10/2018

ANCORA INCERTEZZE INTERPRETATIVE SULL'ART. 35-*TER* ORD. PEN.: DUBBI IN MATERIA DI RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

Nota a Cass., Sez. I, 11 maggio 2018 (dep. 24 maggio 2018), n. 23362, Pres. Di Tomassi; Rel. Magi; ric. Lucchese

di Elisa Grisonich

Abstract. *La sentenza in commento si pronuncia sul tema della ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito del nuovo rimedio previsto dall'art. 35-*ter *ord. pen.*
*Con il presente contributo, ci si propone di analizzare il panorama giurisprudenziale formatosi in merito, fino alla recente pronuncia della Cassazione, per poi chiedersi se si sarebbe potuti pervenire a una soluzione simile rispetto a quella adottata dalla Suprema Corte, tuttavia direttamente rinvenibile all'interno della stessa cornice normativa in cui l'art. 35-*ter *ord. pen. si inserisce.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nebuloso quadro giurisprudenziale sull'onere probatorio nell'art. 35-*ter* ord. pen. – 3. La decisione. – 4. Rilievi critici. – 5. Una diversa soluzione.

1. Premessa.

La decisione in commento mira a fare chiarezza su alcuni dei numerosi dubbi interpretativi, sorti sul nuovo art. 35-*ter* ord. pen., il quale è stato coniato al fine di conformare l'ordinamento italiano a quanto richiesto dalla sentenza pilota della Corte Edu Torreggiani e altri c. Italia[1].

Come noto, questa fondamentale pronuncia aveva denunciato l'ineffettività dei rimedi interni di fronte alle violazioni dell'art. 3 Cedu a danno dei soggetti detenuti e aveva, altresì, imposto allo Stato italiano di prevedere, da un lato, uno strumento con

[1] V. Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. In dottrina, cfr. G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. 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 questa *Rivista*, 9 gennaio 2013; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 161 ss.

effetti preventivi, tali da rimuovere immediatamente la lesione, e, dall'altro, un ricorso di tipo compensativo, in grado di assicurare un'adeguata riparazione del danno subito[2].

Il legislatore è così intervenuto con due atti normativi distinti, inserendo, anzitutto, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, l'art. 35-*bis* ord. pen.[3], e, subito dopo, con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 117, la disposizione in esame, la quale prevede due tipologie di ristoro, a seconda della situazione in cui si trova l'istante[4]. La prima si concretizza in una riparazione in forma specifica, consistente nella riduzione di un giorno di pena da scontare per ogni dieci di lesione subita; la seconda, a carattere residuale, si sostanzia in una compensazione monetaria a tasso fisso, pari a otto euro per ciascuna giornata di pregiudizio.

Inoltre, l'articolo individua due giudici funzionalmente competenti sulla base di determinati criteri, vale a dire, da una parte, il magistrato di sorveglianza e, dall'altra, il tribunale civile del capoluogo del distretto nel cui territorio l'istante ha la residenza[5].

Nonostante sia apprezzabile questa innovazione normativa, non si può fare a meno di rilevare che la sua scarna formulazione ha sollevato, fin da subito, non poche incertezze[6], che hanno inevitabilmente portato la giurisprudenza a chiarire la portata dell'istituto, assumendo un compito che sarebbe dovuto spettare al legislatore.

La sentenza in nota dimostra come alcuni di questi dubbi permangano tuttora, incidendo, in ultima analisi, sulla certezza ed effettività del rimedio[7], con potenziale esposizione del nostro ordinamento a un'ulteriore condanna da parte della Corte di Strasburgo. Si ricordi, infatti, che i giudici europei, con la sentenza Stella e altri c. Italia, sono stati chiamati, di nuovo, a pronunciarsi sulla situazione di sovraffollamento carcerario e sulle condizioni di detenzione non conformi all'art. 3 Cedu, e, se, da una parte, hanno valutato positivamente l'art. 35-*ter* ord. pen., dall'altra, si sono comunque riservati di tornare a verificarne l'effettività, sotto il particolare profilo della capacità dei giudici interni di assicurare «*une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention*»[8].

---

[2] Cfr. Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, §§ 97-99.

[3] V. M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35-*bis *ord. pen.*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa-G. Giostra, 5ª ed., 2015, Padova, p. 395 ss.; G. VARRASO, *Commento all'art. 35-*bis *ord. pen.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, 5ª ed., Milano, 2017, p. 2364 ss.

[4] Cfr. F. FIORENTIN, *Commento all'art. 35-*ter *ord. pen.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, cit., p. 2373 ss.; G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35-*ter *ord. pen.*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 415 ss. In generale, su entrambi i rimedi *ex* artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., si rinvia a L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35-*ter *ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, p. 18 ss.

[5] È da rilevare, peraltro, che la disposizione solleva dei dubbi interpretativi sugli ambiti di competenza del magistrato di sorveglianza e del giudice civile: v. F. FIORENTIN, *Commento all'art. 35-*ter, cit., pp. 2399-2401; G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35-*ter, cit., pp. 421-425.

[6] V., in particolare, F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in questa *Rivista*, 6 novembre 2014. Per un quadro generale sui primi dubbi interpretativi sorti sull'art. 35-*ter* ord. pen., cfr. D. VERRINA, *L'orizzonte delle interpretazioni in materia di rimedi compensativi alla disumanità della pena*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 agosto 2015.

[7] Cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1219.

[8] Cfr. Corte edu, 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, § 63.

Con riferimento al caso in esame, le tematiche affrontate dalla decisione si incentrano su profili di carattere procedurale e, più nello specifico, sull'onere della prova e sulla regola da adottare, in caso di dubbio, nella valutazione del materiale probatorio. Si comprende come si tratti di questioni di estrema importanza perché incidono direttamente sull'accertamento della lesione subita e, di conseguenza, sulla stessa riconoscibilità o meno del rimedio riparativo.

2. Il nebuloso quadro giurisprudenziale sull'onere probatorio nell'art. 35-*ter* ord.pen.

Per comprendere appieno il tema, pare utile illustrare brevemente il panorama giurisprudenziale formatosi.

Quanto ai criteri sull'onere probatorio, da un'analisi delle diverse pronunce, emesse sia in sede civile, sia in quella penale, emerge come tale problematica sia sorta fin dalle prime applicazioni dell'art. 35-*ter* ord. pen., e sia stata strettamente legata – ma, come si vedrà, non solo – alla qualificazione giuridica del rimedio[9], ossia se risarcitoria in senso civilistico o indennitaria con una prevalente connotazione pubblicistica.

La prima interpretazione risulta sostenuta, perlopiù, dall'iniziale giurisprudenza di merito[10], la quale si è ulteriormente divisa a seconda del tipo di obbligazione gravante in capo allo Stato, vale a dire se extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c. o contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c. È chiaro che, a seconda della risposta data, cambia l'articolazione dell'onere probatorio.

Più specificamente, un primo indirizzo ha sostenuto la tesi della responsabilità da illecito aquiliano *ex* art. 2043 c.c.[11], che, come noto, impone al danneggiato di provare il dolo o la colpa del convenuto, il danno subito e il nesso di causalità. È da precisare, però, che nell'art. 35-*ter* ord. pen. non assumono rilievo, né l'elemento soggettivo, né il pregiudizio effettivamente patito, con la conseguenza che, in questa specifica materia, il ricorrente sarebbe tenuto a provare solo «la violazione dell'art. 3 Cedu commessa dall'Amministrazione Penitenziaria»[12].

---

[9] Per un'analisi dettagliata delle diverse teorie sulla collocazione sistematica dello strumento in esame, v. F. FIORENTIN, *Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, pp. 481-483.

[10] Tuttavia, anche di recente, si possono rinvenire pronunce che sostengono la natura risarcitoria: v., ad esempio, le posizioni assunte dai giudici di merito, contenute in Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, n. 50467, in *DeJure*. A favore di tale soluzione si è espresso anche il C.S.M. nel parere tecnico al d.d.l. di conversione del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (o.d.g. 1095-Aggiunto del 30 luglio 2014 Fasc. 25/PA/2014). In dottrina, v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in questa *Rivista*, 13 ottobre 2014; P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in *www.questionegiustizia.it.*, 2 ottobre 2014; C. MASIERI, *La natura dei rimedi* ex *art. 35-*ter *ord. pen.*, in questa *Rivista*, 22 luglio 2015. Cfr., anche, L. BARONE – G. FIDELBO, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione. I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-*ter *ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, in questa *Rivista*, 7 maggio 2015.

[11] Cfr. Trib. Roma, Sez. II civ., decr. 30 maggio 2015, in questa *Rivista*, 22 luglio 2015.

[12] In questi termini, C. MASIERI, *La natura dei rimedi*, cit.

Secondo un altro orientamento, parzialmente diverso rispetto a quello appena delineato, la responsabilità dello Stato sarebbe da ricondurre a quella del danno da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c.: si sarebbe, dunque, in presenza di una responsabilità oggettiva, rispetto alla quale il danneggiato dovrebbe provare solo il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno, mentre incomberebbe sul custode l'onere di dimostrare l'esistenza di un caso fortuito[13].

Le decisioni, invece, che hanno sostenuto la responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. si sono fondate sulla teoria del cosiddetto "contatto sociale": si è affermato, in particolare, che «l'ordinamento impo[rrebbe] al soggetto deputato ad ospitare i reclusi, l'amministrazione penitenziaria, di tenere specifiche condotte di "*facere*" nell'ipotesi in cui si entri "in contatto" con esso nella qualità di detenuto o internato»[14].

Inutile dire che l'adozione di tale impostazione è, di certo, più favorevole per il danneggiato, rispetto a quella dell'art. 2043 c.c.: egli sarebbe solo tenuto a provare la detenzione e ad «allegare le ragioni in fatto integranti l'inadempimento dell'Amministrazione Penitenziaria»; viceversa, quest'ultima dovrebbe «dimostrare di aver correttamente adempiuto l'obbligazione posta a suo carico, sostanzialmente sconfessando le circostanze dedotte in *causa petendi*»[15].

Peraltro, si è, altresì, aggiunto – e questo, pare, a prescindere dalla qualificazione giuridica della responsabilità – che in tale materia dovrebbe esservi comunque un'attenuazione dell'onere probatorio in capo al danneggiato, in considerazione del principio, di matrice civilistica e di elaborazione giurisprudenziale, della cosiddetta "vicinanza o riferibilità o disponibilità della prova", secondo cui la ripartizione dell'onere probatorio deve tener conto, nel rispetto dell'art. 24 Cost. e del «divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio di agire in giudizio»[16], della situazione in cui la controparte abbia la disponibilità diretta o esclusiva delle informazioni rilevanti[17].

La tesi della natura indennitaria del rimedio è stata, invece, elaborata dalla giurisprudenza di legittimità e, allo stato attuale, risulta essere quella di gran lunga prevalente; di recente, oltretutto, è stata avallata dalle stesse Sezioni Unite in sede civile,

---

[13] Cfr. Trib. Palermo, Sez. III civ., ord. 25 marzo 2015, in *DeJure*. Nello stesso senso, si vedano, anche, le prese di posizione del Magistrato di sorveglianza, contenute in Cass., Sez. I, 24 giugno 2016, n. 24831, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 16 luglio 2015, n. 875, in *DeJure*.

[14] Così, Trib. Palermo, decr. 6 marzo 2015, in questa *Rivista*, 22 luglio 2015. In dottrina, a favore di questa interpretazione, cfr. P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, cit. *Contra*, si veda R. BRACCIALINI, *Art. 35-*ter *Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *www.questionegiustizia.it*, 11 marzo 2015, il quale ritiene sussistere una responsabilità contrattuale «discendente da un intero sistema normativo, che poi è lo stesso Ordinamento Penitenziario».

[15] Cfr. Trib. Palermo, decr. 6 marzo 2015, cit.

[16] In questi termini, Cass. civ., Sez. II, 17 aprile 2012, n. 6008, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 508, richiamata da Trib. Palermo, decr. 6 marzo 2015, cit.

[17] V. Trib. Palermo, decr. 6 marzo 2015, cit.

sebbene – è importante precisare – non si siano pronunciate sul tema dell'onere probatorio, ma su quello della prescrizione del diritto in esame[18].

Si è, in particolare, sostenuto che l'art. 35-*ter* ord. pen. prevederebbe uno strumento riparatorio di matrice solidaristica, con carattere indennitario e non risarcitorio in senso stretto[19]: questo «impo[rrebbe] di sganciarsi dalle tradizionali categorie dogmatiche di inquadramento civilistico del rimedio»[20]. Da tale premessa si è tratta la conclusione che non sussisterebbe in capo al reclamante un onere probatorio in senso stretto, ma un mero onere di allegazione, consistente nell'indicazione dei periodi di detenzione, degli istituti di pena in cui si è patito il pregiudizio e, infine, delle «specifiche condizioni detentive»[21].

Nell'ambito di questo orientamento, tuttavia, si riscontra un'ulteriore incertezza interpretativa e, in particolare, su cosa si debba intendere per quelle "specifiche condizioni di detenzione" che il reclamante sarebbe tenuto ad allegare. La questione non è di poco rilievo perché, nel caso in cui il reclamo sia ritenuto generico, viene dichiarato inammissibile *de plano ex* art. 666, comma 2, c.p.p.[22].

Sul punto, alcune pronunce sembrano essere meno rigorose, ritenendo sufficiente la mera allegazione del pregiudizio, ancorato a una delle violazioni rientranti nell'art. 3 Cedu, come la condizione di sovraffollamento o la carenza dei servizi minimi ed essenziali della struttura detentiva[23].

Altre decisioni, invece, paiono richiedere indicazioni più specifiche. Ad esempio, in una sentenza si sono pretese l'enucleazione e l'allegazione «in termini sufficientemente dettagliati [del] fatto materiale integrante la lesione affermata»[24]; un'ulteriore pronuncia ha sostenuto che il ricorrente avrebbe «l'onere dell'enunciazione precisa dell'ampiezza dei locali e del numero dei detenuti presenti in una determinata cella»[25].

---

[18] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018, in *Guida dir.*, 2018, n. 23, p. 22.

[19] In questi termini, Cass., Sez. I, 23 marzo 2018, n. 18504, in *DeJure*. In senso conforme, v. Cass., Sez. I, 23 novembre 2017, n. 13383, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 21 luglio 2017, n. 6478, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 9 gennaio 2017, n. 20814, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52991, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 16 luglio 2015, n. 876, in *CED. Cass.*, n. 265855. In dottrina, v. G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35*-ter, cit., p. 416. Cfr., inoltre, F. FIORENTIN, *Commento all'art. 35*-ter, cit., p. 2379, il quale propende per una soluzione parzialmente diversa, sostenendo la «natura ibrida, se pure prevalentemente indennitaria del ricorso risarcitorio».

[20] Cfr. Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 11247, in *DeJure*.

[21] V. Cass., Sez. I, 21 luglio 2017, n. 6478, cit. Cfr., inoltre, Cass., Sez. I, 27 aprile 2017, n. 26571, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 12 gennaio 2017, n. 24847, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 19 ottobre 2016, n. 5510, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 45185, in *DeJure*.

[22] V. Cass., Sez. I, 21 marzo 2017, n. 4229, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 13 maggio 2015, n. 22164, in *CED. Cass.*, n. 263613.

[23] Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 47913, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 24 giugno 2016, n. 47665, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 24 giugno 2016, n. 40232, in *CED. Cass.*, n. 268246.

[24] Cfr. Cass., Sez. I, 24 giugno 2016, n. 21293, in *DeJure*.

[25] V. Cass., Sez. I, 11 dicembre 2017, n. 7794, in *DeJure*. Si veda, inoltre, F. FIORENTIN, *Commento all'art. 35*-ter, cit., p. 2402, in cui si afferma che le richieste sono dichiarate inammissibili *ex* art. 666, comma 2, c.p.p., qualora siano «prive di adeguate allegazioni in ordine agli elementi di fatto sui quali si fonda la pretesa risarcitoria».

Come anticipato, oltre agli indirizzi delineati, si rinvengono ulteriori decisioni che hanno adottato un'impostazione parzialmente diversa, prescindendo dalla qualificazione giuridica del rimedio: in particolare, hanno ricavato la regola sui criteri probatori dalla giurisprudenza di Strasburgo, affermando l'onere della prova negativa in capo all'Amministrazione penitenziaria, a fronte di un'allegazione del ricorrente[26].

Per quanto riguarda, invece, l'altro profilo in esame, sembra che la giurisprudenza non si sia soffermata particolarmente sul punto.

Tuttavia, si può, quantomeno, riscontrare che, nell'indirizzo maggioritario, favorevole a un mero onere di allegazione in capo al reclamante, vi sono alcune sentenze che hanno individuato i criteri di valutazione della prova sulla base del già delineato principio, di matrice civilistica, della cosiddetta vicinanza della prova, affermando che si tratterebbe di una regola, non solo, applicata dalla giurisprudenza civile, ma anche, dalla Corte di Strasburgo. La conseguenza rispetto a tale impostazione sarebbe, dunque, quella di riconoscere sempre un trattamento disumano o degradante nel caso in cui l'Amministrazione penitenziaria non sia in grado di fornire una documentazione tale da sconfessare quanto affermato dal ricorrente[27].

3. La decisione.

In questo confuso quadro giurisprudenziale, la decisione in esame, pur inserendosi nell'indirizzo attualmente maggioritario, se ne distingue per un articolato ragionamento che sorregge le sue conclusioni.

Nel caso di specie, il Tribunale di sorveglianza di Sassari aveva rigettato il reclamo proposto contro la decisione del Magistrato di sorveglianza, nell'ambito di un procedimento *ex* art. 35-*ter* ord. pen., il quale era stato attivato da un detenuto, che aveva lamentato una condizione di sovraffollamento per un periodo di detenzione risalente nel tempo, ossia dal 1995 al 1997.

Le ragioni alla base del rigetto erano fondate, da un lato, sulla genericità dell'istanza, dall'altro, sul rilievo che l'Amministrazione penitenziaria non era riuscita, visto il tempo trascorso, a fornire elementi conoscitivi sulle condizioni di detenzione, con conseguente impossibilità di accertare la violazione denunciata, alla luce delle sole dichiarazioni dell'istante.

Avverso l'ordinanza, quest'ultimo aveva, allora, proposto ricorso per cassazione il quale è stato accolto dai giudici di legittimità, che hanno sviluppato il loro percorso argomentativo sotto due diversi profili.

---

[26] Cfr. Trib. Genova, Sez. I civ., ord. 3 giugno 2015, n. 1604, in *www.conams.it*, 6 luglio 2015. Si veda, anche, Mag. Sorveglianza Udine, 9 febbraio 2017, con nota di D. GALLIANI, *L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. applicato ai detenuti in custodia cautelare in carcere*, in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 333 ss. In dottrina, cfr. F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35-*ter *ord. pen. e casistica*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 febbraio 2015.

[27] Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 3 luglio 2017, n. 46435, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 21 aprile 2017, n. 46543, in *DeJure*.

Anzitutto, la Corte ha dichiarato che l'istanza non era da considerarsi generica.

In particolare, essa, da un lato, ha avallato la tesi della natura compensativa, e non risarcitoria in senso stretto, del rimedio, facendone derivare un mero onere di allegazione in capo al reclamante, dall'altro, ha adottato l'indirizzo meno rigoroso con riferimento al grado di specificità richiesto per assolvere a tale onere. Difatti, contrariamente al Tribunale di sorveglianza, la Suprema Corte ha ritenuto sufficiente, oltre all'indicazione del periodo e del luogo di detenzione – elementi su cui, come visto in precedenza, non vi sarebbero contrasti interpretativi – la mera indicazione della «ragione essenziale della domanda di ristoro», che, nel caso di specie, è stata la condizione di sovraffollamento.

Una volta precisato che il reclamo non poteva essere dichiarato inammissibile, la Corte ha considerato erronea anche la seconda conclusione del giudice di merito, vale a dire l'impossibilità, nel caso di silenzio dell'Amministrazione, di accertare la sussistenza di un trattamento disumano o degradante sulla scorta delle sole dichiarazioni del detenuto: secondo il Massimo Collegio, la soluzione, infatti, dovrebbe essere completamente opposta.

Più specificamente, il principio di diritto formulato dalla Corte è stato quello secondo cui «la particolare condizione del soggetto ristretto realizza le condizioni – nei procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen. – per l'inversione dell'onere della prova, nel senso che l'affermazione dell'istante (contenuta in istanza ammissibile e riscontrata quanto alla avvenuta privazione di libertà nel periodo indicato) è da ritenersi assistita da una presunzione relativa di veridicità dei suoi contenuti che è compito dell'amministrazione ribaltare attraverso la produzione di elementi di smentita idonei».

Si tratta, a questo punto, di capire quale sia il fondamento normativo di tale conclusione.

In merito, i giudici di legittimità, una volta constatato che non vi sarebbe alcuna disciplina sul tema, né nell'art. 35-*ter* ord. pen., né nella disposizione *ex* art. 35-*bis* ord. pen. – che conterrebbe i riferimenti in rito – né, tantomeno, nell'art. 666 c.p.p. – norma alla quale l'art. 35-*bis* ord. pen. rinvia –, hanno ritenuto necessario ricorrere ai principi generali dell'ordinamento.

Anzitutto, la Corte si è interrogata sulla possibilità di ritenere applicabili, nel sistema esecutivo, le regole del giudizio di cognizione penale: come noto, questo è caratterizzato dal principio dispositivo in materia di prova, temperato dalla possibile iniziativa probatoria *ex officio*, «in un contesto dominato dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27) e dal correlato onere dimostrativo incombente sulla pubblica accusa». In questa sede, il fatto costitutivo della responsabilità dell'imputato deve essere provato al di là di ogni ragionevole dubbio.

Ebbene, secondo il Massimo Collegio la risposta sarebbe negativa: si è sostenuto, in particolare, che «la pluralità e la diversificazione di oggetti e di attori […] determin[erebbero] seri interrogativi circa la possibilità di ritenere vigenti i medesimi principi della cognizione».

Esclusa, dunque, questa prima ipotesi, la Corte ha osservato, da una parte, come le coordinate che hanno guidato il legislatore, nel predisporre l'art. 35-*ter* ord. pen., siano state, senza dubbio, quelle di assicurare l'effettività, la rapidità e l'adeguatezza del

nuovo rimedio; dall'altra, che la stessa Corte costituzionale avrebbe elevato tali parametri a «indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina»[28].

Sulla scorta di queste premesse, la Suprema Corte ha tratto una conclusione di grande rilievo: essa ha ricordato che la formulazione letterale dell'art. 35-*ter* ord. pen. impone espressamente ai giudici interni di ricavare i caratteri essenziali di un trattamento disumano o degradante direttamente dall'interpretazione della Corte di Strasburgo[29]. Sarebbe, dunque, necessario che i principi formulati da quest'ultima venissero utilizzati, non solo, per il fine appena delineato, ma anche, «in rapporto alle coordinate di metodo che orientano la decisione del giudice nel settore della ripartizione degli oneri probatori». In altre parole, sembra che il Massimo Collegio abbia interpretato il rinvio alla giurisprudenza della Corte Edu, contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen., in maniera molto più ampia, rispetto a quanto si ricava dal tenore letterale della norma, allargandone, potenzialmente, l'estensione applicativa a tutti i profili procedurali del rimedio.

Alla luce di tale assunto, i giudici di legittimità hanno quindi analizzato le varie pronunce emesse dalla Corte europea sul punto: sarebbe ormai consolidato l'orientamento, secondo cui, a fronte della particolare condizione di vulnerabilità delle persone che si trovano sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, dovrebbe escludersi «un'applicazione rigorosa del principio *affirmanti incubit probatio* in quanto, inevitabilmente, il governo convenuto è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente»[30]. Vi sarebbe, dunque, un'inversione dell'onere della prova in capo al Governo, o, in altri termini, «una ragionevole presunzione relativa di veridicità delle affermazioni rese dal soggetto detenuto», con la conseguenza che queste si riterrebbero provate, qualora non emergano elementi che dimostrino il contrario, presentati dall'Amministrazione o, comunque, acquisiti al giudizio.

Per concludere, la Suprema Corte ha ritenuto operante la medesima regola all'interno del nostro ordinamento, quale «criterio idoneo ad orientare la trattazione e la decisione delle procedure instaurate ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen.», e questo sulla base di due fondamentali ragioni.

In primo luogo, si è ribadita la necessità di adottare criteri interpretativi che assicurino l'effettività del rimedio; secondariamente, si è rilevato che anche nel nostro

---

[28] Cfr. Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1449, con nota di A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il* rebus *dei rimedi* ex *art. 35-*ter *ord. penit. per inumana detenzione*; e di F. FIORENTIN, *Un primo passo verso la "messa a regime costituzionale" del risarcimento per l'inumana detenzione dei condannati all'ergastolo*.

[29] In dottrina, è stato criticato questo vincolo dei giudici nazionali alla giurisprudenza edu: cfr. F. FIORENTIN, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1187. V., anche, S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati, Focus Human Rights*, in *www.federalismi.it*, 24 ottobre 2014, n. 3, p. 6, in cui si utilizza l'efficace espressione di «fatto illecito configurato *per relationem*».

[30] Queste, in particolare, le parole di Corte edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 72, richiamate dalla decisione.

ordinamento, nel settore civile, vale il principio di vicinanza della prova. Ebbene, «ciò cre[erebbe] conformità di assetto tra le regole seguite in sede convenzionale e gli approdi interpretativi interni, con ulteriore allineamento sistematico dei livelli di tutela fruibili in rapporto alla ipotizzata lesione della medesima posizione soggettiva».

Dalle parole dei giudici di legittimità sembrerebbe, pertanto, emergere il seguente ragionamento: la regola sui criteri probatori elaborata in seno alla giurisprudenza di Strasburgo sarebbe analoga a quella maturata nel nostro sistema in sede civile e ciò rafforzerebbe l'idea che si tratti di un principio generale dell'ordinamento, applicabile alla materia in esame.

Peraltro, la Corte ha, altresì, specificato che l'intenzione non sarebbe quella di qualificare il contenuto dichiarativo della domanda come prova legale, quanto, piuttosto «di riconoscere che il sistema di tutela dei diritti fondamentali del soggetto privato della libertà richiede[rebbe] ai fini di effettività […] l'adozione di una diversa ripartizione dell'onere dimostrativo».

Da ultimo, il Massimo Collegio ha fatto salvo, in ogni caso, il potere di attivazione probatoria *ex officio* del giudice, che dovrebbe essere esercitato, sempre in base ai principi generali, tutte le volte in cui vi sia, «anche in virtù delle controdeduzioni dell'amministrazione o in rapporto a documentazione comunque acquisita, […] una condizione di incertezza probatoria non altrimenti superabile».

4. Rilievi critici.

Il percorso argomentativo elaborato nella decisione presenta un certo interesse; tuttavia, ci si domanda se si sarebbe potuti pervenire a una conclusione simile, ricorrendo alle regole proprie della materia in cui l'art. 35-*ter* ord. pen. si inserisce, senza, invece, far derivare i criteri probatori dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, attraverso un'interpretazione *ultra litteram* del rinvio contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen., né, tantomeno, da principi del nostro ordinamento, sorti in ambito civile.

Anzitutto, con riferimento a quest'ultimo profilo, si condivide l'opinione, secondo cui il nuovo strumento debba essere sganciato dalle tradizionali categorie dogmatiche di inquadramento civilistico[31], come oltretutto sostenuto, in modo analogo, dalle Sezioni Unite in merito all'istituto della riparazione per ingiusta detenzione *ex* art. 314 c.p.p.[32].

La conseguenza dovrebbe essere, dunque, quella di escludere il richiamo, in questa materia, di principi nati e sviluppati in ambiti estranei a quello penale, come, appunto, quello di vicinanza della prova.

---

[31] Cfr. Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 11247, cit. Per completezza, val la pena precisare che l'inoperatività delle categorie civilistiche dovrebbe valere, non solo, per i procedimenti instaurati in sede penale, ma anche, per quelli di competenza del tribunale civile *ex* art. 35-*ter*, comma 3, ord. pen. Si veda, tuttavia, per un'impostazione contraria, A. GIORDANO, *Il diritto alla prova nelle controversie per il risarcimento dei danni da trattamento penitenziario degradante*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1024 ss.

[32] V. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 34535, in *Giur. it.*, 2002, p. 810.

Per quanto riguarda, invece, l'altra fonte utilizzata dalla sentenza in esame, pare utile considerare che le decisioni della Corte Edu sono comunque sempre ancorate al caso concreto, con la conseguenza che regole elaborate in tal sede risentono delle specificità che emergono di volta in volta: ciò pone enormi problemi se si rimette alla giurisprudenza interna il ruolo di estrapolare un principio generale da queste decisioni. Vi sarebbe, infatti, da un lato, il rischio di diversi approcci adottati dai giudici nazionali, a seconda dell'interpretazione da questi data alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con possibile rischio in termini di certezza del diritto, ma soprattutto, della stessa effettività dello strumento. Dall'altro, è da osservare che tale soluzione farebbe aprioristicamente dipendere l'interpretazione della disciplina interna da eventuali involuzioni ed evoluzioni della Corte[33].

In effetti, sembra che ciò si stia verificando proprio a causa del rinvio, nell'art. 35-*ter* ord. pen., ai caratteri sostanziali del trattamento disumano o degradante, elaborati dalle decisioni della Corte europea: basti pensare, come esempio emblematico, ai problemi insorti sulla computabilità o meno della superficie del letto nei metri quadrati della camera detentiva[34].

Sulla scorta di quanto emerso, pare preferibile non ampliare ulteriormente la portata di tale rinvio anche agli aspetti procedurali; si consideri, oltretutto, che, pure con riferimento allo stesso riparto dell'onere probatorio, le decisioni della Corte Edu non sembrano essere così chiare.

È vero che nelle varie pronunce sull'art. 3 Cedu si afferma che, nel caso di persone particolarmente vulnerabili, come quelle in stato detentivo, sarebbe esclusa un'applicazione rigorosa del principio *affirmanti incumbit probatio*[35]. In linea generale, si può, quindi, ritenere che sia ormai consolidata la tendenza della Corte, in questa particolare materia, a far ricadere la prova dell'assenza della violazione dell'art. 3 Cedu sull'Amministrazione penitenziaria.

Tuttavia, almeno sulla base di alcune decisioni, sembra che tale inversione dell'onere probatorio in capo al Governo scatti solo in presenza di un qualcosa di più di un semplice onere di allegazione da parte dei ricorrenti.

Si richiede, in particolare, che questi forniscano, in ogni caso, «*a detailed and consistent account of the facts complained of*», e si precisa, altresì, che, talvolta, «*applicants are able to provide at least some evidence in support of their complaints*», come, ad esempio, «*written statements by fellow inmates or if possible photographs provided by applicants in support of their allegations*»[36].

Conseguenza di tale premessa è quella secondo cui solo in presenza di un principio di prova di un maltrattamento, costituito da una descrizione delle condizioni

---

[33] Cfr., in particolare, F. FIORENTIN, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione*, cit., p. 1187; G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35*-ter, cit., p. 418.

[34] Su questo profilo, si rinvia a A. ALBANO-F. PICOZZI, *Le modalità di computo dello spazio individuale minimo intramurario*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2875 ss.; F. FIORENTIN, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione*, cit., p. 1185 ss.

[35] Cfr. Corte edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 72.

[36] V. Corte Edu, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, § 127. Più di recente, si vedano Corte Edu, 18 settembre 2017, *Podeschi c. San Marino*, § 112; Corte edu, 20 marzo 2017, *Radzhab Magomedov c. Russia*, § 46.

detentive credibile e ragionevolmente dettagliata, l'onere probatorio si sposterebbe sul Governo convenuto[37].

In aggiunta, con specifico riferimento all'assistenza medica, pare di estremo interesse richiamare una recente decisione, la quale sembra seguire un'impostazione ancora più rigorosa: in particolare, si sostiene la necessità di allegare «*sufficient reference to the medical condition in question, medical prescriptions that were sought, made or refused, and some evidence – for instance, expert reports – capable of disclosing serious failings in the applicant's medical care*»[38].

A fianco di queste pronunce non si può, tuttavia, fare a meno di notare che ve ne sono altre, le quali sembrano adottare una soluzione meno rigida, a favore del ricorrente: ad esempio, una decisione, pronunciatasi sulle condizioni detentive, tra cui proprio l'assistenza medica, pare ritenere sufficienti le descrizioni fornite dagli istanti, senza richiedere ulteriori allegazioni[39].

Quanto delineato sembra, dunque, confermare ulteriormente la necessità di non rinvenire le regole sull'onere probatorio nella giurisprudenza Edu.

5. Una diversa soluzione.

A questo punto della trattazione, sembra opportuno spostare l'analisi sulla disciplina interna.

Il primo dato da cui partire è la circostanza che l'art. 35-*ter* ord. pen. non contiene alcun riferimento sul procedimento da seguire nelle cause di competenza del Magistrato di sorveglianza. La questione, però, è stata risolta dalla Corte di cassazione, la quale ha osservato come il nuovo rimedio sia strettamente legato a quello *ex* art. 35-*bis* ord. pen., che, invece, opera un rinvio espresso alle norme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Si è, quindi, sostenuto che anche lo strumento riparativo debba sottostare alla medesima disciplina, ovverosia a quella prevista per il procedimento di sorveglianza[40].

Se così è, pare allora che la prima questione interpretativa, incentrata sull'onere probatorio, possa essere risolta sulla base dei caratteri propri di questo rito, integrati anche dall'elaborazione giurisprudenziale.

Più specificamente, come noto, tale giudizio si distingue da quello di cognizione perché l'iniziativa giudiziale nella ricerca e nell'acquisizione della prova costituisce la regola: ciò, in particolare, si ricaverebbe dal combinato disposto delle disposizioni *ex* artt. 666, comma 5, 678, comma 2, c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p.[41].

---

[37] V. Corte Edu, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, § 128.

[38] Cfr. Corte Edu, 17 maggio 2018, *Zabelos e altri c. Grecia*, § 77.

[39] V. Corte Edu, 9 maggio 2017, *Igbo e altri c. Grecia*, § 41.

[40] Cfr. Cass., Sez. I, 16 luglio 2015, n. 46966, in *CED. Cass.*, n. 265973. Anche in dottrina si era pervenuti, fin da subito, a tale conclusione: cfr. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit. *Contra*, però, v. M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione penale*, a cura di F. Caprioli – L. Scomparin, Torino, 2015, p. 277.

[41] V. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 326. In dottrina, si sostiene che tale iniziativa probatoria *ex officio* si porrebbe in contrasto con la terzietà e l'imparzialità del giudice *ex* art. 111, comma 2,

Pertanto, anche sulla base di tale peculiarità, la giurisprudenza unanime, ritiene, anzitutto, su un piano più generale, che «nel vigente sistema processuale non sussista un onere probatorio a carico dell'imputato o condannato che invochi un provvedimento favorevole, ma tutt'al più, soltanto un onere di allegazione, cioè un dovere di prospettare e di indicare al giudice i fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il dovere di procedere ai relativi accertamenti». Successivamente, essa precisa che, nella fase esecutiva, ciò si desumerebbe, appunto, proprio dall'art. 666, comma 5, c.p.p., «che impone al giudice l'obbligo di provvedere d'ufficio all'acquisizione di documenti e informazioni, ovvero ove occorra, all'assunzione di prove; norma che è tenuto ad osservare anche il giudice di sorveglianza nelle materie di sua competenza»[42], visto l'espresso rinvio contenuto nell'art. 678 c.p.p. alla disposizione *ex* art. 666 c.p.p.[43].

Ebbene, da ciò, quindi, si ricava che, nell'ambito dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, sussiste, da un lato, un mero onere di allegazione in capo all'interessato, dall'altro, il dovere del giudice di attivarsi d'ufficio nella ricerca e acquisizione della prova, ai fini dei relativi accertamenti.

Per completezza, pare utile osservare che la stessa dottrina ha giustificato tale onere di allegazione, proprio alla luce dell'impossibilità in cui, di norma, si trova l'interessato nell'attingere a elementi probatori a conforto della richiesta[44]: *ratio* simile – pare – a quella che sorregge la soluzione adottata in seno alla Corte di Strasburgo.

Sulla base di quanto emerso, se il rito del rimedio ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen. è quello di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., come interpretati dalla giurisprudenza, non sembrano esserci ostacoli a ritenere applicabile la disciplina appena delineata.

Il reclamante non avrebbe, dunque, un onere probatorio, ma solo di allegazione, mentre il Magistrato di sorveglianza sarebbe sempre tenuto a esercitare i poteri probatori d'ufficio, e questo, sia nel caso di contestazione da parte dell'Amministrazione penitenziaria, sia, e a maggior ragione, in ipotesi di silenzio di quest'ultima.

In effetti, pare d'obbligo rilevare che vi sono pronunce, le quali hanno adottato una soluzione parzialmente simile a quella appena delineata: se, da un lato, infatti, queste hanno sposato la tesi della natura essenzialmente compensativa del rimedio *ex*

Cost.: v. P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, p. 576; L. FILIPPI – G. SPANGHER – M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 4ª ed., Milano, 2016, p. 343; A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza tipo e art. 111 Cost.*, in AA.VV., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di A. Scalfati, Padova, 2004, p. 8. *Contra*, v. M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 9ª ed., Milano, 2010, pp. 570-571; M. RUARO, *La magistratura*, cit., pp. 328-330.

[42] In questi termini, v. Cass., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, in *CED. Cass.*, n. 245512. Tra le tante, si veda, inoltre, Cass., Sez. I, 27 febbraio 2018, n. 17460, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 30 novembre 2017, n. 1776, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 14 luglio 2017, n. 43644, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 24275, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 29002, in *DeJure*.

[43] Cfr. Cass., Sez. V, 14 novembre 2000, n. 4692, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2815. Sul punto, v. S. LA ROCCA, *La prova nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 825.

[44] Cfr. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, p. 275. In senso conforme, v., anche, F. CORBI, *Problemi della prova nel procedimento di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 470.

art. 35-*ter* ord. pen., escludendo, così, l'onere della prova in capo al reclamante, e sostenendo, viceversa, il mero onere di allegazione; dall'altro, hanno avvalorato tale assunto, richiamando le caratteristiche proprie del procedimento di sorveglianza[45].

Si ritiene, tuttavia, che sarebbe meglio non scomodare la natura giuridica del rimedio, ma rinvenire la risposta semplicemente nella disciplina del rito applicabile.

Risolta questa prima questione, si può ora passare a considerare la seconda: si tratta, cioè, di capire qual è la regola di giudizio da adottare qualora, nonostante l'attivazione probatoria d'ufficio, continuino a permanere dubbi sulla sussistenza o meno di un trattamento disumano o degradante subito, sia nell'ipotesi di silenzio, sia in caso di contestazione dell'Amministrazione penitenziaria.

In tal caso, si è effettivamente in presenza di una lacuna, non essendoci alcuna disposizione sul punto, né negli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., né negli artt. 666 e 678 c.p.p.

La prima domanda da porsi è, dunque, se si possa ricorrere all'analogia *legis*.

Sul punto, non si può fare a meno di osservare che questo vuoto normativo non è di certo il solo che viene in rilievo nel procedimento di sorveglianza, tanto che, ormai da tempo, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente tentato di risolvere questa carenza di disciplina, attraverso l'applicazione analogica di disposizioni proprie del giudizio di cognizione: si pensi, ad esempio, ai problemi insorti sul tema delle nullità, dell'incompetenza territoriale, o dell'irrevocabilità[46].

L'utilizzo dell'analogia *legis*, tuttavia, è possibile fintantoché il principio sotteso alla disposizione applicabile informi anche la materia specifica della lacuna normativa da colmare.

Ebbene, risulta chiaro che, in questo caso, non si potrebbe applicare analogicamente l'art. 533 c.p.p., in quanto ispirato alla presunzione di non colpevolezza, principio, ovviamente, estraneo a tal sede.

Esclusa, dunque, la possibilità di ricorrere all'analogia *legis*, il secondo passaggio dovrebbe essere quello, ai sensi dell'art. 12, comma 2, disp. prel., di interrogarsi sull'utilizzabilità dell'analogia *iuris*, in forza di un principio generale dell'ordinamento, che, in questa ipotesi, potrebbe essere quello di *favor rei*[47], da tenere ben distinto dalla presunzione di non colpevolezza[48].

Anzitutto, è opportuno chiarire che nell'art. 35-*ter* ord. pen. si tratta di effettuare un accertamento su un fatto, ossia l'avvenuta violazione di un trattamento disumano o degradante. A prima vista, si potrebbe, quindi, pensare che tale giudizio fuoriesca da quello tipico del procedimento di sorveglianza, incentrato, tradizionalmente, sui dati relativi alla personalità del condannato, nella chiara ottica di attuare il principio del finalismo rieducativo della pena.

---

[45] V. Cass., Sez. I, 21 luglio 2017, n. 6478, cit.; Cass., Sez. I, 27 aprile 2017, n. 23742, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 26 aprile 2017, n. 23739, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 48722, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 24 giugno 2016, n. 47664, in *DeJure*.

[46] Cfr. M. RUARO, *La magistratura*, cit., pp. 22-23.

[47] Su tale principio, si veda, in particolare, G. LOZZI, Favor rei *e processo penale*, Milano, 1968, *passim*.

[48] V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, Torino, 2009, p. 12, il quale rimarca «l'esigenza di evitare superficiali accostamenti o, ancor peggio, automatiche sovrapposizioni tra i due principi».

Sennonché, da tempo, la dottrina ha rilevato come, nell'ambito della giurisdizione di sorveglianza, vi siano dinamiche processuali eterogenee, e, in particolare, procedimenti – si pensi a quello finalizzato alla revoca di una misura alternativa – in cui l'oggetto dell'accertamento non è l'uomo, ma il fatto[49]: in tal caso, non verrebbe, dunque, in gioco l'art. 27, comma, 3, Cost. e «la regiudicanda [sarebbe] strutturalmente molto simile a quella del processo di cognizione»[50]. Non solo, più di recente, alcuni Autori hanno osservato che il procedimento di sorveglianza avrebbe nel tempo addirittura perduto, sia sotto il profilo giurisprudenziale, sia sotto quello normativo, la sua tipica connotazione di giudizio sull'uomo, assistendosi a una «sopravvenuta centralità dei giudizi fattuali»[51] e a un progressivo avvicinamento, dunque, del procedimento di sorveglianza al giudizio di cognizione[52].

Quanto delineato è di rilievo per provare a dare una risposta alla questione qui considerata: in particolare, nell'ambito del procedimento di sorveglianza sembra opportuno fare una distinzione che tenga conto del rapporto tra valutazione del giudice, da un lato, e, rispettivamente, giudizio sull'uomo e giudizio sul fatto, dall'altro.

Più specificamente, pare che, qualora il giudice di sorveglianza sia tenuto a effettuare un giudizio sulla persona, la sua valutazione continuerebbe a essere informata al principio fondamentale *ex* art. 27, comma 3, Cost., il quale guiderebbe e giustificherebbe la sua decisione, assumendo un valore totalizzante; il discorso sembra invece mutare quando si deve svolgere un accertamento sul fatto, in cui il finalismo rieducativo della pena non viene in gioco, ed è, quindi, proprio in questa situazione che si pone il quesito di come valutare il materiale probatorio.

In presenza di questo vuoto normativo, pare che la soluzione sia rinvenibile nel principio del *favor rei*, e, in effetti, alcune decisioni sono pervenute a tale conclusione, affermando che «se due significati possono essere ugualmente attribuiti a un dato

---

[49] Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 356; F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà. Persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2930; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, 6ª ed., Milano, 2015, pp. 307-308.

[50] In questi termini, M. RUARO, *La magistratura*, cit., p. 332, il quale sostiene che in tali situazioni, «in mancanza di un "contrappeso" come l'art. 27 comma 3 Cost., riprendono vigore i principi in materia di prova che governano la fase *ante iudicatum*», tra cui anche l'art. 533 c.p.p.

[51] V. F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà*, cit., p. 2934.

[52] Cfr. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Torino, 2011, pp. 13-14; F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà*, cit., pp. 2934-2935; L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1414 ss. Per completezza, è opportuno precisare che, proprio a causa di tale mutamento, si è affermata la doverosa applicazione dei canoni del giusto processo *ex* art. 111 Cost. anche in fase *post rem iudicatam*: cfr. F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà*, cit., p. 2936 ss. Si veda, anche, ID., *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. penit.*, 2002, pp. 143-144, in cui l'A. era pervenuto a una conclusione parzialmente diversa, escludendo l'operatività nel procedimento di sorveglianza del principio del contraddittorio per la formazione della prova, con l'eccezione, tuttavia, di quelle ipotesi «aventi, rispettivamente, ad oggetto la revoca di un beneficio penitenziario e l'applicazione, la trasformazione, la revoca di una misura di sicurezza», essendosi, in tali situazioni, «in presenza di un procedimento "penale" che ricalca la logica del processo di cognizione, o meglio, che non rinnega la sua essenza se si atteggia come un processo di "parti"».

probatorio, deve privilegiarsi quello più favorevole all'interessato, che può essere accantonato solo ove risulti inconciliabile con altri univoci elementi di segno opposto»[53].

È importante precisare che, se prima del nuovo codice di procedura penale la dottrina aveva escluso la possibilità di considerare il *favor rei* quale principio generale dell'ordinamento, in considerazione dell'«esistenza di istituti (quale la carcerazione preventiva) totalmente sfavorevoli all'imputato»[54], attualmente, la soluzione sembrerebbe diversa: nel codice Vassalli, difatti, non sono più previste quelle disposizioni ostative e, anzi, esso pare informato a un generale atteggiamento di favore nei confronti dell'imputato e del condannato.

Con più specifico riferimento ai procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, si considerino, ad esempio, l'art. 669 c.p.p., che impone al giudice, in caso di conflitto pratico di giudicati, di dare esecuzione alla sentenza più favorevole; o l'art. 671 c.p.p., il quale prevede l'applicabilità della disciplina del concorso formale di reati o del reato continuato in sede di esecuzione, «nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona»; o, ancora, l'art. 54, comma 4, ord. pen., secondo cui la pena detratta in forza dell'istituto della liberazione anticipata si considera come scontata «agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale»[55].

Sulla scorta di quanto considerato, sembra quindi possibile sostenere che, nell'ipotesi in cui, nonostante l'attivazione probatoria d'ufficio del giudice, permanga una situazione di incertezza sulla sussistenza del trattamento disumano o degradante, dovrebbe operare il principio del *favor rei*, il quale imporrebbe di riconoscere il rimedio riparativo.

Arrivati alla conclusione di questo ragionamento, pare potersi affermare che le regole sui criteri probatori da adottare nell'art. 35-*ter* ord. pen. siano da rivenire direttamente all'interno della stessa cornice normativa in cui lo strumento si colloca, senza dover, per forza, ricorrere alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e ai principi civilistici.

Questa soluzione, peraltro, non sembra affatto porsi in contrasto con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio, ma pare, anzi, rafforzarla: difatti, se si ancorasse lo strumento alla disciplina normativa interna, si eviterebbero possibili incertezze applicative, che possono, inevitabilmente, sorgere, ricavando le regole procedurali dall'interpretazione della giurisprudenza della Corte Edu.

---

[53] Cfr. Cass., Sez. I, 5 ottobre 2017, n. 7409, in *CED. Cass.*, n. 272059. Si veda, anche, Cass., Sez. I, 13 aprile 2017, n. 31690, in *DeJure*.

[54] In questi termini, G. LOZZI, Favor rei, cit., p. 182.

[55] Sull'art. 54, comma 4, ord. pen., espressione del principio di *favor rei*, v., in particolare, E. FASSONE, Favor rei *(principio del)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 4.