

Il requisito di attualità del pregiudizio ex art. 35 ter O.P. e il problema dei periodi di detenzione pregressa

di *Ludovico Astengo*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 12 APRILE 2018 (UD. 20 APRILE 2017), N. 16335
PRESIDENTE NOVIK, RELATORE TARDIO

La pronuncia in commento desta interesse perché rappresenta un ulteriore passo avanti nel percorso intrapreso dalla Suprema Corte nel marcare i confini applicativi del rimedio risarcitorio per detenzione inumana e degradante introdotto ormai quattro anni fa¹.

In particolare, i giudici della Prima Sezione sanciscono che nell'individuazione dei periodi di detenzione da valutare ai sensi dell'art. 35 *ter* O.P. non debba tenersi conto del termine iniziale di decorrenza della pena indicato nel titolo (sentenza o provvedimento di cumulo) in esecuzione al tempo del reclamo, potendo altresì valutarsi i periodi pregressi – di esecuzione pena o di custodia cautelare – a condizione che siano ricompresi nel predetto titolo.

Com'è noto, l'articolo 35 *ter* dell'Ordinamento Penitenziario è stato sin dal suo ingresso – complice un tenore letterale generico e frettoloso – foriero di numerosi problemi applicativi che ne hanno minato alla base la funzione rimediale².

Tra le questioni più problematiche, ha assunto sin da principio un ruolo primario quella del significato da attribuire al requisito di «*attualità del pregiudizio*».

Infatti, a ridosso dell'entrata in vigore della norma e in assenza di referenti nomofilattici, i Magistrati di Sorveglianza hanno spesso ceduto alla tentazione di interpretare in senso restrittivo la nozione, considerando cioè l'attualità del pregiudizio – *i.e.* il fatto di trovarsi al momento del reclamo in uno stato detentivo contrastante con l'articolo 3 CEDU – alla stregua di un requisito di ammissibilità dell'istanza. Per ciò solo, qualsiasi reclamo che avesse ad oggetto periodi di detenzione pregressi alla domanda era da considerarsi inammissibile e di competenza del giudice civile.

¹ Il D.L. 92 del 26 giugno 2014 convertito in legge 117 dell'11 agosto 2014 è entrato in vigore il 28 giugno 2014.

² Cfr. M. PASSIONE, *35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3 nonché S. CIUFFOLETTI, *Il giudice di Civil Law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35 ter O.P. alla luce di due recenti ordinanze del Magistrato di Sorveglianza di Pisa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 12.

Si tratta, a ben vedere, di un'*interpretatio abrogans*, tale da mortificare in modo irragionevole la portata rimediale della norma, privandola di accessibilità e immediatezza, tenuto conto altresì del termine decadenziale di 6 mesi dalla cessazione dello stato detentivo per adire il giudice civile, che impedirebbe di fatto qualsiasi forma di ristoro per i periodi detentivi pregressi.

La Corte di Cassazione, sin dalle prime pronunce sul tema, coglie il problema e si preoccupa di specificare che (i) l'attualità non debba essere riferita al pregiudizio bensì al mero stato detentivo e che (ii) i periodi di detenzione valutabili debbano essere quelli ricompresi nel titolo in esecuzione al momento della domanda.

Illuminante, in tal senso, il principio di diritto espresso da Cassazione Sezione I n. 7421 del 16 febbraio 2017 (ud. 17 novembre 2017), ric. *Migliaccio*, laddove ha precisato, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale formatosi sin dal 2015³, che «*la domanda risarcitoria, essendo slegata dal presupposto della attualità del trattamento degradante, ben può estendersi a periodi detentivi antecedenti, sempre che la restrizione in carcere sia stata perdurante o comunque dipendente da titolo ricompreso in un complessivo provvedimento di unificazione di pene concorrenti*».

È in questo contesto che si apprezza l'apporto chiarificatore della pronuncia in commento.

Infatti, anche alla luce dell'interpretazione estensiva del rimedio da parte della giurisprudenza sopra richiamata, la prassi dei detenuti nella presentazione dei reclami ai sensi dell'art. 35 *ter* O.P. è nella maggior parte dei casi di indicare genericamente tutti i periodi di detenzione sofferta, lasciando all'interprete il compito, non sempre agile, di distinguere quelli appartenenti al titolo in esecuzione da quelli non valutabili.

È per questa ragione che, nell'opera di ricostruzione della 'storia detentiva' del reclamante, i Magistrati di Sorveglianza si sono affidati non di rado proprio alla data di decorrenza della pena che risulta dal titolo in esecuzione o dall'Estratto della Cartella Biografica, cioè il registro relativo a ciascun ristretto tenuto dal carcere di appartenenza, comprensivo dei dati anagrafici e dell'elenco cronologico degli eventi giuridici relativi al titolo, compresi la data di emanazione del provvedimento di custodia cautelare, della sentenza, dell'irrevocabilità della stessa, della concessione della liberazione anticipata oltre, appunto, alla data di decorrenza e di fine della pena.

È proprio l'attribuzione a questa data iniziale del ruolo di 'spartiacque' tra i periodi detentivi valutabili e non valutabili ad essere censurato nella pronuncia in commento, che precisa come debbano essere presi in considerazione anche i periodi di detenzione ad essa antecedenti e finanche anteriori al 28 giugno 2014

³ Il riferimento è a Sezione I n. 43722 del 29 ottobre 2015 (ud. 11 giugno 2015), ric. *Salierno*, Sezione I n. 46966 del 26 novembre 2015 (ud. 16 luglio 2015), ric. *Koleci*, Rv. 265973 e Sezione I n. 876 del 12 gennaio 2016 (ud. 16 luglio 2015), ric. *Ruffolo*, Rv. 265857.

(giorno di entrata in vigore dell'articolo 35 *ter* O.P.), a condizione che siano computati nell'ammontare complessivo della pena.

A fondamento della motivazione i giudici della Suprema Corte precisano – riproponendo l'argomentazione già utilizzata in tema di risarcimento per irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge 89 del 2001 *Pinto* – che la fonte del diritto a non essere sottoposti a detenzione inumana e degradante non è da rinvenire nell'articolo 35 *ter* O.P. bensì nell'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ratificata in Italia con la legge n. 848 del 14 agosto 1955; la norma promulgata nel 2014, per vero, rappresenta il rimedio al pregiudizio sofferto per la violazione del medesimo diritto, sì che se da un lato i termini di prescrizione decorrono dalla data della sua introduzione⁴, detto rimedio deve trovare applicazione in relazione a qualsiasi detenzione intercorsa sin dal 1955.

A quest'ultima osservazione può assegnarsi valore di conferma della funzione rimediante e indennitaria dell'articolo 35 *ter* O.P., più che meramente deflattiva o integralmente risarcitoria.

A bene vedere, infatti, anche per i soggetti non più *in vinculis* – per i quali quindi non vi è urgenza alcuna di uscire dal circuito carcerario – è stato previsto un rimedio di tipo economico (8 euro per ogni giorno di detenzione in violazione dell'articolo 3 CEDU), a cui ancora di recente è stata attribuito un ruolo autonomo e non strumentale né accessorio rispetto alla detrazione di pena⁵.

Inoltre, la proporzione dei giorni da detrarre (1 ogni 10 di detenzione 'inumana e degradante') appare evidentemente irrisoria in ottica meramente deflattiva, sol che si consideri la sua inferiorità rispetto a quella prevista per la liberazione anticipata (1 giorno ogni 4)⁶ volta a premiare la buona condotta intramuraria. Infine, la natura forfettaria del rimedio economico, in una all'inedita *restitutio in integrum* rappresentata dalla riduzione di pena e all'assenza di alcun riferimento alla prova della 'colpa' dell'Amministrazione, risulta pacificamente incompatibile con una funzione prettamente risarcitoria, che infatti presuppone l'integralità e la personalizzazione del risarcimento del danno⁷.

Piuttosto, allora, l'articolo 35 *ter* O.P. consiste in un rimedio compensativo del danno patito dai detenuti a causa della sistemica condizione di sovraffollamento

⁴ Cfr. SSUU n. 3775 del 26 gennaio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), ric. *Tuttolomondo*.

⁵ Cfr. Corte costituzionale n. 204 del 21 luglio 2016, che ha sancito l'accessibilità diretta al rimedio pecuniario da parte del detenuto in espiatione della pena dell'ergastolo che abbia già espiato il *quantum* di pena richiesto dalla legge per l'ammissione alla semilibertà e alla liberazione condizionale.

⁶ L'articolo 54 dell'Ordinamento Penitenziario prevede infatti la detrazione di 45 giorni per ogni semestre in cui il detenuto abbia «*dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione*».

⁷ Cfr. *ex multis* Sezione I n. 9658 del 19 ottobre 2016 (ud. 27 febbraio 2017), ric. *De Michele*, Rv. 269308.

delle carceri italiane accertata dalla Corte EDU a partire dalla nota pronuncia Torreggiani⁸.

Tale osservazione permette di comprendere la *ratio* del percorso interpretativo della Cassazione, diretto a far arretrare quanto più possibile l'ambito di indagine delle lamentate condizioni di detenzione inumana e degradante, anche a periodi risalenti, ove infatti in numerose carceri italiane la situazione di sovraffollamento era ben più grave di quella attuale.

In conclusione, se da un lato questa posizione interpretativa rappresenta un importante passo avanti verso il raggiungimento della massima potenzialità indennitaria del rimedio, dall'altro rischia di porre evidenti problemi pratici: infatti, più si arretra nel periodo su cui disporre l'istruttoria in merito alle condizioni di detenzione concretamente patite, più il Magistrato di Sorveglianza troverà arduo ricostruire la storia detentiva del reclamante e – a fronte dell'impossibilità per l'Amministrazione Penitenziaria di contrastare la domanda dell'(ex) detenuto – dovrà pronunciarsi a favore del reo, a maggior ragione in ossequio al recente orientamento giurisprudenziale in tema di onere della prova⁹.

⁸ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013.

⁹ Cfr. Sezione I n. 23362 del 24 maggio 2018 (ud. 11 maggio 2018), ric. *Lucchese* nonché F. CAPPELLETTI, *Onus probandi incumbit ei qui custodit: quando le affermazioni della persona in stato detentivo prevalgono sull'inerzia dell'Amministrazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 6.