

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/16

***LA TUTELA GIURISDIZIONALE
DEI DIRITTI DEI DETENUTI***

Presentata da: Dott.ssa KARMA NATALI

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof.

GIULIO ILLUMINATI

Chiar.mo Prof.

FRANCESCO CAPRIOLI

Esame finale anno 2016

INDICE

PARTE PRIMA

Le posizioni soggettive tutelabili

Premessa. 1

Capitolo I

Il reclamo in materia di diritti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit.

1. Le modifiche apportate all'art. 69 comma 6 ord. penit. Il reclamo in materia disciplinare di cui agli artt. 69 comma 6 lett. *a* e 35-*bis* ord. penit. 2
2. Il procedimento disciplinare. 4
3. Le condizioni per poter sottoporre a reclamo il provvedimento disciplinare. Un vaglio distinto tra legittimità e merito. 9
4. Spunti critici per un'analisi interna e sovranazionale del provvedimento in materia disciplinare. 14

Capitolo II

Il reclamo in tema di diritti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit.

1. I tre assiomi fondamentali. L'esercizio illegittimo della potestà amministrativa. 22
2. I diritti di detenuti e internati giustiziabili attraverso il reclamo giurisdizionale. Il secondo assioma fondamentale. 28
 - 2.1 (Segue) Quali diritti. L'opera giurisprudenziale nell'individuazione del patrimonio intangibile dei diritti e delle facoltà del detenuto e dell'internato. 36
3. La lesione grave ed attuale. Il terzo assioma fondamentale. 49

PARTE SECONDA

La procedura giurisdizionalizzata

Premessa. 52

Capitolo I

La parte dinamica della disciplina. La procedura dettata dall'art. 35-*bis* ord. penit.

1. La struttura del procedimento per reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. 55
2. L'instaurazione del procedimento per reclamo. 56
 - 2.1. (Segue) I titolari del potere di instaurazione del procedimento per reclamo. 58
3. Competenza e modalità di presentazione del reclamo. 65
4. Contenuto del reclamo. 68
5. Gli effetti del reclamo: l'effetto sospensivo. Termini. 73

6. Il vaglio di ammissibilità del reclamo. Le cause della «manifesta inammissibilità».	75
6.1. (Segue) Il procedimento.	80
7. La fase introduttiva dell'udienza.	82
8. L'udienza camerale <i>ex art. 35-bis</i> ord. penit. Doveri e diritti partecipativi.	86
8.1. La pubblicità cd. esterna alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale e delle influenze di Strasburgo.	89
8.2. Svolgimento dell'udienza. La fase istruttoria.	95
9. La tipologia delle prove acquisibili.	95
9.2. Le modalità di ammissione...	100
9.3. (Segue) ... e di acquisizione.	102
10. La decisione. Gli esiti del procedimento per reclamo.	105
10.1. L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. <i>a</i> ord. penit.	105
10.2. L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. <i>b</i> ord. penit.	107
11. Gli aspetti formali della decisione sul reclamo.	109
12. Il regime delle impugnazioni.	111
12.1. Un anomalo secondo grado di giudizio. L'impugnazione davanti al tribunale di sorveglianza.	111
12.2. Il ricorso per cassazione.	115
13. L'esecuzione del provvedimento. Le ragioni alla base dell'istituzione di un giudizio di ottemperanza.	116
13.1. I tratti del giudizio di ottemperanza.	119

PARTE PRIMA

Le posizioni soggettive tutelabili

Premessa.

La prima fondamentale questione che si pone in tema di tutela dei diritti dei detenuti e degli internati attiene alla delimitazione del perimetro delle situazioni giustiziabili. La determinazione di quest'area – che presuppone l'individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento – è da sempre caratterizzata da grande fluidità e incertezza, figlie di una percepibile (e calcolata) reticenza normativa, che si è di fatto riversata sul diritto vivente, finendo per gravare *in primis* sulla Corte costituzionale, costretta ad addentrarsi in territori talvolta al limite della propria competenza.

Come vedremo, il problema concernente le posizioni “giustiziabili” è stato solo parzialmente risolto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10), attraverso le indicazioni contenute nell'art. 69 comma 6 ord. penit. e l'istituzione di un apposito reclamo «giurisdizionale». Infatti, anticipando ciò che si dirà meglio in seguito, si può sin d'ora premettere che se da un lato il legislatore nostrano ha individuato gli strumenti da utilizzare in risposta alle lesioni dei diritti di detenuti e internati, dall'altro ha semplicemente modificato i termini della questione, spostando gli interrogativi sull'ampia formula contenuta nell'art. 69 comma 6 ord. penit.

Prima di analizzare il rimedio di nuovo conio – al quale è dedicata la seconda parte di questo lavoro – è quindi necessario individuare i beni giuridici che, meritevoli di tutela giurisdizionale, consentono, se violati, la presentazione del reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. L'art. 69 comma 6 ord. penit. si occupa della disciplina statica del reclamo, distinguendo l'oggetto della tutela giurisdizionalizzata in due lettere (*a* e *b*). La lett. *a* è dedicata al reclamo in materia disciplinare, che consente di attivare il nuovo strumento a seguito di difetti concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa». La lett. *b* è invece il risultato dei progressi in tema di “diritti”: attraverso il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. è possibile lamentare «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge [penitenziaria] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

Il risultato è la creazione di uno strumento multiforme, che – nell'intento di proteggere due situazioni giudicate “sensibili” per l'ordinamento – ha tuttavia finito per parificare nella stessa rubrica due strumenti profondamente diversi.

Capitolo I

Il reclamo in materia di diritti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit.

SOMMARIO: 1. Le modifiche apportate all'art. 69 comma 6 ord. penit. Il reclamo in materia disciplinare di cui agli artt. 69 comma 6 lett. *a* e 35-*bis* ord. penit. – 2. Il procedimento disciplinare. – 3. Le condizioni per poter sottoporre a reclamo il provvedimento disciplinare. Un vaglio distinto tra legittimità e merito. – 4. Spunti critici per un'analisi interna e sovranazionale del provvedimento in materia disciplinare.

1. Le modifiche apportate all'art. 69 comma 6 ord. penit. Il reclamo in materia disciplinare di cui all'art. 69 comma 6 lett. a ord. penit.

Un primo filtro sulle posizioni tutelabili attraverso il reclamo giurisdizionale è racchiuso nell'art. 69 ord. penit., che come noto delimita le principali aree di intervento del magistrato di sorveglianza. In particolare, al reclamo giurisdizionale è dedicato il comma 6, che, a seguito della messa a punto del d.l. n. 146 del 2013¹, è stato indicato dal recente legislatore quale strumento “ordinario” per dirimere due macro categorie di controversie: *a*) le contestazioni in materia disciplinare; *b*) e quelle scaturite da un pregiudizio, grave ed attuale, all'esercizio dei diritti di detenuti e internati. La nuova veste del comma 6 istituisce dunque una corrispondenza esclusiva tra gli artt. 69 e 35-*bis* ord. penit., esplicitando il rapporto che lega le due disposizioni: i beni giuridici meritevoli di tutela giurisdizionale sono quelli individuati nelle lett. *a* e *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit., e lo strumento per garantirne la protezione è quello indicato nell'art. 35-*bis* ord. penit., sotto la rubrica «reclamo giurisdizionale». Attraverso l'interpolazione dell'art. 69 ord. penit. il legislatore ha quindi inteso circoscrivere l'ambito applicativo del reclamo giurisdizionale, tracciando le questioni che il detenuto può sottoporre alla valutazione del magistrato di sorveglianza, il quale si conferma garante naturale della «conformità alla legge dell'attività penitenziaria»². Tuttavia, se da un lato i recenti interventi hanno il pregio di fornire un primo tassello su cui costruire il sistema delle situazioni giustiziabili dinanzi al magistrato di sorveglianza,

¹ Alla sostituzione del comma 6 si è aggiunta la modifica del comma 5 dell'art. 69 ord. penit., che ha ampliato il potere di impartire «disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» attraverso la cancellazione della locuzione «nel corso del trattamento». Sul punto cfr. E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015, p. 215, in cui l'Autrice (vedi in particolare nota 25), sottolineando l'applicabilità di tale disposizione ai soli condannati e internati, ha evidenziato come «ben più incisiva sarebbe stata [...] una modifica atta a riferire questo potere del magistrato di sorveglianza anche alle persone non ancora attinte da una condanna definitiva».

² A. MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, 1982, p. 204.

dall'altro non appaiono idonei a fugare le incertezze in proposito. Le ipotesi prese in considerazione dal comma 6, infatti, pur tassative, non hanno ricevuto dal legislatore il dono della specificità, e se questa scelta è evidentemente giustificata dall'intento di non precludere alla norma di adeguarsi nel tempo al mondo mutevole dei diritti, vero è che, ancora una volta, si è lasciato al diritto vivente il compito di individuare le materie oggetto di tutela giurisdizionale³.

Ciò premesso, con le modifiche operate dal legislatore del 2013 viene eliminata la previgente lett. *a* dal comma 6, che assegnava al magistrato di sorveglianza la competenza circa i reclami concernenti «la qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali». Una modifica, questa, che ha valenza «meramente formale, e non di sostanza»⁴, considerato che in materia giuslavoristica la competenza era stata già precedentemente sottratta al magistrato di sorveglianza in favore del giudice ordinario⁵. Il vuoto normativo lasciato dalle controversie in tema di lavoro è oggi occupato dalla materia disciplinare⁶, e segnatamente dai reclami concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa». Sebbene la dicitura fosse la medesima nel testo precedente alla novella del 2013 – anche se trasposta dalla lett. *b*

³ F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, collana *Il Penalista*, Giuffrè, 2014, p. 42: «il fatto che la politica abbia delegato alla magistratura la risoluzione del problema di individuare il confine della tutela che dovrà essere accordata ai “diritti” delle persone detenute o internate, pone, in tale prospettiva di diritti di impronta marcatamente pretoria, la questione preliminare dell'identificazione delle posizioni soggettive cui la legge di ordinamento penitenziario si riferisce quando afferma che “i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale” (art. 4, l. 354/75)».

⁴ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 215.

⁵ Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341, in *Foro it.*, 2007, II, c. 18. Vedi *infra*, nota 6.

⁶ In origine, i reclami in tema di lavoro e disciplina erano trattati, ai sensi dell'art. 69 comma 5 ord. penit., con regime differenziato *in melius* rispetto ai reclami generici di cui all'art. 35 ord. penit. (vedi *infra*, parte seconda, nota 168) e presupponevano in capo al magistrato di sorveglianza un potere decisorio da esercitarsi nelle forme dell'ordine di servizio. Nonostante il regime differenziato, la prassi verificatasi negli anni successivi all'entrata in vigore della riforma penitenziaria del 1975 aveva però progressivamente neutralizzato tale divario a causa del reiterato rifiuto dell'amministrazione penitenziaria di eseguire gli ordini di servizio che la dichiaravano soccombente in esito a taluni procedimenti di reclamo proposti dai detenuti in materia di lavoro (sul punto, v. F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 815). In tale contesto, era poi intervenuta la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (cd. legge Gozzini) che, oltre a ricollocare i reclami in tema di lavoro e disciplina nel comma 6 dell'art. 69 ord. penit. (anziché nel comma 5), ne aveva previsto la trattazione nelle forme di cui all'art. 14-ter ord. penit. (procedimento, questo, contestualmente introdotto dalla legge del 1986). Sottoposta al vaglio della Corte (Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341, cit.), tuttavia, anche la procedura ex art. 14-ter ord. penit. era risultata inidonea a soddisfare il nucleo minimo di garanzie richieste in tema di controversie lavorative. Il *vulnus* era riscontrabile su più fronti: 1) mancata legittimazione del detenuto a partecipare personalmente all'udienza; 2) mancata pubblicità dell'udienza; 3) provvisoria esecutività dell'ordinanza emanata dal magistrato di sorveglianza; 4) mancata previsione del doppio grado del giudizio di merito, con impugnabilità solo tramite ricorso per cassazione. A seguito di tale pronuncia, le controversie tra il detenuto lavoratore e la sua controparte (sia essa l'amministrazione penitenziaria o un imprenditore privato esterno) quindi erano state conferite al giudice del lavoro. Sul punto v. anche Cass., 6 dicembre 2006, El Khadali, in *C.e.d.*, 235586.

nella lett. *a* –, è aggiunto un elemento di novità: «nei casi di cui all'art. 39, comma 1, numeri 4 e 5, [oggi] è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati»⁷.

La verifica della legittimità è invece assicurata per tutti i provvedimenti disciplinari elencati nell'art. 39 ord. penit. e può essere avviata nelle sole ipotesi predeterminate dalla legge, ossia per far valere l'inosservanza delle norme riguardanti le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo, nonché la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta. Solo in questi casi, quindi, il detenuto può, tramite reclamo giurisdizionale, sottoporre la questione disciplinare al magistrato di sorveglianza. E da ciò discende l'importanza di individuare il contenuto di tali formule, anche al fine di scongiurare il pericolo che all'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. segua una dichiarazione di inammissibilità da parte del magistrato di sorveglianza⁸.

2. Il procedimento disciplinare.

Prima di addentrarci nel significato della disposizione di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. è opportuno accennare al provvedimento che, a seguito di reclamo giurisdizionale, si andrà a sottoporre al vaglio del magistrato di sorveglianza. Questo, non solo per acquisire maggiore consapevolezza circa i termini della questione disciplinare, ma anche per decifrare i frastagliati confini della tutela che il legislatore ha inteso apprestare al detenuto e all'internato, valutandone la compatibilità con i dettami sovranazionali.

Il provvedimento sanzionatorio reclamabile ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit. è emesso al termine del procedimento disciplinare⁹: una procedura tradizionalmente ricondotta alla materia amministrativa ma la cui natura presenta invero molte affinità con la giurisdizione penale¹⁰. Il procedimento disciplinare è governato dalle regole

⁷ Quanto alle conseguenze di tale specificazione, vedi *infra*, par. 3. e 4.

⁸ Sul vaglio di ammissibilità operato dal magistrato di sorveglianza, vedi *infra, parte seconda*, par. 6.

⁹ La legge non chiarisce se siano reclamabili unicamente i provvedimenti che infliggono sanzioni disciplinari in via definitiva o anche i provvedimenti adottati in via cautelare ai sensi dell'art. 78 reg. esec. Sul punto parte della dottrina limita il potere di reclamo ai soli provvedimenti disciplinari definitivi (M.G. COPPETTA, *Sub Art. 39 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 436-438), mentre altra parte è incline ad estendere il sindacato anche a provvedimenti emessi in via cautelare ai sensi dell'art. 78 reg. esec. (G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012, p. 427-428: «anche i “provvedimenti in via cautelare” sono reclamabili, dal momento che sono emessi nell'esercizio di un potere disciplinare finalizzato al ripristino dell'ordine e della sicurezza interna, attraverso l'adozione di misure che hanno un contenuto afflittivo e presupposti identici a quelli delle sanzioni»).

¹⁰ R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare ed amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1169: «i procedimenti amministrativi sanzionatori sembrano piccoli processi penali, affidati all'autorità amministrativa per reprimere le infrazioni di minor importanza, per le quali non conviene ricorrere al giudice penale. Del processo penale, ricordano la struttura base (accertamento dell'illecito e applicazione della sanzione amministrativa), ma tutte le movenze evocano la potestà punitiva, di cui lo Stato è titolare in quanto sovrano»; G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Duncker & Humblot, 1895, p. 453, dove l'Autore descrive la natura della norma disciplinare come meramente sanzionatoria, e distinta – più o meno empiricamente – dalla norma penale solo per la diversa qualificazione degli illeciti punibili o delle sanzioni applicabili. In altri termini, per l'Autore, il potere disciplinare sarebbe una specie della giurisdizione penale, ubicata su di un piano più modesto ed assistita da

descritte dall'art. 81 reg. esec.¹¹, il quale individua tre segmenti che dall'accertamento della infrazione conducono all'applicazione di una sanzione. La prima di queste tre fasi è innescata dalla rilevazione, ad opera degli operatori penitenziari¹², di una condotta del detenuto o internato che appaia sussumibile – in tutti i suoi estremi – ad una infrazione disciplinare: venuti a conoscenza, direttamente o indirettamente, di un comportamento sanzionabile, questi hanno il potere-dovere di redigere un atto formale (il rapporto) che viene poi trasmesso al direttore dell'istituto (art. 81 comma 1 reg. esec.)¹³. Il compito di selezionare le condotte punibili è anch'esso affidato al regolamento, e segnatamente, all'art. 77 reg. esec.¹⁴: dunque non tutte le violazioni delle re-

minori garanzie. Diversamente, per G. LANDI, *Disciplina*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, p. 19, la distinzione tra le due discipline atterrebbe al piano genetico-strutturale: la struttura tipica della norma penale consiste nel definire in tutti i suoi elementi un'azione (o un'omissione) vietata e nel collegare alla trasgressione del divieto la soggezione ad una pena secondo un sistema di previsioni tassative – che si esprime con la formula *nullun crimen, nulla poena sine lege* –, mentre la norma disciplinare non ipotizza quasi mai un'azione (od omissione) definita, ed introduce piuttosto generiche previsioni di comportamenti (sarà poi il titolare del potere disciplinare a ricondurre il singolo fatto nella previsione generica al fine di decidere se sia meritevole o no di sanzione). Sulle possibili conseguenze in ambito penitenziario, vedi *infra*, par. 4.

¹¹ Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, di seguito, reg. esec.

¹² La formula utilizzata dall'art. 81 comma 1 reg. esec. – che impone ai soggetti in possesso della qualifica di “operatore penitenziario” la constatazione-trasmissione dell'illecito –, tuttavia, mal si concilia col disposto di cui all'art. 22 comma 7 reg. esec. che, nell'elencare quali soggetti possano entrare in contatto con il recluso in isolamento giudiziario, menziona il «personale, nonché gli *altri* operatori penitenziari anche non appartenenti al personale dell'amministrazione, incaricati, autorizzati o delegati dal direttore dell'istituto» (corsivo aggiunto). Ai nostri fini, quindi, qualora si volesse leggere l'art. 81 alla luce della definizione di operatore penitenziario promossa dall'art. 22 comma 7 reg. esec., risulterebbero obbligati a riferire e trasmettere la notizia disciplinare tutti coloro che – a vario titolo e a prescindere da un legame di dipendenza con l'amministrazione penitenziaria – si trovino in contatto con la vita carceraria (e quindi anche medici, insegnanti e volontari) ed in capo ai quali non potrebbe ascrivere un dovere di comunicazione vero e proprio, salvo, chiaramente, quanto riconosciuto dal codice penale. Più corretto sarebbe sostenere che l'obbligo di redigere e trasmettere il rapporto al direttore dell'istituto non gravi su tutti i soggetti menzionati nell'art. 22 comma 7 reg. esec., ma solo su coloro che appartengano al personale dell'amministrazione penitenziaria (art. 80 reg. esec.), e per i quali tale onere è posto a pena di responsabilità disciplinare ovvero, ricorrendone i presupposti, di quella penale (vedi il d.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82, in particolare l'art. 24 comma 2 n. 3 e 4, che sancisce sia il dovere di fare rapporto su ogni fatto che possa comportare pericolo per la disciplina, l'ordine o la sicurezza dell'istituto, sia il dovere di redigere rapporto disciplinare a carico dei detenuti che commettano un'infrazione). Per contro, tutti gli altri soggetti menzionati nell'art. 22 comma 7 reg. esec. – ossia gli operatori penitenziari non legati all'amministrazione da un rapporto di subordinazione –, pur non avendo l'obbligo di riferire, possono comunque attivarsi riferendo la condotta presumibilmente illecita ad un dipendente dell'amministrazione, il quale poi la trasmetterà ex art. 81 reg. esec. al direttore.

¹³ Nonostante l'ordinamento non prescriva un termine, né per la redazione né per la trasmissione del rapporto al direttore dell'istituto, deve ritenersi che ai due adempimenti debba darsi luogo sollecitamente (vedi, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 368).

¹⁴ L'elencazione dei fatti rilevanti in sede disciplinare si specifica in termini di crescente gravità; un *climax* che va dalla «negligenza nella pulizia e nell'ordine» (n. 1 dell'art. 77 comma 1 reg. esec.) sino al compimento di «fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, di operatori penitenziari o di visitatori» (n. 21). A riguardo, si noti come la diminuzione del numero dei comportamenti vietati rispetto al regolamento carcerario del 1931 sia solo apparente (cfr. M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, in DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 431, dove l'Autrice sottolinea come si sia passati dalla previsione di quarantasette infrazioni a ventidue nel regolamento del 1976 e a ventuno in quello attuale), posto che le singole infrazioni oggi

gole di condotta costituiscono infrazione, ma solo quelle tipizzate all'art. 77 reg. esec.¹⁵. D'altra parte, il minimo comune denominatore delle infrazioni indicate dall'art. 77 reg. esec. svela lo scopo principe del procedimento disciplinare: tra tutti i comportamenti contrari alle regole di condotta hanno rilevanza disciplinare solo quelli che pongono in pericolo o compromettono l'ordine o la sicurezza dell'istituto penitenziario¹⁶. In altri termini, ciò che conta è che il detenuto abbia pregiudicato o attentato all'ordinato svolgersi della vita carceraria compiendo un'azione, o un'omissione, riconducibile a quelle indicate dal regolamento. In questo caso, valutato "probabile" il rilievo disciplinare della condotta, il direttore, entro dieci giorni, deve contestare l'addebito all'accusato, informandolo del diritto di esporre le proprie discolpe (comma 2). Contestato l'addebito, il direttore svolge gli accertamenti sul fatto (art. 81 comma 3 reg. esec.)¹⁷ e, solo qualora questi abbiano avuto esito positivo, introduce

sono sanzionabili, ai sensi del comma 2, anche nella forma tentata. Tale scelta normativa non solo amplia notevolmente le prospettive sanzionatorie, ma rende ancor più evanescente la linea di demarcazione tra il lecito e l'illecito (cfr. G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, VI, p. 703). Fuori da tali casi, inoltre, vi sono numerose regole di condotta la cui inosservanza non comporta l'applicazione di sanzioni disciplinari. Si pensi, ad esempio, agli artt. 46 e 53 reg. esec. che impongono al detenuto o internato di adempiere con diligenza ai compiti e ai doveri derivanti dalla partecipazione ai corsi di istruzione o dallo svolgimento di un'attività lavorativa. Sul punto, vedi *infra* par. 4.

¹⁵ Quanto alle perplessità circa la tecnica normativa della eterointegrazione della norma ordinaria tramite la fonte regolamentare, vedi M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 431, dove l'autrice sottolinea «la possibilità di ampliare il numero delle fattispecie, benché per sua natura *clausus*, attraverso qualsiasi esercizio della potestà regolamentare».

¹⁶ Chiaramente, può pretendersi l'osservanza solo delle regole di comportamento conosciute o conoscibili dal detenuto o internato. In quest'ottica deve leggersi l'art. 32 comma 1 ord. penit. in cui si prevede che, all'atto di ingresso in istituto penitenziario (ma anche successivamente, laddove necessario), il detenuto sia informato delle disposizioni generali e particolari concernenti i suoi diritti e doveri, la disciplina e il trattamento. Previsione, questa, che trova attuazione attraverso il combinato disposto degli artt. 23 comma 5 e 69 comma 2 reg. esec. che impone alla direzione l'obbligo di consegnare a ciascun ristretto, all'atto di ingresso in istituto, la *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*. Tali prescrizioni si pongono sulla scia di quanto sancito dalla Risoluzione O.N.U. del 30 agosto 1955 sulle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* (in particolare vedi, regola 35.1) secondo cui «al momento dell'ammissione, ogni detenuto deve ricevere comunicazione scritta relativa al trattamento dei detenuti della categoria cui è assegnato, alle norme disciplinari dello stabilimento, ai mezzi autorizzati per ricevere informazioni e formulare reclami». Si veda inoltre la regola 30 delle *Regole penitenziarie europee* (Raccomandazione R(2006)2, adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006, in *www.coe.int*), secondo la quale «fin dal momento dell'ammissione, ed in seguito ogni qual volta sia necessario, ogni detenuto deve essere informato per iscritto o oralmente – in una lingua da lui conosciuta – delle disposizioni relative al sistema disciplinare, nonché dei suoi diritti e dei suoi doveri. Ogni detenuto deve essere autorizzato a conservare presso di sé la versione scritta delle informazioni che gli sono comunicate».

¹⁷ La disposizione pone taluni problemi interpretativi circa l'individuazione dei mezzi istruttori posti a disposizione del direttore e ai metodi per documentarne l'esito. Quanto ai primi, si ritiene che il direttore possa chiedere informazioni agli operatori, ai detenuti ed agli internati (benché nell'esercizio di tale attività non siano previsti né poteri di coercizione in capo all'autorità né l'obbligo di verità dei dichiaranti), ovvero compiere accertamenti sui luoghi e prendere visione di documenti. Ai fini della documentazione di tale attività, è consentita al direttore la redazione di un processo verbale contenente le dichiarazioni rese, nonché il confezionamento di un verbale di ispezione sullo stato dei luoghi o degli oggetti esaminati (sul punto, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 373). Nello svolgimento dell'attività di accertamento, il direttore può avvalersi del personale dell'istituto, anche delegando il compimento di singoli atti. Infatti, se la delega per il compimento di atti istruttori a soggetti diversi dal direttore è am-

l'ultima fase del procedimento, quella del giudizio disciplinare, convocando entro ulteriori dieci giorni l'accusato davanti all'organo deputato alla decisione.

Sul punto, il combinato disposto degli artt. 40 ord. penit. e 81 comma 4 reg. esec. distribuisce la competenza a decidere sull'applicabilità di una sanzione disciplinare tra il direttore dell'istituto penitenziario e il Consiglio di disciplina. Il criterio di ripartizione è affidato alle regole della competenza per materia: a seconda della sanzione che si presume applicabile all'accusato, l'udienza disciplinare verrà instaurata dinnanzi all'organo monocratico o a quello collegiale¹⁸. Il giudizio prognostico sulla sanzione è affidato dall'art. 81 comma 4 reg. esec. al direttore dell'istituto, il quale, quindi, acquisisce una ulteriore funzione di filtro nell'azione disciplinare: svolti gli accertamenti sul fatto, a seconda della sanzione che presume applicabile, egli dovrà convocare l'accusato davanti a sé o davanti al Consiglio di disciplina. In altri termini, al direttore compete non solo un giudizio sulla rilevanza e sulla commissione del fatto del detenuto, ma anche sul tipo di sanzione che sarà applicabile. Infatti, qualora il direttore ritenga adeguata alla presunta infrazione una delle più lievi sanzioni – il richiamo o l'ammonizione –, convocherà il ristretto davanti a sé per la decisione disciplinare; in caso contrario – ossia quando la gravità della condotta appaia tale da giustificare una risposta disciplinare più invasiva¹⁹ – fisserà l'udienza dinnanzi al Consiglio di disciplina.

Si apre così l'ultima fase del procedimento disciplinare. Qui il comma 5 dell'art. 81 reg. esec. riconosce al detenuto o internato la facoltà di essere sentito in udienza e di esporre le proprie discolpe, ma tale diritto appare sensibilmente attenuato dalla mancanza di difesa tecnica e dalle limitate possibilità probatorie concesse gli. Non solo, quindi, non è prevista la facoltà per il ristretto di avvalersi di un difensore²⁰, ma egli non può neppure richiedere l'assunzione di mezzi di prova a discarico,

messa dalla normativa penitenziaria (dallo stesso art. 81 comma 3 reg. esec.), lo stesso non potrebbe sostenersi quanto all'attività di contestazione dell'addebito al ristretto: la comunicazione dell'addebito effettuata da un soggetto che non rivesta la qualifica di direttore determinerebbe l'illegittimità dell'atto che, se non sanata con la ripetizione della contestazione nei dieci giorni prescritti, invalida il provvedimento finale ai sensi dell'art. 69 comma 6 ord. penit. e dunque è passibile di reclamo giurisdizionale (vedi *infra*, par. 3.). Tuttavia, una costante giurisprudenza di legittimità ritiene che la contestazione effettuata da altro soggetto, diverso dal direttore, spieghi «effetti sulla validità del provvedimento adottato solo quando sia stata pregiudicata la conoscenza del fatto addebitato o l'esplicazione dei diritti difensivi» (fra tutte, Cass., 3 luglio 2008, Campisi, in *C.e.d.*, 240935; cfr. anche Cass., 22 novembre 2007, Marchese, in *C.e.d.*, 238424 e Cass., 10 maggio 2005, Cesarano, in *C.e.d.*, 231433).

¹⁸ In realtà, pur mancando un'esplicita indicazione normativa, deve ritenersi operante anche una ripartizione territoriale della competenza. Vedi *infra*, par. 3. ed in particolare la nota 34.

¹⁹ Il direttore dell'istituto penitenziario deve convocare l'accusato davanti al Consiglio di disciplina quando ritiene potenzialmente applicabili le sanzioni dell'esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni (n. 3 art. 39 ord. penit.); dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta sempre non oltre i dieci giorni (n. 4); ovvero dell'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni (n. 5).

²⁰ F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali II*, 2007, t. II, p. 811, il quale precisa che al soggetto non è assicurata una difesa tecnica, è preclusa la nomina di un interprete per l'alloggiamento e non è riconosciuto un termine per preparare la difesa. Negli stessi termini anche G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 380; ID, *Il regime disciplinare negli istituti penitenziari*, in *www.diritto.it*, 29 marzo 2007, p. 14.

«potendo, semplicemente, sollecitare i poteri istruttori dell'organo disciplinare, al quale è rimessa ogni insindacabile decisione sulla completezza del quadro probatorio»²¹. Peraltro, le fragilità difensive indicate si amplificano considerando che il sistema normativo non collega ad ogni singola infrazione una specifica sanzione da applicare²². Ne consegue che, accertata l'infrazione, l'accusato può vedersi addebitare qualsiasi sanzione tra quelle previste dall'art. 39 ord. penit. E in questa zona grigia, priva di qualsiasi certezza o prevedibilità, l'organo disciplinare decide, guidato esclusivamente dal monito per cui «nell'applicazione delle sanzioni bisogna tener conto, oltre che della natura e della gravità del fatto, [anche] del comportamento e delle condizioni personali del soggetto» (art. 38 comma 3 ord. penit.)²³.

È di questi elementi che deve dare conto, nel corso della stessa udienza o dell'eventuale processo verbale, l'organo disciplinare. Il provvedimento dovrà quindi contenere adeguata motivazione²⁴ in ordine alla natura e alla gravità del fatto, nonché del comportamento e delle condizioni personali del recluso; e questo dovrà poi essere tempestivamente comunicato all'interessato e al magistrato di sorveglianza (art. 81 comma 8 reg. esec.)²⁵. Attraverso la motivazione si pone il detenuto nella condizione di conoscere le ragioni che giustificano l'irrogazione della sanzione e di attivare, entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento, il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza nelle forme di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

²¹ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 357.

²² Unica eccezione, quella prevista dall'art. 77 comma 3 reg. esec., dove si precisa che «la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune non può essere inflitta per le infrazioni previste nei numeri da 1) a 8) del comma 1, salvo che l'infrazione sia stata commessa nel termine di tre mesi dalla commissione di una precedente infrazione della stessa natura». Così, il legislatore pare voler impedire che la discrezionalità amministrativa nell'esercizio del potere disciplinare travalichi il parametro della proporzionalità tra infrazione e sanzione, disponendo una punizione troppo invasiva in relazione a condotte illecite di lieve entità. Tuttavia, tale divieto cade in caso di recidiva infratrimestrale specifica, dove la reiterazione di una condotta disarmonica rispetto alla ordinata vita carceraria astrattamente giustificherebbe una risposta sanzionatoria più afflittiva. Ma attenzione, la ri-espansione della discrezionalità amministrativa non impone una correlazione tra il fatto del detenuto recidivo e la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune: anche in questi casi, infatti, l'organo disciplinare dovrà valutare la sanzione più adeguata tra quelle indicate nell'art. 39 ord. penit. tenendo conto «della natura e della gravità del fatto» (sul punto vedi *infra*, in *questo paragrafo*) e non sarà obbligato a disporre la sanzione di cui all'art. 39 comma 1 n. 5 ord. penit.

²³ Per una lettura critica di tale enunciato, v. M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434, la quale, prendendo atto che i parametri descritti dall'art. 38 comma 3 ord. penit. consentirebbero di «apprezzare anche gli elementi del dolo e della colpa ai fini della sanzione da applicare», nega la rilevanza di tali argomenti, ancorando il giudizio disciplinare al requisito della mera volontarietà. *Contra*, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 361, per cui all'organo disciplinare s'imporrebbe di accertare l'infrazione nei termini della tipicità, anti giuridicità, colpevolezza e punibilità.

²⁴ Sul punto, la prassi dominante vede la sanzione inflitta a verbale e motivata *per relationem*. Sull'ammissibilità della motivazione *per relationem* del provvedimento disciplinare, sempre che la fonte richiamata sia «agevolmente identificabile ed accessibile», vedi Cass. civ., 12 aprile 2011, An-termitte, in *C.e.d.*, 618203.

²⁵ Si tenga presente che se l'*iter* sanzionatorio si è svolto a carico dell'indagato o dell'imputato la comunicazione è data anche all'autorità giudiziaria che procede (art. 77 comma 4 reg. esec.). Quanto alle conseguenze di tale comunicazione vedi *infra*, par. 4.

3. *Le condizioni per poter sottoporre a reclamo il provvedimento disciplinare. Un vaglio distinto tra legittimità e merito.*

Velocemente richiamate le caratteristiche salienti del procedimento disciplinare, osserviamo più da vicino il frutto di tale procedura. Stando all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., la sanzione disciplinare appartiene infatti ad una delle due macro categorie che il legislatore nostrano ha giudicato meritevoli di tutela giurisdizionale.

Come già anticipato, non tutti i profili disciplinari possono essere sottoposti al magistrato di sorveglianza attraverso la procedura di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.²⁶. L'art. 69 ord. penit. dispone che al magistrato di sorveglianza competa, ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit., il vaglio sui reclami concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa», precisando che «nei casi di cui all'art. 39 comma 1 n. 4 e 5 è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati». La specificazione sulla natura delle valutazioni in sede di reclamo disciplinare si deve al legislatore del d.l. n. 146 del 2013, il quale, adoperandosi attivamente per dirimere il contrasto formatosi sul punto, ha definitivamente delineato lo spettro d'intervento del magistrato di sorveglianza. Nel dibattito precedente alla riforma del 2013, infatti, si erano contrapposte autorevoli posizioni volte ad ammettere o a negare che attraverso la proposizione del reclamo si consentisse al magistrato di sorveglianza una valutazione del provvedimento disciplinare anche sotto il profilo del merito. Infatti, posto che la giurisprudenza di legittimità aveva a più riprese chiarito che «l'ambito del controllo demandato al magistrato di sorveglianza in sede di decisione sul reclamo proposto dal detenuto avverso l'irrogazione di una sanzione disciplinare è circoscritto alla verifica dell'osservanza delle norme riguardanti l'esercizio del relativo potere, la costituzione e la competenza dell'organo che ha irrogato la sanzione, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa, restando estranea ogni questione attinente al merito della sanzione»²⁷, parte della dottrina aveva ricercato altre soluzioni che, nel rispetto dell'insegnamento della Suprema Corte, consentissero comunque un ampliamento dello spettro di valutazione.

La questione aveva coinvolto in particolare la formula di apertura dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., laddove si consente il reclamo per lamentare la violazione delle norme riguardanti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare»²⁸. Dal momento che la gran parte dei vizi procedurali connessi all'irrogazione della sanzione può essere fatta valere come inosservanza delle norme concernenti la costituzione

²⁶ In questa sede ci soffermeremo sull'oggetto del reclamo in materia disciplinare, rinviando alla *seconda parte di questo lavoro* la specifica trattazione della procedura.

²⁷ Fra tutte, Cass., 25 gennaio 2011, Zanetti, in *C.e.d.*, 249561.

²⁸ Al tempo dell'introduzione del reclamo in materia disciplinare, l'art. 69 ord. penit. ne consentiva la proposizione per far valere l'inosservanza delle norme concernenti «l'esercizio del potere disciplinare» e solo con la legge n. 663 del 1986 il testo è giunto all'attuale formulazione, legittimando all'istanza per violazioni attinenti alle «condizioni di esercizio del potere disciplinare»²⁸. Sul punto, la dottrina maggioritaria è concorde nell'escludere un significato sostanziale alla modifica, ritenendo che il legislatore abbia soltanto introdotto «una più puntuale precisazione terminologica» (G. BORSINI, *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Leg. e giust.*, 1988, p. 126).

dell'organo disciplinare, la sua competenza, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa, – vizi, questi, già contemplati dalla seconda parte dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. –, la genericità della locuzione contenuta nel primo periodo della lett. *a* aveva indotto parte della dottrina ad avvalersi di tale formula per conferire al magistrato di sorveglianza in sede di reclamo un controllo interno all'atto amministrativo²⁹. Come intuibile, un simile orientamento consentiva di estendere l'area operativa del reclamo, così garantendo tutela a beni giuridici di primaria rilevanza. L'esercizio maldestro del potere disciplinare, infatti, è in grado di incidere negativamente sulla qualità della vita carceraria, e negare all'autorità giudiziaria ogni controllo sulle ragioni alla base dell'applicazione di una sanzione disciplinare significava lasciare ampio – e forse troppo – spazio alla discrezionalità amministrativa. Nell'opposta posizione si era però assestata la giurisprudenza di legittimità, escludendo che attraverso tale motivo di reclamo si potesse giungere a vagliare l'opportunità della sanzione disciplinare o la condotta tenuta dal detenuto, le quali rimanevano materie «affidate alla discrezionale valutazione degli organi preposti alla direzione degli Istituti penitenziari»³⁰.

Ciò detto, bisogna ammettere che, a seguito delle novazioni del 2013, la concreta rilevanza delle argomentazioni alla base del dibattito pare notevolmente sfumata. Attraverso l'aggiunta della parte finale dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., infatti, il recente legislatore sembra non aver lasciato spazio a dubbi circa la natura del vaglio dedicato alle controversie disciplinari: precisando che «nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti

²⁹ Tra le letture volte ad ammettere il sindacato nel merito, si distingueva la posizione (in verità minoritaria) di chi rimetteva al giudice il potere di valutare l'esistenza, la natura e la gravità del fatto commesso, nonché il comportamento e le condizioni personali del recluso (G. NESPOLI, *Potere disciplinare*, cit., p. 708), rispetto a quella di altri che invece limitavano il vaglio nel merito da parte del magistrato di sorveglianza all'accertamento della corrispondenza tra la condotta concretamente tenuta dal detenuto e una delle infrazioni contenute nell'art. 77 reg. esec. (per tutti, F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994, p. 505). In giurisprudenza, solo la magistratura di sorveglianza ammetteva un sindacato sulla necessaria corrispondenza tra l'obiettività fattuale della condotta realizzata dall'incolpato e la fattispecie disciplinare, cfr. Mag. sorv. Nuoro, 26 giugno 2007 (inedita); Mag. sorv. Reggio Emilia, 14 aprile 2005 (inedita); Mag. sorv. Vercelli, 17 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1806; Mag. sorv. Alessandria, 15 settembre 1995, Carta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1635; Mag. sorv. Brescia, 14 aprile 1988, Bortone, in *Rass. penit. e criminologica*, 1988, p. 285.

³⁰ Cass., 17 ottobre 1988, Adamo, in *Cass. pen.*, 1990, p. 155. Nello stesso senso, Cass., 4 novembre 2004, Gangi, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1251; Cass., 29 ottobre 2004, Russo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1562; Cass., 16 dicembre 2003, Repotez, in *C.e.d.*, 227130; Cass., 9 febbraio 2000, Alberti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1016; Cass., 28 aprile 1997, Bucinca, *ivi*, 1998, p. 647; Cass., 3 maggio 1996, Armenio, *ivi*, 1997, p. 1153; Cass. 20 marzo 1995, Molinari, *ivi*, 1996, p. 1477; Cass., 2 giugno 1992, Baldi, in *Riv. pen.*, 1993, p. 763. R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare*, cit., p. 1170, «si è in presenza di un tipico giudizio su atto amministrativo, [...] giudizio di pura legittimità che bene il legislatore avrebbe potuto attribuire al giudice amministrativo». In posizione solo parzialmente concorde, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 431, il quale pur ammettendo che il vaglio del magistrato di sorveglianza non dovesse attere al merito del provvedimento, negava che ciò comportasse una limitazione del «sindacato di legittimità ai soli vizi procedurali, che attengono a fatti esterni al provvedimento disciplinare, poiché il tenore letterale della disposizione di legge, oltre che la coordinata interpretazione delle norme che la compongono, giustifica la conclusione secondo cui, con il reclamo, si possono far valere anche i vizi interni all'atto amministrativo».

adottati», inevitabilmente il sindacato sulle altre sanzioni previste dall'art. 39 ord. penit. rimane, nell'ottica legislativa, confinato nel terreno della legittimità. In altri termini, se da un lato oggi il vaglio assicurato dal magistrato di sorveglianza si arricchisce di un sindacato più ampio, questo è circoscritto alle sole sanzioni disciplinari "più gravi", con l'inevitabile conseguenza che un'analisi nel merito circa i provvedimenti diversi da quelli espressamente menzionati risulta impedito. Avendo ricevuto il crisma del merito, solo il sindacato sulle due sanzioni più gravi – l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione delle attività in comune – può spingersi sino ad indagare le ragioni di opportunità del provvedimento disciplinare; quanto alle sanzioni di cui ai n. 1, 2 e 3 dell'art. 39 comma 1 ord. penit., invece, il magistrato di sorveglianza dovrà limitarsi a valutare la regolarità «[del]la costituzione e [del]la competenza dell'organo disciplinare, [del]la contestazione degli addebiti e [del]la facoltà di discolpa». Infatti, inserita nel contesto della disposizione novellata, la formula che consente il reclamo contro violazioni concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare», già un poco ambigua in partenza, risulta oggi del tutto svuotata e apparentemente senza significato³¹.

Gli altri motivi di reclamo risultano, invece, di più facile interpretazione. In primo luogo, attraverso il reclamo giurisdizionale può essere fatta valere l'irregolare composizione e competenza dell'organo disciplinare. Evidente è il collegamento con il disposto dell'art. 40 ord. penit. che individua nel direttore dell'istituto penitenziario e nel Consiglio di disciplina i legittimi titolari del potere disciplinare, specificandone le attribuzioni. Con il reclamo, quindi, non solo è possibile lamentare l'illegittimità del provvedimento disciplinare causata dalla irregolare composizione del Consiglio di disciplina – ad esempio, perché la sanzione è stata deliberata in assenza dell'educatore o del sanitario³² – ma anche l'illegittimità di una sanzione deliberata

³¹ F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 819: «se ci si limita a considerare l'uniforme orientamento della S. C., sembra non esserci spazio per alcun dubbio: la locuzione in esame è come se non fosse scritta, nel senso che di essa non è mai stata chiarita la portata». Per una lettura della formula («condizioni di esercizio del potere disciplinare») atta a consentire un vaglio del giudice circa la sussistenza del vizio dell'eccesso di potere, cfr. Cass., 3 maggio 1996, Armenio, cit.; Cass., 20 marzo 1995, Molinari, cit.; nonché in dottrina, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 431, dove l'Autore individua una serie di sintomi dello sviamento di potere disciplinare (come, ad esempio, l'applicazione di una sanzione per una condotta non integrante gli estremi di una delle infrazioni descritte dall'art. 77 commi 1 e 2 reg. esec.; ovvero per una condotta che, pur riconducibile a tali infrazioni, sia giustificata o non punibile ai sensi dell'art. 20 comma 7 reg. esec.), ancorando comunque il sindacato del magistrato di sorveglianza alla possibilità di rilevarli dallo stesso provvedimento oggetto della procedura giurisdizionale. Riassumendo, ogni provvedimento amministrativo di natura discrezionale potrebbe essere sindacato per eccesso di potere qualora l'amministrazione penitenziaria avesse esercitato la potestà disciplinare per un fine diverso da quello stabilito dal legislatore con le norme attributive del potere stesso, vale a dire per un fine diverso dalla tutela dell'ordine e della sicurezza dell'istituto. Ma tale indagine non può comunque scendere alla valutazione delle modalità con le quali l'amministrazione intende perseguire i fini attribuiti dalla legge all'atto amministrativo, a pena di confliggere irrimediabilmente con il principio contenuto negli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo) che, in tema di diritti lesi da atti dell'autorità amministrativa, consentono ai tribunali di conoscere solo «degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio».

³² Cass., 29 ottobre 2004, Russo, cit., che afferma essere correttamente esercitato dal magistrato di sorveglianza il controllo in ordine alla costituzione del Consiglio di disciplina, ritenendo non sostituibile il

dal direttore dell'istituto ma di competenza del Consiglio di disciplina, e viceversa³³. Oltre a tali questioni, attraverso il reclamo pare possibile lamentare anche l'incompetenza per territorio dell'organo che ha disposto la sanzione disciplinare: si pensi all'ipotesi di trasferimento del trasgressore nel tempo intercorrente tra la commissione del fatto addebitato e la decisione sull'applicabilità della sanzione disciplinare³⁴. Infatti, nonostante la casistica sul punto non appaia numericamente rilevante, in tale situazione l'inviolabilità del diritto di discolpa e la necessità di garantire la consapevole partecipazione dell'accusato alle attività del procedimento disciplinare parrebbero a favore di uno slittamento della competenza: dagli organi disciplinari costituiti nel luogo di commissione del fatto, la decisione sull'applicabilità della sanzione passerebbe così al direttore o al Consiglio di disciplina del luogo di trasferimento del detenuto pena una violazione dei principi sanciti dall'art. 38 comma 2 ord. penit.³⁵. Ne consegue che, qualora a decidere sull'addebito disciplinare sia stato il direttore o il Consiglio di disciplina costituiti nel luogo di commissione dell'infrazione, il detenuto potrà far valere l'incompetenza territoriale attraverso il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

Altro motivo di reclamo concerne la violazione delle norme procedurali riguardanti «la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa». Con ciò il legislatore ha voluto riaffermare il principio contenuto nell'art. 38 comma 2 ord. penit., ossia che «nessuna sanzione può essere inflitta se non con provvedimento motivato

sanitario dell'istituto penitenziario con altro componente dell'area sanitaria del carcere, poiché la diversa determinazione comporterebbe una violazione di legge con riguardo alla predeterminazione della costituzione dell'organo disciplinare.

³³ Il che si risolve in una violazione delle disposizioni concernenti le regole di riparto della competenza per ragioni di materia. Sul riparto di competenze tra direttore dell'istituto penitenziario e Consiglio di disciplina, vedi *supra* par. 2.

³⁴ Si tratta evidentemente di un caso non frequente nella prassi, ma astrattamente configurabile tenuto conto delle tempistiche che interessano le due discipline. Infatti, se il procedimento disciplinare si svolge con scadenze apparentemente più agili (comunque mai inferiori a venti giorni, così come risulta dalla disciplina dell'art. 81 reg. esec.), la procedura applicativa dei trasferimenti richiede invece un arco temporale decisamente più lungo. Sul punto, la Circolare del D.A.P. datata 20 febbraio 2014 n. 3654/6104, del (recante *Disposizioni in materia di trasferimenti dei detenuti*, reperibile in www.ristretti.it), prevede il termine – ordinatorio, e come tale non sanzionabile – di sessanta giorni per la definizione del meccanismo dettato dal combinato disposto degli artt. 42 ord. penit. e 83 reg. esec., che decorrono dall'acquisizione da parte dell'ufficio competente di tutti gli elementi necessari alla decisione. Posto che in ogni caso rimane in vigore il termine perentorio previsto dal d.m. 7 novembre 1997, n. 488 – il quale impone la conclusione della procedura di trasferimento entro centottanta giorni –, a fronte di un'istanza di cui all'art. 42 ord. penit., l'esito di questa ben potrebbe intervenire contestualmente ad una decisione disciplinare di cui all'art. 81 reg. esec., interferendo così sull'individuazione dell'autorità disciplinare territorialmente competente. Cfr. *supra*, nota 18.

³⁵ Sul punto si registra una sola presa di posizione della giurisprudenza (Mag. sorv. Nuoro, 27 febbraio 2007, inedita), peraltro in disaccordo rispetto a quanto qui sostenuto circa la reclamabilità, per incompetenza territoriale, del provvedimento emesso dall'organo disciplinare costituito presso il luogo di commissione dell'illecito. Tuttavia, nonostante la citata giurisprudenza, diverse ragioni ci portano a confermare la posizione sopra espressa: una su tutte, il fatto che l'organo disciplinare del luogo del trasferimento, proprio perché meno coinvolto nella vicenda da giudicare, garantisce un più elevato tasso di imparzialità della decisione, riducendo – seppure solo limitatamente a queste situazioni – la distonia tra il procedimento disciplinare ed il principio del *nemo iudex in causa propria*. Sul punto vedi *infra*, par. 4.

dopo la contestazione dell'addebito all'interessato, il quale è ammesso ad esporre le proprie discolpe». La *ratio* di tale motivo di doglianza è evidentemente la necessità di verificare una serie di disposizioni la cui violazione si tradurrebbe in una grave lesione dei diritti di difesa dell'accusato. Quanto alla regolarità dell'addebito, il reclamante può eccepire: l'omessa contestazione dell'addebito, la sua contestazione irregolare (e quindi, ad esempio, effettuata da un soggetto diverso dal direttore dell'istituto penitenziario) ovvero in forma tanto generica da non consentire la determinazione del fatto addebitato³⁶. Sul il versante delle norme poste a tutela della facoltà di discolpa, il reclamo invece potrà essere azionato per lamentare: la mancata informazione in ordine al diritto di esporre le proprie discolpe se combinata al mancato esercizio dello stesso, l'omessa (o irregolare) convocazione dell'accusato davanti all'organo disciplinare qualora tale omissione (o irregolarità) ne abbia determinato la mancata comparizione in udienza, il mancato rinvio dell'udienza qualora egli abbia addotto un legittimo impedimento a comparire, l'impossibilità per l'accusato comparso in udienza di esporre personalmente le proprie discolpe, nonché il mancato rispetto dei termini procedurali di cui all'art. 81 commi 2 e 4 reg. esec.³⁷.

In conclusione, solo al verificarsi di queste situazioni, il detenuto e l'internato possono sottoporre le proprie doglianze all'autorità giudiziaria competente, la quale, a seconda della sanzione concretamente applicata, potrà valutare il rispetto delle norme procedurali (sanzioni di cui ai n. 1, 2 e 3 comma 1 art. 39 ord. penit.) ovvero il merito dell'esercizio del potere disciplinare (n. 4 e 5).

³⁶ La mancanza di una specifica previsione circa i requisiti della contestazione disciplinare ha indotto un orientamento altalenante della Suprema Corte, la quale, talvolta, ha stabilito che, analogamente a quanto disposto dagli artt. 429 comma 1 lett. c e 552 comma 1 lett. c c.p.p., l'incolpazione debba contenere «l'enunciazione del fatto in forma chiara e precisa», poiché il procedimento disciplinare è informato al rispetto dei «principi fondamentali di garanzia» e al contraddittorio e, conseguentemente, ha previsto che la carenza degli estremi fattuali dell'addebito dia luogo ad una violazione di legge che inficia il provvedimento di applicazione della sanzione disciplinare (Cass., 16 settembre 2013, Barretta, in *C.e.d.*, 256981; Cass., 12 novembre 2009, Mele, *ivi*, 245904); mentre, in altre occasioni, ha seguito posizioni meno garantistiche disponendo che «l'omissione della previa contestazione dell'addebito al detenuto nelle forme previste dalla normativa regolamentare ha effetti sulla validità del provvedimento adottato solo quando sia stata pregiudicata la conoscenza del fatto addebitato o l'esplicazione dei diritti difensivi» (così, Cass., 16 ottobre 2001, Camerino, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1639), sicché «resta assorbita dalle comunicazioni eventualmente date a proposito *in limine* dell'udienza disciplinare dal Consiglio di disciplina dinanzi al quale la convocazione può avvenire in qualsiasi momento, anche *ad horas*; il che esclude che la preventiva informazione valga ad assicurare un termine per predisporre le difese» (in questi termini, Cass., 26 giugno 2008, Marchese, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2158; ma anche Cass., 11 luglio 2008, Belfiore, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1015; Cass., 3 luglio 2008, Campisi, *cit.*). In dottrina, giustamente critici sul punto, F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, *cit.*, p. 818 e G.M. NAPOLI, *Il regime*, *cit.*, p. 435, e in particolare v. nota 25, il quale, al novero dei vizi in grado di inficiare l'atto amministrativo per mancato rispetto delle norme sull'addebito disciplinare, ritiene debba aggiungersi «la mancata concessione di un ragionevole lasso di tempo (qualche giorno) che, separando il momento della contestazione da quello dell'udienza davanti all'organo disciplinare, consenta al ristretto di predisporre un'adeguata strategia difensiva». Quanto poi all'impossibilità per il direttore dell'istituto di delegare l'attività di contestazione dell'addebito disciplinare, vedi *supra* nota 17.

³⁷ Cfr. Cass., 19 maggio 2010, Maltese, in *C.e.d.*, 247987 e Cass., 18 novembre 2003, Corso, *ivi*, 226630.

4. Spunti critici per un'analisi interna e sovranazionale del provvedimento in materia disciplinare.

Sulla base di tali premesse emergono taluni spunti critici che pare doveroso tenere in considerazione. In primo luogo, pur non includendoli nel catalogo dell'art. 39 ord. penit., il regime penitenziario contempla alcuni interventi dell'amministrazione penitenziaria che, disciplinati in istituti autonomi, parrebbero costituire vere e proprie sanzioni disciplinari: il risarcimento del danno (artt. 24 e 32 ord. penit e art. 72 reg. esec.), l'esclusione dalle attività lavorative (art. 53 reg. esec.), l'esclusione dai corsi di istruzione e di formazione professionale (art. 46 reg. esec.), la revoca della collocazione nella sezione cd. detenzione a porte aperte e il regime del trasferimento (art. 42 ord. penit.)³⁸. Tali istituti, infatti, pur non essendo formalmente qualificati dall'ordinamento come "sanzioni", ne condividono la sostanza e le ragioni punitive³⁹. E allora, atteso che i provvedimenti para-disciplinari incidono concretamente sui diritti di libertà del detenuto, non si comprendono le ragioni dell'esclusione dal regime protetto dagli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. Se si tiene conto di ciò, infatti, la struttura sistematica del regime disciplinare pare riporre troppe aspettative nella classificazione del provvedimento, affidando al legislatore l'opportunità di privare il detenuto di importanti garanzie semplicemente etichettando nell'uno o nell'altro modo istituti sostanzialmente identici. La mera rubricazione – come sanzione disciplinare o istituto autonomo –, in altri termini, finisce per fungere da irragionevole spartiacque per il riconoscimento delle garanzie giurisdizionali minime in capo all'accusato⁴⁰.

Queste considerazioni – che appunto svelano l'importanza che nel nostro ordinamento riveste la qualificazione normativa degli istituti, rendendo inevitabilmente dubbia l'idoneità di tale criterio selettivo ove prodromico alla concessione di garanzie

³⁸ Per la trattazione delle singole fattispecie para-disciplinari si rinvia a F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 818; M.G. COPPETTA, *Sub Art. 39 ord. penit.*, cit., p. 437; G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 405 s.

³⁹ In questo senso, Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, dove è stata dichiarata l'improcedibilità per *bis in idem* della sanzione (formalmente autonoma) di tipo patrimoniale, costituita dal risarcimento del danno, nei confronti di un detenuto che, per il medesimo fatto, aveva già subito la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune, riconoscendo così ai due istituti la medesima natura sanzionatoria. Più approfonditamente v. *infra*, in *questo paragrafo*.

⁴⁰ L'assenza di un provvedimento qualificato formalmente come disciplinare pregiudica la reclamabilità nei termini di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. (e dunque impedisce l'atto d'impulso nelle forme di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.), costringendo il detenuto ad un impervio sforzo ulteriore, volto ad indagare se, eventualmente, il diritto leso attraverso l'esercizio della sanzione non istituzionalizzata rientri semmai nella categoria di cui alla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. (*infra*, cap. I, par. 1). Qualora tale indagine dovesse risolversi con esito negativo, al detenuto colpito dalla sanzione para-disciplinare quindi non rimarrebbe che lo strumento di tutela generico previsto ai sensi dell'art. 35 ord. penit. Ma a ben vedere, le carenze non intaccano solo la tutela, eventuale e successiva, connessa alla possibilità di accedere all'istituto del reclamo giurisdizionale, quanto anche la garanzia per il detenuto di vedersi giudicato attraverso un procedimento strutturato, nel rispetto delle scadenze procedurali di cui all'art. 81 reg. esec. Sul punto vedi ad esempio la scarsa procedura dettata dall'art. 72 reg. esec. in tema di risarcimento del danno arrecato a beni dell'amministrazione o di terzi, dove all'esito degli accertamenti, e dopo aver semplicemente sentito l'accusato, la direzione «preleva dal peculio disponibile» la somma dovuta a titolo di risarcimento.

– offrono inoltre interessanti spunti per una riflessione che coinvolge in generale l'intero sistema disciplinare-penitenziario e, in particolare, la natura della sanzione. Si è visto come sin dalle origini il potere disciplinare sia stato ricondotto agli strumenti di natura tipicamente amministrativa⁴¹. Ciò in virtù della convinzione che la minor importanza dei beni trattati e la finalità prettamente “gestionale” della sanzione giustificassero il riconoscimento in capo all'amministrazione penitenziaria di un elevato grado di discrezionalità tecnica. Da qui, l'accento sull'art. 39 ord. penit., laddove si prevede che «le infrazioni disciplinari *possono* dar luogo solo alle seguenti sanzioni [...]», così riconoscendo al direttore dell'istituto penitenziario il ruolo di vero e proprio «*deus ex machina*»⁴² del procedimento disciplinare.

Ma se la logica della discrezionalità è tollerata in ambito amministrativo, cosa accadrebbe qualora si riconoscesse alle sanzioni disciplinari la natura di vere e proprie sanzioni penali? O meglio, cosa accadrebbe se leggessimo l'ambito disciplinare-penitenziario alla luce degli indicatori della *matière pénale* dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo? Come sappiamo, la Corte di Strasburgo adotta un'autonoma definizione di materia penale e, svincolandosi dalle classificazioni di diritto interno⁴³, ne fornisce tre parametri sintomatici, ai quali connette – fra le altre – le garanzie proprie del processo equo di cui all'art. 6 CEDU⁴⁴: *a)* la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, *b)* la natura dell'illecito, *c)* la natura e il grado di severità della sanzione. Queste linee guida quindi sono d'ausilio all'interprete per stabilire quali sanzioni possano dirsi sostanzialmente penali anche se formalmente qualificate come amministrative dall'ordinamento nazionale. E non importa che tali criteri siano rintracciabili cumulativamente: affinché si possa parlare di materia penale ai sensi dell'art. 6 CEDU è sufficiente che l'ordinamento nazionale qualifichi l'illecito come penale ovvero che abbia esposto l'accusato ad una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri tra quelle proprie dell'ambito penale⁴⁵. Così, alla presenza di uno o

⁴¹ Cfr. nota 10 e 168.

⁴² La paternità della definizione si deve a F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 819.

⁴³ La Corte europea, assolvendo il compito affidatole dall'art. 32 CEDU, assicura l'interpretazione uniforme della Convenzione in tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e a tal fine ha elaborato un linguaggio proprio della Convenzione, nutrito da categorie concettuali autonome rispetto a quelle dei diversi ordinamenti nazionali. D'altra parte non avrebbe potuto essere diversamente: ritenere altrimenti non solo avrebbe condotto a un'eterogenea applicazione dell'art. 6 CEDU nei vari sistemi giuridici nazionali, ma avrebbe concesso a ciascun legislatore il potere di limitare a proprio piacimento l'operatività della norma sull'equo processo, semplicemente classificando alcune categorie di illeciti, ad esempio, come fiscali, amministrativi o disciplinari, pur essendo sostanzialmente penali (cfr. sul punto Corte eur., 28 ottobre 1999, Escoubet c. Belgio, in *www.eur-lex.europa.eu*).

⁴⁴ Prima tra tutte, Corte eur., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *www.eur-lex.europa.eu*, da cui i tre parametri appunto prendono il nome (*criteri di Engel*). Successivamente conformi, Corte eur., 9 ottobre 2003, Ezeq e Connors c. Regno Unito, in *www.eur-lex.europa.eu*; Corte eur., 2 settembre 1998, Lauko c. Repubblica slovacca, *ivi*; Corte eur., 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania, *ivi*.

⁴⁵ Infatti, mentre il primo criterio (la qualificazione del diritto interno) da solo non è mai decisivo per la Corte, gli altri due criteri, anche assunti separatamente, sono in genere determinanti ai fini della riconduzione nella materia “penale” del procedimento in questione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 6 CEDU (cfr. Corte eur., 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, cit., § 54). Solo quando l'analisi dei singoli criteri non consente di pervenire a conclusioni nette circa la natura di un determinato procedimen-

più indici che riconducano la sanzione all'alveo della materia penale, segue l'applicazione delle garanzie riconosciute dall'art. 6 par. 2 e 3 CEDU, che si innestano sui connotati minimi che devono informare il giudizio alla luce Convenzione europea dei diritti dell'uomo (riassumibili nella formula tripartita che prevede il diritto a un esame pubblico della causa, dinnanzi ad un giudice terzo ed imparziale, nel pieno rispetto del contraddittorio e della parità delle armi).

Con specifico riferimento al procedimento disciplinare quindi, prima di interrogarsi sulle conseguenze che ivi comporterebbe l'applicazione dell'art. 6 CEDU, è necessario valutare se esso afferisca, alla luce dei criteri di Engel, alla materia penale⁴⁶. A riguardo, la qualificazione giuridica di diritto interno (parametro di cui alla lett. a dei criteri delineati dalla Corte di Strasburgo) appare effettivamente attingere alla materia amministrativa. Lo stesso tuttavia può solo parzialmente dirsi quanto alla natura dell'illecito disciplinare (lett. b): tra il ventaglio di infrazioni indicate all'art. 77 reg. esec. spiccano – oltre agli illeciti con profilo squisitamente amministrativo – anche fatti costituenti reato, quali «atti osceni o contrari alla pubblica decenza» (n. 10), «falsificazione di documenti provenienti dall'amministrazione» (n. 12), «possesso o traffico di strumenti atti ad offendere» (n. 14), «evasione» (n. 20) e, più in generale, «fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, operatori penitenziari o visitatori» (n. 21). Invero, l'argomento decisivo, ma allo stesso tempo più controverso, risiede nel terzo ed ultimo dei parametri indicati dalla Corte di Strasburgo. Qui la natura e il grado di severità di alcune delle sanzioni di cui all'art. 39 ord. penit. assurgono a vero e proprio *fumus* della materia penale: e qualora si ritenesse l'invasività della sanzione disciplinare tale da recare un apprezzabile nocumento al detenuto, nell'ottica sovranazionale s'imporrebbe una rivisitazione della materia di-

to o di una certa sanzione, la Corte europea procede mediante una valutazione cumulativa dei criteri sopra ricordati (Corte eur., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, in *www.eur-lex.europa.eu*, § 47).

⁴⁶ In generale, con riferimento ai procedimenti disciplinari, la Corte ha chiarito sin dal caso Engel (Corte eur., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., §§ 80- 82) e ribadito in varie occasioni (Corte eur., 28 giugno 1984, Campbell e Fell c. Regno Unito, in *www.eur-lex.europa.eu*, §68) che: «a) *La Convention n'empêche pas les États de créer ou maintenir une distinction entre droit pénal et droit disciplinaire ni d'en fixer le tracé, mais il n'en résulte pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention.* b) *Si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention*». La Corte pertanto si riserva di verificare di volta in volta la natura penale dei procedimenti disciplinari avvalendosi dei criteri di Engel. Così con riguardo ai procedimenti disciplinari il giudice europeo ha affermato che le infrazioni alla disciplina militare, che comportano l'assegnazione a un'unità disciplinare per un periodo di alcuni mesi, rientrano nel profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, mentre gli arresti di rigore per due giorni sono stati giudicati un periodo troppo breve per rientrare nella sfera del "diritto penale" (Corte eur., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit., § 85). Mentre, per quanto riguarda i procedimenti disciplinari in ambito professionale, cfr. Corte eur., 23 giugno 1981, Albert e Le Compte c. Belgio, *www.eur-lex.europa.eu*, § 30). Quanto al procedimento disciplinare che abbia comportato il pensionamento d'ufficio di un funzionario, la Corte non ne riconosce il carattere "penale" ai sensi dell'art. 6 CEDU, se le autorità mantengono la loro decisione entro limiti meramente amministrativi (Corte eur., 13 settembre 2007, Moullet c. Francia, in *www.eur-lex.europa.eu*).

disciplinare nostrana nel rispetto delle garanzie minime previste in tutti i commi dell'art. 6 CEDU.

Ma procediamo per gradi. In generale, il criterio della “severità della sanzione” comminata conduce a considerare come sostanzialmente penali le misure che comportano – o che possono comportare – privazioni invasive nell'esercizio delle libertà. Svolgendo questo accertamento in materia disciplinare, la carica punitiva della sanzione pare il risultato di due accertamenti: da un lato la sua invasività percepibile *hic et nunc* dal detenuto e dall'altro la sua carica potenziale, ossia il pregiudizio *pro futuro* che la sanzione potrà arrecare in determinate situazioni della vita carceraria. Quanto al primo parametro, analizzando le sanzioni previste dall'art. 39 ord. penit. emerge da subito un dato fondamentale: non tutte le sanzioni disciplinari presentano lo stesso grado di invasività e neppure intaccano gli stessi beni giuridici. Il legislatore ha infatti calibrato la risposta punitiva in termini di crescente intensità, sicché da sanzioni decisamente lievi (come il semplice richiamo del direttore dell'istituto) si passa ad altre più gravose (come l'esclusione dalle attività in comune, seppure per non più di dieci giorni). Ne consegue che in ambito disciplinare-penitenziario difficilmente si potrà risolvere l'indagine sulla natura della sanzione attraverso un approccio unitario, che tenga conto esclusivamente dell'invasività “sulla carta” delle ipotesi ricomprese nell'art. 39 comma 1 ord. penit. Pare dunque mosso da intento correttivo l'intervento del recente legislatore (d.l. n. 146 del 2013), il quale, forse con una certa dose di consapevolezza rispetto al dato sovranazionale, ha costruito l'impianto del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. proprio diversificando il sindacato del magistrato di sorveglianza per le sanzioni “più gravi” (n. 4 e 5 dell'art. 39 ord. penit.)⁴⁷. Si tratta però di una *summa divisio* che opera solo in sede eventuale e differita, sicché il «salto di qualità»⁴⁸ avviene esclusivamente per i reclami aventi ad oggetto le sanzioni che si dimostrano più invasive e solo richiedendo un comportamento attivo al detenuto, il quale vedendosi addebitata la sanzione deve proporre reclamo al magistrato di sorveglianza.

Nell'indagine sulla natura della sanzione disciplinare, al criterio dell'invasività – che potremmo definire “oggettiva” – deve aggiungersi il parametro dell'invasività potenziale. Infatti, la carica punitiva della sanzione va ricercata soprattutto nei suoi nocivi effetti riflessi riguardo all'eventuale concessione di altri benefici. Irrogata la sanzione, questa viene annotata nella cartella personale di cui all'art. 26 reg. esec. (art. 81 comma 8 reg. esec.), la quale è la base su cui la magistratura di sorveglianza valuta la concedibilità di taluni benefici. Attraverso l'inserimento nella cartella personale, infatti, i risultati del regime disciplinare assumono un ruolo centrale nella valutazione complessiva dei comportamenti del detenuto e dei suoi progressi registrati in sede di trattamento rieducativo. Ne consegue che quando il detenuto o l'internato ambiscono ad accedere a benefici penitenziari che ne subordinano la fruizione al paradigma della “regolare condotta” – come i permessi premio (art. 30-*ter*

⁴⁷ *Supra*, par. 3.

⁴⁸ Così, F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 819.

ord. penit.), la remissione del debito (art. 6 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, cd. Testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia) e la liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.) anche nella sua veste speciale di cui all'art. 4 d.l. n. 146 del 2013 –, la presenza o meno della sanzione disciplinare diviene motivo di ostacolo, se non di vero e proprio impedimento, per la concessione del beneficio⁴⁹. L'invasività della sanzione disciplinare, quindi, non può risolversi in una indagine sul pregiudizio subito dal detenuto nell'espiazione della punizione, ma deve comprendere anche una valutazione sui suoi effetti nocivi potenziali: la carica punitiva, ad esempio, dell'esclusione da attività ricreative e sportive (sanzione prevista, per non più di dieci giorni, dall'art. 39 comma 1 n. 3 ord. penit.) non può riassumersi solo nella limitazione della socialità e dell'attività fisica, ma anche nel suo effetto potenziale, ostruttivo alla concessione dei benefici che il sanzionato vorrà richiedere⁵⁰.

Ecco che allora, qualora si ritenesse la sanzione disciplinare una sanzione a contenuto sostanzialmente penale (e non meramente amministrativo) – perché, appunto, questa comporta un nocimento non irrilevante – due potrebbero essere le direttrici per un adeguamento ai precetti sovranazionali. Una prima strada conduce alla riformulazione integrale del procedimento di cui all'art. 81 reg. esec. governata dalle re-

⁴⁹ Quanto al paradigma della regolare condotta – delineato originariamente nell'art. 56 e, a seguito dell'abrogazione, attraverso il richiamo operato nell'art. 30-ter comma 8 ord. penit. in tema di permessi premio –, dato fondamentale è il «costante senso di responsabilità e correttezza» nelle attività in istituto, parametro valutato dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 106 reg. esec. ossia tenendo conto delle «annotazioni contenute nella cartella personale». Se il detenuto è stato sottoposto a procedimenti disciplinari sfociati nell'irrogazione della sanzione, quindi, questi vengono menzionati nella cartella personale e divengono sintomo di una condotta irregolare ostativa alla concessione del beneficio. Così, Cass., 23 aprile 2009, Branca, in *C.e.d.*, 243781; Cass., 17 dicembre 1998, Conidi, *ivi*, 212458; Cass., 30 dicembre 1995, Medaglia, in *Riv. pen.*, 1996, p. 789; Cass., 30 novembre 1995, Esposito, in *C.e.d.*, 203355. A differenza della remissione del debito e del permesso premio, l'art. 54 ord. penit., in tema di liberazione anticipata, non invoca espressamente il parametro della regolare condotta, ma si limita a subordinarne la concessione alla prova della «partecipazione all'opera di rieducazione» che in sostanza si risolve in una pronta adesione alle regole che disciplinano la vita carceraria e agli interventi trattamentali. Il relativo giudizio deve essere formulato sulla base dei criteri indicati dall'art. 103 comma 2 reg. esec., ossia avendo particolare riguardo «all'impegno dimostrato nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento e al mantenimento di corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, con i compagni, con la famiglia e la comunità esterna». In tal senso, la giurisprudenza è costante nel rintracciare nella punizione disciplinare un approccio del detenuto disarmonico alle iniziative trattamentali offerte dall'ordinamento, ed in quanto tale di ostacolo alla fruizione della liberazione anticipata: Cass., 26 giugno 2015, Carlesco, in *C.e.d.*, 264293; Cass., 16 dicembre 2008, Bellocco, *ivi*, 243541; Cass., 8 novembre 2007, Perrone, *ivi*, 239303; Cass., 28 novembre 2002, Fedele, *ivi*, 224792; Cass., 15 dicembre 1995, Sorrentino *ivi*, 204343; Cass., 11 maggio 1995, Ianni *ivi*, 202143; Cass., 2 dicembre 1994, Cannata, *ivi*, 200220. In senso contrario e decisamente minoritario, Cass., 23 settembre 1994, Di Mari, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1086, che nega a «qualsiasi infrazione disciplinare» la possibilità di «porre nel nulla un comportamento positivo serbato con continuità dal detenuto».

⁵⁰ Sul punto, calzante è quanto disposto in Corte eur., 9 ottobre 2003, Ezeh e Connors c. Regno Unito, cit., dove la Corte ha ritenuto l'art. 6 CEDU applicabile sotto il suo aspetto penale, *inter alia*, nel caso di sanzioni definite come disciplinari in diritto britannico ma che comportavano, per i detenuti, la posticipazione della data di una possibile liberazione condizionale (cd. *early release*). Un timido e recentissimo approccio atto a qualificare come sostanzialmente penali le sanzioni disciplinari – in particolare, proprio quella di cui all'art. 39 comma 1 n. 3 ord. penit. – è stato intrapreso anche dalla nostra giurisprudenza: v. Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, cit.

gole dell'art. 6 CEDU: s'imporrebbe così l'intervento legislativo volto a correggere i dettami del procedimento disciplinare in senso conforme a tutte le garanzie contenute nella disposizione convenzionale, non limitandosi a quelle riassunte nella formula tripartita. Qui infatti la distorsione di tali regole è evidente: si pensi all'udienza disciplinare (comma 5), che oggi tradisce le aspirazioni al contraddittorio procedurale pregiudicando sensibilmente la posizione dell'accusato, il quale non ha che pochissime armi per contrastare l'addebito⁵¹. Ma non solo. S'imporrebbe un ripensamento anche quanto all'organo disciplinare competente ad impartire la sanzione, che, abbiamo detto, è lo stesso soggetto che ha esercitato la funzione propulsiva dell'accertamento disciplinare: a prescindere dal fatto che a decidere sia l'organo disciplinare nella sua veste monocratica o collegiale⁵², il detenuto è chiamato a difendersi dinnanzi

⁵¹ Sino ad oggi, i principi proclamati dal legislatore in tema di procedimento disciplinare ed in particolare il disposto di cui al comma 5 dell'art. 81 reg. esec. – che come si è più volte ricordato consente all'accusato «la facoltà di essere sentito e di esporre personalmente le proprie discolpe» – erano state considerate regole minime ma sufficienti a tutelare le garanzie previste dai procedimenti di natura disciplinare. Qualora si imponesse una lettura convenzionalmente orientata, tuttavia, le carenze procedurali parrebbero evidenti e la previsione della facoltà di discolpa, da sola, non sufficiente per garantire una partecipazione consapevole dell'accusato al procedimento disciplinare. La lett. c del terzo paragrafo dell'art. 6 CEDU prevede infatti che ogni persona accusata abbia diritto di «difendersi personalmente o avere un difensore di sua scelta». Contrariamente, nel procedimento disciplinare non è prevista la difesa tecnica per l'accusato e dunque, anche se gli è concessa la facoltà di esprimere le proprie discolpe, nell'esercizio di tale diritto il detenuto è totalmente solo. Ne consegue una concreta attenuazione della portata di principio connessa alla sua audizione dinnanzi all'organo disciplinare: l'accusato si trova in sostanza dinnanzi al bivio se non avvalersi di tale facoltà, rimanendo in silenzio, ovvero presentare comunque gli elementi a suo favore ma nel rischio di non esporli esattamente, di non farsi capire, oppure di dire qualcosa che possa pregiudicare la propria posizione. La partecipazione consapevole agli atti del procedimento (declinazione del principio contenuto nelle lett. a ed e art. 6 par. 3 CEDU) inoltre richiede che il ristretto sia messo nelle condizioni di comprendere il senso dell'accusa rivoltagli e delle attività che si compiono, in modo che possa apprestare un'adeguata strategia difensiva. Tuttavia anche tali garanzie sfumano allorché si proceda nei confronti di un accusato alloglotto. Infatti né la legge né il regolamento prevedono l'assistenza di un interprete, il cui intervento, in sede di contestazione del fatto e nella fase del giudizio, garantirebbe l'esercizio dei più elementari diritti di difesa, consentendo al detenuto di comprendere l'accusa formulata contro di lui e di seguire attivamente agli atti del procedimento disciplinare (vedi, *supra* nota 20). Il *vulnus* di garanzie peraltro emerge anche rispetto alle già menzionate *Regole penitenziarie europee*, le quali all'art. 59 stabiliscono che al detenuto deve essere riconosciuto un termine per preparare la difesa (lett. b), che gli deve essere consentito, se del caso, di avvalersi dell'assistenza gratuita di un interprete (lett. e) e, inoltre, che deve essere autorizzato a chiedere la comparizione di testimoni e a esaminarli o a farli esaminare (lett. d).

⁵² In entrambi i casi è il direttore dell'istituto ad assumere un ruolo di primaria importanza nella decisione, vestendo i panni dell'organo disciplinare monocratico ovvero quelli del Presidente del Consiglio di disciplina. Sul punto, cfr. S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Giuffrè, 1980, p. 927, il quale rileva come la composizione dell'organo collegiale, «per la natura dei soggetti che sono chiamati a farne parte (sanitario; educatore), tende indubbiamente ad esaltare il ruolo del direttore (che lo presiede), vero *leader* del gruppo». M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981, p. 234, per la quale l'imparzialità è pregiudicata non solo dal fatto che la decisione sia lasciata nelle mani del direttore, il quale «assume almeno di fatto un ruolo in qualche modo contrapposto rispetto all'accusato, non foss'altro per la sua appartenenza a quella stessa amministrazione penitenziaria dai cui operatori sono di regola redatti i rapporti che danno avvio al procedimento disciplinare» ma anche qualora a valutare la sanzione sia «il consiglio di disciplina che non si pone, nei confronti del detenuto, come organo qualificato dal requisito della terzietà, ma riflette, per effetto della sua peculiare composi-

all'autorità che lo ha accusato e l'omessa attuazione del principio *nemo iudex in causa propria* non può che ripercuotersi negativamente sul bagaglio di garanzie predisposte dalla legge in ordine all'esercizio dell'azione disciplinare⁵³. Inoltre parrebbe necessario dotare il meccanismo di scelta delle sanzioni concretamente applicabili con regole tassative e soprattutto prevedibili da parte dell'accusato. Infatti il sistema penitenziario non concepisce la risposta punitiva attraverso un sistema di corrispondenze biunivoche: commettendo una infrazione tra quelle previste dall'art. 77 reg. esec. – salvo rare eccezioni⁵⁴ – l'accusato non può prevedere quale sanzione gli sarà addebitata. La mancata correlazione tra infrazione e sanzione parrebbe così evidenziare un'ulteriore discrasia con i dettami convenzionali, e segnatamente con l'art. 7 CEDU, che si premura di esplicitare il principio di legalità non solo con riferimento al precetto penale ma anche in relazione alla sanzione collegata alla sua violazione, irradiando la garanzia della prevedibilità – che rappresenta una declinazione peculiare della legalità convenzionale – sull'intero trattamento sanzionatorio. In altri termini, l'esito del procedimento di cui all'art. 81 reg. esec. dovrebbe essere riformulato in modo tale da risultare ragionevolmente prevedibile – e quindi soddisfare il requisito della cd. *foreseeability* – già al momento della commissione di una data infrazione di cui all'art. 77 reg. esec.

La seconda strada potrebbe consistere nel potenziamento del sindacato in sede di reclamo, che così diverrebbe il momento “giurisdizionale” in cui sanare i difetti della fase disciplinare. Infatti, il conferimento alle autorità amministrative del compito di perseguire e sanzionare gli illeciti non è *ex se* incompatibile con la Convenzione. Ciò che conta è che l'interessato sia in grado di impugnare la decisione dinnanzi ad un giudice che offra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU⁵⁵. Deve trattarsi pertanto di un organo avente giurisdizione piena, ossia avente il «potere di riformare in ogni modo – in fatto come in diritto – la decisione, resa da un organo di grado inferiore, nonché la competenza a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controver-

zione, il peso della preminenza derivante dalla rappresentatività dello *staff* penitenziario, vale a dire della virtuale controparte».

⁵³ L'art. 6 par. 1 CEDU garantisce il diritto ad un giudizio di fronte ad un «tribunale indipendente ed imparziale»; se così non avviene, il processo non può essere considerato equo (Corte eur., 17 luglio 2001, Sadak e altri c. Turchia, in *www.eur-lex.europa.eu*). L'imparzialità deve essere apprezzata secondo due criteri: la valutazione soggettiva e quella oggettiva. Cfr. sul punto, Corte eur., 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *www.giustizia.it*, dove la Corte elabora una distinzione tra imparzialità soggettiva ed oggettiva dell'autorità decidente e, pur rintracciando nella figura giudicante (nel caso, la Consob) i parametri propri dell'imparzialità in senso soggettivo (che possono essere riassunti nelle modalità di designazione dei membri, la durata del mandato degli stessi e nella tutela contro le pressioni esterne), ritiene indispensabile – e nel caso di specie non soddisfatto – il requisito oggettivo, motivando sul punto che l'ufficio che compie l'attività istruttoria, l'ufficio che propone le sanzioni e la commissione che le decide sono tutte suddivisioni dello stesso organo amministrativo, e dunque agiscono sotto l'autorità e la presidenza dello stesso soggetto (§ 136, 137). Quanto all'incompatibilità tra il cumulo fra attività istruttoria e decisoria in materia penale e l'art. 6 par. 1 (Corte eur., 1 ottobre 1982, Piersak c. Belgio, in *www.eur-lex.europa.eu*, § 30-32; Corte eur., 25 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, *ivi*, § 24-30).

⁵⁴ Vedi *supra*, par. 2. e nota 22.

⁵⁵ Corte eur., 2 settembre 1998, Kadubec c. Slovacchia, in *www.eur-lex.europa.eu*, § 57.

sia in cui viene adito»⁵⁶. Da questa angolatura, quindi, anche l'intervento correttivo operato dal legislatore col d.l. n. 146 del 2013, parrebbe insufficiente. Infatti, posto che la *summa divisio* ivi operata – tra provvedimenti suscettibili di un vaglio esclusivamente di legittimità o anche di merito – presta il fianco a talune perplessità⁵⁷, una lettura convenzionalmente orientata del reclamo al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. in materia disciplinare parrebbe scardinare i vincoli imposti dal recente legislatore italiano, ammettendo un vaglio della sanzione disciplinare nella sua interezza. In altri termini, al riconoscimento della natura penale alla sanzione disciplinare non segue l'obbligo di distoglierne la cognizione all'autorità amministrativa; i difetti di tutela possono essere colmati in sede di reclamo, ma questo deve potenzialmente abbracciare tutte le ragioni di opportunità e di legittimità che hanno comportato l'irrogazione della sanzione. Così, pare già anacronistico celare dietro all'elementare criterio ermeneutico della specificazione legislativa l'esclusione di un vaglio di merito per tutte le sanzioni disciplinari, e non solo per quelle indicate espressamente ai n. 4 e 5 dell'art. 39 comma 1 ord. penit. Se la sanzione ha contenuto penale, a nulla vale che il legislatore abbia previsto solo per le sanzioni più gravi un sindacato nel merito attraverso il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. poiché la carica punitiva, nella sua veste oggettiva e potenziale, impone una garanzia che, seppur postuma, deve essere perlomeno integrale⁵⁸.

⁵⁶ Corte eur., 29 settembre 2011, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, in www.giustizia.it; Corte eur., 4 marzo 2004, Silvester's Horeca Service c. Belgio, in www.eur-lex.europa.eu; Corte eur., 13 febbraio 2003, Chevrol c. Francia, *ivi*.

⁵⁷ M. BORTOLATO, durante la sua audizione da parte della Commissione giustizia della Camera (cfr. in *Atti Camera. XVII leg. Indag. Conosc. Comm. II*, seduta del 9 gennaio 2014, p. 6) aveva già al tempo evidenziato come sarebbe stato auspicabile aprire al sindacato nel merito anche relativamente alla sanzione di cui all'art. 39 comma 1 n. 3 ord. penit., dato che anch'essa comporta un'esclusione dalle attività comuni.

⁵⁸ Anticipando ciò che si dirà più approfonditamente in seguito trattando gli aspetti dinamici dell'art. 35-*bis* ord. penit., i moniti convenzionali imporrebbero un aggiustamento – o perlomeno una specificazione – anche delle peculiarità procedurali del reclamo giurisdizionale. Si pensi ad esempio alla natura del reclamo (*infra, parte seconda*, par. 4. e 5.), presentato come rimedio preventivo nell'ottica post-Torreggiani, che, stante i termini di proposizione di cui all'art. 35-*bis* comma 2 ord. penit. (dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento), qualora si caratterizzasse come sprovvisto di effetto sospensivo, finirebbe per investire il magistrato di sorveglianza solo dopo l'esecuzione della sanzione, che, nella sua durata massima, non può eccedere i quindici giorni (e comunque solo nell'ipotesi di cui al n. 5 dell'art. 39 comma 1 ord. penit.). E ancora, si consideri il rispetto del principio di pubblicità dell'udienza che, non soddisfatto dal paradigma camerale di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., potrebbe essere assicurato solo qualora si ritenessero applicabili in via estensiva i principi stabiliti dalla Corte costituzionale nei confronti di altre fattispecie (dove è riconosciuta in capo all'interessato in un procedimento camerale la possibilità di sollecitare la trattazione della causa in forma pubblica; per i riferimenti giurisprudenziali vedi *infra*, nota 284, nonché, circa l'affermazione del principio di pubblicità dell'udienza, ampiamente *infra, parte seconda*, par. 8.1.).

Capitolo II

Il reclamo in tema di diritti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit.

SOMMARIO: 1. I tre assiomi fondamentali. L'esercizio illegittimo della potestà amministrativa. – 2. I diritti di detenuti e internati giustiziabili attraverso il reclamo giurisdizionale. Il secondo assioma fondamentale. – 2.1. (Segue) Quali diritti. L'opera giurisprudenziale nell'individuazione del patrimonio intangibile dei diritti e delle facoltà del detenuto e dell'internato. – 3. La lesione grave ed attuale. Il terzo assioma fondamentale.

1. I tre assiomi fondamentali. L'esercizio illegittimo della potestà amministrativa.

Procediamo nella disamina delle posizioni soggettive giustiziabili attraverso il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. affrontando ora la seconda macro-categoria indicata nella lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. È proprio attraverso il combinato disposto degli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. che si è tentato di cristallizzare le indicazioni della Corte costituzionale, che, pur avendo riconosciuto da tempo al detenuto la titolarità di posizioni giuridiche soggettive⁵⁹, faticava a riscontrarne nell'ordinamento uno strumento di tutela adeguato. In proposito, deve subito essere svolta una premessa: se oggi, a seguito della riforma, sono chiari gli indirizzi legislativi quanto alla procedura da seguire per le controversie in tema di diritti, rimane tuttavia sotto diversi aspetti incerto l'oggetto della lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. Qui si prevede che il magistrato di sorveglianza decida nella forma giurisdizionale sui reclami concernenti «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio di diritti»⁶⁰. Non tutti i diritti riconosciuti al detenuto e all'internato sono quindi reclamabili attraverso l'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. L'area individuata dalla lett. *b* circoscrive infatti l'oggetto della tutela prescrivendo tre requisiti imprescindibili, richiamabili sotto la dizione di “assiomi fondamentali”: *a*) con il reclamo si denuncia l'inosservanza della normativa penitenziaria da parte dell'amministrazione; *b*) il pregiudizio che ne deriva deve aver compromesso l'esercizio dei diritti del detenuto e dell'internato; *c*) tale lesione deve essere grave e attuale. Solo il riscontro contestuale – ancorché progressivo da un punto di vista logico – di queste tre condizioni permette al detenuto e

⁵⁹ Corte cost. 25 luglio 1979, n. 114, in *www.giurcost.org*; Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, *ivi*; Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, *ivi*. Più diffusamente, *infra*, par. 2.

⁶⁰ La formula utilizzata dal legislatore riprende alla lettera la proposta di riforma elaborata dalla *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Documento conclusivo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2013, p. 40, (di seguito Commissione Giostra).

all'internato di ottenere effettiva tutela. Tra tutte le aspettative di detenuti e internati quindi saranno reclamabili *ex art. 35-bis* ord. penit. solo quelle situazioni che soddisfano le condizioni di cui ai suddetti punti *a)*, *b)*, e *c)*, ossia esclusivamente quelle lesse dall'esercizio illegittimo della potestà amministrativa e che presentano un pregiudizio grave ed attuale all'esercizio di diritti⁶¹.

In primo luogo, quindi, stando al testo della disposizione, il detenuto sarà legittimato al reclamo solo qualora lamenti l'inosservanza, imputabile all'amministrazione, di prescrizioni racchiuse nella legge penitenziaria e nel relativo regolamento di esecuzione. Scomponendo questa prima specificazione operata dalla lett. *b* emergono due corollari: *i)* il vizio denunciato assume la veste dell'*inosservanza* di norme; *ii)* il contesto normativo disatteso dall'amministrazione pare limitato alle *disposizioni dell'ordinamento penitenziario* (inteso quale binomio legge n. 354 del 1975 e reg. esec.).

Quanto al primo, l'ampia latitudine del sostantivo «inosservanza» pare ammettere l'azionabilità del reclamo a seguito, indistintamente, di un comportamento attivo od omissivo da parte dell'amministrazione penitenziaria. Il concetto di inosservanza, infatti, pare spingersi oltre i confini della stretta denuncia di comportamenti commissivi illegittimi, sino ad abbracciare anche «violazioni conseguenti all'inerzia, agli atti mancati, alle situazioni di fatto»⁶². Ma non solo, tale formula parrebbe consentire il reclamo anche a seguito di comportamenti (attivi od omissivi) che non siano perfettamente aderenti alla normativa penitenziaria. Ciò significa, in sostanza, che l'attinenza o meno al precetto (l'osservanza di un obbligo di fare o di non fare) da sola non basta per salvare il contenuto dell'attività amministrativa ai fini del reclamo: l'agire amministrativo potrà considerarsi illegittimo anche qualora, pur in ossequio agli obblighi espressi, si ponga in contrasto (o non sia perfettamente conforme) con le direttrici che informano il trattamento e la rieducazione, al rispetto delle quali l'amministrazione stessa è preposta⁶³. È specifico dovere dell'amministrazione penitenziaria, infatti, fornire al detenuto un trattamento rieducativo adeguato alle sue reali condizioni e necessità – periodicamente riscontrate e valutate in relazione alle modificazioni dei comportamenti e della personalità –; e dunque, qualora l'amministrazione si dimostrasse inadempiente sotto questi profili, astrattamente il detenuto e l'internato potrebbero sottoporre tale inosservanza al magistrato di sorveglianza.

Se l'analisi circa la violazione da lamentare tramite il reclamo si limitasse all'indagine sull'esercizio legittimo della potestà amministrativa (corollario *i)*, le prospettive concernenti l'azionabilità dell'art. 35-*bis* ord. penit. sarebbero decisamente ottimistiche. Tuttavia concorre a tale criterio selettivo il secondo dei due corollari (sopra, corollario *ii)*: l'illegittimità dell'agire amministrativo deve essere parametrata

⁶¹ Dove *ADI* sta ad indicare tutte le *aspettative di detenuti e internati* e *PGR* solo le *posizioni giuridiche reclamabili*, la materia sindacabile attraverso l'art. 35-*bis* ord. penit. sarebbe data dalla formula: $[(ADI - a) - b] - c = PGR$.

⁶² E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 218.

⁶³ Vedi, artt. 27, 28, 29, 30 e 36 reg. esec. nonché artt. 1, 13, 14 e 16 ord. penit.

«alle disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento». Tale limitazione pare «indotta dalla volontà di non invadere gli spazi della giurisdizione ordinaria»⁶⁴: il legislatore ha così riaffermato la stessa logica che ha ispirato la sentenza costituzionale n. 341 del 2006 nel riconoscere al giudice ordinario la competenza sulle controversie di natura giuslavoristica⁶⁵. L'interpretazione letterale della disposizione sembra dunque non lasciare spazio a una valutazione dell'opera amministrativa in relazione a norme *extravagantes* rispetto all'ordinamento penitenziario. A ben vedere, però, una lettura che adotta la normativa penitenziaria quale criterio selettivo imprescindibile per la catalogazione delle posizioni soggettive reclamabili pare depotenziare notevolmente lo strumento di nuovo conio, oltre a tradire i traguardi raggiunti da dottrina e giurisprudenza: sempre più spesso infatti si riconosce al detenuto il potere di reclamo «avverso le decisioni dell'amministrazione penitenziaria che ne limitano le situazioni giuridiche soggettive, sia quelle riconosciute dalle norme penitenziarie che quelle riconoscibili ad un soggetto libero»⁶⁶. Invero, si tratta di un criterio di selezione indiretto: la legge di ordinamento penitenziario e il relativo regolamento sono il parametro di valutazione per la conformità dell'operato amministrativo, non il terreno in cui ricercare i diritti lesi da tale attività. In altri termini, la legittimazione al reclamo è riconosciuta a seguito della non conformità degli atti dell'amministrazione alle norme regolatrici dell'ordinamento penitenziario; ma ciò non significa che i diritti pregiudicati da tale inosservanza debbano necessariamente essere quelli cristallizzati nella stessa legge e nel regolamento⁶⁷.

Infatti, come si preciserà meglio in seguito, al detenuto devono essere riconosciuti tutti i diritti preesistenti all'entrata in carcere che non collidano con le esigenze proprie della detenzione: «la restrizione della libertà personale secondo la Costituzio-

⁶⁴ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 219; ma anche F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 822, per il quale «l'inserimento di tale clausola è stato verosimilmente determinato dal timore che il mag. sorv. potesse "invadere" spazi riservati dalla legge alla competenza del giudice civile o amministrativo o, comunque, straripare da suoi poteri».

⁶⁵ Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341, cit. Vedi *infra*, nota 88.

⁶⁶ Così, Cass., 30 gennaio 2008, Madonna, in *Foro it.*, 2008, II, p. 272. Recentemente, la stessa Corte ha inoltre affermato che, ai fini del reclamo di cui all'art. 35-bis ord. penit., il detenuto deve lamentare la violazione di situazioni soggettive di cui invoca la tutela «sulla base di una fonte normativa (Costituzione o legge ordinaria) che la riconosca» (Cass., 8 luglio 2014, M.A., in *www.dirittoegiustizia.it*). In linea con una visione il meno possibile selettiva dei diritti dei detenuti, v. Corte cost. 7 giugno 2013, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit. e Corte cost. 23 ottobre 2009, n. 266, in *www.cortecostituzionale.it*. Anche in dottrina è stata evidenziata l'impossibilità di assumere la legge di ordinamento penitenziario quale vero e proprio punto di riferimento, proprio in ragione dell'ambiguità delle sue disposizioni che rendono spesso «incerto il confine tra graziosa concessione e diritto inteso come grazia» (A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002, p. 10). Nello stesso senso, cfr. A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in A. GABOARDI- A. GARGANI- G. MORGANTE- A. PRE-SOTTO- M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, 2013, p. 36. Vedi anche *infra*, nota 73. Inadeguato, inoltre, appare anche il riferimento al reg. esec., «"fisiologicamente" orientato a focalizzare la sua attenzione sulle prerogative dell'amministrazione penitenziaria» più che a garantire il rispetto dei diritti di detenuti e internati (così, F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 822).

⁶⁷ Quanto all'individuazione dei diritti che possono formare oggetto del reclamo giurisdizionale, vedi *infra* par. 2. e 2.1.

ne vigente non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione»⁶⁸; semplicemente, i diritti del detenuto (in quanto privato) devono rientrare in un complesso bilanciamento di valori costituzionali affinché l'esercizio di un diritto fondamentale non venga a confliggere con altri interessi (pubblici) di pari rilievo, come l'ordine e la sicurezza. Ma non tutte le attività potenzialmente lesive dei diritti del detenuto sono prescritte (o anche semplicemente contemplate) dalla legge o dal regolamento. Infatti, in concreto si possono riscontrare comportamenti dell'amministrazione che, pur non disattendendo i precetti della normativa penitenziaria, incidono sulla cosiddetta tutela negativa, ossia su quelle disposizioni applicabili al detenuto e all'internato, a prescindere dalla restrizione carceraria, per il fatto stesso di essere soggetto di diritto dell'ordinamento⁶⁹. Si pensi ad esempio al detenuto che, pur sussistendo le condizioni previste dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, si veda negare dall'amministrazione penitenziaria l'autorizzazione al prelievo del liquido seminale al fine di consentire alla moglie di accedere alla procreazione medicalmente assistita. In questa situazione, la legge penitenziaria ed il relativo regolamento non vengono intaccati dall'agire dell'amministrazione, ma difficilmente si potrebbe negare l'azionabilità del pregiudizio dinnanzi al magistrato di sorveglianza⁷⁰.

Ecco che allora resta da verificare se il riferimento alla legge di ordinamento penitenziario e al regolamento non possa essere inteso quale metonimia dell'intero sistema normativo. In altre parole, è necessario indagare se all'interno della normativa penitenziaria vi siano richiami – più o meno espliciti – ad altre fonti normative che consentano a queste di assurgere a parametro di riferimento per la legittimità dell'agire amministrativo, configurando così la norma di ordinamento penitenziario come una sorta di norma interposta. Sul punto, un appiglio normativo idoneo a sostenere questa opzione esegetica potrebbe essere rintracciato nel dettato dell'art. 1 ord. penit., e, segnatamente, nel richiamo ivi racchiuso al principio di assoluta imparzialità e al divieto di discriminazione. Così, almeno a prima lettura, l'art. 1 comma 2 ord.

⁶⁸ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit.; precedentemente, cfr. Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, cit.; in tema di perquisizioni personali, Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526, in *C.e.d.*, 25919.

⁶⁹ Sulla distinzione tra tutela negativa e tutela positiva, vedi F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 43.

⁷⁰ Questo è il caso affrontato da Cass., 30 gennaio 2008, Madonia, cit. Qui il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato non luogo a provvedere in ordine al reclamo proposto da un condannato in regime di 41-*bis* ord. penit. avverso il diniego del D.A.P. alla sua richiesta di accesso al programma di procreazione assistita, ancorché risultasse medicalmente accertata una patologia giustificativa del trattamento invocato. In relazione all'istanza del condannato, la Suprema Corte ha invece riconosciuto al magistrato di sorveglianza la competenza circa il vaglio sulla tutelabilità concreta della pretesa avanzata, secondo un criterio di proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della singola persona. Vedi *infra*, nota 111. La stessa situazione potrebbe, ad esempio, verificarsi anche qualora un detenuto rivolgesse al magistrato di sorveglianza un reclamo contro il rifiuto della direzione dell'istituto di avviare l'*iter* burocratico finalizzato a consentirgli di esercitare il diritto di voto nel carcere in cui è ristretto, così come espressamente consentito dagli artt. 8 e 9 della legge 23 aprile 1976, n. 136. E ancora, qualora l'amministrazione penitenziaria procedesse al prelievo di DNA, finalizzato all'inserimento del suo profilo nella banca dati nazionale, nei confronti di un detenuto condannato per un delitto ricompreso tra quelli che non consentono tale procedura ai sensi dell'art. 9 comma 2 legge 30 giugno 2009, n. 85.

penit. parrebbe riprodurre il contenuto dell'art. 3 Cost., scongiurando «qualsiasi irragionevole disparità di trattamento tra i soggetti liberi e quelli totalmente privati della libertà personale»⁷¹. Facendo leva sull'art. 1 ord. penit., si potrebbe sostenere che, laddove trattasse diversamente i detenuti dai liberi, negando ai primi ciò che è concesso ai secondi, l'amministrazione penitenziaria finirebbe per ledere, oltre alla legge di ordinamento penitenziario, anche i principi fondamentali che devono ispirare il nostro ordinamento (implicitamente richiamati dal citato art. 1 comma 2 ord. penit.).

Tuttavia, in senso opposto basterebbe rilevare che tale disposizione allude, per espressa indicazione dell'art. 1 ord. penit., alle regole sul trattamento, come tali riferite e riferibili al solo detenuto e ai rapporti tra detenuti: un dato, questo, già di per sé idoneo a smentire la possibilità stessa di rintracciare nell'art. 1 comma 2 ord. penit. un valido "ponte" per assegnare rilevanza anche a discipline non *stricto sensu* penitenziarie. In sostanza, quindi, questo possibile tentativo di dilatare i confini esplicitati dalla lett. *b* dell'art. 69 ord. penit. si risolverebbe in un nulla di fatto, stante l'impossibilità di ricondurre alle ragioni del trattamento tutte quelle disposizioni che, come abbiamo detto, sono riferibili al detenuto ma non solo, in quanto applicabili a tutti i soggetti della società civile. Il timore è che proprio l'intento riformatore di circoscrivere l'opera del magistrato di sorveglianza abbia condotto a incardinare la struttura del reclamo giurisdizionale in tema di diritti su fondamenta davvero fragili. E se da un lato non è agevole trovare scappatoie esegetiche che consentano di superare tale limitazione, dall'altro, però, non ci si può neppure arrendere ad una interpretazione strettamente letterale. Così facendo, infatti, il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. risulterebbe decisamente – ed irragionevolmente – depotenziato: limitando la tutela alle sole lesioni seguenti all'inosservanza della disciplina penitenziaria, si priverebbero di protezione situazioni soggettive di primaria rilevanza, che andrebbero garantite a prescindere dalla collocazione sistematica della fonte normativa che le riconosce o le regola⁷².

A ben vedere, però, alle inadeguatezze del comma 2 parrebbe venire in soccorso il (già citato) comma 1 dello stesso art. 1 ord. penit., laddove prevede che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona». La dichiarazione di principio è molto importante, poiché identifica quali criteri guida nell'attuazione del trattamento – configurandoli al contempo come scopo e limite dell'attività amministrativa – i valori dell'umanità e della dignità⁷³. Evidente è l'assonanza con il disposto di cui all'art. 27 comma 3 Cost.

⁷¹ F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 823.

⁷² Sul punto, una soluzione è prospettata da F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 823: «Ciò non ostante potrebbe sorgere qualche dubbio circa la possibilità per l'interprete di considerare il riferimento alle fonti normative penitenziarie [...] *tamquam non esset*. Nel qual caso l'unica alternativa praticabile sembrerebbe essere quella di provocare l'intervento della Corte cost. al fine di far rimuovere il limite stabilito dal legislatore».

⁷³ V. GREVI- F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, *Sub Art. 1 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 9-10: «il significato della norma va evidentemente oltre il richiamo al senso di umanità (art. 27 co. 3 Cost.) quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva. Infatti, attraverso l'espresso riferimento alla garanzia della dignità

– per cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»
 – ma anche con quello di cui all’art. 3 CEDU che, come noto, ripudia «pene o trattamenti inumani o degradanti». Ma se da un lato la nozione di trattamento inumano è più intuitiva – in quanto si basa sulla verifica di effetti fisici e mentali causati alla vittima⁷⁴ –, più sfumato è il concetto di dignità umana, che invece si presenta come un valore multiforme, che trae la sua ragione ontologica nella necessità di riconoscere un diritto costitutivo e inviolabile alla qualità di uomo in quanto tale⁷⁵. E infatti, stando alle elaborazioni della dottrina, il significato più intimo del concetto di dignità risiederebbe proprio nella volontà del sistema di riconoscere in capo a ciascun uomo, libero o detenuto, la titolarità organica di interessi intrinsecamente legati alla natura umana⁷⁶.

Ne consegue che, richiamando quanto detto in precedenza circa il corollario *i*), se l’agire dell’amministrazione penitenziaria è illegittimo «anche qualora, pur in ossequio agli obblighi espressi, si ponga in contrasto con le direttrici che informano il trattamento e la rieducazione, al rispetto dei quali l’amministrazione stessa è preposta»⁷⁷, allora a maggior ragione dovrà ritenersi illegittimo il trattamento non conforme ai valori dell’umanità e dignità. Ma se il rispetto della dignità umana porta con sé, quale necessaria implicazione, il riconoscimento in capo a ciascun uomo della titolarità dei medesimi interessi inviolabili, allora l’eventuale compressione di tali diritti a scapito del detenuto non potrà che risolversi in una frustrazione dei valori di dignità e umanità, e dunque giustificare astrattamente il reclamo di cui all’art. 35-*bis* ord. penit.

In conclusione, se l’amministrazione deve assicurare al detenuto un trattamento in armonia con i valori della dignità e umanità, in tale attività sarà obbligata ad osservare non solo le regole dettate dalla materia penitenziaria ma anche quelle che, in generale, governano l’intera società civile nei suoi aspetti fondamentali: un trattamento è umano e dignitoso solo se attuato nel rispetto di tutte le norme che governano la società, a prescindere dallo stato privativo della libertà personale e se, chiaramente, con questo non collidano. Per converso, un trattamento che non garantisce al recluso

personale – essa pure tutelata come valore costituzionalmente rilevante negli artt. 2, 3 e 13 co. 4 Cost. – si manifesta in termini espliciti il proposito del legislatore di porre la persona del detenuto al centro del sistema penitenziario».

⁷⁴ Corte eur., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, in *www.eur-lex.europa.eu*.

⁷⁵ Nel testo convenzionale, al richiamo al concetto di umanità della pena non corrisponde una cristallizzazione esplicita del valore della dignità umana. Nonostante ciò la dignità umana rappresenta un vero e proprio elemento implicito al testo convenzionale, le cui disposizioni appaiono informate al suo rispetto e protezione. Nell’opera di inclusione del concetto di dignità nell’ambito della Convenzione, la giurisprudenza di Strasburgo ha fornito un contributo essenziale, confermando che l’assenza di riferimenti testuali specifici non implica una latitanza di contenuti: «la dignità umana viene considerata concetto sotteso e implicitamente presupposto alle disposizioni convenzionali» (così, C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, 2013, p. 171).

⁷⁶ Fra tutti, G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in Atti del Convegno “*Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU*”, 28 maggio 2014, Roma, reperibile in *www.cortecostituzionale.it*.

⁷⁷ *Supra*, in questo paragrafo.

le disposizioni attributive dei diritti fondamentali al libero non potrà considerarsi umano e dignitoso e dunque soddisferà almeno il primo assioma fondamentale⁷⁸.

2. I diritti di detenuti e internati giustiziabili attraverso il reclamo giurisdizionale. Il secondo assioma fondamentale.

Così individuate le attività dell'amministrazione penitenziaria denunciabili, ci soffermeremo in questo paragrafo sulla qualificazione dei diritti che, appunto, formano l'oggetto del reclamo giurisdizionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 69 comma 6 lett. *b* e 35-*bis* ord. penit. Infatti, non tutte le lesioni provocate da un'azione illegittima dell'amministrazione penitenziaria consentono al detenuto e all'internato di innescare la tutela giurisdizionale: al fine di individuare il significato del secondo assioma fondamentale, tra queste è necessario selezionare esclusivamente quelle che, ai sensi della lett. *b*, pregiudicano «l'esercizio dei diritti».

Per quanto la genericità delle formule utilizzate talvolta confonda l'interprete – che preferirebbe definizioni analitiche e categorie sistematiche definite –, è evidente il progresso della recente normativa, che oggi perlomeno tenta di istituire un reclamo *ad hoc* in tema di giurisdizione dei diritti di detenuti e internati. Infatti, prima del d.l. n. 146 del 2013, al riconoscimento di una soggettività giuridica, sostanziale e formale, in capo al detenuto (attuato dalla riforma del 1975 e confermato dalla legge n. 663 del 1986) non era seguita la previsione di adeguati ed espliciti strumenti correlativi di tutela giurisdizionale che ne sanzionassero o impedissero la lesione⁷⁹: non vi era nel testo alcuna disposizione che facesse dichiaratamente riferimento alle modalità con cui lamentare una lesione dei “diritti” facenti capo alla persona detenuta così come cristallizzati nell'ordinamento penitenziario⁸⁰. Eppure, all'interno della materia penitenziaria erano già allora facilmente reperibili disposizioni che, anche se spesso rivolte a disciplinare aspetti particolari della vita penitenziaria – e quindi non immediatamente attributive di diritti, ma semmai espressive di obblighi a carico dell'amministrazione

⁷⁸ Questa conclusione sarebbe peraltro in linea con quanto espresso in Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit.: «La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario».

⁷⁹ Tale mancanza era stata denunciata a più voci dalla dottrina. Cfr. A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1272; F. FIORENTIN- A. MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza. La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Giuffrè, 2008, p. 2; S. SENESE, *Magistratura di sorveglianza e garanzie nel carcere*, in G. COTTURRI- M. RAMAT (a cura di), *Quali garanzie*, De Donato, 1983, p. 349; V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti*, cit., p. 8.

⁸⁰ Infatti, se si escludono l'art 14-*ter* ord. penit. in tema di sorveglianza particolare, l'art. 41-*bis* ord. penit. e il testo previgente dell'art. 69 comma 6 ord. penit. (che richiamava l'applicabilità dello strumento di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. con riferimento alla materia disciplinare e lavorativa), la tutela di tutte le altre situazioni giuridiche era rimasta affidata al reclamo generico di cui all'art. 35 ord. penit.

–, ponevano almeno le premesse per il riconoscimento di specifiche situazioni soggettive attive in capo ai detenuti⁸¹: in particolare, l'art. 4 ord. penit., precisando che «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge» prescindendo dall'eventuale stato di interdizione legale, conferma il riconoscimento di una soggettività giuridica attiva in capo al detenuto e all'internato⁸². E del resto, la stessa Corte costituzionale aveva nel tempo precisato come «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive, attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria, [fosse] estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»⁸³.

⁸¹ L'ordinamento penitenziario è ricco di enunciazioni generali e particolari che fanno riferimento al riconoscimento della soggettività giuridica. Basti tenere in considerazione quanto disposto nei capi I, II, III e IV del titolo I della legge di ordinamento penitenziario, quasi interamente dedicati all'individuazione di standard adeguati di vivibilità, e laddove non è difficile riscontrare qualificazioni normative esplicite – spesso il legislatore utilizza formule come «ha diritto» o «ha facoltà» – o implicite – espressioni assertive, quali «è assicurato», «è consentito almeno», «deve», etc. – (in questi termini, M. BORTOLATO, *Sub Art. 4 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 2015, p. 41).

⁸² Il principio enunciato nell'art. 4 ord. penit., che oggi appare quasi scontato, è stato in realtà una grande conquista della riforma del 1975. Significativi, sul punto, i dubbi che hanno colorato il dibattito dei lavori parlamentari sull'opportunità dell'inserimento della disposizione: l'art. 4 ord. penit., già presente nel disegno di legge approvato dal Senato, era stato successivamente soppresso dalla Commissione giustizia della Camera e solo nella lettura conclusiva venne reinserito nel testo approvato dall'Assemblea. Sul punto, diffusamente, v. M. BORTOLATO, *Sub Art. 4 ord. penit.*, cit., p. 37. D'altra parte, le perplessità che hanno accompagnato l'introduzione del precetto emergono dallo stesso testo dell'art. 4 ord. penit. che, se interpretato letteralmente, escluderebbe l'applicazione delle norme che riguardano l'interdizione legale solo per l'esercizio dei diritti derivanti dalla «presente legge» e dunque esclusivamente per quei diritti individuati dalla legge di ordinamento penitenziario (così, G. DI GENNARO- R. BREDA- R. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997, p. 53). Tuttavia, seguendo questa direttrice ci si troverebbe di fronte ad un duplice vincolo: da un lato, il detenuto e l'internato beneficerebbero di tale “non applicazione” solo quanto ai beni e agli atti indicati nell'art. 32 c.p., e dall'altro tale esercizio sarebbe limitato a «la disponibilità e l'amministrazione dei beni, nonché la rappresentanza negli atti ad essi relativi». Sotto altro aspetto, inoltre, è facile notare come il richiamo ai diritti derivanti «dalla presente legge» riproponga in sostanza le stesse incertezze già affrontate (*supra*, par. 1.) in relazione alla recente introduzione del primo requisito che caratterizza la lett. b dell'art. 69, comma 6 ord. penit. (primo assioma fondamentale), ossia quanto alla necessità che l'inosservanza tenuta dall'amministrazione penitenziaria attenga alla normativa penitenziaria. Un *déjà-vu* che, più che un vero e proprio indirizzo legislativo, pare piuttosto un retaggio della dottrina della supremazia speciale, la quale, come noto, consentiva di teorizzare la separazione dell'ordinamento penitenziario da quello generale. Pare quindi necessario liberare l'impianto penitenziario da tale costruzione dogmatica, che, per quanto ormai pacificamente superata, vede ancora disseminati nel testo dell'ordinamento penitenziario indirizzi fuorvianti. Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, 2002, p. 12, il quale, dopo aver giudicato «inammissibile» l'estraneità «del “sistema penitenziario” all'ordinamento generale», sottolinea come «ove pure si affermi un rapporto di “soggezione speciale” [...] la stessa disciplina “speciale” non può non considerarsi parte dell'ordinamento normativo statale e, come tale, deve porsi in un rapporto di compatibilità, se non di prosecuzione e svolgimento, con la Costituzione».

⁸³ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit. Sul riconoscimento al detenuto dei diritti non incompatibili con la restrizione della libertà personale, cfr. Corte eur., 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), in *www.hudoc.echr.coe.int*. Anche le Sezioni Unite hanno contribuito all'opera intrapresa dalla giurisprudenza costituzionale in tema «di diffusione delle garanzie giurisdizionali entro le istituzioni preposte all'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale», perseguendo l'obiettivo della sottoposizione della vita negli istituti penitenziari «ai principi e alle regole generali dello Stato di diritto» (Cass.,

Con l'inserimento del meccanismo di cui agli artt. 69 comma 6 lett. *b* e 35-*bis* ord. penit., quindi, il legislatore finalmente risponde alle sollecitazioni giurisprudenziali costruendo un rimedio ed individuando un giudice dinnanzi al quale far valere la lesione delle posizioni giuridiche di diritto sostanziale disciplinate dall'ordinamento⁸⁴. Ma si ferma qui. Infatti, se da un lato oggi è chiara la corrispondenza tra lesione di diritti e rimedio giurisdizionale⁸⁵, dall'altro la scelta politica alla base dell'introduzione del nuovo reclamo ha lasciato all'interprete il compito di esplicitarne il *thema decidendum*⁸⁶. E proprio a causa di ciò, il tema dei diritti di detenuti e internati si dimostra oggi di stringente urgenza e attualità per l'interprete.

Prima di addentrarsi nel problema dell'identificazione dei diritti protetti dal combinato disposto degli artt. 69 comma 6 lett. *b* e 35-*bis* ord. penit., è doverosa una precisazione: stilare un catalogo delle situazioni tutelate dall'art. 35-*bis* ord. penit. non significa spogliare il detenuto e l'internato di qualsiasi garanzia nell'attuazione del trattamento. Infatti, il legislatore ha privilegiato una composizione tassativa delle ipotesi di reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit. – che, come meglio si dirà a breve, assume oggi nell'ordinamento la veste di “rimedio specifico” per la lesione in tema di diritti –, al contempo confermando in capo al recluso la garanzia predisposta dal rimedio ge-

S.U., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2970, dove gli stessi giudici di legittimità hanno precisato che, nonostante la pronuncia sia circoscritta alle determinazioni relative ai colloqui visivi e telefonici, ad essa va riconosciuta una innegabile forza espansiva, «agevolmente ricavabile dal complessivo sistema di tutela delle posizioni soggettive dei detenuti e degli internati che possono trovare protezione in via giurisdizionale». Tradizionalmente più problematica era la questione inerente all'identificazione di quelle situazioni di interesse giuridicamente apprezzabile su cui la discrezionalità dell'amministrazione incide con l'esercizio di poteri organizzatori o decisori; situazioni, queste, al tempo ricomprese nella categoria dei cd. interessi legittimi, nella duplice forma di interessi oppositivi o pretensivi. Sul punto, la Suprema Corte, con la stessa sentenza sopra citata, nell'attribuire la giurisdizione esclusiva al magistrato di sorveglianza *ratione materiae*, ha fatto intendere di ritenere ormai sostanzialmente superata la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quantomeno in relazione alle regole del trattamento.

⁸⁴ Già nella storica sentenza Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212, in *www.giurcost.org*, la Corte aveva riconosciuto come «nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non [vi possa essere] posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere». «L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98/1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18/1983)» (Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit.).

⁸⁵ È lo stesso art. 69 comma 6 ord. penit. a prevedere che nelle materie lì indicate si proceda nelle forme dettate dall'art. 35-*bis* ord. penit. *Supra*, cap. I, par. 1.

⁸⁶ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 220: «la scelta dei riformatori è pilatesca e coraggiosa al tempo stesso: abdicando a tale compito, la novella (come già, a suo tempo, la Corte costituzionale) rimette infatti la determinazione del perimetro operativo dell'art. 35-*bis* al diritto vivente, mostrando grande fiducia nei confronti della magistratura». In realtà il problema dell'identificazione delle posizioni soggettive tutelabili si poneva anche prima del d.l. n. 146 del 2013. In proposito, R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, a mantengono in vita il procedimento di piano*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1363; M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010, p. 605; F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo ritocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2013, IV, p. 2040, secondo il quale il limite della tutela giurisdizionale «dovrebbe identificarsi con quello generale della giurisdizione sui diritti».

nerico di cui all'art. 35 ord. penit. Il nostro ordinamento, anche grazie ai “suggerimenti” sovranazionali, ha così elaborato un sistema di tutele progressive calibrate in ragione della comprimibilità dei diritti sottoposti a pregiudizio⁸⁷. A seconda della posizione giuridica fatta valere, quindi, il legislatore riconnette forme di garanzia più variegiate che si distinguono negli strumenti di cui agli artt. 35, 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit.⁸⁸. In questo senso, la soluzione agli odierni problemi sulla tutela del detenuto nei confronti dell'amministrazione va ricercata non in una semplificazione, bensì in una articolazione delle situazioni giuridiche soggettive in cui essa si traduce, in consonanza con la complessità dell'intreccio tra il potere amministrativo, l'interesse pubblico e l'interesse privato. In altri termini, si deve procedere ad una ricostruzione delle pretese di detenuti e internati che tenga conto della qualificazione degli interessi in gioco in una scala qualitativa della tutela; e tale riqualificazione va effettuata in concreto, in relazione alla singola decisione amministrativa che incide sugli interessi del detenuto o dell'internato.

Detto ciò, le pretese tutelabili attraverso il reclamo giurisdizionale possono essere individuate tracciando un «confine tra le posizioni tutelabili e le aspettative di

⁸⁷ Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in www.hudoc.echr.coe.int, dove la Corte ha esortato lo Stato italiano a «creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia». Cfr. F. CAPRIOLI- L. SCOMPARI, *Introduzione*, in F. CAPRIOLI- L. SCOMPARI (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015, p. XIII s.

⁸⁸ Alle forme di tutela “interna” alla materia penitenziaria – ossia di quelle situazioni che hanno uno stretto legame con la detenzione – si aggiunge la tutela “esterna”, o meglio ordinaria, prevista per le posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale. Siccome – e l'abbiamo già ricordato – la detenzione non comporta una *capitis deminutio* del condannato (Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit., cfr. nota 68), nelle situazioni in cui il detenuto si trova a fronteggiare un soggetto terzo non appartenente all'organizzazione penitenziaria o uno stato di fatto non incidente sulla detenzione (o che su di essa non dovrebbe incidere), la posizione di questo non può essere modificata dall'ingresso in istituto penitenziario e dunque i diritti ad essa conseguenti si configurano esattamente alla stregua di quelli delle persone libere. Si pensi ai diritti di famiglia o ai diritti patrimoniali (nella più intuitiva accezione a far valere una lesione avvenuta all'esterno del carcere, ma anche in un'ottica pretensiva, volta all'impugnazione al T.a.r. di una delibera che neghi una concessione edilizia): in questi casi la tutela che richiede il detenuto non riguarda il rapporto dell'esecuzione penale e dunque non deve essere valutata dal magistrato di sorveglianza, bensì dal giudice ordinario, che la svilupperà secondo le regole generali dettate dall'ordinamento. In aderenza a tale argomentazione, la Corte costituzionale ha infatti distolto le fattispecie giuslavoristiche dalla competenza del magistrato di sorveglianza per affidarle al giudice ordinario (Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341, cit., vedi *supra*, nota 6), così confermando l'elasticità dell'ambito in cui si riflettono tali tutele, suscettibile di plasmarsi e modificarsi in ragione della «sensibilità socio giuridica del momento» (il virgolettato è tratto da A. MARCHESELLI, *I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.ristretti.it). Inoltre, seppure “interne” alla materia penitenziaria, non rientrano nello schema a tutele progressive di cui agli artt. 35, 35-*bis* e -*ter* ord. penit. le forme di tutela create *ad hoc* dal legislatore per la protezione di situazioni soggettive particolari che vengono in rilievo nel momento di applicazione degli istituti propri dell'esecuzione penale (come ad esempio quelle che insorgono o attongono all'applicazione di benefici penitenziari), e rispetto alle quali la competenza è assegnata alla magistratura di sorveglianza (in questi termini, v. anche E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 225 e F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 45).

mero fatto»⁸⁹: solo le pretese che traggono giustificazione da una norma giuridica e che vengono pregiudicate oltre i limiti imposti da un ovvio bilanciamento con le esigenze proprie dell'ordine carcerario potranno essere soddisfatte attraverso la tutela giurisdizionale⁹⁰. Infatti, l'ordinamento riconosce al detenuto specifiche norme a protezione della sua sfera personale che devono essere salvaguardate da eventuali «incisioni che non trovino valida giustificazione in motivi di ordine e sicurezza pubblica [...]; ovvero che derivino da modalità di esecuzione non conformi agli *standard* minimi che assicurano il rispetto della dignità della persona nella condizione di detenzione»⁹¹. Una pretesa che, per converso, non si fondi su tali norme o che rientri in quella porzione di libertà che inevitabilmente il detenuto cede all'entrata in istituto penitenziario, in quanto aspettativa di fatto, non potrà ricevere una tutela giurisdizionale. Ma ciò non si traduce – giova ripeterlo – in un abbandono di tali pretese nel limbo dell'inazionabilità: queste potranno comunque accedere alla tutela amministrativa, attuata attraverso il meccanismo del reclamo generico *ex art. 35 ord. penit.*, il quale può essere azionato per qualunque aspetto dell'organizzazione della vita penitenziaria⁹². Il legame tra i rimedi di cui agli artt. 35 e 35-*bis* ord. penit. dunque si tra-

⁸⁹ F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 42. Cfr. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli editore, 2011, p. 27; A. MARCHESELLI, *I diritti*, cit., p. 3; C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3781.

⁹⁰ La tutela costituzionale dei diritti opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure, come è ovvio, con le limitazioni che lo stato di detenzione comporta. Ne consegue che l'amministrazione penitenziaria può legittimamente adottare solo provvedimenti che in tale bilanciamento si inseriscano – pur essendo in ogni caso suscettibili di controllo giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza – mentre, anche in applicazione del disposto di cui all'art. 27 comma 3 Cost. ai sensi del quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», l'adozione di provvedimenti che comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale può avvenire solo con le garanzie di legge e di giurisdizione previste dall'art. 13 comma 2 Cost. Quanto al bilanciamento tra interesse pubblico e privato nell'espiazione della pena, la Corte di Strasburgo ha stabilito che l'ampiezza e l'incisività della restrizione possono variare in funzione delle specifiche esigenze di protezione degli interessi in gioco, alla luce di circostanze particolari connesse «allo svolgimento delle indagini o al tipo e alla natura del reato di cui l'interessato è colpevole o accusato» (Corte eur., 5 luglio 2001, Erdem c. Germania, in *www.hudoc.echr.coe.int*, quanto ai reati di terrorismo e Corte eur., 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), *ivi*, in tema di organizzazioni di stampo mafioso). Ma ogni limitazione nell'esercizio dei diritti dei detenuti che non sia strettamente funzionale a questi obiettivi acquista un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale; un valore incompatibile con l'art. 27 Cost. (Corte cost. 7 giugno 2013, n. 135, cit.) e inammissibile in un ordinamento basato sulla priorità dei diritti della persona.

⁹¹ F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 43. «È infatti chiaro, in proposito, che la posizione del soggetto sottoposto a detenzione o a misura di sicurezza è giocoforza diversa da quella del soggetto in libertà. Ma è proprio in virtù della sua posizione giuridica di soggetto debole che la persona in stato di restrizione della libertà personale deve godere di una tutela particolarmente attenta [...]; una tutela che però deve necessariamente ispirarsi ad una logica di proporzionalità, tesa a ottenere un equo temperamento fra la garanzia della posizione soggettiva del singolo e le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria» (E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 220-221). Infatti «Siamo nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, oltre a non ledere posizioni non sacrificabili in assoluto» (A. MARCHESELLI, *I diritti*, cit., p. 4).

⁹² Infatti in questi casi si potrà comunque coinvolgere il magistrato di sorveglianza – oltre ad altri soggetti indicati dell'art. 35 ord. penit. –, il quale deciderà sulla doglianza inoltratagli dal detenuto senza

duce in un rapporto di stretta complementarietà, per cui è ovvio che le difficoltà che si registrano in ordine alla perimetrazione della materia giurisdizionale inevitabilmente si ripercuotono su quella del reclamo generico: all'espandersi dell'area applicativa del reclamo giurisdizionale si restringerà quella del reclamo generico, e viceversa⁹³.

Per converso, se la riqualificazione della tutela si basa sugli interessi sottoposti al vaglio del magistrato di sorveglianza, meritano sicuramente l'ampia garanzia di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. le aspettative che detenuti e internati maturano a seguito di una lesione ai cd. diritti fondamentali dell'ordinamento, ossia a «quelle facoltà così strettamente connesse all'individuo in quanto persona umana da apparire, appunto, “fondamentali” e tali da non poter essere del tutto annichiliti neppure nel corso dell'esecuzione penale»⁹⁴. Si tratta, in sostanza, di diritti che traggono giustificazione dai principi immanenti dell'ordinamento e che dunque non possono essere intaccati nel loro contenuto minimo da un esercizio (legittimo) dell'attività amministrativa⁹⁵.

alcuna formalità e, ove la consideri fondata, segnalerà le irregolarità all'amministrazione, sollecitandone la rimozione. Chiaramente la conseguenza più evidente di tale meccanismo è che all'accoglimento dell'istanza «non corrisponde alcun obbligo dell'amministrazione penitenziaria di uniformarsi al *decisum*» (M.G. COPPETTA, *Sub Art. 35 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 393).

⁹³ È questo un primo indice della dinamicità degli strumenti di tutela predisposti dal legislatore del d.l. n. 146 del 2013. Tale elasticità non coinvolge esclusivamente la singola garanzia (di cui all'art. 35 o all'art. 35-*bis* ord. penit.) – che, legata a parametri generici, potrà nel tempo meglio adeguarsi ai mutamenti della società, includendo ad esempio nella protezione giurisdizionale situazioni precedentemente ricondotte allo strumento generico – ma l'intero sistema progressivo delle tutele: ogniqualvolta il magistrato di sorveglianza si troverà a decidere sulla lesione di una posizione soggettiva del detenuto potrà avvalersi di tutti gli strumenti concessi dal legislatore. Uno schema, questo, che vagamente ricorda i principi sottesi alla decisione del procedimento di sorveglianza (seppure con le dovute differenze, in ragione dell'oggetto del sindacato) dove il tribunale, nell'ambito del suo potere discrezionale, può legittimamente applicare una misura alternativa diversa da quella richiesta (cfr. Cass., 4 febbraio 2011, p.g. in proc. D'Ambrosio, in *C.e.d.*, 250231), «salvo il rispetto del principio del contraddittorio [...] laddove la misura applicata *ex officio* sia più gravosa di quella richiesta» (per una disamina degli aspetti “tipici” del procedimento di sorveglianza, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 363). In tal senso, comunque rinviando alla trattazione successiva quanto al problema dell'instaurazione d'ufficio della tutela giurisdizionale (*infra*, parte seconda, par. 2.1.), non parrebbero porsi particolari criticità in relazione al principio di correlazione tra il *petitum* e il *decisum* di cui all'art. 521 c.p.p.: qualora il magistrato di sorveglianza, nel vaglio preliminare, si accorgesse di propendere per l'inammissibilità del reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., potrà comunque salvare il contenuto della domanda avvalendosi del reclamo generico, subordinando tuttavia tale decisione ad un inevitabile confronto con l'interessato, qualora l'inammissibilità sia “giustificata” dalla mancanza del requisito della gravità del pregiudizio (quanto alle perplessità circa un vaglio di ammissibilità fondato sul requisito della gravità del pregiudizio, v. *infra*, par. 3.). Quanto all'impossibilità di dichiarare inammissibile l'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., procedendo nelle forme di cui all'art. 35 ord. penit., in presenza di una pretesa riconducibile ad un diritto fondamentale dell'ordinamento, vedi *infra*, in questo paragrafo.

⁹⁴ F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 42. Tale conclusione pare avvallata anche dall'intitolazione del d.l. n. 146 del 2013, istitutivo del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., che espressamente fa richiamo «alla tutela dei diritti fondamentali dei detenuti».

⁹⁵ Tuttavia, nonostante sia pacifica l'esistenza di questo nucleo saldo di diritti garantiti in posizione privilegiata dall'ordinamento, l'espressione “diritti fondamentali” non trova una precisa definizione nel testo costituzionale e questo non può che influenzare negativamente anche l'indagine sui diritti meritevoli di tutela giurisdizionale. Sul punto, v. F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 42, dove l'Autore evidenzia come anche in dottrina ricorrano indistintamente «le espressioni “diritti fondamentali”, “diritti inviolabili”, “valori supremi dell'ordinamento”, “diritti inalienabili”, “diritti di particolare rilevanza costitu-

Così, pur non potendo sovrapporre l'area dei diritti reclamabili a quella dei diritti fondamentali – in quanto lo stesso Giudice delle leggi ha affermato che i diritti meritevoli di tutela non sono esclusivamente quelli descritti nella Costituzione, ma anche quelli che traggono giustificazione da fonti di rango sott'ordinato⁹⁶ –, pare ragionevole sostenere che una lesione dei diritti inviolabili legittimi il detenuto ad innescare la tutela giurisdizionale, pur non esaurendone, appunto, il terreno dell'applicabilità.

Questo vale sia grazie al richiamo dell'art. 1 comma 1 ord. penit. ai principi di umanità e dignità⁹⁷, sia, e a maggior ragione, quando i valori tutelati dalla Costituzione vengono ripresi dall'ordinamento penitenziario. Si pensi, ad esempio, agli effetti dell'art. 32 Cost. sul diritto all'integrità fisica e alla salute – nelle sue varie articolazioni concernenti all'adeguatezza delle strutture edilizie penitenziarie (artt. 5 e 6 ord. penit.), al vestiario (art. 7), all'igiene personale (art. 8), alla somministrazione del vitto (art. 9) e sulla permanenza all'aria aperta (art.10), nonché alla necessaria periodicità delle visite sanitarie (art. 11) –, ma anche ai riflessi dell'art. 15 Cost. in tema di libertà della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, nonché degli artt. 30 e 31 Cost. sulla tutela della famiglia e dei minori⁹⁸. Non solo, vi sono diverse disposizioni in tema di integrità morale e culturale (artt. 19, 20, 21, 33 e 34 Cost.) che nella legge di ordinamento penitenziario trovano immediato riscontro nell'art. 18 comma 6 ord. penit. sulla libertà di informazione, nell'art. 19 ord. penit. sull'istruzione, nell'art. 26 ord. penit. sulla religione e le pratiche di culto e nell'art. 27 ord. penit. sulle attività culturali, ricreative e sportive. Tutte queste situazioni non dovrebbero essere pregiudicate dall'esercizio della potestà amministrativa; ma in caso contrario, ossia laddove l'agire amministrativo travalicasse i confini inviolabili di tali valori, allora al detenuto e all'internato devono essere riconosciuti mezzi adeguati per far valere la doglianza davanti al magistrato di sorveglianza.

Tuttavia, sebbene tale distinzione appaia convincente sul piano sistematico, essa potrebbe non essere risolutiva nello sviluppo pratico delle controversie: ciascun diritto, anche se “fondamentale”, ha un'intensità mutevole a seconda delle varie declinazioni che assume nella vita carceraria. Parte delle doglianze, infatti, ben potrebbe trarre giustificazione da interessi teoricamente meritevoli di tutela ma che poi, nel caso concreto, si rivelano legittimamente limitabili in ragione delle esigenze di sicurezza e ordine pubblico. Ecco che allora bisogna distinguere due piani di valutazione: quello della legittimazione al reclamo (ossia, il fondamento della domanda *ex art. 35-bis* ord. penit) e quello della fondatezza della domanda. Si pensi, ad esempio, al caso di un detenuto che, lamentando l'impedimento alla visita di un maestro buddista zen, si veda comunicare informalmente dal magistrato di sorveglianza una relazione

zionale”, “diritti umani”, per indicare facoltà soggettive che dovrebbero essere patrimonio inalienabile di ciascun individuo in quanto tale».

⁹⁶ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit. Vedi *supra*, nota 68.

⁹⁷ *Supra*, par. 1.

⁹⁸ Queste disposizioni hanno particolare rilievo in tema di rapporti familiari e sociali, e in particolare riguardo all'art. 18 ord. penit. sui colloqui, la corrispondenza e l'informazione, e all'art. 28 ord. penit. sulle relazioni dei detenuti.

dell'amministrazione penitenziaria in merito alla non inclusione di tali maestri nel novero dei ministri di culto abilitati all'ingresso nelle strutture penitenziarie. Questa situazione è astrattamente riconducibile al *genus* delle lesioni intollerabili (nello specifico, una lesione alla libertà di culto) e dunque l'accesso alla procedura giurisdizionale non può essere impedito per il solo fatto che il magistrato di sorveglianza non la ritenga di rango primario. Per la Corte, infatti, «quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la pretesa lesione di un diritto, e non si risolve in una semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario, il procedimento che si instaura davanti al suddetto magistrato assume natura giurisdizionale. [...] La domanda potrà poi essere ritenuta infondata, ma la procedura giurisdizionale» va attivata⁹⁹. In altri termini, l'attinenza concreta a precetti fondamentali dell'ordinamento rende *ex se* legittimo il reclamo giurisdizionale, pur non garantendone, chiaramente, la fondatezza.

Cionondimeno – e dunque nonostante debba ritenersi garantito l'approdo alla procedura giurisdizionale –, neppure lamentando la lesione di un diritto fondamentale il detenuto avrà comunque certezza dell'esito positivo della sua istanza. Il che dimostra come l'attinenza della doglianza ad un principio inviolabile dell'ordinamento possa dimostrarsi, in concreto, non sempre efficace¹⁰⁰. In conclusione, il dubbio è, in generale, che sia proprio il tenace tentativo di classificare le posizioni tutelabili mediante il reclamo giurisdizionale a risultare velleitario. E' infatti piuttosto evidente come la logica seguita dal legislatore del 2013 – una logica nuova per il nostro ordinamento e più familiare alle regole comunitarie – non sia decifrabile attraverso le spiegazioni dogmatiche classiche: a un'attenta riflessione, il legislatore sembrerebbe aver affidato la materia *de qua* all'interprete non per indecisione o titubanza, quanto per il genuino intento di non “ingessare” lo strumento di tutela, lasciandolo aperto e modulabile dinanzi a situazioni che solo i tempi e le vicende concrete possono generare. Il diritto al reclamo diviene così uno strumento vivente nelle mani del magistrato di sorveglianza, il quale avrà il compito di studiarlo e affinarlo di volta in volta, nei singoli casi di specie, alla ricerca della soluzione ritenuta più adeguata.

⁹⁹ Tale situazione si è verificata in Cass., 25 settembre 2013, Romano, in *C.e.d.*, 257254. Cfr. Corte eur., 7 dicembre 2010, Jakobski c. Polonia, in *www.hudoc.echr.coe.int* e Corte eur., 17 dicembre 2013, Vartic c. Romania, *ivi*, in cui la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 9 CEDU (in tema di libertà di pensiero, di coscienza e di religione) per mancata somministrazione di un'alimentazione vegetariana ad un detenuto di religione buddista. Vedi anche *infra*, nota 108.

¹⁰⁰ O meglio, un criterio selettivo costruito sull'afferenza della doglianza ad un diritto fondamentale non assicura l'esito positivo della domanda giudiziale ma solo il fondamento del diritto alla sua presentazione. Sul punto, cfr. anche M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale*, cit., p. 606, dove l'Autore precisa che «se implicitamente o esplicitamente una domanda afferma di denunciare una violazione di un diritto, il fondamento della domanda è quel diritto e la procedura va attivata. La domanda sarà poi ritenuta infondata, ma la procedura giurisdizionale è doverosa perché il condannato ha lamentato la lesione di un diritto».

2.1. (Segue) *Quali diritti. L'opera giurisprudenziale nell'individuazione del patrimonio intangibile dei diritti e delle facoltà del detenuto e dell'internato.*

Alla consapevolezza di potersi affidare alle categorie di diritto positivo solo in quanto criterio selettivo-orientativo per il fondamento dell'istanza di reclamo giurisdizionale, segue inevitabilmente una modifica dell'approccio alla materia. Riassumendo: si è detto che dal virtuale insieme che raccoglie tutte le pretese di detenuti e internati devono essere filtrate ed escluse – oltre a quelle sorte nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale e a quelle che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale¹⁰¹ – quelle riconducibili a mere aspettative di fatto¹⁰²; tra le risultanti vi saranno delle pretese che afferiscono direttamente ai diritti inviolabili dell'ordinamento (ma non solo) e che, sebbene non indicative della fondatezza della domanda, legittimano comunque il detenuto e l'internato al reclamo di cui all'art. 35-bis ord. penit.

Ma come orientarsi nella selezione delle pretese che, pur non traendo esplicitamente giustificazione da diritti fondamentali, dovrebbero comunque legittimare il detenuto e l'internato all'istanza di cui all'art. 35-bis ord. penit.? Infatti, la scelta del legislatore di ancorare la tutela giurisdizionale ad una formula così generica – quale quella del pregiudizio «all'esercizio dei diritti» –, rende impossibile accontentarsi del parametro della “protezione costituzionale”: ed infatti, se l'intento della norma fosse stato quello di concedere una tutela giurisdizionale esclusivamente alle lesioni maturate all'interno dei diritti fondamentali, probabilmente la formula della lett. b sarebbe diversa, più specifica (troveremmo scritto, ad esempio, un *pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali*, o dei *diritti inviolabili*). Peraltro, anche se così fosse, la stessa Corte ne avrebbe già minato il significato con la citata sentenza del 1999, che ha riconosciuto meritevoli di tutela non solo i diritti sanciti dalla Costituzione ma anche quelli che traggono giustificazione da fonti sott'ordinate¹⁰³.

Per individuare questo parametro incognito pare utile analizzare l'opera giurisprudenziale. Attraverso tale studio si potrà così, da un lato fotografare lo stato dell'arte in materia di diritti, e dall'altro ipotizzare prospettive future di tutela¹⁰⁴. Sino a oggi, è stato riconosciuto rango di diritto alle pretese di detenuti e internati concernenti: 1) colloqui visivi e telefonici¹⁰⁵; 2) non subire perquisizioni ingiustificate¹⁰⁶; 3)

¹⁰¹ Vedi, *supra* nota 88.

¹⁰² Dove *ADI* sono *tutte le aspettative* di detenuti e internati, *ADF* sono le *aspettative di mero fatto* e *b* è il nostro *secondo assioma fondamentale*, potremmo quindi costruire la formula: $b = ADI - ADF$.

¹⁰³ Vedi *supra*, nota 68.

¹⁰⁴ Dove *DR* sono i *diritti ai quali la Corte ha già riconosciuto rango primario* e *b* il *secondo assioma fondamentale* potremmo elaborare un'ulteriore formula: $b - DR = (Xb)$ e dunque $b = DR + (Xb)$. Quest'ultimo parametro coincide con i diritti che non sono ancora stati riconosciuti dalla Corte. È un parametro multiforme e variabile, nello spazio e nel tempo, che, a differenza delle pretese già isolate dalla Corte (*DR*, che oltre al fondamento della domanda di reclamo, teoricamente ne assicurano anche la fondatezza, *infra* nota 120), include dei diritti che, pur non assicurando la fondatezza del reclamo, legittimano comunque l'istanza *ex art. 35-bis ord. penit.*

¹⁰⁵ Tale diritto, posto a fondamento della nota sentenza Cass., 26 febbraio 2003, Gianni, cit., è stato poi riconosciuto meritevole di tutela giurisdizionale anche in Cass., 29 novembre 2011, Panaro, in *C.e.d.*, 251419. Tuttavia, la Suprema Corte, in ragione del necessario bilanciamento con le esigenze proprie

non essere sottoposto a videosorveglianza per tutto l'arco della giornata¹⁰⁷; 4) incontrare un ministro di culto religioso¹⁰⁸; 5) ricevere pubblicazioni periodiche¹⁰⁹; 6) ve-

della detenzione, ha giustificato talune limitazioni alla libertà di colloquio: *a*) nelle modalità di svolgimento – ad esempio in tema di colloqui visivi tra minori (figli o nipoti) di età inferiore a dodici anni e detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., dove la Corte ha riconosciuto legittimo il divieto di assistervi da parte di altri familiari adulti per la porzione di tempo che si svolge in assenza di vetro divisorio, in quanto il diritto soggettivo al colloquio «cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica» (Cass., 11 giugno 2011, Ministero della giustizia in proc. Pariante, in *C.e.d.*, 260357; conforme Cass., 4 giugno 2014, Licciardi, in *C.e.d.*, 260808) –; *b*) quanto al numero – ad esempio, in tema di colloqui per i condannati per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., che in ossequio agli artt. 37 comma 8 e 39 comma 2 reg. esec. prevedono un regime differenziato per esigenze di sicurezza pubblica (Cass., 19 febbraio 2002, p.m. in proc. Castellana, in *C.e.d.*, 221687) –. Tuttavia, la Corte costituzionale (Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143) ha recentemente dichiarato l'illegittimità dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit., per violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit. In particolare è stato denunciato come tali limitazioni determinino una ingiustificabile «compressione del diritto ai colloqui in modo automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale» anche in relazione alla «giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale la limitazione dei contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato può avvenire solo se assolutamente necessaria». Ne consegue che «nelle operazioni di bilanciamento non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango, cosa che *prima facie* non è ravvisabile nel caso di specie».

¹⁰⁶ Cass., 3 febbraio 2004, Zagaria, in *C.e.d.*, 227517. Cfr. anche Cass., 10 luglio 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 262852, dove la Suprema Corte ha specificato che non rientra nel nucleo protetto dall'ordinamento, e dunque non è lesivo di un diritto soggettivo del detenuto, il metodo della cd. alzata dei piedi.

¹⁰⁷ Cass., 24 novembre 2009, Lo Piccolo, in *C.e.d.*, 245969, dove la Corte, pur censurando gli altri motivi di ricorso, ha sottolineato come la sottoposizione a videosorveglianza nell'intero arco della giornata (ivi compresi i momenti in cui il detenuto utilizza la toilette) – propria del cd. circuito E.I.V. (elevato indice di vigilanza) – si ponga in contrasto «sia con l'art. 3 della CEDU, che vieta i trattamenti degradanti, sia dell'art. 8 della CEDU, che riconosce solennemente il diritto della persona umana alla sua vita privata, nozione questa che va intesa fino a ricomprendervi i momenti di intimità personale fruibili altresì da parte dei detenuti, sia dell'art. 27 co. 2 della nostra Carta Costituzionale, che vieta trattamenti detentivi contrari al senso di umanità» e pertanto sia consentita solo in casi di assoluta necessità (come ad esempio quando volta a prevenire atti di autolesionismo).

¹⁰⁸ Cass., 8 marzo 2011, D'Oronzo, in *C.e.d.*, 250506. Seppure indirettamente (nei termini già analizzati *supra*, nota 99) anche Cass., 25 settembre 2013, Romano, cit.

¹⁰⁹ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit., in cui la Corte ha riconosciuto lesivo di un diritto soggettivo del detenuto il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria che non consentiva di ricevere in istituto riviste in ragione del loro contenuto asseritamente osceno. Cfr. anche Cass., 2 luglio 2014, Li Bergolis, in *C.e.d.*, 261715, dove la Corte ha ritenuto legittimo il divieto (imposto ai sensi dell'art. 18-*ter* ord. penit., ad un detenuto sottoposto al regime di detenzione speciale) di ricevere giornali riportanti la cronaca della sua zona di provenienza, «qualora tale provvedimento, lungi dal comprimere in modo assoluto il fondamentale diritto all'informazione, comunque assicurato dalla ricezione della stampa nazionale, sia giustificato da esigenze di sicurezza pubblica per impedire che la consultazione della stampa locale possa fungere da canale di collegamento con l'esterno al fine di dialogare con il sodalizio criminale di appartenenza». Nello stesso senso, Cass., 27 settembre 2013, p.m. in proc. Cesarano, in *C.e.d.*, 257299, dove la Corte non ha ritenuto in contrasto con i diritti di informazione e libera circolazione delle idee una limitazione all'acquisto e alla detenzione di libri e materiale di stampa in cella «per ragioni di salvaguardia del bene della sicurezza pubblica, egualmente di rango costituzionale» e Cass., 12 dicembre 2012, Aparo, *ivi*, 255489, dove non è stato riconosciuto un diritto soggettivo del detenuto alla ricezione di una rivista giuridica tramite abbonamento o contenuta nel cd. pacco colloquio (pacco consegnato al detenuto durante il colloquio con i familiari).

dere determinati canali televisivi¹¹⁰; 7) accedere, in presenza dei requisiti dettati dalla legge n. 40 del 2004, alle pratiche di procreazione medicalmente assistita¹¹¹; 8) richiedere l'allocazione in una cella per non fumatori¹¹²; 9) intrattenere una libera corrispondenza con familiari e difensore¹¹³; 10) non subire condizioni detentive inumane e degradanti (fenomeno del cd. sovraffollamento carcerario)¹¹⁴.

¹¹⁰ Corte cost. 7 giugno 2013, n. 135, cit., dove la Corte, pur chiamata a dirimere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (sorto a seguito del provvedimento del Ministro della giustizia datato 14 luglio 2011 con il quale era stato disposto di non dare esecuzione ad un'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Roma del 9 maggio 2011, n. 3031), ha ritenuto che l'oscuramento dei canali Rai sport e Rai storia integrasse una lesione del diritto fondamentale all'informazione (quale espressione dell'art. 21 Cost.). Tuttavia, cfr. Cass., 23 settembre 2013, Gullotti, in *C.e.d.*, 257473 e Cass., 27 settembre 2012, p.g. in proc. Gullotti, *ivi*, 254070, dove la Suprema Corte ha ritenuto conforme allo scopo e non lesivo del diritto allo studio (e alla rieducazione), (nel primo caso) il provvedimento con cui la direzione dell'istituto impone al detenuto in regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. l'acquisto di libri o periodici tramite specifici canali e stabilisce limiti all'accumulo dei testi in cella, e (nel secondo caso) il divieto di utilizzo di una radio in cella, onde evitare ogni contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza.

¹¹¹ Cass., 30 gennaio 2008, Madonia, cit. *Contra*, Cass., 10 maggio 2007, Garozzo, in *C.e.d.*, 236663, dove la Corte aveva invece rilevato che «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non rientra nella nozione di profilassi e cura della salute». Vedi *supra*, nota 70.

¹¹² Cass., 12 dicembre 2014, Gambardella, in *C.e.d.*, 262262, dove la Corte ha dichiarato che la richiesta del detenuto di essere allocato in una cella per non fumatori è di per sé collegata alla tutela del diritto alla salute, e dal relativo pregiudizio è dunque riscontrabile un'indebita compressione di un diritto soggettivo riconosciuto al detenuto. Tale pronuncia si preoccupa di affermare con tenore imperativo il diritto soggettivo del non fumatore, a dispetto di quanto prescritto dall'art. 6 comma 7 reg. esec., che, sebbene in un chiaro indice di favore legislativo quantomeno per le celle differenziate tra fumatori e non fumatori, costruisce tale separazione subordinandola a valutazioni organizzative («Se le condizioni logistiche lo consentono, sono assicurati reparti per non fumatori»). Cfr. anche Mag. sorv. Padova, 27 giugno 2002, in *Rass. penit. e criminologica*, 2003, I-II, p. 339: «Negli istituti di pena, la ripartizione dei detenuti nelle celle dovrà essere effettuata riservando, ove possibile, reparti separati ai non fumatori, o quantomeno, celle differenziate. Ove il sovraffollamento dell'istituto non lo consenta, la sistemazione nella stessa cella di soggetti fumatori e non fumatori potrà avvenire in via eccezionale, con effetti limitati nel tempo, e in ogni caso sanzionando espressamente con norme interne il divieto di fumo nelle celle per non fumatori».

¹¹³ In generale, quanto al riconoscimento in capo al detenuto e all'internato di un diritto soggettivo avente il medesimo contenuto e i medesimi limiti del principio di cui all'art. 15 Cost. in tema di libertà di corrispondenza, v. Cass., 20 giugno 2014, Gionta, in *C.e.d.*, 260692. Quanto all'esercizio (e alla limitazione) di tale diritto in riferimento a specifiche forme di corrispondenza, cfr. anche Cass., 27 marzo 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 261191, dove la Corte tuttavia non riscontra nel divieto di utilizzo del metodo "fax to fax" una limitazione della libertà tutelata dall'art. 15 Cost., in ragione del fatto che da tale principio non è ricavabile un diritto soggettivo del detenuto «ad accedere a tutte le forme di comunicazione»; ma anche, in tema di corrispondenza telefonica, Cass., 21 maggio 2013, Ministero della giustizia in proc. Avignone, *ivi*, 257405, in cui la Corte ha ritenuto legittima l'applicazione della disciplina di cui all'art. 39 reg. esec. – ai sensi della quale sussiste un limite numerico settimanale di colloqui telefonici – anche nei confronti del difensore, rilevando come in tale circostanza non si configuri una violazione del diritto di difesa, in quanto «il detenuto può mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza apposizione di limiti» (conforme, Cass., 14 ottobre 2004, Roccalba, *ivi*, 230094). Non rientra invece nel concetto di corrispondenza – intesa quale «scambio regolare di comunicazioni, specialmente di tipo epistolare» – la trasmissione di pubblicazioni (libri, riviste o altro) «concernenti notizie o espressione del pensiero di soggetti *diversi* rispetto al mittente e/o al destinatario» (Cass., 29 settembre 2014, p.m. in proc. Tarallo, in *C.e.d.*, 261858), ma neppure la spedizione di libri dal detenuto ai propri familiari, in quanto «la normativa primaria contempla espressamente la sola facoltà per il detenuto di ad acquistare e tenere presso di sé i libri» e non anche quella di spedirli all'esterno del carcere (Cass., 3 ottobre 2013, Rotolo, *ivi*, 259177). Infine, quanto all'insussistenza di

Per contro, la Corte ha escluso la qualifica di diritti, negando così la tutela giurisdizionale, alle pretese concernenti: A) la detenzione e ricezione di abbigliamento di lusso nel cd. pacco colloquio¹¹⁵; B) l'assegnazione ad una sezione determinata¹¹⁶; C) la dotazione di acqua calda e docce in cella; D) ottenere copie di un'istanza¹¹⁷; F) ricevere latte caldo come prima colazione¹¹⁸; G) l'inserimento in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura *ex art. 11 ord. penit.*¹¹⁹.

Dall'analisi giurisprudenziale è dunque possibile trarre un punto fermo, un catalogo di situazioni che la Corte ha già riconosciuto meritevoli di tutela giurisdizionale (e che quindi, astrattamente, oltre a legittimare al reclamo, sono anche indicative dell'esito positivo della tutela)¹²⁰: il detenuto che lamenterà al magistrato di sorveglianza una doglianza tra quelle già individuate dalla Suprema Corte, avrà oltremodo la probabilità di muoversi nel campo dei diritti e dunque di soddisfare perlomeno il secondo assioma fondamentale¹²¹. D'altra parte, è evidente che la portata della procedura giurisdizionalizzata non si esaurisce in questo breve elenco. Qui sono raccolti i diritti che la Corte ha già riconosciuto meritevoli di tutela, ma ciò non significa che

un diritto del difensore all'esame della corrispondenza trattenuta dall'amministrazione penitenziaria nel relativo procedimento, v. Cass., 25 gennaio 2011, Triglia, in *C.e.d.*, 249803; conforme, Cass., 23 settembre 2010, Bosti, *ivi*, 248677.

¹¹⁴ Cass., 15 gennaio 2013, Vizzari, in *C.e.d.*, 254271. Oltre alla Suprema Corte, anche la giurisprudenza sovranazionale e quella costituzionale hanno evidenziato il diritto del detenuto a non subire il trattamento inumano e degradante derivante dal sovraffollamento, vedi *infra* note 130 e 132.

¹¹⁵ Cass., 15 novembre 2013, Attanasio, in *C.e.d.*, 258398.

¹¹⁶ Cass., 13 ottobre 2013, Abbruzzese, in *C.e.d.*, 257888, secondo cui l'assegnazione del detenuto ad una «sezione riservata della Casa circondariale, essendo quest'ultimo un atto amministrativo adottato per ragioni organizzative dall'amministrazione carceraria, non [è] suscettibile di violare i diritti soggettivi del destinatario e, pertanto, non [è] sindacabile in sede giurisdizionale». Questo sempre che l'assegnazione ad una sezione piuttosto che a un'altra non si traduca nella lesione di veri e propri diritti soggettivi del detenuto. Conformi, Cass., 16 ottobre 2008, Bidognetti, in *C.e.d.*, 241563; Cass., 24 ottobre 2007, Musumeci, *ivi*, 238842; Cass., 4 ottobre 2007, Zagaria, *ivi*, 237749; Cass., 3 febbraio 2004, Paziienza, *ivi*, 228836.

¹¹⁷ Cass., 21 maggio 2008, Renna, in *C.e.d.*, 239885. Il reclamo rigettato aveva ad oggetto diversi provvedimenti. Oltre alla richiesta di ottenere copia di un'istanza e di dotare la cella di acqua calda e docce di cui si è dato conto nelle lettere C) e D), il ricorrente aveva lamentato la mancata rimozione di un pannello posto sulle finestre della cella, la presenza di freddo durante la stagione invernale, la mancanza di pulsanti per l'illuminazione artificiale, la mancanza di un campanello per le chiamate di emergenza e il divieto di tenere in cella due dipinti raffiguranti padre Pio. Doglianze, queste, che «non attengono ai diritti soggettivi del condannato».

¹¹⁸ Cass., 12 dicembre 2012, Lorusso, in *C.e.d.*, 255490.

¹¹⁹ Cass., 7 aprile 2015, Bindi, in *C.e.d.*, 264292, dove la Corte ha esplicitato che «gli indicati provvedimenti hanno carattere amministrativo, inerente alle modalità della detenzione, ma non incidente sulla libertà personale del soggetto, che il rimedio introdotto dall'art. 35 bis ha riguardo ai diritti di cui all'art. 3 della CEDU, e che per la tutela dell'integrità fisica del detenuto l'ordinamento prevede l'istituto del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena».

¹²⁰ Infatti, questi diritti specifici già riconosciuti dalla Suprema Corte soddisfano non solo i requisiti richiesti per legittimare la proposizione della domanda, ma anche quelli per il suo accoglimento. In altri termini in questi specifici casi il detenuto e l'internato non solo potranno legittimamente proporre reclamo di cui all'art. 35-bis ord. penit., ma, stante la coincidenza tra il caso concreto e quello già vagliato dalla Corte, dovrebbero anche poter confidare sul medesimo esito positivo dell'istanza.

¹²¹ Chiaramente, a ciò devono accompagnarsi gli altri assiomi fondamentali: deve essere denunciata l'inosservanza della normativa penitenziaria da parte dell'amministrazione (primo assioma fondamentale) e la lesione subita deve essere grave e attuale (terzo assioma fondamentale).

non ve ne siano di ulteriori. In una prospettiva che guardi al futuro si potrebbero quindi indagare altri traguardi di garanzia che, sebbene non ancora sottoposti all'attenzione giurisprudenziale, rientrerebbero nella categoria dei diritti protetti dal meccanismo di cui agli artt. 69 comma 6 lett. *b* e 35-*bis* ord. penit.¹²². Ma come individuare un parametro che per natura è variabile e multiforme? Una strada potrebbe essere quella di ipotizzare dei principi “contenitore” – di declinazione costituzionale – che includano le varie pretese già confermate dalla giurisprudenza ma che in esse non si esauriscano¹²³. Creando questi “contenitori” costituzionali ed analizzandone le peculiarità, si potrà poi presumere che altri diritti ivi ricompresi, perché simili a quelli già analizzati, anche se non traggono direttamente giustificazione dalla Costituzione, saranno comunque meritevoli di tutela giurisdizionale. In altri termini, questi principi-contenitore garantirebbero l'accesso al reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. non solo alle pretese protette dalla Costituzione in via immediata (ossia alle aspettative che il detenuto matura in ragione della lesione ad un principio espressamente prescritto dalla Carta) ma anche a quelle che, apparentemente legate a norme di rango secondario, siano il riflesso o la conseguenza di un pregiudizio recato ai valori fondamentali.

Stante la sua oggettiva posizione di supremazia, il primo posto tra i principi-contenitore è occupato dalla dignità personale. D'altra parte, l'importanza di tale concetto è suggerita sin dalla legge n. 354 del 1975 che – come già si è avuto modo di constatare – nel primo comma dell'art. 1 richiede che il trattamento penitenziario sia attuato assicurando «il rispetto della dignità della persona»¹²⁴. Il valore della dignità umana è, infatti, immune da qualsiasi riduzione e svincolato dal giudizio di bilanciamento, in quanto ragione essenziale per una detenzione informata al concetto di legalità. Per tale ragione, l'affermazione per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla

¹²² Riprendendo quanto detto nelle note 102 e 104, potremmo spingerci alla creazione di una nuova formula complessa: $ADI - ADF = DR + (Xb)$ e dunque $(Xb) = (ADI - ADF) - DR$. Indagando le *posizioni non ancora riconosciute* dalla Corte (Xb) ricaveremo un insieme di diritti che consentono al detenuto e all'internato di proporre legittimamente reclamo attraverso la procedura di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

¹²³ In proposito, una ricostruzione molto convincente è espressa da E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit. p. 222, dove l'Autrice, partendo dal testo costituzionale, suddivide le posizioni soggettive valorizzando da un lato il combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost., e, dall'altro, il tenore dell'art. 27 comma 3 Cost. In questa prospettiva, cfr. già A. PENNISI, *Diritti*, cit., capitoli I e II. Una diversa classificazione (seguita da D. NOTARO, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti*, Pisa 9-10 novembre 2012, Giappichelli, 2013, p. 46) propone una distinzione tra diritti intangibili e diritti tangibili del detenuto, identificando nei secondi le pretese che non possono sfuggire ad una compressione derivante dall'esecuzione detentiva della pena e rispetto ai quali il detenuto conserva un margine di tutela limitato al giudizio di bilanciamento con «l'interesse pubblico all'esercizio della potestà punitiva».

¹²⁴ V. GREVI- F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, *Sub Art. 1 ord. penit.*, cit., p. 3. Cfr. anche, G. SILVESTRI, *La dignità*, cit., dove l'Autore definisce il principio della dignità umana come «il “punto archimedeo” di tutto il sistema costituzionale dei diritti». Nella stessa direzione si muovono anche le Regole penitenziarie europee che, nel Preambolo (cpv. IV), pur riaffermando un necessario bilanciamento con gli imperativi di sicurezza interna ed esterna, impongono al contempo la garanzia di «condizioni detentive che non ledano la dignità della persona».

Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca»¹²⁵ non pare coinvolgere negativamente il diritto alla dignità umana, ma solo positivamente, nel senso che tutti gli altri diritti traggono in esso giustificazione e fondamento: il valore della dignità personale non è limitabile per effetto del bilanciamento con le esigenze di ordine e sicurezza, in quanto è esso stesso «la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità»¹²⁶.

Infatti, più che un diritto autonomo, la dignità umana pare spesso atteggiarsi quale parametro di riferimento per la valutazione del contenuto minimo ed inviolabile di libertà che devono essere riconosciute a detenuti e internati. Proprio la sua morfologia aperta ha nel tempo reso possibile l'ingresso nel nostro ordinamento di varie garanzie di seconda e terza generazione, che, insieme a essa, rappresentano oggi il paradigma di riferimento della materia penitenziaria. Ad esempio, la dignità personale viene in gioco unitamente al concetto di integrità psicofisica in tema di perquisizioni personali¹²⁷ e di procreazione medicalmente assistita¹²⁸, dove anche la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la protezione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'incidenza sul diritto alla vita privata¹²⁹; ma anche in tema di limitazioni conseguenti all'inserimento nel circuito E.I.V. e di condizioni di detenzione inumane e degradanti, dove alla tutela dell'art. 8 CEDU si aggiunge quella dell'art. 3 CEDU¹³⁰. Non v'è dubbio, infatti, che

¹²⁵ Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85. Cfr. anche Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*, da cui emerge che «La tutela dei diritti inviolabili deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro».

¹²⁶ G. SILVESTRI, *La dignità*, cit. In questo senso converge anche Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit., dove la Corte, riferendosi al giudizio di bilanciamento dei diritti diversi dalla dignità personale: «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

¹²⁷ *Supra*, nota 106.

¹²⁸ *Supra*, note 70 e 111.

¹²⁹ Quanto all'incidenza delle perquisizioni personali sul diritto al rispetto della vita privata (Corte eur., 12 gennaio 2010, Gillan e Quinton c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int* e Corte eur., 26 settembre 2006, Wainwright c. Regno Unito, *ivi*), la Corte di Strasburgo ne ha circoscritto l'ammissibilità al riscontro di taluni parametri: 1) la sussistenza di una base legale; 2) la giustificazione in ragione di un obiettivo legittimo; 3) la necessità; 4) la proporzionalità. In due pronunce del 2007, la Corte ha poi affermato che la tutela della vita privata include anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori in senso genetico (Corte eur., 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int* e Corte eur., 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito, *ivi*). In particolare nel caso Dickson, la Corte ha giudicato illegittimo, in relazione all'art. 8 CEDU, il divieto opposto a un detenuto condannato all'ergastolo e alla compagna di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, in ragione della prevalenza, rispetto all'interesse pubblico, del diritto dei coniugi a diventare genitori. Ne emerge una nozione di vita privata decisamente ampia che, non potendosi esaurire nel concetto di "spazio privato" circostante la persona umana, dal valore dell'identità personale si espande sino ad abbracciare il diritto all'intimità ed all'identità personale e sociale.

¹³⁰ Pionieristica in questo senso è Corte eur., 16 dicembre 1997, Raninen c. Finlandia, in *www.hudoc.echr.coe.int*, dove la Corte ha ammesso che condizioni di detenzione che incidono sulla dignità umana e sull'integrità psicofisica del singolo, senza tuttavia raggiungere la soglia minima di gravità richiesta per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, possano comunque attrarre la protezione offerta dall'art. 8 CEDU. Anche in questi casi, tuttavia la prassi indica una chiara tendenza a ritenere doglianze di questo tipo assorbite da quella relativa al divieto di trattamenti inumani e de-

tra le situazioni che possono giustificare l'utilizzo del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. b ord. penit. vi sia anche la violazione dei diritti del detenuto conseguente al fenomeno del cd. sovraffollamento carcerario¹³¹. Come noto, un ruolo fondamentale nell'emersione del problema è stato assunto dalla Corte di Strasburgo, che per prima ha ricostruito una corrispondenza tra l'insufficienza degli spazi detentivi ed una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti¹³². Sulla scia delle pronunce europee è poi arrivato «il severo richiamo della Corte costituzionale»¹³³ che, sebbene concluso con una declaratoria di inammissibilità, ha espressamente confessato il carattere sistemico del sovraffollamento italiano, richiamando l'intervento legislativo: «la violazione del diritto dei ricorrenti di beneficiare di condizioni detentive adeguate non è la conseguenza di episodi isolati, ma trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone»¹³⁴. È proprio

gradanti (cfr. Corte eur., 24 settembre 1992, Herczegfalvy c. Austria, in *www.hudoc.echr.coe.int*, in tema di alimentazione forzata e trattamenti sanitari obbligatori per il paziente detenuto), anche se talvolta la Corte le ha comunque esaminate sotto il profilo dell'art. 8 CEDU (Corte eur., 26 novembre 2009, Dolonec c. Croazia, in *www.hudoc.echr.coe.int*). In sostanza, la Corte pare considerare l'art. 3 CEDU *lex specialis* rispetto all'art. 8 CEDU e applica quest'ultimo quando vengono in rilievo lesioni all'integrità psicofisica della persona o condizioni di detenzione pregiudizievoli ma non abbastanza gravi da costituire tortura o trattamento inumano e degradante ex art. 3 CEDU (Corte eur., 25 marzo 1993, Costello-Roberts c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*); non mancano tuttavia pronunce in cui la Corte ha constatato la violazione di entrambe le disposizioni (Corte eur., 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, in *www.hudoc.echr.coe.int*). In questo senso, particolare attenzione merita il caso della videosorveglianza cd. 24 ore, propria dei circuiti E.I.V. che la nostra Suprema Corte (Cass., 24 novembre 2009, Lo Piccolo, cit., vedi nota 107) ha giudicato contraria agli artt. 3 e 8 CEDU, oltre che all'art. 27 comma 3 Cost., se non giustificata da ragioni di sensibile necessità (come in caso di pericolo di autoleSIONISMO). In generale, la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del regime cd. di carcere duro (art.41-bis comma 2 ord. penit.) ha però evitato di censurare l'istituto nel suo complesso, pur affermando il proprio potere di sindacato su alcuni suoi specifici aspetti applicativi (cfr. Corte eur., 17 settembre 2009, Enea c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*).

¹³¹ In questi termini anche A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, 2014, p. 146.

¹³² Già con la pronuncia del 2009 (Corte eur., 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*), la Corte di Strasburgo aveva evidenziato le inaccettabili sofferenze determinate da condizioni di sovraffollamento carcerario, per poi vietare in termini assoluti qualsiasi forma di trattamento inumano e degradante. Si era poi ribadito che, sebbene la fissazione degli spazi minimi da porre a disposizione dei ristretti non potesse essere operata in termini assoluti (anche se il *Comitato per la prevenzione della tortura* aveva indicato un'area individuale di circa 7 mq.) – in quanto parametro legato a più condizioni, come la quantità di luce ed aria e il numero delle ore trascorse in ambienti comuni – non si sarebbe potuta considerare tollerabile una detenzione in spazi inferiori o pari a 3 mq. *pro capite*. A questa è poi seguita la nota sentenza del 2013 (Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.) che, decidendo sul ricorso di sette dei molti ricorrenti attivatisi dopo la pronuncia Sulejmanovic, ha accertato la violazione dell'art. 3 CEDU e riconosciuto il carattere sistemico di detta violazione secondo lo schema formale della sentenza pilota, richiamando così il legislatore nostrano ad introdurre, entro il termine di un anno (decorrente dal 27 maggio 2013), «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte».

¹³³ D. VICOLI, *Una riforma di fonte giurisprudenziale tra obblighi di tutela e scelte discrezionali*, in F. CAPRIOLI-L. SCOMPARIN, cit., p. 4.

¹³⁴ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 279. Nelle more del termine concesso dalla sentenza Torreggiani, infatti, due Tribunali di sorveglianza – dapprima quello di Venezia (Trb. Sorv. Venezia, ord. 13 feb-

in risposta a tali denunce che il legislatore del d.l. n. 146 del 2013 ha inserito il meccanismo del reclamo giurisdizionale, e dunque una lesione dei diritti assicurati al detenuto conseguente a condizioni detentive intollerabili non solo assurge di diritto tra le pretese legittimate al rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., ma, di fatto, ne costituisce almeno inizialmente la ragione determinante.

Tuttavia, stante i recenti interventi normativi e i tanti accorgimenti proposti da dottrina e giurisprudenza in tema di sovraffollamento carcerario¹³⁵, oggi il tema di indagine più interessante riguarda paradossalmente le *altre* pretese di detenuti e internati, ossia tutte quelle con cui il diritto vivente deve ancora confrontarsi¹³⁶. Sul punto, pare destinato ad attirare l'attenzione abbandonata dal fenomeno del sovraffollamento carcerario il diritto all'affettività, peraltro oggetto di una recente declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale¹³⁷. Il diritto all'affettività trae giustificazione dal principio-contenitore all'integrità psicofisica, protetto a livello costituzionale dall'art. 32 Cost., la cui tutela si propaga in termini sia negativi (come drit-

braio 2013, reperibile in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*) e poi quello di Milano (Trib. Sorv. Milano, ord. 12 marzo 2013, *ivi*, con nota di A. DELLA BELLA, *Sollevata ancora questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*) – avevano sperimentato la strada della sollecitazione diretta alla Consulta, al fine di ottenere una pronuncia additiva che introducesse nel nostro ordinamento un rimedio giurisdizionale. La proposta di censura riguardava la norma che disciplina i casi di rinvio facoltativo (art. 147 c.p.) nella parte in cui non prevede - al fianco dei casi di presentazione di una domanda di grazia, di pena da eseguirsi contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica o di donna con prole di età inferiore a tre anni - «l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità». I parametri costituzionali evocati erano gli artt. 2, 3, 27 comma 3 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 CEDU (come interpretato, ovviamente, dalla Corte di Strasburgo). Ne era seguita una declaratoria di inammissibilità da parte della Corte costituzionale, che, tuttavia, non aveva mancato di sottolineare il fondamento del «bisogno di tutela» espresso dalle ordinanze di rimessione. Sul punto, v. G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it; per le disattese aspettative in termini di sentenza additiva di principio, cfr. D. VICOLI, *Una riforma*, cit., p. 6,

¹³⁵ Per una diagnosi degli interventi successivi alla manifestazione del fenomeno del sovraffollamento, v. F. CAPRIOLI-L. SCOMPARIN, *Introduzione*, cit., p. XIII. Anche la Corte di Strasburgo non ha mancato di sottolineare i risultati positivi ottenuti dallo Stato italiano in attuazione della sentenza Torreggiani, sul punto v. Corte eur., 16 settembre 2014, Stella e altri c. Italia e Corte eur., 16 settembre 2014, Rexhepi e altri c. Italia, entrambe reperibili in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*. Vedi *infra*, note 171 e 172.

¹³⁶ Basti pensare che recentemente la magistratura di sorveglianza bolognese ha accolto un reclamo di cui agli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. in ragione della lamentata carenza di funzionari dell'area pedagogica (un solo responsabile e quattro funzionari), richiamando un intervento dell'amministrazione centrale entro il 30 giugno del 2016 (Mag. Sorv. Bologna, 23 marzo 2016, in www.penalecontemporaneo.it).

¹³⁷ Corte cost. 9 dicembre 2012, n. 301. Precedentemente, Cass., 26 novembre 2008, Rannesi, in *C.e.d.*, 2424237 e Cass., 9 aprile 1992, Guagliardo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1549, dove la Corte ha ritenuto che l'omessa previsione del diritto del detenuto di fruire di momenti da dedicare alla consumazione di rapporti sessuali non configurasse una lesione di un diritto protetto dagli artt. 2, 29 e 31 Cost.

to a non essere curato) che positivi (come diritto a ricevere cure adeguate)¹³⁸. La protezione che il diritto all'affettività riceve dal principio all'integrità psicofisica, tuttavia, non è diretta ma mediata in ragione delle conseguenze che una sua privazione comporta sullo stato di salute e sulla qualità della vita del detenuto. Così, se ci si attendesse strettamente al parametro della costituzionalità, difficilmente si potrebbe legittimare un ricorso *ex art. 35-bis* ord. penit. verso quegli atti che ne hanno impedito al detenuto e all'internato un libero esercizio.

Ma analizzando concretamente i risultati che una negazione dell'affettività ripercuote sulle libertà riconosciute al detenuto in ragione dell'art. 32 Cost. (ma anche dagli artt. 2, 3 e 27 comma 3 Cost.), non pare possibile disconoscere a tale principio la forza propria dei diritti fondamentali. E ciò vale sia quando a venire in gioco è l'affettività intesa quale diritto alla socialità, sia quando ad essere lesa è la sua manifestazione nella sfera della sessualità. Infatti, il diritto all'affettività è declinabile sia in senso lato (come diritto al mantenimento delle relazioni familiari), sia nella sua dimensione particolare, legata all'esercizio della sessualità (più francamente riconducibile al suo carattere fisiologico-individuale). Così, da un lato, impedire al detenuto la conservazione di sani rapporti familiari pregiudicherebbe un elemento fondamentale non solo per la rieducazione in costanza di espiazione ma anche in un'ottica di proficuo reinserimento *post-detentivo* nella società, e dall'altro, obbligarlo all'astinenza sessuale intensificherebbe il numero «dei rapporti a rischio e la contestuale riduzione delle difese sul piano della salute»¹³⁹.

Quanto al primo profilo, l'ordinamento penitenziario predispone una serie di istituti che hanno quale specifico oggetto la salvaguardia, pur nei limiti consentiti dalla detenzione, dei rapporti intercorrenti tra persone legate da vincoli affettivi familiari. Si pensi alle norme in tema di comunicazioni e colloqui (artt. 18 comma 3 e 28 ord. penit. e agli artt. 37 commi 9 e 10 e 39 reg. esec.), a quelle in tema di permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.), e in generale all'art. 15 ord. penit. che tra gli elementi del trattamento indica espressamente il mantenimento «dei rapporti con la famiglia». Tuttavia, se da un lato diversi elementi propendono per un concetto ampio di nucleo familiare – da intendersi in senso sociologico, «tenuto conto della volontà del legislatore di agevolare i rapporti con tutte le persone che abbiano particolari vincoli con il soggetto»¹⁴⁰ – dall'altro, l'oggetto della tutela pare limitato alla «gestione della crisi»

¹³⁸ Cass., 8 marzo 1994, p.m. in c. Tana, in *C.e.d.*, 197204, secondo cui la potestà punitiva dello Stato trova un limite nella salvaguardia del diritto alla salute, che può essere declinato in termini sia positivi sia negativi – ossia, rispettivamente, come diritto a ricevere cure adeguate ma anche a non essere curato – (Cass., 29 maggio 2002, Voltezzani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1945). Vedi anche *supra*, nota 112.

¹³⁹ Sulle ricadute che la negazione di un normale sviluppo della sfera affettiva e sessuale comporta sull'integrità psicofisica del recluso, cfr., Mar. sorv. Firenze, ord. 23 aprile 2012, n. 1476, reperibile in www.penalecontemporaneo.it, dove il Magistrato di Sorveglianza fiorentino rileva un rapporto di consequenzialità tra l'astinenza obbligata e le pratiche non solo di masturbazione ma anche di omosessualità indotta all'interno del carcere.

¹⁴⁰ In questi termini, v. la Circolare del D.A.P. datata 8 luglio 1998, n. 3478, emanata al fine di «compiere una ricognizione delle regole operanti in materia» e «di favorire una rapporto migliore dei detenuti con l'ambiente esterno e, in particolare, con quello familiare». Da tale circolare emerge un concetto di nucleo familiare decisamente ampio: ad esempio, in tema di legittimazione al colloquio, vengono

che l'allontanamento del soggetto reca alle sue relazioni affettive, più che alle necessità del detenuto¹⁴¹. Infatti, all'attenzione che il legislatore ha riservato all'affettività nella sua dimensione sociale, non è seguita una compiuta presa di posizione in tema di tutela dell'intimità¹⁴². Nessun diritto – ma neppure nessun divieto – è previsto quanto alla gestione della pratica sessuale in carcere, e dunque l'indagine dell'interprete non può che svilupparsi «soprattutto con riferimento alla disciplina concreta dell'esercizio della detta facoltà»¹⁴³. Nell'attesa di un intervento legislativo in materia¹⁴⁴, la questione della sessualità in carcere deve quindi districarsi tra i bene-

ammessi parenti e affini entro il quarto grado di parentela, con talune limitazioni soggettive quanto ai colloqui con detenuti di particolare pericolosità (tra cui quelli sottoposti al regime differenziato), che possono essere effettuati da parenti entro il terzo grado. Si noti che qui è fornita anche una specificazione del concetto di persone conviventi: «le persone che coabitano col detenuto prima della carcerazione» (come già affermato precedentemente dalla Circolare 8 maggio 1988, n. 3264/5714), «senza attribuire alcuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti col detenuto medesimo (*more uxorio*, di amicizia, etc.)». È questa una lettura condivisa anche dalle *Regole penitenziarie europee* che, al n. 24, ne forniscono una interpretazione estensiva «in modo da inglobarvi la relazione che il detenuto ha stabilito con una persona che può essere comparata a quella con i membri della sua famiglia quand'anche la relazione non sia stata formalizzata». Sulla medesima linea si pone la giurisprudenza di merito, sempre più incline a favorire una gestione non punitiva dei rapporti affettivi. Cfr., Mag. sorv. Vercelli, decr. 24 ottobre 2006, in *www.personaedanno.it* dove è stato riconosciuto il diritto di visita all'animale domestico proprio in ragione del rapporto d'affezione.

¹⁴¹ F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. merito*, 2013, V, p. 974, dove l'Autore prende atto della limitata area di tutela delle relazioni familiari, «che, nell'ambito del diritto penitenziario, sembra non essere assicurata, per così dire, “a tutto campo”; bensì focalizzata [...] alla gestione della crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare; e l'esigenza di rendere possibile il mantenimento del rapporto con i figli, specie se in età minore».

¹⁴² In realtà, qualche tentativo in questa direzione era stato promosso già nel corso dei lavori preparatori del vigente reg. esec., dove era stata introdotta una particolare forma di permesso (riconducibile all'istituto della visita di cui all'art. 61 reg. esec.) che avrebbe consentito a detenuti e internati di trascorrere con i propri familiari un periodo di tempo (fino a ventiquattro ore continuative) in alcune unità abitative appositamente predisposte all'interno dell'istituto, limitando il controllo del personale di polizia penitenziaria alla sola sorveglianza esterna dei locali (con la possibilità di effettuare controlli all'interno solo in presenza di situazioni di emergenza). Tuttavia, tale soluzione era parsa inattuabile attraverso la fonte regolamentare: il Consiglio di Stato (in data 17 aprile 2000), chiamato a fornire un parere sul regolamento, aveva ritenuto che, stante l'incompatibilità con le modalità di controllo previste dall'art. 18 comma 2 ord. penit., una tale scelta normativa avrebbe richiesto l'intervento del legislatore. Infatti, in mancanza di una ricostruzione legislativa attraverso la disciplina dei permessi, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno considerare gli stessi alla stregua di colloqui, rilevando così la frizione rispetto all'art. 18 comma 2 ord. penit. che impone il controllo a vista del personale di custodia, e di conseguenza stralciando la proposta dal testo definitivo del regolamento. A tale tentativo, si aggiungono diverse proposte di legge, promosse al dichiarato fine di «garantire il diritto all'affettività in carcere intesa in senso ampio: dalla sessualità, all'amicizia e al rapporto familiare. Un diritto all'affettività che sia, in primo luogo, diritto ad avere incontri, in condizioni di intimità, con le persone con le quali si intrattiene un rapporto di affetto» (da ultimo, *Proposta di legge n. 1762*, su iniziativa dei deputati Zan, Daniele Farina, Pellegrino, Piazzoni, Aiello, Nicchi, Costantino, Duranti, Melilla, Ricciatti, Kronbichler, Bruno Bossio, Coccia, Crivellari, Di Lello, Fitzgerald Nissoli, Galan, Marzano, Narduolo e Relacci, in *Atti parlamentari. XVII Legislatura*, presentata il 4 novembre 2013). In dottrina, in molti hanno rinvenuto nella mancata previsione delle cd. visite coniugali uno dei limiti più evidenti della nostra legislazione penitenziaria: per tutti, v. A. PENNISI, *Diritti*, cit., p. 175.

¹⁴³ F. FIORENTIN, *Detenzione*, cit., p. 979.

¹⁴⁴ Intervento auspicato anche dalla Consulta in Corte cost. 9 dicembre 2012, n. 301, cit., dove la Corte, sebbene celata dietro una dichiarazione di inammissibilità del ricorso, evidenzia «un'esigenza reale

fici penitenziari e gli istituti già predisposti alla tutela di altri valori, come i permessi premio e i colloqui. Istituti che, tuttavia, se calati nell'ambito riservato all'affettività, non si presentano sufficientemente adeguati: quanto ai colloqui, la sorveglianza a vista degli operatori penitenziari rende alquanto impensabile un libero esercizio dei connotati minimi propri del rapporto affettivo¹⁴⁵; e quanto ai permessi, sebbene l'art. 30-ter ord. penit. garantisca il ritorno nei propri ambiti personali e la conseguente espressione della sessualità in una situazione di libertà, la limitata fruibilità dell'istituto in termini soggettivi e oggettivi non pare garantirne una sufficiente applicabilità¹⁴⁶. In conclusione, la tutela dell'affettività – nel suo duplice significato di socialità e sessualità – pare oggi un tema di stringente attualità e diversi elementi ne evidenziano il crescente interesse. È infatti sempre maggiore il numero degli Stati europei che riconoscono nell'intimità un vero e proprio diritto assegnato al detenuto¹⁴⁷.

e fortemente avvertita, [...] di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale». In dottrina, recentemente si è richiamato l'intervento legislativo, prospettando la previsione dei cd. "permessi d'amore" (A. CIAVO-LA, *Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, II, p. 95), ovvero soluzioni intramurarie, attraverso la predisposizione di appositi locali e l'introduzione di una disciplina che individui le ipotesi nelle quali consentire i contatti a scopo sessuale e che precisi, oltre a frequenza, durata e modalità comportamentali (B. GIORIS, *Sessualità e carcere*, in *Legisl. pen.*, 2013, I, p. 238), se la facoltà di tali contatti possa avvenire solo nell'ambito delle cd. *conjugal visits*, o possa avere portata più ampia (F. FIORENTIN, *Detenzione*, cit., p. 979).

¹⁴⁵ Il Magistrato di Firenze (Mag. sorv. Firenze, ord. 23 aprile 2012, n. 1476, cit.) aveva infatti sottolineato nella richiesta di intervento alla Corte costituzionale la circostanza che l'obbligatorio controllo visivo del personale di custodia sui colloqui di fatto impedisse la piena esplicazione del diritto all'affettività di cui la sfera sessuale costituisce imprescindibile modalità espressiva. Quanto alla conformità alla Convenzione, la Corte di Strasburgo ha ammesso che i provvedimenti che limitino la frequenza dei colloqui concessi ai detenuti, con familiari o altre persone, o disciplinino in modo restrittivo le modalità del loro svolgimento, anche per effetto di un particolare regime detentivo, astrattamente possono costituire un'ingerenza nel diritto garantito all'art. 8 CEDU (Corte eur., 19 giugno 2007, Ciorap c. Moldavia e Corte eur., 11 luglio 2006, entrambe in *www.hudoc.echr.coe.int*). Eventuali limitazioni possono essere tuttavia inquadrate nelle finalità di difesa dell'ordine e della sicurezza pubbliche (Corte eur., 28 settembre 2000, Messina c. Italia, cit.). La proporzionalità delle misure dipende dalla loro portata e durata, sicché un divieto assoluto di colloqui può giustificarsi esclusivamente a fronte di circostanze eccezionali (Corte eur., 28 novembre 2002, Lavents c. Lettonia, in *www.hudoc.echr.coe.int*). Le esigenze di sicurezza possono inoltre giustificare l'imposizione di una separazione fisica del detenuto dai visitatori (Corte eur., 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, in *www.hudoc.echr.coe.int*). Per un raffronto con la giurisprudenza interna, vedi *supra* nota 105.

¹⁴⁶ La normativa in tema di permessi premio di cui all'art. 30-ter ord. penit., infatti, è dedicata esclusivamente ai condannati. Ma anche tra questi, la disciplina è diversificata nei tempi e nei modi di accesso, sul punto v. F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-ter ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 360-361. Cfr., Cass., 26 novembre 2008, Rannesi, cit., dove, secondo la Suprema Corte, non esiste un divieto assoluto di tutela dell'esigenza affettiva e umana avanzata dal ricorrente, ma occorre che i detenuti versino nelle condizioni di poter beneficiare della misura e «sussistendo lo strumento giuridico per beneficiare della possibilità di incontrare i familiari nell'ambiente domestico», non è possibile censurare una norma che ha come scopo «ben altro che non un'esigenza naturale ed affettiva, sacrificata per lo stato di detenzione». Nella disciplina comunitaria, il rifiuto di un permesso esterno per eccezionali motivi (come la volontà di visitare un prossimo congiunto che versi in malattia) costituisce un'ingerenza nell'art. 8 CEDU, giustificabile solo se il rifiuto, di fatto, non impedisca il contatto con la persona interessata (Corte eur., 18 ottobre 2005, Schemkamper c. Francia, in *www.hudoc.echr.coe.int*). Tuttavia, quanto ai permessi coniugali, v. *infra*, nota 146.

¹⁴⁷ Nel documento di accompagnamento alle *Regole penitenziarie europee* si fa accenno ai vari paesi che hanno riconosciuto un diritto all'affettività-sessualità. Diversificando in relazione alle misure adot-

Tale movimento di riforma è accolto con favore anche dalla Corte di Strasburgo che, pur escludendo (per ora) un obbligo effettivo a carico dei membri, in diverse pronunce ne ha manifestato apprezzamento¹⁴⁸. La lenta affermazione del diritto all'affettività nella sua interezza sembra quindi percorrere una direttrice ben definita – che nonostante sia stata recentemente ostacolata dalla Corte costituzionale – con tutta probabilità porterà a includere tra le ipotesi di reclamo giurisdizionale anche la negazione dei rapporti d'intimità *intra moenia*.

Accanto all'integrità psicofisica – anche declinata quale libera espressione dell'intimità fisica – al detenuto deve essere riconosciuta la libertà di agire in coerenza con le proprie intime e radicate convinzioni. Tale valore va inteso – in evidente assonanza con il principio promosso dall'art. 9 CEDU – a tutela della libertà di pensiero, di coscienza e religione¹⁴⁹. È questo l'esempio più significativo dell'efficacia della distinzione in principi-contenitore: la libertà di agire secondo coscienza, tradizionalmente legata al problema della tutela della libertà religiosa in carcere¹⁵⁰, oggi vanta

tate, e a mero titolo di esempio, alcuni Stati hanno puntato sull'allestimento di zone o appartamenti in cui i detenuti (in particolare quelli condannati a pene di lunga durata) possono incontrare i propri cari (così in Germania, Olanda, Danimarca, Norvegia, Finlandia, Francia, Belgio, Svizzera e in alcuni paesi dell'Est Europa), altri hanno invece implementato l'istituto del colloquio non controllato, prolungandolo in termini di durata e di frequenza (così in Croazia, Albania e Spagna).

¹⁴⁸ In riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU, cfr. Corte eur., 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito, cit.; Corte eur., 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur., 22 ottobre 1997, E.L.H. and P.B.H. c. Regno Unito, *ivi*.

¹⁴⁹ La tripartizione utilizzata dalla Convenzione ricalca l'art. 18 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, sul dibattito antecedente alla sua introduzione, C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford University Press*, 2001, p. 222, reperibile anche in *www.ejil.org*. La libertà di pensiero, coscienza e religione è garantita anche dal *Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite* (1996).

¹⁵⁰ L'affermazione e la concreta attuazione del diritto alla libertà di culto è un tema che ha radici lontane ma che presenta ancora oggi numerose zone d'ombra, dovute all'impossibilità di rintracciare nell'ordinamento penitenziario una perfetta identità tra il regime di garanzia dei detenuti di fede cattolica e il regime di quelli professanti le altre religioni. È un tema, peraltro, destinato ad emergere concretamente con sempre maggiore frequenza, in ragione dei recenti flussi migratori che inevitabilmente hanno accresciuto anche la popolazione carceraria con soggetti provenienti da altre culture ed appartenenti alle più varie fedi religiose. Nel nostro ordinamento, la libertà di culto era intesa tradizionalmente non tanto quale diritto del singolo a soddisfare le proprie esigenze spirituali, quanto più come strumento per la rieducazione del reo, con finalità di sorveglianza e custodia. All'alba del reg. esec. del 1931, infatti, alla religione era assegnato un valore di assoluto rilievo, ma in una accezione del tutto differente rispetto a quella attuale (Cfr. F. SIRACUSANO, *Sub Art. 26 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 314). La sua tutela infatti era il riflesso della concezione che attribuiva alla mancanza di religiosità la valenza di fattore eziologico della criminalità (G. DI GENNARO- R. BREDI- R. LA GRECA, *Ordinamento*, cit., p. 167). Solo con la legge penitenziaria n. 354 del 1975, la libertà di culto assume un contenuto nuovo e incentrato sulla dignità del singolo, assurgendo così a vero e proprio elemento di trattamento ex art. 15 ord. penit., rispetto al quale, ai sensi dell'art. 1 ord. penit., vige un divieto assoluto di discriminazione. Il trattamento penitenziario abbandona così il compito di favorire l'accostamento del detenuto alla religione, acquisendo quello di garantire a chi è già credente la libertà di praticare e professare la propria confessione. E infatti, «il tenore di vita del detenuto nelle funzioni religiose» non rappresenta più un elemento di valutazione della buona condotta (F. SIRACUSANO, *Sub Art. 26 ord. penit.*, cit., p. 315). Al riconoscimento della libertà di culto si rapporta un dovere dell'amministrazione di predisporre gli strumenti per renderne operativo l'esercizio. A tal fine la Circolare del D.A.P. 25 maggio 2001, n. 3553/6003, ad esempio, dispone che, quanto alla religione cattolica, deve essere assicurata la celebrazione dei riti di culto, che l'arredo dei

connessioni con numerosi diritti, come il diritto all'alimentazione¹⁵¹, all'istruzione¹⁵², all'informazione¹⁵³ e alla riservatezza¹⁵⁴.

Infine, a tutti i diritti potenzialmente riconducibili ai principi-contenitore si aggiunge quello alla difesa e alla giurisdizione, che ne è al contempo pari – in quanto anch'esso suscettibile di essere leso da atti illegittimi dall'autorità penitenziaria – e ragion d'essere, poiché non vi può essere «una posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere»¹⁵⁵. E il giudice individuato dal legislatore del d.l. n. 146 del 2013 è il magistrato di sorveglianza, il quale deciderà seguendo i tempi e le forme indicate dall'art. 35-*bis* ord. penit.

locali a ciò destinati debba essere appropriato e fornito dall'amministrazione penitenziaria e inoltre che la partecipazione alle funzioni religiose non possa trovare ostacoli in surrettizie motivazioni di sicurezza. Quanto ai riti non cattolici, il comma 5 dell'art. 58 reg. esec. prevede che la direzione metta a disposizione idonei locali che sono utilizzabili anche per l'istruzione religiosa e la celebrazione dei riti; il relativo onere finanziario, però, è sostenuto in proprio dalla confessione interessata, in base a quanto stabilito negli accordi bilaterali. Quanto agli approdi giurisprudenziali, vedi *supra* nota 108.

¹⁵¹ Per quanto non vi siano pronunce della Suprema Corte concernenti il diritto sancito dall'art. 9 ord. penit. e dalla *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati* (che esplicitamente menziona «l'alimentazione sana e adeguata» alle condizioni del detenuto, in www.giustizia.it), pare doveroso includere nell'elenco dei diritti soggettivi riconosciuti al detenuto e all'internato anche quelli concernenti l'alimentazione. Questo, per almeno due ragioni: in primo luogo perché, come già evidenziato precedentemente (*supra*, nota 99), la Corte di Strasburgo si è fermamente assestata nel riconoscere quale espressione dell'art. 9 CEDU anche la scelta di un particolare tipo di alimentazione; ed inoltre perché non mancano nel panorama degli istituti penitenziari esperienze (come quelle intraprese dal carcere di Phoenix in Arizona, ma non solo) che, seppure per ragioni prettamente economiche, hanno imposto d'*imperio* la scelta di una dieta vegetariana. In ogni caso, sebbene il riconoscimento di un diritto autonomo (e dunque svincolato da ragioni religiose) concernente la scelta alimentare appaia oggi un orizzonte ancora lontano (cfr. Cass., 12 dicembre 2012, Lorusso, cit., che non ha riconosciuto nella pretesa al latte caldo per colazione un diritto soggettivo del detenuto), non si può ignorare come l'aumento esponenziale della popolazione straniera detenuta potrebbe in un prossimo futuro trovare in questo ambito un ulteriore profilo di doglianza (sul punto, cfr. C. RENOLDI, *Sub Art. 9 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 115).

¹⁵² Il riconoscimento del diritto all'istruzione comporta che al detenuto deve essere concesso di completare gli studi, anche senza ottenere il permesso di allontanarsi (Corte cost. 29 marzo 1984, n. 77, in www.cortecostituzionale.it). Vedi, *supra* nota 109.

¹⁵³ Vedi, *supra* nota 110.

¹⁵⁴ Vedi, *supra* nota 113. Si noti che il tema della riservatezza delle comunicazioni tra detenuto e difensore gode di un protezione rafforzata in ambito comunitario, ed è limitabile solo in presenza di circostanze eccezionali (Corte eur., 5 luglio 2001, Erdem c. Germania, cit.): l'apertura di un plico o la visione di una lettera possono avvenire solo qualora vi sia fondato motivo di ritenere che il contenuto della comunicazione ponga un pericolo per la sicurezza carceraria o sia penalmente rilevante. Inoltre risulta protetta in modo pressoché assoluto, indipendentemente dai motivi della detenzione, la corrispondenza tra un detenuto e la Corte, che non può essere soggetta a controllo, e questo anche al fine di garantire il libero esercizio del diritto di ricorso individuale di cui all'art. 34 CEDU (Corte eur., 7 aprile 2005, Karalevicius c. Lituania e Corte eur., 19 aprile 2001, Peers c. Grecia, entrambe in www.hudoc.echr.coe.int). Apparentemente in linea, l'art. 18-*ter* ord. penit. (così come modificato dall'art. 1 legge 8 aprile 2004, n. 95), nel suo comma 2, prescrive il divieto di controllo e censura sulla corrispondenza dei detenuti con soggetti "qualificati". Nonostante ciò, in diverse occasioni l'Italia è stata condannata – proprio in relazione a tale disposizione – per un controllo illegittimo sulle comunicazioni (Corte eur., 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, in www.camera.it).

¹⁵⁵ Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212, cit., vedi *supra*, nota 84.

3. La lesione grave ed attuale. Il terzo assioma fondamentale.

La terza e ultima condizione richiesta dall'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. per la presentazione dell'istanza di reclamo giurisdizionale concerne l'attualità e la gravità del pregiudizio recato all'esercizio dei diritti di detenuti e internati: il pregiudizio che il detenuto e l'internato denunciano attraverso l'art. 35-*bis* ord. penit. deve essere grave ed attuale.

L'inserimento di questa precisazione svela le preoccupazioni del recente legislatore, che, preso atto della potenzialità espansiva dell'oggetto del reclamo, ha inteso limitarne la portata, filtrando le doglianze che si presentino al contempo irrisorie e inattuali¹⁵⁶. Ma essa appare superflua: da un lato, il parametro della gravità pare già soddisfatto dall'oggetto del reclamo – se la lesione concerne un diritto, la doglianza conseguente è necessariamente grave – e dunque incluso nella valutazione sul secondo assioma fondamentale; dall'altro, è la stessa natura del reclamo giurisdizionale, in quanto rimedio preventivo, ad imporre che il pregiudizio alla base dell'istanza sia ancora sussistente, almeno al momento della sua presentazione.

In realtà, il ricorso al parametro della *gravità* quale criterio selettivo delle doglianze si dimostra anche sotto certi aspetti pericoloso: essendo presupposta la violazione di un diritto, per natura non riconducibile alle aspettative di fatto (e quindi grave), una lettura aderente al testo della lett. *b* parrebbe giustificare la domanda di reclamo esclusivamente in presenza di una lesione “qualificata”. In altri termini, la precisazione operata dal d.l. n. 146 del 2013 rischierebbe di legittimare il reclamo non tanto nei confronti di tutte le lesioni che abbiano intaccato dei “diritti”, quanto solo di quelle che, tra queste, dimostrino di aver arrecato un pregiudizio di intensità particolarmente pregnante, particolarmente grave. Tuttavia, anticipando ciò che si dirà meglio in seguito, l'irragionevolezza di tale interpretazione emerge dallo stesso dato testuale. L'art. 35-*bis* ord. penit., infatti, nel suo terzo comma affida al magistrato di sorveglianza il compito di accertare «la sussistenza e l'attualità del pregiudizio», e non la sua gravità. Il che ci riporta a considerare l'aggettivo racchiuso nella lett. *b* *tamquam non esset*, e dunque, in definitiva, superfluo¹⁵⁷.

Deve tuttavia darsi atto che autorevole dottrina, nell'intento di salvare la *littera legis*, pare comunque interpretare il requisito della gravità «nel senso che il pregiu-

¹⁵⁶ In questi termini anche F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 823. Analogo riferimento al parametro dell'attualità e gravità è rintracciabile nella bozza dell'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. pensata dalla *Commissione Giostra*, cit.. Tuttavia, la stessa *Relazione illustrativa* dà atto di come la proposta di inserimento di tale duplice requisito sia stata decisa a maggioranza e non all'unanimità, avendo la minoranza espresso parere contrario all'introduzione di «limitazioni ad una tutela che dovrebbe invece essere piena e incondizionata».

¹⁵⁷ Cfr. anche A. DELLA BELLA, *Emergenza*, cit., p. 140: «la violazione del diritto del detenuto, qualora accertata, deve essere rimossa, senza valutazioni sulla maggiore o minore gravità, dal momento che l'ordinamento non può tollerare alcuna deviazione dalla legalità nell'esecuzione della pena detentiva»; M.G. GASPARI, *Istituto il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *Guida al diritto*, 2014 (4), p. 58; E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 219, dove l'Autrice evidenzia inoltre come il «duplice requisito [...] evidentemente ispirato ad una logica di economia processuale, [...] non [abbia] mancato di suscitare perplessità in dottrina, specie con riferimento al concetto di gravità, che sembra assegnare un sindacato discrezionale sin troppo esteso al magistrato di sorveglianza».

dizio lamentato dal reclamante non può essere così lieve da degradare ad un mero disagio o fastidio»¹⁵⁸. E sicuramente, tale affermazione sarebbe condivisibile al termine dell'udienza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. È chiaro infatti che quando il magistrato di sorveglianza si troverà a valutare la pretesa del detenuto potrà giudicarla eccessiva e infondata, e quindi rigettarla perché non "all'altezza" delle conseguenze proprie dell'accoglimento dell'istanza. Ma ciò non può e non deve pregiudicare il vaglio nel merito dell'istanza. Infatti, è bene ricordare che, secondo la *Relazione* al disegno di legge di conversione del d.l. n. 146 del 2013¹⁵⁹, il duplice parametro – dell'attualità e gravità – è stabilito a pena di inammissibilità del reclamo, non di infondatezza. Confermare la necessaria gravità del pregiudizio significherebbe quindi anticipare il giudizio sull'istanza del detenuto in un momento processuale (quello della fase preliminare al procedimento) che per natura impedisce una valutazione nel merito, privando l'istante di qualsiasi opportunità di sostenere le proprie ragioni¹⁶⁰. E ciò si dimostra ancor più irragionevole se si tiene conto che ai sensi del primo comma dell'art. 35-*bis* ord. penit. il giudizio di ammissibilità segue le forme – e ripropone le criticità – dell'art. 666 comma 2 c.p.p. dove, come noto, il giudice decide «sentito [solo] il pubblico ministero»¹⁶¹. In conclusione, è la ragione ad escludere che possa affermarsi quale criterio selettivo della domanda di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. una valutazione sulla gravità del pregiudizio: il fondamento della domanda è un diritto, e la sua natura, da sola, garantisce l'intensità del pregiudizio richiesta per la legittimazione al reclamo; poi tale domanda, nel caso concreto, potrà essere considerata "non grave" e dunque rigettata, perché cedevole in un'ottica di bilanciamento con le esigenze di ordine e sicurezza, ma tale valutazione va effettuata nella sede appropriata, ossia quella dell'udienza, in contraddittorio tra le parti.

Quanto al parametro dell'*attualità*, la sua menzione all'interno della lett. *b* varrebbe «ad escludere dall'area dei reclami ammissibili i casi in cui il detenuto lamenti una violazione subita in passato e non più in atto, oppure i casi in cui si voglia prevenire una possibile violazione futura»¹⁶². Come già anticipato, infatti, non stupisce l'esclusione dalla tutela giurisdizionale delle doglianze già sfumate. Si tratta, tuttavia, di una precisazione *ad abundantiam*, poiché la garanzia offerta dall'art. 35-*bis* ord. penit., in quanto preventiva e immediata, ha quale scopo principale quello di interrompere la lesione, non di sanzionarla: questo compito, nella ricostruzione progressiva delle tutele, è riservato al rimedio risarcitorio di cui all'art. 35-*ter* ord. penit., non

¹⁵⁸ F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 824.

¹⁵⁹ La *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013 è reperibile in *Atti Camera. XVII leg.*, www.camera.it.

¹⁶⁰ Cfr. Mag. sorv. Alessandria, 14 aprile 2014, in www.diritto.it, dove si è giustamente riaffermato come il vaglio preliminare possa concludersi con l'inammissibilità del reclamo solo laddove «non implichi valutazioni discrezionali o approfondimenti istruttori». Nello stesso senso, Cass., 25 settembre 2013, Romano, cit.

¹⁶¹ Vedi *infra, parte seconda*, par. 6., in particolare nota 231.

¹⁶² A. DELLA BELLA, *Emergenza*, cit., p. 139.

all'art. 35-*bis* ord. penit.¹⁶³. Peraltro, è la stessa *Relazione* a circoscrivere l'arco temporale per la denunciabilità del pregiudizio alle lesioni in atto, «sia al momento della presentazione del reclamo che al momento della decisione»¹⁶⁴. Ciò non si traduce però nell'assoluta irrilevanza delle doglianze non più attuali. L'inammissibilità del reclamo giurisdizionale – quale conseguenza della mancata attualità del pregiudizio – non impedisce che il magistrato di sorveglianza provveda seguendo le altre forme di tutela, e segnatamente quella compensativa, disponendo, eventualmente, il risarcimento del danno in favore del detenuto¹⁶⁵.

Più delicato è invece il rilievo circa l'impossibilità di invocare la tutela giurisdizionale “a futura memoria”, ossia nei casi in cui il pregiudizio non sia in atto nel momento in cui il magistrato di sorveglianza si appresta vagliare l'ammissibilità del reclamo. Vero è che affermazioni di principio volte a riconoscere al detenuto la possibilità di lamentare doglianze non *ancora* attuali aumenterebbero il timore di gravare eccessivamente sul lavoro dei magistrati di sorveglianza: legare il requisito dell'attualità al concetto di pericolo, sicuramente comporterebbe un aumento esponenziale delle domande di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Inoltre, se il requisito dell'attualità fosse soddisfatto dalla possibile messa in pericolo del diritto, il livello di pregiudizio richiesto dal legislatore del d.l. n. 146 del 2013 per l'istanza di reclamo giurisdizionale finirebbe per abbassarsi notevolmente.

Per contro, vi sono tuttavia delle situazioni nella realtà carceraria in cui tale tutela non appare così irragionevole. Si pensi ai casi di pregiudizio imminente e abituale: l'imminenza del pregiudizio da sola non giustificherebbe il reclamo, ma lo stesso non potrebbe sostenersi qualora a tale condizione si aggiungesse la constatazione dell'abitudine della condotta lesiva. In questi casi, almeno astrattamente, non solo il rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. sarebbe legittimo, ma parrebbe anche doveroso. Ad esempio, si ponga il caso di un detenuto di fede musulmana a cui vengano somministrati, alternatamente, cibi non consentiti e consentiti dalla propria religione. Nella situazione prospettata, da un lato l'interruzione della condotta priverebbe il detenuto della legittimazione al reclamo, ma dall'altro la sua reiterazione abituale ne consentirebbe, almeno astrattamente, l'esercizio nelle forme di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.¹⁶⁶.

¹⁶³ Quanto alla riorganizzazione delle garanzie connesse al trattamento penitenziario in ossequio al paradigma della progressività, vedi *supra* par. 2.

¹⁶⁴ *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit.

¹⁶⁵ Questa opinione è condivisa anche da F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 824.

¹⁶⁶ Sul punto, anche in tema di prospettive comparatistiche, Cfr. anche F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 825.

PARTE SECONDA

La procedura giurisdizionalizzata

Premessa.

Alla modifica della disciplina statica racchiusa nell'art. 69 comma 6 ord. penit., il legislatore del d.l. n. 146 del 2013 ha associato l'introduzione della procedura di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., dedicandola espressamente alla tutela «giurisdizionale».

Come già accennato, eccettuate talune ipotesi particolari¹⁶⁷, l'ordinamento penitenziario non prevedeva un rimedio dichiaratamente preposto alla tutela dei diritti del detenuto. La materia, così, era nel tempo confluita sotto l'ombrello protettivo dell'art. 35 ord. penit. prima e, in un secondo momento, sotto quello dell'art. 14-*ter* ord. penit.¹⁶⁸. Le carenze di entrambi i modelli però non avevano mai distolto

¹⁶⁷ Vedi *supra*, parte prima, nota 80.

¹⁶⁸ All'alba della riforma penitenziaria del 1975, la Corte costituzionale aveva espressamente ricondotto la materia trattamentale e le relative garanzie all'alveo dei provvedimenti di natura amministrativa, indicando quale *modus procedendi* il reclamo cd. generico di cui all'art. 35 ord. penit. (Corte cost. ord. 7 giugno 1984, n. 166, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 11 aprile 1984, n. 103, *ivi*; Corte cost. ord. 21 dicembre 1978, n. 87, *ivi*): ne seguiva una procedura priva di connotati di giurisdizionalità, con cui il magistrato decideva *de plano* – ossia in assenza di formalità e senza alcuna aspirazione al contraddittorio procedurale – emanando un provvedimento privo di forza cogente e, soprattutto, «insuscettabile di ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza o di ricorso per cassazione» (F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 24). Il clima, tuttavia, stava lentamente cambiando e nelle pronunce della Corte costituzionale iniziava ad affiorare l'idea che si dovesse escludere che potessero esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi fosse una giurisdizione innanzi alla quale esse potessero essere fatte valere (Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212, cit., vedi *supra*, nota 84). Concretamente, però, la situazione – seppure con taluni correttivi operati dalla giurisprudenza (sul punto vedi F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 22 s.) – è rimasta immutata sino alla declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. penit.: il rimedio che emergeva da tale combinato disposto venne ritenuto dalla Corte «all'evidenza, privo dei requisiti minimi necessari perché lo si pot[tesse] ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale» (Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit.). Contestualmente alla censura, tuttavia, la Corte negava di poter colmare *manu propria* il vuoto normativo: la praticabilità dell'intervento additivo suggerito dal giudice *a quo* – fondato sull'estensione del rimedio al tempo previsto nei settori del lavoro carcerario e della disciplina (vedi *supra*, parte prima, nota 6) –, era stata esclusa precisando che né lo strumento indicato né gli altri predisposti dal legislatore potevano essere considerati rimedi giurisdizionali di carattere generale, essendo previsti da discipline specifiche. Così, erano state identificate le carenze del sistema normativo in materia di diritti, rinviando invano alla discrezionalità legislativa l'individuazione del modello procedimentale ritenuto più idoneo. Da qui ha avuto inizio «un lento processo volto a colmare l'inerzia del legislatore» (M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 2015, p. 396), con un dibattito fondamentale assestato su due posizioni: da un lato chi continuava a confermare l'adeguatezza del reclamo generico di cui all'art. 35 ord. penit. (Cass., 16 febbraio 2000, Camerino, in *C.e.d.*, 216190), e dall'altro, chi invece richiamava il più garantito procedimento regolato dagli artt. 666 e 678 c.p.p. (Cass., 15 maggio 2002, p.m. in proc. Valenti, in *C.e.d.*, 221623). Il contrasto giurisprudenziale ha trovato composizione nella sentenza Cass., S.U., 26 febbraio 2003, Gianni, cit. (cfr. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 26), in cui la Corte – dopo aver precisato che la tutela delle posizioni giuridiche (diritti soggettivi e interessi legittimi) di detenuti e internati compete in via esclusiva al magistrato di sorveglianza *ratione materiae* – ha individuato quale strumento più idoneo tra quelli offerti dalla normativa il reclamo regolato dall'art. 14-*ter* ord. penit. Ma le carenze di tale strumento non sfuggivano alla dottrina più accorta

l'attenzione degli interpreti, che in più occasioni avevano riconfermato la necessità di un intervento legislativo¹⁶⁹: dalla censura della Corte costituzionale del 1999, ma anche successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite, si avvertiva la sensazione che in realtà la protezione riservata ai diritti del detenuto fosse più un compromesso che una vera e propria tutela. Peraltro, a seguito della sentenza n. 341 del 2006 anche l'idoneità oggettiva del procedimento da ultimo individuato – ossia il meccanismo di cui all'art. 14-ter ord. penit. – non poteva essere data più per scontata¹⁷⁰.

(fra tutti, A. PENNISI, *Diritti*, cit., p. 256; per il rilievo che dietro alla decisione presa dalla Corte costituzionale nel 1999 già si celasse «un'implicita valutazione di insufficienza delle garanzie offerte dal procedimento ex art. 14-ter ord. penit.», L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in P. CORSO, (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2013, p. 333): la procedura di cui all'art. 14-ter ord. penit., presa a modello dalle Sezioni Unite per i reclami concernenti la violazione dei diritti dei detenuti, confermava di fatto l'assenza di garanzie partecipative (cfr. L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2011, p. 482: la «disciplina del procedimento per reclamo, contenuta nell'art. 14-ter ord. penit., elide, dunque, il contraddittorio perché esclude l'interessato e l'amministrazione penitenziaria dall'udienza e riduce l'autodifesa alla sola possibilità di presentare memorie, senza possibilità di intervento personale, suscitando così dubbi di conformità agli artt. 6 Conv. eur., 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici, 23 comma 2 e 111 comma 2 Cost.»). L'impossibilità per l'amministrazione penitenziaria di presenziare all'udienza era infatti pressoché invalicabile: i poteri dell'amministrazione erano limitati a un semplice contraddittorio cartolare (art. 14-ter comma 3 ord. penit.) e le era preclusa la facoltà di impugnare il provvedimento emanato dal magistrato di sorveglianza (circa la possibilità di correggere il disposto di cui al comma 3 dell'art. 14-ter ord. penit. attraverso l'assunzione della difesa tecnica dell'amministrazione da parte del pubblico ministero, vedi *infra*, nota 170). Quanto alle garanzie riservate al detenuto, il problema era parzialmente difforme in ragione dell'indicazione del difensore tra i soggetti ammessi all'udienza: il che significava garantire, se non una sua vera e propria partecipazione, almeno un'adeguata difesa (v. però, in netto contrasto con la giurisprudenza dominante, Cass., 6 maggio 2008, Drago, in *Giust. pen.*, 2009, III, c. 126, dove si afferma che il giudice, in mancanza di nomina fiduciaria, non sia tenuto a designare un difensore d'ufficio). Ma la sua fisica presenza all'udienza pareva comunque da escludersi: in Cass., 9 novembre 2000, Ascia, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2795, si afferma che, nella procedura per la decisione dei reclami di detenuti o internati in materia disciplinare, non determina alcuna nullità l'omissione dell'avviso di udienza all'interessato, in quanto la partecipazione è contemplata solo per il difensore, mentre la piena garanzia del contraddittorio di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. opera solo qualora il reclamo abbia ad oggetto il decreto del magistrato di sorveglianza che esclude dal computo della detenzione i periodi trascorsi in permesso premio. Infatti, la possibilità di estendere le tutele offerte dall'art. 666 comma 4 c.p.p. appoggiandosi sul rilievo del quarto comma dell'art. 14-ter ord. penit., ai sensi del quale «per quanto non diversamente disposto, si applicano le disposizioni del capo II bis del titolo II» – implicitamente abrogato dall'art. 678 c.p.p., vedi *infra*, nota 177 –, era preclusa proprio dal terzo comma dello stesso articolo, il quale, riconoscendo all'interessato e all'amministrazione la facoltà di presentare memorie, «non fa altro che “disporre diversamente” rispetto agli artt. 666 e 678 c.p.p. quanto ad estensione e modalità di esercizio del diritto al contraddittorio», F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 231-234.

¹⁶⁹ M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, V, p. 48;

¹⁷⁰ Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 341, cit., dove, dopo aver affermato che sia i detenuti che le rispettive controparti avevano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, la Corte ha rilevato le debolezze del procedimento di cui all'art. 14-ter ord. penit., laddove addirittura si estrometteva dalla controversia il terzo eventualmente interessato quale avversario del lavoratore (vedi *supra*, nota 6). Nonostante i rilievi, la sentenza non pareva aver pregiudicato integralmente il meccanismo di reclamo delineato dalle Sezioni Unite in tema di diritti genericamente intesi. Le considerazioni che avevano portato la Corte costituzionale a censurare l'art. 14-ter ord. penit. erano quindi rimaste circoscritte alla materia giuslavoristica. Tanto che, nella successiva sentenza Corte cost. 23 ottobre 2009, n. 266, cit., il Giudice delle leggi, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo scrutinio, si era limitato: a) in risposta alla denunciata non vincolatività delle pronunce del magi-

Malgrado le sollecitazioni, il legislatore pare mettere in secondo piano l'urgenza penitenziaria fino alla nota sentenza Torreggiani che, nelle forme della pronuncia pilota, ha in un certo senso accelerato e obbligato una presa di posizione dello Stato italiano in tema di tutela dei diritti¹⁷¹. L'intervento normativo infatti giunge nel dicembre dello stesso anno, metabolizzando le conclusioni raggiunte in seno alla *Commissione Giostra*, istituita al dichiarato fine di «elaborare ulteriori proposte di intervento in tema di ordinamento penitenziario idonee a dare attuazione alle statuizioni della sentenza Torreggiani della Corte europea»¹⁷². Il risultato è la creazione di un nuovo modello a carattere giurisdizionale, ottenuto attraverso la modifica dell'art. 69 ord. penit. e la contestuale introduzione dell'inedito art. 35-*bis* ord. penit.

strato di sorveglianza, a richiamare un'interpretazione secondo Costituzione (vedi, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 397); e *b*) in relazione al tema del contraddittorio, ad un generico riferimento alla figura del pubblico ministero, affermando la possibilità che la difesa dell'amministrazione potesse essere assunta proprio dall'organo della pubblica accusa. Sul punto, quanto all'inidoneità della parte pubblica a ricoprire il ruolo di difensore tecnico dell'amministrazione penitenziaria, cfr. F. FIORENTIN, *La tutela dei diritti delle persone detenute tra vecchie norme e nuove prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.personaedanno.it: «un ruolo così scopertamente “di parte” esperito dal pubblico ministero – nei termini ipotizzati dalla Corte – finirebbe per inquinare la posizione dell'organo dell'accusa nel quadro dell'esecuzione penale e penitenziaria, dal momento che in tale sede il P.M. esercita il ruolo di tutela delle ragioni dello Stato, e dunque pur sempre agisce quale soggetto “terzo” e “imparziale”, nel perseguimento di tali obiettivi».

¹⁷¹ Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit. Si noti come, in ossequio all'approccio tipicamente comunitario, la Corte non manifesti alcun interesse per le classificazioni – ritenendo ininfluente la natura giurisdizionale o amministrativa della procedura interna –, rimarcando piuttosto l'attenzione sui contenuti e sulle garanzie che concretamente devono essere concesse ai detenuti, in particolare in tema di *accessibilità* del ricorso e di *effettività* del relativo provvedimento. Caratteri che sono stati successivamente assunti quali criteri guida anche nella creazione dell'art. 35-*bis* ord. penit. dalla proposta della *Commissione Giostra*, cit. Cfr. E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 226.

¹⁷² Ministero della giustizia, decreto del 2 luglio 2013, reperibile in www.giustizia.it, di *incarico alla Commissione Giostra*, cit.

Capitolo I
La parte dinamica della disciplina.
La procedura dettata dall'art. 35-*bis* ord. penit.

SOMMARIO: 1. La struttura del procedimento per reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. – 2. L'instaurazione del procedimento per reclamo. – 2.1. (Segue) I titolari del potere di instaurazione del procedimento per reclamo. – 3. Competenza e modalità di presentazione del reclamo. – 4. Contenuto del reclamo. – 5. Gli effetti del reclamo: l'effetto sospensivo. Termini. – 6. Il vaglio di ammissibilità del reclamo. Le cause della «manifesta inammissibilità». – 6.1. (Segue) Il procedimento. – 7. La fase introduttiva dell'udienza. – 8. L'udienza camerale *ex art.* 35-*bis* ord. penit. Doveri e diritti partecipativi. – 8.1. La pubblicità *cd.* esterna alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale e delle influenze di Strasburgo. – 8.2. Svolgimento dell'udienza. – 9. La tipologia delle prove acquisibili. – 9.2. Le modalità di ammissione. – 9.3. (Segue) ... e di acquisizione. – 10. La decisione. Gli esiti del procedimento per reclamo. – 10.1. L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. – 10.2. L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. – 11. Gli aspetti formali della decisione sul reclamo. – 12. Il regime delle impugnazioni. – 12.1. Un anomalo secondo grado di giudizio. L'impugnazione davanti al tribunale di sorveglianza. – 12.2. Il ricorso per cassazione. – 13. L'esecuzione del provvedimento. Le ragioni alla base dell'istituzione di un giudizio di ottemperanza. – 13.1. I tratti del giudizio di ottemperanza.

1. La struttura del procedimento per reclamo di cui all'art. 35-bis ord. penit.

Quanto denunciato nella sentenza Torreggiani si traduceva nella necessità pratica di risolvere in brevissimo tempo anni di cronico sovraccollamento, senza cedere alla tentazione di promuovere provvedimenti d'indulgenza. Al procedimento introdotto dal d.l. n. 146 del 2013 era quindi affidato un compito scomodo: al reclamo spettava saldare il debito di giurisdizionalità che l'ordinamento aveva ormai da troppo tempo nei confronti dei diritti dei detenuti. Nonostante le criticità che analizzeremo nel corso della trattazione, il legislatore pare tuttavia aver seguito la giusta direttrice, o perlomeno quella auspicata a livello comunitario¹⁷³; e oggi il rimedio di cui agli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 ord. penit. ha salvato il nostro Paese da futuri ammonimenti, impeden-

¹⁷³ Con la Decisione CM/Del/Dec(2014)1201 del 6 giugno 2014, in *www.giustizia.it*, il Consiglio ha preso atto dei «risultati significativi» ottenuti grazie alle misure adottate a seguito della sentenza Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.

do la ricevibilità dei ricorsi sullo stesso tema ancora pendenti dinnanzi alla Corte di Strasburgo¹⁷⁴.

Avendo già analizzato le modifiche relative all'art. 69 comma 6 ord. penit. – che come abbiamo visto hanno riorganizzato l'oggetto del reclamo giurisdizionale – ci soffermeremo in questa seconda parte sugli aspetti procedurali del rimedio contenuti nell'art. 35-*bis* ord. penit.: avendo tratteggiato i presupposti del “diritto” ora ci occuperemo delle modalità attraverso cui detenuti e internati possono farlo valere. La disciplina racchiusa nell'art. 35-*bis* ord. penit. consta di due distinti procedimenti: quello di cognizione, a cui sono dedicati i primi commi dell'art. 35-*bis* ord. penit. (e segnatamente, i commi da 1 a 4-*bis*), e quello di ottemperanza, regolato invece dai commi 5-8 della stessa disposizione¹⁷⁵. Le due procedure rispondono ad altrettante funzioni: il procedimento di cognizione è volto all'accertamento della lesione, mentre quello di ottemperanza si preoccupa di farla rispettare, nei casi in cui la reale coerenza del provvedimento di accertamento venga minata da un'ulteriore inosservanza da parte dell'amministrazione.

2. *L'instaurazione del procedimento per reclamo.*

L'*incipit* dell'art. 35-*bis* ord. penit. rimarca il legame con la materia dettata dall'art. 69 comma 6 ord. penit. L'indicazione, già espressa all'interno di quest'ultima disposizione, svela la specialità del rimedio trattato: astrattamente idoneo ad abbracciare la lesione di qualsiasi diritto riconosciuto a detenuti e internati (almeno per ciò che concerne la lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit.), il reclamo giurisdizionale non è però un rimedio da intendere in termini generali. Infatti, la riorganizzazione delle tutele operata dal recente legislatore in ossequio al paradigma della progressività ha riconfermato la duttilità del rimedio generico disposto dall'art. 35 ord. penit., vincolando invece il reclamo giurisdizionale a condizioni tassative, quelle individuate nelle lett. *a* e *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit.¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Corte eur., 16 settembre 2014, Stella e altri c. Italia, cit. e Corte eur., 16 settembre 2014, Rexhepi e altri c. Italia, cit. Si noti che in queste pronunce la Corte ha scelto di valutare il requisito del «previo esaurimento dei ricorsi interni» non – come di regola avviene – in relazione al momento della presentazione del ricorso, ma assumendo quale parametro lo stato «attuale del sistema giuridico nazionale»; e quindi valutando l'idoneità del sistema a seguito dei rimedi introdotti – successivamente alla presentazione dei ricorsi – in ragione della sentenza Torreggiani. La logica è quella di salvare gli interventi domestici che siano stati giustificati da problematiche di diffusa inosservanza, in modo particolare quando spronati da sentenze pilota (cfr. anche Corte eur., 6 settembre 2011, Brusco c. Italia, www.penalecontemporaneo.it). All'applicazione del principio dell'irricevibilità (nelle sentenze Stella e Rexhepi) segue l'avvertimento che ad analogo destino andranno incontro tutti i ricorsi attualmente pendenti sullo stesso tema, che non siano ancora stati dichiarati irricevibili. Si tratta di una posizione che esprime appieno la valorizzazione del carattere sussidiario del sindacato della Corte, arginando l'incessante aumento dei ricorsi e devolvendo ai giudici nazionali il contenzioso generato dal carattere cronico delle violazioni dell'art. 3 CEDU.

¹⁷⁵ La distinzione è tratta da E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 226.

¹⁷⁶ Il d.l. n. 146 del 2013 e la rispettiva legge di conversione hanno confermato la fiducia riposta nei confronti del reclamo generico, aggiornandolo al mutato contesto penitenziario. Tra i destinatari del reclamo di cui all'art. 35 comma 1 ord. penit., infatti, sono stati inseriti sia il provveditore regionale sia i garanti dei diritti dei detenuti. Sul piano strettamente terminologico, invece, è stata sostituita la dizio-

Le modalità attraverso cui indagare l'oggetto del reclamo richiamano esplicitamente il rito regolato dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p.¹⁷⁷. E tale

ne della vecchia figura del «direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena» con quella di «Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria», una modifica che, già suggerita dai lavori della *Commissione Giostra*, «si sarebbe dovuta imporre ben prima, visto che la diversa denominazione risale alla legge 15 dicembre 1990, n. 395» (E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 207, nota 6). Quanto invece al «direttore dell'ufficio ispettivo», la *Commissione Giostra* ne aveva incoraggiato l'introduzione nel novero dei destinatari al reclamo in sostituzione agli «ispettori» menzionati dalla veste previgente dell'art. 35 ord. penit. Un suggerimento in prima battuta accolto dal testo del d.l. n. 146 del 2013, ma poi disatteso in sede di conversione. Per un'attenta disamina sui contenuti dell'art. 35 ord. penit. e, in particolare, sulla tassatività dell'individuazione dei soggetti legittimati a ricevere il reclamo, in un perspicace parallelismo con l'art. 67 ord. penit., vedi E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 208, nonché M.G. COPPETTA, *Sub Art. 35 ord. penit.*, cit., p. 392. Infine, benché non previsto espressamente dalla disposizione in esame, il procedimento per reclamo parrebbe azionabile anche dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 34 CEDU), fermo restando il preliminare esaurimento «le vie di ricorso interne» ai sensi dell'art. 35 CEDU.

¹⁷⁷ Come anticipato, in epoca antecedente alla novella, parte della dottrina aveva già manifestato la necessità di informare il procedimento di reclamo alle regole di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., facendo leva sulla norma di chiusura dell'art. 14-ter ord. penit., che appunto prevede «per quanto non diversamente disposto» l'applicazione del vecchio procedimento tipico di sorveglianza disciplinato negli artt. 71 e seguenti della legge di ordinamento penitenziario. Da qui, il richiamo indiretto alle forme procedurali di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.: siccome la normativa sul procedimento di sorveglianza dalla legge penitenziaria era stata trasposta nel codice di procedura penale, le norme applicabili negli spiragli lasciati sguarniti dall'art. 14-ter ord. penit. dovevano ritenersi quelle relative al nuovo procedimento di sorveglianza previsto dal codice di rito. D'altra parte era evidente il rapporto di consequenzialità tra la disciplina contenuta negli artt. 71 e seguenti ord. penit. e quella dettata dagli artt. 666 e 678 c.p.p.: nell'attesa dell'emanazione del nuovo codice, il legislatore del 1975 si era fatto carico di tradurre concretamente la richiesta di «giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e l'esecuzione della pena» contenuta nell'art. 2 n. 79 della legge 3 aprile 1974, n. 108, – sebbene relativa alla prima delega, poi non esercitata dal Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale – superando la concezione tradizionale dell'esecuzione della pena come fenomeno di «pura amministrazione» (G. DI GENNARO- M. BONOMO- R. BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997, p. 391; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 1983, p. 63). Ma dall'evidente contiguità tra la vecchia e la nuova disciplina del procedimento tipico di sorveglianza e l'applicabilità di quest'ultima ad ausilio del procedimento per reclamo di cui all'art. 14-ter ord. penit. la conclusione non era immediata. Infatti a tale soluzione si è pervenuti attraverso una argomentazione decisamente articolata, che aveva il compito di superare taluni difetti di coordinamento normativo sorti nel raccordo tra le due discipline. Le esitazioni traevano origine dallo stesso art. 678 ord. penit.: il primo comma della disposizione, prevedendo che «il tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza [...] proced[a], a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o di ufficio, a norma dell'art. 666», pareva aver implicitamente abrogato tutte le norme procedurali contenute nella legge di ordinamento penitenziario, indicando quale unico *modus procedendi* il nuovo procedimento tipico. A seguito della nuova regolamentazione del procedimento di sorveglianza si era quindi insinuato il dubbio dell'implicita abrogazione, per successiva ed integrale sostituzione, delle numerose disposizioni di natura processuale – e dunque non solo di quelle previste nel capo II-bis del titolo II ord. penit. – che, rimaste confinate all'interno della legge penitenziaria, non erano transitate nel codice di rito. Al fine di precisare la portata dell'art. 678 c.p.p., il legislatore attuativo aveva così introdotto l'art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p., il quale – seppure limitatamente alla materia di competenza del tribunale di sorveglianza – prevede che «continuano a osservarsi le disposizioni processuali della legge 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-bis del titolo II della stessa legge». Veniva così, da un lato, confermata l'ultravigenza delle disposizioni di natura processuale della legge penitenziaria che, diverse da quelle regolate dal capo II-bis del titolo II ord. penit., continuavano a prevedere regimi procedurali differenziati, e dall'altro, sostituita la vecchia disciplina del procedimento tipico di sorveglianza con quella nuova di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. (L. DE MAESTRI, *Sub Art. 236 norme coord. c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento*

rinvio, se da un lato vuole assicurare che le controversie in tema di diritti ricevano le attenzioni di un procedimento a tutti gli effetti “giurisdizionalizzato”, dall’altro però ripropone e rende particolarmente attuali gli interrogativi attinenti a talune macroscopiche deviazioni che il procedimento tipico di sorveglianza fa registrare rispetto ai canoni aurei del processo di cognizione.

2.1. (Segue) I titolari del potere di instaurazione del procedimento per reclamo.

Quanto alla fase introduttiva del procedimento, un primo interrogativo emerge in relazione alla mancanza di una esplicita assegnazione dei poteri di instaurazione del rito. Il legislatore, infatti, non si è curato di indicare i soggetti che possono presentare l’istanza di cui all’art. 35-*bis* ord. penit., limitandosi a prevedere che «Il procedimento relativo al reclamo di cui all’articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale» (art. 35-*bis* comma 1 prima parte ord. penit.). La disciplina dettata dall’art. 35-*bis* ord. penit. è quindi il frutto del connubio tra la normativa penitenziaria di cui all’art. 69 comma 6 ord. penit. e quella codicistica di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.; e la spartizione degli ambiti riservati alle due discipline pare seguire un criterio strutturale: all’individuazione dei presupposti è dedicato l’art. 69 comma 6 ord. penit., mentre per le scadenze procedurali dovranno osservarsi le forme prescritte dagli artt. 666 e 678 c.p.p. Ma se tale distinzione pare convincente in linea teorica, i termini concreti dell’intreccio tra le due normative sono tutt’altro che netti, e anzi talvolta in conflitto tra loro. Ecco che allora il generico rinvio operato dall’art. 35-*bis* comma 1 ord. penit. forse avrebbe necessitato della previsione di una clausola di compatibilità, o almeno di qualche precisazione ad opera del legislatore.

al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare, Utet, 1992, tomo II, p. 583; A. PRESUTTI, *Sub Art. 236 disp. coord. c.p.p.*, in E. AMODIO- O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1990, *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, G. UBERTIS (a cura di), p. 238). Tuttavia, dal momento che l’art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p. esclude l’applicazione della vecchia normativa limitatamente alla cognizione del tribunale (e non anche per quella dell’organo monocratico), i dubbi circa la sopravvivenza delle disposizioni contenute nel capo II-*bis* del titolo II ord. penit. persistevano qualora ad assumere la decisione nel procedimento per reclamo fosse stato il magistrato di sorveglianza (cfr. Cass., 19 febbraio 1997, Panisi, in *C.e.d.*, 207230; Cass., 14 aprile 1992, Ministero della giustizia in proc. Leggio, *ivi*, 190108; in dottrina, sulle medesime posizioni, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 437-441). Una conclusione, questa, in netto attrito con la *ratio* stessa dell’art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p. che come anticipato traeva origine dalla necessità di ridimensionare il disposto di cui all’art. 678 c.p.p., il quale solo quanto alle materie di competenza del tribunale si presentava di portata irragionevolmente ampia. Infatti «estesa alle materie di competenza del magistrato di sorveglianza, la regola – con la relativa eccezione – sarebbe stata, invece, priva di scopo, dal momento che l’art. 678.1 c.p.p. enumera tassativamente le materie nelle quali l’organo monocratico giudica nelle forme del procedimento tipico» (F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 234). Tanto più che anche la Corte costituzionale (Corte cost. 16 febbraio 1993, n. 53, in *www.giurcost.org*) ha poi dichiarato l’illegittimità degli artt. 236 comma 2 disp. att. c.p.p. e 14-*ter* ord. penit. nella parte in cui non prevedono l’applicabilità dell’art. 666 c.p.p. (vedi, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè, 2009, p. 62). Di conseguenza, anche prima della novella del 2013, «per quanto non diversamente disposto» dall’art. 14-*ter* ord. penit., si sarebbero dovute osservare le disposizioni di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. (e non quelle relative al previgente procedimento tipico di sorveglianza).

I riflessi problematici dell'unione di due poli precettivi così distanti si colgono, appunto, già in tema di legittimati attivi, laddove l'esordio dell'art. 69 comma 6 ord. penit. menziona detenuti e internati, mentre il rinvio al procedimento tipico di sorveglianza apre a un ventaglio decisamente più ampio di soggetti: contemplando non solo l'instaurazione da parte dell'interessato e del suo difensore, ma anche quella del pubblico ministero e d'ufficio¹⁷⁸. Sotto il profilo sistematico, quindi, ammettere il reclamo su istanza della platea dei soggetti contemplati dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p. consoliderebbe il rinvio al procedimento tipico di sorveglianza, a discapito dell'art. 69 comma 6 ord. penit. All'esaltazione delle regole dettate per il procedimento tipico di sorveglianza seguirebbe infatti la corrispondente riduzione della portata precettiva dell'art. 69 comma 6 ord. penit., che rimarrebbe confinata all'individuazione dei temi oggetto di reclamo: anche figurativamente, ciò comporterebbe la sopravvivenza delle lett. *a* e *b* e la conseguente irrilevanza dell'*incipit*, dove appunto vi è il riferimento ai detenuti ed internati quali titolari del potere di reclamo. Viceversa, concedere il reclamo solo su istanza dei detenuti e degli internati significherebbe accentuare la portata dell'art. 69 comma 6 ord. penit. a discapito del rinvio al procedimento tipico di sorveglianza: il richiamo dell'art. 35-*bis* ord. penit. al combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p. assumerebbe quindi rilevanza solo quanto alla scansione procedurale, scartando così ciò che concerne la individuazione dei soggetti legittimati al reclamo¹⁷⁹.

Si tratta allora di comprendere quale delle due letture meglio si presti alla fisionomia dell'inedito rimedio: se quella più estesa, suggerita dal richiamo al combinato disposto degli artt. 678 e 666 c.p.p., o quella più ristretta, ereditata dal precedente reclamo *ex art. 14-ter* ord. penit. di cui l'art. 69 comma 6 ord. penit. pare scontare il retaggio¹⁸⁰. Le esitazioni si devono soprattutto alla possibilità di instaurare *ex officio* il procedimento, così come contemplato dall'art. 678 c.p.p.¹⁸¹: una conclusione che,

¹⁷⁸ Ancora più ampia è l'indicazione dei titolari del *ius instandi* ricavabile dal combinato disposto degli artt. 678 c.p.p. e 57 ord. penit. Infatti, i procedimenti per la concessione dei principali benefici penitenziari possono essere instaurati anche su istanza dei prossimi congiunti, dell'interessato, o su proposta del consiglio di disciplina costituito presso l'istituto nel quale il medesimo è ristretto. Vedi, R. SOTTANIS, *Sub Art. 57 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 709-715.

¹⁷⁹ Cfr. E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 233.

¹⁸⁰ La medesima anomalia procedimentale rispetto al modello tipico di sorveglianza si registrava, infatti, anche in epoca precedente alla novella, quando il procedimento "ordinario" per reclamo era quello indicato all'art. 14-*ter* ord. penit., sul punto vedi F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 384.

¹⁸¹ Va comunque osservato che l'instaurazione *ex officio* funge da elemento distintivo tra il procedimento di sorveglianza e il suo archetipo, vale a dire il procedimento di esecuzione, essendo quest'ultimo attivabile unicamente «a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore» (art. 666 comma 1 c.p.p.). Nel procedimento di esecuzione, infatti, anche nei particolari casi in cui la legge consente al giudice di provvedere in assenza di specifica eccezione o richiesta di parte – ossia quando, a norma dell'art. 676 comma 3 c.p.p., deve essere dichiarata l'estinzione del reato o della pena –, l'attivazione del procedimento non può comunque prescindere dall'iniziativa di parte (Cass., 17 ottobre 2013, Deuscit, in *C.e.d.*, 258392; Cass., 23 maggio 2013, Serino, *ivi*, 256793; Cass., 28 febbraio 2012, Ielata, *ivi*, 252295; Cass., 13 novembre 2007, confl. comp. in proc. Barbato, *ivi*, 238691; Cass., 28 novembre 2006, Fortini, *ivi*, 235794; Cass., 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, *ivi*, 186186). In dottrina, cfr. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 319: «Tuttavia, anche ad ammet-

come si vedrà, svelerebbe molto del procedimento per reclamo, associandolo agli strumenti di politica trattamentale più che a quelli di giustizia cognitiva. È questa una perplessità nota all'interprete penitenziario, che già in passato si è dovuto confrontare con le stonature tra l'iniziativa d'ufficio prevista dal modello tipico di sorveglianza (strumento trattamentale per eccellenza) e i principi consacrati nell'art. 111 comma 2 Cost.¹⁸². Il broccardo *ne procedat iudex ex officio*, infatti, esprimendo il principio della domanda – quale corollario del più generale principio dispositivo – esclude possa esistere un procedimento che, attivato su impulso del giudice, getti ombre sull'imparzialità e sulla terzietà della decisione: il giudice che attiva d'ufficio il procedimento si fa portatore di una proposta che poi sarà lui stesso a valutare, compromettendo il suo ruolo *super partes*. Non sono mancate dunque le critiche di chi rilevava nell'art. 678 comma 1 c.p.p., e segnatamente nell'iniziativa del giudice, una vera e propria distorsione dei canoni del giusto processo¹⁸³. L'attenzione si era così spostata sulla funzione propria del procedimento tipico di sorveglianza, e le perplessità erano state giustificate in ragione di un dovere più alto di garanzia: se «lo scopo è quello di garantire efficienza ad un principio di pari dignità, come il finalismo rieducativo della pena»¹⁸⁴, i valori del contraddittorio e dell'imparzialità possono anche essere indeboliti, senza tuttavia risultare completamente annientati. In altri termini, l'importanza delle finalità che il procedimento tipico di sorveglianza mira ad attuare nel contesto penitenziario perdona gli attriti con i principi di imparzialità e terzietà. La prevalenza storicamente accordata alla realizzazione della finalità rieducativa (art. 27 comma 3 Cost.) di cui l'art. 678 c.p.p. si fa portavoce, connessa alla totale assenza di una contrapposizione antagonistica tra le parti, consente un approccio più indulgente nei confronti del procedimento tipico di sorveglianza anche a discapito dei canoni del giusto processo. La logica è quella della celebrazione dello scopo rieducativo della pena: l'ottimismo terapeutico promosso dall'art. 27 comma 3 Cost. ha rilevanza tale da non poter essere lasciato all'esclusivo arbitrio del condannato e dunque consente

tere che, in linea generale (e salvo quanto appena detto a proposito della declaratoria di estinzione del reato o della pena), il giudice dell'esecuzione non possa statuire su ciò che non ha formato oggetto della richiesta, deve ritenersi che – instaurato su iniziativa di parte il procedimento camerale – possano e debbano essere “accertate *ex officio* tutte le questioni relative alla esistenza e alla regolarità formale del titolo, anche se non espressamente dedotte”» (il richiamo è a F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 200).

¹⁸² Corte cost. 15 ottobre 1999, n. 387, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1981, dove la Corte ha affermato che «il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, in relazione specifica al quale, peraltro, può e deve trovare attuazione con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento».

¹⁸³ L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 378-380; A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Utet, 2008, p. 226; A. GAITO- G. RANALDI, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2005, p. 245, i quali osservano come «la generalizzata legittimazione attiva del giudice rappresenta una scelta ingiustificata rispetto a taluni ambiti di intervento della magistratura di sorveglianza».

¹⁸⁴ M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, in V. GREVI- G. GIOSTRA- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 910. Cfr. anche F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 11-15 e 363; M. RUARO, *La magistratura*, cit., p. 150, dove l'Autore elenca altre ipotesi in cui il codice di procedura penale autorizza l'intervento d'ufficio per tutelare valori costituzionalmente rilevanti.

l'impulso d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria in funzione sostitutiva all'istanza privata¹⁸⁵.

Tornando al reclamo, ammettere che il magistrato di sorveglianza possa *manu propria* aprire il procedimento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. significherebbe rintracciare all'interno dell'inedito strumento gli stessi fattori – o meglio, le stesse finalità – che hanno permesso al meccanismo previsto dall'art. 678 c.p.p. una parziale deviazione dai canoni aurei del giusto processo. Si dovrebbe quindi assumere che le ragioni che hanno consentito al modello tipico la digressione rispetto al principio *ne procedat iudex ex officio* trovino nell'art. 35-*bis* ord. penit. le medesime giustificazioni. Ancorando il baricentro normativo del reclamo al procedimento tipico di sorveglianza (anche per ciò che riguarda la legittimazione *ex officio*), si dovrebbe quindi implicitamente riconoscere che la funzione principe di tale rimedio coincide con l'opera terapeutica del detenuto e che necessiti del sostegno di *altri* soggetti per una sua compiuta realizzazione. L'allargamento della sfera dei legittimati attivi equivarrebbe a vestire il reclamo degli attributi propri del procedimento "trattamentale", decretando la prevalenza della funzione risocializzatrice della pena e al contempo assegnando al magistrato il ruolo di «difensore della funzione rieducativa»¹⁸⁶. Il giudice di sorveglianza, anziché proporsi quale imparziale risolutore di una controversia, rivestirebbe quindi un compito attivo nel perseguimento dello scopo ultimo del reclamo, facendosi promotore della rieducazione del detenuto. E chiaramente, tali considerazioni non varrebbero a legittimare il solo giudice all'instaurazione del procedimento per reclamo, bensì tutti i soggetti contemplati dall'art. 678 c.p.p.: ossia anche il pubblico ministero e il difensore, indipendentemente dal fatto che sia munito o no di procura speciale¹⁸⁷.

¹⁸⁵ La *ratio* del regime derogatorio viene così tradizionalmente individuata «nell'esigenza di garantire un diretto coinvolgimento dell'organo giudicante nel processo di risocializzazione del detenuto»: da un lato, assegnando «al giudice funzioni di supplenza *pro reo* allorché gli interessati [...] omettano di richiedere l'accesso a forme di trattamento extracarcerario delle quali potrebbero legittimamente beneficiare»; dall'altro, facilitando «in prospettiva opposta, la revoca di benefici già concessi nei casi previsti dalla legge» (così, F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 363). Il ruolo privilegiato assegnato alla funzione rieducativa della pena è confermato anche dai recenti interventi normativi adottati in materia penitenziaria, laddove si conferma il ruolo attivo dell'autorità giudiziaria, di concerto con la parte pubblica, nell'esaltazione di strumenti che consentano l'esecuzione della pena in luogo esterno al carcere. Si pensi alla misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene non superiori a diciotto mesi di cui all'art. 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, dove il magistrato di sorveglianza si pronuncia a seguito della trasmissione degli atti da parte del pubblico ministero (se il soggetto è in libertà) ovvero del direttore dell'istituto penitenziario (se è detenuto), ma anche alla decisione sulla liberazione anticipata finalizzata alla sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 656 c.p.p. introdotto dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78.

¹⁸⁶ La paternità della formula, riferita al giudice del procedimento tipico di sorveglianza, si deve a G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit., p. 240.

¹⁸⁷ Il difensore potrebbe quindi legittimamente proporre reclamo anche se sprovvisto di procura speciale. Tale conclusione sarebbe confermata dal tenore del successivo art. 35-*ter* ord. penit. il quale, specificando che la richiesta di risarcimento può essere effettuata solo dietro procura speciale, parrebbe dare per scontata – alla luce del rapporto che lega le due disposizioni – la legittimazione del difensore all'apertura del procedimento per reclamo giurisdizionale. In questo senso, E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 233 nota 99: «Se letto alla luce del broccardo *ubi lex dicit, voluit*, il confronto fra le due disposizioni successive [...] sembrerebbe anch'esso deporre nel senso del riconoscimento della legittimazione autonoma del difensore a presentare il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.».

Ammettere che anche in tema di legittimati attivi si osservi il paradigma dettato dagli artt. 678 e 666 c.p.p. significherebbe in qualche modo disconoscere la natura dialettica del procedimento per reclamo, a meno di non ravvisarne un vero e proprio profilo di incostituzionalità. Infatti, oltre a ragioni teleologiche, le deviazioni del modello delineato dall'art. 678 c.p.p. rispetto a quello di cui all'art. 111 comma 2 Cost. traggono indiretta giustificazione dalla morfologia del procedimento tipico di sorveglianza, e segnatamente dall'assenza di uno schema di giustizia avversativa. La mancanza di una "controparte" infatti riduce sensibilmente i riflessi negativi della promiscuità dei ruoli processuali: se l'unico vero interlocutore del detenuto è il giudice, l'avvio officioso della procedura – quale indicatore di un esito favorevole "quasi automatico" del procedimento – non pregiudica gli interessi di altri soggetti. In sostanza, ciò che pare decisivo ai fini della tollerabilità della frizione con i principi consacrati nell'art. 111 comma 2 Cost. è che nel procedimento di cui all'art. 678 c.p.p. l'incremento garantistico a supporto del condannato non abbia effetti peggiorativi su altre parti del procedimento: qui il condannato "gioca da solo" e dunque i canoni preposti dal legislatore costituzionale a tutela della parità delle parti assumono inevitabilmente un contenuto più elastico. Ma se ciò vale nel procedimento di sorveglianza, lo stesso non può dirsi quanto all'inedito procedimento, che anzi edifica l'oggetto stesso del reclamo su una divergenza di posizioni tra il detenuto (o l'internato) e l'amministrazione penitenziaria.

Infatti ciò che emerge nitidamente dalle lett. *a* e *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. è uno strumento esplicitamente rivolto alla risoluzione di una controversia: l'interessato assume di aver subito un pregiudizio, nel primo caso scaturito dall'irrogazione di una sanzione disciplinare, nel secondo, più genericamente, dall'esercizio maldestro dell'attività amministrativa. L'accento sulla natura intrinsecamente contenziosa del nuovo reclamo parrebbe dunque declassare lo scopo terapeutico in funzione di un accertamento puramente dialettico. Così, nel procedimento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. la prevalenza accordata alla realizzazione della finalità rieducativa pare inevitabilmente cedere il passo all'esaltazione della contrapposizione agonistica tra le parti¹⁸⁸. È invero indubitabile che ciò che si accerta attraverso il procedimento per reclamo non è il diritto in sé, bensì la sua lesione. È da questa che poi scaturisce la legittimazione alla domanda giudiziale (anch'essa riconducibile alla categoria dei diritti, ma di contenuto autonomo rispetto alla pretesa iniziale). Questo risulta particolarmente evidente ragionando sull'oggetto della lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. dove ciò che si "impugna" attraverso il reclamo giurisdizionale è a tutti gli effetti un provvedimento, quello disciplinare, sottoponendone la legittimità alla valutazione del magistrato di sorveglianza. Ma lo stesso vale, seppure con qualche precisazione, quanto alla lett. *b*. Qui il diritto alla domanda giudiziale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. scatta al riscontro di quelli che abbiamo definito "tre assiomi fon-

¹⁸⁸ In quest'ottica, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit.; e più in generale, incline ad escludere un'attivazione d'ufficio del procedimento, P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in C. CONTI- A. MARANDOLA- G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Wolters Kluwer, 2014, p. 105.

damentali”, dove solo uno di questi (il secondo) corrisponde al diritto in sé per sé¹⁸⁹. Gli altri si riferiscono a delle circostanze che, seppure esterne al contenuto del diritto, sono tuttavia fondamentali per la presentazione della domanda¹⁹⁰. A tal fine, infatti, è al contempo necessario che tale diritto sia stato pregiudicato dall’amministrazione penitenziaria (primo assioma fondamentale) e che tale lesione abbia recato al detenuto un pregiudizio grave ed attuale (terzo assioma fondamentale)¹⁹¹. Così inteso l’oggetto del reclamo, l’antagonismo processuale pare effettivamente circoscrivere la disponibilità del rimedio agli unici soggetti che, concretamente e direttamente, subiscono la lesione, ossia i detenuti e gli internati: le due parti, detenuto (o internato) e amministrazione penitenziaria nel procedimento di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. si confrontano non tanto sull’esistenza di un diritto puro – che abbiamo visto essere solo un momento, seppur fondamentale, dell’accertamento –, quanto sulla lesione di quel diritto, ossia sull’esistenza di un diritto derivato dal pregiudizio. Ecco che allora l’estensione della titolarità del potere d’iniziativa al magistrato di sorveglianza parrebbe, almeno astrattamente, sbilanciare a favore del detenuto l’equilibrio paritario proprio delle controversie processuali. La *ratio* intrinsecamente contenziosa del procedimento parrebbe dunque escluderne l’impulso a opera di altri soggetti che, seppure indirettamente coinvolti, non subiscono l’atto denunciato¹⁹². In sostanza, il procedimento *ex art. 35-bis* ord. penit. assume le forme di un “rapporto a due” non azionabile dal magistrato di sorveglianza – come dal pubblico ministero e neppure dal difensore sprovvisto di procura speciale –, il quale riacquisirebbe il ruolo naturale di garante-spettatore affidatogli nel procedimento di cognizione.

Ed è altrettanto vero che una simile lettura non precluderebbe integralmente al magistrato di sorveglianza di esercitare poteri officiosi laddove riscontrasse la violazione di un diritto del detenuto o dell’internato. Tale potestà – che in ambito di discrezionalità tecnica assume più il contenuto di un dovere che di una semplice facoltà – sarebbe a lui riconosciuta dall’art. 69 comma 5 ord. penit. che, sopravvissuto alla novella del 2013, risulta anzi rafforzato dalla cancellazione dell’inciso «nel corso del trattamento»¹⁹³. Infatti, riconoscendo al magistrato di sorveglianza il potere di impartire «disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» parrebbe dunque che il legislatore abbia contemplato – aggiornandolo ai piani d’intervento del 2013 – la possibilità di un’azione *ex officio* in tema di diritti,

¹⁸⁹ Infatti – richiamando velocemente quanto espresso nella prima parte di questo lavoro (par. 2.1.) –, anche la pretesa riconducibile al *genus* dei diritti fondamentali, da sola, è soddisfacente esclusivamente del secondo assioma fondamentale. A questa poi, devono seguire gli altri motivi di legittimazione, ossia il primo e il terzo assioma fondamentale.

¹⁹⁰ E questo non può che riflettersi anche sul contenuto minimo della domanda, vedi *infra* par. 4.

¹⁹¹ Anche se, come abbiamo detto *supra*, *parte prima*, cap. II, par. 3., seri dubbi impediscono di ravvisare nel requisito della gravità una condizione autonoma, distinta da ciò che è già ricompreso nella nozione di “diritto” e dunque estranea dalla valutazione concernente il secondo assioma fondamentale.

¹⁹² Cfr. anche F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 50.

¹⁹³ Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 62 e A. DELLA BELLA, *Emergenza*, cit., p. 133, secondo la quale si tratta di una modifica «ricca di significato».

seppure confinandola all'esterno della procedura di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.¹⁹⁴. Ciò non toglie che ragionando sulla portata di tali «disposizioni» potrebbero riservarsi gli stessi dubbi che già prima della novella avevano interessato i provvedimenti del magistrato di sorveglianza di cui al comma 5 art. 69 ord. penit., in particolare in tema di efficacia vincolante¹⁹⁵. Ne consegue una classificazione gerarchica delle determinazioni assunte in tema di diritti in ragione della diversa titolarità del potere propulsivo della procedura: fondando l'esclusione del magistrato di sorveglianza dal novero dei legittimati attivi al procedimento per reclamo sul presupposto che a questo sarebbe riservato il potere prescritto dal comma 5 dell'art. 69 ord. penit., implicitamente si riconoscerebbe una diversa (e minore) forza ai relativi provvedimenti – aventi tuttavia il medesimo oggetto – per il solo fatto che a rilevare la violazione sia stata l'autorità giudiziaria anziché la parte privata. E d'altra parte, questo non pare un compromesso così insostenibile: anzi, ragionando a contrario, sarebbe difficile riconoscere a provvedimenti attuati d'império dal magistrato la stessa efficacia di quelli ottenuti all'interno della dinamica giurisdizionale dove è riconosciuto il confronto tra le parti, l'impugnabilità e un procedimento specifico per l'ottemperanza¹⁹⁶.

In conclusione, benché l'importanza dei valori in gioco induca l'approccio più garantistico possibile a favore del detenuto, la particolare funzione che l'inedito procedimento sembra destinato a rivestire tra gli strumenti penitenziari pare difficilmente conciliabile con poteri di instaurazione d'ufficio. E questo anche in ragione

¹⁹⁴ La *ratio* dell'art. 69 comma 5 ord. penit., così come descritta, emergerebbe anche dai lavori parlamentari, cfr. la relazione dell'On. Ermini, in *Atti Camera. XVII legislatura, II Commissione*, seduta del 7 gennaio 2014. Resta tuttavia incomprensibile l'assunto per cui l'azione garantistica del magistrato di sorveglianza possa rivolgersi esclusivamente a condannati (e internati), e non ai detenuti in generale. Infatti, se prima della novella tale limite soggettivo trovava giustificazione nell'individuazione del piano d'intervento del magistrato al solo «corso del trattamento» – dove per «trattamento» doveva intendersi «il trattamento per antonomasia, vale a dire il trattamento rieducativo» (F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 811) e dunque dedicato ai soli soggetti già raggiunti dal giudicato – oggi, a seguito della cancellazione di tale locuzione, ma soprattutto nell'ottica generale degli interventi adottati col d.l. n. 146 del 2013, pare irragionevole escludere gli imputati dalla protezione dell'art. 69 comma 5 ord. penit. Per la condivisibile osservazione secondo cui l'omissione vada corretta in via interpretativa, A. DELLA BELLA, *Emergenza*, cit., p. 134.

¹⁹⁵ Sebbene la Corte costituzionale (nella già citata sentenza Corte cost. 23 ottobre 2009, n. 266, cit.) avesse specificato che «la parola “disposizioni”, nel contesto in cui è inserita, non significa segnalazioni (tanto più che questa modalità d'intervento forma oggetto di apposita previsione nel primo comma dell'art. 69), ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue», l'attuazione di tali determinazioni, insuscettibili di reclamo all'organo collegiale né di ricorso per cassazione, fuori dal contesto garantito di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., parrebbe minarne le prospettive di effettività.

¹⁹⁶ Un altro spunto di riflessione potrebbe inoltre riguardare il contenuto dell'attività officiosa. Posto che valorizzando l'accento precettivo dell'art. 69 comma 6 ord. penit. sarebbe impedita – a pena di nullità assoluta – l'attivazione del procedimento in sostituzione dell'inerzia dell'interessato, ci si potrebbe chiedere se tale divieto coinvolga anche le altre forme di intervento *ex officio* che potrebbero in concreto manifestarsi nella dinamica procedurale. Si pensi ad esempio all'attivazione officiosa con funzione di supplenza a difetti eventualmente riscontrati negli atti di inizio della procedura, nonché in tema di estensione officiosa del *petitum*. In questi casi infatti non ci si muoverebbe più nel contesto dell'iniziativa che, come abbiamo detto, deve essere riservata a detenuti e internati, ma in un momento logicamente successivo, avendo comunque la parte manifestato l'intenzione all'attivazione del procedimento.

della scarsa significatività pratica delle situazioni in cui soggetti diversi da detenuti e internati potrebbero effettivamente trovarsi nella condizione di proporre l'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Infatti, se astrattamente la legittimazione autonoma del difensore potrebbe concretamente rivelarsi un valore aggiunto per la nuova procedura – tollerabile proprio in ragione del particolare ruolo che lo stesso dichiaratamente riveste nel procedimento¹⁹⁷ –, difficilmente lo stesso potrebbe dirsi quanto all'attivazione del procedimento ad opera del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza¹⁹⁸.

3. Competenza e modalità di presentazione del reclamo.

Le esitazioni sin qui registrate non esauriscono le criticità rintracciabili nella fase preliminare al procedimento per reclamo. La disciplina racchiusa nei primi commi dell'art. 35-*bis* ord. penit. è infatti caratterizzata da un elevato indice di laconicità, che obbliga l'interprete a un continuo impegno nella ricerca di soluzioni, spesso tutt'altro che immediate, nascoste tra silenzi e vari richiami normativi.

¹⁹⁷ La mancanza di una esplicita menzione del difensore tra i legittimati attivi all'instaurazione del procedimento per reclamo rievoca inevitabilmente i dubbi che avevano interessato la versione abrogata del procedimento di esecuzione. Si è quindi portati a pensare che, qualora si consolidasse effettivamente la pratica dell'esclusiva legittimazione di parte, anche nel procedimento per reclamo si potrebbe prospettare l'ipotesi di un intervento correttivo in favore della concessione al difensore di un vero ed autonomo *ius instandi*. Mossi dall'intento di includere nel novero dei titolari del potere d'istanza anche il difensore del detenuto o dell'internato, alcuni tra i primi commentatori hanno ipotizzato una soluzione intermedia rispetto all'alternativa tra i modelli procedurali dettati, da un lato, dall'art. 69 comma 6 ord. penit., e dall'altro, dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p. Sul punto, cfr. P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 105, dove l'Autrice, facendo leva sulla disciplina tipica di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., ammette la legittimazione a proporre reclamo anche del difensore, ma al contempo, sempre in ragione della medesima disposizione, ritiene «esclusa l'instaurazione del procedimento d'ufficio o su iniziativa del pubblico ministero» evidenziando così «una prima tangibile variante rispetto al procedimento di sorveglianza».

¹⁹⁸ Bisogna ammettere che, sebbene l'attivazione ad opera del pubblico ministero possa effettivamente apparire statisticamente poco significativa, si potrebbe invece ipotizzare una più proficua applicazione dell'instaurazione *ex officio*, attraverso l'implementazione dell'istituto riservato dal reg. esec. alle «istanze e reclami». Infatti, ai sensi dell'art. 75 comma 1 reg. esec., il magistrato di sorveglianza deve intrattenere «periodici colloqui individuali» con detenuti e internati, e in generale visitare «con frequenza i locali dove si trovano i detenuti e gli internati, agevolando anche in tal modo la possibilità che questi» gli rivolgano «eventuali istanze o reclami orali». In queste situazioni quindi l'attivazione autonoma del magistrato di sorveglianza potrebbe rilevarsi fruttuosa: il detenuto che in una di queste visite riferisca al magistrato il pregiudizio subito potrebbe giovare dell'instaurazione *ex officio* del procedimento giurisdizionale, senza doversi preoccupare della formulazione dell'istanza. Tuttavia, se effettivamente nella pratica questo consentirebbe la diffusione dello strumento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. – diffusione in un certo senso temuta dal recente legislatore, vedi *supra*, *parte prima*, cap. II, par. 1. – parrebbe deporre a sfavore di una simile lettura il comma 2 dell'art. 75 reg. esec. La disposizione infatti richiama espressamente la facoltà di proporre istanze e reclami scritti «alle autorità indicate nell'art. 35 della legge» così suggerendo la natura “confidenziale” delle visite e la conseguente natura amministrativa del procedimento. Vero è che, così come formulata, la norma contenuta nel reg. esec. si presenta decisamente poco aggiornata e dunque si potrebbe legittimamente obiettare che il riferimento all'art. 35 c.p.p. sia, in realtà, il retaggio di un'antica disciplina, oggi intensamente modificata dall'introduzione di nuovi strumenti di reclamo.

Nulla è detto, in particolare, circa l'individuazione del giudice territorialmente competente a decidere sul reclamo. L'assenza di indicazioni in proposito fa quindi propendere per l'applicabilità della regola generale dettata dall'art. 677 comma 1 c.p.p.¹⁹⁹: la competenza a conoscere il reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. appartiene al magistrato di sorveglianza che ha «giurisdizione sull'istituto di prevenzione o di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta, della proposta o dell'inizio di ufficio del procedimento». L'applicazione del parametro del *locus custodiae* risponde infatti – oltre che a logiche di carattere sistematico²⁰⁰ – all'esigenza di «avvicinare l'organo giudicante al soggetto detenuto o internato e alle strutture penitenziarie coinvolte, nell'intento di rendere più agevole la partecipazione diretta dell'interessato alle procedure decisionali e più stretti i rapporti operativi tra giudici e amministrazione carceraria»²⁰¹. Ma in tema di reclamo, l'indiretto rinvio alle regole di cui all'art. 677 comma 1 c.p.p. non deve essere letto tenendo conto esclusivamente dei principi a cui è informata la giurisdizione trattamentale. È chiaro infatti che quando il criterio del *locus custodiae* opera in procedimenti che assumono quale dato fondamentale l'osservazione scientifica della personalità del detenuto o dell'internato, il giudice naturale sia quello che più facilmente ha modo di conoscere personalmente l'interessato – e a cui, appunto, è anche riservata la possibilità di attivare d'ufficio il procedimento²⁰² –: qui è intuitiva l'esigenza di “avvicinarsi” al detenuto per reperire in modo completo le informazioni socio-personologiche²⁰³. Ma abbiamo già avuto

¹⁹⁹ L'art. 677 c.p.p. ha portata generale. Le disposizioni ivi contenute, infatti, sono riferibili a tutte le materie attribuite alla magistratura di sorveglianza, e inoltre fungono da criteri ordinari per l'individuazione della competenza territoriale in difetto di diversa ed esplicita statuizione normativa. Negli accertamenti che coinvolgano soggetti detenuti, il giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.) è dunque il giudice individuato dal comma 1 dell'art. 677 c.p.p. Se è giudice naturale quello che, per caratteristiche professionali e territoriali, appare il più idoneo dal punto di vista funzionale – in ossequio al principio di ragionevolezza delle leggi *ex art. 3 Cost.* –, allora il riferimento oggettivo che meglio di ogni altro consente di individuare l'autorità territorialmente competente al reclamo è la vicinanza e l'accessibilità al *thema probandum*. E il criterio generale pare soddisfare anche il principio di precostituzione: la sufficiente determinazione dell'enunciazione codicistica pare infatti assicurare il parametro legale di individuazione della competenza, rendendola formalmente impermeabile a qualsiasi discrezionalità interpretativa. Quanto alla compatibilità dell'art. 677 c.p.p. con il principio di precostituzione, M. RUARO, *Sub Art. 677 c.p.p.*, in V. GREVI- G. GIOSTRA- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 870. Vedi anche *infra*, nota 203.

²⁰⁰ Il criterio del *locus custodiae* congiuntamente a quello del *locus domicilii* (di cui al comma 2 dell'art. 677 c.p.p.) sono applicabili «se la legge non dispone diversamente»; e dunque anche nell'ipotesi di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Vedi M. RUARO, *Sub Art. 677 c.p.p.*, cit., p. 868-872. Quanto alle ragioni sottostanti all'inserimento della clausola di salvezza, che non compariva nell'art. 668 del progetto preliminare v. R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario*, cit., p. 551.

²⁰¹ F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 252.

²⁰² Vedi *supra*, par. 2.1. quanto detto circa il procedimento tipico di sorveglianza.

²⁰³ L'affermazione del criterio del *locus custodiae* nei riti che assumono quale dato fondamentale l'osservazione scientifica della personalità del detenuto ha storicamente posto il problema del *vulnus* di garanzie conseguenti ad un eventuale trasferimento del detenuto in un momento successivo all'instaurazione del procedimento (v. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 252, – al quale si rimanda per una accurata trattazione della problematica – che sul punto menziona «due inconvenienti» che possono interessare l'idoneità funzionale del giudice competente per territorio *ex art. 677 c.p.p.*).

modo di constatare che l'inedito reclamo attinge solo in via sussidiaria e in senso lato ai principi propri della giurisdizione rieducativa. Calata nel meccanismo di cui all'art. 35-bis ord. penit., infatti, l'efficacia della regola generale si coglie soprattutto in relazione alla necessità di assegnare i poteri decisorii al magistrato di sorveglianza del luogo in cui «si presume che sia più facile il reperimento dei dati probatori»²⁰⁴ utili ai fini della definizione del procedimento. Se il procedimento per reclamo è uno strumento dalla natura intrinsecamente contenziosa, la regola di cui all'art. 677 comma 1 c.p.p. assume quindi un ruolo ulteriore, ispirato ai valori consacrati nell'art. 111 comma 2 Cost. piuttosto che ad esigenze di politica trattamentale. Il tipo di valutazione richiesta al magistrato di sorveglianza, infatti, prescinde da diagnosi personologiche legate ai progressi rieducativi dell'interessato. Ciò che giustifica il reclamo è un fatto lesivo, un accadimento, verificatosi all'interno dell'istituto penitenziario in cui l'interessato «si trova» al momento dell'istanza di cui all'art. 35-bis ord. penit. E dunque, a maggior ragione, il giudice territorialmente competente sarà quello che ha un legame più stretto con l'istituto in cui si sono verificati i fatti che hanno poi portato il detenuto o l'internato a presentare il reclamo, in quanto egli è il solo a poter predisporre con sollecitudine e completezza la piattaforma probatoria di cui al comma 5 dell'art. 666 c.p.p.

La competenza spetta quindi al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto ove «si trova» il detenuto al momento in cui prende formalmente avvio

Infatti, il parametro di individuazione del giudice è enunciato tenendo conto del luogo di detenzione in cui «si trova» l'interessato all'inizio del procedimento. Ne consegue che, instaurato il procedimento per reclamo in ossequio alla regola di cui al comma 1 dell'art. 677 c.p.p., il giudice così individuato non può essere privato della competenza a seguito dell'intervenuto trasferimento del detenuto in altro istituto penitenziario. In numerose occasioni la giurisprudenza ha infatti chiarito che, in base al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, una volta iniziato il procedimento la competenza territoriale del giudice non può subire variazioni (cfr. Cass., 24 novembre 2009, confl. comp. in proc. Savino e altri, in *C.e.d.*, 245948; Cass., 8 ottobre 1996, conf. comp. Mag. sorv. Varese e Mag. sorv. Caltanissetta in proc. Tamburella, *ivi*, 206063; Cass., 28 giugno 1993, conf. comp. Mag. sorv. Milano e Mag. sorv. Catania in proc. Berni, *ivi*, 194848; Cass., 6 luglio 1992, conf. comp. Mag. sorv. Napoli e Mag. sorv. Lecce in proc. Lubrano, *ivi*, 191591; Cass., 31 maggio 1991, conf. comp. Mag. sorv. Milano e Mag. sorv. Venezia in proc. Passante, *ivi*, 187656). E tale affermazione (letta alla luce dell'art. 666 comma 4 c.p.p., vedi *infra*, par. 8.) stride con il principio (proprio dei procedimenti "trattamentali") che ritiene indispensabile una stretta contigenza tra l'autorità giudicante e il detenuto. Qui il contatto con l'interessato fornisce dettagli fondamentali per il *thema probandum*: sia per l'indubbia efficacia di un confronto diretto tra giudice e interessato, sia in termini di accessibilità al materiale (personologico-disciplinare) contenuto nella cartella di cui all'art. 26 reg. esec., la quale «segue il soggetto in caso di trasferimento» (così comma 1 art. 26 reg. esec.). Tuttavia, tali controindicazioni sembrano attenuarsi in tema di reclamo, e la conferma del criterio del *locus custodiae* pare una conseguenza naturale di quanto detto circa il *thema decidendum* del procedimento ex art. 35-bis ord. penit. L'accertamento della lesione reclamata, sia essa a contenuto disciplinare ovvero in tema di diritti, rimarca infatti la necessità di garantire senza compromessi il principio di precostituzione del giudice, a prescindere da un eventuale trasferimento dell'interessato in altro istituto penitenziario. La lesione oggetto del procedimento per reclamo quindi deve essere accertata dal giudice avente giurisdizione sull'istituto penitenziario ove questa si è verificata; e ciò malgrado le inevitabili distonie che l'espletamento dell'udienza in assenza dell'interessato recherebbe ai canoni aurei del giusto processo, e segnatamente all'effettivo esercizio del diritto di difesa in ragione del già menzionato comma 4 dell'art. 666 c.p.p., v. *infra*, par. 8.

²⁰⁴ A. BASSI, *Il criterio di competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza e il principio del giudice naturale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2088-2089.

il procedimento, attraverso la presentazione dell'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Il che porta a considerare due situazioni, che indirettamente suggeriscono le modalità di presentazione del reclamo: *a*) qualora l'istanza sia presentata dal difensore (mediante procura speciale), la competenza sarà valutata in relazione al momento in cui questa viene depositata presso la cancelleria del giudice²⁰⁵; *b*) qualora l'istanza sia invece il frutto di una attivazione autonoma del detenuto, il momento rilevante ai fini della competenza sarà quello di ricezione dell'atto dal direttore, in base a quanto previsto dall'art. 123 c.p.p. e ribadito dall'art. 96 comma 1 reg. esec.

4. *Contenuto del reclamo.*

Il legislatore non ha dettato alcuna prescrizione neppure in merito al contenuto degli atti di avvio del procedimento. Si discute quindi se il reclamo debba essere proposto nelle forme dell'atto di impugnazione, o se sia sufficiente assicurare i contenuti essenziali della domanda giudiziale²⁰⁶. Ne seguirebbe che: nel primo caso, solo le istanze che soddisfano i contenuti prescritti dall'art. 581 c.p.p. – e segnatamente, dalla lett. *c*, circa la necessaria formulazione di specifici motivi a supporto della richiesta – potranno ritenersi ammissibili; mentre nel secondo, ci si accontenterebbe di una generica esplicitazione delle richieste e delle ragioni a sostegno del reclamo.

Appare dunque necessario prendere posizione in ordine all'antico problema della natura del reclamo. Problema al quale nel tempo sono state date risposte differenti²⁰⁷, e che anche nella materia regolata dal combinato disposto degli artt. 35-*bis* e

²⁰⁵ In applicazione analogica delle regole dettate dal codice di rito per la presentazione dell'atto di impugnazione, e segnatamente dell'art. 582 comma 2 c.p.p., l'istanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. parrebbe presentabile anche mediante spedizione a mezzo posta o deposito nella cancelleria del giudice del luogo in cui i difensori si trovano, se diverso da quello in cui ha sede il magistrato di sorveglianza.

²⁰⁶ Propendono per questa seconda lettura, E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 231 e M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 402; mentre ritiene che al reclamo si applichino «le disposizioni generali sulle impugnazioni (dunque, con la previsione dell'inammissibilità se privo di motivi specifici e contestuali)» F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 64; nello stesso senso, P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 106.

²⁰⁷ Posto che la dizione “reclamo” è estranea al lessico della procedura penale – mentre è frequentemente utilizzata in ambito processual-civilistico e amministrativo – (v. M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 903), la giurisprudenza tradizionale considerava lo strumento del reclamo non un mezzo di impugnazione in senso tecnico, ritenendo non necessaria l'indicazione dei motivi a sostegno della domanda. Ciò era diretta conseguenza della natura amministrativa del provvedimento: «il regime delle impugnazioni processuali penali non si applica a provvedimenti amministrativi [...] emessi da autorità diversa da quella giurisdizionale» (Cass., 6 ottobre 1989, Di Gaetano, in *C.e.d.*, 182349). La successiva elaborazione – maturata a seguito delle pronunce Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, cit., e Corte cost. 23 novembre 1993, n. 410, in *www.cortecostituzionale.it* – aveva però rivalutato la natura dell'istituto: il procedimento per reclamo otteneva il crisma della giurisdizionalità in quanto strumento volto a verificare la legittimità di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi. Così, l'atto introduttivo veniva pienamente assimilato ad una impugnazione (per un'esplicita affermazione in tal senso, Cass., 6 ottobre 1994, p.g. in proc. Salvati, in *C.e.d.*, 200620 e Cass., 28 settembre 1993, p.m. in proc. Morano, ivi, 195343), con la conseguente applicazione della disciplina contenuta nel libro IX del codice di rito (cfr. Cass., 6 luglio 1995, Ganci, in *C.e.d.*, 202433, che, a norma dell'art. 568 comma 5 c.p.p., ha convertito in reclamo un ricorso per cassazione direttamente proposto contro il provvedimento di applicazione del regime detentivo differenziato), e segnatamente, degli artt. 581 lett. *c* e 591 comma 1 lett. *c* c.p.p. L'approccio che il legislatore riservava al reclamo, però, era tutt'altro che uniforme. Le varie ipotesi di reclamo presenti nell'ordinamento penitenziario, seppure racchiuse sotto la medesima dizione, tratta-

69 comma 6 ord. penit. rischia di generare qualche incertezza. È invero innegabile che per essere inquadrato nella sistematica delle impugnazioni il reclamo dovrebbe essere esercitato nei confronti di un “atto”. In altri termini, dovrebbe esistere un provvedimento che il detenuto “impugna” attraverso il reclamo e nei confronti del quale egli lamenta una lesione al magistrato di sorveglianza. E infatti, l’*incipit* dell’art. 581 c.p.p. prevede che «l’impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso». In assenza di tale provvedimento, lo strumento con il quale si attiva la cognizione del giudice non può essere assimilato ad una impugnazione in senso tecnico, dovendosi dunque escludere le conseguenze giuridiche di questa opzione classificatoria.

Affinché sia applicabile la disciplina delle impugnazioni è dunque necessario che il rimedio di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. sia presentato avverso un atto. Ed invero, tale condizione pare assicurata in materia disciplinare, dove la lett. *a* dell’art. 69

vano di strumenti profondamente diversi, non tutti compatibili con le caratteristiche e con il regime che il codice di rito affidava alle impugnazioni. Il risultato è quello di un impianto differenziato a seconda delle particolari funzioni di ciascuno strumento. Taluni reclami vengono assimilati alle impugnazioni ordinarie previste dal codice di procedura penale: 1) il procedimento per reclamo avverso il provvedimento impositivo del regime di sorveglianza particolare di cui all’art. 14-*ter* ord. penit. (Cass., 6 ottobre 1994, p.g. in proc. Salvati, cit.); 2) quello di cui all’art. 41-*bis* comma 2-*quinqües* ord. penit. (tra molte, Cass., 19 dicembre 2011, Coluccio, in *C.e.d.*, 251851); 3) quello previsto in tema di permessi di cui all’art. 30-*bis* ord. penit. (Cass., 17 settembre 2013, Greco, in *C.e.d.*, 261989; Cass., 26 settembre 2007, Esposito, *ivi*, 237505); 4) quello *ex art.* 53-*bis* ord. penit. avverso il decreto motivato con cui si nega il computo nella durata della pena del periodo trascorso in permesso o licenza; 5) quello avverso provvedimenti in materia di liberazione anticipata di cui all’art. 69-*bis* ord. penit. (Cass., 15 maggio 2015, Piacente, in *C.e.d.*, 263614; Cass., 17 maggio 2013, confl. comp. in proc. Nardi, *ivi*, 256142) – e dunque anche in tema di reclamo avverso la revoca della detenzione presso il domicilio delle pene non superiori a diciotto mesi, stante il richiamo alla procedura di cui art. 69-*bis* ord. penit. operato dall’art. 1 comma 5 legge n. 199 del 2010, e per la stessa ragione, quello avverso l’ordinanza di diniego della sospensione condizionata della pena di cui all’art. 2 comma 1 legge 1 agosto 2003, n. 207 (cfr. Cass., 6 maggio 2005, p.g. in proc. Maiorino, in *C.e.d.*, 231826) –; ed infine, 6) il reclamo avverso i provvedimenti con i quali il magistrato di sorveglianza dispone controlli o limitazioni alla corrispondenza e alla stampa di cui art. 18-*ter* ord. penit. Diversamente, il reclamo generico di cui all’art. 35 ord. penit., tenuto conto della particolare duttilità che la stessa natura del rimedio richiede, non può essere assimilato ad una impugnazione in senso tecnico, e dunque pare svincolarsi dai requisiti contenutistici imposti dal regime comune delle impugnazioni (Cass., 16 dicembre 2014, p.m. e altro in proc. Vitale, in *C.e.d.*, 262201: «il reclamo generico [...] non configura un mezzo di impugnazione tipico dei provvedimenti di natura amministrativa [...] adottati dall’Amministrazione penitenziaria, [sicché] non è soggetto alla disciplina generale in materia di impugnazioni»). Cogliendo l’occasione per una valutazione comparatistica tra le varie forme di reclamo, va osservato che a seguito dell’introduzione dell’art. 35-*bis* ord. penit. potrebbero profilarsi problemi di compatibilità costituzionale in ragione della disparità di trattamento che coinvolge i reclami di cui all’art. 14-*ter* ord. penit. e quelli *ex art.* 18-*ter* ord. penit., rispetto a quelli che, direttamente o indirettamente, ammettono la trattazione nelle forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Infatti, gli unici reclami che ancora oggi seguono la procedura semplificata di cui all’art. 14-*ter* ord. penit. – e non quella del procedimento di sorveglianza – sono quelli in tema di sorveglianza particolare e in tema di limitazioni alla corrispondenza. Ma entrambi questi provvedimenti, se adottati illegittimamente, possono arrecare al detenuto un grave pregiudizio nell’esercizio dei suoi diritti. Ecco che allora le limitazioni al diritto di difesa che caratterizzano il modello semplificato – si pensi, ad esempio, all’esclusione del diritto all’audizione innanzi al giudice – appaiono non solo ingiustificate, ma anche particolarmente irragionevoli, se si tiene conto che, a seguito delle modifiche operate dal d.l. n. 146 del 2013, non solo veri e propri diritti soggettivi, ma anche lievi sanzioni disciplinari possono essere reclamate attraverso le forme giurisdizionalizzate.

comma 6 ord. penit. prevede che detenuti e internati possano presentare l'istanza denunciando «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta [...]». Vizi che evidentemente devono emergere dal provvedimento disciplinare: solo reclamando la legittimità – e, in taluni casi, il merito²⁰⁸ – del provvedimento di cui all'art. 81 reg. esec., il detenuto può instaurare il procedimento *ex art. 35-bis* ord. penit. Il reclamo di cui alla lett. *a* pare dunque atteggiarsi quale impugnazione ordinaria del provvedimento disciplinare e a ciò inevitabilmente segue l'osservanza delle regole generali previste dal codice di rito in tema di impugnazioni: il detenuto e l'internato, personalmente o tramite il proprio difensore, dovranno assicurare i contenuti previsti dall'art. 581 c.p.p., esplicitando – già nell'atto di presentazione del reclamo – i specifici e concreti motivi a supporto del reclamo²⁰⁹. Peraltro, alla medesima conclusione si era giunti anche in epoca precedente al d.l. n. 146 del 2013, e sul punto la giurisprudenza già allora richiedeva l'enunciazione di motivi specifici e concreti a sostegno dell'istanza di reclamo²¹⁰. I dubbi semmai riguardavano il sindacato successivo all'impugnazione del provvedimento disciplinare, ma non la sua natura di gravame. E infatti, abbiamo già visto come in molti – da ultimo anche il legislatore del d.l. n. 146 del 2013 – si siano adoperati al fine di delimitare il vaglio che il magistrato di sorveglianza può operare nei confronti del provvedimento disciplinare, atteso che qui ad essere impugnato è un atto emanato da un'autorità amministrativa e non da un giudice²¹¹.

Ma volgendo l'attenzione anche alla seconda tipologia di reclamo descritta dall'art. 69 comma 6 ord. penit., emerge da subito come il legislatore non abbia tenu-

²⁰⁸ Cfr. *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 3.

²⁰⁹ Per il reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., come per ogni altro gravame, il combinato disposto degli artt. 581 comma 1 lett. *c* e 591 comma 1 lett. *c* c.p.p. comporta l'inammissibilità dell'impugnazione in caso di genericità dei relativi motivi. Per escludere tale patologia è dunque necessario che l'atto individui il "punto" che intende devolvere alla cognizione del magistrato di sorveglianza, enucleandolo con preciso riferimento alla motivazione del provvedimento disciplinare impugnato, e specificando tanto i motivi di dissenso dalla decisione, quanto l'oggetto della diversa deliberazione sollecitata. E ciò, già nell'atto introduttivo del procedimento: la mancanza di specifici e concreti motivi di doglianza del provvedimento disciplinare parrebbe infatti non sanabile attraverso il disposto di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p., che come noto consente alle parti e ai difensori di presentare memorie «fino a cinque giorni prima dell'udienza». Detto ciò, potrebbe emergere qualche perplessità nell'eventualità che a presentare l'istanza di reclamo sia il detenuto personalmente, senza l'assistenza di un difensore: l'«indicazione specifica delle ragioni di diritto» – come prevista dalla lett. *c* dell'art. 581 c.p.p. – potrebbe apparire troppo gravosa per il soggetto ristretto in carcere che probabilmente non possiede le conoscenze giuridiche necessarie ad una valutazione "in diritto". Sul punto va tuttavia osservato che la giurisprudenza è unanime nel pretendere la specificità e concretezza dei motivi a sostegno dell'istanza, piuttosto che la presenza, accanto agli «elementi di fatto», anche delle «ragioni di diritto», lasciando intendere che queste ultime potrebbero anche non essere menzionate (da ultimo, Cass., 29 maggio 2015, Jovanovic, in *C.e.d.*, 264686; Cass., 24 novembre 2014, Stankovic, *ivi*, 262814; Cass., 19 settembre 2014, Sforzato, *ivi*, 260766). In altri termini, qualora il reclamo avverso il provvedimento disciplinare fosse il risultato di una scelta autonoma del detenuto, a nulla osterebbe la mancanza di una rielaborazione in diritto, essendo sufficiente una specifica indicazione degli elementi di fatto.

²¹⁰ Cass., 8 febbraio 2001, Camerino, in *C.e.d.*, 219670.

²¹¹ Cfr. *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 3. e 4.

to conto delle difformità funzionali che interessano i rimedi di cui alle lett. *a* e *b*, raccogliendo sotto la medesima classificazione due strumenti profondamente diversi. Infatti, se da un lato la fattispecie di cui alla lett. *a* si propone quale forma di accertamento rispetto ad un vero e proprio provvedimento, dall'altro, il reclamo di cui alla lett. *b* (in tema di diritti) pare invece condizionato dall'ampia latitudine del sostantivo «inosservanza», ammettendo l'azionabilità del rimedio a seguito, indistintamente, di comportamenti attivi od omissivi da parte dell'amministrazione penitenziaria (e dunque a prescindere da un atto formale). Come precedentemente osservato, infatti, il pregiudizio grave ed attuale che consente al detenuto la presentazione del reclamo può seguire ad un provvedimento (si pensi all'atto formale che nega la visita di un maestro religioso) ma può anche essere determinato da un'inerzia dell'amministrazione penitenziaria (ad esempio qualora il detenuto abbia richiesto invano un certo tipo di alimentazione nel rispetto di una data pratica religiosa)²¹². Così, sebbene le Sezioni Unite si riferiscano solitamente all'«atto produttivo della lesione»²¹³, non sempre il pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto è conseguenza di un «atto», e dunque il relativo reclamo pare difficilmente assimilabile al concetto canonico di gravame. D'altra parte, sarebbe illusorio proclamare la tutela dei diritti dei detenuti senza garantirne la protezione a fronte di violazioni di qualsiasi natura: l'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. consente il reclamo a seguito di un pregiudizio, ma nulla vieta che questo sia conseguenza della mancata realizzazione – addebitabile all'amministrazione – delle condizioni indispensabili per l'esercizio di un diritto, e dunque giustificato non da un provvedimento formale quanto più da uno stato di fatto²¹⁴. Da tali constatazioni consegue che il contenuto necessitato dell'istanza di cui agli artt. 69 comma 6 lett. *b* e 35-*bis* ord. penit. non potrà richiedere la specificità prescritta dall'art. 581 c.p.p. – che invece abbiamo detto essere indispensabile in tema di reclamo disciplinare – ma si accontenterà dei requisiti essenziali della domanda giudiziale. Il detenuto e l'internato, personalmente o a mezzo del difensore munito di procura speciale, devono quindi assicurare l'enunciazione del *petitum* e della *causa petendi*, indicare le proprie generalità – quelle del detenuto o dell'internato, se la richiesta è presentata dal difensore – e provvedere alla sottoscrizione dell'atto²¹⁵. In ogni caso, per quanto «essenziale», il contenuto dell'istanza dovrà sempre fornire una chiara illustrazione dell'oggetto del reclamo. È stato più volte ricordato, infatti, come il procedimento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. si attinga a strumento di giustizia co-

²¹² Vedi *supra*, parte prima, cap. II, par. 1.

²¹³ Fra tutte, Cass., S.U., 26 febbraio 2003, Gianni, cit.

²¹⁴ E infatti, dalla sentenza Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212, cit., l'esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali si è affermata indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione. Cfr. anche A. PENNISI, *Diritti*, cit., p. 200 e F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, 2013, p. 410.

²¹⁵ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 231; ma anche M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 402. Circa la necessità che l'atto introduttivo presenti i requisiti minimi della domanda giudiziale, cfr. in giurisprudenza, seppure con riferimento al procedimento di esecuzione, Cass., 25 giugno 2002, Antonini, in *C.e.d.*, 222145; Cass., 26 giugno 2001, Berardinetti, *ivi*, 219942.

gnitiva, istituendo una sede in cui detenuto e amministrazione penitenziaria si confrontano, in contraddittorio tra loro, sul fatto lamentato. Ecco che allora, qualora mancasse qualsiasi indicazione – anche minima – circa il tema del contendere, la posizione dell'amministrazione penitenziaria, quale controparte nel procedimento, ne risulterebbe irragionevolmente pregiudicata²¹⁶.

In conclusione, la questione sul contenuto necessario dell'istanza di reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit. non pare risolvibile attraverso una risposta unitaria. E dunque, per quanto la particolarità degli interessi in gioco porterebbero a preferire – per entrambe le ipotesi di reclamo – l'opzione a favore di un ridotto regime contenutistico, difficilmente si potrebbe disconoscere la natura differenziata della fattispecie di cui alla lett. *a*: il reclamo in materia disciplinare pare a tutti gli effetti un'impugnazione e come tale richiede necessariamente la presentazione di un'istanza corredata dai specifici e concreti motivi di doglianza. Peraltro, tale conclusione non giunge inaspettata agli occhi dell'interprete. A svelare la natura differenziata delle due ipotesi racchiuse all'interno dell'art. 69 comma 6 ord. penit. è anche l'evoluzione normativa che le ha interessate: la legge Gozzini infatti aveva espressamente indicato quale rimedio specifico per le doglianze in ambito disciplinare lo strumento di cui all'art. 14-*ter* ord. penit., non curandosi invece del tema dei “diritti” genericamente intesi, che dunque rimaneva “abbandonato” al reclamo generico *ex art. 35* ord. penit.²¹⁷. Già alla fine degli anni '80 quindi il legislatore aveva indirizzato la dinamica disciplinare verso il regime delle impugnazioni, affidandola a quello che di lì a poco sarebbe divenuto il gravame per eccellenza in ambito penitenziario²¹⁸. Per converso, a tale schema tipico il reclamo in tema di diritti avrebbe avuto accesso solo successivamente, e in via interpretativa: e peraltro, le ragioni che hanno portato all'estensione del modello procedurale previsto dall'art. 14-*ter* ord. penit. alla materia dei diritti dei detenuti si dovevano all'esigenza di assicurare garanzie procedurali nella fase accertativa ed esecutiva della decisione del magistrato di sorveglianza, più che alla volontà di riconoscere nel reclamo di cui all'art. 35 ord. penit. il medesimo *genus* delle altre tipologie di reclamo²¹⁹. Non stupisce dunque che ancora oggi i due strumenti portino i segni della diversa identità normativa che storicamente li ha caratterizzati, e tali divergenze si riflettono in primo luogo sul contenuto dell'istanza di reclamo.

²¹⁶ Alle medesime conclusioni è pervenuta in vari ambiti anche la giurisprudenza, ravvisando una deviazione dal principio del contraddittorio – riconducibile a nullità generale a regime intermedio – nel difetto delle minime indicazioni circa l'oggetto del procedimento. Cfr. Cass., 30 ottobre 2007, Murano, in *C.e.d.*, 239501; Cass., 12 dicembre 2003, Argenta, *ivi*, 227221; Cass., 14 febbraio 2003, Bellagamba, *ivi*, 224752; Cass., 24 maggio 2001, Boukhanoufa, *ivi*, 219179.

²¹⁷ Vedi *supra*, note 6 e 168.

²¹⁸ Vedi *supra*, nota 207.

²¹⁹ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

5. Gli effetti del reclamo: l'effetto sospensivo. Termini.

Confermare la natura di gravame del procedimento per reclamo significa però anche conferire alle disposizioni racchiuse nel libro IX del codice di procedura penale il compito di integrare, ove carente, la normativa di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. E allora pare inevitabile chiedersi se la disciplina del reclamo segua quanto prescritto dall'art. 588 c.p.p., ai sensi del quale «dal momento della pronuncia, durante i termini per impugnare e fino all'esito del giudizio di impugnazione, l'esecuzione del provvedimento impugnato è sospesa, salvo che la legge disponga altrimenti»²²⁰. A differenza degli altri modelli di reclamo, infatti, il legislatore non ha precisato se il rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. abbia o no effetto sospensivo²²¹. Effetto che quindi dovrebbe ritenersi applicabile in via interpretativa qualora al reclamo si riconoscesse la natura di gravame. Ma come detto nel paragrafo precedente, alla questione sulla natura dei rimedi previsti dagli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 ord. penit. non può che darsi una risposta diversificata. E allora, altrettanto diversificata sarà la sorte delle due ipotesi di reclamo circa l'applicabilità dell'effetto sospensivo.

Se infatti si sceglie l'opzione di inquadrare il reclamo in materia disciplinare tra le impugnazioni, difficilmente si potrà negare l'osservanza dei principi generali dettati per tale categoria, e dunque deve ammettersi la cogenza dell'art. 588 c.p.p.²²². Emanato il provvedimento disciplinare, i suoi effetti dovranno rimanere sospesi almeno sino alla scadenza dei termini previsti per la presentazione del reclamo. Il ter-

²²⁰ Qualora si affermasse la cogenza dell'art. 588 c.p.p., il provvedimento impugnato sarebbe quindi inesigibile già al momento della sua emanazione, non essendo necessaria la presentazione del reclamo ai fini della sospensione.

²²¹ Si pensi all'art. 14-*ter* ord. penit., ove al primo comma è espressamente indicato che «il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento»; ma anche al comma 7 dell'art. 30-*bis* ord. penit. – che come noto funge da archetipo procedurale dei reclami in tema di permessi *ex* artt. 30 e 30-*ter* ord. penit. –, dove è precisato che «l'esecuzione del permesso è sospesa» sino alla definizione del procedimento per reclamo; o all'art. 41-*bis* comma 2-*quinq*ues ord. penit., ai sensi del quale «il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento».

²²² Critico rispetto alla mancata previsione normativa di un effetto sospensivo in tema di reclamo disciplinare, M. BORTOLATO, in *Atti Camera. XVII leg. Indag. Conosc. Comm. II*, cit.; e, nello stesso senso, F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 64. Cfr. anche E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 244, nota 130, per cui «per escludere l'effetto sospensivo del reclamo si potrebbe muovere dall'art. 78 reg. ord. penit., che consente al direttore del carcere di disporre un provvedimento cautelare di efficacia temporale molto limitata (di appena dieci giorni) ancor prima dell'adozione della sanzione: la disposizione ha infatti un senso – e un'effettiva utilità pratica – solo ove si escluda l'effetto sospensivo del reclamo». Seguendo questo ragionamento, in effetti, parrebbe irragionevole prevedere, da un lato, l'applicabilità in via cautelativa del provvedimento disciplinare, e dall'altro, ammettere che questo possa essere sospeso ai fini del reclamo *ex* art. 35-*bis* ord. penit. Ma tale intuizione potrebbe essere vanificata ove si confermasse la tesi della non impugnabilità *ex* art. 35-*bis* ord. penit. dei provvedimenti disciplinari emessi attraverso la procedura di cui all'art. 78 reg. esec. (vedi *supra*, nota 9). Se per il provvedimento *ex* art. 78 reg. esec. «non è prevista lacuna forma di controllo» (così, M.G. COPPETTA, *Sub Art. 39 ord. penit.*, cit., p. 438), le disposizioni che regolano il reclamo avverso le ordinarie sanzioni disciplinari non potrebbero riferirsi anche a quelle emesse in via anticipativa al procedimento di cui all'art. 81 reg. esec. Ne segue che l'affermazione o meno dell'effetto sospensivo in tema di reclamo disciplinare non toccherebbe la materia regolata dall'art. 78 reg. esec. che continuerebbe a rispondere a logiche eccezionali, dettate dalla necessità e dall'urgenza di reprimere una situazione di particolare gravità, e dunque legittimate nel quadro del più volte richiamato bilanciamento di interessi.

mine finale della sospensione è quindi duplice: *a*) può limitarsi a dieci giorni (termine prescritto dall'art. 35-*bis* comma 2 ord. penit. per la presentazione del reclamo in materia disciplinare, e scaduto il quale senza che il detenuto abbia presentato reclamo, il provvedimento diviene eseguibile); *b*) ovvero estendersi in attesa della pronuncia confermativa della sanzione o del suo annullamento da parte del magistrato di sorveglianza (qualora appunto il provvedimento sia stato impugnato nel termine prescritto dal comma 2 dell'art. 35-*bis* ord. penit.). D'altra parte, negando l'effetto sospensivo, la decisione sul reclamo in materia disciplinare rischierebbe di intervenire solo quando la sanzione è stata ormai eseguita²²³. Il termine concesso per la presentazione dell'istanza *ex art.* 35-*bis* ord. penit. (dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento) infatti rischierebbe di sovrapporsi e, in taluni casi, di superare integralmente la durata della sanzione disciplinare, che, abbiamo detto, non può eccedere i quindici giorni (e comunque solo nell'ipotesi di cui al n. 5 dell'art. 39 comma 1 ord. penit.)²²⁴. Escludendo l'effetto sospensivo si aprirebbe quindi uno scenario paradossale. Il magistrato di sorveglianza, che attraverso lo strumento *ex art.* 35-*bis* ord. penit. dovrebbe assicurare una tutela "preventiva" ai pregiudizi di detenuti e internati, si troverebbe a decidere sulla legittimità – e, in taluni casi, sul merito – di una sanzione disciplinare che, però, è già stata interamente eseguita. E così, dietro l'etichetta di strumento "preventivo", il reclamo *ex artt.* 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. celerebbe, agli effetti, un rimedio inevitabilmente successivo alla lesione²²⁵.

Diversamente, quanto al reclamo di cui alla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit., l'innegabile difficoltà di assimilare la fattispecie al *genus* delle impugnazioni parrebbe negare la cogenza dell'art. 588 c.p.p. E infatti, a conferma della mancata natura di gravame, il legislatore non ha prescritto un termine per la presentazione del reclamo: se egli avesse inteso dotare il rimedio di cui alla lett. *b* di effetto sospensivo (affermandone così la natura di mezzo di impugnazione), con tutta probabilità avreb-

²²³ In questi termini anche P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 107.

²²⁴ Vedi *supra*, parte prima, cap. I, par. 3., nonché nota 58.

²²⁵ Va comunque osservato che quando la Corte eur. richiama la necessità di strumenti a tutela "preventiva", il riferimento è a interventi "tempestivi", e quindi non necessariamente anticipativi della lesione. Ad esempio, nella sentenza Torregiani, il rimprovero della Corte muoveva dall'assenza di un rimedio preventivo idoneo a «impedire il protrarsi della violazione dedotta o consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione» (negli stessi termini, cfr. tra molte, Corte eur., 22 ottobre 2009, Norbert Sikorski c. Polonia, in www.hudoc.echr.coe.int). Seguendo questo indirizzo, peraltro, il legislatore ha fatto proprio il linguaggio della Corte anche in tema di diritti genericamente intesi, associando la "prevenzione" affidata al reclamo di cui alla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. al requisito dell'attualità della lesione; e dunque dando per scontato che la doglianza reclamata dal detenuto sia già stata in parte patita. Ma pur ammettendo che l'esecuzione della sanzione (o il pregiudizio nei diritti) sia già stata iniziata, non si può allo stesso modo tollerare che questa sia già volta al termine. L'intervento del magistrato di sorveglianza non dovrebbe mai seguire l'esecuzione integrale del provvedimento lamentato. Quando in gioco vi è un pregiudizio già subito dal reclamante, infatti, resta aperta per il detenuto la possibilità di ottenere tutela in altra sede attraverso rimedi compensativi, che ammettono eventualmente il risarcimento del danno.

be in qualche misura limitato l'esercizio del potere di reclamo, magari associandolo ad un principio consumativo del diritto²²⁶.

In conclusione, la risposta alla questione sull'effetto sospensivo segue inevitabilmente le sorti sopra indicate in riferimento alla natura del rimedio. Mentre il reclamo in tema di diritti non potrà accedere alla disciplina prevista dalle regole generali del codice, l'ipotesi di cui alla lett. *a*, associata alla categoria delle impugnazioni, beneficerà dell'effetto sospensivo del reclamo e dunque la sanzione non potrà essere eseguita sino alla sua ritenuta "stabilità giuridica". E ciò pare ancor più vero in un sistema normativo integrato quale quello istituito dal recente legislatore. Infatti il rinvio del primo comma dell'art. 35-*bis* ord. penit. alle formule contenute nel codice di rito (agli artt. 666 e 678 c.p.p.) non può limitarsi ad un'asettica condivisione di quelle sole specifiche cadenze procedurali, ma deve essere letto conformemente anche alle regole generali che governano il sistema processuale penale nel suo complesso, salvo il legislatore non disponga diversamente. In altri termini, se la regola generale prescritta nel codice di procedura penale prevede che un provvedimento non sia eseguibile sino al decorso dei termini previsti per la sua impugnazione, ovvero, in quest'ultimo caso, sino alla definizione del procedimento di gravame, in assenza di diversa indicazione normativa, tale principio non può che riverberarsi anche sulla morfologia dell'esecuzione penale²²⁷.

6. Il vaglio di ammissibilità del reclamo. Le cause della «manifesta inammissibilità».

All'interno del procedimento per reclamo possono essere isolate una serie di attività funzionalmente omogenee collocate tra la presentazione della domanda *ex* art. 35-*bis* ord. penit. e l'apertura dell'udienza. Questo segmento procedurale è ciò che viene chiamato *fase degli atti preliminari*, perché appunto mira ad «approntare le condizioni indispensabili affinché l'udienza abbia utile svolgimento»²²⁸. Qui si colloca il vaglio di ammissibilità, disciplinato dall'art. 666 comma 2 c.p.p. in forza del rinvio operato dall'art. 35-*bis* comma 1 ord. penit. alle forme del procedimento di esecuzione. L'art. 35-*bis* comma 1 ord. penit. infatti limita le ipotesi di inammissibilità della domanda di reclamo ai casi di «manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'art. 666, comma 2, del codice di procedura penale».

²²⁶ E tale ragionamento vale anche *a contrario*: il legislatore ha subordinato il diritto al reclamo disciplinare ad un termine proprio nell'intento di circoscrivere temporalmente l'effetto sospensivo, confermando così che il rimedio previsto dalla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. ha natura di impugnazione in senso tecnico.

²²⁷ Peraltro, al fine di negare effetto sospensivo al reclamo di cui alla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit., neppure varrebbe argomentare che «le impugnazioni contro i provvedimenti in materia di libertà personale non hanno in alcun caso effetto sospensivo» (secondo comma dell'art. 588 c.p.p.). Tale eccezione infatti era stata pensata in relazione ai provvedimenti caratteristici del sistema cautelare, i quali appunto, a differenza di quanto di regola avviene in tema di impugnazioni, fino all'esito dei controlli conservano la loro esecutività.

²²⁸ G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit. p. 294.

La lettura più lineare della disposizione parrebbe quindi sovrapporre il vaglio di ammissibilità del reclamo a quello previsto dall'art. 666 comma 2 c.p.p., subordinando il superamento del sindacato alle due condizioni ivi esplicitate²²⁹: *a*) la carenza dei presupposti di legge per la trattazione dell'istanza, *b*) ovvero la preclusione prodotta da una precedente pronuncia basata sul medesimo oggetto. In primo luogo, quindi, il reclamo dovrà essere dichiarato inammissibile quando difetti dei requisiti minimi in assenza dei quali la domanda non potrebbe mai trovare accoglimento²³⁰. Ma quanto ai presupposti essenziali dell'istanza, abbiamo visto nei paragrafi precedenti come le due ipotesi di reclamo divergano. Così, quanto al reclamo in tema di diritti (lett. *b* art. 69 comma 6 ord. penit.), solo un'istanza mancante dei requisiti minimi della domanda giudiziale (*petitum e causa petendi*) potrà integrare la manifesta infondatezza prescritta dal secondo comma dell'art. 666 c.p.p.²³¹; mentre, quanto al re-

²²⁹ Il controllo sull'ammissibilità della richiesta, già previsto dall'art. 71-*sexies* ord. penit., è stato rimangiato dal legislatore del 1988 nell'intento di potenziarne l'attitudine selettiva. Tra gli accorgimenti osservati dall'ultimo legislatore, un ruolo rilevante ha assunto l'introduzione esplicita della figura del magistrato di sorveglianza (accanto a quella, già menzionata, del presidente del collegio) nel novero delle autorità competenti ad effettuare il vaglio preliminare. Così si poneva fine ai dubbi originati dalla disposizione previgente, che, non contemplando alcun riferimento all'organo monocratico, avevano obiettivamente fatto dubitare dell'applicazione del meccanismo enunciato nelle materie di pertinenza del magistrato di sorveglianza. Oggi è dunque pacifico che anche il magistrato di sorveglianza, nei procedimenti di sua competenza (e per espressa indicazione di legge, anche nel procedimento per reclamo), possa definire preliminarmente la questione in presenza delle cause esplicitate dall'art. 666 comma 2 c.p.p. Di conseguenza, il provvedimento che il magistrato di sorveglianza assume *de plano*, senza fissazione dell'udienza in camera di consiglio, fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale e a carattere assoluto, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, che, se accertata in sede di legittimità, comporta l'annullamento senza rinvio della decisione impugnata (così, Cass., 16 settembre 2014, Cherni, in *C.e.d.*, 260524). Ulteriore differenza rispetto all'archetipo contenuto nel capo II-*bis* del titolo II è prevista in tema di impugnazioni, laddove le precedenti disposizioni consentivano all'interessato la facoltà di proporre opposizione al decreto di inammissibilità – a cui seguiva l'obbligatoria prosecuzione del procedimento – mentre oggi è consentito solo il ricorso per cassazione (v. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 325).

²³⁰ La *ratio* di tale causa di inammissibilità va individuata «nell'assoluta superfluità del contraddittorio camerale» (A. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, L. KALB (a cura di), Utet, 2009-2011, p. 280). L'ampia latitudine della formula in questione ha quindi portato gli interpreti ad una valutazione dei presupposti di inammissibilità in senso restrittivo, affermando che occorre distinguere tra condizioni di diritto e condizioni di fatto il cui accertamento risulta precluso in sede di ammissibilità. In particolare, si è ritenuta illegittima la declaratoria di inammissibilità dell'istanza per la concessione di una misura alternativa alla detenzione quando non sia accompagnata dall'indicazione di un'attività lavorativa da svolgere in caso di concessione del beneficio (Cass., 22 settembre 2014, Zomorroud, in *C.e.d.*, 260723; Cass., 7 aprile 2004, Sinjaku, *ivi*, 228653), sia nei confronti del condannato che risulti irreperibile (Cass., 13 giugno 2001, Njume, in *C.e.d.*, 219592) o residente all'estero (Cass., 7 marzo 2008, Cardi, in *C.e.d.*, 239654), ovvero che risulti detenuto per altra causa (Cass., 12 dicembre 2013, Pappalardo, in *C.e.d.*, 259024; Cass., 19 maggio 2009, Stojanovic, *ivi*, 244015; Cass., 8 ottobre 2004, Musone, *ivi*, 230764; Cass., 14 giugno 2002, Rigoli, *ivi*, 222525). Sono inoltre numerose le pronunce che negano il decreto di inammissibilità sulla base della sola constatazione che la richiesta proviene da un condannato per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. (tra molte, Cass., 14 ottobre 2011, Cecere, in *C.e.d.*, 251490) ovvero in ragione dell'applicazione dell'art. 58-*quater* comma 7-*bis* ord. penit. qualora la recidiva reiterata sia stata applicata con sentenze estranee alla procedura esecutiva in corso (Cass., 28 giugno 2006, Lucchese, in *C.e.d.*, 234866).

²³¹ Come è stato precedentemente osservato, il superamento del vaglio di ammissibilità del reclamo in tema di diritti pare condizionato alla sussistenza dei requisiti di gravità e attualità del pregiudizio (in

clamo in materia disciplinare, il medesimo risultato si otterrà anche solo in presenza di una generica indicazione – e quindi non specifica – degli elementi di fatto o delle ragioni di diritto²³². È noto, in ogni caso, che la mancanza alla base del giudizio di ammissibilità dovrà palesarsi agli occhi del magistrato di sorveglianza in modo immediato, senza implicare alcun giudizio di merito né apprezzamento discrezionale, dovendosi altrimenti assicurare la garanzia del contraddittorio in udienza²³³. Il che si-

questi termini, v. *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit.). Ma tale valutazione – che in realtà dovrebbe essere implicita, tenuto conto dell’oggetto del reclamo (pretese non riconducibili ad aspettative di mero fatto) e della natura inibitoria del rimedio –, ove venisse confermata dalla giurisprudenza potrebbe porre almeno due ordini di problemi. Il primo riguarda, appunto, il contenuto della domanda di reclamo. Infatti, se da un lato il detenuto potrebbe anche spendere elementi a favore della gravità della lesione lamentata, dall’altro, difficilmente si potrebbe pretendere l’illustrazione della attualità del pregiudizio. Considerato che il magistrato di sorveglianza non è tenuto al rispetto di alcun termine per la trattazione del reclamo ex art. 69 comma 6 lett. b ord. penit. (vedi *infra*, par. 7.), come potrebbe il detenuto fornire indicazioni circa l’attualità se neppure conosce il momento in cui il pregiudizio verrà valutato? Ciò che pare più probabile è che quindi l’interessato non sia obbligato ad esplicitare nell’istanza alcun riferimento alla effettiva sussistenza del pregiudizio (se non, nel caso, in relazione al momento di presentazione della domanda), posto che questa sarà una condizione che il giudice di sorveglianza dovrà verificare autonomamente, indipendentemente dal contenuto della domanda di reclamo. Ma tale considerazione genera un’ulteriore perplessità. Il riferimento alla manifesta infondatezza del reclamo di cui alla lett. b dell’art. 69 comma 6 ord. penit., unito alla precisazione sull’attualità e gravità del pregiudizio, rende implicita una valutazione nel merito che mal si concilia con la ricognizione dei presupposti processuali della domanda e presenta il rischio di provvedimenti di rigetto adottati senza un previo e regolare contraddittorio. E questo, proprio in un settore in cui dovrebbe essere ancora più forte il richiamo ai principi del giusto processo.

²³² In tema di reclamo disciplinare, al catalogo delle cause di inammissibilità per difetto delle condizioni di legge si aggiungono anche l’osservanza del termine decadenziale di dieci giorni prescritto per la presentazione della domanda, nonché l’insussistenza dei requisiti di merito prescritti dalla stessa legge (ad esempio nell’ipotesi in cui si deducano motivi di merito nel caso di irrogazione di una sanzione disciplinare diversa da quelle previste all’art. 39 comma 1 n. 4 e 5 ord. penit.). Sul punto cfr. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 401.

²³³ La carenza delle condizioni di legge deve essere «non solo rilevabile *ictu oculi*, ma tale, altresì, da non comportare valutazioni discrezionali» (F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Giappichelli, 1998, p. 118, negli stessi termini F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 321-322). Ne segue, l’impossibilità per il giudice di assumere decisioni negative «frutto di valutazioni argomentative di tipo complesso e comunque rese opinabili dall’esistenza [...] di possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta alla base della richiesta» (F. CORBI, *L’esecuzione*, cit., p. 204). La giurisprudenza si è adeguata a tale linea interpretativa, seppure apponendovi taluni correttivi. Sono infatti frequenti le enunciazioni di principio secondo cui le ragioni dell’inammissibilità, «per vizio di legittimità e non per ragioni di merito» (vedi *supra*, nota 230) devono essere di palmare evidenza e il loro accertamento non deve comportare la soluzione di questioni controverse: da ultimo, Cass., 21 ottobre 2014, Chisci e altro, in *C.e.d.*, 260971, dove la Corte ha affermato che in materia di esecuzione, l’inammissibilità dell’istanza può essere rilevata dal giudice *de plano*, solo nei casi in cui appaiono immediatamente insussistenti i presupposti normativi della richiesta, restando riservati al rito camerale le questioni di diritto di non univoca soluzione e la delibazione di fondatezza nel merito dell’istanza. Cfr. anche Cass., 25 settembre 2013, Romano, cit.; Cass., 18 aprile 2013, Giuffrida, in *C.e.d.*, 257017; Cass., 14 giugno 2007, Stara, *ivi*, 237712, dove la Corte esclude la dichiarazione *de plano* quando il ricorso riguardi questioni di diritto e preliminari accertamenti in fatto, poiché la *ratio* del provvedimento in questione consiste nella rilevanza *ictu oculi* della mancanza di fondamento dell’istanza. Ne segue che quando si pongano problemi di valutazione, che per essere risolti necessitano di criteri interpretativi in relazione al *thema probandum*, è dovuta l’instaurazione del contraddittorio con il procedimento camerale previsto dall’art. 666 comma 3 e s. c.p.p.: Cass., 10 maggio 2006, Gueye, in *C.e.d.*, 234137; Cass., 19 maggio 2005, Savarino, *ivi*, 232087; Cass., 27 maggio 2003, Cimetti, *ivi*, 224941; Cass., 12 aprile 2001, Dimitrio, *ivi*, 218955, dove la Corte ha affermato che, in tema di domanda di

gnifica che, per comportare l'inammissibilità del reclamo, il vizio dovrà incidere direttamente sul fondamento *ictu oculi* della domanda, e non sulla sua fondatezza²³⁴. Poiché si sta prendendo in considerazione il «difetto delle condizioni di legge», va precisato che il vizio di inammissibilità coinvolge anche le situazioni carenti sotto il profilo dei presupposti processuali della domanda, ossia di quei requisiti che si pongono come generali condizioni di ammissibilità di qualunque istanza²³⁵. Dovranno ritenersi valutabili quindi anche le cd. cause generali di inammissibilità della richiesta giudiziale, riassumibili nel: *a*) difetto di competenza funzionale della magistratura di sorveglianza in relazione al provvedimento richiesto²³⁶; *b*) difetto di legittimazione dell'istante²³⁷; *c*) difetto di interesse alla decisione²³⁸; *d*) la rinuncia all'istanza ritualmente presentata, facoltà considerata ammissibile nel procedimento di sorveglianza – e dunque anche in tema di reclamo, in forza del rinvio a tale schema tipico – benché generalmente preclusa nelle procedure della fase esecutiva²³⁹; *e*) la contemporanea pendenza di un altro procedimento di analogo contenuto²⁴⁰.

Sulla scia di quanto disposto dall'art. 666 comma 2 c.p.p., la declaratoria di inammissibilità seguirebbe inoltre alla «mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi». Questa seconda ipotesi di inammissibilità prescritta dall'art. 666 c.p.p. costituisce una particolare applicazione del divieto di *bis in idem*: la presentazione di un'istanza funge da preclusione rispetto a eventuali e future

riabilitazione proposta ai sensi dell'art. 179 comma 4 n. 2 c.p. dal condannato che intende dimostrare l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni civili derivanti dal reato, non è consentito al presidente del collegio di dichiarare *de plano* l'inammissibilità della richiesta, ma è necessario che si dia luogo ad un giudizio di merito sull'esistenza delle obbligazioni civili non soddisfatte e sulla capacità economica posseduta dal richiedente; Cass., 13 gennaio 2000, Angemi, *ivi*, 215368; Cass., 5 aprile 1995, Chirico, *ivi*, 200786, dove la Corte ha precisato che la declaratoria di manifesta infondatezza dell'istanza non è possibile allorché sulla materia della richiesta sussista un contrasto della giurisprudenza di legittimità; Cass., 3 novembre 1994, Sforza, *ivi*, 200724, che ha escluso la legittimità del decreto giustificata dall'affermazione secondo cui «non si ravvisa alcun precedente giurisprudenziale specifico».

²³⁴ L'indagine sulla fondatezza del reclamo è infatti riservata all'udienza e mai può essere liquidata nel vaglio preliminare. Cfr. *supra*, parte prima, cap. II, par. 2. e nota 100.

²³⁵ Per un'accurata trattazione circa la categoria delle cause generali di inammissibilità della richiesta, v. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 322.

²³⁶ Ad esempio, nel caso di una richiesta di risarcimento del danno biologico – pur in conseguenza della violazione di una norma dell'ordinamento penitenziario –, per la quale sussiste la competenza esclusiva del giudice civile, (Cass., 15 gennaio 2013, Vizzari, cit.; in generale, circa i poteri della magistratura di sorveglianza, cfr. Cass., 9 aprile 1992, Guagliardo, in *C.e.d.*, 189995).

²³⁷ Che, seguendo le argomentazioni di cui *supra*, par. 2.1, sanzionerebbe l'istanza proveniente da soggetti *diversi* dai detenuti e internati che abbiano subito la lamentata lesione.

²³⁸ Che, per quanto qui interessa, potrebbe sanzionare l'istanza finalizzata a porre rimedio ad una detenzione in condizioni di sovraffollamento carcerario, allorquando non vi sia più attualità della lesione al momento della preliminare valutazione di ammissibilità, per avere, ad esempio, l'amministrazione già posto rimedio al pregiudizio con diversa allocazione, oppure essendo terminato il periodo di esecuzione della condanna (in generale, sul difetto di interesse, cfr. Cass., 25 ottobre 2009, Matichecchia, *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, p. 115).

²³⁹ Cass., 19 febbraio 2009, Guarracino, in *C.e.d.*, 242898 e Cass., 6 febbraio 2001, Palladino, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1094.

²⁴⁰ In questi termini v. anche M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 402.

richieste che presentino il medesimo *petitum* e la stessa *causa petendi*²⁴¹. Chiarito che qui per «richiesta già rigettata» deve intendersi anche quella già dichiarata inammissibile²⁴², va osservato che in tema di reclamo tale ipotesi è stata messa in discussione da parte della dottrina. Le perplessità si devono alla formula utilizzata nell'art. 35-*bis* ord. penit., per cui la declaratoria seguirebbe alla «manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2» c.p.p. Preso atto che il termine «manifesta inammissibilità» è estraneo al lessico della procedura penale, alcuni hanno quindi ipotizzato che dietro a tale imprecisione terminologica si celasse l'intento legislativo di circoscrivere l'inammissibilità del reclamo ai soli casi di manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge. L'assonanza generata dalla riproduzione del termine «manifesta» farebbe così dubitare della possibilità di emanare il decreto di inammissibilità a seguito della «mera riproposizione di una richiesta già rigettata»²⁴³.

Diversamente, il termine «manifesta» potrebbe essere inteso quale rafforzativo della necessaria evidenza della causa di inammissibilità – e conseguentemente del principio che vuole un vaglio meramente «formale» dell'istanza –, e quindi riferito ad entrambe le ipotesi dell'art. 666 comma 2 c.p.p. e non solo a quella che normativamente è associata alla «manifesta infondatezza». Si potrebbe infatti pensare che l'inserimento della formula «manifesta inammissibilità» sia in realtà il maldestro, e forse incauto, tentativo di scongiurare, già nel testo dell'art. 35-*bis* ord. penit., le critiche circa la sovrapposizione dei concetti di «inammissibilità» e «infondatezza». Critiche che storicamente hanno travolto le disposizioni normative in tema di domande di parte, talvolta minando il principio di assoluta asettività del controllo preliminare all'udienza²⁴⁴. D'altra parte, sarebbe irragionevole negare l'ostatività della preclusio-

²⁴¹ Chiaramente nei limiti dettati da un'identità oggettiva delle due istanze. Ne segue che la richiesta non può essere colpita da inammissibilità qualora vi siano rappresentate nuove eccezioni, o le medesime, ma fondate su presupposti di fatto e motivi di diritto diversi da quelli già presi in considerazione. Cfr. Cass., 14 ottobre 1991, Franceschini, in *C.e.d.*, 188619: il provvedimento del giudice dell'esecuzione, una volta divenuto formalmente irrevocabile, preclude una nuova pronuncia sul medesimo *petitum* non già in maniera assoluta e definitiva, ma *rebus sic stantibus*, finché non si prospettino nuovi dati di fatto o nuove questioni giuridiche. A tal fine, devono considerarsi nuovi non soltanto gli elementi sopravvenuti, ma anche quelli preesistenti dei quali non si sia tenuto conto ai fini della decisione anteriore. Circa il carattere non necessariamente definitivo del precedente provvedimento di rigetto o di inammissibilità, cfr. Cass., 19 marzo 2014, Nozzolino, in *C.e.d.*, 262135 e Cass., 18 novembre 1998, Marra, *ivi*, 212793. D'altra parte, in questo caso, il decreto potrebbe comunque trovare giustificazione in ragione delle cause generali di inammissibilità della domanda giudiziale (v. *supra*, in questo paragrafo punto e).

²⁴² Cass., 1° dicembre 1999, Bauleo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 922.

²⁴³ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 229, dove l'autrice, dopo aver rilevato il «*lapsus* terminologico in cui sono incorsi i riformatori, che forse intendevano alludere all'inammissibilità per manifesta infondatezza», sottolinea come la lettura più restrittiva del dettato dell'art. 35-*bis* ord. penit. «sembra comunque da preferirsi, in quanto ispirata ad un maggior favore nei confronti del reclamante». Nello stesso senso, F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 49.

²⁴⁴ In dottrina è stato evidenziato l'uso anomalo del riferimento alla manifesta infondatezza nello stadio preliminare alla trattazione in udienza. In tale espressione è infatti implicita una valutazione del merito che mal si concilia con il vaglio dei presupposti processuali della domanda e presenta il rischio di provvedimenti di rigetto adottati senza un regolare contraddittorio. Cfr. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 321, il quale richiama anche altre disposizioni codicistiche che presentano la medesima imprecisione lessicale (così gli artt. 41 comma 1, 49 comma 2, 606 comma 3, 625-*bis* comma 4 e 634

ne generata da una precedente domanda di identico contenuto per il sol fatto che normativamente tale questione non sia legata ad un vizio “manifesto”. E questo, soprattutto considerato che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che, così come la prima ipotesi prescritta dall’art. 666 comma 2 c.p.p., anche la seconda deve risultare «*ictu oculi* evidente», atteso che entrambe condividono il medesimo fine, ossia quello di filtrare solo le istanze palesemente inidonee alla fase dell’udienza²⁴⁵.

6.1. (Segue) Il procedimento.

In presenza di una delle cause di inammissibilità della domanda di reclamo, il magistrato di sorveglianza, «sentito [solo] il pubblico ministero, la dichiara [...] con decreto motivato»²⁴⁶. Il decreto deve essere notificato entro cinque giorni all’interessato. Il termine ha natura meramente ordinatoria, e dunque la sua inosservanza non implica alcuna sanzione processuale, fermo restando lo slittamento del tempo per impugnare²⁴⁷.

Contro il decreto è ammesso il ricorso per cassazione²⁴⁸. E qui la mancata menzione del difensore tra i destinatari della notifica del decreto rievoca le criticità già palesate in riferimento al procedimento di esecuzione, col rischio di rendere il rimedio «puramente teorico» per coloro che, «avendo formulato la richiesta senza il

comma 1 c.p.p.); G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2010, p. 819; G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit., p. 300 s.

²⁴⁵ Cass., 24 febbraio 2004, Aragno, in *C.e.d.*, 228764.

²⁴⁶ La conferma dell’audizione esclusiva della parte pubblica fa inevitabilmente riemergere le perplessità che avevano indotto la dottrina a ravvisare in tema di procedimento di esecuzione «un’evidente disparità di trattamento tra le parti, censurabile a norma dell’art. 111.2. Cost.», si veda F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 324. Adesivi, L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 398; G. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 819 e G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit., p. 256. Le limitazioni al contraddittorio subite dal reclamante potrebbero dunque essere sanate solo qualora l’inammissibilità della richiesta venisse dichiarata – anziché *de plano* – in sede di udienza (cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 118, in particolare v. la nota 38). Questo potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora in corso di udienza (o comunque in un momento successivo al vaglio di ammissibilità) venisse meno il requisito dell’attualità, con conseguente difetto di interesse al procedimento per reclamo (vedi *supra*, parte prima, cap. II, par. 3., e nota 231). In questo caso, a rigor di logica, non si potrebbe prescindere dalla rituale costituzione del contraddittorio, a pena di nullità assoluta (Cass., 7 luglio 1992, Semeria, in *C.e.d.*, 191595). Va tuttavia osservato che la giurisprudenza maggioritaria riconosce comunque al giudice (anche in sede di udienza) il potere di decidere *de plano*, mediante un provvedimento che, formalmente qualificato come ordinanza, ha valenza di decreto (cfr. Cass., 4 gennaio 2000, Rotondi, in *C.e.d.*, 215975; Cass., 12 novembre 1997, Boccio, *ivi*, 209523; Cass., 24 settembre 1993, p.m. in proc. Angelino, *ivi*, 195341).

²⁴⁷ In giurisprudenza, per tutte, Cass., 21 novembre 2012, Campisi, in *C.e.d.*, 255450. Quanto al rilievo per cui l’assenza di espressa previsione dell’obbligo di deposito del decreto impedirebbe l’individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di notifica, lasciando senza sanzione la sua eventuale inosservanza, v. G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III, p. 414. Diversamente, F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 325: «il termine decorre dal deposito in cancelleria del provvedimento, da effettuarsi a sua volta, a norma dell’art. 128 c.p.p. entro cinque giorni dalla deliberazione» (fanno leva sull’applicazione della regola generale contenuta nell’art. 128 c.p.p., tra molti, anche L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 398 e F. CORBI, *L’esecuzione*, cit., p. 206).

²⁴⁸ Tra molte, Cass. 16 luglio 2015, Ruffolo, in *C.e.d.*, 265857; Cass. 14 maggio 2015, Manrique Sanchez, *ivi*, 26707.

supporto del difensore, appaiono come i più probabili destinatari del provvedimento preclusivo emesso *in limine iudicii*²⁴⁹. Infatti, la nomina del difensore d'ufficio è prevista solo successivamente al superamento dell'esame di ammissibilità, e segnatamente in contemporanea alla fissazione dell'udienza *ex art. 666 comma 3 c.p.p.* Individuando il destinatario della notifica in relazione al soggetto proponente dell'istanza di cui all'*art. 35-bis ord. penit.*, si priva dunque di assistenza tecnica il detenuto che abbia presentato personalmente il reclamo, pregiudicando l'accesso al rimedio del ricorso per cassazione avverso il decreto di inammissibilità²⁵⁰.

Anche l'assenza di prescrizioni circa i titolari del potere di ricorso per cassazione rende incerta la legittimazione di soggetti diversi dal reclamante. Sul punto, però, soccorre l'*art. 571 c.p.p.* che in via generale ammette, in aggiunta all'impugnazione personale dell'interessato, anche quella presentata da un suo «procuratore speciale». Ne segue che, pur rimanendo il reclamante l'unico destinatario della notifica del decreto, questo può comunque investire il proprio difensore per la presentazione del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di inammissibilità²⁵¹.

Quanto ai termini e agli effetti del ricorso, si applicano le regole generali previste dal libro IX del codice di procedura penale. Il ricorso per cassazione va quindi presentato nei quindici giorni successivi alla notifica e sospende l'esecuzione del decreto di inammissibilità²⁵². Qualora il giudizio per cassazione dovesse concludersi

²⁴⁹ F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 121; nello stesso senso anche F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 325.

²⁵⁰ Propone di ovviare a tale inconveniente argomentando attraverso il disposto dell'*art. 656 comma 5 c.p.p.* (laddove prevede che «l'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio»), S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, 2002, p. 190. Cfr. anche, L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 398, dove l'Autore suggerisce l'applicazione *in executivis* dell'informazione sul diritto di difesa *ex art. 369-bis c.p.p.*

²⁵¹ Per quanto meno frequente, va osservato che tra i soggetti legittimati al ricorso per cassazione avverso il decreto di inammissibilità deve includersi anche il pubblico ministero, il quale, come abbiamo visto (*supra*, nota 170), mantiene intatto il suo ruolo di tutela delle ragioni dello Stato, agendo quale soggetto terzo anche nel procedimento per reclamo. Sul punto, quanto alla legittimazione della parte pubblica nel procedimento di esecuzione, v. F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 325 e F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 205. Si associa a tale linea interpretativa anche la giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia oscillando sull'enunciazione del corrispondente interesse ad impugnare: ricondotto, talvolta, all'interesse «alla retta applicazione della legge» (così, Cass., 4 ottobre 1991, p.m. in proc. Ferraiolo, in *C.e.d.*, 188479), mentre altre, richiedendo un «concreto interesse del p.m. a rimuovere il provvedimento impugnato» (Cass., 13 novembre 1992, p.r.m. in proc. Sanneris, in *C.e.d.*, 192583).

²⁵² Quanto ai termini, i dubbi che avevano coinvolto la materia del procedimento tipico di sorveglianza riguardavano la diversa previsione contenuta nell'*art. 71-sexies comma 2 ord. penit.*, il quale consentiva all'interessato di proporre *opposizione* (vedi *supra*, nota 229) nel «termine di cinque giorni dalla comunicazione» del decreto di inammissibilità. Sul punto, tuttavia, la Suprema Corte ha chiarito la coerenza della regola prescritta dall'*art. 585 comma 1 lett. a c.p.p.*, ammettendo la presentazione del ricorso per cassazione nei quindici giorni successivi alla notifica del decreto. In tema di effetto sospensivo, dottrina e giurisprudenza si dimostrano concordi nell'applicazione del principio di cui al primo comma dell'*art. 588 c.p.p.* Al ricorso per cassazione avverso il decreto di inammissibilità non si estende quindi il disposto dell'*art. 666 comma 7 c.p.p.* che – come si vedrà meglio in seguito – esclude l'effetto sospensivo dell'impugnazione, salva diversa statuizione del giudice. Si veda F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 325; cfr., in giurisprudenza, Cass., 6 maggio 1998, p.g. in proc. Ben Saad,

con una pronuncia di annullamento, quindi, gli atti saranno restituiti al magistrato di sorveglianza, il quale procederà con l'udienza di reclamo.

7. *La fase introduttiva dell'udienza.*

Se invece la richiesta supera il vaglio di ammissibilità, il magistrato di sorveglianza nomina «il difensore d'ufficio all'interessato che ne sia privo» (art. 666 comma 3 c.p.p.), «fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» (art. 35-*bis* comma 1 ord. penit.). Il legislatore del 2013, con l'innovata disciplina degli avvisi e la previsione di una partecipazione diretta, ha quindi inteso correggere l'inconveniente che, ai sensi dell'art. 14-*ter* ord. penit., consentiva all'amministrazione esclusivamente di «presentare memorie», estromettendola di fatto dal procedimento²⁵³. Va comunque osservato che il medesimo risultato si sarebbe ottenuto anche per analogia rispetto a quanto previsto dalla disciplina del procedimento di esecuzione, e segnatamente dall'art. 666 comma 3 c.p.p., sicché la previsione specifica di un coinvolgimento dell'amministrazione appare di fatto superflua: qui l'avviso è dovuto «alle parti e ai difensori», e quindi anche all'amministrazione, quale controparte del detenuto. Pare dunque che con tale precisazione normativa i riformatori abbiano inteso «rimarcare l'importanza della presenza davanti al magistrato di sorveglianza dell'Amministrazione interessata e, soprattutto, stimolarne una partecipazione effettiva nel giudizio, attraverso la comparizione o il contraddittorio cartolare»²⁵⁴.

Ora, è necessario chiarire cosa si intenda per «amministrazione interessata» al fine di comprendere a chi effettivamente sia dovuto l'avviso di fissazione dell'udienza. I destinatari dell'avviso sono selezionati in relazione all'*interesse* al procedimento, e dunque dipendono dalla loro qualità di parte nell'accertamento *ex* art. 35-*bis* ord. penit. Ma come suggerito dalla sfumata formula, sono diverse le articolazioni dell'amministrazione che possono essere chiamate in causa attraverso il reclamo. Non si pongono particolari problemi quando il reclamo attiene a profili esclusivamente interni all'istituto. Qui l'amministrazione deve essere citata nella persona del direttore, in quanto soggetto funzionalmente rappresentante dell'amministrazione dell'istituto. È questo il caso del reclamo disciplinare di cui all'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., dove il ricorso è diretto contro un atto emanato da uno specifico organo dell'istituto (direttore o Consiglio di disciplina) e dunque non coinvolge altra amministrazione se non quella di paternità del provvedimento impugnato, nella figura del suo rappresentante. Diversamente, quando il reclamo assume i contenuti individuati dalla lett. *b* la doglianza può attingere a competenze ulteriori rispetto a quelle affidate

in *C.e.d.*, 210785; Cass., 20 ottobre 1997, p.m. in proc. Orabona, *ivi*, 208722; Cass., 5 luglio 1994, p.m. in proc. Bamundo, *ivi*, 199245.

²⁵³ Vedi *supra*, nota 170.

²⁵⁴ In questo senso F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 50. Cfr. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 403; E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 232.

alla direzione dell'istituto. L'agire amministrativo presupposto alla lesione può infatti essere legato a tanti soggetti quante sono le attribuzioni della discrezionalità amministrativa. La doglianza fatta valere attraverso il reclamo può essere la conseguenza di un comportamento (attivo od omissivo, di una *inosservanza*²⁵⁵) esercitato a vari livelli, e dunque sarà controparte (e destinatario dell'avviso di fissazione dell'udienza) il soggetto che ha responsabilità funzionale per quella determinata attività²⁵⁶: Ministro della giustizia *pro tempore*, capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, provveditore regionale e direttore dell'istituto sono tutti destinatari potenziali dell'avviso di fissazione dell'udienza *ex art. 35-bis* ord. penit. a seconda che l'inosservanza lamentata dal detenuto attenga al settore (periferico o centrale) per cui sono funzionalmente responsabili²⁵⁷.

A conferma della flessibilità operativa che vede la procedura di notifica dipendere dall'oggetto del procedimento, quando il reclamo (afferente alla tipologia prescritta dalla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit.) coinvolge il diritto alla salute, l'avviso spetta anche all'A.s.l., all'U.l.s.s. o all'Azienda ospedaliera competente in ragione del *locus custodiae*. Le competenze di medicina penitenziaria sono infatti state trasferite al Servizio sanitario nazionale in forza della legge 30 novembre 1998, n. 419, e del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, sicché quando il detenuto lamenta la lesione esclusiva del diritto alla salute quale conseguenza della violazione delle norme in tema di prestazioni sanitarie (siano queste di prevenzione, diagnosi, cura o riabilitazione), l'avviso di fissazione dell'udienza dovrà essere notificato all'organo sanitario di riferimento²⁵⁸.

²⁵⁵ Vedi *supra*, parte prima, cap. II, par. 1.

²⁵⁶ Si pensi ad esempio al detenuto che in reazione a quanto disposto dalla Circolare del D.A.P. datata 2 novembre 2015, n. 366755, presenti reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit. per lesione del diritto all'informazione (o allo studio) conseguente al divieto di accesso ad internet in modalità *wireless*. In questo caso ad essere impugnato è un provvedimento amministrativo, la circolare, emanato dal dipartimento di amministrazione penitenziaria, e dunque l'avviso di fissazione dell'udienza sarà dovuto al Capo del D.A.P., quale rappresentante del dipartimento. Si pensi ora al condannato per un delitto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., detenuto in regime di alta sicurezza, che lamenta più genericamente il divieto di accesso ad internet. Siccome per questa tipologia di detenuti la Circolare sopra richiamata consente tale attività dietro nulla osta della direzione dell'istituto (e quindi, caso per caso), la controparte nel procedimento per reclamo qui sarà il direttore dell'istituto, e non il Capo del D.A.P. Così, i destinatari degli avvisi dovranno essere selezionati a seconda dell'oggetto dell'accertamento, salvo ritenere che, in ogni caso, l'obbligo di notifica spetti anche (e quindi, in aggiunta) nei confronti del direttore dell'istituto quale soggetto "più vicino" al detenuto (vedi *infra*, in questo paragrafo).

²⁵⁷ Non è un caso che tali soggetti siano i medesimi, menzionati dall'art. 35 ord. penit., che possono ricevere «istanze o reclami orali o scritti» da detenuti o internati.

²⁵⁸ Altro sarebbe se invece il pregiudizio al diritto alla salute seguisse ad una scelta della direzione penitenziaria. Si pensi ad esempio al caso del detenuto che lamenta un tale pregiudizio quale conseguenza dell'allocazione in una cella con fumatori (cfr. Cass., 12 dicembre 2014, Gambardella, cit.). Qui la compressione del diritto non dipende direttamente da una prestazione sanitaria ma dalla discrezionalità amministrativa circa l'allocazione del detenuto, e dunque la controparte del reclamante non potrà che essere il direttore dell'istituto penitenziario. Cfr. anche M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 403, il quale correttamente esclude dalla materia di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. quella riguardante «la previdenza e l'assistenza obbligatorie per le quali sussiste, analogamente alla materia laburistica, la competenza esclusiva» del giudice ordinario. Negli stessi termini anche F. FIORENTIN, *Il reclamo "giu-*

Invero, in aggiunta al criterio della rappresentanza funzionale, la prima dottrina ha poi ipotizzato un onere di “doppia notifica” quando il reclamo coinvolge «competenze ulteriori rispetto a quelle della direzione dello stabilimento»²⁵⁹: un primo avviso spetterebbe sempre al direttore dell’istituto; mentre un secondo – ed eventuale – al dipartimento dell’amministrazione penitenziaria nelle sue varie articolazioni (Ministro della giustizia, capo del dipartimento o provveditore regionale) oppure, si ritiene, all’organo sanitario di riferimento. In attesa dello scrutinio della giurisprudenza su questa opzione, non si può negare che così si manterrebbe attivo e costante il collegamento informativo con la direzione dell’istituto, che obiettivamente è l’organo a più stretto contatto con il reclamante²⁶⁰.

Individuato ciò che si intende per «amministrazione interessata», l’avviso di fissazione dell’udienza dovrà essere notificato anche al reclamante²⁶¹ e al suo difensore, all’Avvocatura dello Stato²⁶², nonché comunicato al pubblico ministero, almeno dieci giorni prima della data dell’udienza²⁶³. L’omessa notificazione dell’avviso al detenuto, all’amministrazione e ai rispettivi difensori, determina una nullità assoluta

risdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate, in www.rassegnapenitenziaria.it, 2013, p. 249.

²⁵⁹ Così, F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 235 (l’argomentazione tuttavia non è ripresa nel successivo contributo: F. FIORENTIN, *Decreto*, cit.).

²⁶⁰ Proprio in ragione del legame che lega direttore dell’istituto e reclamante, in una recente pronuncia (Mag. sorv. Catanzaro, 25 giugno 2014, inedita, tratta da M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 405) è stato stabilito che l’avviso *ex art. 35-bis ord. penit.* (relativo a doglianze di qualunque natura, e dunque riconducibili sia alla lett. *a* sia alla lett. *b* dell’art. 69 comma 6 ord. penit.) spetterebbe sempre ed unicamente al direttore dell’istituto quale «primo ed immediato referente per l’amministrazione penitenziaria». *Contra*, Trib. Sorv. Torino, 28 aprile 2015, in www.ilcaso.it, che in tema di reclamo *ex art. 69 comma 6 lett. b ord. penit.*, individua quale destinatario dell’avviso il Ministro della giustizia *pro tempore*.

²⁶¹ La notificazione dell’avviso nei confronti del reclamante segue le forme dettate dall’art. 156 c.p.p.

²⁶² In mancanza di specifiche disposizioni derogatorie alle norme sulla rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato contenute nel r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, l’avviso di fissazione dell’udienza *ex art. 35-bis ord. penit.* dovrebbe essere notificato anche presso l’ufficio dell’Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l’autorità giudiziaria innanzi alla quale è presentato il reclamo (vedi in particolare l’art. 11 commi 1 e 2), nella sua qualità di difensore tecnico dell’amministrazione. Così anche Trib. Sorv. Torino, 28 aprile 2015, cit. *Contra*, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 405, per il quale l’art. 11 del r.d. n. 1611 del 1933 «non si applica ai procedimenti penali». Tuttavia, – sebbene l’Autore non motivi espressamente le ragioni dell’esclusione – si ritiene che nel procedimento penale di cognizione tale conclusione potrebbe essere giustificata dal fatto che in tale contesto è il pubblico ministero a rappresentare le ragioni dello Stato. Ma tale assunto non pare estendibile al procedimento per reclamo. Qui, abbiamo visto, il pubblico ministero si trova in una posizione diversa, e dunque non assimilabile a quella che determina la presenza dell’amministrazione interessata (vedi *supra*, nota 170). L’unica possibilità per negare l’obbligatorietà della notifica all’Avvocatura dello Stato pare infatti legata alla soluzione che consente la partecipazione all’udienza *ex art. 35-bis ord. penit.* dell’amministrazione a mezzo di un proprio funzionario (vedi *infra*, par. 8.), non richiedendo l’investitura dell’Avvocatura dello Stato.

²⁶³ Per il rilievo per cui le notificazioni/comunicazioni al difensore, all’amministrazione e al pubblico ministero sono attuate «esclusivamente per via telematica all’indirizzo di posta elettronica certificata a norma dell’art. 16 co. 9° lett. *c-bis* d.l. 18 ottobre 2012», vedi M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 404.

di cui all'art. 179 comma 1 c.p.p.²⁶⁴. Mentre la mancata comunicazione al pubblico ministero è causa di nullità a regime intermedio di cui all'art. 178 comma 1 lett. *b* c.p.p.

L'atto di fissazione dell'udienza è assimilabile al decreto che dispone il giudizio²⁶⁵. Di questo, quindi, dovrà osservare i contenuti prescritti dall'art. 429 c.p.p., non accontentandosi di indicare le generalità degli interessati, il giorno, l'ora e il luogo fissati per l'udienza, ma assicurando anche «l'enunciazione, in forma chiara e precisa» (lett. *c*) dell'oggetto del reclamo, nonché il magistrato di sorveglianza competente per il giudizio. L'avviso incompleto o irregolare produce una nullità a regime intermedio di cui all'art. 178 comma 1 lett. *b* e *c* c.p.p., salvo non abbia comportato l'omessa citazione degli interessati ovvero l'assenza del difensore (in questi casi sarà affetto da nullità assoluta)²⁶⁶. Va osservato che a differenza di quanto prescritto per le altre tipologie di reclamo previste dalla disciplina penitenziaria, qui il magistrato di sorveglianza indica la data dell'udienza senza essere tenuto a rispettare alcun termine, salvo, appunto, quello minimo di dieci giorni tra la notifica e l'udienza²⁶⁷. E l'inosservanza di tale scadenza sarà sanzionabile con nullità a regime intermedio di cui all'art. 178 comma 1 lett. *b* e *c* c.p.p.²⁶⁸. La notificazione/comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza deve essere accompagnata dal deposito del fa-

²⁶⁴ In relazione alla sanzione seguente all'omesso avviso di fissazione dell'udienza all'interessato, v. Cass., 14 ottobre 2010, El Marzouki, in *C.e.d.*, 248679; Cass., 2 dicembre 2009, Mangeruca, *ivi*, 245952; Cass., 18 giugno 2009, Gallieri, *ivi*, 2444657; Cass., 19 febbraio 2009, Di Paolo Petrovic, *ivi*, 243739; Cass., 17 ottobre 2002, Camporotondo, *ivi*, 222718. Quanto al difensore, v. Cass., 26 marzo 2015, Maritan, in *C.e.d.*, 263598; Cass., 11 novembre 2011, Mastrone, *ivi*, 250997.

²⁶⁵ Cass., 15 aprile 1998, Romeo, in *C.e.d.*, 210547.

²⁶⁶ In tema di procedimento di esecuzione, Cass., 22 luglio 2015, Cante, in *C.e.d.*, 264652; Cass., 21 maggio 2015, Peirano, *ivi*, 264977; Cass., 9 dicembre 2014, Grisetti, *ivi*, 261663; Cass., 14 febbraio 2003, Bellagamba, *ivi*, 224752. Ai contenuti essenziali sopra menzionati deve aggiungersi, in caso di detenuto alloggato, la traduzione dell'avviso. Infatti, sebbene l'orientamento tradizionale della Suprema Corte non ritenesse necessario tale adempimento nei procedimenti camerali (tra molte, Cass., 14 maggio 2010, Mengouchi, in *C.e.d.*, 248240), a seguito della modifica dell'art. 143 c.p.p., avvenuta ad opera del d.lgs 4 marzo 2014, n. 32, la traduzione degli atti indicati nel secondo comma della disposizione richiamata pare invero imprescindibile. Qui, tra gli altri, è infatti prevista la traduzione scritta «dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio». E dato che l'atto di fissazione dell'udienza è a tutti gli effetti assimilabile al decreto di citazione, anche al detenuto alloggato spetterà un avviso *ex art. 35-bis* ord. penit. nella lingua a lui conosciuta. Non rientra invece tra i contenuti dell'atto l'obbligo di informare l'interessato del diritto all'audizione in udienza, vedi *infra*, nota 277.

²⁶⁷ È questa una novità rispetto alle altre tipologie di reclamo. Nei procedimenti di cui agli artt. 14-*ter*, 30-*bis* e 41-*bis* ord. penit., infatti, la decisione sull'istanza di reclamo avviene entro dieci giorni, anche se tale termine è meramente ordinatorio e la sua inosservanza non comporta la caducazione del provvedimento reclamato.

²⁶⁸ Cass., 1° luglio 2014, Arini, in *C.e.d.*, 263223; Cass., 1° ottobre 2009, Licciardello, *ivi*, 245055; Cass., 15 luglio 2007, Canale, *ivi*, 238643; Cass., 6 aprile 2000, De Nardi, *ivi*, 216198, dove la Corte ha precisato che «l'inosservanza del termine di dieci giorni liberi, che devono intercorrere tra la data di notifica all'interessato e al difensore dell'avviso di udienza [...] e quella di celebrazione dell'udienza medesima, inerendo alle modalità di intervento, assistenza e rappresentanza della parte privata nel procedimento in questione, determina nullità di ordine generale *ex art. 178, lett. c*) cod. proc. pen. Tale nullità non ha carattere assoluto, poiché non riguarda l'omessa citazione dell'interessato o del suo difensore, sicché è soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 cod. proc. pen., come pure alla sanatoria di cui all'art. 184 stesso codice».

scicolo nella cancelleria del giudice precedente, con conseguente possibilità per le parti di prendere visione degli atti ed estrarne copia, nonché di depositare memorie «fino a cinque giorni prima dell'udienza» (art. 666 comma 3 c.p.p.).

8. *L'udienza camerale ex art. 35-bis ord. penit. Doveri e diritti partecipativi.*

Ai sensi dell'art. 666 comma 4 c.p.p. «l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero», mentre l'amministrazione interessata «ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» (art. 35-bis comma 1 ord. penit.).

Posto che la regola vale per il difensore di tutti gli interessati al reclamo²⁶⁹, dubbio è se l'amministrazione possa difendersi autonomamente – delegando un proprio funzionario –, ovvero esclusivamente a mezzo dell'Avvocatura dello Stato²⁷⁰. Maggiormente aderente alla natura giurisdizionale del procedimento per reclamo, la seconda soluzione pare quella più immediata e rispettosa del richiamo all'art. 666 comma 4 c.p.p., dove si evidenzia la necessità della difesa tecnica in sede di procedimento di esecuzione. I primi commentatori hanno tuttavia evidenziato le difficoltà connesse ad un patrocinio obbligatorio: «l'esiguo organico del personale togato dell'Avvocatura»²⁷¹, comparato al potenziale numerico di reclami *ex art. 35-bis ord. penit.*, renderebbe per certi versi impraticabile la strada del vincolo di difesa tecnica. Così pare riprendere quota l'opzione della partecipazione diretta: l'amministrazione potrà interagire anche direttamente col magistrato di sorveglianza, avvalendosi di un funzionario all'uopo delegato. Tale soluzione, sicuramente «più agile e aderente alle necessità operative dell'Amministrazione»²⁷², tuttavia potrebbe ritenersi praticabile solo qualora fosse la stessa Avvocatura dello Stato a delegare ad altro soggetto la rappresentanza dell'amministrazione. Il già richiamato r.d. n. 1611 del 1933, infatti, dopo aver previsto che «la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni [...] spettano alla Avvocatura dello Stato» (art. 1), riserva alla stessa la possibilità, «nei giudizi che si svolgono fuori dalla sede degli uffici dell'Avvocatura dello Stato, di delegare funzionari dell'Amministrazione interessata» (art. 2). Così, facendo leva sul disposto dell'art. 2 r.d. n. 1611 del 1933, si potrebbe ipotizzare che l'Avvocatura dello Stato, ricevuto l'avviso di fissazione dell'udienza e tenuto conto delle proprie disponibilità di organico, possa caso per caso decidere se assumere direttamente il patrocinio del reclamo, o delegare un funzionario dell'amministrazione interessata. La medesima conclusione sembra peraltro suggerita dalla Circolare del D.A.P. datata 7 marzo 2014, n. 92337, laddove, preso atto che il

²⁶⁹ La mancata partecipazione della difesa è sanzionata con nullità assoluta *ex art. 179 comma 1 c.p.p.*, cfr. Cass., 26 febbraio 2014, Vitiello, in *C.e.d.*, 259475; Cass., 18 febbraio 2009, Mastrillo, *ivi*, 242894; Cass., 5 novembre 2008, Caci, *ivi*, 242196.

²⁷⁰ M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 405; E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 232; F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 50; M.G. GASPARI, *Istituto*, cit., p. 58; P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 108.

²⁷¹ P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 108.

²⁷² F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 50.

procedimento *ex art. 35-bis* ord. penit. si sviluppa attraverso tre gradi di giudizio, vengono individuati «i criteri di riparto delle competenze fra i diversi livelli della [...] organizzazione amministrativa», precisando (al §2) che il direttore dell'istituto «instaurerà i necessari rapporti con l'Avvocatura Distrettuale dello Stato per la trasmissione in giudizio delle richieste dell'Amministrazione nonché per l'eventuale comparizione in udienza»²⁷³.

Chiarite le modalità di coinvolgimento dell'amministrazione, oltre alla necessaria presenza dell'Avvocatura o di un funzionario da questa delegato, l'udienza implica la partecipazione del difensore del reclamante e del pubblico ministero²⁷⁴.

Al reclamante è ora offerta la facoltà di partecipare all'udienza comparando personalmente ovvero, se detenuto in regime differenziato *ex art. 41-bis* ord. penit., tramite l'istituto della partecipazione a distanza di cui all'art. 146-*bis* disp. att.²⁷⁵. È questa un'importante novità ignota al modello previgente, che come abbiamo visto consentiva al detenuto esclusivamente di presentare memorie²⁷⁶. Ma l'indubitabile avanzamento garantistico rispetto alla disciplina racchiusa nell'art. 14-*ter* ord. penit., trova presto un limite nella regola dell'art. 666 comma 4 c.p.p. Qui è riconosciuto al condannato il diritto a intervenire, ma se detenuto fuori della circoscrizione del giudice, è sentito dal locale magistrato di sorveglianza «prima del giorno dell'udienza [...], salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione». Ciò significa che *solo se* il reclamante è detenuto nella circoscrizione del magistrato di sorveglianza, e *solo se* ne fa formale richiesta²⁷⁷, il giudice è tenuto a disporre la traduzione in udienza²⁷⁸. Ne se-

²⁷³ In particolare, la Circolare riserva il primo grado alla competenza delle direzioni penitenziarie, il secondo al provveditore regionale o all'Amministrazione centrale con facoltà di delega al livello regionale (qualora si tratti di reclami avverso atti dell'Amministrazione centrale o relativi a questioni innovative o di particolare rilievo, oppure se concernenti detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. o collaboratori di giustizia), mentre è sempre di competenza dell'Amministrazione centrale la gestione dell'eventuale giudizio di cassazione.

²⁷⁴ Per un accurato esame sulla partecipazione del difensore del condannato e del pubblico ministero si rinvia a F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 335-337.

²⁷⁵ M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 404, cf. anche F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 251, il quale, preso atto «che una tale soluzione operativa importa costi notevoli per l'attivazione del collegamento in videoconferenza», propone in alternativa «l'utilizzo del videocollegamento tra l'aula di udienza e l'istituto penitenziario con modalità analoghe al sistema *Skype*» valorizzandone i «costi trascurabili, [le] modalità di gestione del sistema assai semplici, senza attivazione della procedura attualmente prevista dagli artt. 45-*bis*, 146-*bis* e 147-*bis* del d.lvo n. 271/1989». Va comunque osservato che, in assenza di espressa previsione legislativa, tale modalità sarebbe utilizzabile solo dietro consenso espresso dell'interessato, e non d'ufficio, come invece è previsto in tema di videoconferenza. Cfr. Cass., 8 gennaio 2013, Falsone, in *C.e.d.*, 254511: «l'omessa partecipazione a distanza del condannato che ne abbia fatto richiesta al procedimento camerale dinanzi al Tribunale di sorveglianza comporta una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178, comma primo, lettera c) che deve ritenersi sanata in difetto della tempestiva denuncia da parte del difensore ovvero del rilievo ad opera del Collegio, essendo la parte decaduta dal diritto di farla valere».

²⁷⁶ Cass., 3 dicembre 2010, Antonov, in *C.e.d.*, 249474.

²⁷⁷ La richiesta è un atto formale che deve provenire direttamente dal reclamante. Cfr. Cass., 30 novembre 2012, Modou, in *C.e.d.*, 254603, dove si è negato che la richiesta di audizione possa ritenersi implicita nell'istanza del difensore con cui si chiede di autorizzare l'interessato in regime di detenzione domiciliare, ai sensi dell'art. 22 disp. att., ad allontanarsi dal domicilio.

²⁷⁸ F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 338, dove l'Autore evidenzia inoltre come la legge non preveda «alcun obbligo di informare l'interessato dell'esistenza e del contenuto del suo diritto di chie-

gue che esclusivamente al verificarsi della duplice condizione apposta dal quarto comma dell'art. 666 c.p.p. il reclamante acquista il diritto a interloquire con l'organo di sorveglianza direttamente in udienza. Se invece l'interessato è detenuto altrove, non ha diritto a partecipare: se chiede l'audizione da parte del magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione, acquista il diritto a essere da questo sentito, mentre se chiede esplicitamente di interloquire in udienza, l'eventuale traduzione sarà a discrezione del magistrato di sorveglianza competente *ex art. 35-bis ord. penit.*²⁷⁹. In evidente frizione rispetto ai canoni di oralità e immediatezza²⁸⁰, la disposizione rischia inoltre di dare luogo a disparità di trattamento inconciliabili con gli artt. 3 comma 1, 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost. Due i profili di illegittimità: il primo, già ampiamente analizzato dalla dottrina, concerne le armi concesse "sulla carta" alle due tipologie di detenuti (quelli ristretti nella circoscrizione del giudice precedente e quelli assegnati altrove)²⁸¹; mentre il secondo, più generale, riguarda la posizione del reclamante rispetto all'amministrazione. Questa, infatti, potrà sempre comparire in udienza

dere di essere sentito personalmente: ne deriva che è perfettamente valido l'avviso di fissazione dell'udienza che non contenga tale precisazione». Infatti la Corte ha a più riprese affermato che «nel procedimento di esecuzione nessun avviso è dovuto all'interessato circa il suo diritto di essere personalmente sentito dal tribunale e di presenziare all'udienza camerale, nulla al riguardo essendo statuito dalla legge e costituendo onere dell'interessato stesso formulare richiesta in tal senso all'organo giudicante. Ne consegue che non determina nullità del procedimento l'omissione, nell'avviso di udienza, della menzione relativa al diritto dell'interessato di essere sentito personalmente» (Cass., 11 aprile 1994, Belmonte, in *C.e.d.*, 197661; Cass., 15 marzo 1993, Degau, *ivi*, 193970).

²⁷⁹ Nella richiesta di presenziare all'udienza è implicita quella di essere previamente sentito dal magistrato di sorveglianza: cfr. Cass., 18 giugno 2008, Ribisi, in *C.e.d.*, 240784: «sull'interessato grava l'onere di formulare la richiesta, [...] mentre compete all'Autorità giudiziaria la fissazione delle relative modalità che possono tradursi o nella formulazione della domanda al magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione o nella traduzione dell'interessato. In ogni caso la richiesta dell'interessato di essere sentito personalmente, previa sua traduzione all'udienza camerale, contiene implicitamente l'istanza di essere sentito quantomeno dal magistrato di sorveglianza»; vedi anche Cass., 10 maggio 2006, Mema, *ivi*, 234693 e Cass., 10 dicembre 2002, Asole, *ivi*, 2223931. *Contra*, isolatamente, Cass., 22 ottobre 1992, Mannino, in *C.e.d.*, 192479, dove la Corte non ha rilevato una violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa «quando, essendo l'interessato detenuto in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice ed avendo egli chiesto non di essere sentito dal magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione, ma direttamente dal detto giudice, quest'ultimo abbia adottato la propria decisione senza provvedere a detta audizione». In ogni caso, se il giudice dispone la traduzione, l'art. 127 c.p.p. riconosce al reclamante il diritto a intervenire, e dunque non è più consentito procedere in sua assenza. Sul punto, Cass., 14 novembre 2007, Giannelli, in *C.e.d.*, 238482, dove la Corte precisa che, se l'ordine di traduzione viene emesso d'ufficio, l'interessato non ha neppure l'onere di presentare la richiesta di audizione, salva comunque la sua facoltà di rinunciare a comparire. Inoltre la Corte sanziona con nullità intermedia l'ipotesi in cui l'interessato, regolarmente tradotto, non venga poi sentito dal giudice (così, Cass., 18 giugno 2008, Ribisi, *cit.*; Cass., 23 maggio 1995, Esposito, in *C.e.d.*, 202827; nello stesso senso, in dottrina, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, *cit.*, p. 338). Cfr. anche *infra*, nota 283.

²⁸⁰ G. LOZZI, *Lezioni*, *cit.*, p. 848, per il quale «evidente [è] la menomazione del diritto di difesa degli interessati detenuti o internati fuori della circoscrizione del giudice (per la minore oralità e immediatezza che si realizza mediante l'audizione da parte del magistrato di sorveglianza), nonché la disparità di trattamento rispetto agli interessati liberi o detenuti nell'ambito dell'anzidetta circoscrizione». Nello stesso senso anche F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, *cit.*, p. 339; F. DELLA CASA, *La magistratura*, *cit.*, p. 134.

²⁸¹ G. LOZZI, *Lezioni*, *cit.*, p. 823; F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, *cit.*, p. 339; L. FILIPPI- G. SPAN- GHER, *Manuale*, *cit.*, p. 415; R.E. KOSTORIS, *Linee*, *cit.* p. 564.

tramite un proprio funzionario – che, s'è detto, a determinate condizioni assume anche la difesa dell'amministrazione – mentre l'interessato, pur assistito da un difensore necessariamente presente, compare personalmente solo se detenuto nella circoscrizione in cui si procede.

Vero è che la portata di tali rilievi pare attenuata dall'eccezionalità che il reclamante *si trovi* in altra circoscrizione rispetto a quella del magistrato di sorveglianza competente *ex art. 35-bis* ord. penit. Ai sensi dell'art. 677 comma 1 c.p.p., infatti, a conoscere la materia reclamata è il magistrato che ha giurisdizione sull'istituto in cui si trova l'interessato al momento del reclamo²⁸². Salvo l'ipotesi di un trasferimento del detenuto nel tempo intercorrente tra l'istanza di reclamo e l'instaurazione del procedimento, quindi, l'interessato si troverà sempre nella condizione di poter interloquire direttamente in udienza²⁸³.

8.1. La pubblicità cd. esterna alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale e delle influenze di Strasburgo.

La disciplina contenuta nell'art. 666 c.p.p. – al quale l'art. 35-*bis* ord. penit. dispone il rinvio per la trattazione del reclamo – non fissa particolari modalità per lo svolgimento dell'udienza. Il compito di definire le cadenze del reclamo è lasciato alla prassi consolidata in tema di procedimento di esecuzione, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 127 c.p.p. Lo schema generale di riferimento è quello dettato per i procedimenti in camera di consiglio *auditis partibus*: e infatti, abbiamo detto, alla trattazione

²⁸² Vedi *supra*, par. 3. e nota 203.

²⁸³ In realtà, il diritto dell'interessato detenuto di partecipare all'udienza, previa tempestiva richiesta, pare ormai avere ottenuto un formale riconoscimento da parte della giurisprudenza. La tesi trova riscontro nella linea interpretativa tenuta dalla Corte costituzionale (Corte cost. 17 gennaio 1991, n. 45, in *www.giurcost.org*) che intervenendo sul secondo periodo dell'art. 127 comma 3 c.p.p. – di identico contenuto rispetto all'art. 666 comma 4 c.p.p. – ne ha fornito un'interpretazione elastica tale da consentire il superamento della preclusione territoriale istituita dal legislatore. Valorizzando tale sentenza la Suprema Corte ha infatti progressivamente equiparato le garanzie partecipative del detenuto a quelle dell'interessato in stato di libertà, sino a sanzionare con una nullità assoluta le ipotesi di omessa traduzione (in tema di partecipazione all'udienza di riesame, ora peraltro modificata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, anche a tale specifico proposito, v. Cass., 21 maggio 2015, Farina, in *C.e.d.*, 263630; Cass., 17 ottobre 2013, Blam, *ivi*, 256689; Cass., 16 maggio 2012, Dissegna, *ivi*, 253190; Cass., 22 gennaio 2008, Di Benedetto, *ivi*, 239084; Cass., 4 dicembre 2006, Di Girolamo, *ivi*, 235621: «alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 1991 n. 45, [deve ritenersi] che, qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, avanzi richiesta di essere sentito personalmente, il giudice sia vincolato, a pena di nullità, a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale. Con la conseguenza che la mancata traduzione in udienza o comunque la mancata possibilità di presenziare all'udienza da parte dell'interessato, qualora lo abbia richiesto, eventualmente attraverso le modalità della videoconferenza, dà luogo a nullità assoluta ed insanabile»; in tema di procedimento camerale d'appello, Cass., S.U., 24 giugno 2010, F., in *C.e.d.*, 247836). Tenuto conto di tale orientamento, i margini del diniego di traduzione in udienza, basato sulla discrezionalità tecnica conferita dall'art. 666 comma 4 c.p.p. al giudice, appaiono oggi decisamente attenuati. E ciò pare sanare le frizioni con l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo dell'art. 6 CEDU nella sua applicazione in tema di effettiva partecipazione all'udienza: cfr. Corte eur., 15 giugno 2004, S.C. c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur., 23 febbraio 1994, Stanford c. Regno Unito, *ivi*; Corte eur., 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, *ivi*.

del reclamo assistono necessariamente il procuratore della Repubblica e i difensori, e solo eventualmente l'interessato e l'amministrazione.

Dalla previsione contenuta nell'art. 127 comma 6 c.p.p. si evince che l'udienza *ex art. 35-bis* ord. penit. – e, in generale, quella di sorveglianza – dovrebbe sempre svolgersi «senza la presenza del pubblico». Ma il regime della pubblicità cd. interna – riservata alle parti e ai difensori – pare oggi ridimensionato dal filone giurisprudenziale che, valorizzando l'art. 6 par. 1 CEDU, in talune materie ha subordinato la ritualità a porte chiuse ad una sorta di “accettazione” dell'interessato²⁸⁴. Non basta, quindi, che il rito camerale costituisca un'alternativa meno dispendiosa, tollerata nei procedimenti ad alto indice di tecnicità: si deve sempre tenere conto della tipologia degli interessi in gioco e dei riflessi che la procedura potrebbe astrattamente produrre nei confronti dell'interessato, ammettendo, nel caso, un «modello pubblicitario a geometria variabile»²⁸⁵.

Ma procediamo per gradi. La pubblicità dell'udienza costituisce un principio fondamentale della Convenzione, consacrato nell'art. 6 tra le caratteristiche del *procès équitable*: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale» (art. 6 par. 1 CEDU). In più occasioni, infatti, i giudici di Strasburgo hanno rintracciato l'essenza di tale principio nell'esigenza di proteggere i cittadini da una giustizia segreta che sfugge al controllo della collettività, contribuendo così a preservare la fiducia nei tribunali e, più in generale, nella giustizia²⁸⁶. Come attestano le eccezio-

²⁸⁴ Recentemente, Corte cost. 15 giugno 2015, n. 109 e Corte cost. 5 giugno 2015, n. 97, reperibili in www.penalecontemporaneo.it con nota di L. CARBONI, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l'affermazione del principio di pubblicità*; vedi anche, G. BIONDI, *Il diritto dell'interessato ad ottenere la celebrazione pubblica dell'udienza nei procedimenti di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2015, II, p. 693. Cfr. anche Corte cost. 19 maggio 2014, n. 135, in www.cortecostituzionale.it; e precedentemente, Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, in www.giurcost.org.

²⁸⁵ La formula enunciata postula il principio (di ispirazione sovranazionale) per cui, in presenza di una richiesta dell'interessato, «l'accesso alla sala d'udienza possa essere, almeno di regola, consentito» (così, M. LO GIUDICE, *La censura della Corte europea al procedimento camerale “a porte chiuse” in materia di equa riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Cass. pen.*, 2012, IX, p. 3132). Infatti, a non convincere i giudici di Strasburgo non sarebbe il modello a porte chiuse, quanto piuttosto l'impossibilità che tale paradigma possa trasformarsi su richiesta dell'interessato in un modello partecipato (si veda sul punto, G. BIONDI, *Gli effetti della sentenza della C. eur. dir. uomo 13 novembre 2007 “Bocellari e Rizza c. Italia”: prime pronunce della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, IV, p. 1656, il quale rileva nella mancanza di «flessibilità del rito» la ragione delle censure d'Oltralpe). Cfr. sul punto, Corte eur., 24 novembre 1997, Werner c. Austria, in www.echr.coe.int.

²⁸⁶ La massima esaltazione del canone pubblicitario trova perfetta esplicazione nella formula anglosassone «*justice is not only to be done, but to be seen to be done*». Nell'ottica convenzionale, infatti, il ruolo dell'apparenza pare decisivo: un processo che neghi la partecipazione esterna del pubblico si profila come un processo non trasparente, atteso che l'equità della procedura passa anche attraverso le modalità con cui questa si manifesta. Cfr. Corte eur., 14 novembre 2000, Riepan c. Austria, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 545; Corte eur., 29 settembre 1999, Serre c. Francia, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia, *ivi*; Corte eur., 26 settembre 1995, Diennet c. Francia, *ivi*. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto in contrasto con l'indicata garanzia convenzionale taluni procedimenti dei quali il nostro ordinamento prevedeva la trattazione in forma camerale: Corte eur., 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, in www.giustizia.it; Corte eur., 26 luglio 2011, Palèari c. Italia, *ivi*; Corte eur., 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, *ivi*; Corte eur., 2 febbraio 2010, Leone c. Italia, *ivi*; Corte eur., 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, *ivi*; Corte eur., 8 luglio 2008, Perre

ni previste dalla seconda parte dell'art. 6 CEDU, però, tale valore non deve intendersi in senso assoluto²⁸⁷. In presenza di talune «circostanze speciali», attinenti alla natura delle questioni da trattare – come ad esempio il carattere altamente tecnico del procedimento –, infatti, l'autorità giudiziaria può procedere in assenza di pubblicità, ammettendo così la trattazione “a porte chiuse”²⁸⁸. Ma anche in questi casi, la discrezionalità riservata al giudice (e indirettamente, al legislatore) non può sottrarsi ad un inevitabile bilanciamento con gli interessi della parte privata. Ecco che allora, quando sia elevata la “posta in gioco” e pregiudizievoli i possibili riflessi negativi della procedura, all'interessato deve almeno essere concessa la facoltà di sollecitare la trattazione della causa in forma pubblica. In altri termini, quando nel giudizio di bilanciamento il principio di pubblicità esterna risulti prevalente rispetto ad altri valori contrapposti (siano essi riferiti all'economia processuale ovvero allo sviluppo specializzato della procedura), il regime a porte chiuse non può essere imposto all'interessato, ma può seguire solo ad una sua accettazione implicita, desumibile dalla mancata richiesta di pubblicità dell'udienza.

In ossequio a tali argomentazioni, la Corte costituzionale ha quindi intrapreso un percorso di maturazione che dal 2010 riconosce all'interessato la possibilità di formulare una richiesta affinché l'udienza che lo riguarda possa tenersi in presenza del pubblico. Inizialmente limitato alla materia delle misure di prevenzione²⁸⁹, il pote-

e altri c. Italia, *ivi*; Corte eur., 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, *ivi*; Corte eur., 8 dicembre 1983, Pretto e altri c. Italia, *ivi*.

²⁸⁷ È infatti lo stesso art. 6 CEDU a prevedere che questo possa essere limitato in ragione di un bilanciamento con altri valori: «l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia» (art. 6 par. 1 seconda parte CEDU).

²⁸⁸ Ciò si verifica quando il procedimento «non sollevi questioni di fatto o di diritto che non possano essere risolte in base al fascicolo di parte»: così Corte eur., 8 gennaio 2009, Schlumpf c. Svizzera, in *www.echr.coe.int* (cfr. anche, Corte eur., 12 novembre 2002, Dory c. Svezia, *ivi*). Quanto alla giurisprudenza della Suprema Corte, in diverse pronunce il carattere altamente tecnico del contenzioso è stato assunto quale elemento giustificativo per la trattazione a porte chiuse: Cass., 30 aprile 2015, Ghabri, in *C.e.d.*, 263399, dove la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 della legge 22 aprile 2005, n. 69, nella parte in cui non consente che, a richiesta di parte, il procedimento relativo alla decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo c.d. processuale si svolga in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio. In motivazione, infatti, la Corte ha precisato che, sulla scorta dei principi affermati in Corte cost. 19 maggio 2014, n. 135, cit., non è necessario garantire il controllo del pubblico sull'esercizio dell'attività giurisdizionale attraverso lo svolgimento dell'udienza pubblica quando l'oggetto della trattazione è essenzialmente costituito da questioni di carattere tecnico-giuridico ed altamente specialistico, e l'ambito di valutazione del materiale probatorio risulta assai ristretto. Cfr. anche Cass., 28 settembre 2012, Di Muro, *ivi*, 254945; e Cass., 25 novembre 2010, Agenzia del demanio in proc. Nicoletti, *ivi*, 249438.

²⁸⁹ Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, cit. Quanto alle prime applicazioni da parte della Suprema Corte, v. Cass., 18 giugno 2014, Cappello e altro, in *C.e.d.*, 260342, in cui la Corte ha ritenuto viziato da nullità il decreto applicativo di una misura di prevenzione patrimoniale (nella specie, confisca di un immobile) per violazione del principio di pubblicità dell'udienza, qualora il soggetto abbia richiesto, personalmente o tramite il difensore, che la trattazione del giudizio avvenisse in forma pubblica. Quanto alla necessità della formale richiesta, cfr. Cass., 11 luglio 2013, Travelli e altro, *ivi*, 257843.

re di sollecitazione è stato affermato anche nei procedimenti di sicurezza *ex art.* 679 comma 1 c.p.p.²⁹⁰, in quelli di competenza del tribunale di sorveglianza²⁹¹, e da ultimo, nel procedimento di esecuzione volto all'applicazione della confisca²⁹². Pare dunque molto probabile che i medesimi traguardi finora circoscritti dalla Corte a particolari materie potranno in futuro essere accolti anche in altri settori di intervento della magistratura di sorveglianza. Non ci si riferisce, chiaramente, a tutti i riti camerale, ma solo a quelli nell'ambito dei quali il giudice è chiamato ad effettuare un giudizio di merito e non meramente tecnico: quando il risultato dell'accertamento può potenzialmente incidere in modo diretto su beni primari dell'individuo costituzionalmente tutelati, allora il modello di pubblicità *ex art.* 127 comma 6 c.p.p. può essere messo in discussione²⁹³.

D'altra parte, però, prima di verificare se il singolo procedimento camerale comporta un giudizio di merito – e quindi non meramente tecnico – che incide su beni primari, occorre sempre risolvere “a monte” una preliminare questione, e cioè la sua riconducibilità all'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU. Abbiamo detto, infatti, che le garanzie convenzionali previste dalla norma sul giusto processo non si applicano a tutti i procedimenti giurisdizionali, bensì soltanto a quelli che hanno ad oggetto controversie su diritti di natura civile ovvero hanno a fondamento un'accusa «sostanzialmente penale»²⁹⁴. Il principio di pubblicità esterna potrà quindi essere riconosciuto nel procedimento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. solo qualora si affermasse che l'oggetto del reclamo attiene alla *matière pénale* ovvero alla lesione di diritti di natura *lato sensu* civile²⁹⁵. Quanto al reclamo di cui alla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit., abbiamo già osservato come la severità della sanzione disciplinare – sia in senso oggettivo, sia in un'ottica potenziale – assurga a «vero e proprio *fumus* della materia penale»²⁹⁶. L'invasività percepibile *hic et nunc* dal detenuto, unita alla carica punitiva degli effetti nocivi, infatti, sembra colorare la sanzione di contenuto sostanzialmente penale ed impone un ragionamento sulla sua conformità ai precetti racchiusi nell'art. 6 CEDU. Il reclamo in materia disciplinare diviene quindi il momento giurisdizionale in cui sanare i difetti del procedimento *ex art.* 81 reg. exec. e non può tradire le aspettative di pubblicità già disattese davanti all'organo disciplinare. Sulla base di tali argomenti, pare ragionevole ipotizzare che nei procedimenti *ex artt.* 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. si debbano osservare le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, e dunque la pubblicità del rito pare effettivamente disponibile dall'interessato. Questo potrà

²⁹⁰ Corte cost. 19 maggio 2014, n. 135, cit.

²⁹¹ Corte cost. 5 giugno 2015, n. 97, cit.

²⁹² Corte cost. 15 giugno 2015, n. 109, cit.

²⁹³ Va osservato che, sulla scorta di analoghe considerazioni, la dottrina aveva già preconizzato l'estensione del diritto alla celebrazione dell'udienza pubblica ad ogni tipologia del procedimento di sorveglianza (F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 230; L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 407-409; A. PULVIRENTI, *Il controllo*, cit., p. 291; M. RUARO, *La magistratura*, cit., p. 371).

²⁹⁴ Vedi *supra*, *parte prima*, par. 2.3. e in particolare, nota 44.

²⁹⁵ A tali condizioni si dovrebbe aggiungere quella che legittima il ricorso ai sensi dell'art. 6 CEDU in presenza di un precedente specifico nella giurisprudenza convenzionale che consenta di estendere per analogia la medesima *ratio decidendi*.

²⁹⁶ Vedi *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 4.

quindi richiedere che l'udienza di reclamo si svolga in modalità aperta al pubblico, esercitando il diritto alla pubblicità esterna così come riconosciuto dai giudici convenzionali e costituzionali.

Diversamente, invece, il reclamo di cui alla lett. *b* non vale a fronteggiare un'accusa penale. E allora la questione deve essere analizzata secondo il risvolto civile dell'art. 6 par. 1 CEDU, il quale garantisce a tutti il diritto a che un giudice esamini «le controversie sui suoi diritti e obblighi di carattere civile» ammettendo, nel caso, che ciò avvenga in un contesto pubblico. A tal fine, il reclamo in tema di diritti dovrà soddisfare due parametri: *a*) quello dell'esistenza di una contestazione su un diritto; *b*) e quello del carattere civile o meno di questo diritto. Quanto al primo, va osservato che nell'ottica convenzionale le garanzie connesse all'art. 6 CEDU si propagano solo laddove esista una contestazione «reale e seria»²⁹⁷ relativa all'esistenza stessa di un diritto, alla sua estensione, ovvero alle sue modalità di esercizio²⁹⁸. E ciò avviene in tema di reclamo. L'accertamento richiesto al magistrato di sorveglianza riguarda pretese primarie del detenuto, la cui rilevanza è assicurata dal ripudio delle aspettative di mero fatto e dall'attinenza (per quanto anche indiretta) a diritti fondamentali riconosciuti non solo a livello convenzionale, ma anche a livello costituzionale²⁹⁹.

Il secondo aspetto è invece potenzialmente più problematico. La questione deve attingere a diritti che per la Convenzione hanno «natura civile». Abbiamo infatti già riscontrato le difficoltà che seguono alla applicazione nel diritto interno delle classificazioni utilizzate dalla Convenzione. Per quanto sorretta da valide e condivisibili giustificazioni³⁰⁰, la diversità di linguaggio non rende mai agevole il compito dell'interprete, costretto sempre a ricercare margini di conformità tra diritti che non portano lo stesso nome e dalla cui individuazione esce comunque incerto e spesso insoddisfatto³⁰¹. Vero è che sul punto la Corte di Strasburgo si esprime sempre in un'ottica di apertura: se il pregiudizio lamentato dal ricorrente attiene a diritti della persona (a prescindere che questi abbiano o meno ricadute patrimoniali), allora cer-

²⁹⁷ Corte eur., 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth c. Svezia, in *www.hudoc.echr.coe.int* e Corte eur., 25 novembre 1993, Zander c. Svezia, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

²⁹⁸ Corte eur., 25 novembre 1993, Zander c. Svezia, cit. L'esito della procedura deve inoltre essere determinante per il dominio del diritto, in quanto, per entrare in gioco, l'art. 6 CEDU non si accontenta di «un tenue nesso né di lontane ripercussioni» (Corte eur., 28 settembre 1995, Masson e Van Zon c. Paesi Bassi, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte eur., 21 settembre 1994, Fayed c. Regno Unito, *ivi*).

²⁹⁹ Per la disamina sui vari diritti potenzialmente assicurabili attraverso il reclamo giurisdizionale si rimanda a quanto detto *supra*, *parte prima*, cap. II, par. 2. e 2.1.

³⁰⁰ Vedi *supra*, nota 43.

³⁰¹ La Corte di Strasburgo infatti ha sempre evitato di fornire una definizione generale di ciò che concerne la natura civile, preferendo sempre un approccio caso per caso. Sul punto, peraltro, non risultano illuminanti neppure i lavori preparatori relativi alla norma (cfr. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, 2001, p. 40). Un'ulteriore difficoltà è infatti determinata dalla differenza tra il testo francese – dove si fa riferimento a diritti oggetto di «*contestations*» – e quello inglese, che invece non contiene la menzione espressa di un ambito applicativo riconducibile ad una controversia («*in the determination of his civil right [...] everyone is entitled to a fair and public hearing*»).

tamente ha carattere civile³⁰². E allora non pare poi così assurdo ipotizzare che, vista la contingenza tra i diritti oggetto di reclamo e quelli cristallizzati nella Convenzione, anche in questo caso si imponga l'osservanza delle regole di cui all'art. 6 CEDU. Così come il reclamo in materia disciplinare, anche quello previsto dalla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. dovrà essere attuato rispettando i principi del processo equo, assicurando all'interessato il potere di sollecitare la trattazione della causa in forma pubblica³⁰³. In attesa di eventuali pronunce sul tema, si potrebbe quindi azzardare nell'udienza *ex 35-bis* ord. penit. un'estensione in via diretta del potere di richiesta individuato dalla Corte costituzionale. Un'opzione, questa, che avrebbe il pregio di adeguare le due ipotesi di reclamo alle aspettative interne e sovranazionali, senza peraltro comportare impraticabili conseguenze pratico-logistiche. Va detto, invero, che l'affermazione di tale garanzia pare aver perduto nel tempo la sua funzione originaria. Lo sviluppo tecnologico e l'attenzione normativa hanno infatti sicuramente giocato a favore del principio di pubblicità esterna, rendendo accessibili alla cittadinanza anche quei contenuti che tradizionalmente erano conoscibili esclusivamente assistendo fisicamente al teatro giudiziario, e scongiurando, così, il rischio di decisioni segrete³⁰⁴.

³⁰² Corte eur., 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, cit.; Corte eur., 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, in www.hudoc.echr.coe.int.

³⁰³ Cfr. G. BIONDI, *Il diritto*, cit., p. 693, il quale prospetta la possibilità di un sindacato interno, al cospetto della Corte costituzionale, circa la compatibilità del rito camerale con gli artt. 101 comma 1 e 111 Cost., incoraggiando un intervento additivo sull'art. 127 comma 6 c.p.p. Un intervento «che potrebbe anche sostanziarsi nell'aggiunta delle parole “di regola” dopo la frase “l'udienza si svolge”», così ammettendo «che sia il giudice a valutare, in relazione a qualunque procedimento camerale, se sussistono le condizioni per ammettere o meno l'istanza di celebrazione pubblica dell'udienza, valutazione che potrebbe essere effettuata proprio rifacendosi a quei criteri che la Corte costituzionale ha valorizzato per accogliere finora gli incidenti di costituzionalità». D'altronde, il procedimento in camera di consiglio ha già subito un intervento additivo simile da parte della Consulta (cfr. Corte cost. 3 dicembre 1990, n. 529, in www.giurcost.org): si allude alla declaratoria di illegittimità costituzionale del comma 10 dell'art. 127 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il verbale dell'udienza camerale andasse redatto «di regola», e non «soltanto», in forma riassuntiva. Sul punto, F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 342.

³⁰⁴ Sembra condividere tale posizione, P. CORVI, *Il problema della pubblicità nel procedimento di prevenzione e nei riti camerali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, III, p. 969. Per l'Autrice, attraverso la pubblicità mediata dalla stampa e le facoltà concesse dall'art. 116 c.p.p. (che attribuisce il potere di ottenere a proprie spese copie di atti, estratti o certificati relativi a un dato procedimento) oggi si «consentirebbe di superare la contrapposizione tra pubblicità e segretezza, poiché l'udienza camerale pur non essendo pubblica non potrebbe certo considerarsi segreta, cioè sottratta al controllo dell'opinione pubblica e delle parti».

8.2. Svolgimento dell'udienza. La fase istruttoria.

In apertura dell'udienza il magistrato di sorveglianza accerta la regolare costituzione delle parti e risolve eventuali questioni preliminari³⁰⁵. Qualora non emergano irregolarità od omissioni, si procede con la relazione orale del magistrato diretta a circostanziare il *thema decidendum*. A questo punto l'udienza entra nel vivo. Alla relazione orale segue la trattazione. Qui vengono acquisite le prove ed eventualmente sentiti gli interessati alla stregua del modello dettato dagli artt. 666 e 678 c.p.p.

9. La tipologia delle prove acquisibili.

La tipologia delle prove che possono trovare cittadinanza nel procedimento per reclamo in forza del richiamo agli artt. 666 e 678 c.p.p. non conosce limiti, se non quelli dettati dalla compatibilità con le caratteristiche strutturali e funzionali del procedimento. Nell'indagine sul pregiudizio *ex art. 35-bis* ord. penit., infatti, il magistrato di sorveglianza può avvalersi sia di prove precostituite sia costituende. Quanto alle prime, l'art. 666 comma 5 c.p.p. fa esplicito riferimento a documenti e informazioni³⁰⁶: possono fare ingresso nel procedimento, da un lato, rapporti dell'amministrazione penitenziaria, certificazioni sanitarie, planimetrie delle celle e qualsiasi altro accertamento realizzato fuori dal giudizio di reclamo, e dall'altro ogni informazione sollecitata a uffici o enti pubblici ritenuta utile per la decisione³⁰⁷.

³⁰⁵ Il legislatore non ha previsto un'esplicita dichiarazione di apertura dell'udienza in camera di consiglio. Ci si chiede dunque quale sia il termine ultimo per eccepire le anomalie che nel processo penale di cognizione devono essere contestate prima dell'apertura del dibattimento. Secondo la giurisprudenza, ciò dovrebbe avvenire entro la conclusione del vaglio sulla regolare costituzione delle parti: per la presentazione di istanze di ricasazione (cfr. Cass., 18 giugno 1990, Briguglio, in *C.e.d.*, 184750); di incompetenza territoriale (Cass., 10 aprile 2002, Pellegrino, in *C.e.d.*, 222757; Cass., 14 novembre 2001, Incalza, *ivi*, 220472; Cass., 24 maggio 2000, Bindi, *ivi*, 216675, dove si afferma il principio per cui nel procedimento tipico di sorveglianza, mancando l'udienza preliminare, le questioni di competenza territoriale devono essere avanzate solo in apertura d'udienza, in applicazione della regola generale *ex art. 21* comma 2 c.p.p., ossia entro il termine previsto dall'art. 491 comma 1 c.p.p.); per eccepire le nullità relative verificatesi nella fase degli atti preliminari all'udienza (Cass., 9 dicembre 1994, Dallera, in *C.e.d.*, 200347, per cui la nullità relativa provocata dalla mancata indicazione «del provvedimento oggetto di reclamo nel decreto di fissazione dell'udienza destinata alla trattazione del reclamo medesimo» deve essere eccepita nella chiusura degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti). Chiaramente, nulla vieta che in questa fase siano valutati anche vizi processuali «sanzionati più gravemente, come le nullità assolute, il difetto di giurisdizione, l'incompetenza per materia», i quali vengono valutati dal magistrato di sorveglianza anche se proposti in una fase più avanzata del procedimento (in questi termini, M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 944; L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 424).

³⁰⁶ Tra molti, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 344 e 373 e F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 145.

³⁰⁷ Ad esempio, possono essere assunte informazioni dal Ministero dell'interno qualora si profili un accertamento sulla legittimità del rifiuto all'ingresso in istituto di un ministro di culto appartenente ad una confessione diversa da quella cattolica ai sensi dell'art. 58 comma 6 reg. esec. (Cass., 25 settembre 2013, Romano, cit.).

A questi, l'art. 678 comma 2 c.p.p. aggiunge l'acquisizione dei documenti relativi alla «osservazione della personalità»³⁰⁸. Il codice qui ragiona in termini di obbligatorietà, con la conseguenza che formeranno oggetto di valutazione i dati relativi alla condotta e ai referti personologici del detenuto (e dell'internato), e in primo luogo quanto indicato nella cd. cartella personale di cui agli artt. 13 comma 4 ord. penit. e 26 reg. esec.³⁰⁹. Tale incombenza appare invero il retaggio della visione – ormai ampiamente superata – che voleva il procedimento tipico di sorveglianza caratterizzato unicamente da giudizi spiccatamente personologici, dall'assenza di tensione dialettica tra le parti e teso ad accertamenti sul percorso trattamentale e sulla capacità autocustodiale del reo³¹⁰. Alla luce della metamorfosi del procedimento di cui all'art. 678

³⁰⁸ Nel disporre l'acquisizione della documentazione relativa all'osservazione della personalità, il secondo comma dell'art. 678 c.p.p. fa riferimento ai casi in cui «si procede nei confronti di persona sottoposta» a tale osservazione. Siccome ai sensi dell'art. 13 comma 2 ord. penit. l'osservazione della personalità inizia con l'esecuzione della pena e segue per tutto il corso di essa, tra i materiali probatori utilizzabili nell'ambito del procedimento per reclamo si collocherà sempre anche il prodotto di tale accertamento.

³⁰⁹ L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014, p. 358; P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Cedam, 2003, p. 513. In giurisprudenza, sull'obbligatorietà dell'acquisizione dei dati relativi all'osservazione sulla personalità del condannato, Cass., 29 settembre 2015, Correnti, in *C.e.d.*, 265428; Cass., 2 marzo 2010, Trif, *ivi*, 246519. In senso contrario, discutibilmente, Cass., 30 novembre 2015, Padovani, in *C.e.d.*, 266209, dove la Suprema Corte ha riconosciuto in capo al tribunale di sorveglianza l'onere di acquisire la relazione sull'osservazione del condannato «salvo che detta acquisizione risulti superflua in quanto l'osservazione non riguardi un lasso di tempo consistente e il corredo di risultanze documentali in atti sia già di tal evidenza dimostrativa nell'attestare l'inidoneità della misura richiesta per l'accertata pericolosità del condannato, da non richiedere ulteriori approfondimenti». Tale pronuncia riprende quanto già affermato in Cass., 12 novembre 2013, Abdallah, in *C.e.d.*, 261292, e desta le medesime perplessità considerato che consente un irragionevole abbassamento di garanzie nei confronti del detenuto che mira ad accedere a misure (quelle alternative alla detenzione) effettivamente legate ad un giudizio sulla “personalità dell'autore” e che dunque necessiterebbero sempre di una valutazione sui dati trattamentali.

³¹⁰ Il modello di cui all'art. 678 c.p.p. infatti viene inaugurato con l'introduzione della legge penitenziaria al fine di introdurre una vera e propria «giurisdizione rieducativa» (la paternità della definizione si deve a G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit. p. 142), nella consapevolezza che l'evoluzione giurisprudenziale e l'avvento del testo costituzionale avevano affidato alla pena un compito diverso, segnando il passaggio da un sistema sanzionatorio rigidamente retributivo a uno schema di esecuzione penale informato al recupero sociale del reo: siccome il recupero del condannato rappresenta «il fine ultimo e risolutivo della pena» (così, Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, in *www.giurcost.org*), quando appare certo che la pena espiata ha adempiuto al suo scopo principale, quella residua, anche se formalmente legittima, perde il suo presupposto sostanziale e consente alla magistratura di sorveglianza di operare taluni correttivi alla esecuzione ordinaria della sanzione. La prima ragione del procedimento di sorveglianza quindi era quella di verificare (attraverso uno schema giurisdizionalizzato) la possibilità di restituire al condannato la libertà prima della totale espiazione della pena, scardinando l'equazione tra pena detentiva e segregazione carceraria (G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004, p. 5). All'alba della sua introduzione quindi il procedimento tipico di cui all'art. 678 c.p.p. si palesava come un modello fortemente legato a valutazioni personologiche: se la posta in gioco era quella di consentire al condannato di riconquistare la libertà, il giudice era chiamato a valutare attentamente il ravvedimento del soggetto e le sue capacità di autogestione, al fine di comprendere se effettivamente questo fosse in grado di concludere l'espiazione della pena fuori dal carcere, accompagnato dai servizi assistenziali esterni all'istituto. I successi conseguiti dall'istituto di cui all'art. 678 c.p.p., in particolare in tema di garanzie procedurali (assicurate dal richiamo al sistema giurisdizionalizzato di cui all'art. 666 c.p.p.), hanno poi portato gli interpreti ad estendere tale modello anche ad altre materie del tutto estranee alla logica della esecuzione “alternativa” della pena: man mano che si arricchivano le competenze della magistratura di sorveglianza veniva al contempo esteso lo spettro di

c.p.p. – oggi richiamato quale modello procedurale per una serie eterogenea di accertamenti (tra i quali il procedimento per reclamo) –, si è obiettivamente smarrita la *ratio* di tale acquisizione vincolata, che peraltro rischia di apparire non solo inutile, ma talvolta anche pregiudizievole per il detenuto. Attraverso la trasmissione della cartella personale infatti il magistrato di sorveglianza viene a conoscenza di materiali cognitivi che «racchiudono pre-valutazioni di meritevolezza destinate a condizionare inevitabilmente il verdetto»³¹¹ del procedimento per reclamo: pare infatti inopportuno che all'atto della valutazione sull'oggetto del reclamo il magistrato di sorveglianza sia informato di dati che nulla hanno a che vedere con il procedimento *de quo*. Giova ricordare che il reclamo è un mezzo pensato per l'accertamento di una lesione e quindi si traduce sempre in un giudizio “sul fatto” e non “sull'uomo”³¹². Peraltro, non importa che la “lesione” sia figlia del maldestro esercizio del potere disciplinare (art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit.) o giustificata da quelli che abbiamo definito i «tre assiomi fondamentali» (lett. *b*)³¹³: il magistrato di sorveglianza non decide sulla possibilità di concedere (o revocare) al detenuto un beneficio, ma sull'esistenza oggettiva di un pregiudizio incidente su un qualcosa che è riconosciuto “di diritto” al detenuto e all'internato. E a ciò si aggiunga che l'acquisizione di cui al secondo comma dell'art. 678 c.p.p. consente di attribuire rilevanza ad atti che di regola sono stati formati unilateralmente dall'amministrazione, talvolta anche disattendendo le disposizioni che il codice di procedura penale pone a protezione dell'interessato³¹⁴.

applicazione del procedimento (si pensi ad esempio al salto di qualità compiuto dall'art. 14-ter ord. penit., vedi, ampiamente, L. CESARIS, *Sub Art. 14-ter*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 170 s.). Al costante incremento dell'area di operatività del meccanismo di cui all'art. 678 c.p.p. è tuttavia mancato l'adeguamento della procedura alla pluralità di situazioni sostanziali rispetto alle quali è prevista la sua utilizzazione, tanto che parte della dottrina si è interrogata «circa l'eventualità di operare uno smembramento della disciplina in relazione al diverso oggetto di accertamento» (così, M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 892). L'attualità di tali preoccupazioni si conferma anche in tema di reclamo. L'intento di assicurare alle vicende successive al giudicato le garanzie del modello giurisdizionalizzato invero sembra aver distolto l'attenzione del legislatore dalle peculiarità del rimedio, lasciando all'interprete il compito di adeguare il modello base di cui all'art. 678 c.p.p. alle finalità e alla natura dello strumento di nuovo conio (vedi *infra*, in *questo paragrafo*).

³¹¹ Così, in tema di procedimento tipico di sorveglianza, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 371.

³¹² E ciò vale non solo in casi in cui l'oggetto di accertamento sia totalmente estraneo alla condotta del ristretto (si pensi ad esempio ad un procedimento per reclamo di cui agli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *b* ord. penit., instaurato per una lesione giustificata dal sovraffollamento carcerario), ma anche quando il reclamo attiene in senso lato ad una sanzione disciplinare. L'oggetto del reclamo di cui alla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. infatti riguarda un difetto circa le «condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa» ed eventualmente, quando la sanzione irrogata rientra tra quelle ritenute “più gravi” (isolamento durante la permanenza all'aria aperta e esclusione dalle attività in comune), al magistrato di sorveglianza è concesso anche un vaglio sull'opportunità dell'esercizio di tale potere. Anche in questi casi il magistrato di sorveglianza è chiamato a valutare un fatto, non il suo autore, e dunque pare quantomeno inappropriato che venga a conoscenza di altri riferimenti che possano sviarlo dall'oggetto dell'accertamento.

³¹³ Vedi *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 1. e cap. II, par. 1.

³¹⁴ In dottrina, in riferimento al procedimento tipico di sorveglianza, manifestano questa preoccupazione M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 952; F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 371; F. DEL-

Alla necessità di non inquinare l'accertamento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. potrebbe quindi soccorrere solo una fedele attinenza all'oggetto del procedimento. L'acquisizione legale del materiale personologico in tema di reclamo infatti impone al magistrato di sorveglianza di sopperire autonomamente alla disfunzione legata alla crisi di identità del procedimento tipico di sorveglianza³¹⁵: nella valutazione circa il materiale utilizzabile ai fini della decisione sul reclamo il magistrato dovrà curarsi solo dei contenuti strettamente connessi all'oggetto della domanda, astenendosi da divagazioni dettate dai prodotti dell'osservazione trattamentale³¹⁶.

LA CASA, *La magistratura*, cit., p. 144. Sul punto cfr. Cass., 9 marzo 2005, Piccolo, in *C.e.d.*, 230925, dove la Corte ha ritenuto non necessaria la convalida da parte del giudice della perquisizione ex art. 34 ord. penit. che aveva portato al rinvenimento e al relativo sequestro di un coltello nella cella di un detenuto; Cass. 26 giugno 2015, Carlesco, *ivi*, 264293, per cui ai fini del rigetto dell'istanza di liberazione anticipata, il tribunale di sorveglianza può tenere conto del contenuto di un rapporto disciplinare anche nel caso in cui la successiva sanzione inflitta al detenuto sia stata poi annullata per vizi formali in quanto indicativo della mancata adesione al trattamento rieducativo (conformi, Cass., 16 dicembre 2008, Bellocco, *ivi*, 243541; Cass., 28 novembre 2002, Fedele, *ivi*, 224792; Cass., 15 dicembre 1995, Sorrentino, in *Cass. pen.*, 1997, p. 544); Cass., 14 giugno 1993, Chiera, in *C.e.d.*, 195669, circa l'acquisibilità dei risultati del prelievo di urine realizzato all'atto di ingresso in istituto nel mancato rispetto della disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p. che fa obbligo dell'avviso al difensore del giorno, ora e luogo dell'accertamento. La questione pare inoltre ancor più delicata quando gli atti formati unilateralmente abbiano contenuto dichiarativo. Nel contesto dibattimentale, infatti, il principio di separazione delle fasi impedisce «di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente» da una parte (Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 32, in *www.giurcost.org*), ma tale principio «suona difficilmente compatibile con l'unicità del fascicolo nel procedimento di sorveglianza e con la previsione d'un autentico dovere acquisitivo del giudice» circa i materiali di cui all'art. 678 comma 2 c.p.p. (così, F. CASIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *www.penalecontemporaneo.it*). Detto ciò, anche ammettendo l'acquisizione del materiale personologico alla luce dell'art. 678 comma 2 c.p.p., si dovrebbe comunque negare rilevanza alla cd. relazione di sintesi elaborata dagli operatori penitenziari e ammettere piuttosto l'ingresso integrale di tutto quanto relativo all'attività di osservazione (M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale*, cit., p. 571 s. e G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit. p. 350). Nonostante il parere contrario della giurisprudenza (cfr. Cass., 20 febbraio 1990, Leggio, in *C.e.d.*, 183666, dove la Corte si è accontentata della relazione di sintesi ritenendo non necessaria «l'acquisizione di tutte le osservazioni alle quali il detenuto è stato sottoposto nell'intero arco della detenzione subita e dei trattamenti volta per volta predisposti»), infatti, in dottrina non è mancato chi ha sottolineato la necessità di assumere tutti gli atti relativi al contatto con gli operatori, anche al fine di poter in un secondo momento chiedere chiarimenti ai singoli tecnici del trattamento che li hanno redatti (cfr. M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 953).

³¹⁵ Esclude invece in via interpretativa l'applicabilità dell'art. 678 comma 2 c.p.p., seppure in riferimento al giudizio di cui all'art. 35-*ter* ord. penit., F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. penit. e casistica*, in *www.questionegiustizia.it*.

³¹⁶ Altra possibilità potrebbe essere offerta da una applicazione analogica della disciplina in materia di prove dettata dal libro III del codice di procedura penale. La logica è quella di impedire al magistrato di sorveglianza la conoscenza di tutto ciò che non riguarda l'oggetto del reclamo e dunque bloccare integralmente l'ingresso del materiale personologico alla piattaforma probatoria di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. facendo leva sui concetti di "pertinenza" o quantomeno di "rilevanza" della prova (anche guidati dal criterio della "assoluta necessità" di cui all'art. 507 c.p.p., visto che operiamo nell'ambito di una acquisizione d'ufficio). Siccome i retroscena dell'osservazione sulla personalità del detenuto sono del tutto ininfluenti per l'accertamento della lesione di cui alle lett. *a* e *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. (nonché, talvolta, potenzialmente pregiudizievoli), si potrebbe pensare di escluderli già in un momento anteriore alla vera e propria valutazione circa la loro utilizzabilità o meno. In attesa di un intervento correttivo del legislatore sulle disfunzioni che affliggono il procedimento tipico di sorveglianza così si eviterebbe un condizionamento del giudice su fatti che prescindono dai successi trattamentali del condannato. È tuttavia necessario sottolineare che parte della dottrina (F. CORBI, *L'esecuzione*, cit.,

Anche quanto alle prove costituende lo spettro appare decisamente ampio³¹⁷. Almeno sulla carta, possono essere assunte prove di qualsiasi tipo³¹⁸: perizia, testimonianza, esame delle parti (reclamante e rappresentante dell'amministrazione penitenziaria), ispezioni, ricognizioni, esperimenti giudiziali e confronti, sono tutti mezzi di prova astrattamente ammissibili, purché compatibili con i parametri di cui all'art. 190 c.p.p. e chiaramente se pertinenti all'oggetto del procedimento per reclamo³¹⁹. Sul punto però i mezzi di prova che concretamente superano il filtro dettato dalla pertinenza all'oggetto di cui al combinato disposto dagli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 ord. penit. appaiono ridotti rispetto allo schema del procedimento tipico di sorveglianza. Pare ad esempio da escludere la cd. perizia criminologica – invece pacificamente ammessa nel procedimento di cui all'art. 678 c.p.p. –, e ciò per le ragioni esposte precedentemente³²⁰: se il reclamo si concentra in accertamenti “sul fatto”, anche le attività di cui all'art. 220 comma 2 c.p.p. tese a stabilire «l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità» dell'interessato devono ritenersi precluse. E lo stesso vale per la consulenza degli operatori trattamentali,

p. 436), seppure in riferimento al procedimento tipico di sorveglianza, ha negato che siano applicabili i parametri della pertinenza, rilevanza e legalità di cui agli artt. 187 s. c.p.p., dovendosi dare per scontato che il giudice della sorveglianza si avvalga di prove rispondenti a tali canoni legali e che comunque non potrebbero intaccare le cd. prove legalizzate e cioè quelle per cui è la stessa legge a imporre l'assunzione.

³¹⁷ Nonostante il ruolo primario assicurato dal combinato disposto di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. alle prove precostituite, nel procedimento per reclamo non è impedita l'assunzione di prove costituende, alle quali è quindi riservato un compito sussidiario ma pur sempre effettivo. D'altra parte, la tradizionale visione della giurisdizione di sorveglianza quale rito orientato verso la “cartolarità” (dove la misurazione alternativa alla detenzione era concessa in ragione dei successi ottenuti dal recluso nell'attuazione del percorso trattamentale, vedi *supra*, nota 310) oggi deve fare i conti con la nuova fisionomia del procedimento e, segnatamente, con i vari accertamenti in cui il modello di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. è richiamato. Si pensi ad esempio al caso in cui il detenuto abbia proposto reclamo ex artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. per difetto di contestazione degli addebiti o in ragione del mancato esercizio della facoltà di discolorpa: in tali casi parrebbe proficuo consentire l'esame dell'interessato (compatibilmente alla sua possibilità di partecipazione all'udienza, vedi *supra*, parte seconda, par. 8. e nota 283) al fine di comprendere il suo effettivo coinvolgimento nel procedimento disciplinare (pare invece disconoscere l'esame delle parti in tema di procedimento di sorveglianza, F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 431: per l'Autore, il ricorso a tale mezzo di prova presupporrebbe un diritto incondizionato dell'interessato di partecipare all'udienza di cui all'art. 678 c.p.p., diritto che invece è subordinato alle valutazioni di cui al comma 4 dell'art. 666 c.p.p.). Ma anche in relazione al reclamo di cui alla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit.: ad esempio, potrebbe palesarsi la necessità di una perizia qualora il reclamo fosse giustificato dall'assenza dello spazio fisico garantito dalla giurisprudenza della Corte europea, e dunque per una valutazione sul trattamento inumano e degradante dettato dal sovraffollamento carcerario. E in questo caso il difensore avrebbe anche diritto a presenziare, a pena di nullità di ordine generale (così, seppure in tema di perizia medico-legale, Cass., 9 dicembre 2008, Aprile, in *C.e.d.*, 242434).

³¹⁸ Il riferimento operato dall'art. 185 disp. att. a «l'esame dei testimoni e [al]l'espletamento della perizia» infatti deve essere inteso a mero titolo esemplificativo. In questi termini, M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 960; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 344; L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 435; F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 146.

³¹⁹ Sembra invece escluso il ricorso a mezzi di ricerca della prova «fisiologicamente preordinati all'accertamento dei fatti di reato» (F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 344). *Contra*, F. MAISTO, *Profili processuali*, cit., per il quale sarebbero prospettabili ispezioni di luoghi e di cose, finalizzate alla misurazione degli spazi ex art. 246 c.p.p.

³²⁰ Vedi *supra*, in questo paragrafo e note 310 e 312.

prova sconosciuta al processo penale di cognizione ma ammessa nel procedimento di sorveglianza, seppure solo «se occorre» *ex art. 678 comma 2 c.p.p.* e cioè in funzione integrativa rispetto alla piattaforma delle prove documentali acquisite³²¹.

9.2. Le modalità di ammissione...

Quanto all'ammissione delle prove, il comma 5 dell'art. 666 c.p.p. conferisce al magistrato di sorveglianza autonomi poteri istruttori, nell'esercizio dei quali egli procede «senza particolari formalità» (art. 185 disp. att.). Egli può chiedere alle autorità competenti «tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno», e, se occorre, assume prove «nel rispetto del contraddittorio» (art. 666 comma 5 c.p.p.). Così come nel procedimento di esecuzione e in quello tipico di sorveglianza, anche nel reclamo dunque si conferma il principio generale di acquisibilità delle prove d'ufficio. La scelta di discostarsi dall'impostazione dettata dall'art. 190 comma 1 c.p.p. risponde invero ad esigenze rintracciabili esclusivamente nel procedimento *ex art. 678 c.p.p.*: qui lo sviamento dal principio dispositivo – per cui le prove sono ammesse su istanza di parte, e solo eccezionalmente *ex officio* – trova giustificazione nel particolare oggetto del procedimento, il quale, abbiamo visto, ammette il ruolo paternalistico del giudice anche in supplenza a obblighi generalmente attribuiti alla parte³²². In ogni caso, dal generale richiamo agli artt. 666 e 678 c.p.p. si desumerebbe l'insussistenza di un vero e proprio onere probatorio a carico del reclamante che abbia avviato il procedimento. Si parla, sul punto, di un mero «onere di allegazione»³²³. Detenuti e internati saranno quindi chiamati a indicare al magistrato di sorveglianza unicamente i fatti sui quali l'istanza di reclamo si fonda, incombendo poi su questo il dovere di procedere ai relativi accertamenti³²⁴.

Ma il ruolo attivo del giudice non impedisce alle parti di contribuire alla formazione del materiale probatorio su cui si fonderà l'esito del reclamo. D'altra parte,

³²¹ Anche in questo caso infatti si tratta di attività (qualificate come un ibrido tra la testimonianza e la perizia, cfr. M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 961) che svelano contenuti personologici del condannato e che quindi non ineriscono all'accertamento sul reclamo.

³²² *Supra*, par. 2.1.

³²³ Cass., 18 novembre 2014, Schiavone, in *C.e.d.*, 262482; precedentemente, tra molte, Cass., 22 settembre 2010, Di Sabatino, *ivi*, 248276; Cass., 11 novembre 2009, Nazar, *ivi*, 245512: «nel procedimento di sorveglianza non sussiste un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, cioè il dovere di prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti».

³²⁴ Anche nel procedimento per reclamo quindi si conferma l'esclusione di un vero *onus probandi* a carico del detenuto a dispetto delle regole che informano il giudizio civile (dove l'art. 2697 comma 1 c.c. prevede che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento»). Infatti, in linea con tale conclusione, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.), ha negato una rigida osservanza del principio *affirmanti incumbit probatio* – in ossequio al quale «l'onere della prova spetta a colui che afferma» – in quanto «inevitabilmente il governo convenuto è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente» (precedentemente, Corte eur., Brânduşe c. Romania, 7 aprile 2009, www.hudoc.echr.coe.int; Corte eur., 10 maggio 2007, Khoudoyorov c. Russia, *ivi*).

una prova è ammissibile ogniqualvolta una norma non la escluda, e non v'è alcuna disposizione processuale che, ammettendo il potere d'ufficio nell'azione istruttoria, ne vieti il concorso delle parti. Detenuto e amministrazione penitenziaria possono quindi sia portare a conoscenza del magistrato di sorveglianza "fatti" a questo sconosciuti sia far valere eventuali lacune istruttorie³²⁵. È questo un vero e proprio diritto alla prova ai sensi dell'art. 190 comma 1 c.p.p.³²⁶, confermato anche dalla disciplina di cui all'art. 327-*bis* commi 1 e 2 c.p.p., che riconosce al difensore «la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito» anche nella fase dell'esecuzione penale. Nonostante il parere contrario della giurisprudenza, all'affermazione della disciplina sul diritto alla prova dovrebbe seguire il riconoscimento del diritto alla prova contraria di cui all'art. 495 comma 2 c.p.p.³²⁷. Invero, nel procedimento per reclamo la controprova assume tratti del tutto peculiari. Qui l'attore è il recluso, mentre l'amministrazione veste i panni del convenuto. Ne segue un singolare ribaltamento di ruoli rispetto al giudizio di cognizione: al reclamante spetta la prova a supporto dell'esistenza della lesione circa i fatti concernenti la sua negazione così come prospettati dall'amministrazione penitenziaria; e viceversa. Ma il senso della disposizione rimane intatto. Ciò che conta è che sia riconosciuto il diritto a confutare l'assunto avversario.

³²⁵ Sul punto la giurisprudenza più rigorosa sottolinea che eventuali lacune istruttorie occorse nella fase di merito e non denunciate davanti al giudice competente per essa non possono essere dedotte con ricorso per cassazione, così Cass., 9 gennaio 2004, p.m. in proc. Aparo, in *C.e.d.*, 226958.

³²⁶ Invero in dottrina si registrano due orientamenti contrastanti. La dottrina maggioritaria ritiene che «anche nell'ambito della giurisdizione esecutiva [...] deve ritenersi vigente la regola che obbliga il giudice ad ammettere tutte le prove richieste dalle parti che non siano vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti» (così, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 347; in senso conforme, L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 428; R.E. KOSTORIS, *Linee*, cit. p. 566; F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 422). Altra parte, invece, sottopone l'esercizio di tale diritto alla «insindacabile discrezionalità valutativa» del giudice, il quale potrebbe rifiutare l'acquisizione richiesta (A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 888; conforme, A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art 111 della Costituzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e strumenti di tutela*, Cedam, 2004, p. 15, secondo il quale sarebbe necessario che l'interessato spiegasse «al giudice perché l'elemento da assumere possiede un proprio rilievo ai fini della pronuncia, tenuto conto, ovviamente del materiale sino ad allora acquisito»).

³²⁷ Cfr. Cass., 1° ottobre 2008, Greco, in *C.e.d.*, 241309; Cass, 28 marzo 2008, Locci, *ivi*, 240148; Cass., 12 agosto 1993, Cova, *ivi*, 195977: «nel procedimento di sorveglianza non sono applicabili le norme sulla mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606 comma primo lett. d) cod. proc. pen.) e sul diritto dell'imputato all'ammissione della prova a scarico sui fatti oggetto di prova a carico (art. 495 comma secondo stesso codice), in quanto il diritto alla prova a scarico è previsto soltanto per il giudizio dibattimentale e non anche per i procedimenti che si svolgono con il rito della camera di consiglio». Su posizioni diametralmente opposte si è invece assestata la dottrina: come è stato correttamente evidenziato, non vi sono ragioni «per escludere l'operatività *in executivis* degli artt. 495.2 e 606.1 lett. d c.p.p.» (F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 347, per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. nota 182). D'altra parte, la tutela del contraddittorio non ammette scorcioate neppure nella fase dell'esecuzione, e ciò vale a maggior ragione quando l'oggetto dell'accertamento a cui è chiamato il magistrato di sorveglianza è un "fatto" che vede contrapposte due parti avverse, le quali devono essere poste in condizione di confrontarsi sul materiale probatorio ammesso su richiesta della controparte.

9.3. (Segue) ... e di acquisizione.

La prova ammessa deve essere acquisita. Quanto alle modalità, l'art. 666 comma 5 c.p.p. richiama al rispetto del contraddittorio³²⁸. Il principio dell'assunzione dialettica della prova, che potrebbe sembrare un'ovvietà alla luce dell'art. 111 comma 4 Cost. così come richiamato dall'art. 666 c.p.p., pare invece sensibilmente attenuato dal disposto dell'art. 185 disp. att., che autorizza il giudice a procedere «senza particolari formalità» negli incidenti dell'esecuzione. Ma se l'afasia del legislatore appare giustificata nel procedimento puro di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p., l'indebolimento delle garanzie costituzionali può essere affermato con la stessa serenità anche rispetto al procedimento per reclamo? Le sofferenze legate al compromesso tra la regola del contraddittorio nella formazione della prova e il ridotto formalismo a cui è chiamato il giudice dell'esecuzione/sorveglianza, infatti, non possono che acuirsi nel giudizio di cui all'art. 35-bis ord. penit. e, a prima vista, appaiono unicamente legittimate dalla minore posta in gioco del procedimento per reclamo rispetto a quello di cognizione.

Quanto al procedimento di esecuzione/sorveglianza, infatti, la questione è stata tradizionalmente risolta facendo leva sulle differenze genetiche tra il modello probatorio di cognizione e quello di cui all'art. 666 c.p.p.: la «affievolita “terzietà” del giudice», unita alla «attenuata struttura contenziosa», rendono «la fase processuale successiva al giudicato scarsamente congeniale alla declinazione del principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova»³²⁹. Ed invero questo ha consentito agli interpreti di negare alcuni momenti propri dell'*iter* probatorio di cognizione, in favore di un generale canone di semplificazione³³⁰. Tuttavia, nel procedimento per reclamo gli argomenti che legittimano la deviazione del modello di cui agli

³²⁸ Va osservato come la dottrina abbia sciolto i dubbi legati alla formulazione dell'art. 666 comma 5 c.p.p. che sembra riferire alle sole prove la regola dell'assunzione in contraddittorio: «il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio». Si afferma infatti anche in relazione alle prove precostituite la necessaria osservanza del confronto dialettico. Sulle modalità di acquisizione tuttavia si riscontrano posizioni contrastanti, vedi *infra*, nota 336.

³²⁹ F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 348, dove l'Autore inoltre sottolinea come l'art. 185 disp. att., autorizzando il giudice a procedere senza particolari formalità in ragione delle peculiarità della giurisdizione esecutiva, «consente di mascherare agevolmente da ridotto formalismo una (talora raccomandabile) limitata attuazione del principio del contraddittorio».

³³⁰ Muovendo da tali premesse è stata esclusa dal modello di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. la pratica delle liste testimoniali (M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 951; F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 348; L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 438; G. DEAN, *Ideologie*, cit., p. 112; F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 438 s.). Ma non solo: in nome del ridotto formalismo, la dottrina tradizionale escludeva il ricorso al metodo dell'esame incrociato nell'escussione della prova dichiarativa (tra molti, G. ZAPPA, *Il procedimento*, cit., p. 423). Vero è che sul punto si registrano posizioni dissonanti, che sottolineano in particolare come «la tenuta di queste osservazioni dottrinali [oggi dovrebbe] essere verificata alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost.» (M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 951). Dall'art. 111 commi 3 e 4 Cost. sembra infatti derivare l'affermazione di un generale ricorso alla tecnica dell'esame incrociato (cfr. L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 432 e S. LORUSSO, *Giudice*, cit., p. 253), quantomeno ad integrazione dell'esame condotto dal giudice (vedi, F. CASSIBBA, *Parità*, cit., dove l'Autore, anche riprendendo F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 447, consente alle parti la “disponibilità” dell'escussione mediante esame incrociato, previa richiesta al giudice della sorveglianza, giustificata da situazioni accertative di particolare delicatezza e complessità).

artt. 666 e 678 c.p.p. dai canoni aurei del giusto processo appaiono sensibilmente attenuati; il che porta a chiedersi se effettivamente il ridotto formalismo non sia unicamente il risultato di un giudizio di “valore” effettuato dal legislatore circa l’oggetto del procedimento di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. Se infatti nel procedimento di esecuzione (e ancor più in quello di sorveglianza) la semplificazione trova la sua ragion d’essere nell’assenza di una vera e propria tensione dialettica con una “controparte”, nonché nel rapporto privilegiato tra giudice e condannato, non sembra possibile pervenire alle medesime conclusioni con riferimento al reclamo di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. Qui infatti il detenuto “non gioca da solo” ma si contrappone all’amministrazione penitenziaria e, di conseguenza, il magistrato di sorveglianza è chiamato ad una rigorosa equidistanza rispetto alle parti nell’accertamento di un giudizio che verte sul “fatto” e non “sull’uomo”³³¹.

Vero è che anche in riferimento al procedimento di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. difficilmente si potrebbe pensare a una piena attuazione delle regole che sottendono alle garanzie del contraddittorio. L’accertamento della lesione oggetto di reclamo deve, infatti, inevitabilmente bilanciarsi con le esigenze di speditezza che impongono al magistrato di sorveglianza di muoversi con agilità anche nel percorso probatorio. Si pensi anche solo al requisito dell’attualità del pregiudizio: se il giudice tergiversa, e la lesione scompare, il reclamo perde efficacia³³². Peraltro è probabile che tale speditezza – che il legislatore incautamente definisce “informalità” – sia dovuta anche alla minore difficoltà di accertamento dell’oggetto del reclamo rispetto all’oggetto del processo; il che rende non irragionevole evitare nel reclamo tutte quelle scansioni, temporali e procedurali, opportunamente prescritte per il procedimento di cognizione. Ma tale affermazione non equivale a vanificare integralmente quanto previsto dall’art. 111 Cost. e riaffermato dall’art. 666 comma 5 c.p.p. Il contraddittorio rimane il metodo per vagliare l’esistenza della lesione: qui l’oggetto dell’accertamento è più semplice e quindi più semplici saranno anche le modalità del suo sindacato. L’affermazione dell’effettività del contraddittorio nel procedimento per reclamo quindi si traduce in un richiamo ai contenuti imprescindibili del coinvolgimento delle parti nel percorso che va dalla ricerca della prova sino alla sua introduzione nel procedimento; nonché nel diritto del reclamante e dell’amministrazione di prendere conoscenza del materiale probatorio portato dall’avversario e di interloquire sulla relativa ammissibilità³³³.

³³¹ Vedi *supra*, par. 2.1.

³³² Vedi *supra*, *parte prima*, cap. II, par. 3.

³³³ In realtà, quanto al materiale probatorio prodotto attraverso le indagini difensive (e finalizzato agli accertamenti del procedimento di sorveglianza), in assenza di una regolamentazione espressa in tema di utilizzabilità la dottrina si è assestata su tre posizioni. La prima: le indagini difensive non valgono nulla più di una «segnalazione alla magistratura di sorveglianza della eventuale opportunità di acquisire una testimonianza» (M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale*, cit., p. 576). Altri autori invece ritengono estendibile la disciplina di cui all’art. 391-*decies* c.p.p. (L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 428-429). Infine v’è chi propende per un’interazione meno ufficiale, ragionando sull’art. 391-*octies* c.p.p. in tema di documentazione difensiva utilizzabile nel corso delle indagini preliminari e nell’udienza preliminare (M. RUARO, *La magistratura*, cit., p. 383). La giurisprudenza di merito invece esclude l’applicazione analogica degli artt. 391-*bis* s. c.p.p. nel procedimento di sorveglianza. Cfr.

In conclusione, anche nel reclamo, così come nel procedimento di esecuzione e in quello di sorveglianza, si conferma la variante *debole* del principio del contraddittorio nella formazione della prova: il riferimento attiene al “metodo” dialettico-argomentativo ma il principio è ripulito da tutti gli adempimenti che sarebbero inutili ai fini dell'accertamento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Sul punto quindi deve escludersi, ad esempio, l'applicabilità dell'art. 468 comma 1 c.p.p. circa il deposito delle liste testimoniali almeno sette giorni liberi prima dell'udienza³³⁴. Le istanze istruttorie potranno essere presentate direttamente in udienza o anticipate tramite memorie depositate nella cancelleria del magistrato di sorveglianza. D'altra parte, il canone generale di semplificazione non pare impedire l'utilizzabilità della tecnica dell'esame incrociato, tanto più che il ricorso alla *cross-examination* non richiede un insormontabile dispendio di energie processuali, e quindi si direbbe compatibile con la logica di speditezza propria del procedimento per reclamo³³⁵. Quanto alle prove precostituite, l'acquisizione deve rispettare le forme dettate dagli artt. 511 e 515 c.p.p. Si conferma quindi, da un lato, il meccanismo della lettura o indicazione per gli atti precostituiti rispetto all'udienza camerale ma funzionalmente legati al reclamo, e dall'altro, la semplice allegazione della prova documentale al fascicolo processuale così come promossa dall'art. 495 comma 3 c.p.p.³³⁶.

Trib. Sorv. Torino, 20 febbraio 2001, inedita: «la struttura del giudizio di sorveglianza mal si presta al trapianto di tali istituti. Nel procedimento di sorveglianza [...] non pare che l'esito di indagini difensive possa essere acquisito e utilizzato [...] per l'ovvia considerazione che il difensore non è “autorità competente” alla vigilanza o alla raccolta di informazioni. [...] Le eventuali dichiarazioni raccolte in sede di “indagine difensiva” possono essere acquisite unicamente perché permane il residuale valore delle suddette dichiarazioni quale supporto documentale a una segnalazione alla magistratura di sorveglianza della eventuale opportunità di acquisire una testimonianza. La rilevanza, ai fini del giudizio, dell'assunzione di tale prova è rimessa alla valutazione discrezionale del giudicante».

³³⁴ Tale disposizione infatti mal si concilia con l'assenza di una fase preliminare alla trattazione in camera di consiglio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. che possa apparire dedicata alla adozione di provvedimenti in punto di ammissione.

³³⁵ Quanto al procedimento tipico di sorveglianza, la posizione della dottrina sul punto è riassunta *supra*, nota 330.

³³⁶ La regola che vede anche per documenti e informazioni l'assunzione in udienza nel rispetto del contraddittorio (vedi *supra*, nota 328) trova in dottrina opinioni contrastanti circa le modalità di ingresso di tali atti nel fascicolo processuale. Le divergenze si devono a una differente considerazione del materiale precostituito rispetto all'oggetto del procedimento. Chi propende per una sostanziale equiparabilità tra «documenti» e «informazioni» richiama per entrambi l'*iter* dettato dall'art. 511 c.p.p., sollecitandone la lettura o la semplice indicazione (A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo”*, cit., p. 264; in senso conforme, L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 434 e F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 145). Diversamente, chi esalta le peculiarità della prova documentale rispetto agli atti formati precedentemente all'udienza ma funzionali all'oggetto del procedimento giunge inevitabilmente a considerazioni diversificate anche quanto alle modalità di acquisizione. Il concetto di “documento” infatti è riferito all'atto estraneo al procedimento in cui andrà utilizzato; e tale autonomia non coinvolge solo la scansione temporale (e quindi alla sua pre-costituzione rispetto all'udienza camerale) ma anche la sua funzione (come si legge nella *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, reperibile in www.gazzettaufficiale.it: «l'oggetto rappresentato [nel documento] deve essere un atto o fatto differente dagli atti processuali compiuti nel procedimento nel quale il documento è acquisito»). Ne segue che per questi si conferma, come per il procedimento di cognizione, il disposto di cui all'art. 495 comma 3 c.p.p. che, pur ammettendo la facoltà delle parti di esaminare i documenti di cui viene richiesta l'ammissione, ammette l'acquisizione della prova documentale «con la semplice allegazione del documento al fascicolo processuale (art. 515 c.p.p.), senza necessità che del medesimo venga data let-

10. La decisione. Gli esiti del procedimento per reclamo.

Chiusa la trattazione, il magistrato di sorveglianza decide sull'istanza con ordinanza di rigetto o di accoglimento. L'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit. distingue gli esiti del procedimento in ragione della tipologia di reclamo³³⁷, dettando «una disciplina delicatissima, che più di ogni altra incide sui rapporti tra magistrato di sorveglianza e amministrazione penitenziaria»³³⁸.

10.1. L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. a ord. penit.

Il comma 3 dell'art. 35-*bis* ord. penit. prevede che «in caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare». Come sappiamo, attraverso il rimedio di cui alla lett. a dell'art. 69 comma 6 ord. penit. il detenuto o l'internato possono far valere il difettoso esercizio del potere disciplinare. La lettera infatti consente al magistrato di sorveglianza di valutare la legittimità delle «condizioni di esercizio del potere disciplinare, [del]la costituzione e [del]la competenza dell'organo disciplinare, [del]la contestazione degli addebiti e [del]la facoltà di discolora» ed eventualmente, quando la decisione coinvolge le sanzioni “più gravi”

tura» (F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 349-351). Decisamente meno garantista è la posizione della giurisprudenza che, facendo leva sul carattere di semplificazione, nel procedimento di sorveglianza ammette l'utilizzabilità anche di risultati che non abbiano superato lo schermo della discussione orale: cfr. Cass., 28 marzo 2001, Sarcone, in *C.e.d.*, 219493, dove la Corte ha ritenuto legittimo il provvedimento di revoca della semilibertà assunto dal tribunale di sorveglianza, nel quale si era tenuto conto anche di relazioni dei servizi sociali contenute nel fascicolo che non avevano formato oggetto di discussione orale. Altra interessante questione è quella che concerne la tutela del contraddittorio calata nella possibilità di richiedere (e ottenere) un termine a difesa per l'ipotesi in cui documentazione rilevante per la decisione venga acquisita dal giudice il giorno dell'udienza, senza che fosse precedentemente nota al difensore. Sul punto la giurisprudenza di merito ha ritenuto non dovuta la concessione della sospensione asserendo che «la giurisprudenza ha sempre considerato il diritto di informazione della difesa prima dell'udienza di sorveglianza sotto il profilo della necessità dell'informativa mediante tempestivi avvisi dell'oggetto della stessa, ritenendo ammissibile anche un'informativa sommaria e limitata alla menzione del beneficio in gioco. Mai risulta che sia stata richiesta la “messa a disposizione di tutti gli atti” con un determinato anticipo» (Trib. Sorv. Torino, 20 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2522). Pare invece del tutto condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che impone la fissazione di una nuova udienza camerale nel caso in cui il giudice, dopo l'udienza di trattazione (e quindi mediante ordinanza, successivamente alla riserva della decisione), «abbia acquisito documenti non compresi tra gli atti del procedimento, [...] affinché le parti prendano in esame la nuova documentazione e possano rassegnare eventualmente diverse e ulteriori conclusioni; nel caso in cui la pronuncia venga emessa sulla scorta dei suddetti documenti e senza aver provveduto ai citati adempimenti, la stessa risulta affetta da nullità assoluta per violazione del diritto al contraddittorio ed alla difesa» (Cass., 11 febbraio 2015, Bazzocchi, in *C.e.d.*, 262555; conformi, Cass., 26 maggio 2009, D'Argenio, *ivi*, 244032; Cass., 5 dicembre 2003, Porchia, *ivi*, 227871; Cass., 9 novembre 1994, Bozzi, *ivi*, 200868).

³³⁷ Il che in un certo senso asseconda l'idea del reclamo quale strumento multiforme, pensato per assicurare una disciplina unitaria “garantita” per situazioni sostanziali in realtà profondamente diverse (vedi *supra*, par. 3).

³³⁸ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 235.

(isolamento durante la permanenza all'aria aperta e esclusione dalle attività in comune), il merito della loro irrogazione³³⁹.

Se il giudice accoglie il reclamo, quindi, si pronuncia con un annullamento³⁴⁰. La scelta svela l'intento del legislatore di parificare l'impugnazione di cui alla lett. *a* ad un ricorso amministrativo³⁴¹ e si pone in netta controtendenza rispetto alla disciplina previgente. In epoca antecedente al d.l. n. 146 del 2013, infatti, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza maggioritaria consentiva al magistrato esclusivamente la disapplicazione del provvedimento reclamato, in conformità a quanto previsto dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865 (allegato E)³⁴². Con la riforma il legislatore ha quindi fugato ogni dubbio, operando una scelta funzionale ad assicurare forza cogente al provvedimento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.³⁴³.

La nuova disciplina presenta tuttavia un vistoso inconveniente. Al magistrato di sorveglianza è riservata unicamente l'alternativa secca tra rigetto e accoglimento del reclamo. Come è stato notato in dottrina, infatti, è preclusa «la possibilità di una pronuncia che si limiti a modificare *in parte qua* il provvedimento disciplinare (a es., diminuendo l'entità della sanzione giudicata eccessiva rispetto all'obiettiva gravità del rilievo disciplinare)»³⁴⁴. Qualora ricorrano gli estremi per l'accoglimento del reclamo, quindi, il magistrato di sorveglianza dovrà sempre pronunciarsi con l'annullamento, anche nei casi in cui ritenga fondata l'incolpazione. Tale previsione, figlia della necessità di evitare una eccessiva ingerenza nell'esercizio del potere disciplinare dell'amministrazione penitenziaria, comporterà quindi la perdita di efficacia *ex tunc* del provvedimento, e all'amministrazione non rimarrà che – eventualmente – provvedere a irrogare una nuova sanzione, in senso conforme al monito del magistrato di sorveglianza³⁴⁵.

³³⁹ Vedi *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 3.

³⁴⁰ L'opera a cui è chiamato il magistrato di sorveglianza si colloca quindi nell'ambito della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost. che, da un lato, sancisce la tutela giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della pubblica amministrazione incidenti su diritti soggettivi e interessi legittimi, e dall'altro, demanda al legislatore l'individuazione dei giudici competenti ad annullare gli atti amministrativi nonché i relativi casi ed effetti. In questo senso, P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 110 e F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 52.

³⁴¹ E questo non pare minacciare la tesi che conferisce alla sanzione disciplinare una natura parapenale, *supra*, *parte prima*, cap. I, par. 4.

³⁴² Cass., 4 ottobre 1996, p.m. in proc. Vallanzasca, in *C.e.d.*, 207716; Cass., 1° gennaio 1996, p.g. in proc. Gambino, *ivi*, 204349; Cass., 27 giugno 1995, p.g. in proc. Minichini, *ivi*, 202437. Danno conto dell'orientamento maggioritario E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 235, in particolare, nota 107 e F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 52.

³⁴³ L'esito positivo del reclamo disciplinare avrà quindi effetto demolitorio sull'atto, in linea con quanto previsto per i reclami di cui agli artt. 41-*bis* comma 2-*quinquies* e 14-*ter* ord. penit. che, in caso di accoglimento, determinano l'annullamento dell'atto.

³⁴⁴ Così, F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 254. In senso conforme, E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 236 e M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 407; P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 110.

³⁴⁵ M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 407; P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 110; F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 254.

10.2. *L'accoglimento del reclamo di cui all'art. 69 comma 6 lett. b ord. penit.*

Nelle ipotesi di cui all'art. 69 comma 6 lett. b ord. penit. il magistrato di sorveglianza, «accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice». Quando il reclamo è legittimato da un'inosservanza di norme penitenziarie che abbia comportato una lesione grave ed attuale ai diritti del detenuto o dell'internato, in caso di accoglimento, il magistrato è quindi chiamato a ordinare all'amministrazione una condotta idonea a porre rimedio al pregiudizio subito dal detenuto.

In primo luogo, va osservato che il legislatore del 3 comma dell'art. 35-*bis* ord. penit. subordina l'esito positivo del reclamo al vaglio sulla *attualità e sussistenza* del pregiudizio lamentato. Si tratta invero di una infelice formulazione che rischia di generare fraintendimenti se analizzata congiuntamente a quanto disposto dall'art. 69 comma 6 lett. b ord. penit. Non pone particolari problemi il riferimento all'attualità. Tale requisito (già contenuto nell'art. 69 ord. penit.) è infatti strettamente connesso al concetto di interesse ad agire, e la sua menzione all'interno dell'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit. pare funzionale all'esigenza di individuare il perimetro temporale assegnato al rimedio. In altri termini, il richiamo all'attualità del pregiudizio è necessario per circoscrivere il potere assegnato, da un lato, al detenuto attraverso la presentazione del reclamo, e dall'altro al magistrato di sorveglianza: per consentire l'accoglimento dell'istanza, il pregiudizio deve sussistere sia al momento della presentazione del reclamo sia al momento della decisione³⁴⁶. Del resto, l'istituto del reclamo assolve una funzione preventiva ed è stato pensato per consentire al magistrato di sorveglianza di operare tempestivamente su lesioni ancora in atto³⁴⁷. Quindi non stupisce che il legislatore abbia ancora una volta voluto differenziare il rimedio *de quo* da quello compensativo di cui all'art. 35-*ter* ord. penit.

Meno lineare appare invece il richiamo alla «sussistenza» del pregiudizio. Con tale indicazione il 3 comma dell'art. 35-*bis* ord. penit. pare evocare tutti i presupposti richiesti dall'art. 69 comma 6 lett. b ord. penit. per la presentazione del reclamo, ossia tutti e tre gli assiomi fondamentali³⁴⁸. Il reclamo di cui alla lett. b, infatti, dovrebbe essere accolto solo qualora il magistrato di sorveglianza riscontri tutti i presupposti dettati dall'art. 69 comma 6 ord. penit., in quanto solo in questo caso sussisterà il pregiudizio che legittima il rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Tuttavia la prima dottrina ha ricondotto il parametro della sussistenza al criterio selettivo della «gravità» così come disposto dall'art. 69 comma 6 ord. penit.: «il secondo [presupposto], consiste nella gravità del pregiudizio stesso»³⁴⁹. Un *lapsus*, probabilmente indotto dalla riaffermazione nell'art. 35-*bis* ord. penit. del requisito dell'attualità (che nell'art. 69 ord. penit. accompagna quello della gravità). Ma, come abbiamo visto, qui la menzio-

³⁴⁶ Peraltro, come correttamente sottolineato da E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 238, nota 115, non emergono ragioni per cui la sussistenza di tale requisito non dovrebbe essere «riferita anche al tribunale di sorveglianza, a cui [...] è stato assegnato il secondo grado di giudizio». Vedi *infra*, par. 12.1.

³⁴⁷ Vedi *supra*, parte prima, cap. II, par. 3., nonché nota 225.

³⁴⁸ *Supra*, parte prima, cap. II., par. 1.

³⁴⁹ F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 255.

ne dell'attualità della lesione risponde unicamente ad esigenze di specificazione: nei fatti, l'esplicito riferimento dell'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit. all'attualità è superfluo, e pare funzionale a fugare ogni dubbio circa l'estensione temporale del requisito a tutte le fasi del procedimento. È vero che il controverso concetto di gravità assume rilevanza nella valutazione sull'accoglimento o meno del reclamo, ma questo è solo uno dei parametri che dovranno guidare il magistrato di sorveglianza³⁵⁰; il quale dovrà concentrarsi su tutti i presupposti dettati dalla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit.

Quanto al contenuto dell'accoglimento, il legislatore non si pronuncia. La formulazione apparentemente atecnica che impone al magistrato di sorveglianza di «porre rimedio» si deve alla varietà di situazioni che potrebbero essergli presentate mediante la domanda di cui agli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *b* ord. penit.³⁵¹. Stante l'eterogeneità delle posizioni soggettive astrattamente tutelabili, il legislatore ha quindi inteso sottrarsi a un'analitica indicazione del contenuto del provvedimento, legittimando il magistrato a maneggiare discrezionalmente il risultato dell'accoglimento. Il punto coinvolge ancora una volta i tre assiomi fondamentali, e segnatamente, l'ampia latitudine del sostantivo «inosservanza» che pare ammettere l'azionabilità del reclamo a seguito di un comportamento sia attivo sia omissivo da parte dell'amministrazione penitenziaria³⁵²: d'altra parte, se la doglianza non segue necessariamente a un "provvedimento" viziato (potendo concretizzarsi anche in una semplice inerzia) il magistrato di sorveglianza deve essere messo in condizione di poter richiedere all'amministrazione di adeguarsi attivamente al contenuto della decisione. Vero è che, anche qualora attraverso il reclamo ci si dolesse di un "provvedimento", il contenuto della decisione attuata alla luce della lett. *b* non parrebbe riconducibile ad un vero e proprio annullamento. Se così non fosse, infatti, difficilmente si comprenderebbe la ragione di istituire un successivo giudizio dedicato esplicitamente all'ottemperanza, al termine del quale al magistrato è concesso di dichiarare «nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito» (art. 35 comma 6 lett. *b* ord. penit.)³⁵³.

Infine, a prescindere dal contenuto dell'accoglimento, quando il magistrato di sorveglianza si pronuncia in favore del reclamo deve indicare il termine entro il quale

³⁵⁰ È vero che (anche alla luce delle valutazioni effettuate *supra, parte prima*, cap. II, par. 3.) il requisito della *gravità* assumerebbe rilievo solo in sede di valutazione sull'accoglimento del reclamo (e quindi proprio al momento della decisione di cui all'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit.). Ma questo non significa equiparare il concetto di sussistenza a quello di gravità. È ovvio che tra i parametri-guida del giudice sarà ricompreso anche quello relativo all'intensità del pregiudizio subito dal detenuto, ma questo è solo uno dei momenti su cui deve concentrarsi il magistrato di sorveglianza; il quale ammetterà il reclamo in presenza di tutti i presupposti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit.

³⁵¹ E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 237; M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 408; P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 110.

³⁵² In realtà, come già evidenziato (*supra, parte prima*, cap. II, par. 1.), la formulazione dell'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. parrebbe spingersi oltre i confini della stretta denuncia di comportamenti commissivi/omissivi illegittimi, sino ad abbracciare anche violazioni conseguenti ad attività non perfettamente aderenti alla normativa penitenziaria.

³⁵³ Vedi *infra*, par. 13. e 13.1.

l'amministrazione penitenziaria è chiamata a provvedere all'eliminazione del pregiudizio. Tale specificazione, assente nel testo licenziato con il d.l. n. 146 del 2013, è stata inserita solo in sede di conversione e risponde allo scopo di limare gli angoli di incertezza legati ai tempi di attivazione della successiva procedura di ottemperanza. Scaduto il termine concesso dal magistrato di sorveglianza, in caso di mancata esecuzione del provvedimento di cui all'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit., l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale potranno instaurare il giudizio di ottemperanza.

11. Gli aspetti formali della decisione sul reclamo.

Gli aspetti formali della decisione sono disciplinati attraverso il richiamo generale agli artt. 666 e 678 c.p.p. Il magistrato di sorveglianza decide con ordinanza motivata³⁵⁴. La decisione non segue inevitabilmente la trattazione. In assenza di vincolanti indicazioni temporali, infatti, si applica il modello dettato per il procedimento di esecuzione, per cui il magistrato potrà posticipare l'esito del reclamo "riservandosi" di decidere successivamente, evitando la lettura del dispositivo in udienza³⁵⁵. Tuttavia tale possibilità – divenuta la regola per il procedimento di esecuzione/sorveglianza – deve essere maneggiata con cura in tema di reclamo. Infatti una consistente frattura temporale tra l'accertamento e la sua decisione qui rischia di vanificare le pretese avanzate dal detenuto mediante il reclamo. Il problema non si pone tanto quando il vizio denunciato coinvolge la materia disciplinare, quanto semmai quando in gioco v'è una lesione dei diritti genericamente intesi *ex art. 69 comma 6 lett. b ord. penit.* Infatti nel primo caso, grazie alla riconducibilità del reclamo di cui alla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. al regime ordinario delle impugnazioni, il provvedimento disciplinare impugnato attraverso il rimedio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. dovrebbe rimanere sospeso: se la sanzione irrogata non viene eseguita sino alla definizione del reclamo, lo slittamento della decisione non pare pregiudicare irreparabilmente la pretesa del detenuto, né tradire la natura e le prospettive assegnate allo strumento di nuo-

³⁵⁴ Nonostante il generico richiamo del legislatore dell'art. 666 comma 6 c.p.p. solo alla forma del provvedimento («il giudice decide con ordinanza») non pare dubitabile l'obbligo di motivazione, desumibile direttamente dall'art. 125 comma 3 c.p.p. nonché dagli artt. 27 comma 3 e 111 comma 6 Cost. Tale affermazione, oltre ad essere pacifica in dottrina (tra molti, F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 352; G. GIOSTRA, *Il procedimento*, cit., p. 389), è condivisa dalla giurisprudenza, che considera viziata da motivazione apparente non solo l'ordinanza totalmente mancante dei motivi della decisione, ma anche quella in cui il giudice si sia limitato ad operare un generico riferimento alle «informazioni assunte» nel corso del procedimento (Cass., 27 ottobre 1993, Bonicoli, in *C.e.d.*, 195797), nonché quella che presenti «espressioni prive di contenuto concreto» (Cass., 6 giugno 2013, De Martino, in *C.e.d.*, 256479; recentemente, Cass., 9 gennaio 2014, p.g. in proc. Pollero, *ivi*, 259141). Sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione, cfr. Cass., 19 dicembre 1995, Di Carlo, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 216. Quanto al divieto di utilizzabilità di moduli prestampati, vedi, in tema di riabilitazione, Cass., 8 novembre 2005, Costa, in *C.e.d.*, 233270; precedentemente, Cass. 18 febbraio 1999, p.m. in proc. Reitano M., *ivi*, 213486; mentre è stata ritenuta legittima la motivazione *per relationem* «a condizione che nel provvedimento siano indicate in modo preciso la fonte delle informazioni ricevute e gli estremi dell'atto nel quale esse sono versate» (Cass., 27 novembre 2013, Di Lieto, in *C.e.d.*, 258401; Cass., 1° febbraio 2011, Matarrese, *ivi*, 249884).

³⁵⁵ Sul punto si veda ampiamente F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 352.

vo conio³⁵⁶. La questione appare tuttavia più delicata quando le esigenze sottese alla presentazione del reclamo rispondono ai tratti evidenziati dalla lett. *b*, che, come abbiamo visto, non consentono di qualificare il rimedio come uno strumento di gravame in senso tecnico³⁵⁷. Qui il reclamo si fonda su un equilibrio facilmente alterabile, dettato dalla compresenza di tre requisiti imprescindibili (i “tre assiomi fondamentali”): *a*) l’inosservanza della normativa penitenziaria da parte dell’amministrazione; *b*) il pregiudizio all’esercizio dei diritti del detenuto e dell’internato; *c*) la gravità e l’attualità della lesione. Il venir meno di uno dei tre presupposti vanifica il reclamo che in qualsiasi momento potrà essere considerato inammissibile³⁵⁸. Ecco che allora il ritardo del magistrato di sorveglianza potrebbe concretamente incidere sulle sorti del rimedio (neutralizzando il requisito di cui alla lett. *c*), costringendo il detenuto ad abbandonare lo strumento “preventivo”, eventualmente in favore della pretesa compensativa³⁵⁹.

L’ordinanza va inoltre «comunicata o notificata senza ritardo alle parti e ai difensori» (art. 666 comma 6 c.p.p.). Il silenzio circa le scansioni temporali che dovrebbero essere osservate per assolvere all’obbligo di comunicazione/notificazione ha portato la dottrina a propendere per l’estensione analogica dell’art. 128 c.p.p.³⁶⁰. Ne segue che, anche in tema di reclamo, la decisione dovrà essere depositata «in cancelleria entro cinque giorni dalla deliberazione»³⁶¹ e, al contempo, alle parti (e rispettivi difensori) sarà dovuta la comunicazione/notificazione dell’avviso di deposito così come si evince dall’art. 35-*bis* comma 4 ord. penit.³⁶².

³⁵⁶ Vedi *supra*, par. 2.1.

³⁵⁷ Vedi *supra*, par. 2.1.

³⁵⁸ Si tratta segnatamente di una inammissibilità sopravvenuta per difetto di interesse. Se il pregiudizio viene meno nelle more della decisione sul reclamo il detenuto perde interesse al rimedio preventivo, maturando eventualmente (ossia ricorrendone i presupposti) quello per l’istanza compensativa di cui all’art. 35-*ter* ord. penit. Vedi *infra*, nota 369.

³⁵⁹ Vedi *supra*, *parte prima*, cap. II, par. 3.

³⁶⁰ *Contra*, Cass., 12 novembre 2008, Chiapperini, in *C.e.d.*, 242061, dove la Corte, affermando l’ultravigenza della previgente disciplina di cui all’art. 71-*bis* comma 4 ord. penit., richiama al rispetto dei dieci giorni ivi previsti.

³⁶¹ Si conferma tuttavia la mera natura ordinatoria del termine, per cui una sua eventuale inosservanza non comporterebbe alcuna sanzione processuale. Cfr. Cass., 2 luglio 2014, Li Bergolis, in *C.e.d.*, 261714. In dottrina, M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, cit., p. 968; F. CORBI, *L’esecuzione*, cit., p. 233.

³⁶² Va osservato come l’art. 35-*bis* comma 4 ord. penit. sciogla i dubbi circa il contenuto della notificazione menzionando esplicitamente «l’avviso di deposito della decisione». Quanto al procedimento di esecuzione/sorveglianza infatti si registra un contrasto in dottrina. Da un lato, v’è chi, facendo leva sul riferimento dell’art. 666 c.p.p. all’«ordinanza» (e non all’estratto o avviso di deposito della medesima), ritiene necessaria la «notifica dell’intero provvedimento mediante un unico atto nel quale si dà contestualmente avviso dell’avvenuto deposito della stessa in cancelleria» (F. CORBI, *L’esecuzione*, cit., p. 234; in senso conforme, L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale*, cit., p. 445; F. DELLA CASA, *La magistratura*, cit., p. 151). Altri invece, suggerendo un’interpretazione maggiormente aderente al richiamo all’art. 128 c.p.p., ritengono «sufficiente la comunicazione o notificazione dell’avviso di deposito contenente l’indicazione del dispositivo» posto che, anche qualora si provvedesse «alla notifica dell’intera ordinanza [...], tanto meglio: l’interessato non sarà obbligato a recarsi in cancelleria per procurarsi la copia del provvedimento» (F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 353-354; in senso conforme, L. DEGL’INNOCENTI- F. FALDI, *I benefici*, cit., p. 522).

12. Il regime delle impugnazioni.

Il regime delle impugnazioni del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit. è stato interessato da un'importante modifica in sede di conversione attraverso l'interpunzione del comma 4 e l'introduzione del comma 4-*bis*. Così oggi, accanto al ricorso per cassazione – già previsto nella versione originaria della disposizione –, il sistema si arricchisce di un secondo grado di giudizio incardinato davanti al tribunale di sorveglianza.

12.1. Un anomalo secondo grado di giudizio. L'impugnazione davanti al tribunale di sorveglianza.

Le modifiche elaborate in sede di conversione del d.l. n. 146 del 2013 hanno ridisegnato il procedimento per reclamo prevedendo due gradi di giudizio di merito, che si presentano regolamentati da scansioni procedurali del tutto analoghe³⁶³. Il primo grado è affidato al giudice monocratico, il secondo al tribunale di sorveglianza.

Si tratta di una previsione del tutto nuova³⁶⁴. L'accesso al tribunale di sorveglianza, in qualità di giudice dell'impugnazione, è di regola previsto solo nei riti a contraddittorio differito, ossia quando oggetto dell'impugnazione è un provvedimento emesso *de plano* dal giudice della sorveglianza³⁶⁵. Qui infatti il contraddittorio è temporaneamente sospeso, e il secondo grado è appunto funzionale a consentire la ri-espansione del diritto alla partecipazione. Ma non è il caso del procedimento per reclamo che, come abbiamo visto, coinvolge detenuto e amministrazione penitenziaria sin dai primi momenti della sua instaurazione. E allora pare necessario interrogarsi sugli intenti che hanno spinto il legislatore ad ammettere nella dinamica penitenziaria una duplicazione del grado di giudizio, che peraltro non trova alcuna copertura costituzionale neppure rispetto alla fase di cognizione³⁶⁶.

Sulle ragioni che hanno ispirato l'istituzione di un ulteriore momento per vagliare l'oggetto del reclamo si registrano due differenti posizioni in dottrina. Per alcuni, l'introduzione sarebbe indicativa «del prevalere sistematico di una “giurisdizione

³⁶³ F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 53: «sotto l'aspetto procedimentale, nel silenzio della legge, il procedimento di reclamo di fronte al tribunale di sorveglianza distrettuale sarà trattato con le forme del procedimento di sorveglianza partecipato (artt. 666 e 678 c.p.p.)». La regola ha immediate implicazioni, dal momento che il modello processuale delineato dall'art. 666 c.p.p. deve subire gli opportuni adattamenti che lo rendano idoneo a operare quale giudizio di impugnazione.

³⁶⁴ L'unico precedente è rintracciabile in tema di appello avverso le decisioni in materia di misure di sicurezza e dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere di cui all'art. 680 c.p.p.

³⁶⁵ Si pensi al procedimento in tema di permessi di cui all'art. 30-*bis* ord. penit., a quello in materia di liberazione anticipata di cui all'art. 69-*bis* ord. penit., ma anche alle novazioni dettate dal d.l. n. 146 del 2013 che oggi consentono all'art. 678 comma 1-*bis* c.p.p. di prevedere talune materie in cui il magistrato (e il tribunale) di sorveglianza operano a norma dell'art. 667 comma 4 c.p.p. e dunque ammettono l'opposizione avverso la pronunciata ordinanza.

³⁶⁶ Corte cost. 3 luglio 2013, n. 190, in *www.giurcost.org*, dove la Corte ha riconosciuto che «la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale, sicché non appare fondato il dubbio prospettato dalle [...] ordinanze relativo ad una compressione del diritto di difesa conseguente al fatto che la pronuncia emessa in primo grado dalla Corte d'appello può essere impugnata solo con il ricorso per cassazione».

sui diritti” rispetto alla “giurisdizione sulla rieducazione” (in cui continua ad esservi un unico grado di merito)»³⁶⁷. Il che svelerebbe l’ottica legislativa orientata ad assicurare la piena tutela giurisdizionale solo nei casi in cui oggetto di accertamento è il diritto del singolo a che il potere venga esercitato entro i limiti della legalità. Per altra parte della dottrina, invece, le ragioni dell’innovazione dovrebbero essere ricercate nell’esigenza pratica di consentire all’amministrazione penitenziaria convenuta dal detenuto di intervenire in presenza di un certo grado di stabilità della pretesa, ossia qualora questa sia stata già accolta “in primo grado”³⁶⁸.

Vero è che, a prescindere dalle ragioni di opportunità che avrebbero mosso il legislatore, l’innesto di un secondo giudizio di merito consentirà concretamente all’amministrazione penitenziaria di palesarsi anche solo qualora venga dichiarata soccombente dal magistrato di sorveglianza: questa potrebbe effettivamente disertare il giudizio monocratico e presentarsi direttamente davanti al tribunale. E allora, non pare infondato il timore che l’istituzione di un doppio grado di giurisdizione possa risolversi in una modifica esclusivamente funzionale agli interessi della amministrazione penitenziaria. Infatti l’anomala previsione rischia di vanificare l’efficacia immediata della tutela preventiva apprestata dall’art. 35-*bis* ord. penit. E questo per almeno due motivi. Da un lato, qualora il pregiudizio lamentato venisse meno nelle more del giudizio davanti al tribunale di sorveglianza, questo non potrà che pronunciarsi con un provvedimento di inammissibilità del reclamo (con la conseguenza che il tempo trascorso in costanza del pregiudizio sarà inevitabilmente “tempo perso” per il detenuto, il quale, per trovare ristoro, sarà costretto ricorrendone i presupposti a presentare un reclamo *ex art. 35-ter* ord. penit.³⁶⁹). Dall’altro, poiché, sebbene l’accoglimento

³⁶⁷ M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 409; ID, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, II, p. 572 (reperibile anche in www.archiviopenale.it).

³⁶⁸ Quanto al rilievo per cui «l’innesto del secondo grado di giudizio dinanzi al tribunale di sorveglianza probabilmente indurrà l’amministrazione penitenziaria a disertare l’udienza affidata al giudice monocratico, riservando la partecipazione alla sola udienza dinanzi al collegio, nell’eventualità in cui il reclamo proposto dal detenuto venga effettivamente accolto», vedi E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 242, nota 125. Nello stesso senso, F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 53.

³⁶⁹ Infatti la tutela compensativa non si sovrappone integralmente all’ambito di applicabilità sostanziale delineato dall’art. 69 comma 6 ord. penit., ma è riferito esclusivamente alle ipotesi di cui alla lett. *b* che abbiano determinato «condizioni di detenzione tali da violare l’art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali [...] così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo». Salvo sollevare una questione di legittimità costituzionale sotto il profilo dell’irragionevole disparità di trattamento, quindi, il dato normativo pare concedere solo alle vittime di una detenzione «inumana e degradante» l’accesso alla procedura di cui all’art. 35-*ter* ord. penit. E peraltro (purtroppo) non pare così scontato che, in caso di inammissibilità dichiarata dal tribunale, l’accertamento del pregiudizio operato in primo grado davanti al magistrato di sorveglianza possa essere utilizzato come “dato di fatto” nel successivo giudizio di cui all’art. 35-*ter* ord. penit. Infatti la nuova disciplina non prevede una disposizione analoga a quella contenuta nella Bozza Giostra (*Commissione Giostra*, cit.), che avrebbe inteso assegnare espressamente valore di giudicato all’ordinanza di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. Il mancato inserimento parrebbe quindi impedire al provvedimento di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. di esplicare effetti nella procedura compensativa, con l’irragionevole conseguenza che l’accertamento (questa volta rivolto “al passato”) dovrebbe realizzarsi *ex novo*. Per un’interpretazione volta a correggere il mancato coordinamento tra le discipline di cui agli artt. 35-*bis* e -*ter* ord. penit., vedi E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 240.

pronunciato dal magistrato di sorveglianza sia di regola esecutivo (e quindi vincolante), in caso di mancata esecuzione e in costanza di impugnazione della controparte, il detenuto sarà comunque costretto ad attendere la definizione del gravame, e, solo successivamente, potrà instaurare il giudizio di ottemperanza³⁷⁰.

Altra questione è quella che consente al magistrato che ha emesso il provvedimento di far parte del collegio di sorveglianza in sede di impugnazione. Nella materia della cognizione l'art. 34 c.p.p. detta il regime delle incompatibilità determinate da atti compiuti dal giudice nel procedimento. Ma la regola è calata nel giudizio di sorveglianza solo in limitatissime ipotesi, peraltro tutte individuate esplicitamente dal legislatore: ad esempio, nel reclamo di cui all'art. 30-*bis* ord. penit. in materia di permessi il comma 5 esclude che l'estensore del provvedimento impugnato possa «far parte del collegio che decide sul reclamo»³⁷¹. L'assenza di disposizioni in tal senso espressamente riferite al procedimento per reclamo farebbe quindi propendere per la negazione di una forma di incompatibilità³⁷². Tuttavia il discorso non può sottrarsi a un dato di fatto che accomuna l'ipotesi *de qua* ai casi in cui il legislatore ha affermato la preclusione: nell'uno e nell'altro caso il giudice di prime cure ha un potere decisionale proprio e non opera in via cautelativa e anticipativa alla decisione del tribunale. Si pensi, ad esempio, alla funzione svolta dal magistrato di sorveglianza a norma dell'art. 51-*ter* ord. penit. in tema di sospensione delle misure alternative alla detenzione³⁷³. Qui il potere è cautelativo e il relativo provvedimento non si pone come un “grado precedente” rispetto alla decisione del tribunale di sorveglianza, ma solo come una sua anticipazione attuata per ragioni d'urgenza. Ed è proprio la natura “non decisionale” dell'intervento del magistrato di sorveglianza a giustificare, nell'ottica della giurisprudenza, l'assenza di incompatibilità³⁷⁴. Assumendo tale principio quale ragione alla base della preclusione, quindi, non parrebbe così irragionevole sostenere in via interpretativa l'affermazione di un regime di incompatibilità anche nel procedimento per reclamo: l'opera del magistrato di sorveglianza *ex art. 35-bis* ord. penit. infatti si presenta a tutti gli effetti come un primo grado di giudizio.

Con riferimento alla dinamica, la disciplina è estremamente laconica essendo confinata in un'unica disposizione, il comma 4 dell'art. 35-*bis* ord. penit., che si preoccupa unicamente di indicare i termini per la presentazione dell'impugnazione: «entro quindici giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito della decisione». Il resto è il prodotto di un'interpretazione sistematica, bilanciata tra la disciplina dettata dagli artt. 666 e 678 c.p.p. e le regole generali in tema di impu-

³⁷⁰ Vedi *infra*, par. 13.1.

³⁷¹ E ancora, l'art. 69-*bis* comma 4 ord. penit. e l'art. 70 comma 2 ord. penit.

³⁷² Cfr. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 409, che prospetta il contrasto con il principio di imparzialità di cui all'art. 111 comma 2 Cost.

³⁷³ Ma anche all'art. 47 comma 4 ord. penit. che, in tema di affidamento in prova al servizio sociale, consente al magistrato di agire d'urgenza in presenza di «un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione».

³⁷⁴ Cfr. Cass., 25 giugno 1993, Forcucci, in *C.e.d.*, 194630.

gnazioni³⁷⁵. Sono legittimati attivi i soggetti a cui è concessa la partecipazione all'udienza di primo grado e che al contempo abbiano interesse ad impugnare la pronuncia del magistrato di sorveglianza. Meno agevole è la definizione degli effetti connessi alla presentazione del ricorso. A prescindere dal fatto che il reclamo riguardi la materia disciplinare di cui alla lett. *a* o quella dei diritti genericamente intesi dalla lett. *b* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. – che si presentano come due rimedi geneticamente diversi, di cui solo il primo è riconducibile all'alveo dei gravami in senso tecnico³⁷⁶ – infatti il ricorso al tribunale di sorveglianza sarà qualificabile come una vera e propria impugnazione. E allora, in assenza di disposizioni che affermino il contrario, non sarebbe assurdo ragionare sugli effetti classici delle impugnazioni: effetto devolutivo, estensivo e sospensivo³⁷⁷. In particolare, quanto a quest'ultimo, potrebbero prospettarsi differenti scenari a seconda che si ritenga prevalente il richiamo al procedimento di esecuzione o l'applicazione delle regole dettate dal libro IX del codice di procedura penale. Da un lato, l'art. 666 comma 7 c.p.p. – tuttavia riferito esplicitamente al ricorso per cassazione – esclude l'effetto sospensivo del ricorso ma consente al giudice di disporre «diversamente»; dall'altro, l'art. 588 c.p.p. afferma imperativamente che «l'esecuzione del provvedimento impugnato è sospesa» sino alla definizione del giudizio di impugnazione³⁷⁸.

Salvo (eventualmente) che il detenuto non richieda la celebrazione dell'udienza pubblica³⁷⁹, anche nel giudizio davanti al tribunale si adotta il rito camerale. Il diritto del detenuto alla partecipazione all'udienza segue il tracciato indicato per l'udienza di primo grado³⁸⁰. Un tema singolare è quello delle prove. Il tribunale dovrebbe accontentarsi dei risultati acquisiti nel giudizio davanti al magistrato di sorveglianza. Tuttavia non emergono disposizioni contrarie a un'estensione analogica dell'art. 603 c.p.p., anche se dovrebbe essere circoscritto alle «nuove prove [even-

³⁷⁵ Un'interpretazione analogica della disciplina di cui all'art. 680 c.p.p. (l'altro procedimento che, pur assicurando il contraddittorio in “primo grado”, ammette l'appello al giudice superiore, *supra* nota 364) sembra negare l'applicabilità dell'art. 569 c.p.p. Le ragioni dell'esclusione sono dettate dalla formulazione della disciplina del ricorso *per saltum* che fa esplicito riferimento alla «sentenza», non ammettendo l'esperibilità diretta del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza pronunciata dal magistrato di sorveglianza: Cass., 30 aprile 2014, Ventre, in *C.e.d.*, 260166; Cass., 15 dicembre 2011, Melillo, *ivi*, 252073; Cass., 21 gennaio 2009, Ciresi, *ivi*, 243359, dove la Corte ha affermato che «il ricorso in cassazione proposto avverso il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza dispone la proroga di una misura di sicurezza – nella specie della libertà vigilata – va convertito in appello, non essendo consentito dall'art. 569 cod. proc. pen. il ricorso “*per saltum*”, se non avverso le sentenze».

³⁷⁶ Vedi *supra*, par. 4.

³⁷⁷ Il parallelismo con la disciplina di cui all'art. 680 c.p.p., ad esempio, farebbe propendere per un'impugnazione a contenuto totalmente devolutivo (in riferimento ai provvedimenti relativi alle misure di sicurezza, si veda, M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale*, cit., p. 586; M. RUARO, *La magistratura*, cit., p. 448).

³⁷⁸ In attesa del diritto vivente, pare condivisibile l'opinione di chi, facendo leva sulla specificità dell'art. 666 comma 7 c.p.p. «specificamente riferito all'effetto sospensivo del ricorso per cassazione», ritiene maggiormente aderente al dettato normativo la linea offerta dall'art. 588 c.p.p., vedi E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 243.

³⁷⁹ *Supra*, par. 8.1.

³⁸⁰ *Supra*, par. 8.

tualmente] sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado» (comma 2)³⁸¹. Infine, la decisione conferma o riforma, e solo eccezionalmente annulla³⁸². Ma, in ogni caso, non può tradire le aspettative del detenuto legate al divieto di *reformatio in peius*³⁸³.

12.2. Il ricorso per cassazione.

Avverso la decisione del tribunale di sorveglianza è ammesso ricorso per cassazione³⁸⁴. La scelta legislativa allinea la disciplina del reclamo a quella prevista per le impugnazioni di cui all'art. 666 comma 6 c.p.p., con la vistosa differenza che si consente il ricorso solo «per violazione di legge» (art. 35-*bis* comma 4-*bis* ord. penit.). In realtà, la formulazione non sorprende: semplicemente il legislatore ha confermato l'indirizzo giurisprudenziale in materia, trasferendolo ai provvedimenti emessi dal tribunale di sorveglianza³⁸⁵.

Il ricorso è presentabile «nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione»³⁸⁶. Quanto alle forme e agli

³⁸¹ Seppure nella materia di cui all'art. 680 c.p.p., Cass., 12 novembre 2008, Ferreri, in *C.e.d.*, 242238. *Contra*, Cass., 24 febbraio 2009, Tufano, in *C.e.d.*, 242903; Cass., 27 aprile 2005, Di Fazio, *ivi*, 232086; Cass., 8 novembre 2001, Di Paolo, *ivi*, 218288.

³⁸² Annullamento e regressione potrebbero seguire alla dichiarazione di una nullità verificatasi davanti al magistrato di sorveglianza o, ad esempio, qualora questo sia giudicato "incompetente" per territorio dal tribunale.

³⁸³ Quanto ai poteri decisorii, infatti, si ritiene applicabile il divieto di *reformatio in peius*. Vedi, Cass., 28 maggio 2013, Er Avni, in *C.e.d.*, 258659: «il divieto di "reformatio in peius", previsto dall'art. 597, comma terzo, cod. proc. pen., ha carattere generale e trova quindi applicazione anche nei procedimenti in cui il Tribunale di sorveglianza svolge funzioni di giudice d'appello». In senso conforme, tra molte, Cass., 15 novembre 1993, Duca, *ivi*, 196792.

³⁸⁴ La scelta di una previsione esplicita sul punto scioglie i dubbi storicamente fioriti in tema di reclamo. Il diritto vivente aveva infatti intrapreso la strada della differenziazione: solo le decisioni in materia di reclamo incidenti su diritti soggettivi del detenuto consentono la ricorribilità per cassazione, mentre questo era negato per i cd. reclami generici (Cass., 29 maggio 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 261549; Cass., 3 aprile 2014, Attanasio, *ivi*, 261474; Cass., 12 dicembre 2012, Lorusso, *cit.*; Cass., 12 dicembre 2012, Aparo, *cit.*).

³⁸⁵ Cass., S.U., 26 febbraio 2003, Gianni, *cit.* Successivamente, Cass., 5 giugno 2012, Slimani, in *C.e.d.*, 253040; Cass., 20 ottobre 2010, p.m. in proc. Farinella, *ivi*, 248844, dove la Corte, riprendendo quanto esplicitamente previsto dall'art. 71-*ter* ord. penit. – norma ormai del tutto residuale – ammette il ricorso per cassazione solo per violazione di legge. Secondo la giurisprudenza peraltro la limitazione dei motivi di ricorso alla violazione di legge escluderebbe il controllo di legittimità sulla mancata assunzione di una controprova decisiva di cui all'art. 606 comma 1 lett *d* c.p.p. nonché sui vizi di motivazione del provvedimento impugnato (lett. *e*), che quindi sarebbe ammesso solo nei casi di motivazione apparente o inesistente (Cass., 27 novembre 2014, Ministero della giustizia in proc. Vecchina, in *C.e.d.*, 262353). L'orientamento non è accolto in dottrina (cfr. L. FILIPPI, "Adelante Pedro... con (poco) juicio". *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, IV, p. 378) per contrasto con l'art. 111 comma 7 Cost., che ammette il ricorso per violazione di legge contro tutti i provvedimenti incidenti sulla libertà personale pronunciati da organi giurisdizionali. Secondo tale tesi, infatti, quando il legislatore ha inteso limitare l'applicabilità del principio, lo ha fatto esplicitamente, come nel caso dell'art. 437 c.p.p. che in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere consente il ricorso per cassazione solo «per i motivi indicati all'articolo 606, comma 1, lettere *b*), *d*) ed *e*).

³⁸⁶ La previsione, coerente con la disciplina generale di cui all'art. 666 c.p.p., è apparsa a parte della dottrina «fortemente penalizzante sia per l'amministrazione, che potrà trovarsi in difficoltà – in tempi

effetti dell'impugnazione, si applicano le regole generali e quelle disposte dall'art. 666 c.p.p. Il giudizio di cassazione seguirà le forme contratte di cui all'art. 611 c.p.p.: le parti non intervengono, il contraddittorio è meramente cartolare e si assesta sui motivi dedotti per la violazione di legge. In ragione dell'art. 666 comma 7 c.p.p., infine, si perde l'effetto sospensivo *tout court*, essendo questo valutabile autonomamente dal giudice in sede di decisione³⁸⁷. A differenza di quanto avviene per l'impugnazione del provvedimento *ex art. 35-bis* comma 4 ord. penit. (dove il silenzio di una previsione esplicita pare suggerire l'applicabilità dell'art. 588 c.p.p.)³⁸⁸, infatti, il procedimento di esecuzione prende posizione in tema di ricorso per cassazione: «il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza, a meno che il giudice che l'ha emessa disponga diversamente»³⁸⁹.

13. L'esecuzione del provvedimento. Le ragioni alla base dell'istituzione di un giudizio di ottemperanza.

La Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Torreggiani ha evidenziato ciò che era stato da molto tempo denunciato dagli esperti del settore: nel sistema penitenziario non erano rintracciabili strumenti preventivi in grado di «garantire realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario»³⁹⁰.

I presidi giuridici pre-Torreggiani infatti negavano forza cogente al provvedimento emesso a seguito di reclamo³⁹¹. E ciò non poteva che vanificare le aspettative connesse alla tutela giurisdizionale. D'altra parte, l'accanimento della dottrina volto ad affermare la necessità di un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa³⁹² sarebbe contato quasi nulla senza uno strumento in grado di rendere vincolante il prodotto

così ristretti – nel gestire a livello centralizzato i ricorsi per Cassazione su provvedimenti della magistratura di sorveglianza provenienti dagli uffici di sorveglianza del Paese; ma anche per il detenuto interessato, considerata la oggettiva difficoltà di approntare le proprie difese *in vinculis*» (F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 53).

³⁸⁷ Così anche F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 260.

³⁸⁸ *Supra*, par. 12.1.

³⁸⁹ L'eventuale provvedimento sospensivo assumerà la forma del decreto motivato (l'obbligo di motivazione è desunto per analogia dall'art. 127 comma 8 c.p.p.) e dovrà ritenersi inoppugnabile «salvo nelle ipotesi in cui abbia una diretta incidenza sulla libertà personale (art. 111.7 Cost.)», F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 356 e nota 236.

³⁹⁰ Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit., vedi *supra*, nota 132. La mancanza di forza cogente dei provvedimenti emessi dalla magistratura di sorveglianza in attuazione dei previgenti presidi giuridici aveva infatti portato gli interpreti a denunciare come l'ineffettività della tutela fosse la negazione del concetto stesso di giurisdizione (*supra*, nota 168).

³⁹¹ In assenza di un meccanismo di esecuzione forzata esplicitamente dedicato al reclamo in materia di diritti lesi dall'amministrazione penitenziaria, la soluzione al problema era stata rintracciata nei poteri riconosciuti al magistrato di sorveglianza dall'art. 69 comma 5 ord. penit. Infatti, la Corte costituzionale (Corte cost. 23 ottobre 2009, n. 266, cit.) aveva tentato di valorizzare il concetto di «disposizioni» negando che questo potesse essere degradato a mera «segnalazione». Vedi *supra*, nota 6. In dottrina, F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in www.penalecontemporaneo.it; ID, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2834.

³⁹² Quanto all'evoluzione in tema di garanzie si vedano le note 168 e 170.

dell'accertamento. L'adozione di un modello giurisdizionalizzato – eventualmente anche “forzato” da un'estensione analogica del procedimento di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. – sarebbe infatti risultato inutile senza l'introduzione di uno strumento in grado di assicurare il rispetto della decisione adottata dal giudice della sorveglianza. Il che, nella pratica, si traduceva nella necessità di un meccanismo di esecuzione forzata del provvedimento nei casi in cui l'amministrazione penitenziaria si fosse dimostrata inadempiente.

Tale consapevolezza ha quindi indotto il legislatore ad affrontare in radice il problema dell'esecutività del reclamo³⁹³. La risposta al *deficit* di effettività è oggi contenuta nei commi 5-8 dell'art. 35-*bis* ord. penit. Qui il legislatore ha previsto una procedura che evidenzia uno stretto legame con la materia amministrativa³⁹⁴, seppure con talune peculiarità. Il giudizio è chiamato “di ottemperanza”. E la terminologia svela come il procedimento sia dedicato al compimento di tutte le attività necessarie affinché «la realtà di fatto corrisponda alla situazione di diritto affermata dal giudice»³⁹⁵. Questo, in caso di inerzia, potrà ordinare all'amministrazione penitenziaria di “ottemperare” alla decisione precedentemente pronunciata ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit. Ma il legislatore non è insensibile alle difficoltà endemiche che affliggono il panorama penitenziario. E infatti l'ordine del giudice che dispone l'ottemperanza dovrà essere emanato «tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto» (art. 35-*bis* comma 6 lett. *a* ord. penit.)³⁹⁶.

³⁹³ In proposito erano state prospettate diverse soluzioni. All'ipotesi del giudizio di ottemperanza (o comunque di un giudizio *ad hoc*, così M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, III, p. 2089 e C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, III, p. 2102) era stata affiancata la possibilità di mutuare le tutele dettate dal libro III del codice di procedura civile, verosimilmente con riferimento all'esecuzione per consegna o rilascio, o all'esecuzione di obblighi di fare o di non fare (C.L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in www.penalecontemporaneo.it), quella di istituire delle sanzioni disciplinari *ad hoc* per le amministrazioni inadempienti, o una «*taxatio* per ogni giorno di inottemperanza dell'amministrazione penitenziaria alle disposizioni impartite dal magistrato di sorveglianza» (F. FIORENTIN, *Importante passo avanti nella ricerca di effettività della tutela dei diritti negati alle persone detenute*, in *Guida al diritto*, 2013 (31), p. 44). Opzione, questa, inizialmente introdotta nello schema dell'art. 35-*bis* ord. penit. (al comma 6 lett. *c*), ma poi soppressa in sede di conversione «a causa delle sue prevedibili ricadute finanziarie» (E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 246).

³⁹⁴ Il legame è dichiarato espressamente dalla *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit., dove si sottolinea come il giudizio di ottemperanza di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. sia costruito secondo il paradigma dell'omologa procedura prevista dall'art. 112 s. cod. proc. amm. Quanto alla genesi del procedimento di ottemperanza, considerato il punto di congiunzione tra giudice ordinario e amministrazione, si veda, F. CARINGELLA- M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo. Commento articolo per articolo al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, Dike Giuridica, 2010, p. 959 s.

³⁹⁵ M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Giappichelli, 2014, p. 44-45.

³⁹⁶ È questo un tentativo di realizzare un contemperamento tra l'esigenza di tutela del singolo e la necessità di riservare all'apprezzamento dell'autorità amministrativa l'opzione preferibile per risolvere la criticità evidenziata dal reclamo (M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 410). Posto che

Seppure in riferimento alla versione pura, così come costruita nella materia amministrativa, dottrina e giurisprudenza hanno a più riprese affermato la natura ibrida del procedimento di ottemperanza³⁹⁷. Questo si presenta come un misto tra esecuzione e cognizione: diretto a rafforzare il contenuto vincolante di un provvedimento già emesso, ma al contempo rappresentando «sempre più la prosecuzione del giudizio di merito»³⁹⁸. Vero è che, calata nel procedimento per reclamo, una siffatta natura giuridica deve inevitabilmente essere adeguata alla struttura e alla funzione del rito di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. Le prospettive di cognizione proprie del procedimento puro di ottemperanza dovranno quindi cedere il passo ai tratti spiccatamente di “esecuzione” che hanno giustificato l'introduzione dei commi 5-8 dell'art. 35-*bis* ord. penit.: non è pensabile che, così come invece avviene in sede amministrativa, il giudice possa modificare il provvedimento già emesso a seguito del reclamo³⁹⁹. Infatti, quando a decidere in sede di ottemperanza è il giudice della sorveglianza, questo è chiamato a maneggiare un provvedimento irrevocabile, mentre lo stesso non può sempre dirsi qualora si pronunci il giudice amministrativo⁴⁰⁰. Eventualmente, ciò che potrà fare il giudice dell'ottemperanza sarà prendere “cognizione” dei provvedimenti emessi in violazione o elusione del giudicato di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. (comma 6 lett. *b*), nonché considerare «tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario» *ad acta* (comma 7).

Altro tema è quello della competenza. Tra i primi commentatori, vi è chi ha notato l'eccentricità della disciplina, la quale da un lato decide di mutuare la procedura prevista nel titolo I del libro IV del codice sul processo amministrativo, ma al contempo non affida la cognizione al T.a.r., bensì al giudice del reclamo in ossequio a un insolito principio di prossimità. Per alcuni infatti «ragioni di natura sistematica avrebbero consigliato di attribuire al giudice amministrativo anche la competenza a

«evidentemente, il detto programma non [avrà] alcuna efficacia vincolante per il giudice» (F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 54).

³⁹⁷ Sulla natura ibrida del giudizio di ottemperanza, in dottrina, M. SANINO, *Il giudizio*, cit., p. 24-25; V. CAIANIELLO, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Giuffrè, 1999, p. 603. In giurisprudenza, Cons. Stato, 22 settembre 2008, n. 4563, in *www.gazzettaamministrativa.it*; Cons. Stato, 20 maggio 2008, n. 2360, *ivi*; Cons. Stato, 3 marzo 2008, n. 796, *ivi*.

³⁹⁸ M. SANINO, *Il giudizio*, cit., p. 24-25; M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 412.

³⁹⁹ Cons. Stato, 16 ottobre 2007, n. 5409, *ivi*: «il Giudice amministrativo [...] in sede di giudizio di ottemperanza può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera “esecuzione”, ma “attuazione” in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva». La diversa morfologia del giudizio di ottemperanza tuttavia non pone particolari problemi esegetici posto che la Corte costituzionale (Corte cost. 12 dicembre 1998, n. 406, in *www.giurcost.org*) ha avuto occasione di affermare che il giudizio di ottemperanza ricomprende una pluralità di configurazioni in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato.

⁴⁰⁰ L'art. 114 comma 4 lett. *c* cod. proc. amm. infatti prevede che «nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, [il giudice] determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano» (chiaramente sempre che tali sentenze non siano state sospese dal Consiglio di Stato). Quanto invece all'irrevocabilità dell'ordinanza di reclamo, vedi *infra*, par. 13.1.

conoscere dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali emessi dal mag. sorv.»⁴⁰¹. Tanto che potrebbero profilarsi ragioni di disparità rispetto alle altre amministrazioni pubbliche, «per le quali il giudizio di ottemperanza si incardina presso il T.A.R.»⁴⁰². Ma il detenuto è un soggetto debole dell'ordinamento, e il garante naturale dei suoi diritti (se lesi dal contesto carcerario) è il magistrato di sorveglianza. La vicinanza, le competenze in materia penitenziaria e la condivisione delle problematiche che interessano gli istituti di pena potrebbero quindi aver pesato nella scelta del legislatore, inducendolo a intraprendere una via atipica – e, in un certo senso, radicale – rispetto allo schema tipico del giudizio di ottemperanza⁴⁰³.

13.1. I tratti del giudizio di ottemperanza.

Se l'esegesi del giudizio di ottemperanza non è sempre agevole, un dato è chiaro: il rito può essere instaurato nei confronti di un «provvedimento non più soggetto ad impugnazione» (comma 5). Il legislatore ha quindi deciso di non riproporre nell'art. 35-*bis* ord. penit. quanto previsto dall'art. 114 comma 4 lett. *c* cod. proc. amm.⁴⁰⁴, ma di subordinare il giudizio sull'esecutività al “giudicato” del procedimento per reclamo.

Per lamentare la mancata esecuzione del provvedimento da parte dell'amministrazione penitenziaria, quindi, l'ordinanza conclusiva del reclamo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. deve essere divenuta irrevocabile. Il ragionamento è parallelo a quello previsto dall'art. 648 c.p.p.: le sentenze sono irrevocabili quando «non è [più] ammessa impugnazione [ordinaria]». Ma si perde il collegamento con la regola di cui all'art. 650 c.p.p., che subordina l'eseguibilità all'irrevocabilità. Qui infatti l'ordinanza è eseguibile sin dalla decisione pronunciata dal magistrato di sorveglianza e quindi non è necessario attendere la definizione dei gradi successivi per ritenerla tale. Tuttavia, se l'amministrazione non obbedisce e al contempo “impugna”, il detenuto non potrà adire direttamente il giudice dell'ottemperanza, ma dovrà attendere la decisione del tribunale (e eventualmente, quella pronunciata in cassazione)⁴⁰⁵. Va da sé che qualora non venga proposta impugnazione contro l'accoglimento del recla-

⁴⁰¹ M.G. GASPARI, *Istituto*, cit. p. 60. Cfr. anche E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 246, dove l'Autrice evidenzia come «già solo per questo l'opzione dei riformatori si differenzia in modo sensibile dal progetto elaborato dalla Commissione Giostra, che più tradizionalmente avrebbe inteso assegnare la competenza al tribunale amministrativo regionale, in ossequio a quanto previsto in termini generali dall'art. 113 cod. proc. amm.».

⁴⁰² F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 53-54.

⁴⁰³ Cfr. E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 246, dove l'Autrice sottolinea come «la normativa oggi vigente garantisce una risposta più mirata e specifica, che consente di non “sprecare” la competenza di un giudice specializzato in una materia tanto delicata e sensibile». Sono comunque condivisibili le perplessità manifestate da P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 112: «l'assegnazione del giudizio di ottemperanza al magistrato di sorveglianza amplia ulteriormente le attribuzioni di tale organo e richiederà un ulteriore impegno di risorse e quindi un potenziamento degli organici con cui far fronte all'accresciuto carico di lavoro della magistratura di sorveglianza».

⁴⁰⁴ Vedi *supra*, nota 399.

⁴⁰⁵ Queste ovviamente non avranno ad oggetto l'ottemperanza del provvedimento, ma esclusivamente il vaglio nel merito sulla pretesa (quanto al giudizio del tribunale) o quello di legittimità (quanto al giudizio successivo al ricorso per cassazione).

mo⁴⁰⁶, e decorrano infruttuosamente i quindici giorni previsti dai commi 4 e 4-*bis* dell'art. 35-*bis* ord. penit. (riferiti, rispettivamente, al giudizio davanti al tribunale e in cassazione), il detenuto e l'internato potranno instaurare il giudizio di ottemperanza, in quanto in questo caso il provvedimento sarà comunque divenuto irrevocabile.

I legittimati alla presentazione di questa inedita forma di ingiunzione sono l'interessato o il suo difensore ritualmente munito di procura speciale⁴⁰⁷. L'istanza, come abbiamo detto, va presentata al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile e il procedimento segue la dinamica dettata dagli artt. 666 e 678 c.p.p. Una parziale deviazione rispetto all'art. 665 c.p.p. nomina sempre l'organo monocratico di prima istanza quale giudice dell'esecuzione. Come sappiamo, infatti, tale ultima disposizione individua il giudice competente per l'esecuzione attraverso un complesso meccanismo "a scomparti", chiamato a intervenire nei casi in cui il provvedimento sia stato sottoposto a impugnazione. L'art. 665 comma 1 c.p.p. coltiva però una regola generale: il giudice competente è l'autore del provvedimento da eseguire⁴⁰⁸. Qui, invece, a prescindere dall'impugnazione e dal suo contenuto, competente a conoscere dell'ottemperanza sarà sempre il magistrato di sorveglianza che ha emesso la prima ordinanza di accoglimento del reclamo.

La disciplina nulla dice quanto alla forma e al contenuto dell'istanza, il che porta inevitabilmente ad affidarsi al richiamo in favore degli artt. 666 e 678 c.p.p.⁴⁰⁹. Il rinvio dovrebbero valere anche in tema di prove, che qui sarebbero funzionali a vagliare l'adeguamento o meno dell'amministrazione al precetto del giudice della sorveglianza. Tuttavia, in attesa di conferme dalla giurisprudenza, pare difficile pensare a una vera e propria istruzione probatoria: l'accertamento sembra più semplice, e forse varrebbe davvero la pena rimarcare "l'informalità" di cui all'art. 185 disp. att.

Agli esiti del procedimento di ottemperanza sono dedicati i commi 6 e 7 dell'art. 35-*bis* ord. penit. Il potere concesso al magistrato di sorveglianza non è assoluto, ma deve essere esercitato entro i confini dettati dalle lett. *a*, *b* e *d* del comma 6. Se accoglie la richiesta, il magistrato «ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento» (lett. *a*), «dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elu-

⁴⁰⁶ Il problema si pone solo qualora la pretesa manifestata attraverso il reclamo sia stata accolta. In caso di rigetto infatti il contenuto dell'ordinanza emessa a seguito del giudizio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. ha contenuto negativo, e quindi si risolve in un "nulla di fatto" che, in quanto tale, non necessita di esecuzione.

⁴⁰⁷ E questo in un certo senso conferma quanto sopra esplicitato sulla necessità di circoscrivere la sfera dei legittimati al reclamo ai soli detenuti e internati, nonché ai rispettivi difensori (vedi *supra*, par. 2.1.).

⁴⁰⁸ Si veda, ampiamente, F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 237 s.

⁴⁰⁹ Valgono quindi le considerazioni già svolte per l'instaurazione del procedimento per reclamo, vedi *supra*, par. 3. Il silenzio del legislatore coinvolge anche i termini per l'instaurazione del giudizio. Si ritiene tuttavia che questi saranno dettati dalle circostanze e dalla situazione di fatto, nonché, quando il reclamo sia stato giustificato in ragione della lesione di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit., dalle scadenze esplicitate dal magistrato di sorveglianza. In questi casi, infatti, il giudice è chiamato a fissare un termine entro il quale l'amministrazione penitenziaria dovrà «porre rimedio» al pregiudizio accertato in sede di reclamo (comma 3). Vedi *supra*, parte seconda, par. 10.2.

sione del provvedimento rimasto ineseguito» (lett. *b*), e, se occorre, «nomina [...] un commissario *ad acta*» (lett. *d*).

Come si evince dal catalogo, il comma 6 è stato privato della lett. *c*. La modifica, attuata in sede di conversione, ha soppresso la lettera che consentiva al giudice dell'ottemperanza di determinare un risarcimento equitativo in misura variabile («entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno») in ragione di ogni ritardo, violazione o inosservanza successiva all'accoglimento del reclamo. La norma, agli effetti, non mirava al risarcimento in senso tecnico per il danno subito concretamente dal detenuto, ma si accontentava di corrispondergli un indennizzo forfettario, attuato peraltro solo previa esplicita istanza di parte. Preso atto delle ricadute che l'introduzione della disposizione avrebbe potuto generare nei confronti di un contesto carcerario profondamente in crisi, tuttavia, il legislatore ha scelto di non confermare l'indennità connessa alla lesione di diritti "genericamente" intesi, assolvendo esclusivamente il compito imposto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per le violazioni dell'art. 3 CEDU⁴¹⁰.

Quanto alle disposizioni vigenti, il magistrato di sorveglianza in esito al procedimento ordina l'ottemperanza indicando le modalità e i tempi di adempimento all'amministrazione penitenziaria⁴¹¹. Il termine ha natura perentoria. Decorso infruttuosamente, si apre la via dell'esecuzione forzata del giudicato⁴¹². Questa può essere guidata dallo stesso magistrato di sorveglianza o da un commissario *ad acta* all'uopo nominato ai sensi della lett. *d*⁴¹³ e segue le modalità dettate direttamente

⁴¹⁰ La cancellazione della lett. *c* infatti non può che essere letta anche alla luce del successivo art. 1 d.l. 26 giugno 2014, n. 92 che si è occupato dell'introduzione del rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit. La soppressione del meccanismo indennitario di cui alla lett. *c* e la pressoché contestuale affermazione del paradigma di cui all'art. 35-ter ord. penit. pare infatti il risultato di una presa di coscienza del legislatore in sede di conversione, che, assumendo di aver "puntato troppo in alto" con la redazione del primo testo (d.l. n. 146 del 2013), ha aggiustato il "tiro" consentendo la pretesa risarcitoria solo per le vittime di una «detenzione inumana e degradante» e non per la lesione di tutti i diritti di cui all'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. L'aggiustamento svelerebbe quindi l'ottica legislativa di rispondere – con il minimo degli sforzi necessari – all'ingiunzione di provvedere nei termini di cui all'art. 3 CEDU, così come dettata dalla sentenza Torreggiani, abbandonando le aspettative di una tutela trasversale che assicurasse seriamente un'inversione di tendenza nel rapporto tra detenuto e amministrazione penitenziaria.

⁴¹¹ Per un raffronto con la disciplina amministrativa di cui all'art. 114 cod. proc. amm., si veda E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 250.

⁴¹² Vedi, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 413, dove l'Autore richiama un parallelismo con la disciplina dell'esecuzione forzata di cui all'art. 2931 c.c. e agli artt. 612 c.p.c. s. Quanto alla tesi per cui gli atti adottati dall'amministrazione dopo la scadenza del termine dovrebbero comunque essere tenuti in considerazione dal giudice, Cons. Stato, 3 febbraio 1999, n. 109, *Foro amm.*, 1999, p. 339.

⁴¹³ Il codice sul processo amministrativo offre un'immagine del commissario *ad acta* definendolo espressamente quale «ausiliario» del giudice che dispone l'ottemperanza (diffusamente, F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Codice*, cit., p. 1036 s.). Ne segue l'impossibilità di riconoscere a tale figura una vera e propria forma di autonomia, la quale deve inevitabilmente bilanciarsi in primo luogo con l'ambito disciplinare in cui il commissario esercita i suoi poteri (M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 413), e inoltre con le indicazioni espresse nell'ordinanza (così, E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 251: «quanto più tale provvedimento è preciso e puntuale, tanto minore sarà il margine di discrezionalità che gli è riconosciuto»). Siccome il commissario *ad acta* dovrebbe agire quale *longa manus* del magistrato di sorveglianza, è facile pensare che gli atti da questo posti in essere appartengano più alla

nell'ordinanza. Come si è già avuto modo di osservare⁴¹⁴, il giudice, nel prevedere il piano d'azione per l'esecuzione, deve tenere conto «del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento». La previsione pare il risultato di un inevitabile compromesso tra l'attuazione delle pretese riconosciute al detenuto e l'esigenza di riservare uno spazio minimo di apprezzamento all'amministrazione penitenziaria. Ma il principio di leale collaborazione istituito dalla lett. *a* dell'art. 35-*bis* comma 6 ord. penit. non è incondizionato: questo vale solo ove il programma appaia «compatibile con il soddisfacimento del diritto». Ciò concretamente significa che, instaurato il giudizio, il magistrato di sorveglianza dovrà in primo luogo valutare lo stato di fatto dell'inadempimento e, solo qualora questo sia accertato, potrà prendere in considerazione il piano attuato dall'amministrazione penitenziaria per risolvere la criticità evidenziata dal reclamo. A questo punto, due sono i possibili esiti. Se a seguito di tale valutazione le misure che l'amministrazione si propone di attuare si dimostrano efficaci per il superamento del pregiudizio, il magistrato potrà astenersi dal disporre l'esecuzione forzata⁴¹⁵. Per converso, qualora l'analisi evidenziasse l'inadeguatezza del programma predisposto dall'amministrazione, il giudice sarà chiamato a ordinare l'ottemperanza⁴¹⁶.

Non solo. Al giudice dell'ottemperanza sono concessi anche poteri para-amministrativi legati all'eventualità che l'amministrazione penitenziaria abbia emanato atti che deviano dall'ordinanza conclusiva del reclamo. L'opera di demolizione è indicata dalla lett. *b* del comma 6 che consente al magistrato di sorveglianza di dichiarare «nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito». Sul punto la dottrina ha osservato come la norma delimiti il potere del

sfera giurisdizionale che amministrativa. Questi saranno quindi reclamabili davanti allo stesso giudice dell'ottemperanza qualora non coincidenti alle disposizioni contenute nell'ordinanza. A supporto di tale affermazione, infatti, il comma 7 dell'art. 35-*bis* ord. penit. prevede che «il magistrato conosce tutte le questioni [...] inerenti agli atti del commissario»: cfr. Cass. civ., 18 settembre 2009, Luparelli c. Cantoro (e altri), in *C.e.d.*, 609468, dove la Corte ha affermato che al giudice dell'ottemperanza «spetta in via esclusiva la verifica della rispondenza di tali atti alle proprie indicazioni [...] dovendosi per l'effetto riconoscere al commissario *ad acta* la qualità di organo giurisdizionale e ai suoi provvedimenti quella di atti giurisdizionali». Cfr. anche, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 414, il quale prende in considerazione la possibilità che ad essere nominato commissario *ad acta* sia un organo della stessa amministrazione chiamata a provvedere al reclamo.

⁴¹⁴ *Supra*, par. 13.

⁴¹⁵ Posto che, qualora poi l'amministrazione ometta di adempiere al programma da lei presentato, il detenuto potrà ripresentare una nuova istanza di ottemperanza. Nella disciplina di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. infatti non è stata riproposta la disposizione di cui all'art. 114 comma 1 cod. proc. amm. che individua il termine di prescrizione decennale. Tuttavia pare innegabile affermare il limite implicito dell'attualità del pregiudizio, e ciò anche se formalmente tale requisito appaia necessario solo sino alla pronuncia di merito sul reclamo (art. 35-*bis* comma 3 ord. penit.). Infatti il venir meno dei presupposti sostanziali della pretesa negherebbe anche la possibilità di una sua esecuzione in sede di ottemperanza. D'altra parte, se il pregiudizio svanisce viene meno il dato di fatto su cui si fonda l'ordinanza di reclamo.

⁴¹⁶ Nulla è detto circa la possibilità che l'amministrazione penitenziaria si astenga dal presentare il «programma». Questo poiché probabilmente il legislatore ha creduto fosse superfluo disciplinare tale situazione, che inevitabilmente ricadrà nella sfera dell'accoglimento dell'ottemperanza. In questi casi, quindi, a maggior ragione il giudice sarà chiamato a indicare le modalità esecutive per la soddisfazione del reclamo.

giudice dell'ottemperanza esclusivamente al caso in cui il provvedimento sia stato integralmente ignorato («ineseguito») dall'amministrazione penitenziaria. E tale disposizione – che sarebbe confermata anche dal comma 5 dell'art. 35-*bis* ord. penit., laddove si consente l'instaurazione del giudizio per «mancata esecuzione del provvedimento» di merito – escluderebbe la possibilità di promuovere la procedura quando l'esecuzione sia stata semplicemente «erronea, parziale o incompleta»⁴¹⁷. Ma tale conclusione non pare aderente allo spirito della riforma. Se infatti il giudizio di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. si propone quale garanzia tempestiva per il detenuto, sarebbe assurdo costringerlo ad un giudizio *ex novo* per l'accertamento di un pregiudizio conseguente all'inesatta attuazione del precetto di un precedente reclamo. Seguire tale interpretazione equivarrebbe a vanificare integralmente gli intenti sottesi allo strumento di nuovo conio. Peraltro un'obiezione potrebbe essere mossa partendo dal dato testuale del comma 7 dell'art. 35-*bis* ord. penit., che individua la cognizione del giudice dell'ottemperanza: «il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza». E il riferimento all'«esatta ottemperanza» vale anche da solo a consentire al magistrato di valutare comunque l'opera dell'amministrazione penitenziaria e, eventualmente, disporre la “giusta” ottemperanza per un erroneo adempimento. D'altra parte un provvedimento “mal eseguito” (o eseguito solo parzialmente) non è pur sempre un provvedimento “non eseguito”?⁴¹⁸.

Infine, un ultimo rilievo. Avverso il provvedimento di ottemperanza è ammesso ricorso per cassazione «per violazione di legge». Nel confermare la ricorribilità per cassazione tuttavia il legislatore dimentica di esplicitare il termine entro cui questa possa essere realizzata. Esigenze di coerenza sistematica imporrebbero quindi di estendere la disciplina (già indicata nel comma 4-*bis*) che consente la presentazione del ricorso nei confronti del provvedimento emesso dal tribunale di sorveglianza⁴¹⁹. Ne segue che questo andrà presentato entro quindici giorni dall'avviso di deposito della decisione nella cancelleria del giudice dell'ottemperanza⁴²⁰.

⁴¹⁷ Così, criticamente, E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 249 e nota 147; F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 54.

⁴¹⁸ E attraverso questa logica potrebbe essere letto anche il richiamo del comma 5 che subordina l'instaurazione della procedura di sorveglianza alla «mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto a impugnazione». Infatti nulla impedisce di “sostituire” tale formulazione con il concetto di «esatta ottemperanza del provvedimento» di cui al comma 7 dell'art. 35-*bis* ord. penit. La disposizione avrebbe infatti il medesimo senso: la procedura può essere azionata solo quando l'ordine racchiuso nell'ordinanza conclusiva del reclamo non sia stato osservato e quindi sussista ancora il pregiudizio precedentemente accertato.

⁴¹⁹ Vedi *supra*, par. 12.2.

⁴²⁰ In questo senso, M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 414; E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 252; P. CORVI, *Un ulteriore passo*, cit., p. 113; F. FIORENTIN, *Decreto*, cit., p. 54.

BIBLIOGRAFIA

A. BASSI, *Il criterio di competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza e il principio del giudice naturale*, in *Cass. pen.*, 1989.

S. BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Giuffrè, 1980.

G. BIONDI, *Il diritto dell'interessato ad ottenere la celebrazione pubblica dell'udienza nei procedimenti di esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2015, II.

G. BORSINI, *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Leg. e giust.*, 1988.

M. BORTOLATO, *Sub Art. 4 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, V.

V. CAIANIELLO, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Giuffrè, 1999.

M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010.

F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN, *Introduzione*, in F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015.

F. CAPRIOLI- D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011.

L. CARBONI, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l'affermazione del principio di pubblicità*, in www.penalecontemporaneo.it.

F. CARINGELLA- M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo. Commento articolo per articolo al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, Dike Giuridica, 2010.

F. CASSIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it.

L. CESARIS, *Sub Art. 14-ter*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

A. CIAVOLA, *Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, II.

M.G. COPPETTA, *Sub Art. 35 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, in DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M.G. COPPETTA, *Sub Art. 39 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992.

P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in C. CONTI- A. MARANDOLA- G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Wolters Kluwer, 2014.

P. CORVI, *Il problema della pubblicità nel procedimento di prevenzione e nei riti camerale alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, III.

L. DE MAESTRI, *Sub Art. 236 norme coord. c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, Utet, 1992, II.

L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014.

G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004.

A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, 2014.

A. DELLA BELLA, *Sollevata ancora questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, in www.penalecontemporaneo.it.

F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994.

F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali II*, 2007, II.

F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Giappichelli, 1998.

G. DI GENNARO- M. BONOMO- R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997.

G. DI GENNARO- R. BREDI- R. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997.

P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Cedam, 2003.

C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, 2013.

C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford University Press*, reperibile anche in www.ejil.org.

M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981.

L. FILIPPI, “*Adelante Pedro... con (poco) juicio*”. *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, IV.

L. FILIPPI- G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2011.

F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-ter ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, collana *Il Penalista*, Giuffrè, 2014.

F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo ritocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2013, IV.

F. FIORENTIN, *Detenzione e tutela dell'affettività dopo la sentenza costituzionale n. 301 del 2012*, in *Giur. merito*, 2013, V.

F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, 2013.

F. FIORENTIN, *Importante passo avanti nella ricerca di effettività della tutela dei diritti negati alle persone detenute*, in *Guida al diritto*, 2013 (31).

F. FIORENTIN, *La tutela dei diritti delle persone detenute tra vecchie norme e nuove prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.personaedanno.it.

F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in www.rassegnapenitenziaria.it.

F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in www.penalecontemporaneo.it.

F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010.

F. FIORENTIN- A. MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza. La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Giuffrè, 2008.

C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, III.

C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, 2001.

A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in A. GABOARDI- A. GARGANI- G. MORGANTE- A. PRESOTTO- M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, 2013.

A. GAITO- G. RANALDI, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2005.

A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011.

M.G. GASPARI, *Istituito il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *Guida al diritto*, 2014 (4).

B. GIORIS, *Sessualità e carcere*, in *Legisl. pen.*, 2013, I.

G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 1983.

V. GREVI- F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, *Sub Art. 1 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981.

R.E. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994.

G. LANDI, *Disciplina*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964.

G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it.

M. LO GIUDICE, *La censura della Corte europea al procedimento camerale "a porte chiuse" in materia di equa riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Cass. pen.*, 2012, IX.

S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, 2002.

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2010.

F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord. penit. e casistica*, in www.questionegiustizia.it.

L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in P. CORSO, (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2013.

A. MARCHESELLI, *I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.ristretti.it.

A. MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, 1982.

A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Duncker & Humblot, 1895.

R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, a mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004.

G.M. NAPOLI, *Il regime disciplinare negli istituti penitenziari*, in www.diritto.it.

G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012.

G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, VI.

D. NOTARO, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti*, Pisa 9-10 novembre 2012, Giappichelli, 2013.

A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002.

A. PRESUTTI, *Sub Art. 236 disp. coord. c.p.p.*, in E. AMODIO- O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1990, *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, G. UBERTIS (a cura di).

A. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VI, L. KALB (a cura di), Utet, 2009-2011.

A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet, 2008.

C. RENOLDI, *Sub Art. 9 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009.

M. RUARO, *Sub Art. 677 c.p.p.*, in V. GREVI- G. GIOSTRA- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M. RUARO, *Sub Art. 678 c.p.p.*, in V. GREVI- G. GIOSTRA- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè, 2009.

M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, III.

M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, 2002.

A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Giappichelli, 2014.

A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art 111 della Costituzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e strumenti di tutela*, Cedam, 2004.

S. SENESE, *Magistratura di sorveglianza e garanzie nel carcere*, in G. COTTURRI- M. RAMAT (a cura di), *Quali garanzie*, De Donato, 1983.

G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in Atti del Convegno "Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU", 28 maggio 2014, Roma, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

F. SIRACUSANO, *Sub Art. 26 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

R. SOTTANIS, *Sub Art. 57 ord. penit.*, in F. DELLA CASA- G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2015.

R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare ed amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015.

D. VICOLI, *Una riforma di fonte giurisprudenziale tra obblighi di tutela e scelte discrezionali*, in F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario*

e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena, Giappichelli, 2015.

F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it.

C.L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in www.penalecontemporaneo.it.

G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, III.

CASSAZIONE

- Cass., 30 novembre 2015, Padovani, in *C.e.d.*, 266209
Cass., 29 settembre 2015, Correnti, in *C.e.d.*, 265428
Cass., 22 luglio 2015, Cante, in *C.e.d.*, 264652
Cass. 16 luglio 2015, Ruffolo, in *C.e.d.*, 265857
Cass., 26 giugno 2015, Carlesco, in *C.e.d.*, 264293
Cass., 29 maggio 2015, Jovanovic, in *C.e.d.*, 264686
Cass., 21 maggio 2015, Peirano, in *C.e.d.*, 264977
Cass., 15 maggio 2015, Piacente, in *C.e.d.*, 263614
Cass. 14 maggio 2015, Manrique Sanchez, in *C.e.d.*, 26707
Cass., 30 aprile 2015, Ghabri, in *C.e.d.*, 263399
Cass., 7 aprile 2015, Bindi, in *C.e.d.*, 264292
Cass., 26 marzo 2015, Maritan, in *C.e.d.*, 263598
Cass., 21 maggio 2015, Farina, in *C.e.d.*, 263630
Cass., 11 febbraio 2015, Bazzocchi, in *C.e.d.*, 262555
Cass., 16 dicembre 2014, p.m. e altro in proc. Vitale, in *C.e.d.*, 262201
Cass., 12 dicembre 2014, Gambardella, in *C.e.d.*, 262262
Cass., 9 dicembre 2014, Grisetti, in *C.e.d.*, 261663
Cass., 27 novembre 2014, Ministero della giustizia in proc. Vecchina, in *C.e.d.*, 262353
Cass., 24 novembre 2014, Stankovic, in *C.e.d.*, 262814
Cass., 18 novembre 2014, Schiavone, in *C.e.d.*, 262482
Cass., 21 ottobre 2014, Chisci e altro, in *C.e.d.*, 260971
Cass., 29 settembre 2014, p.m. in proc. Tarallo, in *C.e.d.*, 261858
Cass., 22 settembre 2014, Zomorroud, in *C.e.d.*, 260723
Cass., 19 settembre 2014, Sforzato, in *C.e.d.*, 260766
Cass., 16 settembre 2014, Cherni, in *C.e.d.*, 260524
Cass., 10 luglio 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 262852
Cass., 2 luglio 2014, Li Bergolis, in *C.e.d.*, 261715
Cass., 2 luglio 2014, Li Bergolis, in *C.e.d.*, 261714
Cass., 1° luglio 2014, Arini, in *C.e.d.*, 263223
Cass., 20 giugno 2014, Gionta, in *C.e.d.*, 260692
Cass., 18 giugno 2014, Cappello e altro, in *C.e.d.*, 260342
Cass., 4 giugno 2014, Licciardi, in *C.e.d.*, 260808
Cass., 29 maggio 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 261549
Cass., 30 aprile 2014, Ventre, in *C.e.d.*, 260166
Cass., 3 aprile 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 261474
Cass., 27 marzo 2014, Attanasio, in *C.e.d.*, 261191
Cass., 19 marzo 2014, Nozzolino, in *C.e.d.*, 262135
Cass., 26 febbraio 2014, Vitiello, in *C.e.d.*, 259475
Cass., 9 gennaio 2014, p.g. in proc. Pollero, in *C.e.d.*, 259141
Cass., 12 dicembre 2013, Pappalardo, in *C.e.d.*, 259024
Cass., 27 novembre 2013, Di Lieto, in *C.e.d.*, 258401
Cass., 15 novembre 2013, Attanasio, in *C.e.d.*, 258398
Cass., 12 novembre 2013, Abdallah, in *C.e.d.*, 261292
Cass., 17 ottobre 2013, Blam, in *C.e.d.*, 256689
Cass., 17 ottobre 2013, Deuscit, in *C.e.d.*, 258392

Cass., 13 ottobre 2013, Abbruzzese, in *C.e.d.*, 257888
Cass., 3 ottobre 2013, Rotolo, in *C.e.d.*, 259177
Cass., 27 settembre 2013, p.m. in proc. Cesarano, in *C.e.d.*, 257299
Cass. 23 settembre 2013, Gullotti, in *C.e.d.*, 257473
Cass., 25 settembre 2013, Romano, in *C.e.d.*, 257254
Cass., 17 settembre 2013, Greco, in *C.e.d.*, 261989
Cass., 16 settembre 2013, Barretta, in *C.e.d.*, 256981
Cass., 11 luglio 2013, Travelli e altro, in *C.e.d.*, 257843
Cass., 6 giugno 2013, De Martino, in *C.e.d.*, 256479
Cass., 28 maggio 2013, Er Avni, in *C.e.d.*, 258659
Cass., 23 maggio 2013, Serino, in *C.e.d.*, 256793
Cass., 21 maggio 2013, Ministero della giustizia in proc. Avignone, in *C.e.d.*, 257405
Cass., 17 maggio 2013, confl. comp. in proc. Nardi, in *C.e.d.*, 256142
Cass., 18 aprile 2013, Giuffrida, in *C.e.d.*, 257017
Cass., 15 gennaio 2013, Vizzari, in *C.e.d.*, 254271
Cass., 10 gennaio 2013, Piccinno, in *C.e.d.*, 254887
Cass., 8 gennaio 2013, Falsone, in *C.e.d.*, 254511
Cass., 12 dicembre 2012, Lorusso, in *C.e.d.*, 255490
Cass., 12 dicembre 2012, Aparo, in *C.e.d.*, 255489
Cass., 30 novembre 2012, Modou, in *C.e.d.*, 254603
Cass., 21 novembre 2012, Campisi, in *C.e.d.*, 255450
Cass., 28 settembre 2012, Di Muro, in *C.e.d.*, 254945
Cass., 27 settembre 2012, p.g. in proc. Gullotti, in *C.e.d.*, 254070
Cass., 5 giugno 2012, Slimani, in *C.e.d.*, 253040
Cass., 16 maggio 2012, Dissegna, in *C.e.d.*, 253190
Cass., 28 febbraio 2012, Ielata, in *C.e.d.*, 252295
Cass., 19 dicembre 2011, Coluccio, in *C.e.d.*, 251851
Cass., 15 dicembre 2011, Melillo, in *C.e.d.*, 252073
Cass., 29 novembre 2011, Panaro, in *C.e.d.*, 251419
Cass., 11 novembre 2011, Mastrone, in *C.e.d.*, 250997
Cass., 14 ottobre 2011, Cecere, in *C.e.d.*, 251490
Cass., 11 giugno 2011, Ministero della giustizia in proc. Pariante, in *C.e.d.*, 260357
Cass., 8 marzo 2011, D'Oronzo, in *C.e.d.*, 250506
Cass., 4 febbraio 2011, p.g. in proc. D'Ambrosio, in *C.e.d.*, 250231
Cass., 1° febbraio 2011, Matarrese, in *C.e.d.*, 249884
Cass., 25 gennaio 2011, Triglia, in *C.e.d.*, 249803
Cass., 25 gennaio 2011, Zanetti, in *C.e.d.*, 249561
Cass., 3 dicembre 2010, Antonov, in *C.e.d.*, 249474
Cass., 25 novembre 2010, Agenzia del demanio in proc. Nicoletti, in *C.e.d.*, 249438
Cass., 20 ottobre 2010, p.m. in proc. Farinella, in *C.e.d.*, 248844
Cass., 14 ottobre 2010, El Marzouki, in *C.e.d.*, 248679
Cass., 23 settembre 2010, Bosti, in *C.e.d.*, 248677
Cass., 22 settembre 2010, Di Sabatino, in *C.e.d.*, 248276
Cass., S.U., 24 giugno 2010, F., in *C.e.d.*, 247836
Cass., 19 maggio 2010, Maltese, in *C.e.d.*, 247987
Cass., 14 maggio 2010, Mengouchi, in *C.e.d.*, 248240

Cass., 2 marzo 2010, Trif, in *C.e.d.*, 246519
Cass., 13 gennaio 2010, Smorta, in *C.e.d.*, 246066
Cass., 18 dicembre 2009, Alvaro, in *C.e.d.*, 246314
Cass., 2 dicembre 2009, Mangeruca, in *C.e.d.*, 245952
Cass., 24 novembre 2009, Lo Piccolo, in *C.e.d.*, 245969
Cass., 24 novembre 2009, confl. comp. in proc. Savino e altri, in *C.e.d.*, 245948
Cass., 12 novembre 2009, Mele, in *C.e.d.*, 245904
Cass., 11 novembre 2009, Nazar, in *C.e.d.*, 245512
Cass., 10 novembre 2009, Chindamo, in *C.e.d.*, 245683
Cass., 25 ottobre 2009, Matichecchia, *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, p. 115
Cass., 1° ottobre 2009, Licciardello, in *C.e.d.*, 245055
Cass., 18 giugno 2009, Gallieri, in *C.e.d.*, 2444657
Cass., 26 maggio 2009, D'Argenio, in *C.e.d.*, 244032
Cass., 19 maggio 2009, Stojanovic, in *C.e.d.*, 244015
Cass., 23 aprile 2009, Branca, in *C.e.d.*, 243781
Cass., 24 febbraio 2009, Tufano, in *C.e.d.*, 242903
Cass., 19 febbraio 2009, Di Paolo Petrovic, in *C.e.d.*, 243739
Cass., 18 febbraio 2009, Mastrillo, in *C.e.d.*, 242894
Cass., 19 febbraio 2009, Guarracino, in *C.e.d.*, 242898
Cass., 3 febbraio 2009, p.g. in proc. Calabrò, in *C.e.d.*, 243736
Cass., 21 gennaio 2009, Ciresi, in *C.e.d.*, 243359
Cass., 16 dicembre 2008, Bellocco, in *C.e.d.*, 243541
Cass., 9 dicembre 2008, Aprile, in *C.e.d.*, 242434
Cass., 26 novembre 2008, Rannesi, in *C.e.d.*, 2424237
Cass., 18 novembre 2008, Luisi, in *C.e.d.*, 241819
Cass., 12 novembre 2008, Ferreri, in *C.e.d.*, 242238
Cass., 12 novembre 2008, Chiapperini, in *C.e.d.*, 242061
Cass., 5 novembre 2008, Caci, in *C.e.d.*, 242196
Cass., 16 ottobre 2008, Bidognetti, in *C.e.d.*, 241563
Cass., 1° ottobre 2008, Greco, in *C.e.d.*, 241309
Cass. 18 giugno 2008, Ribisi, in *C.e.d.*, 240784
Cass., 11 luglio 2008, Belfiore, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1015
Cass., 3 luglio 2008, Campisi, in *C.e.d.*, 240935
Cass., 26 giugno 2008, Marchese, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2158
Cass., 21 maggio 2008, Renna, in *C.e.d.*, 239885
Cass., 6 maggio 2008, Drago, in *Giust. pen.*, 2009, III, c. 126
Cass., 28 marzo 2008, Locci, in *C.e.d.*, 240148
Cass., 7 marzo 2008, Cardi, in *C.e.d.*, 239654
Cass., 30 gennaio 2008, Madonia, in *Foro it.*, 2008, II, p. 272
Cass., 22 gennaio 2008, Di Benedetto, in *C.e.d.*, 239084
Cass., 22 novembre 2007, Marchese, in *C.e.d.*, 238424
Cass., 14 novembre 2007, Giannelli, in *C.e.d.*, 238482
Cass., 13 novembre 2007, confl. comp. in proc. Barbato, in *C.e.d.*, 238691
Cass., 8 novembre 2007, Perrone, in *C.e.d.*, 239303
Cass., 30 ottobre 2007, Murano, in *C.e.d.*, 239501
Cass., 24 ottobre 2007, Musumeci, in *C.e.d.*, 238842

Cass., 4 ottobre 2007, Zagaria, in *C.e.d.*, 237749
Cass., 26 settembre 2007, Esposito, in *C.e.d.*, 237505
Cass., 15 luglio 2007, Canale, in *C.e.d.*, 238643
Cass., 14 giugno 2007, Stara, in *C.e.d.*, 237712
Cass., 10 maggio 2007, Garozzo, in *C.e.d.*, 236663
Cass., 22 marzo 2007, Adornato, in *C.e.d.*, 236603
Cass., 6 dicembre 2006, El Khadali, in *C.e.d.*, 235586
Cass., 4 dicembre 2006, Di Girolamo, in *C.e.d.*, 235621
Cass., 28 novembre 2006, Fortini, in *C.e.d.*, 235794
Cass., 8 novembre 2005, Costa, in *C.e.d.*, 233270
Cass., 28 giugno 2006, Lucchese, in *C.e.d.*, 234866
Cass., 10 maggio 2006, Mema, in *C.e.d.*, 234693
Cass., 10 maggio 2006, Gueye, in *C.e.d.*, 234137
Cass., 23 marzo 2006, Costantino, in *C.e.d.*, 234299
Cass., 24 gennaio 2006, Episcopo, in *C.e.d.*, 233940
Cass., 19 maggio 2005, Savarino, in *C.e.d.*, 232087
Cass., 10 maggio 2005, Cesarano, in *C.e.d.*, 231433
Cass., 6 maggio 2005, p.g. in proc. Maiorino, in *C.e.d.*, 231826
Cass., 27 aprile 2005, Di Fazio, in *C.e.d.*, 232086
Cass., 9 marzo 2005, Piccolo, in *C.e.d.*, 230925
Cass., 4 novembre 2004, Gangi, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1251
Cass., 29 ottobre 2004, Russo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1562
Cass., 8 ottobre 2004, Musone, in *C.e.d.*, 230764
Cass., 7 aprile 2004, Sinjaku, in *C.e.d.*, 228653
Cass., 24 febbraio 2004, Aragno, in *C.e.d.*, 228764
Cass., 3 febbraio 2004, Paziienza, in *C.e.d.*, 228836
Cass., 3 febbraio 2004, Zagaria, in *C.e.d.*, 227517
Cass., 9 gennaio 2004, p.m. in proc. Aparo, in *C.e.d.*, 226958
Cass., 16 dicembre 2003, Repotez, in *C.e.d.*, 227130
Cass., 12 dicembre 2003, Argenta, in *C.e.d.*, 227221
Cass., 5 dicembre 2003, Porchia, in *C.e.d.*, 227871
Cass., 18 novembre 2003, Corso, in *C.e.d.*, 226630
Cass., 27 maggio 2003, Cimetti, in *C.e.d.*, 224941
Cass., 6 maggio 2003, in *C.e.d.*, 225748
Cass., S.U., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2970
Cass., 14 febbraio 2003, Bellagamba, in *C.e.d.*, 224752
Cass., 10 dicembre 2002, Asole, in *C.e.d.*, 2223931
Cass., 28 novembre 2002, Fedele, in *C.e.d.*, 224792
Cass., 17 ottobre 2002, Camporotondo, in *C.e.d.*, 222718
Cass., 25 giugno 2002, Antonini, in *C.e.d.*, 222145
Cass., 14 giugno 2002, Rigoli, in *C.e.d.*, 222525
Cass., 29 maggio 2002, Voltezzani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1945
Cass., 15 maggio 2002, p.m. in proc. Valenti, in *C.e.d.*, 221623
Cass., 10 aprile 2002, Pellegrino, in *C.e.d.*, 222757
Cass., 19 febbraio 2002, p.m. in proc. Castellana, in *C.e.d.*, 221687
Cass., 14 novembre 2001, Incalza, in *C.e.d.*, 220472

Cass., 8 novembre 2001, Di Paolo, in *C.e.d.*, 218288
Cass., 16 ottobre 2001, Camerino, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1639
Cass., 26 giugno 2001, Berardinetti, in *C.e.d.*, 219942
Cass., 13 giugno 2001, Njume, in *C.e.d.*, 219592
Cass., 24 maggio 2001, Boukhanoufa, in *C.e.d.*, 219179
Cass., 12 aprile 2001, Dimitrio, in *C.e.d.*, 218955
Cass., 28 marzo 2001, Sarcone, in *C.e.d.*, 219493
Cass., 8 febbraio 2001, Camerino, in *C.e.d.*, 219670
Cass., 6 febbraio 2001, Palladino, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1094
Cass., 9 novembre 2000, Ascia, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2795
Cass., 24 maggio 2000, Bindi, in *C.e.d.*, 216675
Cass., 6 aprile 2000, De Nardi, in *C.e.d.*, 216198
Cass., 3 aprile 2000, Pischedda, in *C.e.d.*, 216032
Cass., 16 febbraio 2000, Camerino, in *C.e.d.*, 216190
Cass., 9 febbraio 2000, Alberti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1016
Cass., 28 gennaio 2000, Sasso, in *C.e.d.*, 215388
Cass., 13 gennaio 2000, Angemi, in *C.e.d.*, 215368
Cass., 4 gennaio 2000, Rotondi, in *C.e.d.*, 215975
Cass., 1 dicembre 1999, Bauleo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 922
Cass., 30 marzo 1999, Arrigo, in *C.e.d.*, 213488
Cass. 18 febbraio 1999, p.m. in proc. Reitano M., in *C.e.d.*, 213486
Cass., 17 dicembre 1998, Conidi, in *C.e.d.*, 212458
Cass., 18 novembre 1998, Marra, in *C.e.d.*, 212793
Cass., 6 maggio 1998, p.g. in proc. Ben Saad, in *C.e.d.*, 210785
Cass., 15 aprile 1998, Romeo, in *C.e.d.*, 210547
Cass., 25 marzo 1998, Pianese, in *C.e.d.*, 211028
Cass., 12 novembre 1997, Boccio, in *C.e.d.*, 209523
Cass., 20 ottobre 1997, p.m. in proc. Orabona, in *C.e.d.*, 208722
Cass., 28 aprile 1997, Bucinca, in *Cass. pen.*, 1998, p. 647
Cass., 19 febbraio 1997, Panisi, in *C.e.d.*, 207230
Cass., 8 ottobre 1996, conf. comp. Mag. sorv. Varese e Mag. sorv. Caltanissetta in proc. Tamburella, in *C.e.d.*, 206063
Cass., 4 ottobre 1996, p.m. in proc. Vallanzasca, in *C.e.d.*, 207716
Cass., 3 maggio 1996, Armenio, *Cass. pen.*, 1997, p. 1153
Cass., 1° gennaio 1996, p.g. in proc. Gambino, in *C.e.d.*, 204349
Cass., 30 dicembre 1995, Medaglia, in *Riv. pen.*, 1996, p. 789
Cass., 19 dicembre 1995, Di Carlo, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 216
Cass., 15 dicembre 1995, Sorrentino, in *C.e.d.*, 204343
Cass., 15 dicembre 1995, Sorrentino, in *Cass. pen.*, 1997, p. 544
Cass., 30 novembre 1995, Esposito, in *C.e.d.*, 203355
Cass., 29 novembre 1995, Tufo, in *C.e.d.*, 203574
Cass., 6 luglio 1995, Ganci, in *C.e.d.*, 202433
Cass., 27 giugno 1995; p.g. in proc. Minichini, in *C.e.d.*, 202437
Cass., 23 maggio 1995, Esposito, in *C.e.d.*, 202827
Cass., 11 maggio 1995, Ianni, in *C.e.d.*, 202143
Cass., 5 aprile 1995, Chirico, in *C.e.d.*, 200786

Cass. 20 marzo 1995, Molinari, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1477
Cass., 9 dicembre 1994, Dallera, in *C.e.d.*, 200347
Cass., 2 dicembre 1994, Cannata, in *C.e.d.*, 200220
Cass., 9 novembre 1994, Bozzi, in *C.e.d.*, 200868
Cass., 3 novembre 1994, Sforza, in *C.e.d.*, 200724
Cass., 6 ottobre 1994, p.g. in proc. Salvati, in *C.e.d.*, 200620
Cass., 23 settembre 1994, Di Mari, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1086
Cass., 5 luglio 1994, p.m. in proc. Bamundo, in *C.e.d.*, 199245
Cass., 11 aprile 1994, Belmonte, in *C.e.d.*, 197661
Cass., 8 marzo 1994, p.m. in c. Tana, in *C.e.d.*, 197204
Cass., 15 novembre 1993, Duca, in *C.e.d.*, 196792
Cass., 27 ottobre 1993, Bonicoli, in *C.e.d.*, 195797
Cass., 28 settembre 1993, p.m. in proc. Morano, in *C.e.d.*, 195343
Cass., 24 settembre 1993, p.m. in proc. Angelino, in *C.e.d.*, 195341
Cass., 12 agosto 1993, Cova, in *C.e.d.*, 195977
Cass., 28 giugno 1993, conf. comp. Mag. sorv. Milano e Mag. sorv. Catania in proc. Berni, in *C.e.d.*, 194848
Cass., 25 giugno 1993, Forcucci, in *C.e.d.*, 194630
Cass., 14 giugno 1993, Chiera, in *C.e.d.*, 195669
Cass., 15 marzo 1993, Degau, in *C.e.d.*, 193970
Cass., 13 novembre 1992, p.r.m. in proc. Sanneris, in *C.e.d.*, 192583
Cass., 22 ottobre 1992, Mannino, in *C.e.d.*, 192479
Cass., 7 luglio 1992, Semeria, in *C.e.d.*, 191595
Cass., 6 luglio 1992, conf. comp. Mag. sorv. Napoli e Mag. sorv. Lecce in proc. Lubrano, in *C.e.d.*, 191591
Cass., 8 giugno 1992, p.g. in proc. Voliani, in *C.e.d.*, 191554
Cass., 2 giugno 1992, Baldi, in *Riv. pen.*, 1993, p. 763
Cass. 14 aprile 1992, Ministero della giustizia in proc. Leggio, in *C.e.d.*, 190108
Cass., 9 aprile 1992, Guagliardo, in *C.e.d.*, 189995
Cass., 14 ottobre 1991, Franceschini, in *C.e.d.*, 188619
Cass., 4 ottobre 1991, p.m. in proc. Ferraiolo, in *C.e.d.*, 188479
Cass., 31 maggio 1991, conf. comp. Mag. sorv. Milano e Mag. sorv. Venezia in proc. Passante, in *C.e.d.*, 187656
Cass., 12 novembre 1990, Contreras de Castelblanco, in *C.e.d.*, 186186
Cass., 18 giugno 1990, Briguglio, in *C.e.d.*, 184750
Cass., 6 ottobre 1989, Di Gaetano, in *C.e.d.*, 182349
Cass., 17 ottobre 1988, Adamo, in *Cass. pen.*, 1990, p. 155

Cass. civ., 12 aprile 2011, Antermite, in *C.e.d.*, 618203

Cass. civ., 18 settembre 2009, Luparelli c. Cantoro (e altri), in *C.e.d.*, 609468

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 15 giugno 2015, n. 109
Corte cost., 5 giugno 2015, n. 97
Corte cost., 19 maggio 2014, n. 135
Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279
Corte cost., 3 luglio 2013, n. 190
Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143
Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135
Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85
Corte cost., 9 dicembre 2012, n. 301
Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264
Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93
Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266
Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341
Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 32
Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526
Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387
Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26
Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 406
Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212
Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349
Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 53
Corte cost., 17 gennaio 1991, n. 45
Corte cost., 3 dicembre 1990, n. 529
Corte cost., ord. 7 giugno 1984, n. 166
Corte cost., 11 aprile 1984, n. 103
Corte cost., 29 marzo 1984, n. 77
Corte cost., 25 luglio 1979, n. 114
Corte cost., ord. 21 dicembre 1978, n. 87
Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204

MERITO

Mag. Sorv. Bologna, 23 marzo 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*
Trib. Sorv. Torino, 28 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*
Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*
Mag. sorv. Catanzaro, 25 giugno 2014 (inedita)
Mag. sorv. Alessandria, 14 aprile 2014, in *www.diritto.it*
Trib. Sorv. Milano, ord. 12 marzo 2013 in *www.penalecontemporaneo.it*
Trb. Sorv. Venezia, ord. 13 febbraio 2013, reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*
Mag. sorv. Firenze, ord. 23 aprile 2012, n. 1476, reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*
Mag. sorv. Nuoro, 26 giugno 2007 (inedita)
Mag. sorv. Nuoro, 27 febbraio 2007, (inedita)
Mag. sorv. Vercelli, decr. 24 ottobre 2006, in *www.personaedanno.it*
Mag. sorv. Reggio Emilia, 14 aprile 2005 (inedita)
Trib. Sorv. Torino, 20 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2522
Mag. sorv. Vercelli, 17 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1806

Mag. sorv. Padova, 27 giugno 2002, in *Rass. penit. e criminologica*, 2003, I-II, p. 339
Trib. Sorv. Torino, 20 febbraio 2001, (inedita)
Mag. sorv. Alessandria, 15 settembre 1995, Carta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1635
Mag. sorv. Brescia, 14 aprile 1988, Bortone, in *Rass. penit. e criminologica*, 1988, p. 285

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, 22 settembre 2008, n. 4563, in *www.gazzettaamministrativa.it*
Cons. Stato, 20 maggio 2008, n. 2360, in *www.gazzettaamministrativa.it*
Cons. Stato, 3 marzo 2008, n. 796, in *www.gazzettaamministrativa.it*
Cons. Stato, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *www.gazzettaamministrativa.it*
Cons. Stato, 3 febbraio 1999, n. 109, *Foro amm.*, 1999, p. 339

CORTE EDU

Corte eur., 16 settembre 2014, Stella e altri c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*
Corte eur., 16 settembre 2014, Rexhepi e altri c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 17 dicembre 2013, Vartic c. Romania, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 29 settembre 2011, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 7 dicembre 2010, Jakobski c. Polonia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 2 febbraio 2010, Leone c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 12 gennaio 2010, Gillan e Quinon c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 26 novembre 2009, Dolonec c. Croazia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 22 ottobre 2009, Norbert Sikorski c. Polonia in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 17 settembre 2009, Enea c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*
Corte eur., Brândușe c. Romania, 7 aprile 2009, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, in *www.camera.it*
Corte eur., 8 gennaio 2009, Schlumpf c. Svizzera, in *www.echr.coe.int*
Corte eur., 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *www.giustizia.it*
Corte eur., 13 settembre 2007, Moullet c. Francia, in *www.eur-lex.europa.eu*
Corte eur., 19 giugno 2007, Ciorap c. Moldavia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 10 maggio 2007, Khoudoyorov c. Russia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 10 aprile 2007, Evans c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 26 settembre 2006, Wainwright c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, in *www.eur-lex.europa.eu*
Corte eur., 18 ottobre 2005, Schemkamper c. Francia, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 6 ottobre 2005, Hirst c. Regno Unito (n. 2), in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 7 aprile 2005, Karalevicius c. Lituania, in *www.hudoc.echr.coe.int*
Corte eur., 15 giugno 2004, S.C. c. Regno Unito, in *www.hudoc.echr.coe.int*

Corte eur., 4 marzo 2004, Silvester's Horeca Service c. Belgio, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 9 ottobre 2003, Ezeh e Connors c. Regno Unito, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 13 febbraio 2003, Chevrol c. Francia, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 28 novembre 2002, Lavents c. Lettonia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 12 novembre 2002, Dory c. Svezia, in www.echr.coe.int
Corte eur., 17 luglio 2001, Sadak e altri c. Turchia, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 5 luglio 2001, Erdem c. Germania, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 19 aprile 2001, Peers c. Grecia, entrambe in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 14 novembre 2000, Riepan c. Austria, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 54
Corte eur., 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur. 28 ottobre 1999, Escoubet c. Belgio, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 29 settembre 1999, Serre c. Francia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 2 settembre 1998, Kadubec c. Slovacchia, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 2 settembre 1998, Lauko c. Repubblica slovacca, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 24 novembre 1997, Werner c. Austria, in www.echr.coe.int
Corte eur., 22 ottobre 1997, E.L.H. and P.B.H. c. Regno unito, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 16 dicembre 1997, Raninen c. Finlandia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 28 settembre 1995, Masson e Van Zon c. Paesi Bassi, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 26 settembre 1995, Diennet c. Francia in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 21 settembre 1994, Fayed c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 23 febbraio 1994, Stanford c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 25 novembre 1993, Zander c. Svezia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 25 marzo 1993, Costello-Roberts c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 24 settembre 1992, Herczegfalvy c. Austria, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 25 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 28 giugno 1984, Campbell e Fell c. Regno Unito, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 8 dicembre 1983, Pretto e altri c. Italia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 1° ottobre 1982, Piersak c. Belgio, in www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth c. Svezia, in www.hudoc.echr.coe.int
Corte eur., 23 giugno 1981, Albert e Le Compte c. Belgio, www.eur-lex.europa.eu
Corte eur., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in www.eur-lex.europa.eu