

# **Il risarcimento del danno da inumana detenzione nel caso di integrale espiazione della pena**

**Caterina Interlandi**

**Incontro SSM Formazione Decentrata**

**Distretto di Milano 10.4.2017**

## **INDICE**

- 1 L'origine dell'art. 35 ter ordinamento penitenziario: rimedi preventivi e risarcitori, effettivi e accessibili, contro la detenzione in condizioni non rispettose della dignità umana**
- 2 Le due ipotesi previste dall'art. 35 ter Ordinario Penitenziario: misure compensative e risarcitorie per equivalente monetario**
- 3 La natura dei rimedi e la ripartizione di competenza tra magistrato di sorveglianza e giudice civile**
- 4 La prescrizione del diritto e la decadenza dall'azione**
- 5 Onere della prova delle parti e sua articolazione nel processo civile per il risarcimento del danno; la richiesta di ufficio di informazioni alla pubblica amministrazione**

## **1 L'origine dell'art. 35 ter ordinamento penitenziario: rimedi preventivi e risarcitori, effettivi e accessibili, contro la detenzione in condizioni non rispettose della dignità umana**

- 1.1** L'art. 35 ter della L. 354/1975, introdotto dal D.L. 26 giugno 2014 n. 92, convertito con la L. 11 agosto 2014 n. 117, prevede rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU nei confronti dei detenuti, in ottemperanza alle indicazioni contenute nella sentenza della Corte di Strasburgo II sezione Torreggiani e altri c. Italia, pronunciata l'8.1.2013 sulla base dei principi già consolidati invero dalla sentenza Sulejmanovic c. Italia del 2009. La Corte EDU con la sentenza del 2013 aveva infatti evidenziato come la normativa italiana non prevedesse strumenti per una tutela effettiva e accessibile dei propri diritti in stato di detenzione. Lo stesso riconoscimento dell'esistenza in generale di diritti delle persone in stato di detenzione e della necessità di prevedere in via generale strumenti adeguati alla loro tutela ha avuto una

storia lunga nel nostro Paese: Corte cost. sent. n. 410 del 1993, Corte cost. sent. n. 212 del 1997 e Corte cost. 26 del 1999 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 69 O.P. nella parte in cui, allora, non prevedeva una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti dei detenuti; infine Corte cost. sent. n. 279 del 2013 che ha dichiarato la inammissibilità delle questioni sollevate da diversi magistrati di sorveglianza, a seguito della pronuncia della sentenza Torreggiani, con riferimento all'art. 147 codice penale nella parte in cui non prevede il rinvio dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, peraltro denunciando l'esistenza del vulnus derivante dal vuoto normativo.

La Corte di Strasburgo aveva ritenuto non effettivo il reclamo al magistrato di sorveglianza ex art. 69 ordinamento penitenziario, perché le indicazioni della magistratura di sorveglianza alla amministrazione penitenziaria non trovavano rapida e certa esecuzione, non essendo cogenti per l'amministrazione penitenziaria stessa; anche a volere ritenere sussistente un rimedio indiretto interno (il giudizio di ottemperanza per mancata esecuzione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza), la Corte EDU ha affermato che non corrisponde a una tutela effettiva imporre al detenuto di sostenere l'onere di giudizi ulteriori dopo avere proposto il ricorso al magistrato di sorveglianza.

**1.2** A seguito della sentenza Torreggiani, che ha disposto la sospensione del giudizio per il periodo di un anno, rilevando la necessità che l'Italia adottasse rimedi effettivi e accessibili ai detenuti per la tutela dei loro diritti per una detenzione rispettosa della dignità umana, e sollecitata dalla Corte costituzionale, il legislatore italiano ha dunque emanato dapprima il D.L. 146/2013 (che ha modificato la disciplina generale del reclamo al magistrato di sorveglianza) e ha introdotto una specifica disciplina compensativa e risarcitoria con il D.L. 92/2014 che ci occupa per offrire uno strumento accessibile per una tutela effettiva al detenuto. Ha infine adottato diversi provvedimenti "svuota-carceri", ritoccando in senso ampliativo istituti già esistenti (braccialetto elettronico, liberazione anticipata speciale, esecuzione domiciliare della pena, espulsione come sanzione sostitutiva della pena per gli stranieri).

## **2 Le due ipotesi previste dall'art. 35 ter Ordinario Penitenziario: misure compensative e risarcitorie per equivalente monetario**

**2.1** L'art. 35 ter O.P. dispone che, quando il pregiudizio della persona sottoposta a restrizione della libertà personale consiste nella detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU per un periodo non inferiore a quindici giorni, "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."

Quando il periodo di pena ancora da espiare è inferiore a quindici giorni, il magistrato di sorveglianza liquida al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma pari a €8,00 per ciascuna giornata di inumana.

Per fare un esempio: in caso di inumana detenzione proseguita per 23 giorni, anche non continuativi, la riduzione di pena è pari a due giorni e al detenuto è inoltre il risarcimento pecuniario per tre giorni, pari a €24,00.

**2.2** Quando si tratta invece di detenzione non computabile nella pena da espiare (per esempio detenzione in misura cautelare seguita da assoluzione), ovvero per "coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere" è prevista la azione civile, proposta personalmente o a mezzo di difensore munito di procura speciale, avanti al Tribunale nel capoluogo del distretto di residenza dell'istante, al fine di ottenere un risarcimento pecuniario.

L'azione civile si esercita mediante ricorso ai sensi dell'art. 737 c.p.c, trattato in camera di consiglio e definito con decreto non soggetto a reclamo, appellabile e ricorribile per cassazione.

L'azione deve essere proposta a pena di decadenza entro sei mesi dalla liberazione del detenuto.

La misura del risarcimento, ove ne sussistano i presupposti, viene liquidato dal giudice civile nella misura rigidamente preordinata dal legislatore di €8,00 per ogni giorno di inumana detenzione.

### **3 La natura dei rimedi e la ripartizione di competenza tra magistrato di sorveglianza e giudice civile**

**3.1** L'art. 35 O.P. espressamente statuisce che si tratta di un risarcimento, e non di una indennità.

Il contrario orientamento (per esempio Tribunale Venezia, terza sezione civile, decreto 2.2.2017 nel proc. R.G. N. 2418/2016) è fondato sull'affermato automatismo nel riconoscimento dei presupposti per la compensazione, nella misura forfetaria del rimedio e nella irrilevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito.

Contro tale interpretazione è possibile obiettare che per la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento deve essere valutato il complesso del trattamento detentivo per giudicare della sussistenza in concreto della lesione del diritto assoluto del detenuto ad essere ristretto nella libertà in condizioni rispettose della dignità umana.

Può inoltre affermarsi che l'imputazione dell'elemento soggettivo della colpa della amministrazione penitenziaria, articolazione amministrativa dell'ente Ministero convenuto, deriva dalla inosservanza consapevole -e anzi disciplinata con provvedimenti amministrativi in violazione- delle prescrizioni desumibili dalla giurisprudenza CEDU di interpretazione dell'art. 3, ormai sufficientemente precise, come oltre indicato (punto 3.10).

Certamente la misura del risarcimento è rigidamente predeterminata dal legislatore, contrastante con il principio di omnicomprensività e personalizzazione del risarcimento, in termini tra l'altro irrisori quantomeno per il risarcimento per equivalente pecuniario (€8,00 per ogni giorno di illecita detenzione, a fronte di €250,00 di ragguglio tra pena detentiva e pena pecuniaria secondo l'art. 135 codice penale), ma criticato anche con riferimento alla compensazione detentiva, tanto da suscitare dubbi di costituzionalità della norma.

Tale unica caratteristica eccentrica rispetto ai principi generali in materia di risarcimento del danno, dettata da evidenti ragioni di contenimento della spesa pubblica, non pare possa indurre a ritenere che si tratti di una fattispecie atipica e del tutto nuova.

**3.2** Non si tratta di una nuova forma di illecito: la detenzione in condizioni di inumana detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU era già stata considerata dalla giurisprudenza prima della innovazione legislativa, sulla base dei principi affermati dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione n. 26972 in data 11.11.2008, che ha indicato i presupposti generali per la risarcibilità della lesione di un interesse: che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; che la lesione di tale interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di dovuta tollerabilità; che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi e fastidi.

La corte di cassazione penale (Cass. sezione penale 1, sent. n. 4772 del 15.1.2013) aveva tuttavia rilevato che il sistema normativo prevede in via generale la attribuzione della materia risarcitoria alla giurisdizione civile, e che le attribuzioni al giudice penale di competenze in materia risarcitoria si pongono come eccezioni a tale generale ripartizione; come tali, devono essere specificamente previste dalla normativa, quali si rinvencono, ad esempio, ove il giudice penale è chiamato a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria del danneggiato da un reato

costituito parte civile (art. 74 Cod. Proc. Pen.) o su quella per ingiusta detenzione (art. 314 Cod. Proc. Pen.) od anche per riparazione dell'errore giudiziario (art. 643 Cod. Proc. Pen.), mentre tale competenza specifica non si riscontrava, all'epoca di tali pronunce, nella normativa in materia penitenziaria.

Così molte sentenze della Cassazione penale prima del D.L. 92/2014 hanno considerato abnorme il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza, in sede di reclamo, aveva riconosciuto il risarcimento dei danni patiti dal detenuto per effetto della detenzione subita in spazi angusti (Sez. 1, Sentenza n. 29971 del 21/05/2013; in senso conforme nn. 29972, 29973, 29974, 29975/2013; Sez. 1, Sentenza n. 42901 del 27/09/2013; Sez. 1, Sentenza n. 3803 del 15/11/2013).

**3.3** L'art. 35 ter O.P. come modificato dal D.L. 92/2014 ha innovato tale quadro, introducendo una nuova disciplina per il risarcimento del danno da inumana detenzione, con una disposizione speciale che deroga alla generale ripartizione delle competenze tra materia penale e civile.

Subito dopo l'entrata in vigore della nuova norma la magistratura di sorveglianza ha adottato criteri molto restrittivi di interpretazione della propria competenza.

Rifacendosi sostanzialmente alle precedenti pronunce la Magistratura di Sorveglianza ha ribadito la insussistenza di una sorta di giurisdizione esclusiva in materia di diritti dei detenuti, affermando che l'art. 69 Ord. Pen., il quale disciplina funzioni e provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza, prevede che il Giudice "impartisce nel corso del trattamento disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati", circoscrivendo cioè l'ambito del suo possibile intervento ad un circuito estraneo alle funzioni di accertamento, quantificazione e condanna di tipo risarcitorio.

**3.4** La Magistratura di sorveglianza ha quindi escluso la propria competenza in ordine alla richiesta di natura risarcitoria del detenuto, ritenendo che la pretesa deve essere fatta valere avanti al giudice civile, tranne nei casi in cui il pregiudizio sia "attuale e grave".

Affermando che il requisito della attualità del pregiudizio debba sussistere tanto al momento della presentazione dell'istanza quanto al momento della pronuncia (così letteralmente interpretando la indicazione normativa di cui all'art. 35 ter O.P.: "quando il pregiudizio ... consiste ... il magistrato dispone..." con declinazione dei verbi al tempo presente), ha ritenuto inammissibili le istanze avanzate da detenuti che, dopo il deposito dell'istanza e prima della decisione, erano stati liberati o trasferiti in altra cella idonea (per esempio Mag. Sorv. Vercelli ord. 24.9.2014, est. Fiorentin).

**3.5** Questo primo orientamento giurisprudenziale, seppure affermato con la consapevolezza delle lacune del sistema così interpretato, e che mi sembra di potere definire “difensivo” a scopo deflattivo delle numerose prevedibili richieste di risarcimento subito dopo la innovazione legislativa, non appare pienamente rispettoso dei principi indicati dalla Corte di Strasburgo di effettività, accessibilità ai detenuti e complementarietà tra rimedi preventivi e risarcitori (sentenza Torreggiani § 38 -che sottolinea che il superamento della violazione da parte della amministrazione penitenziaria su indicazione della magistratura non comporta il suo riconoscimento, accertamento e risarcimento- e §96 ove si afferma che i rimedi di natura preventiva e riparativa devono coesistere in modo complementare).

E' un orientamento tuttavia ormai superato: la Corte di cassazione ha stabilito, con orientamento ormai consolidato, che “l'attualità del pregiudizio non è condizione necessaria ai fini dell'accoglimento della domanda riparatoria rivolta la Magistrato di sorveglianza, in quanto il richiamo contenuto nell'art. 35 ter ord. pen., al pregiudizio di cui all'art. 69 ... non si riferisce la presupposto della necessaria attualità del pregiudizio medesimo. (Cass. pen., sez. 1 , sent. n. 38801 del 19.7.2016; Cass. pen., sez. 1, sent. n. 46966 del 16.7.2015; Cass. Pen., sez. 1, sent. n. 876 del 16.7.2015).

Presupposto necessario per radicare la competenza del Magistrato di sorveglianza è solo il perdurante stato di restrizione del richiedente (Cass. pen., sez. 1, sent. n. 38801 del 19.7.2016): pertanto la scarcerazione del detenuto nelle more del giudizio non comporta il trasferimento della competenza in capo al giudice civile.

La interpretazione restrittiva tuttavia permane negli spazi ancora disponibili alla Magistratura di sorveglianza: ancora di recente (Mag. Sorv. Milano ord. 16.2.2016 proc. N. SIUS 2016/7601) si è affermato che la domanda avanzata da persona tuttora detenuta è inammissibile se riferita a una carcerazione patita con riguardo a un titolo non più esecutivo, perché ormai espiato e superato da altri titoli (Così per esempio Magistrato sorveglianza Milano ord. 22.9.2016 nel proc. SIUS N. 2016/19428).

Secondo questa interpretazione requisito di ammissibilità del ricorso non è il solo stato di detenzione, ma lo stato di detenzione in relazione ad un titolo in esecuzione del quale la lesione di è verificata. Anche questa interpretazione non pare compatibile con il principio di accessibilità del rimedio alla persona ancora detenuta, e con la preferenza della legge per il rimedio della riduzione compensativa della pena rispetto al risarcimento pecuniario.

**3.6** Poiché l'istituto unitario del rimedio contro l'inumana detenzione prevede due distinti procedimenti, a seconda che chi lamenta la violazione del diritto sia detenuto o libero, attribuiti alla competenza di giudici diversi, il magistrato di sorveglianza al quale sia stata presentata istanza da parte di persona non più detenuta, dovrebbe trasmettere il fascicolo al giudice civile competente (artt. 38, 45, 50 c.p.c. e artt. 125 e 126 disp. att. c.p.c.), con conseguente onere per l'interessato di riassumere la causa avanti al giudice civile competente per conseguire il ristoro patrimoniale del pregiudizio subito.

La cancelleria del giudice civile dovrà, una volta riassunta la causa, richiedere alla cancelleria del magistrato di sorveglianza il fascicolo di ufficio.

Non si tratta invece, in presenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto, di una ipotesi di inammissibilità.

**3.7** Si discute se si tratti di un risarcimento di natura penale, civile o di diverso genere.

Si tratta invero di un inedito rimedio compensativo, e non di un risarcimento in forma specifica, come talora impropriamente viene chiamato, anche nel caso in cui il magistrato di sorveglianza dispone la liberazione anticipata del detenuto.

Alla violazione dei diritti fondamentali infatti, una volta verificatasi, non può porsi rimedio eliminando la violazione, ormai irrimediabilmente commessa.

**3.8** Con riferimento al risarcimento per equivalente pecuniario, che può essere chiesto al giudice civile una volta cessato lo stato di detenzione, la fattispecie deve essere inquadrata nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale, derivante, a giudizio di chi scrive, da fatto illecito.

Non mi paiono condivisibili le opinioni di chi inquadra la fattispecie nelle ipotesi di danno da contatto sociale (con conseguente prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c. e inversione dell'onere della prova): il contatto sociale si verifica infatti nelle ipotesi in cui taluno esegue un incarico conferitogli da altri, mentre nel caso della inumana detenzione il danneggiato subisce l'esercizio autoritativo del potere statale che viene esercitato in violazione dell'art. 3 Convenzione EDU, quindi con colpa, atteso il dovere dello Stato e delle sue articolazioni amministrative, tra cui quella penitenziaria nell'esercizio dei propri poteri e doveri, di rispettare le Convenzioni internazionali sottoscritte, adoperandosi altresì positivamente per evitare la violazione della convenzione.

In questo senso depone la giurisprudenza che indica nell'ordinaria azione aquiliana il rimedio esperibile da chi allegghi di essere stato ingiustamente detenuto per comportamento colposo o doloso dell'amministrazione penitenziaria: cfr. Cass. sez. 6-3 ord. n. 19331 del 8.11.2012; Cass. sez. 6.3 ord. n. 4172 del 15.3.2012; Cass. sez. 3, sent. n. 231780 del 31.10.2014, che nel distinguere tale ipotesi da quella del risarcimento del danno conseguente ad un *provvedimento* illegittimo, inquadrano nella fattispecie generale del risarcimento del danno da fatto illecito la domanda di chi allegghi di avere subito un danno ingiusto che incide su un interesse rilevante per l'ordinamento eziologicamente connesso con un *comportamento* della Pubblica Amministrazione.

**3.9** Non mi pare invece conferente il discrimine tra le due ipotesi di responsabilità, da fatto illecito e da contatto sociale, da taluni individuato nell'essere la responsabilità da contatto sociale relativa a un danno derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta imposta in relazione all'esercizio della attività, mentre nel caso del danno da inumana detenzione il riferimento all'art. 3 CEDU non sarebbe sufficientemente determinato.

**3.10** Invero la giurisprudenza CEDU, di interpretazione della Convenzione, alla quale i giudici nazionali devono uniformarsi entro il limite della compatibilità costituzionale, è sufficientemente chiara nell'indicare i parametri di riferimento per la valutazione della sussistenza della violazione.

Secondo un orientamento che ormai può ritenersi consolidato (alla luce di numerose decisioni dettagliatamente ripercorse nella sentenza C.EDU Grande Camera 20 ottobre 2016 Mursic c. Croazia), il diritto al risarcimento non matura automaticamente per violazione dello spazio minimo da riconoscere al detenuto nella cella (indicato dal Comitato di Prevenzione della Tortura emanazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in 4 mq. per ogni detenuto, ma che può essere inferiore senza ledere l'art. 3 CEDU, sebbene sotto i 3 mq. per detenuto sussista una forte presunzione di violazione dell'art. 3, come affermato già nella sentenza Sulejmanovic c. Italia del 16.7.2009, nella sentenza Ananyev c. Russia del 2012, nella sentenza Tellissi c. Italia del 5.3.2013, precisato che tale spazio include la mobilia ed esclude il bagno), ma anche tenuto conto delle ore d'aria godibili fuori dalla cella e quindi dal tipo di struttura carceraria e del regime "aperto" o "chiuso" all'interno dei reparti del carcere, delle attività formative che il detenuto può svolgere durante la giornata nel carcere, della areazione, riscaldamento e luminosità delle celle, della presenza di porta di separazione tra la cella e il

bagno, della lunghezza del periodo di detenzione in spazi eccessivamente angusti, in sostanza di tutto il complesso delle disposizioni e condizioni del trattamento detentivo che devono essere unitariamente e in concreto considerate.

La giurisprudenza di merito tuttavia ancora talora riconosce la lesione del diritto per il solo fatto che lo spazio a disposizione di ogni detenuto in cella è inferiore ai tre metri quadri, esclusi e non inclusi i mobili, quantomeno quelli fissi e in particolare il letto (così Tribunale Venezia, decreto 2.2.2017 nel proc. RGN 2418/2016 e decreto 3.2.2017 nel proc. RG N 1517/2016; Tribunale Sorveglianza Milano che calcola quale superficie disponibile per il detenuto solo quella calpestabile, e non considera quindi quale spazio vivibile il letto).

#### **4 La prescrizione del diritto e la decadenza dall'azione**

**4.1** Se è corretto inquadrare l'ipotesi di risarcimento del danno da inumana detenzione nella generale ipotesi di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., consegue che la prescrizione del diritto è di cinque anni ex art. 2947 c.c., che decorre giorno per giorno, trattandosi di illecito permanente (Cass. SU 16783/12).

E' prescritto perciò il diritto al risarcimento del danno per i giorni in cui la lesione è occorsa, anteriori ai cinque anni a far data a ritroso dalla presentazione del ricorso.

L'eccezione di prescrizione del diritto, talora avanzata dal Ministero convenuto, deve dunque essere presa in considerazione, anche dal Magistrato di Sorveglianza, poiché la liberazione anticipata del detenuto ai sensi dell'art. 35 ter O.P costituisce una modalità inedita del risarcimento del danno, istituto di natura civilistica anche laddove azionato avanti al Magistrato di Sorveglianza.

La prescrizione opera infatti anche con riferimento ai diritti fondamentali:

*“L'istituto dell'occupazione appropriativa ...la previsione che al privato va riconosciuto un risarcimento ragionevole, il cui importo è in ogni caso superiore a quello dell'indennità spettante in sede di espropriazione; l'esistenza, infine, di norme idonee ad assicurare una tutela effettiva in sede giudiziaria per l'esercizio dell'azione risarcitoria, anche sotto il profilo del termine di prescrizione, consentono di ravvisare un giusto equilibrio tra la garanzia del diritto di proprietà, prevista dalla normativa costituzionale interna e dall'art. 1 del protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (come interpretato dalla Corte di Strasburgo), e gli interessi generali della collettività.”* (Sez. U, Sentenza n. 5902 del 14/04/2003).

Anche il riconoscimento di un diritto fondamentale avviene infatti nei modi e nelle forme stabilite dall'ordinamento nazionale ove l'azione per il suo riconoscimento viene esercitata, e la prescrizione è istituto di carattere generale, la cui esclusione deve essere esplicitamente imposta (così per esempio, nel settore penale, per alcuni gravissimi reati).

**4.2** L'azione è soggetta al termine di decadenza di sei mesi decorrente dalla cessazione dello stato di detenzione.

**4.3** L'art. 2964 c.c. recita che "Quando un diritto deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza, non si applicano le norme relative all'interruzione della prescrizione. Del pari non si applicano le norme che si riferiscono alla sospensione, salvo che sia disposto altrimenti."

L'art. 2967 c.c. afferma che "Nei casi in cui la decadenza è impedita, il diritto rimane soggetto alle disposizioni che regolano la prescrizione".

Dunque (Sez. U, Sentenza n. 16783 del 02/10/2012) "una convincente lettura dell'art. 2967 c.c., in coerenza, peraltro, con la rubrica dell'art. 2964 c.c., postula appunto l'affermazione dell'incompatibilità tra decorrenza del termine di prescrizione e la pendenza del termine di decadenza per l'esercizio del medesimo diritto".

La prescrizione del diritto al risarcimento per inumana detenzione non decorre perciò dalla cessazione della detenzione in pendenza del termine per proporre il ricorso, e inizia nuovamente a decorrere con il deposito del ricorso, che impedisce la decadenza.

Infatti (sempre Cass. SU n. 16783/2012) "la decadenza, a differenza della prescrizione, non è istituto di applicazione generale, essendo necessaria una previsione legislativa o negoziale specifica che la giustifica e che, in quanto tali, sono destinate a prevalere sulla normativa generale".

Perciò "è solo il mancato operare della decadenza, vuoi per mancata decorrenza del termine, vuoi per scadenza dello stesso, che rende operativo il termine di prescrizione, ma non è mai dato che in corso di termine di decadenza, quando l'inerzia del titolare è giuridicamente irrilevante, lo stesso possa perdere il diritto vantato."

**4.4** Fondandosi sulla incompatibilità tra decorrenza del termine di prescrizione e decorrenza del termine per proporre la domanda, previsto a pena di decadenza, talora la giurisprudenza di merito ha affermato, con riferimento al periodo di detenzione inumana pregresso alla innovazione legislativa, la totale inoperatività della prescrizione, in forza dell'art. 2935 c.c.

secondo cui “La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”.

Si tratta di interpretazione coerente con l'inquadramento del risarcimento del danno in una fattispecie inedita e atipica, mentre non è in linea con l'opinione di chi ritiene che il DL 92/2014 abbia introdotto una nuova regolamentazione di un diritto già in precedenza riconosciuto dall'ordinamento in forme parzialmente diverse.

## **5 Onere della prova delle parti e sua articolazione nel processo civile per il risarcimento del danno; la richiesta di ufficio di informazioni alla pubblica amministrazione**

**5.1** Il favore di alcuni per l'inquadramento del rimedio risarcitorio di cui discutiamo nella figura del risarcimento da contatto sociale è dettato anche dall'inversione dell'onere della prova in questa ipotesi, che rende in astratto la azione più semplice per il danneggiato.

**5.2** La Corte EDU ha tuttavia espressamente affermato la peculiarità dell'onere probatorio nell'ambito di una controversia tra detenuto e amministrazione pubblica, in relazione in particolare alla disponibilità di documenti, in termini coerenti con il principio della vicinanza alla prova affermato dalla giurisprudenza nazionale.

La Corte di Strasburgo ha rilevato (§72 sentenza Torreggiani, con richiamo di precedenti) che la procedura prevista dalla Convenzione non sempre si presta ad una applicazione rigorosa del principio secondo cui l'onere della prova grava su colui che lamenta la verificazione del danno, perché inevitabilmente il Governo è a volte il solo ad avere accesso alle informazioni suscettibili di confermare o di smentire le deduzioni del ricorrente.

Ne consegue, nel ragionamento della Corte EDU, che il semplice fatto che la versione del Governo contraddica quella fornita da ricorrente non può, in assenza di documenti o spiegazioni pertinenti da parte del Governo, comportare il respingimento della tesi allegata dall'interessato come infondata; la tesi del ricorrente dovrà invece essere esaminata sulla base del complesso delle prove a disposizione e delle allegazioni dell'interessato.

**5.3** Nell'ordinamento nazionale il principio della vicinanza della prova è affermato tanto in tema di responsabilità contrattuale quanto nella materia della responsabilità extracontrattuale, e sposta l'onere della prova rispetto ai principi generali, nel caso in cui la prova sia nella disponibilità di una sola della parti.

In materia di responsabilità contrattuale:

*“In tema di prelazione agraria, l'onere probatorio di dimostrare che sul fondo oggetto di riscatto non sussista la condizione impeditiva dello stabile insediamento di un coltivatore diretto grava sul retraente, senza che possa trovare applicazione il principio di vicinanza della prova, non invocabile allorché le circostanze da provare rientrano nella piena conoscibilità ed accessibilità di entrambe le parti, come accade nel caso di specie, considerate le caratteristiche della situazione presa in esame dalla legge agraria, ovvero la contiguità dei fondi e l'attività lavorativa, svolta su quello confinante, da chi esercita il retratto.” (Sez. 3 - , Sentenza n. 18769 del 26/09/2016);*

*“In tema di licenziamento, l'art. 5 della l. n. 604 del 1966 pone inderogabilmente a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, sicché il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova, il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare, per prossimità alla suddetta fonte, fatti idonei ad inficiare la portata di quelli dimostrati dalla controparte. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione con cui la corte di merito aveva rigettato l'impugnativa di un licenziamento, intimato contestando al lavoratore la natura privata di alcune telefonate, perché questi non ne aveva provato il carattere lavorativo).” (Sez. L, Sentenza n. 17108 del 16/08/2016);*

in materia di responsabilità extracontrattuale, tra molte:

*“In tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, che aveva escluso la responsabilità dei sanitari nonostante non risultassero per sei ore annotazioni sulla cartella clinica di una neonata, nata poi con grave insufficienza mentale causata da asfissia perinatale, così da rendere incomprensibile se poteva essere più*

*appropriata la rilevazione del tracciato cardiocografico rispetto alla mera auscultazione del battito cardiaco del feto).*” (Sez. 3, Sentenza n. 6209 del 31/03/2016);

*“In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido legame causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare la lesione.”* (Sez. 3, Sentenza n. 12218 del 12/06/2015);

*“In tema di responsabilità extracontrattuale per danno causato da attività pericolosa da emostrasfusione, la prova, che grava sull'attore danneggiato, del nesso causale intercorrente tra la specifica trasfusione ed il contagio da virus HCV, può essere fornita - ove risulti provata l'idoneità di tale condotta a provocare il contagio - anche con il ricorso alle presunzioni, in difetto di predisposizione (o anche solo di produzione in giudizio), da parte della struttura sanitaria, della documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente, e ciò in applicazione del criterio della vicinanza della prova. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di rigetto della domanda risarcitoria proposta da un soggetto sottoposto a più di trenta infusioni di plasma, otto delle quali eseguite all'estero, motivato sull'erroneo rilievo che - sebbene fosse stato accertato che quattro delle infusioni effettuate in Italia fossero rimaste non tracciabili, costituendo così, a dire della stessa sentenza impugnata, "in astratto possibile veicolo di contagio" - le infusioni compiute all'estero, anch'esse non tracciabili, presentavano "una maggiore probabilità" di aver causato il contagio).*” (Sez. 3, Sentenza n. 5961 del 25/03/2016);

*“In materia di associazioni riconosciute, allorché lo statuto preveda la figura del vicepresidente vicario e lo autorizzi ad esercitare, in presenza di certe condizioni, le funzioni del presidente, deve presumersi che egli si sia avvalso, nei rapporti con terzi, di tale potere di sostituzione nel rispetto delle previsioni statutarie, con la conseguenza che - in applicazione del principio della vicinanza della prova - spetta all'associazione vincere tale presunzione, essendo essa a conoscenza delle specifiche circostanze che costituiscono il presupposto fattuale per invocare (o negare) la sussistenza della legittimazione rappresentativa sussidiaria del vicario.”* (Sez. 2, Sentenza n. 13774 del 17/06/2014).

Nell'ambito di un giudizio civile di risarcimento del danno per inumana detenzione, inquadrato nella generale azione aquiliana, quindi, non solo in forza del principio di non contestazione in mancanza di adeguate spiegazioni che contrastino la doglianza del ricorrente, ma anche in caso di contestazione da parte della direzione del carcere delle specifiche allegazioni del ricorrente, l'amministrazione pubblica deve provare il rispetto della Convenzione EDU nelle condizioni di detenzione.

**5.4** Si procede in questi processi talora con richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione di ufficio ex art. 213 c.p.c., in particolare nella forma della acquisizione di una relazione del carcere circa le condizioni di detenzione del ricorrente.

La richiesta è ammissibile nei limiti in cui non si riferisca a relazioni valutative.

Se limitato è il valore di prospetti riassuntivi di dati predisposti ex post dal Ministero della Giustizia -parte in causa- che certamente non costituiscono atti pubblici fidefacenti impugnabili solo con querela di falso solo perché provenienti dalla amministrazione penitenziaria, diverso è il caso in cui le informazioni sono costituite da "atti e documenti della amministrazione stessa" (art. 213 c.p.c.), cioè da atti propriamente pubblici (per esempio estratti di registri obbligatori del carcere) o da documenti che indicano dati oggettivi desunti dai registri della struttura limitativa della libertà personale.

**5.5** L'autorità giudiziaria può richiedere tali informazioni di ufficio, nel rispetto del contraddittorio delle parti, quando "è necessario" acquisirle al processo, senza superare il principio dell'onere della prova proprio del diritto processuale civile:

*"Il potere di cui all'art. 213 cod. proc. civ., di richiedere d'ufficio alla P.A. le informazioni scritte relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo, non può essere esercitato per acquisire atti o documenti della p.a. che la parte è in condizioni di produrre, come nel caso del verbale di polizia relativo alle modalità di un incidente stradale, che ciascun interessato può direttamente acquisire dai competenti organi, a norma dell'art. 11, quarto comma, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285."* (Sez. 3, Sentenza n. 6101 del 12/03/2013);

*"L'esercizio del potere, previsto dall'art. 213 cod. proc. civ., di richiedere d'ufficio alla P.A. le informazioni relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo (nella specie, documentazione comprovante la sussistenza di rapporti di convenzionamento tra un medico e la ASL), rientra, al pari del ricorso ai poteri istruttori previsti dall'art. 421 cod. proc. civ., nella discrezionalità del giudice e non può comunque risolversi nell'esenzione della*

*parte dall'onere probatorio a suo carico, con la conseguenza che tale potere può essere attivato soltanto quando, in relazione a fatti specifici già allegati, sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti della P.A. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'Amministrazione sia in possesso proprio in relazione all'attività da essa svolta.”(Sez. L, Sentenza n. 6218 del 13/03/2009);*

*“Il potere di cui all'art. 213 cod. proc. civ. di richiedere d'ufficio alla P.A. le informazioni relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo (nella specie, richiesta di documentazione relativa alle caratteristiche dello strumento misuratore "autovelox" impiegato dagli organi di polizia stradale per l'accertamento dell'eccesso di velocità) non è sostitutivo dell'onere probatorio incombente alla parte, con la conseguenza che esso può essere attivato soltanto quando, in relazione a fatti specifici già allegati, sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti della p.a. che la parte sia impossibilitata a fornire.”*  
(Sez. 1, Sentenza n. 287 del 10/01/2005).

Non è quindi ostativa del diritto di difesa del ricorrente la richiesta di ufficio al direttore del carcere di una relazione su dati obiettivi (per esempio i nominativi dei codetenuiti con il ricorrente in un certo periodo di tempo) o tecnici (in merito per esempio alla conformazione delle celle), dopo le produzioni documentali delle parti e le richieste istruttorie, non sempre suscettibili di provare con certezza tutti gli elementi integrativi della lamentata violazione rilevanti per la decisione.

Nel motivare la propria decisione nel merito analogamente il giudice dovrà prescindere da eventuali valutazioni contenute nella relazione, che proviene da una parte nel processo, anche se soggetto pubblico.

Il riparto così individuato dell'onere della prova appare coerente con la tutela del soggetto debole della controversia, secondo i principi individuati dalla Corte EDU.