

## **Ritenuto in fatto e considerato in diritto**

1. Con decreto pronunciato il 21 settembre 2016 il Magistrato di sorveglianza di Caltanissetta ha dichiarato la inammissibilità della istanza riparatoria proposta da Fazio Carmelo, ai sensi dell'art. 35-ter O.P., sul rilievo che l'istante, al momento della domanda, era ormai fuori dal circuito carcerario in quanto in affidamento al servizio sociale a far tempo dal 20.5.2016 e che la competenza a decidere, nella specie, non era del Magistrato di sorveglianza, ma del tribunale distrettuale civile di cui al terzo comma della norma di riferimento.

2. Ricorre per cassazione avverso detto provvedimento l'interessato, assistito dal difensore di fiducia, il quale ne contesta la legittimità perché viziato, a suo avviso, da violazione di legge e vizio della motivazione.

Argomenta in particolare la difesa ricorrente che l'affidamento in prova al servizio sociale non comporta una diversa competenza a decidere sulla istanza come innanzi proposta, tenuto conto che il magistrato di sorveglianza conserva la sua competenza su ogni altra istanza del detenuto relativa all'esecuzione della pena, comunque eseguita.

3. Con argomentata requisitoria scritta il P.G. in sede, richiamando sez. 1, 1.7.2015, n. 6735/16, concludeva per la inammissibilità del ricorso aderendo ai principi esposti con la motivazione impugnata.

4. Il ricorso è meritevole di accoglimento per le ragioni, diverse da quelle esposte dalla difesa, che si passa ad esporre.

Osserva la Corte, in primo luogo, che in ordine alla competenza a decidere sulla domanda proposta dall'interessato ai sensi dell'art. 35-ter O.P., tra quella del magistrato di sorveglianza e quella del giudice civile indicato nella ipotesi di cui al comma III, non può ritenersi acquisito il principio richiamato dal giudice territoriale né in ordine alla valutazione dello stato di affidato alla stregua, o meno, di quella del detenuto, tenuto conto del rilievo che l'affidamento è una semplice modalità esecutiva della pena

detentiva, né in riferimento al momento nel quale si radica la competenza, se al momento della domanda, come ritiene il Collegio, ovvero al momento della decisione.

Il più recente arresto giurisprudenziale, Sez. 1, Sentenza n. 5515 del 17/11/2016, Rv. 269198, ha stabilito il principio che, in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati, presupposto necessario per radicare la competenza del Magistrato di sorveglianza è lo stato di restrizione del richiedente al momento della proposizione del reclamo ex art. 35 ter ord. pen., a nulla rilevando l'eventuale scarcerazione nelle more della decisione. (In applicazione del principio la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di non luogo a provvedere fondata sulla sopravvenuta scarcerazione del ricorrente).

Nel caso in esame la domanda del detenuto è stata proposta al MdS in epoca in cui era già in corso l'affidamento e la motivazione utilizzata dal giudice territoriale è nel senso di non riconoscere all'affidato la legittimazione alla riparazione specifica ma soltanto quella pecuniaria.

Di qui la questione di diritto sulla quale la Corte è chiamata ad esprimere la sua lezione interpretativa: *“se l'istanza riparatoria prevista e disciplinata dall'art. 35-ter O.P. proposta dal detenuto in stato di affidamento al servizio sociale debba essere presentata al Magistrato di sorveglianza ovvero al tribunale civile, e se, pertanto, sia o meno esclusivamente fruibile, nella fattispecie, il rimedio del risarcimento del danno previsto dal comma 3 della norma”*.

A tal fine appare opportuno prendere le mosse dal contenuto letterale della norma la quale, al primo comma, riconosce in favore del detenuto, che per almeno quindici giorni abbia subito una detenzione in violazione dell'art. 3 della CEDU, il diritto a richiedere al Magistrato di sorveglianza una riduzione di pena *“a titolo di risarcimento del danno”* (così la norma) della pena detentiva ancora da espiare pari *“a un giorno per ogni dieci durante i quali il richiedente ha subito pregiudizio”*.

Il secondo comma stabilisce poi che il magistrato di sorveglianza, in ipotesi in cui la detrazione di cui al comma 1 non sia possibile, liquidi altresì in favore dell'istante, per il residuo di pena, una somma pari ad euro 8,00 per ciascuna giornata risarcibile.

Il terzo comma, infine, prevede l'ipotesi nella quale l'istante abbia subito il pregiudizio detentivo in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero abbia espiato la pena, stabilendo che l'interessato, ricorrendo le esposte condizioni, possano proporre azione davanti al giudice civile.

Secondo una prima, possibile opzione interpretativa, l'istanza riparatoria di cui all'art. 35-ter O.P. può essere proposta al magistrato di sorveglianza soltanto quando l'istante stia espiando la pena detentiva in carcere, ciò desumendosi, secondo tale opzione, dal testo del terzo comma della norma che, al di fuori di questa ipotesi, quella appunto della detenzione in carcere, indica il rimedio dell'azione davanti al giudice civile. Pertanto, secondo tale impostazione ermeneutica, che si fonda altresì sul richiamo alla lettera dell'art. 69 co. 6 lett. b) O.P. descrittivo del pregiudizio risarcibile, la legittimazione a domandare la riparazione in forma specifica è riconoscibile in capo a chi, al momento della domanda, è in stato di detenzione *intra moenia*, a tale ipotesi potendosi assimilare soltanto quella del detenuto in regime di semilibertà (Sez. 1, Sentenza n. 7421 del 17/11/2016 Cc. (dep. 16/02/2017 ) Rv. 269157), mentre chi in tale momento sta fruendo, per quanto qui interessa, della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, ha a disposizione esclusivamente il rimedio riparatorio davanti al giudice civile (in tal senso Sez. 1, n. 6735 del 1° luglio 2015 per l'affidato e Sez. 1, Sentenza n. 44175 del 21/06/2016, Rv. 268298, analogamente, per il detenuto domiciliare).

L'esposta ermeneusi non soddisfa il Collegio. Ed invero, lo stesso metodo logico per essa applicato, induttivo per esclusione, evidenza e dimostra un limite di fondo della norma sottoposta ad interpretazione e cioè che il legislatore non ha affatto disciplinato la legittimazione alla proposizione della domanda di cui all'art. 35-ter O.P. esplicitamente individuando per l'affidato la competenza del

1  
R

giudice civile, ma ha semplicemente ommesso di considerare la fattispecie della istanza riparatoria proposta dal detenuto che stia espiando la pena fruendo di misura alternativa. Di questa possibile figura di legittimato infatti la norma di riferimento non si occupa affatto, mai considerandola né nominandola nel testo, dato legislativo questo che non può portare ad escludere dal rimedio per cui è causa, nelle forme della riparazione specifica, un rilevante numero di soggetti che, al momento della domanda, si trovino a beneficiare di una misura alternativa al carcere e che, nel contempo, abbiano comunque subito pregiudizio nel corso della espiazione della pena, appalesandosi in ciò, all'evidenza, profili di conclamata illegittimità costituzionale. A tal fine, e non solo, non può non considerarsi da parte dell'interprete che la disciplina ex art. 35-ter ha finalità riparatorie e la riparazione principale prevista e privilegiata dal legislatore, anche a tutela degli interessi economici dello Stato, è quella della riduzione di pena.

Ma oltre alla opportunità, per l'interprete, di privilegiare percorsi interpretativi costituzionalmente orientati ed oltre alla finalità riparatoria primaria con certezza individuata dal legislatore, come detto anche a tutela degli interessi economici dello Stato, altro soccorre nel senso auspicato da questo Collegio.

Occorre infatti considerare che le misure alternative non costituiscono istituti giuridici distinti dalla esecuzione della pena nelle forme della detenzione intramuraria, ma forme attraverso le quali la pena detentiva, che appunto si concretizza nella detenzione in carcere, può essere eseguita, di guisa che misura alternativa e pena detentiva in istituti di pena si equivalgono, tra loro si immedesimano e non integrano realtà giuridiche diverse in riferimento al concetto di pena da espiare ed espiata. Da ciò consegue che, allorchè la norma in esame, al comma 1°, riconosce la possibilità di chiedere il risarcimento del danno dato dalla riduzione della pena detentiva, da essa, pena detentiva, non possono escludersi le misure alternative al carcere, dappoichè attraverso di esse l'interessato sta espiando nulla di diverso da una pena detentiva. Ciò induce a collegare irrimediabilmente il primo al terzo comma della norma in esame, eppertanto a ritenere che la nozione di pena detentiva in carcere del tutto espiata comprenda le misure

alternative, nel senso che in costanza di misura non può ritenersi espiata la detenzione carceraria, della quale la misura alternativa è nulla più, giova ribadirlo, che una modalità di esecuzione, di guisa che in tale ipotesi il giudice competente a delibare l'istanza del detenuto è il magistrato di sorveglianza. Lo stesso comma 3 in esame, peraltro, allorchè indica il *dies ad quem* per l'utile proposizione della istanza riparatoria nelle ipotesi ivi previste, utilizza l'espressione "che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere", la quale non può riferirsi alla condizione in esame, perché la misura alternativa in ogni momento può essere revocata e sostituita con la detenzione in carcere sin tanto che non intervenga il provvedimento del giudice della sorveglianza che attesta l'esito positivo della prova e, quindi, dichiara, con effetto costitutivo, l'avvenuta espiazione.

Ma vi sono ulteriori argomenti che inducono il Collegio a preferire le conclusioni ermeneutiche che di qui a poco verranno ulteriormente precisate.

La Corte di legittimità ha avuto già occasione di affrontare il tema del rapporto tra la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, certamente la meno restrittiva tra quelle previste dall'ordinamento, e la detenzione intramuraria e questo in tema di riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p. così come additivamente interpretato dalla Corte Costituzionale), là dove è venuto in discussione se la detenzione nelle forme dell'affidamento in prova, se ingiustamente eseguita, desse o meno diritto all'equa riparazione. Al riguardo la giurisprudenza della suprema corte ha reiteratamente affermato che, in tema di riparazione per ingiusta detenzione, anche l'affidamento in prova, quale misura alternativa alla detenzione, è equiparabile ad altre modalità di espiazione della pena, disattendendo il rilievo in base al quale l'affidamento in prova al servizio sociale non possa considerarsi una modalità di esecuzione della pena in quanto misura congegnata in modo tale che il condannato perda ogni contatto con l'istituzione penitenziaria ed instauri, invece, un rapporto di tipo collaborativo con il Servizio Sociale. A tal fine la giurisprudenza della corte ha più volte ribadito il principio secondo il quale, proprio perché l'affidamento in prova è da considerarsi una modalità esecutiva della pena detentiva, essa

estingue, anche ai fini della recidiva, la pena detentiva ed ogni effetto penale (Sez. U. n. 5859 del 27.10.11 rv. 251688); può essere computato ai sensi dell'art. 657 co. 2 c.p.p. (Sez. 1, n. 7651 del 23.1.2004, rv. 227116); è valutabile come situazione di pendenza del rapporto esecutivo in tema di liberazione anticipata (Sez. 1, n. 30302 del 6.7.2001, rv. 219554); non è applicabile alla libertà controllata (Sez. U. n.8058 del 19.12.2001, rv. 220821). Ebbene, in tali sensi si sono pronunciate Sez. 4, n. 1768 del 10.12.2013; Sez. 4, n. 10682 del 26.1.2010, rv. 246292; Sez. 4, n. 243355 del 13.12.2002, rv. 225533; e da ultimo, Sez. III, 8.7.2016, n. 43550, rv. 267928, per la quale l'affidamento in prova al servizio sociale è misura alternativa equiparabile alle altre modalità di espiazione della pena detentiva.

Orbene, appare oggettivamente e sistematicamente incongruo a questo punto ritenere che l'affidamento in prova al servizio sociale, se ingiustamente subito, dia diritto, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 314 c.p.p., all'equo indennizzo, mentre privi di legittimazione l'affidato nella ipotesi riparatoria in forma specifica di cui all'art. 35-ter O.P..

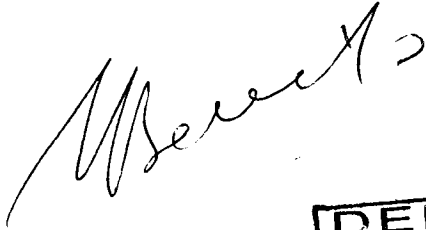
Traendo ora le doverose conclusioni dalle esposte argomentazioni, ritiene la Corte che il provvedimento impugnato, giacchè applicativo di un errato principio di diritto, deve essere annullato con rinvio al Magistrato di sorveglianza di Caltanissetta affinché proceda a nuovo giudizio nel quale dovrà trovare applicazione la seguente regola giuridica: *“l'istanza riparatoria prevista e disciplinata dall'art. 35-ter O.P. proposta dal detenuto in stato di affidamento in prova al servizio sociale va presentata al Magistrato di sorveglianza”*, il quale provvederà riconoscendo all'istante la riparazione del danno eventualmente in forma specifica, ove la violazione dell'art. 3 CEDU sia riconosciuta con riferimento alla porzione di pena scontata in carcere riferibile al medesimo titolo esecutivo ancora in corso, ovvero disponendo il ristoro in forma pecuniaria ove, *medio tempore*, il ricorrente abbia interamente espiaato detta pena.

**P. T. M.**

Annulla il decreto impugnato e rinvia per nuovo giudizio al  
Magistrato di sorveglianza di Caltanissetta.

Roma, addì 18 maggio 2017

Il cons. est.



Il Presidente

