tertium comparationis* l'art. 35-ter, commi 1 e 2, ord. penit. là dove consente di beneficiare del rimedio della riduzione di pena a coloro che, in costanza di detenzione, hanno interposto domanda di tutela al magistrato di sorveglianza e, successivamente, hanno avuto accesso a forme di esecuzione *extra moenia*.