

Onus probandi incumbit ei qui custodit: quando le affermazioni della persona in stato detentivo prevalgono sull'inerzia dell'Amministrazione.

di **Federico Cappelletti**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 24 MAGGIO 2018 (UD. 11 MAGGIO 2018), N. 23362
PRESIDENTE DI TOMASSI, RELATORE MAGI

La sentenza in commento assume particolare rilievo in quanto affronta il problema dei criteri metodologici che il Giudice di merito deve seguire nel caso in cui l'unico elemento conoscitivo a sua disposizione consista in quanto affermato dalla persona detenuta nell'atto introduttivo del procedimento di cui all'art. 35 *ter* O.P., riscontrato, esclusivamente, dalla conferma dello *status detentionis* nel periodo della denunciata violazione dell'art. 3 CEDU.

Nel caso di specie la Corte di Cassazione era stata investita del ricorso contro il provvedimento con il quale il Tribunale di Sorveglianza aveva respinto il reclamo dell'interessato contro la decisione del Magistrato di Sorveglianza di rigetto dell'istanza di accesso al rimedio compensativo dell'art. 35 *ter* O.P. sulla base dei seguenti presupposti: a) genericità della domanda; b) in ogni caso, insufficienza dei contenuti della domanda ad adonestare la sussistenza della violazione in mancanza di ulteriori elementi conoscitivi sulle condizioni di detenzione che la Direzione della casa di reclusione non era stata in grado di fornire, dato il tempo trascorso.

Nell'annullare, *in parte qua*, l'impugnata ordinanza per erroneità in diritto, la Corte di legittimità, in primo luogo, ha evidenziato come la richiesta genetica del procedimento ex art. 35 *ter* O.P. - contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di Sorveglianza - fosse dotata di sufficiente specificità secondo la consolidata esegesi giurisprudenziale sul punto¹, recando l'indicazione del periodo e del luogo di detenzione, nonché il motivo essenziale della domanda di ristoro e, specificatamente, il sovraffollamento patito quale pacifica estrinsecazione del

¹ *Ex multis*, Sez. I n. 876 del 16.07.2015, rv. 265855, indicata nella sentenza in commento, secondo la quale in tema di reclamo ai sensi degli artt. 35-ter, ord. pen., la natura essenzialmente compensativa, più che risarcitoria in senso stretto, dell'azione, finalizzata ad ottenere una riparazione effettiva delle violazioni dell'art. 3 CEDU derivanti dal sovraffollamento, esclude che la domanda debba essere corredata dall'indicazione precisa e completa degli elementi che si pongono a fondamento della stessa; ne consegue che ai fini dell'ammissibilità del reclamo è sufficiente l'indicazione dei periodi di detenzione, degli istituti di pena e delle specifiche condizioni detentive, in relazione ai quali l'interessato deduce un trattamento penitenziario subito in violazione dell'art. 3 Cedu;

trattamento inumano e degradante rilevante ai sensi dell'art. 3 CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo.

Il secondo profilo di censura - afferente, come anticipato, l'asserita impossibilità da parte del Giudice di merito di accogliere la domanda di rimedio compensativo in assenza di interlocuzione e confutazione documentale da parte della Direzione della Casa di Reclusione presso la quale l'interessato era stato detenuto nel periodo in considerazione - ha consentito alla Suprema Corte, attraverso una motivazione ricca di puntuali e diffusi richiami ad arresti propri e della Corte EDU, di fare chiarezza sul valore probatorio da attribuire alle affermazioni del detenuto nell'istanza introduttiva del procedimento di cui all'art. 35 *ter* O.P..

In particolare, gli Ermellini hanno rimarcato che il Tribunale di Sorveglianza ha il dovere di attivare i poteri di accertamento officiosi riconosciutigli dall'art. 666 co. 5 c.p.p. laddove la domanda sia ammissibile ma si registrino dei contrasti con affermazioni di segno contrario introdotte dall'Amministrazione che facciano residuare dei dubbi; parimenti, è stato evidenziato che, nel caso in cui, l'Amministrazione non faccia pervenire le informazioni sul periodo di detenzione durante il quale si sarebbe verificata la violazione dell'art. 3 CEDU, il reclamo andrà deciso in senso favorevole all'istante, in virtù del principio affermato dalla giurisprudenza civile della "*vicinanza della prova*"².

Una siffatta determinazione prende le mosse dalla constatazione che né l'art. 35 *ter*, né l'art. 35 *bis* O.P. - recanti la disciplina procedurale del rimedio - né, più in generale, l'intero sistema normativo relativo alla fase dell'esecuzione della pena, fanno cenno ai criteri che devono orientare l'interprete sulle regole di introduzione e valutazione della prova, ragion per cui è necessario riferirsi ai principi generali dell'ordinamento, con ciò includendo anche le consapevolezze maturate in campo civilistico.

Partendo dalla considerazione dell'urgenza di indicare dei canoni ermeneutici della disposizione in esame idonei a riconoscere il maggior grado possibile di effettività ai rimedi introdotti dal Legislatore del 2014³, la Corte è passata attraverso il rilievo per cui il principio di "prossimità" alla prova è da tempo utilizzato anche nel sistema interno, in ambito civile, onde riequilibrare dal punto di vista processuale le asimmetrie sostanziali in ossequio ai principi di effettività della difesa ed azione in giudizio consacrati dall'art. 24 Cost.; per, poi, concludere che, anche nel sistema interno, innanzi al Magistrato ed al Tribunale di Sorveglianza, deve trovare applicazione il principio di diritto per cui la particolare condizione del soggetto ristretto vale a realizzare le condizioni per dar luogo all'inversione dell'onere probatorio, dovendosi ritenere la sua affermazione - contenuta in un'istanza ammissibile e riscontrata quanto alla avvenuta privazione di libertà nel lasso temporale indicato - assistita da una presunzione relativa di veridicità che è

² In questo senso, Cass., Sez. I n. 46543/2017 e n. 46435/2017, entrambe non massimate, citate nella sentenza in commento;

³ in questo senso, Corte Cost., Sent. 14/06/2016, n. 204;

compito dell'amministrazione confutare attraverso la produzione di elementi di smentita idonei.

Tale ultimo criterio di valutazione delle dichiarazioni del detenuto collima *in toto* con quello da tempo elaborato dal diritto convenzionale in materia di divieto di trattamenti inumani e degradanti, al quale fa espresso rimando l'art. 35 *ter* O.P., come noto, introdotto per ottemperare all'obbligo imposto allo Stato dalla nota sentenza pilota Torreggiani ed altri c. Italia di introdurre un ricorso o un insieme di ricorsi interni accessibili ed effettivi, idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente per porre fine e rimedio a condizioni di detenzione in contrasto con l'art. 3 della CEDU.

La Corte dei Diritti, infatti, sensibile alla particolare vulnerabilità delle persone che si trovino sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, quali le persone detenute, è costante nell'affermare che la procedura prevista dalla Convenzione non si presta sempre ad un'applicazione rigorosa del principio *affirmanti incumbit probatio* in quanto, inevitabilmente, il governo convenuto è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente⁴. Ne consegue che il semplice fatto che la versione del governo contraddica quella fornita dal ricorrente non può, in mancanza di un qualsiasi documento o spiegazione pertinenti da parte del Governo, indurre la Corte a rigettare le affermazioni dell'interessato come non provate⁵.

Ciò, come ricorda la Corte di Cassazione, non significa conferire la patente di prova legale ai contenuti assertivi della domanda introduttiva del procedimento ex art. 35 *ter* O.P., quanto, piuttosto, riconoscere che l'effettività del sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali del soggetto privato della libertà in relazione ad un periodo di detenzione postula una diversa ripartizione dell'onere probatorio tale da imporre all'Amministrazione di mettere a disposizione le informazioni necessarie per poter apprezzare la bontà o meno degli assunti dell'interessato. Fermo restando che, sempre sulla base dei principi generali dell'ordinamento, sono sempre rimessi al Giudice di merito i poteri di verifica d'ufficio laddove, come anticipato, le controdeduzioni e la documentazione prodotte dall'Amministrazione, determinino una condizione di incertezza probatoria non altrimenti superabile.

La pronuncia qui annotata rappresenta la concreta attuazione dei principi affermati più volte dal Giudice delle Leggi⁶ per cui l'interprete nazionale è gravato dell'obbligo di evitare violazioni della CEDU, il che gli impone, conseguentemente, di applicarne le norme sulla base dei principi di diritto espressi

⁴ così, Torreggiani e altri c. Italia, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, §72, 8 gennaio 2013 che cita Khoudoyorov c. Russia, n. 6847/02, § 113, CEDU 2005-X (estratti), Benediktov c. Russia, n. 106/02, § 34, 10 maggio 2007, Brândușe c. Romania, n. 6586/03, § 48, 7 aprile 2009, Ananyev e altri c. Russia, nn. 42525/07 e 60800/08, § 123, 10 gennaio 2012; si vedano anche Khani Kabbara c. Cipro, n. 24459/12, § 127, 5 giugno 2018; Abu Zubaydah c. Lituania, n. 46454/11, §483, 31 maggio 2018; Zabelos e altri c. Grecia, n. 1167/15, § 76, 17 maggio 2018.

⁵ Ogiță c. Romania, n. 24708/03, § 43, 27 maggio 2010;

⁶ in questo senso, Corte Cost., Sent. 7 aprile 2017, n. 68 e Sent. 11 maggio 2017, n. 109;

dalla Corte alsaziana, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pertinente alla fattispecie qui considerata, oltre che consolidata, è anche richiamata dalla citata sentenza-pilota Torreggiani ed altri c. Italia - presupposto dell'introduzione nel nostro ordinamento dei rimedi dell'art. 35 *ter* O.P. - di tal che non è revocabile in dubbio il fatto che l'interprete interno ne sia vincolato, anche alla luce dei criteri indicati nella sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale che spesso, ma non è questo il caso, si prestano ad essere strumentalizzati a causa della loro congenita approssimazione derivante dall'ambizione di voler ricondurre il diritto convenzionale, fondato sui principi, al diverso approccio alla tutela dei diritti fondamentali in ambito interno, basato, invece, sulle regole.

A fronte di una risposta convincente e definitiva al problema che si era posto, residua un'unica perplessità sul metodo, quello, cioè, di ricorrere ai principi generali dell'ordinamento per dar corso ai ricordati criteri interpretativi elaborati dalla Corte alsaziana con riferimento al valore da attribuire alle dichiarazioni della persona in stato di detenzione.

La soluzione adottata, infatti, presuppone, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, l'impossibilità per il Giudice di decidere con una precisa disposizione o facendo ricorso all'analogia.

A ben vedere, tuttavia, l'acclarata e pacifica assenza di un meccanismo di apprezzamento delle prove nell'ambito delle norme che qui rilevano, e, pertanto, l'insussistenza di una situazione di contrasto tra la norma interna e quella convenzionale, avrebbe consentito di raggiungere prima il medesimo risultato al quale è pervenuta la Corte di legittimità attraverso la diretta applicazione dell'art. 3 CEDU - nell'interpretazione sulla quale è da lungo tempo attestata la giurisprudenza della Corte EDU circa il rilievo da attribuire alle affermazioni provenienti dalle persone detenute - in quanto incorporato nell'ordinamento interno col rango di legge ordinaria in virtù della clausola di piena ed intera esecuzione di cui alla legge di ratifica ed esecuzione n. 848 del 4 agosto 1955⁷.

⁷ F. Viganò, *“La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro”*, a cura di S. Sonelli, Giappichelli, Torino, 2015, pagg. 219-220.