

IL RECLAMO “GIURISDIZIONALE” PER LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE E INTERNATE

FABIO FIORENTIN*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La costituzionalità del nuovo assetto e la tipologia di pronunce adottabili dalla magistratura di sorveglianza. – 3. La selezione delle posizioni soggettive tutelabili. – 4. Il procedimento. Profili generali. – 5. L’inammissibilità dell’istanza. – 6. La fase introduttiva. – 7. L’effettività del contraddittorio: forme di partecipazione all’udienza e la difesa tecnica. – 8. La fase istruttoria. – 9. La fase decisoria. – 10. Il regime delle impugnazioni. – 11. L’effettività del provvedimento e il giudizio di ottemperanza. – 12. Le criticità della procedura di ottemperanza e le prospettive *de jure condendo*. – 13. Il completamento della riforma esige i rimedi “compensativi”. – 14. La valutazione positiva del Comitato del Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa e gli ulteriori interventi auspicabili.

1. Premessa.

Il legislatore, sotto la spada di Damocle della “messa in mora” imposta all’Italia dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Torreggiani*¹, ha introdotto – avvalendosi anche delle proposte elaborate da alcune commissioni di studio² – numerose modifiche e

* Magistrato - Tribunale di sorveglianza di Torino - Componente della Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di sorveglianza.

¹ CEDU, Sez. II, sent. 8.01.2013, *Torreggiani e a. / Italia*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss., con nota di TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*.

² Molte delle modifiche normative introdotte con il d.l. n. 146/13 recepiscono le conclusioni dei lavori della “Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione”, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 2 luglio 2013; e dei suggerimenti contenuti nel documento “Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza”, esitato dalla “Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza” e recepita nella “Risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza” adottata dal C.S.M. con delibera del 29 luglio 2013.

innovazioni al contesto ordinamentale. Tra queste si segnala, per la sua particolare importanza, il nuovo modello di “reclamo giurisdizionale” (art. 35-*bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, inserito dall’art. 3, lett. *b*), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), volto a colmare una grave lacuna dell’ordinamento interno, e diretto ad accrescere il tasso di giurisdizionalità nella materia della tutela dei diritti delle persone detenute, rafforzando (anche) sul piano dell’effettività il controllo di legalità sulla gestione dell’esecuzione penitenziaria demandato istituzionalmente alla magistratura di sorveglianza³.

Non va sottaciuto, peraltro, che la disciplina del nuovo modello procedimentale, pur muovendosi in una apprezzabile prospettiva di migliorata garanzia delle condizioni di detenzione sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali, e, in primo luogo, della dignità e umanità del trattamento penitenziario, presenta, tuttavia, alcune non lievi criticità che rischiano di porre in seria discussione l’ambizione del ricorso “giurisdizionale” a rappresentare quel “luogo” in cui le ragioni di tutte le parti possano trovare adeguato ascolto e tutela.

2. La costituzionalità del nuovo assetto e la tipologia di pronunce adottabili dalla magistratura di sorveglianza.

È il profilo costituzionale ad offrire, anzitutto, spunti di riflessione, segnatamente per quanto attiene alla collocazione sistematica dell’istituto di nuovo conio. Nella prima giurisprudenza formatasi in materia di ricorso *ex art. 35-bis*, l. n. 354/1975, nella vigenza del testo originario del d.l. n. 146/2013⁴, si è posta la questione inerente all’attribuzione al giudice di sorveglianza della giurisdizione concernente *“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*

³ Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 20 gennaio 2014, nel parere reso sull’articolato del d.l. n. 146/13, osserva che «l’intero normativo ha affiancato riforme legate alla contingenza ad altre a vocazione strutturale ed esaltato il ruolo della magistratura di sorveglianza, tributaria di compiti nuovi e pregnanti (si pensi, tra l’altro, all’istituzione del nuovo “reclamo giurisdizionale” avverso taluni provvedimenti dell’Amministrazione penitenziaria), che rappresentano un vero e proprio salto di qualità nell’architettura dei rapporti tra l’autorità amministrativa e quella giudiziaria».

⁴ Si fa riferimento, di seguito nel testo, al contenuto dell’ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Venezia del 6 febbraio 2014, in www.personaedanno.it.

pregiudizio all'esercizio dei diritti", prevista dalla lett. b) del novellato comma 6, art. 69, ord. pen. Una tesi, sostenuta dall'Avvocatura dello Stato intervenuta nel procedimento, aveva ritenuto la disciplina del nuovo ricorso lesiva dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 341/2006, nella parte in cui affida(va) al magistrato di sorveglianza, in unico grado di merito, la giurisdizione che investa "diritti" fatti valere non solo nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria ma, in genere, dell'Amministrazione erariale dello Stato, suscettibile di essere condannata al pagamento di somme a favore del detenuto senza avere la possibilità di far riesaminare l'oggetto della causa da un giudice collegiale di secondo grado.

La nuova disciplina si sarebbe, altresì, posta in contrasto con gli articoli 102 e 103 Cost., e con la sua VI disposizione transitoria, concernenti il riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, rendendo così indispensabile un'interpretazione "costituzionalmente orientata" atta a riportare la fattispecie nell'alveo dei principi costituzionali già affermati dalla Corte costituzionale.

Il giudice di sorveglianza veneziano ha, tuttavia, disatteso i rilievi della difesa erariale, affermando che nessun dubbio di costituzionalità può aversi con riguardo al profilo sistematico della collocazione del nuovo ricorso nell'ambito della giurisdizione ordinaria, il cui governo è attribuito alla magistratura di sorveglianza. Infatti, la Corte costituzionale con la propria sentenza n. 212 del 1997, richiamata dalla successiva pronuncia n. 26 del 1999, ha riaffermato l'esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente carattere giurisdizionale, indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione, individuandosi la sede della tutela nella magistratura di sorveglianza, magistratura alla quale spetta, secondo l'ordinamento penitenziario vigente, una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati. Tale garanzia – è stato altresì precisato – comporta il vaglio di legittimità pieno non solo del rispetto dei presupposti legislativi dettati all'Amministrazione per l'adozione delle misure, ma anche dei loro contenuti, con particolare riferimento all'incidenza su non comprimibili diritti dei detenuti e degli internati, la cui garanzia rientra perciò, nel sistema attuale, nella giurisdizione del giudice ordinario.

L'opzione effettuata con il decreto-legge n. 146/2013 si inquadra, pertanto, nella prospettiva costituzionale delineata con le pronunce sopra evocate, in nulla foriera di produrre violazioni dei criteri di riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa. Una tale scelta, peraltro già "coperta" dalla giurisprudenza costi-

tuzionale⁵, è entrata nel diritto vivente con la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 25079/2003⁶, che – ha osservato il magistrato di sorveglianza di Venezia – avevano individuato quale procedimento giurisdizionale esperibile quello incardinato presso il magistrato di sorveglianza. Tale indicazione non è stata affatto sconfessata dal successivo arresto costituzionale n. 341/2006, con cui la Corte costituzionale ha, bensì, dichiarato illegittima «ogni irrazionale ingiustificata discriminazione», con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini, affermando che sia i detenuti sia le rispettive controparti avevano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost.; ma – come ha chiarito un'altra pronuncia costituzionale (sent. n. 266/2009), non ha affatto inciso sulla competenza generale della magistratura di sorveglianza, avendo la censura riguardato una ben precisa tipologia di reclamo in materia di lavoro, riferito a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è istituito un giudice specializzato. Le ulteriori criticità evocate dall'Avvocatura dello Stato si sono successivamente risolte con alcune modifiche alla disciplina del reclamo qui in analisi, operate in sede di conversione del d.l. 146/2013⁷.

⁵ V. Corte cost. n. 26/1999, *cit.*, per cui «la rilevata incostituzionalità per omissione, nella disciplina dei rimedi giurisdizionali contro le violazioni dei diritti dei detenuti e degli internati, si presta ad essere rimediata attraverso scelte tra una gamma di possibilità, relative all'individuazione sia del giudice competente sia delle procedure idonee nella specie a tenere conto dei diritti in discussione e a proteggere la funzionalità dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale».

⁶ Cass., Sez. Un., 26.02.2003, n. 25079, ric. Gianni, in *Riv. pen.* 2004, p. 121. Si veda, in proposito, i contributi di MINNELLA V., *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Questa Rivista*, 2004, 2, p. 149 ss.; MURA R., *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1362.

⁷ In ordine al profilo di doglianza sollevato dall'Avvocatura distrettuale in riferimento all'assenza di un secondo grado di giudizio, infatti, la detta criticità è stata superata in sede di conversione del d.l. n. 146/2013, con l'inserimento della facoltà di reclamo avanti al tribunale di sorveglianza della decisione assunta dal magistrato di sorveglianza. Merita, peraltro, osservare – concordando con l'orientamento di merito in analisi – che l'ordinamento costituzionale non impone un modello vincolante di processo, risultando dunque la piena compatibilità costituzionale della eventuale opzione legislativa di rinunciare – per esigenze di speditezza e semplificazione – alla garanzia del doppio grado di giudizio, che non gode di per sé di alcuna copertura costituzionale (v. Corte cost., ord. n. 190/13; ord. n. 410/07; ord. n. 351/2007; sent. n. 26/2007; sent. n. 144/08; ord. n. 84/2003). Del pari non più attuale la *querelle* relativa alla condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme a favore del detenuto, attesa l'esclusione di tale possibilità – originariamente prevista dal d.l. n. 146/2013 – ad opera della legge di conversione n. 10/2014.

Un profilo che permane tuttora avvolto da dubbi e che appare urgente dipanare, attiene alla natura della giurisdizione attribuita alla magistratura di sorveglianza, nel senso che, pur nell'ambito delle competenze "esclusive" ora *expressis verbis* ritagliate dal legislatore con riguardo alla cognizione sui "diritti" dei detenuti e degli internati che trovano riconoscimento nella legge penitenziaria e nel relativo regolamento esecutivo (art. 69, comma 5, ord. pen.), non è chiaro se tale giurisdizione sia anche "piena", nel senso che il giudice possa emettere decisioni non solo di accertamento della lesione del diritto leso; bensì anche di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo e di condanna dell'Amministrazione.

Con riguardo, anzitutto, alla giurisdizione di accertamento, non sembra potersi revocare in dubbio la possibilità che il giudice di sorveglianza si pronunci in merito all'accertamento della lesione del diritto lamentata dal detenuto o dall'internato in relazione ad una posizione soggettiva incisa da un atto o da un comportamento dell'Amministrazione, essendosi un tale approdo già consolidato nella vigenza del precedente assetto giuridico-normativo. La nuova disciplina conferma tale acquisizione, che viene estesa al sub-procedimento di ottemperanza, con il riconoscimento del potere del giudice di dichiarare nulli «gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito» (art. 35-*bis*, comma 6, lett. *b*), ord. pen.).

Più articolato è il profilo inerente alla facoltà del giudice di annullare gli atti amministrativi che hanno prodotto la lesione della posizione soggettiva del soggetto reclamante. Occorre, infatti, considerare che il potere di annullamento dell'atto amministrativo da parte del G.A. è "coperto" da un'espressa previsione costituzionale (art. 113, comma 3, Cost.), così come quello di conoscere (anche) della tutela dei diritti soggettivi (art. 103, comma 1, Cost.), per cui il legislatore può assegnare «particolari materie» alla c.d. "giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo, nelle quali «la commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi non si debba ricercare nelle varie tipologie delle singole controversie ma nell'atteggiarsi dell'azione della pubblica Amministrazione in settori determinati, anche se molto estesi, connotati da una significativa presenza dell'interesse pubblico» (Corte cost. 204/2004). Ai fini della giurisdizione di annullamento è, tuttavia, necessario che sussista una previsione di legge espressa che attribuisca al giudice un tale potere. Sul versante dell'ordinamento penitenziario, è pacifica la competenza posta ad accertare la violazione dei "diritti" delle persone detenute, assegnata alla magistra-

tura di sorveglianza dagli artt. 35 e 69, comma 5, l. n. 354/1975, quale giudice "vicino" ai soggetti ristretti e autorità "garante" del controllo di legittimità del trattamento somministrato ai detenuti dall'Amministrazione penitenziaria.

In tale peculiare contesto, un potere generale di annullamento degli atti amministrativi non è, peraltro, configurabile in capo alla magistratura di sorveglianza per il duplice rilievo che difetta una previsione espressa di legge nel senso sopra indicato; e che la stessa legge speciale (art. 35-*bis*, ord. pen.) stabilisce che l'annullamento del provvedimento impugnato può aversi soltanto nelle ipotesi testualmente indicate dall'articolo 69, comma 6, lettera *a*), ord. pen., in relazione, cioè, all'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. E pare che tale assunto sia validato con riferimento all'ipotesi in cui il giudice ravvisi sussistente la lesione di un diritto, poiché in tali casi il *decisum* si traduce in un ordine di ottemperanza e non in un dispositivo di annullamento degli atti o dei provvedimenti amministrativi che hanno provocato il pregiudizio subito dal ricorrente (cfr. art. 35-*bis*, comma 3, ord. pen.), i quali potranno essere soltanto disapplicati dal giudice ai fini della decisione di propria competenza.

Con riferimento alla terza tipologia di possibili pronunce, il quadro normativo di riferimento (artt. 35-*bis*, e 69, comma 5, della l. 354/75), non offre, sul piano dell'analisi letterale, elementi utili a validare la tesi di una giurisdizione generale di condanna attribuita al magistrato di sorveglianza nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria. L'inciso che viene in particolare rilievo è, al proposito, quello contenuto nel già richiamato art. 69, comma 5, della legge di ordinamento penitenziario ove, testualmente, si dispone che il magistrato di sorveglianza «impartisce ... disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati». La previsione in esame si inserisce all'interno di una norma che costruisce la figura del magistrato di sorveglianza quale "garante" della tutela dei diritti dei soggetti sottoposti al trattamento penitenziario, quale organo incaricato di vigilare affinché nei confronti dei soggetti condannati e internati sia (effettivamente) attuato il trattamento rieducativo.

La collocazione sistematica della disposizione è assai significativa per l'esatto apprezzamento della sua effettiva portata, che pare inequivocabilmente circoscritta ad un intervento del magistrato di sorveglianza che si sostanzia in un controllo di legalità del trattamento penitenziario e rieducativo, sia pure limitato dal

profilo di doglianza veicolato dal reclamo; un potere-controllo, peraltro, suscettibile di esercitarsi indifferentemente anche al di fuori di una specifica sede procedimentale (come accade nelle ipotesi previste dall'art. 35, ord. pen., ovvero quando il magistrato di sorveglianza riscontra la violazione dei diritti trattamentali in seguito ad un accesso diretto presso le sezioni detentive dell'istituto penitenziario).

Che a tale ben definito ambito sia indefettibilmente correlata la sfera di azione del magistrato di sorveglianza, non può che condurre, inoltre, la presa d'atto che la disposizione in analisi si riferisce testualmente soltanto ai "condannati e internati", cioè soltanto ai soggetti nei cui confronti l'Amministrazione svolge il trattamento rieducativo, e non a tutti i "detenuti". Significativa appare, sotto tale profilo, la diversa terminologia utilizzata con riferimento ai reclami c.d. "generici" – privi di natura giurisdizionale – previsti dall'evocato art. 35 della legge penitenziaria, che possono essere formulati da parte di tutti indistintamente i soggetti "detenuti" oltre che dagli internati. L'ulteriore approfondimento dell'analisi della dizione normativa non può che confermare tale ipotesi ricostruttiva, laddove nulla lascia presagire la volontà della legge di costruire attorno alla magistratura di sorveglianza una ampiezza di giurisdizione che travalichi gli stretti ambiti delimitati dalla lettera della legge, che espressamente attribuisce, appunto, al magistrato di sorveglianza il potere di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati.

L'unica previsione espressa di un potere di condanna dell'Amministrazione in esito alla procedura di reclamo giurisdizionale ai sensi dell'art. 35-bis, l. n. 354/1975 si trova alla lett. b) della stessa norma, laddove, nello stabilire il contenuto del dispositivo dell'ordinanza che chiude il procedimento, è stabilito che il giudice «ordina all'Amministrazione di porre rimedio». La legge struttura, pertanto, la decisione giudiziale quale condanna nei confronti dell'Amministrazione ad un *facere*, che tuttavia rimane un *facere* generico, che lascia uno spazio piuttosto ampio in capo alla parte soccombente per sviluppare – con piena discrezionalità – un percorso di adeguamento alla pronuncia giudiziale, che si oggettiva, in sede di ottemperanza, nella predisposizione del "piano attuativo" elaborato per adempiere all'ordinanza che accerta il pregiudizio grave e attuale alla posizione soggettiva del detenuto.

Al di fuori di tale tassativa ipotesi, non vi sono, pertanto, spazi per ammettere una giurisdizione del giudice di sorve-

glianza estesa anche al potere generale di condanna dell'Amministrazione. Il modello di reclamo giurisdizionale introdotto dal d.l. n.146/2013 esclude, in definitiva, quel rimedio di natura "compensativa" (cioè a vocazione essenzialmente risarcitoria) che pure la Corte europea aveva ritenuto necessario, anche se l'ordinamento non è, tuttavia, del tutto carente sotto l'indicato profilo, atteso che all'interessato è pur sempre consentita l'azione in sede civile per l'eventuale risarcimento del danno. A tale proposito, nella prospettiva riformatrice imposta dalla necessità di ottemperare integralmente alle prescrizioni europee, l'ipotesi più coerente con le coordinate costituzionali resta – *de jure condendo* – l'attribuzione del "rimedio compensativo" di carattere risarcitorio al giudice civile che è «in difetto di specifiche normative derogatorie – il *giudice generale dei diritti*: il giudice, cioè, cui è *naturalmente* affidata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, primi fra tutti quelli riconosciuti dalla CEDU e dalla stessa Costituzione»⁸.

Con riguardo ai limiti interni del sindacato giurisdizionale, l'art. 35-*bis*, l. n.354/1975 include – sia pure con alcune importanti limitazioni – tutte le tipologie di pronuncia sopra indicate. Il magistrato, infatti, può accertare l'avvenuta lesione di un "diritto" della persona detenuta o internata senza ulteriori statuzioni (qualora, a es., l'Amministrazione abbia *medio tempore* provveduto a rimuovere la situazione pregiudizievole); può dichiarare nulli – in sede di giudizio di ottemperanza – gli eventuali atti in violazione o elusione della propria decisione rimasta ineseguita; nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera *a*), ord. pen. «dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare»; nei casi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera *b*), della medesima legge «accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'Amministrazione di porre rimedio» e, persistendo l'inadempimento dell'Amministrazione, «ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, 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».

⁸ Cfr. VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, nota a Cass., sez. I, 30.01.2013, n. 4772, Vizzari, *CED Cass.* Nello stesso senso è anche VOLINO C.L., *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. Pen. Cont. online*, 2013, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, p. 11.

3. La selezione delle posizioni soggettive tutelabili.

L'analisi sul contenuto della giurisdizione attribuita alla magistratura di sorveglianza introduce una seconda riflessione, che riguarda l'oggetto del procedimento, normativamente individuato dall'art. 69, comma 6, ord. pen. Concentrando l'attenzione sul profilo più strettamente connesso al tema della tutela dei diritti, la norma in analisi precisa, nella sua lett. b), che l'oggetto del reclamo concerne «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 dei diritti».

La disposizione è strettamente collegata, sotto il profilo sistematico, alla norma-bandiera contenuta nell'art. 4 della l. n. 354/1975, che, stabilendo un fondamentale principio di civiltà giuridica, afferma che lo stato detentivo non importa una *capitis deminutio* del soggetto ristretto ma – al contrario – consente che i detenuti e gli internati esercitino personalmente «i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale». Dal coordinato tenore delle richiamate disposizioni normative, sembrerebbe evincersi che i "diritti" di cui trattasi siano soltanto quelli che la legge di ordinamento penitenziario e il relativo regolamento di esecuzione espressamente riconoscono ai soggetti detenuti o internati.

Tuttavia, una tale lettura deve integrarsi entro una concezione ampia dei "diritti" assicurati alla persona detenuta, anche alla luce della modifica apportata al comma 5 dello stesso art. 69, ord. pen., che ha significativamente espunto dalla dizione normativa l'inciso «nel corso del trattamento» con riguardo all'esercizio del controllo di legalità attribuito alla magistratura di sorveglianza, con un intervento che è stato inteso in una prospettiva di garanzia per una assai variegata tipologia di posizioni soggettive tutelate.

Si pone, allora, l'esigenza di una ricognizione sull'area di operatività dell'istituto introdotto con l'art. 35-bis, l. n. 354/1975, per quanto concerne la selezione delle posizioni soggettive tutelabili con il nuovo strumento giurisdizionale: da sempre una *vexata quaestio* della materia in analisi, alla luce della scelta legislativa – confermata anche con il d.l. n. 146/2013 – di non procedere ad una tipizzazione specifica dei "diritti" di detenuti e internati suscettibili di tutela giurisdizionale. Si tratta di un'opzione che, se pur comprensibile e finanche apprezzabile per lo scrupolo di non "dimenticare" specifiche posizioni soggettive non ricomprese in

un ipotetico catalogo normativo, così decretandone l'esclusione dalla speciale tutela giurisdizionale in esame, lascia tuttavia irrisolto il problema dell'individuazione dell'oggetto del reclamo "giurisdizionale".

Con tale problematica si è confrontata da tempo la giurisprudenza, che ha enucleato – con l'approccio casistico tipico dell'intervento giudiziale – singole ipotesi di "diritti" dei soggetti detenuti (a es. in tema di colloqui visivi o telefonici), ponendo le premesse per la nascita di un diritto di impronta marcatamente pretoria, e generando, al contempo, il correlato rischio di estese criticità sul piano applicativo, con riguardo tanto alla concreta selezione, nell'ambito dell'apprezzamento discrezionale della magistratura di sorveglianza, delle ipotesi da sussumere quali "violazioni di diritti" (con il correlato pericolo di una proliferazione incontrollata di "diritti" tutelati in via giurisdizionale); quanto al contenuto dispositivo di provvedimenti decisori ed esecutivi che potrebbero risultare profondamente invasivi della sfera del merito amministrativo, aprendo in definitiva ad un "governo giudiziario" di competenze e prerogative proprie dell'Esecutivo, nel cui ambito sia imposto un *facere* all'Amministrazione in esito a un sindacato di natura gestionale delle scelte amministrative operate.

Sotto tale delicato profilo, l'individuazione del confine tra le posizioni tutelabili e le aspettative di mero fatto, che rimangono estranee all'ambito della (di ogni) garanzia di tutela giurisdizionale, sembra essere il primo e fondamentale passo nell'operazione di selezione che ci si è proposti di operare. La legge di ordinamento penitenziario e il suo regolamento attuativo enunciano una serie articolata di "diritti" che rimandano alla categoria dei "diritti fondamentali", cioè a quelle facoltà così strettamente connesse all'individuo in quanto persona umana da apparire, appunto, "fondamentali" e tali da non poter essere del tutto annichilite neppure nel corso dell'esecuzione penale: la stessa intitolazione del decreto-legge n. 146/2013, espressamente fa richiamo alla «tutela dei diritti fondamentali dei detenuti». Il limite sembra, allora, doversi identificare con quello generale della giurisdizione sui diritti, che esclude dalla tutela giurisdizionale alcune ipotesi marginali, quali, esemplificando: le aspettative di mero fatto; le violazioni meramente formali della normativa che non abbiano arrecato alcun pregiudizio all'interessato; le lesioni alle posizioni soggettive che non attingano una soglia minima di gravità. La stessa innovata formulazione dell'art. 69, comma 6, lett. b), l. n. 354/1975, stabilisce, inoltre, che, ai fini della proponibilità del

reclamo giurisdizionale, la violazione del diritto patita dal detenuto o dall'internato deve consistere in un pregiudizio concreto ed attuale.

L'ambito di tutela specifica garantita dal reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis*, l. n. 354/1975 in esame è, inoltre, "mirato" alla salvaguardia dei diritti che trovano esplicazione nell'ambito dell'espiazione della pena detentiva, del che ad essa rimangono estranei quei rapporti che afferiscono a posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le generali dettate dall'ordinamento, ovvero quelle aspettative che si sviluppano in rapporto alle dinamiche dell'esecuzione penale e penitenziaria, relative alla concessione dei c.d. "benefici penitenziari".

Schematizzando, rimangono estranee alla sfera di applicazione del nuovo reclamo "giurisdizionale":

- le aspettative di mero fatto;
- le lesioni che non possiedono i caratteri della attualità e gravità;
- le fattispecie, già enucleate dalla giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., sent. n. 341/06 e n. 266/09), che afferiscono a posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le generali dettate dall'ordinamento (es. la tutela laburistica del detenuto lavoratore alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria);
- le situazioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale (es. in materia di applicazione dei benefici penitenziari).

4. Il procedimento. Profili generali.

La tipologia procedimentale sulla quale è caduta la scelta del legislatore nel modellare il ricorso "giurisdizionale" è quella più garantita e con il più alto tasso di giurisdizionalità tra i moduli procedimentali previsti nelle materie affidate alla cognizione della magistratura di sorveglianza, disciplinata dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p., espressamente richiamati dal comma 1 dell'art. 35-*bis*, l. n. 354/1975, che, tuttavia, presenta alcune varianti rispetto al modello processuale archetipo, e sarà esaminata nei paragrafi seguenti.

Qui ci si limita a ricordare la disposizione specifica, dettata dal comma 2, art. 35-*bis*, ord. pen., con riguardo al termine di dieci giorni per la impugnazione dei provvedimenti disciplinari, che

riproduce quanto già previsto dal combinato disposto degli artt. 14-ter e 69 della medesima legge⁹. Nessun termine decadenziale è, invece, stabilito per quanto attiene alla formulazione dei reclami in materia di “diritti” di cui all’art. 69, comma 6, lett. b), l. 354/75, considerata la natura della tutela preventiva in esame, che è attivabile mediante lo strumento giurisdizionale fino a che perdura la lesione del diritto azionato; laddove, per il danno subito, resta esperibile l’azione civile per il relativo risarcimento, nell’ordinario termine di prescrizione del diritto.

Ai fini della proposizione del reclamo giurisdizionale, il difensore dell’interessato deve essere munito di procura speciale.

5. L’inammissibilità dell’istanza.

Venendo ora ad esaminare i profili procedurali del nuovo istituto giurisdizionale, le prime disposizioni introdotte dal legislatore riguardano le ipotesi di inammissibilità. Queste ultime, alla luce del nuovo testo normativo, sembrerebbero testualmente limitate ai casi di «manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell’art. 666, comma 2, del codice di procedura penale», laddove nel procedimento camerale “classico” l’inammissibilità è dichiarata nell’ipotesi di richiesta manifestamente infondata, ovvero nel caso di mera riproposizione della medesima istanza già esaminata dal giudice. Al dubbio sulla effettiva portata della norma di nuovo conio corrisponde, sul piano applicativo, l’incertezza sulle ipotesi che, in concreto, daranno luogo alla definizione del procedimento con un decreto di inammissibilità¹⁰.

È, infatti, legittima l’opinione per cui la nuova disciplina si limiti a riprodurre le medesime ipotesi di inammissibilità previste dall’intero art. 666, comma 2, c.p.p.; così come altrettanto praticabile è la lettura per cui il riferimento della nuova disposizione resterebbe, invece, circoscritto alla manifesta infondatezza

⁹ La previsione si è resa necessaria alla luce della riformulazione del comma 6, art. 69, ord. pen., la cui nuova dizione non contiene più il rinvio all’art. 14-ter, della medesima legge, che indica, appunto, l’analogo termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo in materia di sorveglianza particolare.

¹⁰ Gli aspetti problematici della disciplina del nuovo ricorso giurisdizionale hanno formato oggetto di una approfondita ricognizione operata dalla Commissione mista C.S.M. - Magistratura di sorveglianza, i cui lavori, esitati in una Relazione finale al Consiglio Superiore della Magistratura, depositata il 17 giugno 2014, costituiscono la prima indagine completa sui profili applicativi dell’istituto, sono qui ampiamente richiamati.

dell'istanza e non, dunque, alla mera riproposizione della medesima. Anche a voler abbracciare quest'ultima tesi, l'art. 666, comma 2, c.p.p. (ove recita "... se la richiesta appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge...") sembra implicare che la declaratoria di inammissibilità dovrà essere pronunciata con riferimento a tutti i casi in cui risulti l'infondatezza "manifesta" delle condizioni legge (relative all'ammissibilità o al merito stabilite dalla legge). La "manifesta infondatezza" del reclamo, può, infatti, ricollegarsi sia alla conclamata carenza di taluna delle condizioni di ammissibilità poste dalla legge per la formulazione della richiesta (es. l'osservanza del termine decadenziale per la proposizione del reclamo in materia disciplinare); quanto alla manifesta insussistenza dei presupposti di merito stabiliti dalla legge stessa per l'accoglimento del reclamo (a es. nell'ipotesi in cui il detenuto proponga reclamo nei confronti di un provvedimento disciplinare deducendo la mancata contestazione degli addebiti, la quale emerga, invece, con immediatezza dagli atti del relativo procedimento disciplinare, ove sia presente il relativo verbale che rechi la sottoscrizione dell'interessato).

La precisazione, già presente nell'art. 666, comma 2, c.p.p., e riprodotta dal dettato normativo dell'art. 35-bis, ord. pen., per cui l'infondatezza del reclamo deve essere "manifesta", vale a dire autoevidente e insuscettibile di essere posta in dubbio sulla base di valutazioni discrezionali o di approfondimenti istruttori, è stata sviluppata dall'indirizzo costante della giurisprudenza, secondo cui «la manifesta infondatezza (...) deve riguardare il difetto delle condizioni di legge, intese queste ultime, in senso restrittivo, come requisiti non implicanti una valutazione discrezionale, ma direttamente imposti dalla norma. La *ratio* del provvedimento *de plano*, in assenza di contraddittorio consiste proprio nella rilevabilità *ictu oculi* di ragioni che rivelano alla semplice prospettazione, senza uno specifico approfondimento, la mancanza di fondamento della istanza. Ne consegue che ogni qualvolta si pongano problemi di valutazione, imponenti l'uso di criteri interpretativi in relazione al *thema probandum*, deve essere data all'istante la possibilità dell'instaurazione del contraddittorio con il procedimento camerale previsto – sul modello di quello tipico ex art. 127 c.p.p. – dai commi 3/9 dell'art. 666 c.p.p.»¹¹.

¹¹ Cass. Sez. V, 5.05.1998 n. 2793, Prato, in *CED Cass.* Negli stessi termini, v. Cass. Sez. I, 27-4-2004, n. 24164, Castellano, in *CED Cass.*; Cass. Sez. I, 31-7-2003, n. 32281, VELLA, in *CED Cass.*; Cass. Sez. I, 25-6-2003, n. 27344, EMMANUELLO, in *CED Cass.*

La nuova disciplina non precisa le scansioni procedurali inerenti alla procedura di inammissibilità. Si deve, pertanto, ritenere che l'eventuale declaratoria di inammissibilità pronunciata dal magistrato di sorveglianza investito del reclamo ai sensi dell'art. 35-*bis*, ord. pen., sia suscettibile di impugnazione davanti al competente tribunale di sorveglianza ai sensi del comma 4, della evocata disposizione. Avverso la decisione del tribunale sarà possibile quindi interporre ricorso per cassazione in base al disposto del comma 4-*bis*, della medesima norma. Tale approdo si allinea al diritto vivente, che ritiene ammissibile, nei casi analoghi di pronunce di inammissibilità adottate dal magistrato di sorveglianza, il reclamo al tribunale di sorveglianza, laddove per il preciso disposto di legge, prevede, nei casi di inammissibilità pronunciata ai sensi dell'art. 666, comma 2, c.p.p., il rimedio unico del ricorso per cassazione.

6. La fase introduttiva.

Una importante peculiarità del nuovo procedimento si coglie nella disciplina degli avvisi dell'udienza che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 666, comma 3, c.p.p. (ove è previsto che il giudice fa dare avviso dell'udienza alle parti e ai difensori), prevede che il magistrato di sorveglianza «fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'Amministrazione interessata» (art. 35-*bis*, comma 1, ord. pen.). La novella ha inteso porre un onere di avviso aggiuntivo, indirizzato nei confronti dell'Amministrazione controparte del detenuto reclamante, nell'intento di consentire la partecipazione diretta della stessa nel giudizio, al fine di esporre le proprie osservazioni e richieste comparando direttamente in udienza o, se non ritenga di comparire, mediante il deposito delle medesime presso la cancelleria del magistrato di sorveglianza (ai sensi dell'art. 666, comma 3, c.p.p., è stabilito il termine di cinque giorni per il deposito di memorie in cancelleria).

La disposizione in esame, che potrebbe apparire ridondante, considerato che già la disciplina generale del procedimento di sorveglianza prevede la notifica dell'avviso di udienza «alle parti e ai difensori», intende 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.

La nuova disciplina solleva una questione di natura processuale in relazione alla corretta interpretazione del disposto normativo, ove è prescritta la notificazione dell'avviso di udienza «all'Amministrazione interessata». Il dubbio si pone dal momento che non è indicato a quale articolazione amministrativa (direttore dell'istituto penitenziario, Provveditorato regionale dell'Amministrazione penitenziaria, D.A.P., o Ministero della Giustizia presso l'Avvocatura dello Stato *ex art. 144, c.p.c.*) il detto avviso vada notificato.

Le prime prassi operative sembrano orientarsi nel senso di disporre una sola notifica – alla direzione penitenziaria – qualora il reclamo attenga a profili esclusivamente interni all'istituto penitenziario (a es., nel caso di un reclamo avverso una sanzione disciplinare); ovvero una doppia notifica – alla direzione penitenziaria e al D.A.P. – qualora la doglianza involga competenze ulteriori rispetto a quelle della direzione dello stabilimento di detenzione (a es. nel caso di reclami per il sovraffollamento; ovvero qualora sia impugnata una circolare), adattando, quindi, con una certa flessibilità operativa, la procedura di notifica all'oggetto del procedimento (e selezionando, con tale *modus procedendi*, "a monte" la controparte del detenuto autore del reclamo).

Con riguardo ai reclami in materia di tutela della salute si attua sempre, nella prassi, la doppia notifica: gli avvisi di udienza sono notificati sia all'ASL territorialmente competente, in persona del direttore responsabile del trattamento sanitario presso l'istituto penitenziario in carcere, che all'Amministrazione penitenziaria. Tale metodologia, coerente con l'intenzione del legislatore quale emerge dalla relazione illustrativa al d.l. n.146/2013, sembra bene armonizzarsi anche con quanto osserva la relazione depositata dalla Commissione "Palma" istituita presso il Ministero della Giustizia, ove precisa che, anche in seguito al passaggio delle competenze in materia di sanità penitenziaria alle Regioni, l'Amministrazione penitenziaria resta pur sempre tenuta alla tutela del diritto alla salute delle persone ad essa affidate per ragioni di esecuzione penale.

7. L'effettività del contraddittorio: forme di partecipazione all'udienza e la difesa tecnica.

La garanzia dell'instaurazione di un contraddittorio effettivo sull'oggetto del procedimento è assicurata, nel procedi-

mento di sorveglianza, con forza paragonabile a quella dispiegata dall'ordinamento con riferimento al processo penale, atteso che l'avviso di udienza in procedimento di esecuzione equivale al decreto di citazione nel giudizio di merito e, pertanto, deve recare l'indicazione dell'oggetto della richiesta su cui decidere, a pena di nullità¹².

La disciplina dell'udienza impone «la partecipazione necessaria» del difensore e del P.M. (art. 666, comma 4, c.p.p.), mentre l'Amministrazione ha «il diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» (art. 35-*bis*, comma 1, l. n. 354/1975). Al proposito, si pone il quesito se l'Amministrazione interessata possa interloquire personalmente a mezzo di un funzionario all'uopo delegato, o esclusivamente a mezzo del difensore. Benché la natura giurisdizionale del procedimento e il richiamo dell'art. 35-*bis*, ord. pen., per tutto quanto non diversamente disposto, alla disciplina generale del procedimento camerale, porti a ritenere che l'Amministrazione partecipi al giudizio necessariamente a mezzo di un difensore (comma 4, art. 666, c.p.p.); una soluzione più agile e aderente alle necessità operative dell'Amministrazione potrebbe configurarsi nel senso di ammettere la comparizione personale di un suo rappresentante (es. direttore dell'istituto penitenziario o un suo delegato, il responsabile dell'Amministrazione sanitaria regionale, etc.).

Tale prospettiva non sembra espressamente preclusa dalla disciplina processuale (art. 666, c.p.p.), e pare, altresì, praticabile alla luce del disposto di cui al R.D. n. 1611 del 1933, ove si prevede il patrocinio obbligatorio ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato per tutte le controversie in cui sia parte un'Amministrazione dello Stato (art. 1, R.D. 1611/33, cit.) e si consente, nelle controversie laburistiche *ex* art. 417-*bis*, c.p.c., la delega alla partecipazione in udienza di un funzionario dell'Amministrazione (art. 2, R.D. 1661/33, cit.): previsione che potrebbe essere estesa ai procedimenti di cui all'art. 35-*bis*, ord. pen. Non sembrano, in altri termini, escluse soluzioni operative dotate di una certa flessibilità, tali da consentire all'Amministrazione di comparire alternativamente a mezzo di un funzionario a ciò delegato; ovvero della difesa tecnica erariale (che, in ogni caso, pare necessaria in sede di gravame di merito di fronte al tribunale di sorveglianza ovvero in caso di ricorso per cassazione, per la necessità,

¹² Cass. Sez. I, 15-4-1998, ord. n. 2106, ROMEO, in *CED Cass.*

di fronte a tali assise giudiziali, di una difesa particolarmente specializzata sotto l’aspetto tecnico-giuridico)¹³.

Una importante novità rispetto al modello del reclamo “giurisdizionalizzato” precedentemente adottato concerne il diritto del detenuto che ha proposto il reclamo “giurisdizionale” a presenziare all’udienza. Con riferimento al soddisfacimento di tale diritto, si pone il problema dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all’art. 41-*bis*, l. n.354/1975, in particolare sotto il profilo delle modalità operative con cui realizzare la detta partecipazione.

Sembra, al proposito, utilizzabile il disposto dell’art. 146-*bis*, disp. att. c.p.p. in tema di partecipazione a distanza per ogni tipo di procedimento relativo a detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis*, ord.pen. È evidente, tuttavia, che una tale soluzione operativa importa costi notevoli per l’attivazione del collegamento in videoconferenza, il cui peso andrà a incidere sulle finanze pubbliche. È dato di comune esperienza, peraltro, che il sistema della videoconferenza, oltre a comportare non trascurabili oneri finanziari, attualmente non risulta attivato presso tutte le sedi penitenziarie. Una possibile alternativa alla videoconferenza può essere rappresentata dall’utilizzo del videocollegamento tra l’aula di udienza e l’istituto penitenziario con modalità analoghe al sistema *Skype*, che ha il vantaggio di costi trascurabili, 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.

Occorre rammentare, tuttavia, che la detta modalità di collegamento è utilizzabile soltanto con il consenso dell’interessato, non potendo quindi – in assenza di espressa previsione legislativa

¹³ Si tratta di una prospettiva proposta espressamente nella Relazione finale della Commissione mista C.S.M. - Magistrati di sorveglianza. Al proposito, va segnalato che il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria ha emanato una circolare (Circolare GDAP n. 92337 del 10 marzo 2014, avente ad oggetto: “*Contenzioso ai sensi degli articoli 35-bis e 69 O.P. Riparto delle competenze fra Dipartimenti, Provveditorati e Direzioni degli istituti*”), con la quale la gestione del contenzioso è stata distribuita a sotto il profilo organizzativo nel senso di riservare, di norma, il primo grado alla competenza delle Direzioni penitenziarie (cui è demandato di interloquire con l’Avvocatura dello Stato ai fini della produzione delle memorie e dell’eventuale comparizione); di affidare il secondo grado al Provveditore regionale ovvero all’Amministrazione centrale con facoltà di delega al livello regionale (qualora si tratti di impugnative avverso atti dell’Amministrazione centrale o relative a questioni innovative o di particolare rilievo, oppure se il reclamo riguarda detenuti sottoposti al regime speciale di cui all’art. 41-*bis*, ord. pen. o collaboratori di giustizia); di riservare sempre all’Amministrazione centrale la gestione dell’eventuale giudizio di legittimità.

– essere attivata di ufficio (come invece accade per la videoconferenza). Inoltre, il mezzo si presenta idoneo alla trattazione di alcune materie (quali a es. le c.d. “rogatorie” o procedimenti quali la conversione della pena pecuniaria), ma vi sono perplessità per quanto riguarda altre più delicate procedure, quali, appunto, i reclami al magistrato di sorveglianza¹⁴. Sotto il profilo logistico, sono pur sempre possibili soluzioni organizzative che consentano la celebrazione dell’udienza presso l’istituto penitenziario ove il detenuto reclamante è detenuto, benché una tale ipotesi sia concretamente praticabile soltanto per la fase di primo grado davanti al giudice monocratico, rimanendo preclusa con riguardo alla fase di impugnazione di fronte al tribunale di sorveglianza distrettuale.

8. La fase istruttoria.

Il procedimento di reclamo resta – anche nella sua attuale versione “giurisdizionale” – fortemente penalizzante delle facoltà attribuite alle parti, rispetto ad un ordinario giudizio penale o civile. È di tutta evidenza che l’udienza camerale conseguente alla proposizione del reclamo “giurisdizionale” rappresenta certamente una deroga al sistema accusatorio proprio del processo, nella sua fase cognitiva, essendo ampiamente esercitato l’impulso di ufficio ai fini dell’accertamento e della assunzione probatoria, svincolato dalle istanze delle parti (ivi compreso il detenuto autore del reclamo), anche se non è preclusa la facoltà di sollecitazione delle parti stesse, sia nel corso dell’udienza che a mezzo di autonoma produzione documentale.

A fronte di ciò, si affacciano dubbi sulle facoltà attribuite all’Amministrazione destinataria dell’avviso di udienza. Stando, infatti, alla lettera della norma, quest’ultima avrebbe la possibilità di formulare «osservazioni e richieste» del che sorge il dubbio se l’Amministrazione possa, altresì, chiedere l’assunzione di prove. In tale contesto – ben lontano dal modello di processo ordinario dibattimentale – deve pur sempre ritenersi consentito a tutte le parti, e dunque anche all’Amministrazione, un’attività sollecitatoria nei confronti del giudice ai fini dell’assunzione di prove. Tale attività non sconta l’esistenza di soglie temporali di decadenza,

¹⁴ La Risoluzione adottata dal C.S.M. il 18 luglio 2013, in materia di “buone prassi” relative al settore della sorveglianza, facendosi carico di tali perplessità, raccomanda la presenza fisica dell’interessato all’udienza in tutti i casi in cui tale presenza sia utile o necessaria alla luce dell’oggetto del procedimento.

valendo soltanto il limite temporale generale, stabilito dall'art. 666, comma 3, c.p.p., per il deposito di memorie¹⁵.

L'art. 35-*bis* di nuova introduzione fa riferimento a «osservazioni e richieste» mentre il modello archetipo, costituito dall'art. 666, comma 3, c.p.p., concerne le «memorie». Fondandosi su tale distinzione, secondo una lettura affacciata in sede di prima applicazione del nuovo compendio normativo, si potrebbe inferire che soltanto la presentazione di queste ultime soggiaccia al termine del deposito almeno cinque giorni prima dell'udienza, mentre la formulazione di «osservazioni» e «richieste» (ivi comprese, pertanto, le richieste di natura probatoria) non soffrirebbero, invece, alcuna preclusione temporale¹⁶.

9. La fase decisoria.

L'art. 35-*bis*, ord. pen., stabilisce (comma 3), il contenuto della decisione giudiziale, per il caso di accoglimento del reclamo. Il disposto normativo disciplina, rispettivamente, il contenuto dispositivo dell'ordinanza di accoglimento del reclamo in materia disciplinare e quello della decisione di accoglimento del reclamo in materia di violazione di diritti.

Nel caso di accoglimento del reclamo in materia disciplinare (art. 69, comma 6, lett. a), l. 354/75), il magistrato si sorveglianza dispone l'annullamento del provvedimento impugnato. Si tratta di una novità assai incisiva, attesa la scelta del legislatore di optare per l'annullamento anziché per la semplice disapplicazione dell'atto amministrativo. L'impugnativa in materia disciplinare avrà dunque effetto demolitorio dell'atto amministrativo, collocandosi tale attività giudiziale nell'ambito della tutela giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della P.A. che incidono su diritti (art. 113, Cost.)¹⁷.

¹⁵ Cass. 19-5-2000, DI BELLA, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 922.

¹⁶ È pur sempre possibile, tuttavia, che le parti aggirino la "ghigliottina" del termine decadenziale stabilito per la presentazione delle memorie, producendo in giudizio – fino alla chiusura dell'udienza – delle "osservazioni" (a es. nella forma del c.d. "allegato a verbale") che riproducano nella sostanza il contenuto delle memorie.

¹⁷ Come è stato esattamente osservato, anche nel caso di giurisdizione di annullamento si pone la questione dell'effettività della pronuncia giudiziale: «sebbene con la pronuncia di annullamento si espunga l'atto dal sistema, eliminandone gli effetti *ex tunc*, non si può escludere anche in questo caso che gli organi amministrativi non diano esecuzione al provvedimento. Accertata la

La nuova disciplina presenta una non secondaria criticità sul piano operativo, poiché struttura il dispositivo entro l'alternativa secca tra reiezione del reclamo e accoglimento del medesimo, senza prevedere 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). Tale configurazione, se pure consente di evitare una eccessiva ingerenza del magistrato nell'esercizio discrezionale del potere disciplinare da parte dell'autorità penitenziaria, lascia scoperti quei casi in cui il giudice ravvisi corretta l'incolpazione disciplinare ma – appunto – eccessiva la relativa sanzione inflitta in relazione all'obiettiva gravità del fatto commesso dal detenuto. L'unica soluzione, nei detti casi, pare quella di una indicazione del magistrato di sorveglianza, nella motivazione dell'ordinanza di accoglimento del reclamo (che potrebbe assumere, pertanto, la forma di un accoglimento parziale del reclamo stesso), relativa all'eccedente gravità della sanzione applicata rispetto alla violazione commessa, così da consentire all'Amministrazione di provvedere adeguandosi al provvedimento del magistrato di sorveglianza, irrogando una sanzione più lieve¹⁸.

Un profilo rilevante, in quest'ultima ipotesi, attiene al necessario rispetto dei termini decadenziali per l'esercizio del potere disciplinare stabiliti dall'art. 81, d.p.r. n. 230/2000. Infatti, atteso l'effetto demolitorio della pronuncia magistratuale sul provvedimento disciplinare, quest'ultimo dovrà essere eventualmente riadottato, nelle forme disciplinate dalla evocata disposizione del regolamento di esecuzione della legge di ordinamento penitenziario. Ne deriva, pertanto, che, qualora l'Amministrazione si limitasse a riassumere il procedimento disciplinare a partire dall'ultimo atto valido del medesimo, essendo i relativi termini

violazione di un diritto del detenuto determinata dall'esecuzione di un provvedimento amministrativo, sia nel caso in cui si individui quale oggetto principale del reclamo la lesione di diritti soggettivi del detenuto derivante da disposizioni di un atto amministrativo (...), sia che si configuri (...) il reclamo come giudizio di annullamento, il cui oggetto principale dell'impugnazione è l'atto amministrativo e il cui fine è la caducazione del provvedimento, la disapplicazione o l'annullamento del provvedimento amministrativo sarebbe irrilevante se l'Amministrazione penitenziaria non si adeguasse al *dictum* giudiziale» (CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Dir. Pen. Cont. online*, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, n. 4/2013, p. 1118).

¹⁸ La soluzione proposta si riporta alla proposta contenuta nella Relazione finale della Commissione mista C.S.M. - Magistrati di sorveglianza, cit.

decadenziali già spirati, il nuovo provvedimento disciplinare risulterebbe viziato e pertanto nuovamente annullabile su ricorso al magistrato di sorveglianza. L'unica possibilità per l'Amministrazione di riadottare, nell'ipotesi sopra illustrata, un nuovo provvedimento disciplinare con una sanzione più mite, consiste allora nella riattivazione *ab initio* del procedimento disciplinare rinnovando la contestazione dell'addebito, non essendo previsto alcun termine di prescrizione dell'azione disciplinare.

Tra gli effetti correlati all'annullamento del provvedimento disciplinare, si segnala la possibilità di rivalutare le istanze di liberazione anticipata eventualmente respinte alla luce dell'episodio che aveva dato origine alla sanzione poi annullata in sede di reclamo; oltre al fatto che, della contestazione disciplinare, non si potrà più tenere conto (qualora l'annullamento consegua, beninteso, alla accertata insussistenza del fatto contestato e non a profili procedurali), ai fini della eventuale applicazione all'interessato di benefici penitenziari. Inoltre, anche se si tratta di adempimento non espressamente previsto dall'art. 35-*bis*, ord. pen., deve ritenersi che la direzione penitenziaria sia tenuta ad annotare nella cartella personale del detenuto il provvedimento del magistrato di sorveglianza.

Nel caso di accoglimento del reclamo in materia di diritti proposto ai sensi della lett. *b*) del citato comma 6 dell'art. 69, il magistrato di sorveglianza ordina all'Amministrazione interessata di «porre rimedio» alla accertata violazione del diritto inciso, purché il pregiudizio sia ancora attuale al momento della decisione. L'Amministrazione deve provvedere entro il termine stabilito dal giudice nell'ordinanza stessa. Come si è già osservato, il disposto normativo configura il *dictum* giudiziale nei termini di un ordine concernente un *facere* generico, lasciando all'Amministrazione un margine di discrezionalità tecnica sulle modalità organizzative mediante le quali ottemperare all'ordine del giudice.

Come si è accennato, l'ordine di porre rimedio è subordinato all'accertamento, da parte del giudice, circa la sussistenza di un duplice presupposto. Il primo di essi concerne l'attualità del pregiudizio, che deve sussistere sia al momento della presentazione del reclamo (fondando, tale elemento, l'interesse ad agire dell'interessato), sia al momento della decisione, poiché l'istituto del reclamo è finalizzato ad assicurare una tutela "preventiva" ed immediata che inerisce alla natura stessa della tutela giurisdizionale attribuita al magistrato di sorveglianza nella prospettiva indicata dalla sentenza *Torreggiani*. Il secondo, consiste nella gravità del pregiudizio stesso. Quest'ultimo profilo implica necessaria-

mente una valutazione di natura discrezionale da parte del giudice, che dovrà tenere conto da un lato, del profilo oggettivo del pregiudizio subito dal detenuto con riguardo al rango del diritto inciso, all'intensità della lesione e alla durata della medesima; dall'altro, dovrà valutare l'aspetto soggettivo, considerando l'età, il genere, le condizioni di salute e personali dell'interessato.

Occorre, inoltre, rammentare il limite generale ai fini del ristoro del pregiudizio subito dal detenuto, desumibile dal principio di matrice giurisprudenziale elaborato dalla Corte EDU, per cui, affinché sorga il diritto alla riparazione, il *vulnus* deve avere attinto una soglia "minima" di gravità¹⁹.

La decisione assunta dal giudice di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis*, l. n. 354/1975 ha efficacia limitata all'oggetto del procedimento nel quale è stata emanata. Il legislatore non ha, infatti, ritenuto di introdurre una disposizione – analoga a quanto disposto per la sentenza penale dagli artt. 651 e ss. c.p.p. – in ordine all'efficacia di giudicato delle ordinanze con cui il giudice di sorveglianza abbia accolto o respinto il reclamo nel giudizio civile per risarcimento del danno promosso dal detenuto o dall'internato in relazione al pregiudizio oggetto del reclamo proposto ai sensi dell'art. 69, comma 6, lett. b), della l. n. 354/1975.

10. Il regime delle impugnazioni.

Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa (art. 35-*bis*, comma 4, l. n. 354/1975). Il secondo grado di merito – fase non presente nella originaria formulazione della norma in esame, e introdotta in sede di conversione del d.l. n. 146/2013 – risponde all'esigenza di

¹⁹ CEDU, sez. II, 16.07.2009, *Sulejmanovic c./Italia* n. 22635/03, con nota di GARUTI G., *La situazione carceraria in Italia*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 9, p. 1175). La valutazione di tale minimo coefficiente è, tuttavia, relativa; essa dipende dall'insieme degli elementi della situazione concreta e, in particolare: a) dalla durata del maltrattamento (*ill-treatment*); b) dalle sue conseguenze fisiche o mentali; c) dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima (CEDU, *Price c/Regno Unito*, n. 33394/96, § 24, CEDU 2001-VII, *Mouisel c/Francia*, n. 67263/01, § 37, CEDU 2002-IX, e *Gennadi Naoumenko c/Ucraina*, n. 42023/98, § 108, 10.02.2004). Le condizioni detentive non devono, infine, sottoporre l'interessato ad un disagio o a restrizioni di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione (CEDU, sent. *Kudła c/Polonia* [GC], n. 30210/96, §§ 92-94, CEDU 2000-XI).

natura sistematica, correlata al potere del giudice (inesistente nella previgente configurazione del "reclamo giurisdizionalizzato" esperibile ai sensi degli artt. 35 e 14-ter, ord. pen.) di esprimersi con pronunce di annullamento e condanna nei confronti dell'Amministrazione.

Sotto l'aspetto procedimentale, il reclamo di fronte al tribunale di sorveglianza distrettuale si svolgerà – in difetto di espressa previsione normativa – con le forme del procedimento di sorveglianza partecipato (artt. 666, 678 c.p.p.).

Un rilievo sulla coerenza sistematica del modello di impugnazione in esame si appunta sullo strumento giuridico sul quale è caduta la scelta del legislatore (il "reclamo"), atteso che, nell'ordinamento penitenziario, tale procedimento è concepito quale rimedio con funzione di provocare il contraddittorio in ordine ad una decisione assunta *de plano* in prima istanza dal giudice. Tale funzione di garanzia risulta, peraltro, già assicurata in primo grado dalla nuova disciplina del ricorso "giurisdizionale" davanti al magistrato di sorveglianza.

Un secondo aspetto fortemente asistemático si coglie, inoltre, nell'oggetto stesso del procedimento, laddove al tribunale di sorveglianza sono attribuite competenze in materia di tutela dei diritti dei detenuti che l'ordinamento penitenziario ha – per consolidato assetto – concentrato sul giudice monocratico e che possono, pertanto, apparire eccentriche rispetto alle attribuzioni dell'organo collegiale.

Benché, in un'ottica formale, si tratti di considerazioni non prive di suggestione, pare tuttavia che le sopra illustrate obiezioni non colgano del tutto nel segno. Dal *nomen juris* attribuito dal legislatore allo strumento di impugnazione non discende, infatti, alcuna conseguenza sul piano sostanziale (ed anzi, si tratta in definitiva di un complessivamente migliorato livello delle garanzie difensive attribuite al soggetto detenuto). Si può certamente riflettere sull'opportunità dell'avvenuta introduzione di un secondo grado di merito, trattandosi di fattispecie nelle quali la rapidità della decisione definitiva dovrebbe fare premio sulla – forse ridondante – moltiplicazione garantistica di giudizi. È, infatti, concreto il rischio di importanti ricadute sull'efficienza e la tempestività della risposta giudiziale, in conseguenza del prevedibile accrescimento del carico di lavoro del tribunale di sorveglianza, già gravato di una imponente massa di procedimenti, quale giudice del gravame avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza, con l'effetto – contrario all'obiettivo auspicato dal legislatore – di un arretramento di fatto del livello di tutela dei diritti dei ristretti.

Con riguardo ai profili processuali, si pone il dubbio se del collegio giudicante possa far parte il magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza oggetto di reclamo. In via generale, nelle materie di competenza della magistratura di sorveglianza il divieto per il giudice che abbia già conosciuto gli atti del procedimento di comporre il collegio giudicante opera in limitatissime fattispecie, tutte riferibili a ipotesi in materia di impugnazione dell'interessato avverso provvedimenti di cui il giudice incompatibile sia l'estensore (si veda, a titolo esemplificativo, le fattispecie di cui agli artt. 30-*bis*, comma 5; art. 69-*bis*, comma 4; art. 70, comma 2, ord. pen.). Nessuna specifica statuizione è posta, invece, a presidiare il valore della terzietà del giudice nei casi in cui lo stesso magistrato-persona fisica abbia adottato in via provvisoria un provvedimento anticipatorio della decisione definitiva del tribunale e intervenga poi componente dell'assise collegiale chiamata a confermare o modificare il provvedimento provvisorio (si veda, al proposito, i casi disciplinati dagli artt. 684, c.p.p.; artt. 47, comma 4, e 51-*ter*, ord. pen.)²⁰.

Seguendo la *ratio* che sembra emergere dalle disposizioni sopra evocate, l'obbligo di astensione del magistrato di sorveglianza pare configurarsi nei casi in cui egli abbia adottato – in prime cure – un provvedimento suscettibile di divenire definitivo per il consolidamento dovuto al mancato reclamo nei confronti del medesimo o alla consumazione delle impugnazioni dello stesso nei successivi gradi di giudizio. Ne discenderebbe che, nel caso del reclamo avverso l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 35-*bis*, ord. penit., sussisterebbe il divieto di che trattasi.

Per altra lettura, al contrario, essendo principio generale, nelle materie attribuite alla competenza della magistratura di sorveglianza, quello per cui non vi è alcuna incompatibilità della specie qui in esame, ed anzi è regola che il magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il detenuto componga sempre il collegio del tribunale di sorveglianza, poiché tale giudice verosimilmente potrà conoscere in modo più approfondito l'evoluzione della personalità dell'interessato e, in generale, meglio potrà valutare il quadro criminologico e di pericolosità sociale (art. 70,

²⁰ La dottrina pare in maggioranza orientata ad individuare, nelle situazioni sussunte dalle disposizioni penitenziarie da ultimo richiamate, altrettante ipotesi di incompatibilità (GREVI, GIOSTRA e DELLA CASA 2000, p. 681). In tali casi, la giurisprudenza ritiene che l'incompatibilità del giudice deve essere eccepita dall'interessato nelle forme della ricusazione (Cass. Sez. I, 13-4-1996, n. 1534, PUCA, in *CED Cass.*; Cass. Sez. I, 19-12-1996, n. 6162, CURCI, in *CED Cass.*).

comma 6, ord. pen.), non vi sarebbe ragione, nel caso dei reclami di cui all'art. 35-*bis*, ord. pen., in assenza di previsione normativa espressa in contrario, di derogare alla detta regola generale.

Pur concordando sull'assenza di disposizioni derogatorie esplicite, pare preferibile la prima soluzione affacciata, più coerente con la *ratio legis* che ispira le ipotesi espresse di divieto di partecipazione del magistrato ai collegi giudicanti: fattispecie – come esattamente puntualizza una giurisprudenza – che riguardano tutte casi in cui, in primo grado, il magistrato di sorveglianza ha un potere decisionale proprio, per cui il gravame avverso provvedimenti adottati in detta materia segue le regole generali in base alle quali è esclusa la partecipazione al giudizio di secondo grado da parte del magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato)²¹.

Nei confronti della decisione dell'organo collegiale di secondo grado, è facoltà delle parti interporre ricorso per cassazione (comma 4-*bis*, art. 35-*bis*, ord. pen.). La scelta del legislatore allinea la disciplina delle impugnazioni relative al nuovo reclamo giurisdizionale a quella generale stabilita dall'art. 666, comma 6, c.p.p., con l'importante differenza che il ricorso può essere esperito soltanto «per violazione di legge».

Appare, al proposito, evidente l'ulteriore contrazione degli spazi concessi alle parti per esperire le proprie difese sotto il profilo dell'imposizione di un termine decadenziale imposto per il ricorso per cassazione talmente breve da apparire iugulatorio: il disposto di nuovo conio precisa, infatti, che il termine per la proposizione del ricorso è di 15 giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza del tribunale di sorveglianza. Si tratta di previsione certamente coerente con la disciplina generale contenuta nell'art. 666, c.p.p., e nondimeno fortemente penalizzante soprattutto per l'Amministrazione, che potrà trovarsi in oggettiva difficoltà – in tempi così ristretti – nel gestire a livello centralizzato i ricorsi su provvedimenti della magistratura di sorveglianza provenienti da tutti i tribunali di sor-

²¹ Cass. Sez. I, 8-9-1995, n. 4178, BOGNANI, in *CED Cass; conforme.*, Cass. Sez. I, 13-10-2000, n. 1408, CASTAGNO, in *CED Cass*. In effetti, in tutti i casi per i quali non si pone un problema di incompatibilità del magistrato di sorveglianza a comporre il collegio del tribunale distrettuale, la funzione svolta dal magistrato monocratico è cautelativa e non decisoria, risolvendosi in una provvisoria sospensione della misura alternativa; il relativo provvedimento non si pone, dunque, come un grado precedente di decisione rispetto a quella che promana dal tribunale di sorveglianza, sicché non sussiste incompatibilità a comporre il collegio (Cass. Sez. I, 24-7-1993, n. 3025, FORCUCI, in *CED Cass*.).

veglia territoriali; ma anche per il detenuto stesso, considerata la difficoltà di approntare le proprie difese per una persona *in vinculis*²².

Va, infine, considerato che il ricorso non ha effetto sospensivo della decisione impugnata, salvo che il giudice che l'ha emessa non disponga altrimenti, così come prevede la regola generale stabilita dall'art. 666, comma 7, c.p.p. Tale profilo impone una riflessione sulla attuale carenza, per tali provvedimenti ancora non definitivi, di un rimedio analogo a quello stabilito dalle disposizioni di nuovo conio con riguardo alla decisione non più suscettibile di impugnazione. Si tratta di una criticità rilevata dagli operatori per la sua potenziale incidenza sulla effettività della tutela accordata ai sensi del nuovo reclamo giurisdizionale, considerando che l'esperimento di ben tre gradi di giudizio solo al termine dei quali sarà possibile l'eventuale esecuzione coattiva della decisione giudiziale, sembra comportare – alla luce delle caratteristiche peculiari dei “diritti” oggetto della procedura *de qua* – il rischio concreto che la dilatazione dei tempi di decisione comporti la vanificazione pratica del pronunciamento del giudice, che rischia di ridursi a poco più di un *flatus vocis*.

11. L'effettività del provvedimento e il giudizio di ottemperanza.

Al fine di rendere “effettivo” il rimedio giurisdizionale introdotto nell'ordinamento penitenziario per ottemperare alle indicazioni della sentenza *Torreggiani*, il legislatore ha previsto (commi 5-8, art. 35-bis, l. n. 354/1975), una speciale procedura di esecuzione coattiva del *dictum* giudiziale nel caso di inottemperanza dell'Amministrazione.

La nuova disciplina prevede che, in caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'in-

²² Si tratta di un profilo cruciale per l'attuazione del c.d. “giusto processo” nella giurisdizione di sorveglianza. In tema, cfr. CAPRIOLI F. - VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino 2011, p. 12 ss.; RUARO M., *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 4, p. 501. Un Autore ha efficacemente sottolineato come «l'effettività del contraddittorio impone, anzitutto, di assegnare alle parti i tempi e le condizioni necessari per preparare la dialettica processuale, nonché di adeguate forme partecipative dinanzi al giudice». (CASSIBBA F., *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. Pen. Cont. online*, 2012 - <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>).

teressato o il suo difensore munito di procura speciale²³, possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento non eseguito.

L'opzione legislativa di incardinare il giudizio di ottemperanza presso il medesimo giudice che ha emesso la decisione non eseguita appare distonica sotto il profilo sistematico, sotto il duplice profilo che si tratta di un'attribuzione del tutto eterogenea rispetto alla tipologia delle funzioni attribuite alla magistratura di sorveglianza e che l'ottemperanza alle decisioni giudiziali nei confronti di una P.A. sono attribuite in via ordinaria al giudice amministrativo²⁴. Eccentrica appare, effettivamente, l'attribuzione della procedura di ottemperanza alla competenza del magistrato di sorveglianza anziché al G.A., poiché in tal modo viene a crearsi una disparità con riferimento alle altre amministrazioni pubbliche (per le quali il giudizio di ottemperanza si incardina presso il giudice amministrativo). Certamente, in favore della competenza assegnata al magistrato di sorveglianza ha pesato la considerazione che il magistrato di sorveglianza possa più efficacemente adottare le disposizioni necessarie per assicurare l'effettività delle prescrizioni imposte con il proprio provvedimento, anche in relazione al ruolo di vigilanza sugli istituti di pena a tale organo istituzionalmente attribuito.

Inoltre, la considerazione del detenuto quale soggetto intrinsecamente debole ha, con tutta probabilità, indotto il legislatore a introdurre una forma di procedimento esecutivo più accessibile (anche sotto il profilo dei costi della difesa tecnica) rispetto al giudizio di ottemperanza "classico" esperibile di fronte al giudice amministrativo. Resta, in ogni caso, la forte perplessità di una tale scelta, laddove si rifletta, con riferimento alle problematiche più ampie scaturite in prospettiva sistematica in seguito alla già evocata sentenza costituzionale n. 26/1999, in relazione alla distribuzione della giurisdizione sui "diritti dei detenuti", e su quanto una dottrina, già molti anni or sono, osservava al proposito: «E, pur in materia di giurisdizione in senso proprio, parrebbe dal punto di vista teleologico coerente con l'aspirazione al reinserimento nella società, che non fossero predisposti fori particolari

²³ La previsione in esame importa che, ai fini della fase di ottemperanza non varrebbe la procura speciale rilasciata al difensore esclusivamente per la fase di merito del procedimento.

²⁴ In questo senso cfr., tra i primi commenti, GASPARI M.G., *Contro la decisione del magistrato di sorveglianza ammesso il ricorso nel merito davanti al tribunale*, in *Guida dir.*, 8 marzo 2014, n. 11.

per il condannato, ma che la situazione giuridica che egli assuma lesa, sia portata al giudice naturale predisposto per la generalità dei consociati; come già il precetto delle XII Tavole: *privilegia ne inroganto*²⁵.

Il procedimento di ottemperanza è regolato dal richiamo alle disposizioni di cui agli articoli 666 e 678, c.p.p.²⁶.

Il magistrato di sorveglianza, in esito al procedimento:

- a) ordina l'ottemperanza alla propria decisione, indicando modalità e tempi di adempimento, 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 (evidentemente, il programma in questione non ha alcuna efficacia vincolante per il giudice);
- b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito;
- c) nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*.

La nuova disciplina rappresenta il tentativo (esperito con il meccanismo del "piano attuativo" predisposto dall'Amministrazione per ottemperare alla decisione del magistrato) di realizzare un contemperamento tra l'esigenza di piena tutela anche in sede esecutiva del diritto della persona detenuta inciso dall'Amministrazione e l'altrettanto rilevante opportunità di riservare all'apprezzamento dell'autorità amministrativa la scelta della modalità organizzativa preferibile per ovviare alla criticità accertata dal *dictum* giudiziale. In tale prospettiva, lo strumento del piano attuativo può contribuire ad armonizzare il profilo di una decisione necessariamente assunta sul singolo caso lamentato dal detenuto (valida ed efficace – come si è già rilevato – unicamente con riferimento a tale fattispecie), e l'apprezzamento dell'interesse pubblico generale che solo l'Amministrazione interessata può efficacemente gestire²⁷.

²⁵ TURRINI VITA R., *Esecuzione penale esterna - Istituti e procedimenti amministrativi correlati*, in *Questa Rivista*, 2003, 1-2, p. 308. Cfr. in tema VIGANÒ F., *18 gennaio 2013, La Cassazione sul risarcimento del danno da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*, in <http://diritto-penalecontemporaneo.it>.

²⁶ Nel parere reso dal C.S.M. sul testo del d.l. 146/13, si sottolinea la sfumatura garantistica di tale previsione, e la strutturazione del giudizio di ottemperanza davanti al magistrato di sorveglianza sulla falsariga dell'analoga procedura attivabile presso il G.A. ai sensi dell'art. 112 cod. proc. amm.

²⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla situazione che potrebbe crearsi laddove il giudice afferma il diritto per il detenuto Tizio – ergastolano – ad espriare la pena presso una casa di reclusione. Se Tizio è trasferito presso una sezione casa di reclusione, lo spazio dovrà essere trovato – stante la scarsità di posti

In altri termini, pare che, ai fini dell'interesse pubblico a realizzare, anche attraverso il controllo di legalità sull'esecuzione penitenziaria effettuato dalla magistratura di sorveglianza, il progressivo adeguamento delle concrete condizioni di detenzione agli *standard* di civiltà giuridica stabiliti dalla legge, sia necessario un rapporto dialettico tra la natura "atomistica" dell'azione magistratuale e le responsabilità gestionali di carattere generale di cui è investita l'Amministrazione. Tale relazione dovrebbe investire le modalità attuative dei rimedi necessari a sanare la violazione del diritto accertata nel caso concreto, e potrebbe essere agevolata, sul piano operativo, dalla istituzione di un "tavolo permanente" tra magistratura di sorveglianza e Provveditorati regionali dell'Amministrazione penitenziaria, che agisca quale "camera di compensazione" per l'esame congiunto delle problematiche relative all'esecuzione delle decisioni giudiziali.

Tale organismo potrebbe operare nell'intento di assicurare una pronta esecuzione ai provvedimenti della magistratura di sorveglianza, una volta che siano divenuti definitivi, con l'obiettivo di evitare, per quanto possibile, l'attivazione del procedimento di ottemperanza.

Il magistrato di sorveglianza, in sede di ottemperanza, conosce di tutte le questioni relative all'esatta esecuzione, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge. In assenza di una specifica indicazione normativa, si ritiene che il termine per l'impugnazione sia quello di 15 giorni dalla notifica del provvedimento giudiziale, in linea con quanto previsto dalla nuova disciplina con riferimento al ricorso per cassazione avverso il provvedimento che definisce il procedimento nei casi dell'art. 69, comma 6, l. n. 354/75 (art. 35-*bis*, comma 4, ord. pen.).

12. Le criticità della procedura di ottemperanza e le prospettive *de jure condendo*.

Il contenuto dell'ordinanza che chiude il procedimento di ottemperanza, pur precisato dal disposto normativo, lascia tuttora spazio ad alcuni dubbi applicativi.

disponibili – trasferendo altro detenuto e così ingenerando una nuova situazione di lesione di un diritto; e così nel caso il magistrato ordinasse la chiusura di una sezione e il trasferimento dei detenuti ad altri istituti.

Anzitutto, non è chiaro quali siano gli strumenti a disposizione dell'interessato per interloquire, nel caso in cui l'Amministrazione o il commissario *ad acta* adottino provvedimenti in violazione od elusione del diritto nel corso dell'esecuzione del provvedimento. La disposizione dell'art. 35-*bis*, lett. *b*), in esame, infatti, circoscrive il potere del magistrato di sorveglianza di dichiarare nulli gli atti emessi dall'Amministrazione limitandolo al caso di provvedimento rimasto ineseguito, non nell'ipotesi di inesatta esecuzione del medesimo. L'unica soluzione percorribile sembra, per l'interessato, quella di ricorrere al giudice dell'ottemperanza ai sensi del coordinato disposto dei commi 7 e 8 della medesima disposizione di legge, che tuttavia non prevede che il magistrato adito possa annullare gli atti amministrativi in questione.

In secondo luogo, non è espressamente disciplinata l'ipotesi in cui l'Amministrazione "convenuta" ometta di presentare il programma attuativo previsto dal comma 6 dell'art. 35-*bis*, in esame. Anche in questo caso, l'unica strada che appare praticabile sembra consistere nel ricorso ai sensi del comma 7, della stessa disposizione, con la possibilità di chiedere al magistrato di sorveglianza la nomina di un commissario *ad acta*, incaricato della predisposizione del programma attuativo e della sua puntuale esecuzione.

13. Il completamento della riforma esige i rimedi "compensativi".

In sede di conversione del d.l. n. 146/2013, è stata soppressa la lett. *c*), comma 5, art. 35-*bis*, ord. pen., che aveva introdotto un "risarcimento equitativo", stabilito nella misura fino a 100 euro/giorno per ciascun detenuto nel caso di mancata ottemperanza alle disposizioni impartite dal magistrato di sorveglianza. Di fronte alla verosimile entità dei "risarcimenti" che sarebbero stati disposti dal giudice – stante le condizioni di grave crisi in cui versa la situazione delle carceri – l'applicazione della detta *taxatio* si sarebbe rivelata un costo non sostenibile economicamente per l'erario²⁸.

Quest'ultima notazione introduce una questione assai delicata. Allo stato attuale, invero, il legislatore nazionale ha soddi-

²⁸ Tale *revirement*, peraltro, lascia pur sempre aperta l'unica via attualmente esperibile del ricorso al giudice civile per ottenere nei confronti dell'Amministrazione il risarcimento dell'eventuale danno da ritardo subito dal reclamante vittorioso.

sfatto – per così dire – a metà le prescrizioni imposte dalla CEDU con la evocata sentenza *Torreggiani*, che ha assegnato un termine annuale all'Italia per introdurre rimedi giurisdizionali effettivi di carattere sia "preventivo" che "compensativo" in riferimento al pregiudizio subito dalle persone detenute in condizioni di sovraffollamento. Infatti, con il reclamo "giurisdizionale", si è, bensì, introdotto un rimedio giurisdizionale effettivo di natura "preventiva" (idoneo, cioè, ad accertare e far cessare la lesione del diritto del soggetto detenuto inciso dall'Amministrazione); ma non è stato approntato un rimedio "compensativo", di natura propriamente risarcitoria in relazione al danno provocato all'interessato dalla detenzione in condizioni contrarie all'art. 3, CEDU.

Tale rilevata lacuna rappresenta una non secondaria criticità del sistema attuale, che rischia di entrare in una sorta di *empasse* non solo per quanto concerne gli aspetti risarcitori cui si è accennato; ma anche in relazione a tutti i casi in cui l'Amministrazione non possa – per motivi di forza maggiore – procedere all'ottemperanza della decisione giudiziale (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ordine di un magistrato di sorveglianza di porre rimedio alla riscontrata situazione di degrado delle strutture di uno stabilimento penitenziario), per ragioni legate alla carenza di risorse finanziarie.

La previsione di un rimedio compensativo – che potrebbe certamente consistere nella corresponsione di un'indennità proporzionale al numero di giorni di sottoposizione al trattamento contrario alla dignità della persona, ma che potrebbe anche tradursi nel riconoscimento di una riduzione della pena ancora da eseguire a ristoro della maggior sofferenza patita da un soggetto detenuto in situazione di degrado – resta il passo ancora da compiere per attribuire al sistema l'equilibrio e la coerenza che ancora sembrano mancare.

14. La valutazione positiva del Comitato del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa e gli ulteriori interventi auspicabili.

Il 5 giugno 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha esaminato la situazione dell'Italia con riferimento al problema del sovraffollamento delle carceri, esaminata ad un anno dall'arresto-pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Torreggiani*. Il Comitato ha riconosciuto «i risultati significativi» ottenuti dall'Italia sul fronte dell'eccessivo numero di dete-

nuti negli istituti penitenziari, grazie alle «differenti misure strutturali adottate» al fine di conformarsi alle sentenze della Corte europea, che hanno portato ad una riduzione significativa e continua della popolazione carceraria e all'aumento dello «spazio vitale» ad almeno 3 m² per detenuto. I deputati europei hanno positivamente riscontrato, inoltre, l'introduzione del "reclamo giurisdizionale" di cui all'art. 35-bis, ord. pen. e chiedono a questo proposito, alle autorità nazionali delle informazioni supplementari per una più completa valutazione di tale innovazione.

Sul versante del "rimedio compensativo", richiesto dalla Corte EDU per l'indennizzo delle riscontrate violazioni all'art. 3 CEDU, il Comitato mostra «interesse riguardo alle informazioni fornite sulle misure prese per introdurre il "ricorso indennitario"» che dovrebbero essere contenute in un decreto-legge di prossima emanazione, nel quale si prevede la possibilità di una riduzione di pena ai detenuti tuttora sottoposti ad esecuzione penale e una compensazione di natura pecuniaria per coloro che sono già stati liberati.

Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, peraltro, si riserva una nuova e più approfondita valutazione «al più tardi, in occasione della riunione del giugno 2015» sul caso italiano, in esito alle ulteriori misure che lo Stato italiano dovrà celermente adottare con riguardo al profilo risarcitorio, rimasto ancora fuori dall'area degli ultimi interventi normativi.

Oltre al completamento della riforma con l'introduzione del "rimedio compensativo", pare, invero, auspicabile un intervento migliorativo della disciplina introdotta con l'art. 35-bis, ord. pen., con riguardo al profilo dell'esecutività provvisoria dell'ordinanza emessa in primo grado dal magistrato di sorveglianza adito su reclamo della persona detenuta o internata²⁹.

Bibliografia

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

CASSIBBA F., *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. Pen. Cont. online*, (2012), <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>.

COMMISSIONE MISTA PER LO STUDIO DEI PROBLEMI DELLA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Quaderni del C.S.M.*, 2013.

²⁹ Auspica un tale intervento il Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza (CONAMS), nel comunicato stampa del 12 giugno 2014, reperibile sul sito www.personaedanno.it.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA (2013), *"Risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza (delibera del 24 luglio 2013)*, <http://www.cosmag.it>.

CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Dir. Pen. Cont. online*, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>, n. 4/2013, p. 1118 e ss.

GARUTI G., *La situazione carceraria in Italia*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 9, p. 1175.

GASPARI M.G., *Contro la decisione del magistrato di sorveglianza ammesso il ricorso nel merito davanti al tribunale*, in *Guida dir.*, 8 marzo 2014, n. 11.

GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario – Commento articolo per articolo*, CEDAM, Padova, 2000.

MINNELLA V., *Le Sezioni Unite intervengono sulla caotica situazione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *questa Rivista*, 2/2004, pp. 149 ss.

MURA R., *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1362.

RUARO M., *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 4/2005, p. 501.

TURRINI VITA R., *Esecuzione penale esterna - Istituti e procedimenti amministrativi correlati*, in *questa Rivista*, 1-2/2003, p. 308.

VIGANÒ F., *La Cassazione sul risarcimento del danno da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*, in *Dir. Pen. Cont. online*, 2013, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>.

VIGANÒ F., (2013) *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *Dir. Pen. Cont. online*, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>.

VOLINO C.L., *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. Pen. Cont. online*, 2013, <http://www.dirittopenalecontemporaneo.it>.