



VALERIO CECCARELLI

Dottore in Giurisprudenza

DANNO DA INUMANA DETENZIONE

SOMMARIO: 1. L'origine dell'art. 35 ter ord. pen. – 2. L'individuazione del termine di prescrizione del diritto disciplinato dal legislatore. – 3. L'ordinanza interlocutoria 28 settembre 2017, n. 22764. – 4. Le possibili interpretazioni sulla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione per detenzione in condizioni inumane. – 5. La Sentenza a Sezioni Unite 8 maggio 2018, n. 11018. – 6. Riflessioni critiche a margine della pronuncia

1. – L'art. 35 ter Legge 26 luglio 1975 n. 354¹ è stato di recente introdotto dal legislatore mediante l'articolo 1, comma 1, del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 117². La disposizione risponde alla situazione di emergenza col-

¹ Ai sensi dell'art. 35 ter ord. pen., rubricato "Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati", "1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. 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 possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2".

² In particolare si segnala che, ai sensi dell'art. 2 del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, rubricato "Disposizioni sanzionatorie", "1. Coloro che, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, hanno cessato di espiare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare in carcere, possono proporre l'azione di cui all'articolo 35 ter, comma 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354, entro il termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla stessa data. 2. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, i detenuti e gli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto dell'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, possono presentare domanda ai sensi dell'articolo 35 ter, legge 26 luglio 1975, n. 354, qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della predetta Corte".



legata al fenomeno del sovraffollamento carcerario negli istituti penitenziari italiani³, che ha formato più volte oggetto della giurisprudenza della Corte Edu per i profili di violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴.

In particolare, la condizione di restrizione di molteplici detenuti in spazi ambientali ristretti o privi dei servizi fondamentali ha formato oggetto della pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*⁵, il cui esito di condanna nei confronti del Paese ha dato origine alla presentazione di molteplici ricorsi dinanzi al giudice di Strasburgo con finalità risarcitoria.

Da ultimo, la nota sentenza *Torreggiani c. Italia*⁶ ha evidenziato la disfunzione strutturale del sistema carcerario italiano, con la concreta attitudine a determinare una lesione diffusa dei diritti fondamentali dei detenuti⁷. Tale constatazione ha condotto la Corte Edu ad adottare la

³ Sul tema, ALBANO E PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cassazione penale*, 2014, 2398; ALBANO, PISCITELLO E PICOZZI, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cassazione penale*, 2015, 2144; CAPRIOLI E SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015; COMUCCI E MEDDIS, *Divieto di trattamenti inumani e degradanti e sovraffollamento carcerario*, in *Criminalia*, 2008, 449; GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 1259; GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processuale*, 2012, 633; GIARDA, *Il sovraffollamento carcerario. Un altro intervento di buona volontà*, in *Corriere del merito*, 2013, 1041; GIOSTRA, *Sovraffollamento delle carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 53; ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1131; LOMBARDO, *Obblighi internazionali in materia penale (Convenzione Cedu)*, in *Digesto penale*, Torino, 2014, 408; ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1188.

⁴ Per la ricostruzione della giurisprudenza della Corte Edu sul punto, COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 221; COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 213; CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processuale*, 2014, 72; DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio "extra ordinem" contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 428.

⁵ C. Dir. uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1941. Sulla sentenza: EUSEBI, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cassazione penale*, 2009, 4938.

⁶ C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927. Sulla sentenza: DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147; DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 948; MONTAGNA, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sovraffollamento carcerario: il caso Torreggiani e altri c. Italia*, in www.diritti-cedu.unipg.it; TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, 11; VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

⁷ In particolare, in C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927, si legge che "La corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di uno spazio vitale conforme [...] la grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi costituita di per sé un trattamento contrario alla Convenzione [...]. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi, ammessa dal Governo, nonché l'illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere [...] non hanno mancato di causare ai ricorrenti un'ulteriore sofferenza, benché non costituiscano

JUS CIVILE



procedura della sentenza pilota, regolata dall'art. 46 Cedu e dall'art. 61 del Regolamento della Corte⁸, al fine di indicare allo Stato le misure di portata generale necessarie per rimuovere il malfunzionamento interno al sistema.

Le modifiche del sistema carcerario, indicate dalla pronuncia richiamata come idonee a prevenire successive situazioni di compromissione dei diritti presidiati dalla Convenzione, hanno innanzitutto una portata strutturale, in quanto finalizzate alla riduzione del numero delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale negli istituti penitenziari, mediante un più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione.

La Corte Edu ha indicato inoltre la necessità per lo Stato di adottare un complesso di misure di natura preventiva e compensativa⁹, volte a sottrarre il detenuto alla prosecuzione del trattamento carcerario degradante ovvero, nel caso in cui la situazione di detenzione non sia più in essere, a compensarlo mediante un congruo risarcimento patrimoniale per il pregiudizio ingiustamente subito.

Successivamente alla dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte Costituzionale di due ordinanze di rimessione¹⁰ dirette ad ottenere una pronuncia additiva destinata a sopperire alla carenza di rimedi preventivi o compensativi volti a contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario¹¹, il legislatore interno ha risposto al monito proveniente dalla giurisprudenza

di per sé un trattamento inumano e degradante [...]. La Corte ritiene che le condizioni detentive in questione, tenuto anche conto della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione".

⁸ A norma dell'art. 61, paragrafo 1, del Regolamento della Corte Edu, "la Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi". Sul tema, LOMBARDO, *Obblighi internazionali in materia penale (Convenzione Cedu)*, in *Digesto penale*, 2014, 408.

⁹ In particolare, in C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927, si legge che "quanto alla o alle vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico riconosciuto nella presente causa, la Corte rammenta che, in materia di condizioni detentive, i rimedi «preventivi» e quelli di natura «compensativa» devono coesistere in modo complementare. Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita" e che "la Corte ne conclude che le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione, come richiamati in particolare nella presente sentenza ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui questa sarà divenuta definitiva".

¹⁰ Trib. Sorveglianza Venezia, Ordinanza 13 febbraio 2013, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 986, con nota di DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave anti-overcrowding. La parola alla Corte Costituzionale*; Trib. Sorveglianza Milano, 12 marzo 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, con nota di DELLA BELLA, *Sollezata ancora questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*.

¹¹ Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4514. Le ordinanze di rimessione erano volte a sollecitare una pronuncia additiva della Consulta per sopperire alla perdurante assenza nell'ordinamento interno dei rimedi preventivi e compensativi indicati dalla Corte Edu. La disposizione censurata era



europea mediante l'introduzione di un complesso di misure, tra le quali rientra la previsione del richiamato art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario.

2. – A seguito della recente introduzione di un rimedio compensativo da parte del legislatore, si è assistito alla presentazione di molteplici ricorsi dinanzi al giudice civile da parte di detenuti, che allegavano di aver subito un trattamento carcerario degradante anche a far data da un momento iniziale risalente nel tempo¹². Si è dunque posta la questione relativa all'identificazione del termine di prescrizione del diritto risarcitorio o indennitario regolato dall'art. 35 *ter* ord. pen.¹³.

Occorre innanzitutto evidenziare che la disposizione richiamata prevede un termine di decadenza per la proposizione dell'azione diretta ad ottenere la pronuncia di riduzione della pena o di risarcimento del danno. Tale termine ha durata semestrale e decorre dalla cessazione dello stato di detenzione o di custodia cautelare in carcere.

Inoltre, la disposizione transitoria contenuta nel D.L. 26 giugno 2014, n. 92 identifica nella data di entrata in vigore del decreto legge il momento iniziale per il decorso del termine di decadenza semestrale, avendo riguardo, da un lato, ai detenuti che abbiano già cessato di espiare la

l'art. 147 c.p., in materia di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, nella parte in cui non prevedeva, tra le ipotesi di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, il caso in cui la carcerazione avrebbe dovuto svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Con la sentenza richiamata, la Corte Costituzionale ha rilevato "la pluralità delle soluzioni normative che potrebbero essere adottate", affermando pertanto che "non spetta alla Corte individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistematico del sovraffollamento carcerario". Sulla sentenza: LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, in *Digesto penale*, 2016, DELLA CASA, *Il monito della consulta circa il rimedio estremo della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4514; APRILE, *Sentenza monito della Corte costituzionale sul problema del sovraffollamento delle carceri*, in *Cassazione penale*, 2014, 512.

¹² *Ex multis*, Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.

¹³ In dottrina la tematica è stata affrontata da BARONE, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35 ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, relazione del 13 aprile 2015, a cura dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione; CAPITANI, *Accolte le pretese risarcitorie del detenuto per trattamenti degradanti antecedenti al 28 giugno 2014*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, 15; DELLA BELLA, *Il risarcimento dei detenuti vittime del sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; DELLA CASA, *Il risarcimento del danno derivante da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cassazione penale*, 2013, 2264; FIORENTIN, "Rimedi compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento, in *Cassazione penale*, 2016, 692; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; GIORDANO, *Il diritto alla prova nelle controversie per il risarcimento dei danni da trattamento penitenziario degradante*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 1024; GIOSTRA, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, in *Digesto penale*, Torino, 2016; MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35 ter ord. penit. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; PENONCINI, *Il "rimedio risarcitorio" da detenzione inumana tra aspettative costituzionali e svilimenti ermeneutici*, in *Cassazione penale*, 2015, 2018.



condanna detentiva in un momento precedente alla previsione legislativa, nonché, dall'altro lato, ai detenuti che in tale data abbiano già presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo un ricorso in relazione al quale non sia ancora intervenuta una decisione di ricevibilità.

La previsione legislativa del termine decadenziale ha imposto ai giudici di merito di analizzare la correlazione tra il decorso, rispettivamente, del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione e del diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento per il danno subito¹⁴.

La questione ha riguardato diverse fattispecie applicative.

Tanto con riferimento al termine di decadenza previsto dalla disposizione a regime, quanto con riguardo al termine di decadenza previsto dalla disposizione transitoria, possono configurarsi le ipotesi di soggezione del ricorrente alla detenzione in condizioni inumane a far data da un periodo risalente nel tempo, nonché le distinte ipotesi di cessazione della natura degradante del trattamento sanzionatorio nel corso del periodo di detenzione e dunque antecedentemente rispetto al momento iniziale di decorrenza del termine decadenziale, da identificarsi rispettivamente nella cessazione dello stato detentivo ovvero nell'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario.

Per risolvere i profili problematici, una prima ipotesi ricostruttiva risiede nell'applicazione dell'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al rapporto tra prescrizione e decadenza riferite all'equo indennizzo da irragionevole durata del processo, in forza del quale la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione¹⁵.

Ritenere applicabile tale indirizzo ermeneutico risolverebbe ciascuna delle questioni poste dalle fattispecie analizzate, in quanto determinerebbe l'operatività del solo termine di decadenza, rendendo non rilevante l'individuazione del momento iniziale e della durata complessiva del termine di prescrizione¹⁶.

¹⁴ Per la più completa analisi dei profili di diritto intertemporale sollevati dalla nuova disposizione, TRUBIANI, *Profili di diritto intertemporale del danno da detenzione "in stato di degrado"*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2018, 2, 186. Sul rapporto tra il termine decadenziale ed il termine di prescrizione si veda anche il parere reso sul d.l. n. 92 del 2014 dal C.S.M., in data 30 luglio 2014, in www.csm.it.

¹⁵ In questo senso Cass. civ., Sez. Un., 2 ottobre 2012., n. 16783, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 10, 1178 ha affermato che *"in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale [...] esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione, in tal senso deponendo [...] anche una lettura dell'art. 2967 cod. civ. coerente con la rubrica dell'art. 2964 cod. civ., che postula la decorrenza del termine di prescrizione solo allorché il compimento dell'atto o il riconoscimento del diritto disponibile abbia impedito il maturarsi della decadenza; inoltre, in tal senso depone, oltre all'incompatibilità tra la prescrizione e la decadenza, se riferite al medesimo atto da compiere, la difficoltà pratica di accertare la data di maturazione del diritto [...]".* In senso conforme, *ex multis* Cass. civ., 25 gennaio 2011, n. 1689, in *Guida al diritto*, 2011, 12, 45; Cass. civ., 30 dicembre 2009, n. 27719 in *Giust. civ. mass.*, 2009, 12, 1760;

¹⁶ La tesi in esame configura il rimedio previsto dal legislatore come predisposto per tutelare un diritto non preesistente nell'ordinamento. Tale assunto implica due ordini di conseguenze. In primo luogo, dalla novità del diritto conseguirebbe la non configurabilità di un termine iniziale di decorrenza del relativo termine di prescrizione in un momento anteriore rispetto alla nuova previsione legislativa. In secondo luogo, dall'impossibilità di desumere dai principi generali dell'ordinamento interno o dall'adesione dello Stato alla Convenzione Edu la preesistenza di un obbligo in capo all'amministrazione penitenziaria di mantenere i detenuti in condizioni non degradanti deriverebbe la

JUS CIVILE



Tuttavia, può essere sostenuto che, diversamente dall'indennizzo per non ragionevole durata del processo, la somma liquidata al detenuto che abbia subito in carcere un trattamento degradante trovi titolo giustificativo non già in una pretesa indennitaria, regolata esclusivamente dalla disposizione da ultimo inserita nella legge sull'ordinamento penitenziario, bensì in un'obbligazione risarcitoria preesistente rispetto alla previsione del legislatore¹⁷, che si sarebbe limitata a determinare una forma di liquidazione forfettaria del danno, con semplificazione dell'onere probatorio gravante sul ricorrente.

Tale ricostruzione viene avvalorata dalla considerazione per cui l'obbligo dell'amministrazione di garantire una detenzione in condizioni non degradanti risulta già disciplinata dalle disposizioni generali della legge sull'ordinamento penitenziario. Inoltre, questa obbligazione potrebbe trovare il proprio fondamento nell'adesione dello Stato alla Convenzione Edu, con la conseguente assunzione dell'impegno di garantire la protezione dei diritti fondamentali da essa presidiati. Infine, questa conclusione risulterebbe confermata dall'argomento testuale, in base al quale occorrerebbe evidenziare il ricorso da parte del legislatore alla nozione di "risarcimento del danno", senza alcun richiamo testuale alla natura meramente indennitaria della posizione di vantaggio del privato.

Aderendo a questa interpretazione¹⁸, si porrebbe la necessità di ricostruire il regime della prescrizione del diritto al risarcimento del danno per detenzione in condizioni inumane.

In primo luogo, occorrerebbe identificare la fonte della responsabilità risarcitoria gravante sulla pubblica amministrazione, come derivante da un fatto illecito ovvero dall'inadempimento ad un'obbligazione disciplinata dalla legge, con conseguente applicazione del termine di prescrizione rispettivamente quinquennale ovvero decennale.

A favore della qualificazione dell'ipotesi in esame come responsabilità da inadempimento¹⁹, può essere valorizzata la presenza nella legge sull'ordinamento penitenziario di disposizioni che impongono all'amministrazione penitenziaria di mantenere una qualità della condizione di vita dei detenuti tale da salvaguardare i diritti fondamentali della persona²⁰. Inoltre, può essere ri-

necessità di ricondurre il rimedio in esame nella categoria indennitaria, anziché in quella del risarcimento per un danno ingiusto o per l'inadempimento ad un'obbligazione già esistente.

¹⁷ In questo senso Cass. pen., 30 gennaio 2013, n. 4772, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 973, prima dell'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario aveva sostenuto che il diritto ad un trattamento detentivo conforme ai principi di cui all'art. 3 Cedu potesse essere già fatto valere davanti al giudice civile.

¹⁸ Si tratterebbe tuttavia di una tesi diretta a sminuire la portata innovativa del rimedio introdotto dal legislatore, che si sarebbe limitato a fornire uno strumento di quantificazione forfettaria rispetto ad un'obbligazione risarcitoria già configurabile in capo allo Stato anche prima della riforma dell'ordinamento penitenziario. Inoltre, come sarà più avanti evidenziato, tale ricostruzione collocherebbe la previsione legislativa in un rapporto di contrasto con il principio di integralità del risarcimento rispetto al danno arrecato.

¹⁹ In questo senso, Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.

²⁰ In particolare, in forza dell'art. 1 ord. pen., rubricato "Trattamento e rieducazione", "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non

JUS CIVILE



chiamata l'esistenza del complesso delle obbligazioni gravanti sullo Stato a seguito dell'adesione alla Convenzione Edu²¹. Infine, secondo la teoria del contatto sociale qualificato, può essere evidenziato il rapporto di fatto esistente tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria, in forza del quale il primo dovrebbe trovarsi nella situazione di potersi attendere dal soggetto pubblico il rispetto dei propri diritti umani inviolabili e l'attuazione della fase esecutiva della pena secondo modalità tali da salvaguardarne la finalità rieducativa.

In contrasto rispetto alla tesi che sostiene la natura contrattuale della fattispecie risarcitoria oggetto di esame, deve essere richiamata la crisi che attraversa la teoria del contatto sociale qualificato. A tal fine, può essere evidenziata la difficile perimetrazione dell'ambito applicativo della fattispecie di responsabilità da contatto sociale qualificato, nel quale ricadrebbero ipotesi eterogenee di inadempimento ad obbligazioni non aventi fonte in una specifica previsione di legge e non derivanti dalle clausole di un contratto. Inoltre, la ricostruzione da parte del legislatore della responsabilità medica come avente natura aquiliana²² avrebbe disconosciuto i risultati raggiunti dalla tesi del contatto sociale qualificato in uno degli ambiti applicativi nei quali la teoria aveva registrato maggiori adesioni.

Aderendo a queste considerazioni, occorrerebbe dunque affermare che il mantenimento dei detenuti in condizioni non dignitose rilevarebbe come danno ingiusto e non già come inadempimento ad un'obbligazione derivante dalla legge²³. Seguendo questa interpretazione, le dispo-

possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari”.

Inoltre, ai sensi dell'art. 6, rubricato “*Locali di soggiorno e di pernottamento*”, “*I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti. Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti. Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto”.*

²¹ Deve essere a tal fine richiamato l'art. 3 Cedu, in forza del quale “*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*”. La giurisprudenza della Corte Edu ha interpretato questa disposizione affermando che “*la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente*” (C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927). In particolare, può essere evidenziato come la giurisprudenza della Corte Edu riconoscesse, già prima della riforma dell'ordinamento penitenziario, la sussistenza in capo allo Stato di “*un obbligo positivo*” diretto a garantire condizioni di trattamento umano per i detenuti. Si tratta di un argomento di notevole momento a supporto della tesi che riconosce la natura contrattuale del rimedio predisposto dal legislatore.

²² In questo senso, l'art. 7, comma 3, della L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli Bianco), ai sensi del quale “*L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*”.

²³ In questo senso, Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

JUS CIVILE



sizioni dell'ordinamento penitenziario e della Convenzione Edu dovrebbero essere interpretate non come dirette a disciplinare un'obbligazione dello Stato, ma come intese a presidiare una posizione di diritto inviolabile del soggetto sottoposto a detenzione in carcere. Di conseguenza, la lesione della posizione soggettiva individuale rilevarebbe non come inadempimento, ma come danno ingiusto non patrimoniale alla persona, cagionato ledendo un diritto riconosciuto dalla legge.

In secondo luogo, risulterebbe necessario individuare il momento iniziale di durata del termine di prescrizione. A tal fine, l'illecito della pubblica amministrazione dovrebbe essere qualificato come illecito permanente, in forza della protrazione delle condizioni detentive inumane alle quali il carcerato si trova esposto. Da questa considerazione, deriverebbe la possibilità di applicare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di prescrizione dell'illecito permanente. In particolare, la giurisprudenza ha condiviso la tesi per cui in caso di fatto illecito continuativo, connotato dalla sussistenza di un evento lesivo prolungato e ripetuto nel tempo, occorrerebbe individuare il momento iniziale di decorrenza del relativo termine prescrizionale in corrispondenza di ogni singolo periodo temporale in cui il danno viene realizzato. Alla modalità continuativa di verifica del fatto illecito conseguirebbe quindi una corrispondente continuità del decorso della prescrizione del diritto al risarcimento per i singoli momenti lesivi verificatisi nel tempo²⁴.

Dall'adesione a questa impostazione conseguirebbe la non risarcibilità, per avvenuta prescrizione del diritto, con riguardo ai danni derivanti dalle condizioni inumane di detenzione alle quali il ricorrente sia stato esposto nei periodi antecedenti il quinquennio, ove si aderisse alla tesi della responsabilità di natura aquiliana, ovvero nei periodi antecedenti il decennio, ove si

²⁴ In questo senso, Cass. civ., Sez. Un., 14 novembre 2011, n. 23763, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 11, 1606, che affermato che “*in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica*”. In senso conforme, Cass. civ. 19 giugno 2015, n. 12701, in *Diritto e giustizia*, 2015, per cui “*in tema di illecito permanente, i danni si verificano momento per momento mentre il diritto al risarcimento sorge e può essere esercitato in ogni istante, pertanto il termine di prescrizione decorre de die in diem, man mano che i danni stessi accadono*”, Cass. civ., 28 maggio 2013, n. 13201, in *Giust. civ. mass.*, 2013, per cui, “*la mera protrazione degli effetti negativi derivanti da una condotta illecita integra un illecito istantaneo ad effetti permanenti e non già un illecito permanente, per il quale soltanto è configurabile un diritto al risarcimento che sorge in modo continuo e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce*” e Cass. civ. 24 agosto 2007, n. 17985, in *Giust. civ. mass.* 2007, per cui “*in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica*”.



aderisse alla tesi della responsabilità per inadempimento di un obbligo derivante dalla legge, entrambi precedenti rispetto al momento di presentazione del ricorso.

3. – Le esposte questioni interpretative sono state affrontate dal Tribunale di L'Aquila, il quale accoglieva la richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente, sottoposto ad un trattamento detentivo in condizioni degradanti a far data dal 1996 e fino al 2014, anno nel quale esperiva il rimedio previsto dall'art. 35 *ter* ord. pen., nel rispetto del termine decadenziale di sei mesi previsto dal legislatore.

In particolare, il giudice riteneva che il diritto azionato trovasse la propria fonte esclusiva nella disposizione di legge di nuova introduzione, non risultando ad essa preesistente, con conseguente impossibilità di configurare un momento iniziale del decorso del termine di prescrizione del diritto in un periodo antecedente rispetto all'entrata in vigore della previsione legislativa.

In sede di ricorso straordinario in Cassazione avverso il decreto emesso dal Tribunale, il Ministero della Giustizia, rappresentato dall'Avvocatura Generale, evidenziava la fondatezza dell'opposta tesi, basata sulla riconducibilità del rimedio previsto dal legislatore nel novero della responsabilità aquiliana derivante da un fatto illecito permanente, con correlativa decorrenza del termine quinquennale di prescrizione a partire da ogni giorno di permanenza del fatto illecito dannoso.

Con ordinanza interlocutoria²⁵, la terza sezione civile della Corte di Cassazione ha disposto che gli atti fossero trasmessi al Primo Presidente, affinché questi potesse valutare l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite.

La prima questione interpretativa affrontata dall'ordinanza interlocutoria attiene all'applicabilità al caso in esame delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in relazione all'equa riparaazione conseguente alla violazione del termine di ragionevole durata del processo, aderendo alle quali occorrerebbe affermare che il termine di prescrizione del diritto sottoposto a decadenza potrebbe decorrere solo allorché il compimento dell'atto abbia impedito il maturarsi della decadenza.

La seconda questione esegetica analizzata dall'ordinanza interlocutoria riguarda l'altra affermazione posta a fondamento della decisione oggetto di ricorso, ossia la conclusione relativa alla natura non preesistente del diritto risarcitorio o indennitario da ultimo disciplinato dal legislatore in sede di riforma dell'ordinamento penitenziario.

L'affermazione relativa alla natura preesistente del diritto risarcitorio regolato dalla legge sull'ordinamento penitenziario imporrebbe tuttavia di affrontare una terza questione, relativa alla sussunzione di tale ipotesi di responsabilità nel modello dell'illecito aquiliano ovvero nel modello della responsabilità contrattuale da inadempimento di obbligazioni.

La qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria come aquiliana ov-

²⁵ Cass. civ., ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in *www.ilcaso.it*.

JUS CIVILE



vero da inadempimento comporterebbe conseguenze di primario rilievo con riguardo all'identificazione della durata e del momento iniziale del termine di prescrizione del diritto,

Infine, l'ordinanza evidenzia che il riconoscimento della natura preesistente del diritto azionato mediante la procedura descritta dall'ordinamento penitenziario, e conseguentemente la sua qualificazione come risarcimento da inadempimento ovvero da illecito aquiliano, potrebbe condurre alla conclusione relativa alla non idoneità dello strumento della liquidazione forfettaria individuato dal legislatore ad assicurare il congruo ristoro dei danni subiti dal detenuto.

4. – Prima di analizzare e per meglio comprendere la recente sentenza emessa dalla Cassazione a Sezioni Unite sul punto, si può tentare di ricondurre a sintesi le diverse ricostruzioni ipotizzabili in merito alla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria per aver dato luogo ad un trattamento detentivo in condizioni inumane²⁶.

Una prima ricostruzione²⁷ è quella diretta a qualificare il rimedio introdotto dal legislatore come indennitario e fonte di tutela per un diritto non preesistente nell'ordinamento. La novità della previsione del diritto, risultante all'esito della riforma dell'ordinamento penitenziario, renderebbe non configurabile la decorrenza del termine di prescrizione in relazione alle situazioni detentive precedenti rispetto all'introduzione della disposizione. Inoltre, anche con riguardo alle ipotesi di detenzione verificatesi successivamente all'entrata in vigore della norma, la natura esclusivamente indennitaria dell'attribuzione prevista a vantaggio del privato imporrebbe di identificare la decorrenza della prescrizione solo nel momento in cui risulti impedito il maturarsi della decadenza.

Si tratta di una tesi sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito, nell'ambito della quale rientra la pronuncia che ha formato oggetto del ricorso in cassazione analizzato dall'ordinanza interlocutoria esaminata²⁸.

Una seconda ricostruzione²⁹ condivide le conclusioni già esposte in riferimento alla natura

²⁶ Sulla ricostruzione delle ipotesi in tema di qualificazione del rimedio in esame, LUME, *Ricorsi per inumana detenzione ex art. 35 ter l. 354/1975 e giudice civile*, in www.unicost.eu

²⁷ In questo senso, GIOSTRA, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015. In particolare, l'Autore ritiene “*impropria la qualificazione di risarcimento, fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia*”.

²⁸ La principale criticità di questa tesi risiede nella difficoltà di conciliare l'affermazione riguardante la novità del diritto introdotto dal legislatore con la notazione relativa alla preesistenza degli obblighi dello Stato di garantire un trattamento umano ai detenuti, secondo le previsioni generali della legge sull'ordinamento penitenziario, nonché in forza dell'adesione dell'ordinamento interno alla Convenzione Edu. Inoltre, riconoscere il diritto a ricevere la prestazione indennitaria a vantaggio di tutti i soggetti che presentino idoneo ricorso entro il termine decadenziale, decorrente dalla cessazione dello stato di detenzione ovvero dall'entrata in vigore della riforma sull'ordinamento penitenziario, esporrebbe il pubblico erario ad oneri notevoli e difficilmente prevedibili.

²⁹ Prospetta questa interpretazione Cass. civ., ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in www.ilcaso.it, nella parte in cui

JUS CIVILE



indennitaria del rimedio previsto dal legislatore. Tuttavia, la richiesta del detenuto di ricevere la prestazione indennitaria si riferirebbe a un rapporto ormai esaurito nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Pertanto, nonostante la novità dell'azione disciplinata a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario, si verificherebbe una non necessaria sovrapposibilità tra il momento di decorrenza del termine di decadenza, individuato nella cessazione del trattamento detentivo ovvero nell'entrata in vigore della legge, e il momento di decorrenza del termine di prescrizione, individuabile nella cessazione delle condizioni detentive degradanti.

Si tratta di una tesi richiamata dall'ordinanza interlocutoria per temperare le conseguenze applicative cui la tesi indennitaria condurrebbe. In particolare, evidenziando le peculiarità del regime transitorio individuato dal legislatore, tale interpretazione valorizza le differenze tra la riforma dell'ordinamento penitenziario e l'introduzione della normativa sull'indennizzo per irragionevole durata del processo. La posticipazione del termine iniziale di decadenza, riferito alle ipotesi in cui il trattamento detentivo risulti terminato al momento di entrata in vigore della norma, renderebbe non estendibile a tale fattispecie le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in merito alla legge Pinto³⁰.

Una terza ricostruzione³¹ è quella relativa alla natura non indennitaria ma risarcitoria dell'obbligazione compensativa per il danno subito dal detenuto a seguito del trattamento penitenziario in condizioni degradanti. Si tratterebbe di un diritto preesistente rispetto all'introduzione della nuova disposizione nell'ordinamento penitenziario, che si limiterebbe a fissare una quantificazione forfettaria per il ristoro di un pregiudizio di natura non patrimoniale subito dal detenuto. La conseguenza dell'adesione a questa impostazione risiede nell'applicazione del regime prescrizione individuato dalla giurisprudenza con riguardo agli illeciti permanenti. Si tratta di una tesi condivisa da una parte della giurisprudenza di merito, nonché dall'Avvocatura Generale

viene affermato che “*detti inconvenienti sarebbero quanto meno ridotti, se non evitati, superando (o adattando alla fattispecie in esame) il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite. La premessa è quella per cui, nella fase transitoria, pur agendo per conseguire un diritto in ipotesi precedentemente non riconosciuto dall'ordinamento, questo andrebbe tuttavia riferito ad un rapporto ormai "esaurito", trovando il diritto in parola la sua fonte e ragion d'essere nello stato di detenzione del soggetto. Allora, è più coerente col sistema, che richiede la stabilità delle situazioni giuridiche per decorso del tempo, ritenere la decorrenza del termine di prescrizione ordinario decennale dall'"esaurimento" del rapporto, operante contemporaneamente al termine di decadenza di sei mesi espressamente fissato dalle legge speciale. Quindi, si avrebbe che l'unico atto dell'esercizio dell'azione prevista dal D.L. n. 92 del 2014, art. 2, comma 1, avrebbe dovuto essere compiuto nel termine di decadenza di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legge, ma comunque entro il termine di prescrizione di dieci anni dalla cessazione dello stato di detenzione (così, appunto superandosi l'affermazione di principio della sentenza a S.U.)*”.

³⁰ Il punto critico di questa ricostruzione risiede nella constatazione per cui, così opinando, si configurerebbe una peculiare ipotesi di decorrenza del termine di prescrizione di un diritto in un momento antecedente rispetto a quello in cui il diritto possa essere fatto valere. Infatti, condividendo la tesi esposta, occorrerebbe identificare il momento iniziale del termine di prescrizione in un periodo temporale precedente rispetto alla previsione del rimedio indennitario da parte del legislatore.

³¹ Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*, 2015; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.

JUS CIVILE



dello Stato nell'ambito della fase processuale che si è conclusa con l'ordinanza interlocutoria esaminata³².

Nell'ambito di questa ricostruzione, si segnala la posizione assunta dalle Sezioni Unite Penali con la sentenza n. 3775 del 21 dicembre 2017³³. Pronunciandosi sul provvedimento assunto dal magistrato di sorveglianza in ordine alla riduzione della pena disciplinata dall'art. 35 *ter* ord. pen., la sentenza si esprime per la natura risarcitoria aquiliana del rimedio previsto dal legislatore. Tuttavia, nonostante il riconoscimento relativo alla preesistenza del diritto compromesso dal fatto illecito dell'amministrazione penitenziaria rispetto all'introduzione della previsione legislativa, il termine iniziale di decorrenza del periodo quinquennale di prescrizione viene individuato nel momento di entrata in vigore del nuovo istituto. Tale conclusione risulta supportata dalla considerazione per cui soltanto con la riforma dell'ordinamento penitenziario il diritto del detenuto, ancorché preesistente, avrebbe acquisito la possibilità di essere esercitato.

Una quarta ricostruzione si può basare sull'analisi del percorso legislativo relativo alla disciplina del danno da detenzione in condizioni inumane, distinguendo tra due diversi momenti temporali. Prima dell'introduzione del nuovo rimedio da parte del legislatore, la fattispecie sarebbe risultata sussumibile nelle generali categorie della responsabilità da inadempimento o aquiliana, con le relative conseguenze in termini di prescrizione. Successivamente alla modifica dell'ordinamento penitenziario, la disciplina della fattispecie risulterebbe affidata all'obbligo indennitario a carico dell'erario secondo l'espressa previsione del legislatore, con conseguente applicabilità del solo termine di decadenza semestrale.

Questa ricostruzione tende a conciliare, da un lato, la conclusione circa la natura indennitaria del rimedio previsto dal legislatore e regolato mediante una quantificazione predeterminata dell'obbligazione gravante sull'erario e, dall'altro lato, la necessità di sottoporre ad un termine di prescrizione le diverse ipotesi di trattamenti detentivi in condizioni degradanti effettuati a partire da periodi risalenti rispetto alla previsione legislativa³⁴.

³² I profili di criticità di questa tesi risiedono nel possibile contrasto tra la natura risarcitoria del rimedio individuato dal legislatore e la quantificazione mediante liquidazione in forma forfettaria e predeterminata dell'obbligazione gravante sullo Stato. Si assisterebbe ad una evidente deroga rispetto al principio di equivalenza sotteso all'istituto della responsabilità contrattuale e aquiliana. Una parte dei commentatori ha all'uopo evidenziato possibili profili di illegittimità costituzionale della disposizione a seguito di un'interpretazione siffatta³². In questo senso, FIORENTIN, *Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di Spangher, 2017, 486; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; FIORENTIN, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2014, 30, 28. Occorrerebbe tuttavia notare che la natura non patrimoniale del pregiudizio subito dal privato renderebbe in ogni caso necessario il ricorso a profili equitativi nella quantificazione del risarcimento del danno, con attenuazione della deroga rispetto al principio di integralità dell'obbligazione risarcitoria.

³³ Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 3775, in *Diritto e giustizia*, 2018

³⁴ La criticità di questa impostazione risiede nella difficile spiegazione del fenomeno di passaggio dalla natura risarcitoria a quella indennitaria del rimedio per il medesimo evento lesivo. Infatti, occorrerebbe sostenere che, a seguito della modifica dell'ordinamento penitenziario, sia venuto meno il carattere illecito o inadempiente del mantenimento dei detenuti in condizioni degradanti. Diversamente, si dovrebbe giungere alla conclusione per cui la nuova

JUS CIVILE



Una quinta ricostruzione³⁵ si può infine fondare sulla contemporanea configurabilità a vantaggio del detenuto danneggiato sia di un rimedio indennitario, specificamente disciplinato dall'ordinamento penitenziario, sia di un rimedio risarcitorio, derivante dall'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di mantenere i detenuti in condizioni di vita umane e dignitose. La tutela del privato, precedentemente affidata esclusivamente al rimedio risarcitorio, vedrebbe, a seguito della modifica del sistema penitenziario, affiancata all'azione ordinaria, diretta ad ottenere il pieno risarcimento del pregiudizio non patrimoniale subito, una diversa azione, finalizzata alla più rapida liquidazione di una somma a titolo di indennità.

Il ricorrente, a seguito della proposizione del ricorso diretto ad ottenere la somma prevista dall'art. 35 *ter* ord. pen. a titolo di indennizzo, potrebbe dunque agire in un momento successivo per chiedere il pieno risarcimento del danno subito, dimostrando, nell'ambito di un giudizio ordinario, l'entità del pregiudizio effettivamente patito. Dalla quantificazione del danno ritenuto comprovato nella sede del giudizio ordinario occorrerebbe detrarre l'importo dell'indennizzo precedentemente ricevuto, secondo le regole relative alla *compensatio lucri cum damno*³⁶. Infatti, si tratterebbe di attribuzioni patrimoniali aventi causa giustificativa immediata e diretta in un evento fattuale comune³⁷.

Un simile esito interpretativo risulterebbe assimilabile a quello condotto dalla giurisprudenza

disposizione deroghi al principio di equivalenza sotteso alla responsabilità risarcitoria, prevedendo esclusivamente un rimedio indennitario a fronte di una condotta illecita o inadempiente.

³⁵ In questo senso, BRACCIALINI, *Art. 35 ter c. 3 ordinamento penitenziario, Risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it

³⁶ A tal fine, può essere citata la recente sentenza Cass. Sez. un. 22 maggio 2018, n. 12564, in *Guida al diritto*, 25, 32, 2018, per cui “il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento”. In particolare, quanto ai presupposti dell'istituto, viene affermato che “la *compensatio* è operante solo quando il pregiudizio e l'incremento discendano entrambi, con rapporto immediato e diretto, dallo stesso fatto, sicché se ad alleviare le conseguenze dannose subentra un beneficio che trae origine da un titolo diverso ed indipendente dal fatto illecito generatore di danno, di tale beneficio non può tenersi conto nella liquidazione del danno, profilandosi in tal caso un rapporto di mera occasionalità che non può giustificare alcun diffalco. In altri termini, la detrazione può trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti; essa invece non opera quando il vantaggio derivi da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione perché il diverso titolo spieghi la sua efficacia”.

³⁷ Nel caso dell'indennizzo erogato a vantaggio del detenuto che abbia subito un trattamento degradante, deve essere evidenziato che la prestazione indennitaria erogata dallo Stato risulta correlata da un nesso di causalità immediata e diretta rispetto all'evento lesivo. Infatti, a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario, tanto il danno subito dal detenuto, quanto la prestazione indennitaria erogata a suo vantaggio costituiscono entrambe conseguenze correlate da un rapporto di normalità e regolarità causale rispetto all'evento lesivo costituito dal trattamento inumano subito durante il periodo di reclusione. Potrebbe quindi sostenersi che il pregiudizio effettivamente subito dal detenuto debba essere quantificato, nel caso in cui venga iniziata un'azione ordinaria a seguito dell'esperimento del rimedio indennitario, scomputando la somma ricevuta a quest'ultimo titolo dalla quantificazione dei danni non patrimoniali subiti durante il periodo di detenzione in condizioni degradanti.

JUS CIVILE



con riguardo alla previsione indennitaria di cui alla legge n. 210 del 1992, relativa alle ipotesi di danno alla salute conseguente a trasfusione di sangue infetto³⁸.

5. – Da ultimo le Sezioni Unite si sono espresse sulle questioni interpretative sollevate dall'ordinanza di rimessione, prendendo posizione sul tema della natura del rimedio previsto dal legislatore nella riforma dell'ordinamento penitenziario³⁹.

La Suprema Corte ha richiamato innanzitutto le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza delle Sezioni penali, formatasi con riguardo alla parte della disciplina di competenza del Tribunale di sorveglianza. Si tratta dell'indirizzo interpretativo, di cui si è dato conto, che si è espresso per la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore e per la decorrenza del relativo termine di prescrizione a partire dall'entrata in vigore della nuova disposizione. Infatti, la norma da ultimo introdotta nell'ordinamento penitenziario, ancorché predisposta per la salvaguardia di un diritto ad essa preesistente, avrebbe dato luogo alla predisposizione di un'azione dotata del carattere della novità.

La motivazione prosegue opinando nel senso della condivisibilità delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza penale, supportate dalla considerazione per cui l'art. 2935 c.c., nel prescrivere la decorrenza della prescrizione di un diritto a partire dal giorno in cui questo possa essere fatto valere, debba essere interpretato avendo riguardo alla possibilità legale di azionare la posizione giuridica⁴⁰. Da questa premessa consegue la necessità di individuare il termine iniziale di

³⁸ In questo senso, Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Giust. civ.*, 2009, 1, 2531, dove è stato sostenuto che “il diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto ha natura diversa rispetto all'attribuzione indennitaria regolata dalla legge n. 210 del 1992; tuttavia, nel giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della salute per omessa adozione delle dovute cautele, l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (“compensatio lucri cum damno”), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo”

³⁹ Cass. civ. Sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018 in www.ilcaso.it.

⁴⁰ In particolare, Cass. civ. Sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018 in www.ilcaso.it afferma che “il richiamo dell'art. 2935 cod. ci. richiede però una precisazione, in quanto la formula legislativa “dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere” contenuta in tale disposizione, per consolidata orientamento dottrinale e giurisprudenziale, deve intendersi con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul corso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto. Tale ricostruzione comporta che il significato della norma finisce per circoscriversi all'impedimento della decorrenza per i casi nei quali l'efficacia del fatto costitutivo sia sottoposta a condizione sospensiva o a termine iniziale, mentre gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto non impediscono il decorrere della prescrizione, compresa la presenza di una norma costituzionalmente illegittima che limiti o escluda l'esercizio del diritto”.

Tale conclusione sembra in possibile contrasto con l'orientamento consolidato sostenuto *ex multis* da Cass., 27 febbraio 2017, n. 4996, in www.italgiure.giustizia.it, per cui “il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto per contagio una malattia (nella specie, epatite HCV cronica poi evolutasi in cirrosi epatica) per fatto doloso o colposo di un terzo decorre non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche” e da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in www.italgiure.giustizia.it, per cui “in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno

JUS CIVILE



decorrenza della prescrizione del diritto in esame nel momento dell'entrata in vigore della riforma legislativa, che ha determinato l'ingresso nell'ordinamento di una nuova azione a tutela di un diritto preesistente.

Ciò premesso, la sentenza in esame prosegue nell'analisi della natura del rimedio previsto dall'ordinamento penitenziario. La motivazione conferma la derivazione della posizione giuridica di tutela del detenuto a partire dai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo, rilevando tuttavia dei tratti distintivi ed autonomi nel rimedio individuato dal legislatore interno. Muovendo dal riconoscimento del diritto fondamentale al rispetto della dignità umana del detenuto, non sarebbe stato infatti possibile desumere, prima della previsione legislativa, una specifica tutela di tale posizione nella forma della riduzione del trattamento sanzionatorio comminato, ovvero nella forma del riconoscimento del diritto ad un compenso economico per ogni giorno di detenzione subita in condizioni degradanti.

Proseguendo nell'analisi del rimedio predisposto dalla riforma, la sentenza rileva il carattere retroattivo dell'istituto. Si tratta infatti di una forma di azione diretta a tutelare anche situazioni pregresse rispetto al momento di entrata in vigore della disposizione. Tanto sarebbe possibile desumere dalla disciplina transitoria prevista dal legislatore, intesa a prevedere un termine di decadenza per far valere una situazione giuridica sorta nella sfera del privato in un momento antecedente rispetto a quello dell'introduzione della nuova forma di tutela⁴¹.

Date queste considerazioni, la motivazione giunge ad esaminare la questione che aveva occupato un ruolo centrale nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Al rimedio predisposto dal legislatore viene riconosciuta natura indennitaria. Tale conclusione viene supportata dalla rilevazione della logica forfettaria sottesa alla quantificazione della somma dovuta al detenuto danneggiato per ogni giorno di detenzione in condizioni degradanti in carcere. Tale forma di quantificazione risulta infatti estranea ad ogni valutazione in merito alla intensità del pregiudizio subito dal detenuto e alle specificità della situazione concreta verificatasi. Inoltre, la disposizione in esame non dedica alcuna considerazione all'elemento soggettivo correlato alla produzione del danno a carico della sfera morale del detenuto. Invece, il rimedio in esame segue finalità distinte da quelle proprie della tutela risarcitoria, risultando predisposto allo scopo di semplificare il

lungolatente, l'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si prescrive, in base al combinato disposto degli art. 2935 e 2947 cod. civ., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, e il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in casazione, se sufficientemente e coerentemente motivato”.

⁴¹ La pronuncia condivide dunque l'impostazione relativa alla natura preesistente del diritto rispetto all'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario. Si tratta di una conclusione non scontata, in quanto sarebbe stato possibile affermare che il rimedio di nuova introduzione fosse volto a salvaguardare una posizione precedentemente non tutelata da parte dell'ordinamento interno. Per sostenere questa tesi, si sarebbe dovuto affermare che l'adesione dell'ordinamento interno alla Convenzione Edu non fosse sufficiente per configurare a vantaggio dei privati un diritto risarcitorio nei confronti dello Stato, inadempiente agli obblighi di protezione verso i detenuti. Tuttavia, questa impostazione non avrebbe tenuto conto dei principi costituzionali interni, che sottopongono la detenzione ad una finalità rieducativa, nonché delle espresse previsioni dell'ordinamento penitenziario.



meccanismo di calcolo della somma da liquidare al privato e di ridurre le variabili applicative inevitabilmente sottese ai margini di discrezionalità dell'organo giudicante.

Il diritto configurato dal legislatore deriva inoltre da una violazione di un obbligo gravante sull'amministrazione penitenziaria e non sarebbe pertanto qualificabile come pretesa risarcitoria conseguente alla verifica di un danno ingiusto. Il rimedio in esame risulta, anche sotto tale profilo, estraneo alle disposizioni in tema di illecito aquiliano, essendo riconosciuto dal legislatore per tutelare il detenuto non già rispetto ad un danno ingiusto, quanto piuttosto nei confronti di un inadempimento dell'amministrazione ad un'obbligazione preesistente⁴².

Ferma la natura indennitaria del diritto, la motivazione dedica una specifica analisi alla struttura del rimedio in esame, per trarne le conseguenze in punto di decorrenza del termine di prescrizione e di rapporto tra questo termine e quello di decadenza previsto dal legislatore.

Quanto alla decorrenza del termine di prescrizione, la sentenza afferma la necessità di individuare un rapporto di simmetria tra il meccanismo di maturazione della pretesa indennitaria e quello di decorrenza del relativo termine di prescrizione. Partendo dalla premessa per cui la somma liquidata a vantaggio del privato matura giorno per giorno, non può che giungersi alla conclusione per cui anche la prescrizione del diritto debba decorrere in correlazione ad ogni singolo giorno di detenzione. Pertanto, il diritto di ricevere l'indennizzo per ogni singolo giorno di detenzione in condizioni degradanti risulta dotato di un proprio autonomo periodo di prescrizione⁴³.

⁴² Ripercorrendo l'apparato motivazionale della sentenza si nota come, partendo dalla condivisione dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza penale quanto alla natura risarcitoria del rimedio oggetto di esame, la sentenza sia giunta a conclusioni apparentemente divergenti con le relative premesse, sostenendo la tesi circa la natura indennitaria della forma di tutela predisposta a vantaggio del detenuto.

Occorre dunque conciliare la apparente divergenza tra le premesse e le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza. A tal fine sono ipotizzabili, come meglio descritto in seguito, due percorsi interpretativi. In primo luogo, si può ritenere che si tratti di una forma di quantificazione indennitaria a fronte di un'obbligazione che mantiene natura risarcitoria. In secondo luogo, si può ipotizzare che il riconoscimento di un rimedio indennitario non impedisca la permanenza della pretesa risarcitoria del privato, il quale potrebbe agire nelle sedi ordinarie per ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento integrale del danno effettivamente subito.

La prima soluzione avrebbe come conseguenza una concentrazione delle tutele, ma impedirebbe al detenuto di ottenere il risarcimento del danno subito oltre i limiti individuati dal legislatore. La seconda soluzione risulterebbe maggiormente aderente al principio di integralità dell'obbligazione risarcitoria rispetto al danno causato, ma comporterebbe per il privato la necessità di agire in due sedi diverse per vedere riconosciuta piena tutela alla propria posizione.

⁴³ Si tratta della tesi sostenuta da coloro che interpretavano il rimedio in esame come avente natura risarcitoria e non indennitaria. Infatti, la conclusione relativa alla decorrenza del termine di prescrizione in relazione ad ogni singolo giorno in cui permanga la situazione lesiva è stata condivisa dalla giurisprudenza con riguardo ad ipotesi di fatto illecito permanente e non con riguardo ad ipotesi di pretese di natura indennitaria. Infatti, in riferimento a questa seconda fattispecie, occorrerebbe riconoscere la natura unitaria del diritto a ricevere l'indennizzo, con conseguente decorrenza unitaria del relativo termine di prescrizione a partire dal momento in cui sia cessata la permanenza della situazione dannosa.

La conclusione sostenuta dalla sentenza avvalorava dunque la necessità di condividere una delle due tesi precedentemente esposte. La prima impostazione, riconoscendo natura sostanzialmente risarcitoria al rimedio in esame, renderebbe pacificamente applicabile al caso di specie la giurisprudenza relativa al danno da illecito permanente. La seconda impostazione, qualificando il rimedio indennitario come una forma di tutela agevolata per il privato, a fronte della possibilità di agire successivamente per il risarcimento integrale del danno, renderebbe ragionevole l'estensione al rimedio indennitario del medesimo termine di prescrizione riconosciuto per quello risarcitorio. Si tratterebbe infatti di rimedi tra loro correlati, in quanto diretti a riconoscere tutela a fronte del medesimo fatto illecito.

JUS CIVILE



Nelle ipotesi in cui la condizione inumana del trattamento si sia verificata prima dell'entrata in vigore della disposizione, il termine iniziale della decorrenza del termine di prescrizione viene riconosciuto in corrispondenza con il momento di introduzione della nuova norma. Infatti, il carattere retroattivo del riconoscimento del diritto non potrebbe valere a superare il principio che impedisce di far decorrere la prescrizione del diritto in un momento anteriore rispetto a quello in cui la posizione giuridica possa essere azionata⁴⁴.

Quanto al rapporto tra il termine di prescrizione e quello di decadenza, la motivazione esclude che con riguardo alle disposizioni oggetto di esame possa configurarsi una incompatibilità tra i due istituti. La disciplina del rimedio in questione non risulta infatti assimilabile a quella relativa all'indennizzo per non ragionevole durata del processo. A tal fine viene valorizzata la peculiarità dell'istituto in esame, connotato dalla possibile differenziazione del momento iniziale di decorrenza tra il termine di prescrizione e il termine di decadenza. Infatti, dalla conclusione relativa alla decorrenza della prescrizione del diritto indennitario in riferimento ad ogni singolo giorno di trattamento in condizioni degradanti, consegue la non sovrapposibilità di tale termine con quello di decadenza, decorrente invece dalla cessazione dello stato detentivo e riferito alla pretesa indennitaria nel suo insieme considerata.

6. – Risulta utile raffrontare la tesi accolta dalla giurisprudenza di legittimità con le teorie precedentemente emerse sulla ricostruzione del regime giuridico applicabile all'istituto.

La conclusione sulla natura indennitaria del rimedio previsto dal legislatore sembra avvicinare l'impostazione fatta propria dalla sentenza a quella affermata dalle prime due tesi richiamate.

Tuttavia, la prima ricostruzione aveva sostenuto l'incompatibilità tra la contemporanea decorrenza di un termine di prescrizione e di un termine di decadenza, in ciò divergendo radicalmente dalla posizione risultata dominante nella giurisprudenza di legittimità. Infatti, la sentenza ha espressamente escluso l'applicabilità al caso in esame dell'indirizzo giurisprudenziale formatosi in relazione al danno da irragionevole durata del processo.

Quanto alla seconda ricostruzione, basata sulla decorrenza del termine di prescrizione a partire dalla cessazione dello stato degradante delle condizioni detentive, e quindi in un momento anteriore rispetto a quello di decorrenza del termine di decadenza, le conclusioni da essa affermate si avvicinano a quelle condivise dalla giurisprudenza di legittimità. D'altro canto, occorre però rammentare che questa impostazione sosteneva la tesi della decorrenza unitaria del termine

⁴⁴ Si tratta di una affermazione conforme con le premesse sottese all'impianto motivazionale della sentenza, ossia con il riferimento alla necessità di individuare il termine iniziale di decorrenza del periodo di prescrizione nel momento in cui si verifica la possibilità legale di esercitare il diritto. Come già affermato, questa conclusione permette di conciliare l'affermazione circa la natura preesistente del diritto con il riconoscimento della decorrenza del termine di prescrizione a partire dal successivo momento di introduzione legislativa del nuovo rimedio indennitario. Infatti, soltanto a partire da tale secondo momento il diritto precedentemente riconosciuto in capo al privato sarebbe diventato legalmente azionabile.

JUS CIVILE



di prescrizione del diritto indennitario a partire dall'ultimo giorno in cui la detenzione inumana si fosse verificata, laddove la sentenza ha invece affermato la decorrenza del termine di prescrizione a partire da ogni singolo giorno in cui il trattamento degradante abbia trovato luogo. Inoltre, con specifico riguardo alle ipotesi di trattamenti detentivi in condizioni degradanti successivi alla riforma dell'ordinamento penitenziario, la conclusione affermata dalla giurisprudenza risulta temperata dal riconoscimento della decorrenza del termine prescrizione soltanto nel momento di entrata in vigore della modifica legislativa.

I profili che allontanano le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di legittimità dall'impostazione da ultimo richiamata sembrano invece avvicinarla alla terza tesi in precedenza esposta. Si tratta della ricostruzione che affermava la natura risarcitoria del rimedio individuato dal legislatore e ne faceva conseguire l'applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale sulla decorrenza del termine di prescrizione nell'illecito permanente. La tesi in esame aveva infatti sostenuto che la prescrizione del diritto riconosciuto in capo al detenuto dovesse decorrere a partire da ogni singolo giorno in cui il trattamento inumano si fosse verificato, in ciò anticipando le conclusioni da ultimo espresse dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵. Tuttavia, la sentenza sembra giungere a questo esito interpretativo muovendo non già dall'affermazione della natura risarcitoria del credito del privato, bensì dell'opposta tesi relativa alla sua ricostruzione in chiave indennitaria.

Tale osservazione sembra adombrare dei profili di dubbio interpretativo quanto alla corretta lettura della sentenza. Infatti, la scissione dei momenti di decorrenza del termine di prescrizione del diritto indennitario per ogni singolo giorno di trattamento inumano è una conclusione logicamente discendente dalla natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore, come rispondente ad una condotta di illecito permanente dell'amministrazione penitenziaria⁴⁶. Invece, affermando la natura indennitaria del rimedio, occorrerebbe concludere nel senso della sussistenza di tanti diritti indennitari quanti giorni subiti dal detenuto in condizioni degradanti.

Questa osservazione potrebbe imporre di rileggere la motivazione in una diversa prospettiva.

⁴⁵ La tesi in esame riteneva infatti applicabile al caso in esame la giurisprudenza relativa al danno da illecito permanente, in base alla quale *“in tema di illecito permanente, i danni si verificano momento per momento mentre il diritto al risarcimento sorge e può essere esercitato in ogni istante, pertanto il termine di prescrizione decorre de die in diem, man mano che i danni stessi accadono”* (Cass. civ. 19 giugno 2015, n. 12701, in *Diritto e giustizia*, 2015).

⁴⁶ Per vero, si tratterebbe di una conclusione priva di riferimenti normativi o supporti giurisprudenziali, tuttavia non perciò solo immeritevole di condivisione. Infatti, potrebbe sostenersi che ogni giorno trascorso in condizioni degradanti valga a fondare una autonoma pretesa indennitaria a vantaggio del detenuto, dotata di un altrettanto autonomo termine di prescrizione per essere azionata.

Tuttavia, questa conclusione sembrerebbe contrastante con il tenore testuale dell'art. 35 *ter* ord. pen.. A tal fine deve essere evidenziato che la disposizione richiede, quale condizione di applicabilità del rimedio, la decorrenza in condizioni degradanti di *“un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*. Inoltre, la disposizione riconosce a vantaggio del detenuto una somma prefissata *“per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio”*. Entrambe le previsioni richiamate sembrano dirette ad individuare un rimedio di natura unitaria a fronte di un periodo complessivo trascorso in condizioni degradanti in carcere e non invece una forma di indennizzo diretto a compensare la singola giornata nella quale il trattamento inumano abbia trovato luogo.

JUS CIVILE



Non risulterebbe infatti incoerente sostenere che, laddove il giudice di legittimità ha parlato di natura indennitaria o forfettaria del rimedio introdotto dal legislatore, abbia inteso descrivere il sistema di liquidazione o quantificazione di un diritto avente intrinseca natura risarcitoria. Nel determinare la somma di liquidazione del danno per ogni giorno di trattamento in condizioni degradanti, il legislatore avrebbe inteso predisporre una liquidazione forfettaria per un diritto risarcitorio.

La coerenza di siffatta conclusione emergerebbe, oltre che dal termine di decorrenza della prescrizione del diritto individuato dalla sentenza, anche dalla valorizzazione di due specifici passaggi della motivazione.

In primo luogo, si tratta del richiamo alle conclusioni affermate dalla giurisprudenza penale, che aveva sostenuto la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore. La sentenza ripercorre tale indirizzo interpretativo, sostenendone la condivisibilità⁴⁷.

In secondo luogo, nell'escludere la natura aquiliana dell'istituto, la sentenza afferma la correlazione tra il diritto riconosciuto in capo al privato e uno specifico inadempimento dell'amministrazione penitenziaria ad un'obbligazione preesistente avente la propria fonte nella legge. Si tratta dei presupposti della responsabilità da inadempimento⁴⁸.

Tuttavia, questa conclusione sembra confliggente con il tenore letterale della motivazione, che richiama più volte la natura puramente indennitaria del rimedio contenuto nell'ordinamento penitenziario⁴⁹. Inoltre, affermare contemporaneamente la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore e il ricorso ad una forma forfettaria di quantificazione dell'obbligazione a carico del soggetto pubblico significherebbe configurare una rilevante eccezione al principio di integralità del risarcimento rispetto al danno subito. Infatti, questa impostazione priverebbe il privato della possibilità di dimostrare l'esatta quantificazione del pregiudizio subito nel caso concreto, impedendogli di ottenere un risarcimento parametrato alle conseguenze giuridiche dannose del trattamento detentivo in condizioni inumane.

⁴⁷ La sentenza in esame richiama infatti l'orientamento espresso dalla giurisprudenza penale per cui “*il rimedio risarcitorio in esame non era prospettabile prima della entrata in vigore della novella del 2014*” e afferma che “*la conclusione è condivisibile e deve essere ribadita in sede di giudizio civile*”. Dal tenore testuale della motivazione potrebbe dunque dedursi che la sentenza abbia inteso assegnare al rimedio in esame natura risarcitoria, salvo qualificare come indennitaria o forfettaria solo la tecnica di quantificazione dell'obbligazione a carico della pubblica amministrazione.

⁴⁸ La sentenza in esame si riferisce infatti al “*radicarsi della responsabilità nella violazione di obblighi gravanti ex lege sull'amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti sottoposti alla custodia carceraria*”. Questo assunto è richiamato dalla motivazione per escludere la natura aquiliana del rimedio predisposto dal legislatore. Tuttavia, la preesistenza di un'obbligazione a carico dell'amministrazione penitenziaria vale a qualificare la condotta dell'ente pubblico come inadempiente rispetto ad un obbligo di protezione sullo stesso gravante. A fronte di un danno da inadempimento sarebbe difficile non configurare il rimedio previsto dalla legge come risarcitorio.

⁴⁹ La sentenza in esame afferma infatti che “*nonostante la terminologia utilizzata dal legislatore, che, tanto con riferimento alla riduzione della pena, quanto con riferimento al compenso in denaro, assume che vengono riconosciuti a titolo di risarcimento del danno, deve concordarsi con quanto già più volte affermato dalle sezioni penali circa il fatto che si è in presenza di un mero indennizzo. [...] Al fine di contenere i costi, semplificare il meccanismo di calcolo e ridurre le variabili applicative, si è scelta la via dell'indennizzo, cioè di un compenso di entità contenuta e di meccanica e uniforme quantificazione*”.

JUS CIVILE



Le conseguenze di questo percorso logico risiederebbero nella violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per via della irragionevole parità di trattamento a fronte di situazioni diversificate tra loro. In particolare, le condizioni fisiche e psichiche del singolo detenuto potrebbero amplificare gli effetti pregiudizievoli non patrimoniali subiti come conseguenza della permanenza in spazi ristretti o privi dei servizi essenziali. Invece, la disposizione dell'ordinamento penitenziario, così interpretata, offrirebbe a tutti i detenuti un rimedio risarcitorio quantificato forfettariamente mediante il ricorso a criteri omogenei e non derogabili in difetto o in eccesso.

Tale profilo critico non sarebbe neanche giustificabile come compressione del diritto individuale resa necessaria a fronte del riconoscimento di un sistema compensativo diretto a contenere i costi del procedimento e le variabili applicative sottese alla prova del danno patito dal singolo detenuto. Infatti, la rapidità del processo non potrebbe valere in ogni caso a comprimere i diritti del singolo, se non a pena della frustrazione delle finalità perseguite dallo stesso ordinamento processuale civile.

Inoltre, la previsione di una tutela minima, ancorata ad una forma di quantificazione forfettaria del danno subito, non potrebbe giustificare la conclusione relativa al disconoscimento di diversi e ulteriori o più specifici mezzi di tutela per il singolo danneggiato.

Allora, viene da chiedersi se le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di legittimità non siano invece conformi all'ultima delle tesi precedentemente esposte. Si tratta dell'impostazione in base alla quale occorrerebbe riconoscere la contemporanea sussistenza a vantaggio del detenuto sia del rimedio indennitario, previsto dall'ordinamento penitenziario, sia anche del rimedio risarcitorio, derivante dall'inadempimento dell'amministrazione penitenziaria all'obbligazione di tenere i detenuti in una condizione di vita umana e dignitosa⁵⁰.

⁵⁰ Questa ricostruzione risulterebbe coerente con le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza con riguardo al tema del danno subito dal dipendente pubblico, a causa dell'abuso del ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo indeterminato da parte della pubblica amministrazione, per la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego. In questo caso, fermo il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il prestatore di lavoro pubblico ha diritto al risarcimento per equivalente del danno, come previsto dalla medesima disposizione.

Ai sensi dell'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183, la pretesa del prestatore di lavoro risulta agevolata da un esonero dall'onere probatorio a vantaggio del danneggiato e deve essere quantificata nella forma forfettaria indicata dalla disposizione richiamata.

Con riguardo a tale previsione, si sono posti problemi interpretativi relativi alla natura del rimedio individuato dal legislatore in chiave indennitaria ovvero risarcitoria. Si tratta di questioni applicative non dissimili da quelle riguardanti la natura della nuova disposizione introdotta nell'ordinamento penitenziario. Possono quindi essere richiamate le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza con riguardo alla natura del rimedio di cui all'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 e al rapporto di eventuale compensazione tra la somma erogata a seguito del positivo esperimento della relativa azione e la somma derivante dalla quantificazione del danno effettivamente subito dal prestatore di lavoro per la precarizzazione del rapporto di impiego.

Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2016, 3, 2, 597, ha affermato che "L'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, ha una diversa valenza secondo che sia collegata, o no, alla conversione del rapporto. Per il lavoratore privato l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è in chiave di contenimento del danno risarcibile [...]. Per il lavoratore pubblico invece l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è, all'opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore.

JUS CIVILE



La condivisione di quest'ultima interpretazione permetterebbe di risolvere le apparenti aporie dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza.

Potrebbe essere affermato che, laddove la sentenza ha fatto riferimento alla preesistenza dell'obbligazione dell'amministrazione penitenziaria di osservare la dignità umana dei detenuti e ha condiviso l'orientamento emerso dalla giurisprudenza penale, in quei passaggi i giudici di legittimità abbiano inteso affermare la sussistenza di un diritto risarcitorio a vantaggio del privato.

Invece, laddove la sentenza ha analizzato il funzionamento del rimedio previsto dalla nuova disposizione dell'ordinamento penitenziario e ne ha rilevato il meccanismo di liquidazione forfettaria, in quei passaggi i giudici di legittimità avrebbero avuto riguardo al rimedio indennitario introdotto dal legislatore, che non pregiudicherebbe però la sussistenza di un autonomo diritto risarcitorio in capo al detenuto danneggiato.

Pertanto, la nuova disposizione dovrebbe essere interpretata come diretta a garantire a vantaggio del privato non una forma di tutela inferiore o diversa da quella precedentemente desumibile dall'ordinamento giuridico, ma uno strumento di protezione aggiuntivo, predisposto per la salvaguardia del diritto fondamentale dei detenuti a ricevere un trattamento conforme ai canoni di umanità e rieducazione.

Dunque, ferma la persistenza dell'obbligo risarcitorio a carico della pubblica amministrazione che sia risultata inadempiente rispetto agli obblighi di protezione del detenuto, l'introduzione dell'art. 35 *ter* ord. pen. avrebbe predisposto una forma ulteriore di tutela per il privato, esperibile in aggiunta o in luogo rispetto a quella risarcitoria⁵¹.

L'esigenza di interpretazione orientata alla compatibilità comunitaria, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede un'adeguata reazione dell'ordinamento che assicuri effettività alla tutela del lavoratore, si che quest'ultimo non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere, comporta che è su questo piano che tale interpretazione adeguatrice deve muoversi per ricercare dal sistema complessivo della disciplina del rapporto a tempo determinato una regola che soddisfi l'esigenza di tutela suddetta. L'indennità ex art. 32, comma 5, quindi, per il dipendente pubblico che subisca l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato ad opera di una pubblica amministrazione, va ad innestarsi, nella disciplina del rapporto, in chiave agevolativa dell'onere probatorio del danno subito e non già in chiave di contenimento di quest'ultimo, come per il lavoratore privato.

In sostanza il lavoratore pubblico ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato".

Dalla lettura dell'apparato motivazionale della sentenza si notano molteplici profili di vicinanza tra la disciplina dell'indennizzo riconosciuto a vantaggio del pubblico impiegato in caso di abuso di contratti di lavoro a tempo determinato e la disciplina dell'indennizzo posto a tutela del detenuto che abbia subito un trattamento in condizioni degradanti. In entrambi i casi, si tratta di rimedi previsti dal legislatore per evitare conflitti tra l'ordinamento interno e le fonti sovranazionali. In entrambi i casi, si tratta di rimedi sottoposti ad un sistema di quantificazione forfettaria, con correlativa agevolazione dell'onere della prova a vantaggio di un soggetto posto in rapporto di disparità rispetto all'amministrazione pubblica.

A parità di premesse, si ritiene quindi ragionevole estendere ad entrambi i rimedi le medesime conclusioni, relative alla possibilità per il privato di agire, a seguito dell'esperimento del rimedio indennitario, anche nelle sedi ordinarie allo scopo di provare il danno effettivamente subito ed ottenere il relativo risarcimento.

⁵¹ In particolare, si tratterebbe di due forme di tutela diverse nei presupposti e negli effetti, ma non dotate di una portata reciprocamente escludente.

JUS CIVILE



Diversamente opinando, l'intervento legislativo, in omaggio a criteri di semplificazione e rapidità dei processi, risulterebbe diretto a comprimere le posizioni dei singoli danneggiati. Questa interpretazione sarebbe tuttavia contraria al percorso che ha condotto il legislatore a riformare l'ordinamento penitenziario, al fine di adeguare le forme di tutela dei detenuti rispetto ai canoni indicati dalla giurisprudenza sovranazionale.

Risulterebbe quindi paradossale negare al singolo detenuto la possibilità di agire dinanzi al giudice ordinario, a seguito del positivo esperimento della tutela indennitaria, per dimostrare l'effettiva quantificazione delle conseguenze pregiudizievoli effettivamente subite.

Inoltre, questa chiave di interpretazione permetterebbe di superare i possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa. Infatti, le diverse situazioni soggettive riscontrabili nei distinti casi concreti riceverebbero in questo modo differenziate e più intense forme di tutela⁵².

Infine, concludendo in questa direzione si giustificerebbe la decorrenza del termine di prescrizione del diritto indennitario del privato, in quanto logicamente rapportato al termine di pre-

La tutela risarcitoria deriverebbe dalla violazione da parte dell'amministrazione penitenziaria degli obblighi di protezione del detenuto, derivanti dall'adesione dello Stato alla Convenzione Edu e dai principi espressi dalla carta costituzionale e attuati dalle disposizioni dell'ordinamento penitenziario. Si tratterebbe quindi di una responsabilità da inadempimento a carico dell'amministrazione penitenziaria. Il privato dovrebbe quindi dimostrare la sussistenza del rapporto detentivo e allegare lo svolgimento della detenzione in condizioni inumane, fatto da cui deriva l'inadempimento dell'amministrazione. Graverebbe invece sull'amministrazione l'onere di provare di aver correttamente adempiuto agli obblighi indicati, e quindi di aver curato la predisposizione degli istituti carcerari in modo da assicurare le condizioni idonee a garantire l'umanità del trattamento detentivo. Il privato dovrebbe poi dimostrare l'entità del pregiudizio effettivamente subito. Considerato che si tratterebbe di un danno non patrimoniale, occorrerebbe la prova dell'alterazione dello stato di salute arrecata al detenuto, ovvero dei pregiudizi psichici derivanti dalla sofferenza connessa alla reclusione per un periodo prolungato in condizioni disagiate. Soltanto in presenza di un adeguato supporto probatorio sarebbe possibile ricorrere all'equo apprezzamento del giudice.

La tutela indennitaria deriverebbe invece dalla obiettiva verifica delle condizioni inumane di detenzione, in un numero determinato di giorni nel corso della permanenza carceraria del detenuto. In questo caso, il privato potrebbe limitarsi a provare lo svolgimento del trattamento detentivo in condizioni degradanti, senza l'ulteriore onere probatorio relativo alla esatta quantificazione del pregiudizio subito. Infatti, è la stessa legge che predetermina in modo forfettario la quantificazione dell'indennizzo riconosciuto al privato, rendendo irrilevante la prova del danno conseguenza.

La divergenza dei due rimedi, sia quanto al diverso onere probatorio gravante sulle parti, sia quanto alla tutela ritraibile dal positivo esito dei due giudizi, renderebbe gli stessi non sovrapponibili ed impedirebbe di ritenere che il riconoscimento legislativo della tutela indennitaria impedisca la configurabilità della tutela risarcitoria.

⁵² In primo luogo, il detenuto che ritenga di non aver subito danni ulteriori rispetto a quelli liquidati mediante lo strumento indennitario, ovvero che risulti sfornito dei mezzi per comprovare il pregiudizio effettivamente subito, ricaverrebbe dal rimedio di cui all'art. 35 *ter* ord. pen. una forma di tutela uguale o superiore rispetto a quella precedentemente ritraibile dal ricorso al rimedio risarcitorio. Infatti, agendo per il risarcimento nei confronti dello Stato, e ove anche una siffatta forma di azione fosse stata ritenuta ammissibile, il soggetto avrebbe precedentemente dovuto sopportare l'onere probatorio relativo alla quantificazione dei danni concretamente subiti.

In secondo luogo, anche il detenuto che abbia i mezzi probatori per affermare di aver subito un pregiudizio superiore rispetto a quello forfettariamente liquidato ricaverrebbe una forma aggiuntiva di tutela dalla esposta interpretazione dell'art. 35 *ter* ord. pen.. Infatti, tale soggetto potrebbe dapprima esperire il rimedio indennitario, per avere la certezza di ottenere in tempi celeri una somma di denaro a fronte del più ampio danno subito. Successivamente, il detenuto potrebbe agire dinanzi al giudice ordinario, sopportando i costi e i rischi del relativo processo, allo scopo di ottenere la condanna dell'ente pubblico al pagamento della somma integrale corrispondente al danno concretamente subito.

In entrambi i casi, dalla combinazione delle tutele, di natura rispettivamente indennitaria e risarcitoria, deriverebbe una forma più intensa di protezione a vantaggio del privato, in corrispondenza con la finalità legislativa di riforma dell'ordinamento penitenziario.

JUS CIVILE



scrizione dello speculare diritto risarcitorio per la condotta inadempiente tenuta dall'amministrazione penitenziaria⁵³.

In conclusione, deve essere evidenziato come le diverse questioni interpretative di cui si è dato atto dimostrino che la completezza dell'analisi dell'istituto condotta dalla sentenza possa rivelarsi soltanto apparente, risultando ancora attuali alcune delle tematiche sottese alla completa ricostruzione degli strumenti di tutela previsti per il soggetto che abbia subito condizioni inumane di detenzione.

⁵³ Infatti, laddove si parta dalla premessa dell'esperibilità da parte del privato sia della tutela risarcitoria che di quella indennitaria, da ciò conseguirebbe l'esigenza di prevedere una forma di correlazione tra le due azioni. In particolare, la tutela indennitaria risulterebbe, secondo questa ipotesi interpretativa, strettamente correlata, in chiave anticipatoria, rispetto alla successiva azione di risarcimento del danno. Allora, la decorrenza del termine di prescrizione del diritto ad ottenere il risarcimento per il fatto illecito permanente dovrebbe coerentemente estendersi anche al diritto, ancillare al primo, di agire per la più rapida tutela indennitaria, predisposta a fronte del medesimo evento fattuale dannoso.