REGISTRAZ. A DEBITO

22764/17

ORIGINALE

# LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

DANNI DA DIFESA

## TERZA SEZIONE CIVILE

R.G.N. 22170/2015

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIACOMO TRAVAGLINO - Presidente - Cron. 22764

Dott. GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA - Rel. Consigliere - Rep.

Dott. ENZO VINCENTI - Consigliere - Ud. 10/04/2017

Dott. MARCO DELL'UTRI - Consigliere - PU

Dott. AUGUSTO TATANGELO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA INTERLOCUTORIA**

sul ricorso 22170-2015 proposto da:

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (omissis) in persona del ministro pro tempore, domiciliato ex lege in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui è difeso per legge;

***- ricorrente -***

***contro***

(omissis) , elettivamente domiciliato in (omissis) (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) giusta procura speciale in calce al controricorso;

***- controricorrente -***

2017

881

avverso il decreto del TRIBUNALE di L'AQUILA, depositata il 23/02/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/04/2017 dal Consigliere Dott. GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CORRADO MISTRI che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato (omissis) per l'Avvocatura dello Stato;

udito l'Avvocato (omissis) ;

## FATTI

1. (omissis) ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 35 *ter* della legge 25 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 1 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della detenzione in diverse carceri ( (omissis) (omissis) ), tra il 1996 ed il 2014 in condizioni inumane per la durata di giorni 3.189.

1.1. Il Ministero della Giustizia si è opposto alla domanda, contestando gli elementi di fatto indicati dal ricorrente. In via preliminare, ha eccepito la prescrizione del diritto, per i periodi precedenti i cinque anni, o in subordine i dieci anni, dalla domanda.

2. Il Tribunale di L'Aquila ha rigettato l'eccezione di prescrizione, ritenendo che la decorrenza non potesse essere operante in riferimento ad un diritto non riconosciuto prima dell'introduzione dell'art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario e che, piuttosto, valesse il termine di decadenza di sei mesi, decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legge, fissato dall'art. 2, comma primo, del citato decreto n. 92 del 2014, per coloro che a questa data avevano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovavano più in stato di custodia cautelare in carcere.

Nel merito, richiamata la sentenza della Corte EDU 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, ha affermato che la notorietà della situazione di carenza strutturale delle carceri italiane, riscontrata dalla Corte e ritenuta costituire una violazione dell'art. 3 CEDU, determina, nei giudizi intentati ai sensi dell'art. 35 *ter*, un'inversione dell'onere della prova, nel senso che al detenuto spetta di indicare il trattamento disumano cui è stato sottoposto, mentre all'Amministrazione convenuta spetta quello di provare che, nel caso specifico, le condizioni di detenzione sono state rispettose delle norme, interne ed internazionali, applicabili.

Decidendo il caso in base a questo principio, ha concluso con la condanna del Ministero al pagamento in favore del ricorrente della somma di € 25.512,00 (3.189 giorni x € 8 al giorno), compensando tra le parti le spese di lite, per novità della normativa e delle questioni poste.

3. Contro il decreto depositato in data 23 febbraio 2015, e non notificato, il Ministero della Giustizia, rappresentato dall'Avvocatura Generale dello Stato, propone ricorso straordinario per cassazione basato su un unico articolato motivo, illustrato da memoria.

(omissis) si difende con controricorso.

**MOTIVI**

1.Con l'unico motivo si denuncia violazione dell'art. 2935 e dell'articolo 2947 cod. civ., nonché dell'art. 35 *ter* della legge 354 del 1975, in relazione all'art. 360, comma primo, n. 3 cod. proc. civ.

Il Ministero censura le affermazioni che il giudice ha posto a fondamento del rigetto dell'eccezione di prescrizione: 1) l'impossibilità di individuare la decorrenza di termini di prescrizione per un'azione a tutela di un diritto (il risarcimento del danno da detenzione in stato di degrado) che la normativa interna non avrebbe conosciuto prima dell'entrata in vigore dell'attuale art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario; 2) l'incompatibilità tra la decadenza prevista dalla norma di diritto transitorio e la prescrizione prevista dalle norme ordinarie, con prevalenza della prima e non operatività della seconda (come da precedente a Sezioni Unite di questa Corte 2 ottobre 2012, n. 16783, richiamato perché riferito all'indennizzo ai sensi della c.d. legge Pinto <<*il cui regime presenta significative analogie con il caso in questione, trattandosi in entrambe le situazioni di violazione di diritti previsti dalla CEDU*>>, come si legge nel decreto).

1.1.Quanto al primo argomento, l'Avvocatura Generale, citando la Relazione del 13 aprile 2015 del Massimario di questa Corte, sostiene

la natura risarcitoria del rimedio previsto dalla novella e la sua riconducibilità al disposto dell'art. 2043 cod. civ., nonché, per la prescrizione, al disposto dell'art. 2947 cod. civ. Condivide le interpretazioni dottrinali, richiamate nella relazione, per le quali la nuova legge non avrebbe introdotto un nuovo illecito civile, ma soltanto una nuova disciplina per il relativo risarcimento, che verrebbe ad affiancarsi a quella preesistente. Si tratterebbe, in sostanza, di una semplificazione processuale dell'azione risarcitoria prevista in via generale dall'art. 2043 cod. civ., introdotta nell'ordinamento a seguito della procedura della sentenza pilota adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, con la sentenza 8 gennaio 2013 resa sul ricorso n. 43517/09 (Torreggiani c. Italia). A sostegno di questa interpretazione dell'art. 35 *ter* ord. pen., vengono citati i lavori parlamentari; vengono evidenziati una serie di argomenti di carattere letterale che sarebbero desumibili dal tenore della disposizione; viene menzionato un *obiter dictum* contenuto nella motivazione sentenza della Cassazione penale, 30 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari; per concludere escludendo (per una serie di ragioni dettagliatamente esposte ai punti 4. e 5. parte V del ricorso) che si tratti di responsabilità contrattuale o da "contatto sociale" e ribadendone la natura extracontrattuale, riconducibile alla norma generale dell'art. 2043 cod. civ., sia pure con le semplificazioni processuali specificate al punto 6. parte V del ricorso.

1.2. Quanto al secondo argomento, l'Avvocatura Generale, richiamando la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura del 30 luglio 2014 (con la quale venne espresso il parere sul progetto di legge di conversione del d.l. n. 92 del 2014), sostiene che il termine di prescrizione di cinque anni decorrente dalla data del fatto illecito –a carattere permanente- dovrebbe valere incondizionatamente per coloro che alla data di entrata in vigore del decreto legge non

avessero ancora intrapreso l'azione risarcitoria e il cui stato di detenzione fosse cessato, altrimenti si avrebbe che il diritto al risarcimento del danno già estinto per prescrizione prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014 dovrebbe "rivivere" in virtù di quanto previsto dall'art. 2 dello stesso decreto.

Secondo l'Avvocatura, il termine di natura decadenziale di cui al primo comma dell'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014 andrebbe riferito soltanto a quelle fattispecie in cui l'effetto estintivo della prescrizione, alla data di entrata in vigore della novella, non si era verificato.

Sarebbe quindi irrilevante l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 2 ottobre 2012 n. 16783, in tema di irragionevole durata del processo, in quanto riferita ad un'ipotesi in cui, essendo il processo ancora pendente, il rapporto non era ancora "esaurito".

2. Il controricorrente fa proprie le argomentazioni del decreto impugnato quanto all'incompatibilità tra decadenza e prescrizione se relative al medesimo atto da compiere per l'esercizio del diritto, richiamando la già citata sentenza a Sezioni Unite n. 16783/12, che sul punto condivise l'orientamento maggioritario tra i due all'epoca in contrasto relativamente all'interpretazione dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, nel testo vigente *ratione temporis*.

Contesta la natura risarcitoria del rimedio previsto dall'art. 35 *ter* ord. pen., ritenendone invece la natura indennitaria, avvalendosi di tale qualificazione attribuita dalla giurisprudenza di questa Corte all'equa riparazione prevista dalla legge 24 marzo 2001, n. 89. Dalla natura indennitaria del rimedio deriverebbero, secondo il resistente, altre conseguenze, quali la decorrenza della prescrizione dalla cessazione del rapporto e la non compensabilità dell'indennità con altri debiti erariali – quali ad esempio le obbligazioni derivanti dal mantenimento in carcere ovvero dal pagamento delle spese processuali-, oltre all'inversione dell'onere della prova, diretta

conseguenza della notorietà delle condizioni in cui versano le carceri italiane. Conclude osservando che, a tutto voler concedere, si tratterebbe di responsabilità (contrattuale) da "contatto sociale", come affermato in alcuni provvedimenti di merito.

3. Il Collegio ritiene di dover prendere le mosse dal secondo degli argomenti spesi dal Presidente del Tribunale di L'Aquila nel decreto qui impugnato.

Questo concerne il rapporto tra prescrizione e decadenza, come regolato sia in via transitoria dall'art. 2 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 147 del 27 giugno 2014), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117 (recante: <<*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile.*>>, in GU -serie generale- n.192 del 20 agosto 2014), che nel regime ordinario dall'art. 35 *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*).

Il terzo comma dell'art. 35 *ter* (che è intitolato <<*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*>>) prevede che <<*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 e' soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno e' liquidato nella misura prevista dal comma 2.>>.*
L'azione in sede civile, per coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere, è posta in alternativa ai rimedi previsti dai primi due comma dello stesso art. 35 *ter*, esercitabili con istanze da rivolgere al magistrato di sorveglianza in pendenza di detenzione. Precisamente, mentre coloro che sono stati in custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare possono ricorrere soltanto dinanzi al giudice civile (entro sei mesi dalla cessazione della custodia cautelare), coloro che si trovano in stato di detenzione per espiazione della pena possono ricorrere al magistrato di sorveglianza in pendenza di detenzione, ovvero, quando questa sia cessata, hanno a disposizione il rimedio azionabile dinanzi al giudice civile, nel termine di sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione (in questo senso si è espressa, con la sentenza n. 204 del 2016, anche la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 *ter* ord. pen., in riferimento agli artt. 3, 24, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo).
Per coloro che abbiano terminato di espiare la pena detentiva in carcere (in condizioni inumane, ma senza aver adito il magistrato di sorveglianza) ed agiscano in sede civile solo successivamente alla cessazione dello stato di detenzione, evidente è l'analogia tra la previsione dell'art. 35 *ter*, comma terzo, in rapporto ai comma primo

e secondo, e la previsione dell'art. 4, testo originario, della legge del 24 marzo 2001, n. 89 (<< *La domanda di riparazione può essere proposta durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata, ovvero, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, e' divenuta definitiva.*>>).

Su quest'ultimo si pronunciarono le Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 16783/12, citata nel decreto qui impugnato e negli atti di parte, con la quale venne enunciato il seguente principio di diritto: *<<In tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale per ottenere l'equo indennizzo a ristoro dei danni subiti a causa dell'irragionevole durata del processo, contenuta nell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, con riferimento al mancato esercizio di essa nel termine di sei mesi dal passaggio in giudicato della decisione che ha definito il procedimento presupposto, esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione, in tal senso deponendo non solo la lettera dell'art. 4 richiamato, norma che ha evidente natura di legge speciale, ma 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, avuto riguardo alla variabilità della ragionevole durata del processo in rapporto ai criteri previsti per la sua determinazione, nonché il frazionamento della pretesa indennitaria e la proliferazione di iniziative processuali che l'operatività della prescrizione in corso di causa imporrebbe alla parte, in caso di ritardo ultredecennale nella definizione del processo.*>>.

Sebbene la decisione del presente ricorso prescinda dall'art. 35 *ter*, comma terzo, appare tuttavia incisa dalla conferma o meno dell'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite con la pronuncia appena citata e dalla eventuale sua estensione al rimedio previsto dalla novella dell'ordinamento penitenziario, per come risulterà dal prosieguo.

3.1. L'analogia si riscontra anche, ma solo parzialmente, tra le discipline transitorie della legge n. 89 del 2001, art. 6, e del d.l. n. 92 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 117 del 2014, art. 2, commi secondo, terzo e quarto, in quanto nell'un caso e nell'altro il legislatore nazionale si è preoccupato di fare salvo il diritto di coloro che avevano già agito in ambito CEDU (sotto il profilo del mancato rispetto dell'articolo 3 e dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848), ed ha adottato regole processuali pressoché coincidenti, fissando il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della normativa nazionale per presentare il ricorso interno, in mancanza di una decisione sulla ricevibilità da parte della Corte EDU.

Anche rispetto alla disciplina transitoria della novella del 2014 potrebbero rivelarsi utili i rilievi espressi per la disciplina transitoria della c.d. legge Pinto dalle Sezioni Unite di questa Corte, quando osservarono che <<*Omogenea alla disciplina processuale a regime è poi la disciplina transitoria di cui alla L. n. 89 del 2001, la quale, nel consentire la prosecuzione davanti al giudice italiano delle cause di equa riparazione pendenti davanti alla Corte di Strasburgo, pone due limiti temporali che all'evidenza debbono essere qualificati come di decadenza* [...]>>, così restando esclusa la prescrizione che, non prevista dalla normativa convenzionale, non acquista efficacia estintiva dopo la *traslatio iudicii* (cfr. Cass. S.U. n. 16783/12).

4. Eccentrica rispetto al sistema risultante dalla disciplina ordinaria e dalla disciplina transitoria dettata per coloro che avevano già presentato ricorso alla Corte EDU è, invece, la prima delle norme transitorie, fissata dal primo comma dell'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014, da applicare nel caso di specie.

Questa dispone che <<*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*>>.

Si tratta quindi dei detenuti, diversi da quelli che avevano agito dinanzi alla Corte di Strasburgo, il cui stato detentivo sia cessato prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 92 del 2014, vale a dire tutti coloro che erano stati detenuti in espiazione di pena (od anche in stato di custodia cautelare) prima del 28 giugno 2014 (data di entrata in vigore del decreto legge, fissata al giorno successivo alla sua pubblicazione sulla G.U., avvenuta il 27 giugno 2014), indipendentemente dalla data di cessazione della detenzione (o della custodia cautelare).

Rispetto a costoro un'interpretazione strettamente letterale della norma su citata comporta che, nei sei mesi, avrebbero potuto essere fatte valere situazioni di detenzione in condizioni disumane molto risalenti nel tempo, non essendo fissato alcun termine a ritroso ed essendo l'unico limite temporale ancorata al dato dell'entrata in vigore del decreto legge.

Premesso che la legge n. 89 del 2001 non contiene alcuna norma analoga a quella in commento e che, come nota anche l'Avvocatura ricorrente, le Sezioni Unite nella sentenza su citata si occuparono di definire i rapporti tra le due ipotesi alternative di azione (in pendenza di processo o nel termine di sei mesi da quando la decisione è

divenuta definitiva) previste dal testo allora vigente dell'art. 4, e constatarono l'omogeneità della conclusione raggiunta anche con la disciplina transitoria in quella legge dettata (solo per coloro che avessero agito dinanzi alla Corte EDU, così individuandosi un termine a ritroso appunto in quello fissato per il ricorso rivolto a questa Corte), **la prima questione da risolvere è se il principio di diritto espresso dalla sentenza a S.U. n. 16783/12, più volte citata, sia applicabile anche alla fattispecie qui in esame, disciplinata dal primo comma dell'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014**, come ritenuto dal giudice *a quo*.

5. Viene a questo punto in rilievo l'altra delle due affermazioni poste a fondamento della decisione impugnata, secondo cui, con la normativa in discorso, sarebbe stato attuato per la prima volta nel diritto interno il riconoscimento di un diritto prima non esistente nell'ordinamento (indicato nel decreto come diritto al *<<risarcimento danni da detenzione in stato di degrado>>*). Allora, la norma transitoria in commento, per avere senso, dovrebbe essere interpretata come norma di introduzione di un diritto "nuovo", ma con effetti retroattivi, in favore di soggetti non più detenuti (ed, in ipotesi, anche dei loro eredi). Questi effetti retroattivi non sarebbero impediti dall'art. 11 delle preleggi poiché il principio dell'irretroattività della legge, elevato al rango di precetto costituzionale solo per le sanzioni penali, è derogabile in materia civile mediante altre norme ordinarie. Tuttavia, si tratterebbe di una deroga importante che, come nota l'Avvocatura qui ricorrente, non trova alcun riscontro nella lettera del primo comma dell'art. 2, di modo che dovrebbe concludersi che si tratterebbe di deroga implicita.

L'alternativa alla tesi sostenuta nel provvedimento impugnato è quella, prospettata dalla stessa Avvocatura, della riconducibilità del diritto alla norma generale dell'art. 2043 cod. civ. ovvero, quella prospettata in subordine da entrambe le parti (ma su fronti opposti),

del risarcimento da "contatto sociale", invocabile secondo le regole della responsabilità contrattuale.

Si pone nei termini alternativi appena enunciati **l'altra fondamentale questione sollecitata dal ricorso, dell'individuazione della natura del rimedio previsto dall'art. 35 *ter* ord. pen.**

L'opzione interpretativa prescelta incide: a) sulla soluzione del problema della compatibilità della prescrizione prevista dalle norme generali con la decadenza direttamente fissata dalla *lex specialis*;

b) ove si dovesse concludere per la compatibilità (quanto meno nella disciplina transitoria), sulle modalità operative della prescrizione e sull'individuazione del termine di decorrenza, oltre che sui criteri di calcolo della posta indennitaria, o risarcitoria.

5.1. Quanto al primo profilo (sub a), va premesso che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, per il quale il termine di decadenza per l'esercizio di un diritto è incompatibile con la decorrenza della prescrizione, presuppone che l'una e l'altra si riferiscano al medesimo atto. Esso non opera se le due cause di estinzione del diritto sono ancorate ad inattività diverse, come dimostrano diversi regimi positivi di contemporanea previsione di prescrizione e decadenza (quale, a titolo esemplificativo, nella disciplina della garanzia per vizi della compravendita o dell'appalto).

Se la natura del diritto spettante al detenuto per il trattamento carcerario inumano fosse ritenuta indennitaria, si avrebbero le conseguenze di cui appresso, con riferimento alla disciplina transitoria fissata dall'art. 2, comma primo, del d.l. n. 92 del 2014.

Poiché, in ipotesi, è l'art. 35 *ter* della legge n. 354 del 1975, come richiamato dall'art. 2, ad avere introdotto, per la prima volta, non solo l'azione, ma anche il diritto, l'unica azione possibile per rivendicare questa indennità sarebbe appunto quella di nuova introduzione. Ne consegue che, se si dovesse applicare il principio

espresso dalle S.U. n. 16783/12, la prescrizione non potrebbe effettivamente operare in quanto non sarebbe individuabile altro atto od attività dal cui mancato compimento dovrebbe conseguire la prescrizione del <<diritto al risarcimento danni da detenzione in stato di degrado>>.

E ciò anche in ragione della diversità dei piani ordinamentali in cui operano i rimedi di diritto interno e quelli della CEDU.

In sintesi, non potendo essere individuato nel ricorso alla Corte EDU l'atto idoneo ad interrompere la prescrizione di diritto interno e non esistendo prima della novella del 2014 un diritto da porre a base di un'azione in ambito interno, si dovrebbe concludere che, in fase transitoria, il legislatore ha riconosciuto un diritto "nuovo" con effetti retroattivi (secondo quanto detto sopra), effettuando la scelta discrezionale di porre il solo limite della decadenza ed escludendo la prescrizione.

Con la conseguenza che nei sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge avrebbero potuto agire in giudizio tutti coloro che erano stati detenuti in passato, anche se lo stato di detenzione fosse venuto a cessare oltre il quinquennio (od il decennio) prima dell'introduzione delle nuove norme e potrebbero ottenere il "risarcimento" previsto dall'art. 35 *ter* ord.pen., come richiamato dall'art. 2, comma primo, per tutto il periodo di detenzione in condizioni degradanti, anche se superiore a cinque (o a dieci) anni.

Un'interpretazione siffatta avrebbe effetti significativi sia a carico del diritto di difesa dell'Amministrazione convenuta, che a carico del bilancio statale (come già segnalato dalla delibera del CSM 30 luglio 2014, sul punto fatta propria dall'Avvocatura qui ricorrente). Peraltro, questi ultimi effetti verrebbero ad essere bilanciati dalla brevità del termine di decadenza, oramai venuto a scadere il 28 dicembre 2014 (data che consentirebbe, ad oggi, di conoscere i numeri del contenzioso relativo a tutte le possibili ipotesi di diritto transitorio -

non solo di quello pendente "di ritorno" dalla CEDU ai sensi dell'art. 2, comma quarto, del d.l. n. 92/14, ma anche di quello instaurato ai sensi del primo comma- provvedendo ai necessari stanziamenti di bilancio).

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 oramai "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 dall'art. 2, comma primo, del d.l. n. 92 del 2014 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.).

5.2. Per contro, l'opzione per la natura risarcitoria, extracontrattuale o contrattuale, del rimedio consentirebbe, all'evidenza, di individuare, come atto di esercizio del diritto, l'azione risarcitoria per fatto illecito o per inadempimento, che il soggetto già detenuto in condizioni disumane avrebbe potuto esperire, per le vie ordinarie, anche prima della novella dell'ordinamento penitenziario.

In tale eventualità, con riferimento alla disciplina transitoria, non opererebbe certamente il principio di diritto espresso dal precedente a S.U. n. 16783/12 più volte richiamato, poiché non vi sarebbe coincidenza di atti o di attività richieste all'interessato per impedire l'estinzione del diritto, che nell'un caso (fino all'entrata in vigore della novella) sarebbe stata appunto l'azione ordinaria nel termine di prescrizione (quinquennale o decennale) ritenuto applicabile (a seconda della natura, extracontrattuale o contrattuale, che si dovesse attribuire alla responsabilità dello Stato) e nell'altro (dopo l'entrata in vigore della novella) sarebbe l'azione ai sensi dell'art. 2, comma primo, del d.l. n. 92 del 2014. Quindi si avrebbe che, anche per coloro che (non avendo presentato ricorso alla Corte EDU) abbiano agito in giudizio, in sede civile, nei sei mesi dall'entrata in vigore di quest'ultima norma, opererebbe la prescrizione.

Evidentemente, ove si dovesse propendere per la responsabilità contrattuale, si avrebbe un risultato in parte analogo a quello ottenuto interpretando la norma transitoria come introduttiva di un diritto "nuovo" ma nascente da rapporto oramai "esaurito" (costituente perciò termine di decorrenza della prescrizione ordinaria). Il diritto all'indennizzo od al risarcimento da responsabilità contrattuale sarebbe azionabile, nell'uno e nell'altro caso, nel decennio dalla cessazione dello stato di detenzione. Però, la scelta di qualificazione (tra indennizzo e risarcimento) potrebbe comportare comunque delle conseguenze differenti riguardo al contenuto della posta indennitaria rispetto a quello della posta risarcitoria: la prima, infatti, dovrebbe essere commisurata all'intero periodo di detenzione a condizioni disumane, anche eccedente il decennio (pur se l'azione in giudizio non potrebbe essere proposta oltre i dieci anni dalla cessazione della detenzione); per quanto si dirà nel paragrafo che segue, la posta risarcitoria potrebbe invece essere calcolata diversamente.

6. Passando ad esaminare il secondo dei profili su evidenziati (sub b), va rilevato che anche se si qualificasse il diritto in oggetto come nascente da responsabilità extracontrattuale, secondo l'impostazione sostenuta dal Ministero ricorrente, siffatta qualificazione, di per sé sola, non comporterebbe necessariamente le conseguenze pretese dall'Avvocatura generale.

A prescindere da altre questioni non meno rilevanti che nascerebbero da detta qualificazione – non poste dal ricorso, quali l'eventuale concorso tra l'azione risarcitoria ordinaria e l'azione "speciale" ai sensi della novella; profilo, connesso a quello dell'idoneità di un procedimento sommario quale previsto da quest'ultima ad assicurare il pieno ristoro dei danni sofferti; ed ancora a quello della compensabilità del credito risarcitorio con pretese creditorie dell'Amministrazione statale nei confronti dei detenuti- **la questione delle modalità operative della prescrizione e dell'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione applicabile nella disciplina transitoria, e conseguentemente del contenuto della posta risarcitoria,** imporrebbe la scelta tra due possibili soluzioni (sub 6.1 e 6.2), per le quali la giurisprudenza di questa Corte in casi analoghi ha espresso principi non sempre univoci.

6.1. Ritenendo infatti che il risarcimento, essendo riferito ad un rapporto di durata, possa essere richiesto soltanto al momento di cessazione di questo rapporto, si avrebbe che, nel rispetto del termine di sei mesi dall'entrata in vigore dell'art. 2, comma primo, del d.l. n. 92 del 2014, avrebbero potuto agire in sede civile tutti coloro la cui detenzione fosse cessata da meno di cinque anni, rivendicando tuttavia il risarcimento per l'intero periodo di detenzione (con esclusione soltanto, ove detenuti in diversi istituti di pena, dei periodi trascorsi in istituti che hanno assicurato condizioni di trattamento non disumane né degradanti, senza però alcuna incidenza di questi

periodi sulla durata della prescrizione), perché la prescrizione non opererebbe in pendenza di detenzione. In sintesi, il momento di realizzazione del fatto dannoso coinciderebbe con la cessazione della permanenza, dovuta alla definitiva espiazione della pena detentiva.

In tal modo si applicherebbe al fatto illecito del quale è chiesto il risarcimento secondo la disciplina transitoria, la stessa disciplina che l'art. 35 *ter* ord. pen. sembra configurare per la norma a regime (ma sulla quale sarebbe opportuno anche perciò un intervento chiarificatore, tenuto conto del precedente a Sezioni Unite più volte citato).

6.2. L'opzione interpretativa alternativa è quella, invece, di disciplinare il fatto illecito compiuto (od "esaurito" per utilizzare la terminologia dell'Avvocatura) prima dell'entrata in vigore delle nuove norme seguendo le regole ordinarie dell'illecito c.d. permanente.

Quindi, sarebbero risarcibili soltanto i periodi di detenzione a condizioni degradanti, la quale si sia svolta e sia continuata –secondo le modalità operative dell'illecito permanente, con decorrenza della prescrizione anche durante lo stato di detenzione- nei soli cinque anni precedenti l'azione in giudizio, perché la prescrizione avrebbe inizio da ciascun giorno rispetto al fatto verificatosi ed al corrispondente diritto al risarcimento.

La scelta per l'una o per l'altra soluzione (che comporterebbe esiti diversi del presente ricorso) presuppone definita la portata della deroga all'art. 11 cod. civ. contenuta nel primo comma dell'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014, previa ovviamente la qualificazione della natura del diritto di che trattasi.

7. Questa qualificazione, a sua volta, - per sciogliere in un senso o nell'altro l'alternativa tra l'impostazione del giudice *a quo* e l'impostazione del Ministero ricorrente - presuppone che vengano riconsiderati i rapporti tra tutela secondo le regole della Convenzione EDU e tutela interna, non essendo utilizzabili senza distinguo le

elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali relative alla legge n. 89 del 2001, a proposito della natura del diritto riconosciuto dalla normativa interna (come vorrebbe il controricorrente). Se è vero infatti che sia la legge n. 89 del 2001 che il d.l. n. 92 del 2014 rispondono all'esigenza di introdurre nel diritto interno procedure idonee a produrre rapidamente la cessazione di violazioni alla Convenzione e/o ad assicurare con rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate, non si può prescindere dal considerare che, al di là delle già evidenziate analogie sul piano processuale, le violazioni di che trattasi sono diverse (attenendo nell'un caso all'art. 6 della CEDU e nell'altro all'art. 3 della CEDU) e diverso potrebbe essere ritenuto, sul piano sostanziale, il rimedio prescelto, nei due casi, dal legislatore interno (introduzione di "nuovi" diritti ovvero estensione di diritti "vecchi", cioè già esistenti nell'ordinamento, ma assicurati con strumenti processuali semplificati).

Le questioni fin qui enunciate appaiono di massima di particolare importanza, sia per la peculiarità della normativa di recente introduzione nel contesto dei rimedi riconosciuti dall'ordinamento (in generale e con specifico riferimento alle violazioni della Convenzione EDU), che ha determinato l'adozione da parte dei giudici di merito di soluzioni a volte tra loro incompatibili; sia per l'esigenza di chiarire se dare, o meno, continuità ai principi enunciati dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 2 ottobre 2012 n. 16783 (in riferimento non solo alla disciplina transitoria ma anche a quella dell'art. 35 *ter* dell'ord. pen., applicato a regime); infine, per l'opportunità di riconsiderare i rapporti tra ordinamento nazionale e sistema della Convenzione EDU, tenendo conto delle analogie e delle differenze tra il rimedio della legge n. 89 del 2001 e quello del d.l. n. 92 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 117 del 2014, quali vie di ricorso interno introdotte dal legislatore per assicurare una tutela rapida ed efficace a violazioni diverse della Convenzione.

Il Collegio reputa pertanto che gli atti vadano rimessi al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite.

**P.Q.M.**

La Corte dispone trasmettersi gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma il 10 aprile 2017.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
CATANIA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi 28 SET 2017

Il Funzionario Giudiziario
CATANIA

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO COPIE UNIFICATO

Copia ad uso studio che si rilascia a richiesta di **IL SOLE 24 ORE.**

Roma, 28 settembre 2017

La presente copia si compone di 20 pagine.
Diritti pagati in marche da bollo € 3.84