



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Diritto penitenziario

“Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza”

Relatore:

Prof. Mitja Gialuz

Candidato:

Daniele Garibaldi

Anno accademico 2024-2025

Indice

<i>Introduzione</i>	2
Capitolo 1	
<i>Un percorso storico: genesi e sviluppo dell'art. 35- bis</i>	
§1. Breve panoramica storica dell'ordinamento penitenziario italiano	3
§2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'art. 35- <i>bis</i> : in particolare l'analisi del caso Torregiani	7
§3. Il ruolo del magistrato di sorveglianza e la nuova figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale	13
Capitolo 2	
<i>L'art. 35- bis: il pilastro della tutela giurisdizionale dei detenuti</i>	
§1. Il reclamo in materia disciplinare, art. 69 comma 6 lett. <i>a</i>) ord. penit.	20
§2. Il reclamo in materia di diritti, art. 69 comma 6 lett. <i>b</i>) ord. penit.	28
§3. Un'analisi dinamica delle fasi del procedimento	34
§3.1. <i>Segue</i> : il vaglio di ammissibilità e gli atti introduttivi	37
§3.2. <i>Segue</i> : l'udienza e la fase istruttoria	43
§3.3. <i>Segue</i> : la fase decisoria	47
§4. Il ruolo delle impugnazioni: i ricorsi avverso le decisioni del magistrato di Sorveglianza	51
§5. Un inedito giudizio di ottemperanza e la figura del commissario <i>ad acta</i>	56
Capitolo 3	
<i>Il reclamo giurisdizionale nell'ambito del regime detentivo speciale ex art. 41-bis ord. penit.</i>	
§1. L'evoluzione dei rapporti tra il reclamo giurisdizionale e il regime <i>ex art. 41-bis</i> ord. penit.: l'individuazione delle posizioni giuridiche tutelabili	62
§2. La tutela giurisdizionale del diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive: il sistema dei colloqui in regime di detenzione speciale	68
§3. La tutela dei diritti dei detenuti "speciali": socialità, corrispondenza, informazione e studio	72

Introduzione

Il presente lavoro si offre di ripercorrere le tappe del lungo e travagliato percorso che ha portato all'introduzione dell'art. 35-*bis* ord. penit.

Tale intervento legislativo si rendeva necessario a seguito della condanna, ricevuta dall'Italia da parte della Corte e.d.u., per violazione strutturale dell'art. 3 C.e.d.u., in occasione della sentenza Torreggiani e altri c. Italia del 2013.

Le indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale, prima, e dalla giurisprudenza di Strasburgo dopo, sollecitavano l'introduzione di un rimedio, o un insieme di rimedi, di carattere preventivo e compensativo, che presentassero i caratteri minimi di giurisdizionalità.

Il legislatore italiano del 2013 ha recepito le indicazioni ricevute, tramite l'introduzione degli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit.

Oggetto della presente tesi è l'art. 35-*bis* ord. penit., che disciplina il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza.

Per la prima volta, i detenuti hanno a disposizione un rimedio per la tutela dei propri diritti, idoneo ad attivare un procedimento dotato delle garanzie giurisdizionali previste dalla nostra Costituzione, la cui decisione sarà suscettibile di esecuzione forzata tramite il giudizio di ottemperanza.

Si analizzeranno, i confini del sindacato del magistrato di sorveglianza, nell'ambito delle due diverse fattispecie, cui l'art. 69 comma 6 ord. penit. fa riferimento, ed i profili critici in tema di effettività.

Particolare attenzione è dedicata alle scansioni procedurali che interessano il reclamo in esame.

Infine, si evidenziano i rapporti tra il reclamo giurisdizionale ed il regime detentivo speciale, *ex art. 41-bis* ord. penit. Ambito delicato, in cui il legislatore è chiamato ad effettuare un bilanciamento tra interessi contrapposti, esigenze di prevenzione da una parte e tutela dei diritti fondamentali della persona dall'altra.

Capitolo 1

Un percorso storico: genesi e sviluppo dell'art. 35-*bis* ord. penit.

SOMMARIO: 1. Breve panoramica storica dell'ordinamento penitenziario italiano. – 2. Evoluzione giurisprudenziale e normativa dell'art. 35-*bis*: in particolare l'analisi della sentenza Torreggiani – 3. Il ruolo del magistrato di sorveglianza e la nuova figura del Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale.

1. Breve panoramica storica dell'ordinamento penitenziario italiano.

Il primo documento ufficiale delle istituzioni penitenziarie, nell'Italia post-unitaria, è da rinvenirsi nel Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi, emanato nel 1891, a un anno di distanza dalla promulgazione del Codice Zanardelli nel 1890. Tale regolamento è fortemente influenzato dalle ideologie del positivismo criminologico, il quale voleva porre l'accento sulla realtà umana e sociale del condannato.

La situazione muta con l'avvento del fascismo. Infatti, nel 1931, venne emanato il nuovo “Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena”¹ approvato dal Ministro di Giustizia e affari di culto Alfredo Rocco, che rimarrà in vigore fino al 1975.

Quest'ultimo era ispirato ad una concezione retributiva e talora vendicativa della pena², riproponendo, sostanzialmente il contenuto del Regolamento del 1891. Rimangono infatti saldi i tre pilastri su cui si basa la vita intramuraria: istruzione, lavoro e pratiche religiose. Ogni altro tipo di attività era vietata ai detenuti e poteva comportare l'applicazione di sanzioni. Erano altresì previsti dettagliatamente una serie di divieti e le relative punizioni. Altri tratti caratteristici del Regolamento Rocco, che possono aiutare a comprendere la disciplina penitenziaria di quegli anni sono: una netta separazione tra carcere e realtà esterna, ai detenuti era concesso avere dei colloqui con i propri familiari, attraverso reti metalliche distanziate, durante i quali il personale penitenziario ascoltava le conversazioni; l'obbligo di chiamare i detenuti con il loro numero di matricola e non con il loro cognome; l'obbligo per i detenuti dovevano indossare la divisa del carcere, quella a righe era riservata ai soggetti

¹ Regio decreto, “Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena” emanato il 18 giugno 1931, n. 787.

² F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021, p. 1

condannati in via definitiva³, gli esempi che si potrebbero riportare sono numerosi, ma non necessari per comprendere l'impronta, già evidente, di tale regolamento. Come si può facilmente evincere da un'approssimata lettura delle suddette regole il sopra citato regolamento risultava, per molti aspetti, in contrasto con alcuni principi enunciati dalla nostra Costituzione, entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Il problema di fondo era dato dalla natura di tale regolamento, che essendo un atto privo di forza di legge, sfuggiva al controllo di legittimità operato dalla Corte costituzionale e di conseguenza da un suo possibile intervento demolitorio.

Proprio al fine di adeguare l'ordinamento penitenziario alle disposizioni costituzionali, nell'aprile del 1947 fu istituita una Commissione ministeriale presso la Direzione generale degli Istituti Penitenziari, incaricata di proporre norme legislative e regolamentari per l'esecuzione penale e per gli istituti di prevenzione e di pena, conformemente a quanto previsto dalla Costituzione.⁴

Negli anni Settanta si fa strada una nuova visione della pena, questo grazie anche ai lavori dell'Assemblea costituente, in cui si sono scontrate, o per meglio dire forse incontrate, due scuole di pensiero antitetiche tra loro, da una parte la Scuola classica e dall'altra la Scuola positiva. La prima sosteneva fermamente la funzione retributiva della pena, mentre la seconda voleva spostare il focus sulla funzione di prevenzione sociale e conseguentemente anche sulla rieducazione e risocializzazione del condannato.

La presenza di entrambe le posizioni ideologiche all'interno della Costituente ha fatto sì che il prodotto elaborato fosse il più possibile neutro ed imparziale.

Il dettato costituzionale in materia di pena non fu però idoneo a risolvere i contrasti ed i dibattiti circa le funzioni della pena, ma al contrario fu un punto di partenza dal quale si aprì un lungo ed incessante confronto di idee in dottrina. La funzione rieducativa della pena trova un riscontro all'art. 27 comma 3 Cost, che al contrario, non fa menzione della funzione retributiva. Questa però sembra essere un dato ineliminabile, intrinseco della pena stessa, in questo senso si pronuncerà anche la Corte costituzionale in una sentenza del 1990⁵.

³ Vedi A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia* a cura in *Amministrazione in cammino, rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura del centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".

⁴ Inizialmente si suddivise la Commissione in tre sottocommissioni, le quali avrebbero dovuto occuparsi rispettivamente di regolamento di esecuzione, del personale e del settore minorile. Successivamente per una più agevole gestione dei lavori, il presidente della Commissione, Ferrari, decise di istituire un Comitato, il cui unico incarico era quello di riformare la materia penitenziaria.

⁵ Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it

La situazione cambia radicalmente nel 1975, nel momento in cui il legislatore interviene con una nuova disciplina che, seppur modificata, rimane in vigore ancora oggi.

Viene emanata la legge n. 354/1975⁶, e l'anno successivo si adotta il relativo regolamento di esecuzione con D.P.R. n. 431/1976. Tali interventi normativi hanno proprio l'intento di tradurre a livello legislativo i principi enunciati nella Carta costituzionale in materia di esecuzione penale e trattamento penitenziario e gli standard minimi sanciti a livello sovranazionale.⁷

Il dato più innovativo della legge penitenziaria del 1975 consta nel fatto di voler porre l'accento sulla funzione rieducativa della pena. A questo scopo però non è possibile giungere seguendo un iter generalizzato e standardizzato, si fa strada pertanto una nuova concezione del trattamento penitenziario: un trattamento *ad hoc*, individualizzato e personalizzato per ogni soggetto detenuto. Da qui la necessità di prevedere nuovi mezzi trattamentali, che superassero l'esclusività della triade, finora concepita: lavoro, istruzione e religione.⁸

Il regolamento di esecuzione del 1976 viene sostituito nel 2000, da un nuovo regolamento esecutivo emanato con D.P.R. n. 230/2000⁹. Questo nasce con l'obiettivo di disciplinare il trattamento penitenziario nel modo più possibile conforme alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario del 1975. Per rendere possibile ciò, si preoccupa di intensificare le attività trattamentali cui i detenuti si possono dedicare durante il periodo di reclusione. Un ulteriore importante obiettivo del regolamento di esecuzione del 2000 è quello di ridurre le distanze tra carcere e mondo esterno permettendo così all'individuo di realizzare al meglio il proprio percorso di rieducazione, consentendogli, una volta scontata la pena, il reinserimento nella società senza dover subire alcun trauma dovuto all'allontanamento coattivo da essa.

Esaminiamo ora i principi costituzionali che hanno influenzato significativamente l'evoluzione della legislazione penitenziaria. Primo su tutti, troviamo il principio del finalismo rieducativo delle pene di cui all'art. 27 comma 3 Cost. In tale comma viene sancito che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Elemento interessante di tale disposizione è la declinazione al plurale del termine pena, il che non corrisponde ad una mera scelta di tipo

⁶ Legge 26 luglio 1975, n. 354, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"

⁷ Regole minime dell'O.N.U. per il trattamento dei detenuti del 30 agosto 1955.

⁸ Vedi M. CORALLI, *L'istruzione penitenziaria: storia e legislazione*, 2002, in <https://www.adir.unifi.it/rivista/2002/coralli/cap1.htm>

⁹ D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà.

formalistico, bensì vuole sottolineare come la sanzione punitiva della reclusione in carcere dovrebbe, almeno in linea teorica, essere accompagnata da altri tipi di sanzioni alternative alla detenzione in carcere. Le due proposizioni enunciate dall' art. 27 comma 3 Cost. sono strettamente collegate tra loro, in quanto il rispetto del principio di umanità della pena è un presupposto necessario al fine di poter realizzare ed attuare il principio del finalismo rieducativo. In dottrina, si è dibattuto a lungo, sul significato e l'interpretazione del termine «rieducazione». Oggi, è unanimemente condiviso, che detto termine debba essere connotato come sinonimo di «reinserimento sociale».¹⁰

Altri principi di rilievo costituzionale che ineriscono il trattamento e l'esecuzione penitenziaria sono: l'art. 13 comma 4 Cost, il quale adottando la formulazione tipica delle norme incriminatrici, punisce «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»; l'art 24 comma 2 Cost, che sancisce l'inviolabilità del diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento; l'art 15 Cost. con il quale si vuole tutelare la segretezza della corrispondenza; l'art. 19 Cost. in tema di fede religiosa e l'art. 32 Cost che garantisce il diritto alla salute. Ad eccezione dell'art. 13 comma 4 Cost, che menziona espressamente gli individui sottoposti a restrizioni di libertà, gli altri articoli citati non si riferiscono esplicitamente ai soggetti detenuti, ma è ormai pacifico ritenere che siano riferibili altresì ad essi, così come tutti quei diritti e garanzie che non siano incompatibili con l'esecuzione della pena detentiva.

Tali diritti e prerogative sanciti a livello costituzionale trovano anche un riscontro normativo proprio all'articolo 1 della l. 354/1975, che contiene i principi fondamentali della legge stessa. Il regolamento esecutivo del 1976, analogamente al suo successore del 2000, invece disciplinava come, nella pratica, tali regole avrebbero dovuto essere applicate.

Quest'ultimo considerava il trattamento penitenziario come un programma «diretto a promuovere un processo di modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale»¹¹.

Anche in Italia, al pari di ogni altro ordinamento penitenziario in uno Stato democratico, si vuole garantire il rispetto dei diritti fondamentali e non solo, nei confronti dei soggetti detenuti e internati, ma anche e soprattutto, nei confronti degli imputati, per i

¹⁰ V. F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale*, cit., p.5.

¹¹ Art. 1 Regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà in https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.versione=1&art.idGruppo=1&art.flagTipoArticolo=1&art.codiceRedazionale=076U0431&art.idArticolo=1&art.idSottoArticolo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.dataPubblicazioneGazzetta=1976-06-22&art.progressivo=0

quali non è ancora intervenuta una sentenza di condanna, ma sono comunque sottoposti a regime detentivo preventivo.

Il merito di quanto detto finora, va riconosciuto sicuramente al legislatore, che negli anni è intervenuto più volte in materia, ma non solo. L'adeguamento della disciplina penitenziaria alla Costituzione è altresì merito e opera della Corte costituzionale che, più volte nel corso degli anni, è intervenuta tramite le proprie sentenze di illegittimità, andando a limare alcuni punti di contrasto con la Legge fondamentale che persistevano nell'ordinamento penitenziario.

2. Evoluzione giurisprudenziale e normativa del 35-bis: in particolare l'analisi del caso Torreggiani

Dopo aver eseguito una breve panoramica storica dell'ordinamento penitenziario italiano, si entra ora nel merito del sistema delle tutele dei diritti dei detenuti.

Norma fondamentale in materia è sicuramente l'articolo 4 ord. penit., il quale conferisce e riconosce in capo al detenuto la possibilità di esercitare personalmente i diritti scaturenti dalla stessa legge penitenziaria, nonostante questi si trovi in stato di interdizione legale.

Tale disposizione inizialmente è risultata insufficiente a garantire il rispetto dei diritti dei detenuti, in quanto il quadro del sistema delle tutele non era idoneo e soprattutto non era conforme a quanto previsto dalla Costituzione, al punto che quest'ultimo è stato interessato, nel corso degli anni, da molteplici interventi giurisprudenziali, sia da parte della Corte costituzionale, che dalla Corte e.d.u., nonché successivamente da interventi legislativi.

L'unico rimedio a disposizione dei detenuti per far valere le proprie posizioni giuridiche soggettive era rappresentato dal cd. diritto di reclamo "generico" di cui al 35 ord. penit. Questo consentiva ai soggetti sottoposti a privazione della libertà di presentare «istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa» destinati ad una serie di soggetti, che per la propria natura risultavano inadeguati a garantire una tutela effettiva, in quanto o appartenenti alla stessa Amministrazione penitenziaria¹² – e quindi rappresentante la posizione di controparte in un eventuale giudizio – o comunque privi di poteri di inchiesta e

¹² Possiamo citare a titolo esemplificativo: il direttore dell'istituto, il provveditore regionale, il Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria

di decisione¹³. Un ulteriore destinatario di tale rimedio è rappresentato dalla figura del magistrato di sorveglianza, nei confronti del quale è stata riconosciuta la competenza giurisdizionale esclusiva *ratione materiae* per tutto ciò che concerne situazione giuridiche soggettive in capo a soggetti detenuti ed internati, ivi inclusa anche la tutela degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa¹⁴. Un ulteriore elemento che faceva sì che il reclamo "generico" di cui all' art. 35 ord. penit. non fosse considerato un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale, era dato dal fatto che qualora questo fosse indirizzato al magistrato di sorveglianza avrebbe attivato un procedimento *de plano* caratterizzato dall'assenza delle garanzie procedurali minime previste dalla Costituzione, quali ad esempio il contraddittorio, la stabilità della decisione ed infine la possibilità di impugnare con ricorso in cassazione *ex art. 111 comma 7 Cost.*

Alla luce di queste considerazioni si può constatare che, per lungo tempo, i diritti dei detenuti sono rimasti privi di una tutela giurisdizionale effettiva.

Il primo vero e importante punto di svolta nell'ambito della tutela dei diritti dei detenuti si verifica nel 1999, nel momento in cui la Corte costituzionale interviene con una sentenza storica¹⁵. Con questa decisione «additiva di principio» la Corte dichiara come il riconoscimento di diritti in capo ai soggetti detenuti¹⁶ non possa non essere accompagnato dalla possibilità di farli valere davanti ad un giudice terzo, in un procedimento di natura giurisdizionale. Pertanto, la Consulta dichiara l'illegittimità degli articoli 35 ord. penit. e 69 ord. penit., «nella parte in cui [essi] non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»¹⁷. La corte però in questa occasione non prende una posizione circa il procedimento da adottare in caso di reclamo, rimettendo quindi la questione, in un primo momento, ai giudici comuni e rendendo, successivamente necessario, un intervento del legislatore volto a colmare il vuoto normativo creatosi. Intervento legislativo che però tarderà ad arrivare. Si apre, infatti, un lungo processo che durerà per circa quindici anni.

Al fine di porre rimedio all'inerzia del legislatore, si apre in giurisprudenza, un dibattito tra chi sosteneva la legittimità e l'idoneità del meccanismo di reclamo di cui al 35

¹³ Possiamo citare a titolo esemplificativo: il Garante nazionale, i Garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti e il Capo dello Stato.

¹⁴ In questo senso, Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in www.cortecostituzionale.it

¹⁵ Il riferimento è a Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in www.cortecostituzionale.it

¹⁶ Già sancito dalla Corte cost.

¹⁷ Cfr. Corte cost, 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

ord. penit. e chi invece individuava negli articoli 666 e 678 c.p.p.¹⁸ il procedimento da attuarsi in caso di reclamo al magistrato di sorveglianza. Tale contrasto trova soluzione in una sentenza delle Sezioni Unite¹⁹ con la quale, innanzitutto, si è ribadita la competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza, *ratione materiae*, nell'ambito della tutela delle posizioni giuridiche soggettive del detenuto²⁰. Inoltre, le Sezioni Unite hanno individuato come rimedio giurisdizionale da adottare, il procedimento di reclamo *ex art. 14-ter* che, seppur dotato di minori garanzie rispetto ai suddetti art. 666 e 678 c.p.p., risultava comunque conforme ai principi costituzionali. Il principale punto di debolezza di tale rimedio è rappresentato dal fatto che le decisioni non sono suscettibili di esecuzione forzata da parte dell'autorità giudiziaria²¹. Un ulteriore intervento giurisprudenziale, questa volta da parte della Corte costituzionale²², sancisce che le disposizioni di cui all' art. 69 comma 5 ord. penit.²³ debbano ritenersi vincolanti per l'amministrazione penitenziaria. In una più recente sentenza la Corte costituzionale sancisce altresì, che le decisioni rese dal magistrato di sorveglianza all'esito della procedura disciplinata dall'art. 14-ter ord. penit. «devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre»²⁴. Tale pronuncia, unitamente a quella precedentemente citata²⁵, intende conferire effettività ai rimedi predisposti dall'ordinamento penitenziario.

Effettività che però, al netto delle considerazioni della Corte e.d.u. prima e della Corte costituzionale dopo, non è ancora stata raggiunta.

Un momento decisivo in questo cammino verso l'effettività è sicuramente rappresentato dalla sentenza Torregiani.

¹⁸ Tali articoli disciplinano rispettivamente il procedimento di esecuzione e il procedimento di sorveglianza, entrambi destinati a concludersi con un'ordinanza ricorribile per cassazione sia da parte del condannato che da parte del pubblico ministero.

¹⁹ Cfr., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *C.e.d.*, n. 224603.

²⁰ Su questo profilo, *supra*, § 2.

²¹ V. M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Manuale*, cit., p. 10.

²² Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266.

²³ L'articolo 69 c.5 della legge sull'ordinamento penitenziario stabilisce che il magistrato di sorveglianza "impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati", sul punto la Corte cost. con sentenza n. 266/2009 stabilisce la vincolatività di tali disposizioni e sottolinea come tale carattere sia "intrinseco alle finalità che la norma stessa persegue"

²⁴ In questo senso Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, punto 4.1 del *considerando in diritto*.

²⁵ Vedi nota n. 22.

Con la sentenza pilota²⁶ dell'8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, la Corte e.d.u. si pronuncia su sette ricorsi presentati da soggetti detenuti che lamentano le violazioni di diritti fondamentali a causa delle condizioni di detenzione. Nella specie i soggetti si trovavano all'interno delle strutture carcerarie di Busto Arsizio e di Piacenza, le cui celle avevano una metratura di nove mq (mobilio compreso) ed erano destinate ad ospitare tre detenuti ciascuna. Già in una precedente pronuncia del 2009²⁷ la Corte aveva rilevato come uno spazio abitabile inferiore ai quattro mq²⁸ per ciascun detenuto costituissero un comportamento inumano e degradante e comportasse conseguentemente la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. I ricorrenti della sentenza *Torreggiani* lamentavano altresì la mancanza di acqua calda nelle docce e, solo alcuni di questi, anche una scarsa illuminazione naturale delle celle. Uno dei ricorrenti decise di presentare reclamo al magistrato di sorveglianza competente per territorio nell'aprile del 2010. Il magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia accolse il reclamo e denotò come le celle di nove mq fossero state concepite per un solo detenuto, ma che, a causa del sovraffollamento, l'amministrazione penitenziaria si fosse trovata costretta a riorganizzare gli spazi e dedicare quello spazio a tre detenuti, anziché uno solo. Soltanto nel febbraio 2011 il ricorrente fu stato trasferito in una cella adeguata agli standard minimi imposti dalla giurisprudenza di Strasburgo. La Corte evidenzia come il fatto che un soggetto debba attendere più di un anno affinché si ponga rimedio alla violazione di un suo diritto fondamentale sia sintomo di quella "ineffettività" dei modelli di reclamo di cui si parla nel presente paragrafo. Le autorità di governo italiane avevano anche opposto delle eccezioni sottolineando come il ricorrente, che aveva presentato reclamo, avrebbe dovuto sollecitare l'amministrazione penitenziaria al fine di dare pronta esecuzione alla decisione del magistrato di sorveglianza, senza peraltro precisare le modalità del sollecito.

Per gli altri detenuti invece eccepivano il mancato esperimento dei ricorsi interni.

I rappresentanti del governo sostenevano altresì di aver a disposizione dati differenti sia per quanto riguardava la metratura delle celle, sia per il numero degli occupanti, tutto ciò però senza fornire alcuna prova a riguardo. Non stupisce infatti che la Corte avesse rigettato tutte le eccezioni presentate dal governo italiano. Alla luce di queste considerazioni la Corte e.d.u. condannava l'Italia per la violazione strutturale dell'art. 3 C.e.d.u. decidendo, altresì, di

²⁶ Tale decisione è stata qualificata come pilota, dal momento che quanto riscontrato nella sentenza *Torreggiani* troverà applicazione in futuro alla generalità dei ricorsi pendenti davanti alla Corte e.d.u. aventi ad oggetti analoghe situazioni di sovraffollamento carcerario.

²⁷ Il riferimento è a Corte e.d.u., Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*.

²⁸ Il CPT, Comitato europeo per la prevenzione della tortura, aveva previsto uno spazio di 4 mq pro capite all'interno delle celle condivise.

sospendere tutti i ricorsi pendenti aventi ad oggetti situazioni analoghe a quelle che lamentavano i ricorrenti della Torreggiani. Con tale pronuncia viene assegnato all'Italia un termine di un anno – successivamente prorogato a due anni – per adeguare il proprio ordinamento penitenziario alle norme sovranazionali così come interpretate dalla giurisprudenza di Strasburgo. In particolare, la Corte si concentra sull'ineffettività che contraddistingue il reclamo di cui agli art. 35 e 69 ord. penit., sottolineando come sia sì accessibile, ma allo stesso tempo non adeguato a porre rimedio rapidamente ad una detenzione contraria all'art. 3 C.e.d.u. Il giudice europeo insiste sull'ineffettività perché ritiene che sia impensabile che un soggetto detenuto, che ha già ottenuto il riconoscimento di una determinata situazione dal magistrato di sorveglianza, debba presentare ripetuti ricorsi affinché l'amministrazione penitenziaria si adegui alle decisioni del magistrato. La Corte non manca di sottolineare, come la situazione di sovraffollamento incida, inevitabilmente, e significativamente sul lavoro dell'amministrazione penitenziaria, la quale si trova a dover gestire un carico di soggetti e di situazioni, spesso sproporzionato rispetto alle proprie risorse e possibilità. Il giudice di Strasburgo suggerisce, in un caso, e impone nell'altro due diversi aspetti sui quali intervenire. Per quanto concerne il primo profilo, la Corte richiama quelle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che invitavano i giudici comuni a ricorrere il più possibile, laddove fosse stato possibile, a misure alternative alla detenzione, al fine di porre rimedio all'innalzamento della popolazione carceraria. Per quanto riguarda invece il secondo profilo, il quale consiste nel vero proprio *dicta* di questa sentenza, la Corte conclude che il legislatore italiano dovrà, entro un anno, «istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte»²⁹.

La Corte, infatti, con tale sentenza rende obbligatorio un intervento del legislatore italiano, il quale non può più rimanere inerte. Quest'ultimo dovrà appunto intervenire in due diverse direzioni, sia riscrivendo la disciplina dell'art. 35 ord. penit., il quale costituisce un rimedio preventivo, rendendolo effettivo nella pratica, ma dovrà altresì scrivere una disciplina *ex novo* per quanto riguarda un rimedio di carattere compensativo, del tutto estraneo al diritto vivente. Tali rimedi dovranno coesistere e dovranno avere un rapporto complementare tra loro. Questa pronuncia oltre ad essere decisiva per la disciplina dei c.c. dd. “reclami atipici” interni all'ordinamento penitenziario italiano, è altresì fondamentale

²⁹ Cit. Corte e.d.u.. Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in www.giurisprudenzapenale.com

perché con essa si sanciscono in modo più preciso e circostanziato i confini oltre ai quali si può incorrere in violazione dell'art. 3 C.e.d.u e, quindi, in uno stato di detenzione illegittimo.

Questo dato è rilevante perché permetterà un controllo più agevole da parte dei giudici comuni e dei magistrati di sorveglianza, i quali finalmente hanno un parametro di giudizio certo e chiaro da applicare ai casi consimili.

Un ulteriore importante pronuncia della Corte cost. è la sentenza n. 279 del 2013, con la quale la Corte sull'onda della sentenza Torreggiani e riprendendo anche il contenuto di alcune precedenti pronunce³⁰, sottolinea l'assenza all'interno dell'ordinamento penitenziario italiano di rimedi aventi carattere giurisdizionale a disposizione dei detenuti per far valere i propri diritti nei confronti di atti e comportamenti lesivi, o talvolta elusivi, dell'amministrazione penitenziaria. In particolare, la Corte in questa occasione stabilisce che il legislatore «anche per dare compiuta attuazione alle prescrizioni della sentenza Torreggiani» dovrebbe individuare e disciplinare «idonei strumenti esecutivi in modo da rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione alle decisioni della magistratura di sorveglianza»³¹. Con questa precisazione la Corte si vuole assicurare che i provvedimenti del giudice di sorveglianza, una volta emanati, non vengano poi vanificati dall'amministrazione penitenziaria. Questo passaggio della sentenza sarà poi opportunamente ripreso e tradotto in legge dal legislatore del 2013³². Questa previsione dovrebbe essere superflua, dal momento che sembra inimmaginabile che una pubblica amministrazione possa disattendere un provvedimento ad essa rivolto dall'autorità giudiziaria, purtroppo però, la prassi testimonia come invece fosse assolutamente necessaria³³.

Alla luce di questo lungo cammino a tappe, iniziato con la sentenza n. 26 del 1999 e concluso con le pronunce della Corte cost. del 2013³⁴, che si è cercato di ricostruire nel presente paragrafo, si ottiene il tanto atteso, desiderato e sollecitato intervento legislativo.

Infatti, l'allora Ministro della Giustizia Cancellieri nominò una Commissione di studio presieduta dal Prof. Glauco Giostra, che darà vita al d.l. n. 146/2013 convertito con modificazioni dalla l. n. 10/2014 e al d.l. 92/2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 117/2014. Tramite questi due interventi legislativi si introdurrà, tra le altre cose,

³⁰ Il riferimento è Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

³¹ Le citazioni sono estrapolate dalla sentenza n. 279 del 2013 Corte cost., punto 7.1 del *considerando in diritto*.

³² Il riferimento è al d.l. n. 146/2013 convertito in l. 10/2014.

³³ V. G.P. DOLSO, *Prospettive costituzionali* in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, p. 52.

³⁴ Il riferimento è a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279; Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143; Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, in www.cortecostituzionale.it

nell'ordinamento penitenziario italiano, il reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* ed il reclamo risarcitorio *ex art. 35-ter*. Il primo costituisce il rimedio di tutela giurisdizionale preventivo, mentre il secondo è di natura compensativa. Soltanto in ragione di questa integrazione legislativa il quadro delle tutele dei diritti dei detenuti poteva dirsi completo. La nuova disciplina dei reclami "atipici" è stata sottoposta al vaglio del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa prima, e alla Corte edu³⁵ dopo. Entrambi valutano positivamente il contenuto del decreto legge³⁶, che sarà poi convertito in legge, almeno nel suo profilo astratto. Sia il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che la Corte e.d.u. però si riservano di riesaminare l'adeguatezza della disciplina alla luce della sua applicazione concreta, soprattutto in punto di effettività. Si analizzerà nel successivo capitolo la struttura e la disciplina del nuovo reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza in maniera dettagliata³⁷.

3. Il ruolo del magistrato di sorveglianza e la nuova figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

Nel presente paragrafo si analizzerà la disciplina di due figure che giocano un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti delle persone detenute, il magistrato di sorveglianza ed il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, di qui in avanti il Garante nazionale.

Partiamo proprio dall'analisi di quest'ultima figura, introdotta e disciplinata dal legislatore, *ex novo*, all'art. 7 del d.l. 146 del 2013 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 10 del 2014. Tale organo è composto da tre soggetti, di cui uno ricopre la carica di presidente.

Il legislatore ha voluto dare una maggiore efficacia a questa nuova figura attraverso la composizione collegiale. Le cariche dei componenti di tale ufficio hanno durata quinquennale e non è prevista la possibilità di proroga. Si prevedono, inoltre, una serie di incompatibilità. In particolare, è fatto divieto di ricoprire una qualsiasi carica di livello istituzionale e di essere iscritti ad un partito politico. Tale previsione normativa trova giustificazione nella volontà del legislatore di assicurare l'indipendenza di questo organo, e di conseguenza, impedire un qualsivoglia possibile condizionamento esterno che potrebbe

³⁵ La Corte si pronuncia in merito all'intervento del legislatore italiano del 2013 in occasione della sentenza *Stella ed altri c. Italia*, 16 settembre 2014.

³⁶ d.l. 146/2013 conv. con. mod. l. 10/2014.

³⁷ *Infra*, cap. 2.

ledere la genuinità del suo operato. I componenti dell'ufficio del Garante nazionale sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri e dopo aver sentito il parere delle commissioni parlamentari competenti. La selezione dei soggetti che ricopriranno tale carica, viene effettuata sulla base di oggettive valutazioni circa le loro competenze in materie attinenti all'attività del Garante nazionale, tra il personale del Ministero della giustizia. Infatti, l'ufficio del Garante nazionale «si avvale delle strutture e delle risorse messe a disposizione del Ministero della giustizia»³⁸e coadiuva quest'ultimo. Per tali soggetti non è prevista alcuna retribuzione, sarà erogato nei loro confronti un rimborso spese.

Passiamo ora all'analisi delle funzioni e delle attività svolte in concreto dal Garante nazionale, il quale nel suo operato collabora con i garanti locali e qualsiasi altra istituzione preposta ad operare nei medesimi ambiti di competenza.

Le funzioni del Garante nazionale trovano un esplicito riscontro normativo all'art. 7 comma 5 d.l. 146/2013 conv. con mod. dalla l. 10/2014. Primo su tutti troviamo il potere di vigilanza, in virtù del quale il Garante nazionale ha il compito di vigilare sulla corretta esecuzione delle pene detentive e di qualsiasi altra misura che comporti la restrizione della libertà personale³⁹. La puntualità dell'esecuzione viene commisurata rispetto alle prescrizioni della legge penitenziaria, della Costituzione e della legge ordinaria.

All'art. 7 comma 5, lett. *b*, d.l. 146/2013 conv. convertito con modificazioni dalla l. 10/2014, viene disciplinato il diritto di visita del Garante nazionale. Quest'ultimo ha la facoltà di accedere, senza la necessità di ottenere preventivamente un nulla osta a « gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari e le strutture sanitarie destinate ad accogliere le persone sottoposte a misura di sicurezza detentive, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano le persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari, gli istituti penali per minori e le comunità di accoglienza per minori sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria, nonché [...] le camere di sicurezza delle Forze di polizia»⁴⁰.

Per quanto riguarda il suddetto diritto di visita presso le camere di sicurezza delle Forze di polizia, è invece necessario che il Garante nazionale riceva previamente un'autorizzazione. Questo è stato previsto al fine di bilanciare interessi contrapposti: vero è che la presenza del Garante nazionale rappresenta una garanzia ulteriore per la tutela dei

³⁸ Art. 7 c. 4 d.l. 146/2013 conv. con mod. dalla l. 10/2014

³⁹ Il riferimento è alle misure di sicurezza, custodia cautelari in carcere ex art. 285 c.p.p.

⁴⁰ Cit. art. 7 c. 5, lettera b), d.l. 146/2013 conv.

diritti dei soggetti sottoposti a restrizione della libertà, ma questa non deve rappresentare un potenziale pericolo per il regolare svolgimento delle attività investigative, le quali mirano appunto all'accertamento della verità dei fatti⁴¹.

Un ulteriore importante funzione che svolge il Garante nazionale è rappresentata dalla possibilità di prendere visione di tutta la documentazione inserita nel fascicolo del soggetto detenuto. Anche in questo caso, al fine di salvaguardare la *privacy* del detenuto, è previsto che il benessere del detenuto stesso, anche se non sono richieste particolari formalità a riguardo. L'autorizzazione, infatti, può essere data anche oralmente, in modo da non intralciare ed appesantire inutilmente l'attività del Garante nazionale.

La lettera *d)* dell'art. 7 comma 5 del, più volte citato, d.l. 146/2013 conv. con mod. in dalla l. 10/2014, disciplina invece la richiesta di documentazione che il Garante nazionale può decidere di effettuare nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, quest'ultima da intendersi in senso lato⁴². Nella seconda parte della normativa in esame, si prevede altresì che qualora l'amministrazione interessata non ottemperi alla richiesta del Garante nazionale, quest'ultimo possa sollecitarne l'ottemperanza informando della situazione il magistrato di sorveglianza competente per territorio. Il Garante nazionale può, in questa ipotesi, richiedere al magistrato di sorveglianza di emanare un ordine di esibizione nei confronti dell'amministrazione, qualora non abbia ancora adempiuto alla scadenza del termine di trenta giorni.

La continuazione dell'articolo in esame riconosce in capo al Garante nazionale anche un importante compito, che consiste nella possibilità di verificare il rispetto delle prescrizioni⁴³ «presso i centri di identificazione e di espulsione previsti all'articolo 14 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni», al fine di poter eseguire tale funzione gli viene riconosciuto la facoltà di accesso a tali centri.

Questa previsione è sintomatica del fatto che la figura del Garante nazionale è di fondamentale rilievo, non solo per i soggetti detenuti, ma per tutti i soggetti, che a qualsiasi titolo, si trovino sottoposti a restrizione della libertà personale.

⁴¹ V. M. A. PASCULLI-N. VENTURA, *La nuova legge svuota carceri, Misure urgenti a tutela dei diritti dei detenuti*, Roma, 2014, pp. 125 ss.

⁴² La richiesta di documentazione può essere destinata ai responsabili degli istituti penitenziari, degli ospedali psichiatrici, delle strutture sanitarie per internati e delle ulteriori strutture dedicate a soggetti in regime di misure alternative o di arresti domiciliari, nonché alle comunità terapeutiche e di accoglienza e degli istituti penali minorili. Sul punto V. M. A. PASCULLI-N. VENTURA, *La nuova legge svuota carceri*, cit., pp. 127 ss.

⁴³ Le prescrizioni in materia sono disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394 «Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»

Inoltre, si riconosce in capo al Garante nazionale la possibilità di effettuare delle raccomandazioni rivolte all'amministrazione penitenziaria, qualora ravvisi la violazione di una disposizione ordinamentale, o per quanto concerne «la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'articolo 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354»⁴⁴.

Tali raccomandazioni non sono vincolanti per legge, di conseguenza l'amministrazione interessata ha la facoltà di disattenderle. In tal caso, però, grava su quest'ultima un obbligo di motivare il proprio disaccordo entro un termine di trenta giorni.

Con questa previsione il legislatore dà la possibilità, al Garante nazionale prima e all'amministrazione penitenziaria dopo, di verificare costantemente il rispetto di tutte le regole previste dall'ordinamento penitenziario, ma non solo.

Infine, all'articolo 7 comma 5 lettera g) d.l. 146/2013 conv. con mod. dalla l. 10/2014 si stabilisce un onere per il Garante nazionale. Questo al termine di ogni anno di attività dovrà redigere una relazione circa il proprio operato e trasmetterla al Presidente del Senato della Repubblica, al Presidente della Camera dei Deputati, al Ministro dell'interno ed al Ministro della giustizia. Tramite questo meccanismo si intende effettuare un controllo sull'attività svolta dal Garante nazionale.

Si passa ora all'esame della figura del magistrato di sorveglianza, istituito per la prima volta dal Ministro della giustizia Rocco negli '30 del secolo scorso e denominato inizialmente «giudice di sorveglianza». L'intenzione del legislatore del tempo era quella di inserire all'interno di ogni tribunale almeno un giudice di sorveglianza che sorvegliasse, appunto, sulla corretta esecuzione delle pene detentive. La figura del magistrato di sorveglianza trova una specifica disciplina all'interno della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, con la legge n. 354, della legge 10 ottobre 1986, n. 663 e degli articoli 677 e seguenti del codice di procedura penale⁴⁵. Innanzitutto, viene interessato dalla riforma, sotto il punto di vista terminologico, in quanto viene denominato «magistrato di sorveglianza». Detta riforma incide significativamente anche su alcuni profili sostanziali di tale figura. Infatti, si assiste ad un ampliamento dei poteri ed alla creazione di una vera e propria sezione all'interno di ciascun tribunale, che prenderà il nome di Tribunale di sorveglianza. Trattasi di un organo collegiale, a differenza del magistrato di sorveglianza che è un organo monocratico. Con la legge n. 354 del 1975 prende così vita un nuovo organo, gli uffici di sorveglianza, disciplinati all'art. 68 della stessa legge. Questo sancisce che essi

⁴⁴ Art. 7 c. 5 lettera f) d.l. 146/2013 conv. con mod. Dalla l. 10/2014.

⁴⁵ All'art. 678 c.p.p. troviamo invece la disciplina del procedimento di sorveglianza.

siano costituiti nelle sedi di cui alla tabella “A”, allegata alla stessa legge penitenziaria, e che abbiano giurisdizione nelle circoscrizioni dei tribunali indicati dalla tabella appena citata. Lo stesso articolo prevede, inoltre, che ad essi siano destinati magistrati di cassazione, di appello e di tribunale. Un punto di forza di questa istituto è rappresentato dal fatto che è un giudice *ad hoc*, più vicino al condannato.

È altresì prevista un’incompatibilità per i soggetti che rivestono tale qualifica; infatti, essi non possono essere adibiti ad altre funzioni giudiziarie, questo in ragione della diversità di funzioni cui sono destinati.

L’art 677 c.p.p. disciplina la competenza per territorio e sancisce l’operatività del criterio *locus detentionis*, alla luce del quale il giudice competente a conoscere il merito del procedimento di sorveglianza è quello avente giurisdizione sull’istituto in cui si trova il detenuto al momento della richiesta o di avvio d’ufficio del procedimento stesso.

Nel caso in cui, invece, il soggetto si trovi in stato di libertà operano due differenti criteri previsti all’art. 677 comma 2 c.p.p.⁴⁶

Per quanto riguarda le funzioni, invece, si rinvia agli art. 69, 70 e 70-*bis* dell’ordinamento penitenziario. Si possono suddividere le funzioni del magistrato di sorveglianza in due macrocategorie, funzioni di tipo giurisdizionale e funzioni di vigilanza e controllo.

Per quanto riguarda la prima categoria, anche definita di garanzia, il legislatore ha inteso rafforzare ulteriormente la tutela delle situazioni concernenti i soggetti detenuti o internati, stabilendo che a decidere in tali casi sia un organo avente carattere giurisdizionale, e non l’amministrazione penitenziaria. In tale ambito sono attribuite al magistrato di sorveglianza numerose funzioni. Di seguito si citeranno solo alcune di esse: vigilare sulla puntuale esecuzione delle misure di sicurezza, delle misure alternative alla detenzione e tutte le vicende relative ad esse. Egli dispone, inoltre, circa l’infermità psichica sopravvenuta ed in materia di conversione delle pene pecuniaria e relativa rateizzazione⁴⁷. È competente a dichiarare l’abitudine, la professionalità e la tendenza a delinquere dei soggetti sottoposti a privazione di libertà. Sovrintende la concessione di permessi premio e la remissione del debito.

⁴⁶ Rileva, in tal caso, la residenza anagrafica o il domicilio del soggetto, o in via residuale, il luogo in cui è stata pronunciata la sentenza di condanna, di proscioglimento o di non luogo a procedere.

⁴⁷ Le discipline di riferimento sono, relativamente, gli art. 148 e 136 c.p.

Quelle che più interessano il presente lavoro, sono le decisioni che assume sui reclami proposti dai detenuti *ex art. 35 e 35-bis ord. penit.*, secondo uno schema procedimentale che ricalca il procedimento tipico di sorveglianza⁴⁸.

Per quanto riguarda la seconda categoria di funzioni del magistrato di sorveglianza, e cioè quelle di vigilanza e di controllo, egli intrattiene rapporti costanti con l'amministrazione penitenziaria di riferimento, al fine di osservare il regolare svolgimento del trattamento rieducativo. In tal senso egli approva il programma di trattamento redatto dall'amministrazione penitenziaria ed effettua, periodicamente, delle visite presso gli istituti penitenziari con lo scopo di tenere colloqui, sia con i detenuti che con il personale dell'amministrazione penitenziaria. Attraverso questo meccanismo si dà la possibilità al magistrato di sorveglianza di verificare che il trattamento penitenziario all'interno degli istituti venga eseguito in maniera puntuale e corretta, nel rispetto delle prescrizioni della legge e della Costituzione. Vigila, con particolare attenzione, anche sulla custodia preventiva degli imputati. È interessante osservare come nell'ambito delle proprie funzioni giurisdizionali, il provvedimento tipico emanato dal magistrato di sorveglianza è l'ordinanza, mentre nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza il provvedimento a cui ricorre abitualmente è il decreto⁴⁹.

In linea generale, il magistrato di sorveglianza interviene in prima battuta, con la possibilità di adottare provvedimenti urgenti, in attesa delle decisioni del Tribunale di Sorveglianza.

La legge penitenziaria nella sua impostazione originaria istituiva per la prima volta un nuovo organo giudiziario, la sezione di sorveglianza. Solo con la l. n. 663/1986 venne istituito l'attuale Tribunale di sorveglianza. Organo collegiale, istituito in ciascun distretto di Corte d'Appello, di cui fanno parte tutti i magistrati di sorveglianza del distretto o della circoscrizione territoriale della sezione distaccata di Corte d'Appello e alcuni membri laici selezionati, ogni tre anni, dal CSM tra professionisti in materia di psicologia, psichiatria, criminologia, pedagogia e servizio sociale.

Ad esso sono riservate funzioni di natura, strettamente, decisionale. Agisce sia come giudice di primo grado che come giudice di secondo grado.

⁴⁸ *Infra*, cap. 2.

⁴⁹ V. G. PRELATI, *Il magistrato di sorveglianza*, Milano, 2002, p. 1 ss.

In qualità di giudice di primo grado, decide circa la concessione o revoca delle misure alternative alla detenzione⁵⁰. Valuta «il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive e delle misure di sicurezza» e «le richieste di riabilitazione e di liberazione condizionale»⁵¹.

Nelle vesti di giudice di secondo grado, invece, decide circa le impugnazioni dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza e delle sentenze di proscioglimento che applichino misure di sicurezza emanate dai tribunali penali ordinari.

Il collegio è composto da quattro membri, di cui due togati e due laici⁵². Deve far parte di questo collegio, necessariamente, il magistrato di sorveglianza competente sotto la cui giurisdizione si trova il soggetto condannato o internato. I provvedimenti del tribunale di sorveglianza sono ricorribili in cassazione.

⁵⁰ Affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione condizionale, affidamento terapeutico etc.

⁵¹ Cit. https://www.corteappello.trento.it/ufficijudiziari/TribSorv_Magistratura.aspx

⁵² Professionisti esperti in materia di psicologia, psichiatria, criminologia e scienze sociale.

Capitolo 2

L'art. 35-*bis* ord. penit.: il pilastro della tutela giurisdizionale dei detenuti

SOMMARIO: 1. Il reclamo in materia disciplinare, art. 69 co. 6 lett. *a* ord penit. - 2. Il reclamo in materia di diritti, art. 69 co. 6 lett. *b* ord. penit. – 3. Un'analisi dinamica delle fasi del procedimento. – 3.1. *Segue*: il vaglio di ammissibilità e gli atti introduttivi. – 3.2. *Segue*: l'udienza e la fase istruttoria. – 3.3. *Segue*: la fase decisoria. – 4. Il ruolo delle impugnazioni: i ricorsi avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza. – 5. Un inedito giudizio di ottemperanza e la figura del commissario ad acta.

1. *Il reclamo in materia disciplinare, art. 69 comma 6 lettera a ord. penit.*

Nel presente paragrafo si entrerà nel dettaglio della materia del reclamo giurisdizionale, ex art. 35-*bis* ord. penit. Quest'ultimo, come già detto, è stato introdotto dal legislatore nel 2013¹ a seguito di numerose vicende giurisprudenziali, in particolare, la sentenza Torreggiani.

Il legislatore con questo articolo intendeva conferire effettività ai diritti riconosciuti in capo ai soggetti detenuti.

L'articolo in esame effettua un rinvio nei confronti dell'art. 69 comma 6 della stessa legge penitenziaria. All'art. 69 comma 6 ord. penit. troviamo disciplinate due diverse ipotesi, rispettivamente alla lettera *a*) e alla lettera *b*). Si procederà con l'analisi della prima fattispecie che concerne il reclamo in materia disciplinare, inerente «[al]le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa»².

Si analizza ora il procedimento disciplinare³, al cui esito verrà emesso un provvedimento, il quale costituirà l'oggetto del reclamo giurisdizionale ex art. 35-*bis* e 69 comma 6 lettera *a* ord. penit.

Come è noto la vita intramuraria si compone di regole e divieti, la cui inosservanza da parte dei detenuti può comportare l'applicazione di sanzioni, più o meno gravi.

Per quanto riguarda le ventuno fattispecie, rilevanti anche in ipotesi di tentativo, che possono comportare l'applicazione di una sanzione, queste sono tipizzate all'art. 77 comma

¹ Introdotto con d.l. 146/2013 conv. con mod. dalla l. 10/2014

² Art. 69 co. 6 lett. *a*) ord. penit.

³ Disciplinato all'art. 81 reg. esec.

1 regolamento esecutivo⁴, in ordine crescente di gravità. Le sanzioni, invece, trovano un riscontro normativo all'art. 39 comma 1 ord. penit⁵. All'art. 38, comma 1, ord. penit. si sancisce l'operatività del principio di legalità e tassatività anche in tale ambito, in relazione ai comportamenti sanzionabili dei detenuti, infatti, essi «non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento»⁶. In linea generale, può comportare l'applicazione di una sanzione solo la violazione, di una regola di condotta, attiva od omissiva, conosciuta o conoscibile da parte del detenuto. A tal fine sia la legge penitenziaria⁷ che il regolamento esecutivo⁸ prevedono che al momento di ingresso del soggetto nell'istituto penitenziario, venga consegnata a quest'ultimo una copia della «Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati»⁹.

Gli operatori penitenziari¹⁰ qualora ravvisino, direttamente o indirettamente, un comportamento che integri una delle fattispecie di cui all'art. 77 reg. esec., hanno l'obbligo di redigere un rapporto e trasmetterlo tempestivamente al direttore dell'istituto penitenziario «per via gerarchica»¹¹. Su tali soggetti pertanto ricade un vero e proprio obbligo, posto a pena di responsabilità disciplinare. Una volta che il direttore è venuto a conoscenza dell'illecito dovrà necessariamente entro dieci giorni dalla ricezione del rapporto contestare l'addebito al detenuto e informarlo della facoltà di sciolpa. Tutto ciò, prevede l'art. 82 comma 2 reg. esec., deve avvenire al cospetto del comandante del reparto di polizia penitenziaria¹². Una volta contestato l'addebito all'accusato, si apre la fase istruttoria, durante la quale gli accertamenti sono svolti dal dirigente penitenziario¹³. Nel caso in cui dalla fase istruttoria

⁴ d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

⁵ Sono il richiamo del direttore (n.1), l'ammonizione (n.2), l'esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni (n.3), l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni (n.4) e l'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni (n.5).

⁶ Art. 38 co. 1 ord. penit.

⁷ Art. 32 co. 1 ord. penit.

⁸ Artt. 23 co. 5 e 69 co. 2 reg. esec.

⁹ Questa previsione trova dei precedenti nella Risoluzione O.N.U. 30 giugno 1955 sulle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* e le *Regole penitenziarie europee*, Raccomandazione R (2006)2 adottata dal Consiglio dei ministri, 11 gennaio 2006. Ed ancora, il Regolamento del 1931, n. 787, conteneva previsioni analoghe.

¹⁰ L'utilizzo di questa espressione ha comportato dei problemi interpretativi, in quanto la legge penitenziaria riconosce la qualifica di operatore penitenziario anche a soggetti che non sono alle strette dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, ad esempio insegnanti e volontari. V. sul punto K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019, p. 10.

¹¹ Art. 81 co. 1 reg. esec.

¹² Parte della dottrina, in realtà, sostiene necessaria la sola presenza del dirigente penitenziario, riconoscendo l'assenza del comandante del reparto di polizia penitenziaria come una mera irregolarità. Al contrario, se ad effettuare la contestazione al soggetto detenuto, è una persona diversa dal dirigente penitenziario, si prevede l'invalidità del provvedimento finale. V. G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2022, p. 371.

¹³ In questa sede, il direttore dell'istituto può assumere informazioni da altri operatori penitenziari o da soggetti reclusi, nonché compiere accertamenti sullo stato dei luoghi o degli oggetti danneggiati. V. M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.* in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5^a ed., Vicenza, 2015, p. 433.

emergano ulteriori elementi a carico del soggetto accusato, si possono verificare due diverse ipotesi. Nel caso in cui la fattispecie contestata possa comportare l'applicazione delle sanzioni più lievi, richiamo e ammonizione¹⁴, il direttore dell'istituto dovrà convocare davanti a sé, entro ulteriori dieci giorni, il detenuto. Nell'ipotesi in cui, invece, il fatto contestato possa comportare l'applicazione delle tre sanzioni più gravi, previste all'art. 39 comma 1 nn. 3,4 e 5 ord. penit., il direttore «fissa, negli stessi termini, il giorno e l'ora della convocazione dell'accusato davanti al consiglio di disciplina»¹⁵. La competenza a decidere circa il procedimento disciplinare è ripartita, quindi, tra il direttore dell'istituto penitenziario e il consiglio di disciplina¹⁶, sulla base della gravità della sanzione che si ipotizza possa essere irrogata. Questa valutazione prognostica spetta al direttore dell'istituto. In sede di udienza, sia essa davanti al direttore o al consiglio di disciplina, l'accusato ha la facoltà di presentare le proprie discolpe. Questo suo diritto alla difesa risulta però attenuato, se si considera che egli non si può avvalere della difesa tecnica e non può richiedere l'assunzione di nuovi mezzi di prova¹⁷. Sempre per quanto riguarda la fase decisoria, l'ordinamento penitenziario prevede che il direttore o il consiglio disciplinare, nel momento in cui sono chiamati a valutare la gravità del fatto e di conseguenza quale tra le diverse sanzioni applicare, debbano altresì valutare le condizioni personali del soggetto e tenere conto del «programma di trattamento in corso»¹⁸. Il provvedimento con cui si dispone l'irrogazione della sanzione deve essere motivato e trasmesso al magistrato di sorveglianza e all'interessato, fornendo così a quest'ultimo la possibilità di presentare reclamo *ex art 35-bis* ord. penit. nel termine di dieci giorni dalla comunicazione.

Si analizzano ora i confini della cognizione del magistrato di sorveglianza in relazione al reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit. nei casi previsti dall'art. 69 comma 6 lettera *a*) ord. penit. Prima dell'intervento normativo del 2013, si era aperto un dibattito in dottrina e giurisprudenza che vedeva contrapporsi chi sosteneva che il sindacato del magistrato di sorveglianza dovesse attenersi solo agli aspetti di carattere procedurale del rito disciplinare e chi invece ravvisava nella formula utilizzata dall'allora art. 69 comma 6 lettera *b*), «le

¹⁴ Previste all'art. 39 co. 1 nn. 1 e 2 ord. penit.

¹⁵ Art. 81 co. 4 reg. esec.

¹⁶ Il consiglio di disciplina, *ex art 40* co. 2 ord. penit., è composto dal direttore dell'istituto, dall'educatore e da un professionista esperto nominato ai sensi dell'art. 80 ord. penit. Questa norma è stata modificata dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, che ha sostituito la figura del sanitario con quella del professionista esperto, soggetto esterno all'amministrazione penitenziaria, al fine di rendere questo organo più imparziale.

¹⁷ «potendo, semplicemente, sollecitare i poteri istruttori dell'organo disciplinare, al quale è rimessa ogni insindacabile decisione sulla completezza del quadro probatorio», G. M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 357

¹⁸ Tale previsione trova riscontro all'art 36 co. 2 ord. penit. così come modificato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

condizioni di esercizio del potere disciplinare», il via libera per il magistrato di sorveglianza a sindacare legittimamente anche sul merito del provvedimento adottato. Tale contrasto trovò soluzione in diverse pronunce della Corte di cassazione, la quale esclude che il sindacato giurisdizionale del magistrato di sorveglianza si potesse estendere anche al merito¹⁹. Con la riforma del 2013, il legislatore ha inteso superare ogni possibile dubbio. Infatti, nella novella legislativa si prevede che il magistrato di sorveglianza nei casi di cui all'art. 39 comma 1 nn. 4 e 5 ord. penit., i quali rappresentano le sanzioni più gravi, possa anche valutare il merito del provvedimento emesso dal consiglio di disciplina. Negli altri casi invece, art. 39 comma 1 nn. 1, 2 e 3 ord. penit. il sindacato del magistrato di sorveglianza deve attenersi solo ai profili concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo [che ha irrogato la sanzione], la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa»²⁰.

La locuzione utilizzata dall'art. 69, comma 6, lett. a ord. penit., «le condizioni di esercizio del potere disciplinare», ha suscitato più di qualche dubbio negli interpreti. Un ulteriore dubbio esegetico è sorto in relazione al concetto di merito citato anch'esso dalla norma in esame. Se si accoglie l'impostazione secondo cui merito è «sinonimo di tema sostanziale»²¹ del giudizio, il margine di sindacabilità del magistrato di sorveglianza rimarrebbe ancorato, al di fuori dei casi di cui all'art. 39 comma 1 nn. 4 e 5 ord. penit., ai soli profili procedurali del rito disciplinare che si svolge davanti all'amministrazione penitenziaria ex art. 81 reg. esec.

Un'interpretazione di questo tipo però rischierebbe di svuotare di significato le ulteriori locuzioni dell'articolo in esame, ad esempio «la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare», in quanto sarebbero ipotesi riconducibili al campo applicativo delle «condizioni di esercizio del potere disciplinare». Se si considera, invece, il merito «per indicare la *questio facti* dibattuta nel processo e le correlative indagini probatorie»²², il magistrato di sorveglianza, sempre nei casi che comportano l'applicazione delle sanzioni più gravi, potrebbe ampliare il proprio sindacato anche circa l'effettiva sussistenza del fatto contestato, sulla corrispondenza della sanzione applicata e anche sulla completezza degli accertamenti probatori compiuti dall'amministrazione penitenziaria. Negli altri casi, previsti

¹⁹ V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 18.

²⁰ Art. 69 co. 6 lett. a) ord. penit.

²¹ F. CORDERO, voce *Merito* (*Diritto processuale*), in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Utet, Torino, 1964, p. 580.

²² *Ibidem*.

all'art. 39 comma nn. 1,2, e 3 ord. penit, effettuerebbe invece, un controllo di legittimità del provvedimento.

La Corte di cassazione sembra appoggiare tale impostazione, sottolineando come, sindacare «le condizioni di esercizio del potere disciplinare» significherebbe valutare «se la condotta del detenuto integri o meno, in astratto, la fattispecie di illecito disciplinare contestatogli»²³.

Alla luce di questa diversa interpretazione, il magistrato di sorveglianza sarebbe chiamato a verificare il rispetto del principio di legalità, di cui all'art. 38 comma 1 ord. penit., ossia che quel determinato fatto fosse previsto come infrazione disciplinare dall'art. 77 reg. esec., e successivamente che vi sia corrispondenza tra la fattispecie astratta e quella concreta. È pacifico ormai ritenere che il magistrato di sorveglianza possa valutare anche la corretta qualificazione giuridica del fatto, e nel caso in cui l'amministrazione penitenziaria sia incorsa in errore, questo possa modificarla.

L'enunciato normativo di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. esclude, invece, la possibilità per il magistrato di sorveglianza di emendare il provvedimento emesso dall'amministrazione penitenziaria, riconoscendo in capo a quest'ultimo solo la facoltà di confermarlo o, in caso di accoglimento del reclamo, di annullarlo.

Interessante sottolineare il contenuto della proposta della Commissione Giostra, la quale ha lavorato all'istituto del reclamo giurisdizionale, in relazione alla riformulazione dell'art. 69, comma 6, lettera *a*) ord. penit. Quest'ultima non faceva riferimento ai singoli vizi procedurali, così come accade nell'odierno art. 35-*bis* ord. penit., bensì proponeva di sottoporre al vaglio del magistrato di sorveglianza «l'inosservanza delle disposizioni riguardanti i provvedimenti di applicazione delle sanzioni disciplinari sotto il profilo della legittimità». Con una locuzione di questo tipo si permetteva un sindacato più ampio. Parte della dottrina propone un'interpretazione estensiva della norma in esame recuperando così gli intenti che avevano mosso i componenti della Commissione Giostra. Se questa fosse accolta, comporterebbe che il sindacato del magistrato di sorveglianza possa estendersi ad ulteriori profili del provvedimento, quale ad esempio la motivazione. Questa previsione però non trova spazio nella legge n. 10 del 2014.

Il rischio, alla luce del dettato normativo, è quello di far ricadere una serie di situazioni attinenti al provvedimento amministrativo in una “zona grigia” all'interno della quale il

²³ Cass., Sez. VII, 17 novembre 2017, Bellocco, in www.cortedicassazione.it

sindacato del magistrato di sorveglianza non potrà mai permeare, in quanto non riconducibili neanche alle altre ipotesi di reclamo sancite dall'art. 69 comma 6 lettera a) ord. penit.

Si passa ora all'analisi degli altri motivi, ex art. 69 comma 6 lettera a) ord. penit., che possono dar luogo alla presentazione di reclamo giurisdizionale: «la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

Una prima situazione, reclamabile ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit., è rappresentata dal caso in cui si sia verificata l'irregolare composizione dell'organo collegiale, la quale può essere data dall'assenza di uno dei suoi membri ovvero dalla mancata sostituzione di uno di essi²⁴. Un'altra ipotesi, sottoponibile al sindacato del magistrato di sorveglianza ex art. 35-*bis* ord. penit., è rappresentata dalla violazione delle disposizioni relative al riparto delle attribuzioni²⁵.

Come anticipato²⁶, la competenza ad emanare un provvedimento disciplinare nei confronti di un detenuto è ripartita tra il direttore dell'istituto penitenziario e il consiglio di disciplina, sulla base della gravità della sanzione che si ritiene applicabile.

L'unica fattispecie, in realtà, idonea ad attivare il rimedio giurisdizionale, consiste nel caso in cui sia il direttore dell'istituto ad emanare un provvedimento che, per la natura della sanzione applicabile, era riservato alla competenza dell'organo collegiale. A conferma di ciò l'art. 81 comma 6 reg. esec. stabilisce che se nel corso del giudizio, il fatto contestato al detenuto risulta più grave e sia, di conseguenza, idoneo a comportare l'applicazione di una delle sanzioni di cui all'art. 39 comma 4 e 5 ord. penit., il direttore deve sospendere il giudizio e rimettere la questione al consiglio di disciplina, a pena di invalidità del provvedimento adottato. Il caso contrario – qualora il consiglio proceda in un caso riservato al direttore dell'istituto – invece, non essendo stato preso in considerazione dal legislatore, non comporta un difetto di competenza²⁷.

Per quanto concerne «la contestazione degli addebiti», i vizi che possono inficiare la validità del provvedimento amministrativo si possono evincere dalla lettura del combinato disposto degli articoli 69 comma 6 lettera a), 38 comma 2 ord. penit. e 81 reg. esec.

²⁴In particolare, si fa riferimento ai casi in cui in un determinato procedimento si presenti una situazione di incompatibilità e l'accusato abbia presentato richiesta di riconsiderazione. V. G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso "merito" dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"* in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, f. 6, p. 180.

²⁵ La disciplina di riferimento è l'art. 40 commi 1 e 2 ord. penit.

²⁶ Su questo profilo, *supra*, § 2.1.

²⁷ La motivazione può anche consistere nel fatto che in tal caso l'accusato gode di maggiori garanzie e l'organo monocratico è comunque presente all'udienza all'esito della quale sarà irrogata la sanzione. V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 27.

Il primo caso è rappresentato dall'ipotesi di omessa contestazione da parte dell'amministrazione penitenziaria. La corte di cassazione²⁸ ha chiarito che in tal caso il provvedimento disciplinare è da ritenersi illegittimo, in quanto si è verificata la lesione dei principi fondamentali di garanzia. Alla medesima conclusione si giunge nel caso in cui la contestazione dell'addebito avvenga, ma in forma troppo generica, tale da non consentire all'accusato di comprendere il fatto per cui si procede. Le modalità della contestazione non sono state disciplinate dal legislatore, sul punto pertanto è intervenuta la Suprema Corte che in alcune sentenze ha sancito che questa deve contenere «l'enunciazione del fatto in forma chiara e precisa»²⁹. Altre due ipotesi che ineriscono la contestazione e che possono inficiare la validità del provvedimento amministrativo sono: la contestazione tardiva e la contestazione effettuata in assenza dei soggetti necessari indicati dal regolamento esecutivo.

Per quanto riguarda la contestazione tardiva, e quindi oltre al termine di dieci giorni dal rapporto, indicato dall'art. 81 co. 2 reg. esec., un primo orientamento della Cassazione era quello di attribuire a tali termini natura acceleratoria e ordinatoria, al fine di sollecitare l'amministrazione penitenziaria ad adempiere. In questo quadro, il mancato rispetto dei termini avrebbe comportato l'illegittimità del provvedimento adottato, solo laddove l'accusato non avesse avuto la possibilità di conoscere il fatto addebitato e di conseguenza non fosse stato possibile esercitare il proprio diritto alla difesa. Nel corso degli anni però, a questa impostazione si è affiancato un nuovo orientamento, volto a negare la natura meramente ordinatoria e acceleratoria del suddetto termine. La Corte di Cassazione, infatti, riconosce che «modalità e termini di contestazione dell'addebito e di applicazione della sanzione sono strumenti per la concreta attuazione di quei principi di garanzia che presiedono alla regolamentazione della procedura disciplinare, [...], essi non possono essere pretermessi»³⁰ e di conseguenza la violazione di tali termini, «negativamente riflettendosi sull'intero procedimento, rende illegittima la decisione adottata a conclusione del giudizio disciplinare»³¹.

Un'ulteriore ipotesi di contestazione illegittima si verifica qualora questa venga effettuata senza la necessaria presenza di determinati soggetti, in particolare il direttore dell'istituto penitenziario e il comandante del reparto di polizia penitenziaria. Inizialmente

²⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 16 settembre 2013, Barretta, in *C.e.d.*, 256981.

²⁹ Cass., Sez. I, 26 giugno 2017, Randazzo, in www.cortedicassazione.it; Cass., Sez. I, 12 novembre 2009, Mele, in *C.e.d.*, 245904.

³⁰ Cass., Sez. I, 14 marzo 2008, Prota, in *C.e.d.*, 239569.

³¹ Cass., Sez. I, 30 gennaio 2017, n. 14670, Attanasio, in www.cortedicassazione.it – servizio online; Cass., Sez. I, 19 maggio 2010, Maltese, in *C.e.d.*, 247987; Cass., Sez. I, 14 marzo 2008, Prota, cit.

la magistratura di merito³² riconosceva in questa ipotesi un vizio, tale da rendere il provvedimento amministrativo illegittimo, rilevabile anche d'ufficio dal magistrato di sorveglianza. La giurisprudenza di legittimità e altra parte della giurisprudenza di merito invece, qualificano questo caso come una mera irregolarità, inidoneo a rendere il provvedimento adottato reclamabile ai sensi dell'art. 35-bis³³.

Rimane da analizzare, ai sensi dell'art. 69 comma 6 lett. a) ord. penit., un'ultima categoria di vizi che può dar luogo alla presentazione di reclamo giurisdizionale ex art. 35 ord. penit.

Questi sono i vizi concernenti l'esercizio delle facoltà di discolpa. Essi sono rappresentati da tre casi differenti: il caso in cui venga omessa l'informazione del diritto di essere sentito nei confronti dell'accusato, se effettivamente accompagnata dal «mancato esercizio dello stesso»; qualora il soggetto abbia richiesto un rinvio dell'udienza per legittimo impedimento a comparire e l'amministrazione lo neghi ingiustificatamente; l'impossibilità di addurre personalmente le proprie discolpe per l'accusato³⁴.

Alle suddette ipotesi, si possono aggiungere due ulteriori casi, sempre inerenti all'esercizio della facoltà di discolpa. Il primo caso è rappresentato dalla violazione dell'art. 81 co. 4 reg. esec., che impone all'amministrazione penitenziaria di convocare davanti a sé, nella figura del direttore o del consiglio di disciplina, l'accusato, entro il termine di dieci giorni dalla contestazione, effettuata ai sensi del comma 2. Tale violazione costituisce, secondo un orientamento della Corte di cassazione³⁵, una lesione del principio di concentrazione della procedura, idonea ad incidere negativamente sulla facoltà di discolpa.

È stato preso altresì in considerazione, quale vizio del procedimento, il caso inverso: qualora l'amministrazione penitenziaria fissi l'udienza in un tempo troppo breve, tale da non consentire all'accusato di predisporre le proprie difese e di conseguenza di arrivare in udienza adeguatamente preparato. In tal caso il reclamo giurisdizionale dovrà avere ad oggetto la violazione del combinato disposto degli artt. 38 comma 2 ord. penit. e 81 comma

³² L'assenza del comandante del reparto di polizia penitenziaria è stata considerata causa di nullità del provvedimento adottato in Mag. Sorv. Novara, 16 febbraio 2009, in www.personaedanno.it.

³³ La contestazione effettuata da soggetti diversi da quelli previsti dall'art. 81 reg. esec., spiega «effetti sulla validità del provvedimento adottato solo quando sia stata pregiudicata la conoscenza del fatto addebitato o l'esplicazione dei diritti difensivi» in questo senso Cass., Sez. I, 3 luglio 2008, Campisi, in *C.e.d.*, 240935; Cass., Sez. I, Sez. I 26 giugno 2008, Marchese, *ivi*, 238424 e Cass., Sez. I, 10 maggio 2005, Cesarano, *ivi*, 231433.

³⁴ V. G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari*, cit. p. 184; ID., *Il regime*, cit., pp. 434-436.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 18 novembre 2003, Corso, in *C.e.d.*, 226630. Alla luce di questo orientamento i termini di cui all'art. 81 co. 4 reg. esec. sono da considerarsi di natura perentoria.

5 reg. esec., i quali riconoscono in capo all'accusato il diritto alla difesa nel giudizio disciplinare.

La normativa in esame non è però esente da criticità. Parte della dottrina ha evidenziato come il legislatore abbia ommesso di disciplinare alcune situazioni. Ciò rischia di ridurre significativamente il campo applicativo del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis. Il profilo che è stato maggiormente interessato da tali critiche è quello che riguarda le sanzioni para-disciplinari³⁶. Queste pur condividendo numerosi aspetti, anche nella sostanza, con le sanzioni disciplinari di cui all' art. 77 reg. esec., non rientrano nell'esercizio del potere disciplinare tipico dell'amministrazione penitenziaria. I procedimenti che portano all'applicazione di una o l'altra sanzione rimangono distinti nella pratica, in particolare il procedimento per le sanzioni para-disciplinari risulta più snello e veloce, ma esse incidendo comunque sulle libertà e sui diritti dei detenuti, non si comprende perché rimangano escluse dall'ambito applicativo del rimedio giurisdizionale.

2. Il reclamo in materia di diritti, art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit.

Come si è già visto nel capitolo precedente, a partire dalla promulgazione della legge penitenziaria del 1975 si è progressivamente spostata l'attenzione dall'amministrazione al detenuto³⁷, in quanto soggetto nei confronti del quale sono riconosciute posizioni giuridiche soggettive. Fino al 1975, le principali preoccupazioni del legislatore erano quelle di garantire una buona gestione, all'insegna della sicurezza, all'interno degli istituti penitenziari.

Alcune importanti pronunce della Corte costituzionale riconoscono la soggettività giuridica dei detenuti, in particolare, si sancisce che la pena detentiva non dovesse comportare «un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria»³⁸ sicché, chi «si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»³⁹.

Il riconoscimento di diritti in capo ai detenuti non poteva però, non essere accompagnato dalla possibilità di farli valere nell'ambito di un procedimento avente i

³⁶ Si può citare, a titolo di esempio, il prelievo di somme dovute a titolo di risarcimento del danno (artt. 24 e 32 comma 5 ord. penit. e 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.). V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit. p. 33

³⁷ Su questo profilo, *supra*, § 1.2.

³⁸ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

³⁹ Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

caratteri minimi di giurisdizionalità. Il modello procedimentale precedentemente offerto dall'ordinamento penitenziario, disciplinato all'art. 35 ord. penit., al fine di porre rimedio ad eventuali violazioni dei diritti dei detenuti era stato considerato dalla Corte costituzionale⁴⁰, privo dei requisiti minimi affinché lo si potesse qualificare come mezzo di tutela giurisdizionale.

Il legislatore, al fine di adeguare la disciplina interna, a quanto disposto dalla Corte costituzionale prima, e dalla Corte e.d.u., dopo, interviene con il d.l. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla l. 10 del 2014. Con questo intervento, in particolare tramite il combinato disposto degli artt. 69 comma 6 lettera b) e 35-bis ord. penit., si vuole garantire effettività ai diritti dei detenuti, "genericamente intesi", concedendo loro la possibilità di agire in giudizio, ogni qualvolta si verifichi la violazione di un proprio diritto conseguentemente ad un comportamento, attivo od omissivo, posto in essere dall'amministrazione penitenziaria.

L'art. 69, comma 6, lett. b), definisce più precisamente i confini dell'operatività del rimedio giurisdizionale. In particolare, subordina l'esperibilità di questo al verificarsi di determinate condizioni: «[...] l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla [...] legge [penitenziaria] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»⁴¹.

Le condizioni di cui sopra, sono tre: il fatto che l'amministrazione penitenziaria abbia inosservato una disposizione di legge o regolamentare, da questa ne deve derivare un pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto ed infine tale pregiudizio deve presentare i caratteri della gravità e dell'attualità.

Nel corso del presente paragrafo si cercherà di analizzare, senza ambizione di completezza, l'interpretazione di questi parametri normativi.

La prima condizione esplicitata dall'articolo in esame consiste nell'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di una disposizione contenuta nella legge penitenziaria ovvero nel relativo regolamento di esecuzione. Per quanto concerne il concetto di «inosservanza», questo può essere ricondotto a varie fattispecie: «una mera attività materiale», l'emanazione di «un provvedimento amministrativo», ovvero «attraverso un'attività materiale collegata ad un atto amministrativo»⁴². Il legislatore ha recepito le

⁴⁰ Il riferimento è Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

⁴¹ Art. 69 comma 6 lettera b) ord. penit.

⁴² A. CIAVOLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva*, cit. p. 134; S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 aprile 2016.

indicazioni fornite dalla Corte costituzionale⁴³, la quale intendeva sollecitare l'adozione di un rimedio di carattere preventivo nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti.

Con questa previsione, in realtà, il legislatore supera la portata delle preziose indicazioni fornite dalla Corte, attribuendo rilevanza sia a comportamenti attivi che omissivi.

Ciò che ha generato dubbi e perplessità interpretative è il contesto normativo di riferimento. La normativa in esame prende in considerazione il solo ordinamento penitenziario⁴⁴, escludendo di conseguenza la possibilità di presentare reclamo giurisdizionale nel caso in cui venga violata una disposizione, magari anche di rango costituzionale, estranea alla legge penitenziaria o al regolamento di esecuzione.

La dottrina ha fin da subito sottolineato l'inadeguatezza di tale criterio selettivo, riconoscendo come tale limitazione rischiava di escludere una serie di aspetti rilevanti della vita intramuraria dalla tutela giurisdizionale.

La stessa dottrina ha fin da subito cercato di estendere la portata normativa dell'articolo in esame. La motivazione risiede nel fatto che «le disposizioni dell'ordinamento penitenziario sono [...] attuative di più ampi principi», sicché «una violazione rilevante si verifica [...] non solo quando si individui il preciso disposto dell'ordinamento penitenziario violato, ma anche quando ne siano violati i principi ispiratori e precisamente l'esigenza di rieducazione posta dall'art. 27 comma 3 della Costituzione e il principio di proporzionalità immanente al sistema giustizia»⁴⁵.

Anche la giurisprudenza promuoveva una lettura estensiva dell'art. 69 comma 6 lettera b), con la quale intendeva sottolineare come oggetto di reclamo giurisdizionale, non fosse la mera inosservanza di una disposizione da parte dell'amministrazione penitenziaria, bensì una condotta, attiva od omissiva, tenuta dalla stessa amministrazione, «ma da qualificarsi come “proiezione” di un diritto intangibile della persona, anche se reclusa»⁴⁶.

Alla luce di queste considerazioni, effettuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sembra pacifico ritenere che possano trovare tutela giurisdizionale, *ex art. 35-bis* ord. penit., tutti gli aspetti concernenti la vita intramuraria, ivi inclusi i diritti fondamentali della persona anche se non esplicitati dalla legge penitenziaria ovvero dal regolamento di esecuzione.

⁴³ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

⁴⁴ Si allude al binomio legge n. 354 del 1975 e regolamento di esecuzione

⁴⁵ S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva*, cit. Nello stesso senso, A. CIAVOLA, *L'area di applicazione*, cit., p. 135.

⁴⁶ Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, Costa, cit.

A conferma di questo, interviene il legislatore nel 2018⁴⁷, il quale ha aggiunto un terzo comma all'art. 1 della legge penitenziaria, ai sensi del quale a «ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali»⁴⁸. Tale ipotesi offre al detenuto la possibilità di esperire il rimedio giurisdizionale, non solo quando venga violata una disposizione dell'ordinamento penitenziario, ma anche nel caso in cui l'amministrazione violi quel patrimonio di diritti e libertà della persona, anche se reclusa.

Si passa ora all'analisi del secondo parametro normativo fornito dall'articolo 69 comma 6 lett. *b*) ord. penit., la cui sussistenza risulta necessaria al fine di esperire il rimedio giurisdizionale. La condotta dell'amministrazione, rilevante nei termini appena descritti, deve aver cagionato «un pregiudizio all'esercizio dei diritti» del detenuto. Il legislatore, tramite questa formula così generica, ha delegato un'importante compito agli interpreti, quello di circoscrivere le situazioni giuridiche soggettive, la cui lesione risulta rilevante ai fini della presentazione di reclamo giurisdizionale.

A sostegno del, tutt'altro che agevole, lavoro rimesso all'interprete, è intervenuta una sentenza delle Sezioni Unite del 2003⁴⁹. Con questa pronuncia la Corte riconosce la titolarità dei diritti fondamentali in capo al detenuto, nonostante, appunto egli sia sottoposto a regime di restrizione di libertà. Inoltre, intende superare la tradizionale dicotomia interessi legittimi e diritti soggettivi nell'ambito del trattamento penitenziario.

Il problema più delicato, al fine di individuare le posizioni giuridiche soggettive tutelabili, consiste nello stabilire i confini della discrezionalità di cui gode l'amministrazione penitenziaria nell'esercizio delle sue funzioni.

Ogni intervento restrittivo o comunque limitativo dell'amministrazione penitenziaria deve risultare proporzionato al fine perseguito e non deve rappresentare un sacrificio ingiustificato per il detenuto.

La delimitazione dell'operatività del reclamo giurisdizionale in relazione a questa seconda condizione è stata rimessa alla giurisprudenza. Quest'ultima ha riconosciuto due nuclei di situazioni giuridiche soggettive tutelabili: il primo è rappresentato dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cost.; il secondo, invece, è costituito dall'art. 27 comma 3 Cost⁵⁰.

⁴⁷ d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

⁴⁸ Si veda articolo 11 comma 1 lett. *a* del d. lgs., 2 ottobre 2018, n. 123.

⁴⁹ Cass., S. U., 26 febbraio 2003, Gianni, cit.

⁵⁰ Nel primo nucleo rientrano tutti i diritti inviolabili dell'uomo: possiamo citare a titolo di esempio il diritto alla dignità personale, il diritto alla libertà personale (compatibilmente all'esecuzione della pena detentiva), il diritto all'integrità psicofisica e alla salute etc.; rientrano invece nel secondo gruppo, i diritti strettamente connessi alle funzioni assegnate costituzionalmente alla pena: diritto alla rieducazione e ad un trattamento differenziato.

Rimangono invece, al di fuori del perimetro di operatività del reclamo giurisdizionale, la lesione di mere aspettative, le quali non trovano un esplicito riscontro normativo, e la violazione di tutte quelle posizioni giuridiche soggettive estranee all'esecuzione penale⁵¹.

Alla luce del dettato normativo, di cui all'art. 69 comma 6 lettera b) ord. penit., emerge una terza condizione affinché il soggetto *in vinculis*, possa presentare istanza al magistrato di sorveglianza ex art. 35-bis. Si richiede, infatti, che il pregiudizio all'esercizio dei diritti patito dal detenuto, a seguito dell'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria, sia grave ed attuale. Il legislatore con questa previsione ha circoscritto ulteriormente l'ambito di applicazione del reclamo giurisdizionale⁵².

Il magistrato di sorveglianza dovrà quindi verificare se, in concreto, la lesione patita dal soggetto detenuto o internato, sia grave. Compito peraltro tutt'altro che agevole, dato che la norma in esame non sancisce in alcun modo il livello minimo di gravità richiesto ai fini della presentazione del reclamo giurisdizionale.

Parte della dottrina sottolineava come «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»⁵³. Un'interpretazione di questo tipo avrebbe però privato di significato, il dato letterale dell'articolo in esame. Al fine di non rendere eccessivamente restrittivo questo requisito, altra parte della dottrina ha proposto di «intendere il requisito della “gravità” nel senso che il pregiudizio lamentato dal reclamante non può essere così lieve da degradare ad un mero disagio o fastidio»⁵⁴. Questa sembra essere l'interpretazione a cui si è dato più seguito, anche sul versante giurisprudenziale.

Un ulteriore elemento che conferisce rilevanza a questa condizione è rappresentato dal fatto che questa è posta, dall'art. 35-bis comma 1 ord. penit., a pena di inammissibilità dell'istanza.

La gravità del pregiudizio dovrà essere accertata dal magistrato di sorveglianza, unitamente all'attualità di esso. La terza condizione, posta dall'art. 69, comma 6, lett. b), infatti, per essere soddisfatta deve presentare congiuntamente queste due caratteristiche.

⁵¹ V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit. p. 76.

⁵² Il riferimento ai parametri dell'attualità e gravità del pregiudizio patito dal detenuto o internato era rintracciabile già nella bozza dell'art. 69 comma 6 lett. b) ord. penit. elaborata dalla *Commissione Giostra*, cit. La *Relazione illustrativa* al documento redatto dalla *Commissione* sottolinea come l'inserimento di questo requisito è stato voto a maggioranza e non all'unanimità, in quanto la minoranza si mostrava contraria rispetto all'introduzione «di limitazioni ad una tutela che dovrebbe invece essere piena e incondizionata».

⁵³ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 140.

⁵⁴ F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 824. Si veda Cass., Sez. VII, 16 dicembre 2016, Attanasio, in www.cortedicassazione.it – servizio online.

L'attualità è un elemento sintomatico dell'identità dell'istituto oggetto della presente tesi. La Corte e.d.u. raccomandava al legislatore italiano l'inserimento di un rimedio di carattere preventivo ed inibitorio al fine di porre immediata riparazione ad una violazione dell'amministrazione penitenziaria.

L'organo di sorveglianza dovrà dunque accertare la sussistenza dell'attualità del pregiudizio, la quale dovrà essere verificata «sia al momento della presentazione del reclamo che al momento della decisione»⁵⁵. Si vuole quindi escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 35-*bis*, tutte quelle situazioni passate, non più in atto, rispetto alle quale l'amministrazione ha già posto rimedio e allo stesso modo tutte le doglianze aventi ad oggetto una previsione ipotetica di pregiudizio. Quest'ultimo caso si verifica qualora il soggetto, «si limiti a denunciare in astratto una disposizione che potrebbe, qualora venisse applicata nei suoi confronti, determinare la violazione di un suo diritto»⁵⁶.

Restano altresì escluse dall'area di operatività del reclamo giurisdizionale, le cd. lesioni istantanee, rappresentate da una condotta che si esaurisce in una brevissima frazione temporale. Questo perché, anche nel caso di accoglimento dell'istanza, tale rimedio non sarebbe idoneo, considerata la sua natura inibitoria, a regolare situazioni di questo genere⁵⁷.

Per quanto concerne, invece, i reclami aventi ad oggetto violazioni passate, i detenuti potrebbero trovare tutela nel cd. reclamo “generico” predisposto all'art. 35 ord. penit, seppur sfornito delle garanzie procedurali minime.

Un'ultima ipotesi è rappresentata dal caso in cui si verifichi una condotta lesiva e reiterata; pertanto, il requisito dell'attualità non sembra essere sempre soddisfatto. In questi casi però, pur essendo una scelta discrezionale del magistrato di sorveglianza, sembra preferibile una lettura estensiva della norma in esame, al fine di apprestare una tutela effettiva a tali situazioni.

Dall'analisi delle condizioni necessarie al fine di presentare reclamo giurisdizionale, emerge chiaramente un dato: al fine di selezionare le situazioni meritevoli di tutela giurisdizionale, l'interprete gioca un ruolo fondamentale. La giurisprudenza, infatti, nel corso di questi primi dieci anni di vigenza dell'istituto ha creato delle ha creato una serie di macrocategorie omogenee sulla base dei diritti maggiormente compressi e di conseguenza azionati dai detenuti⁵⁸.

⁵⁵ *Relazione illustrativa* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit.

⁵⁶ F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, cit., p. 824.

⁵⁷ Cass., Sez. VII, 17 maggio 2016, n. 13229, Guarino, cit.

⁵⁸ Si può citare a titolo di esempio: il diritto alla salute, la tutela dei rapporti affettivi, libertà di culto, diritto a un trattamento umano e dignitoso. Sul punto V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 82.

Ad oggi ovviamente il diritto vivente non ha ancora preso in considerazione tutti i profili concernenti la vita dei detenuti o internati, ma certo è che i diritti esercitabili nel corso dell'esecuzione detentiva devono essere considerati dall'interprete come un mondo in progressiva espansione; sempre nell'ottica di rieducazione sociale del detenuto.

3. Un'analisi dinamica delle fasi del procedimento

Si analizzano nel presente paragrafo la struttura ed i tratti fondamentali del giudizio di primo grado a seguito di presentazione di reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis*.

In particolare, si concentrerà l'attenzione sul procedimento di cognizione, volto ad accertare la fondatezza del reclamo. Successivamente si analizzerà, invece il giudizio di ottemperanza⁵⁹, destinato ad incidere sull'eventuale inerzia dell'amministrazione penitenziaria.

Le dinamiche del reclamo giurisdizionale sono disciplinate in parte dalla normativa penitenziaria, per quanto concerne i presupposti, ed in parte dal codice di procedura penale, per quanto riguarda le regole procedurali da attuare.

L'articolo 35-*bis*, per quanto riguarda il modello procedimentale da osservarsi, attraverso la tecnica del richiamo normativo, fa rinvio agli artt. 666 e 678 c.p.p.⁶⁰, salvo alcune previsioni specifiche che si evidenzieranno in seguito.

Il primo punto di divergenza si rileva nell'ambito della legittimazione attiva.

Gli articoli 666 e 678 c.p.p. prevedono l'attivazione del procedimento anche *ex officio*, riconoscendo la legittimazione attiva in capo al pubblico ministero e allo stesso organo giurisdizionale. Ci si domanda, se il rinvio effettuato dalla norma in esame debba essere onnicomprensivo, o meno.

Nel caso del procedimento di esecuzione, una previsione del genere trova giustificazione nella particolare natura del procedimento stesso. Il procedimento di sorveglianza, essendo destinato a concedere misure alternative alla detenzione, si caratterizza per l'assenza di un profilo contenzioso. Entrambe le parti, autorità giudiziaria e detenuto, mirano al perseguimento di un ottimale trattamento rieducativo; vi è pertanto una

⁵⁹ Su questo profilo, *infra*, § 2.4.

⁶⁰ Tali articoli disciplinano, rispettivamente, il procedimento di esecuzione ed il procedimento di sorveglianza. Interessante sottolineare come già nel 2003, le Sezioni Unite avessero individuato in questi articoli i modelli procedimentali da seguire in caso di reclamo *ex art. 14-ter* ord. penit.

comunione di interessi. Ciò giustifica anche la parziale deviazione dei principi di cui all'art. 111 comma 2 Cost.

Un ragionamento analogo, però non può essere fatto in relazione al giudizio che si instaura a seguito di presentazione di reclamo giurisdizionale. Lo schema del giudizio che emerge, già dalla lettura dei suoi presupposti applicativi, è di natura intrinsecamente contenziosa.

Pur essendo anch'esso uno strumento ideato dal legislatore al fine di perseguire le finalità rieducative, di cui all'art. 27 comma 3 Cost., in tal caso l'inevitabile contrapposizione tra le parti processuali e la necessaria equidistanza dall'organo decisionale conducono ad escludere l'attivazione *ex officio* in tale ambito.

Rimane salvo il potere riconosciuto al magistrato di sorveglianza, dall'art. 69 comma 5 ord. penit., di impartire «disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati.»⁶¹

Rimanendo in tema di legittimazione attiva, dopo aver escluso la possibilità di instaurare d'ufficio il giudizio per reclamo, si analizzano le ulteriori figure coinvolte.

È altresì esclusa la possibilità di attivare il procedimento per il pubblico ministero⁶².

Più dibattuta è la questione che concerne la figura del difensore. Questo è ricompreso nel ventaglio dei soggetti legittimati solo dagli artt. 666 e 678 c.p.p., ma non è contemplato, invece, dall'art. 69 comma 6 ord. penit. Questo sembrerebbe escludere per il difensore la possibilità di attivare il procedimento per reclamo.

Ad una conclusione diversa si giunge se si considera l'art. 35-bis comma 5 ord. penit, nella parte in cui riconosce in capo al difensore la possibilità di attivare autonomamente il giudizio di ottemperanza, purché «munito di procura speciale». Una previsione di questo tipo sembra implicitamente riconoscere nei confronti del difensore anche la legittimazione attiva per quanto riguardo il giudizio di cognizione a seguito di reclamo, purché anche in questo caso munito di procura speciale preventiva.

La legittimazione attiva è sicuramente riconosciuta in capo ai soggetti che effettivamente subiscono un pregiudizio all'esercizio dei propri diritti, siano essi detenuti o

⁶¹ Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *L'iniziativa tra principio della domanda e poteri ex officio*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva*, cit., p. 187.

⁶² Alcuni studiosi sostenevano l'opinione contraria, la quale però non è mai risultata convincente dal momento che il pubblico ministero non è «investito di compiti di tutela attiva delle posizioni soggettive dei detenuti nell'ambito delle materie oggetto del reclamo giurisdizionale», F. FIORENTIN, *L'iniziativa*, cit., p. 185. Sul punto V. anche 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.

internati. Con il termine «detenuto» il legislatore si riferisce sia ai condannati in via definitiva, ma anche a coloro i quali siano sottoposti a custodia cautelare in carcere, imputati o indagati⁶³.

Ci si interroga sulla possibilità di estendere l'esperibilità del rimedio giurisdizionale ai soggetti sottoposti ad una misura alternativa alla detenzione, analogamente a quanto successo in ordine al rimedio risarcitorio, di cui all'art. 35-ter.

L'applicabilità del reclamo giurisdizionale rimane fortemente vincolata alla sussistenza dei suoi presupposti. In particolare, tale rimedio risulterà esperibile da parte di soggetti sottoposti a misura alternativa, solo laddove si verifichi comunque un pregiudizio grave ed attuale all'esercizio dei diritti dell'interessato ed esso risulti essere diretta conseguenza di un'inosservanza dell'amministrazione penitenziaria.

Per quanto concerne gli internati, il legislatore intendeva conferire la legittimazione attiva del rimedio giurisdizionale a tutti coloro che siano destinatari di una misura di sicurezza di tipo detentivo o comunque siano allocati nelle strutture qualificate come R.E.M.S.⁶⁴

Come si è già detto all'inizio del presente lavoro, l'autorità giudiziaria competente in materia di reclamo giurisdizionale è il magistrato di sorveglianza, che si identifica come il garante della «conformità alla legge dell'azione penitenziaria»⁶⁵.

La competenza per materia è disciplinata all'art. 69 comma 6 lettere a) e b) ord. penit, mentre per quanto riguarda la competenza per territorio è necessario rifarsi a quanto disposto dall'art. 677 comma 1 c.p.p.

La regola generale che governa la competenza per territorio prevede che sia competente il magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto ove è recluso il soggetto, nel momento in cui prende avvio il procedimento per reclamo *ex art. 35-bis*⁶⁶.

⁶³ Assume la medesima posizione la giurisprudenza, seppur in ordine al rimedio risarcitorio di cui all'art. 35-ter: «l'obbligo positivo sussiste in rapporto alla condizione di fatto in cui il soggetto titolare del diritto viene a trovarsi ed è insensibile alla condizione di giudicabile o di condannato». Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, Lo Monaco, in *C.e.d.*, 271038.

⁶⁴ Nonostante queste strutture siano state interessate da numerose novità, prima su tutti il fatto che oggi siano a gestione esclusivamente sanitaria, i soggetti collocati presso queste strutture sono sempre qualificabili come internati. Su di essi ricade la legittimazione attiva, con l'unica differenza che l'amministrazione coinvolta nel procedimento per reclamo, non sarà quella penitenziaria, bensì quella sanitaria che gestisce la struttura ivi è collocato il soggetto interessato. V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit. p. 175

⁶⁵ 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*, Bologna, 1982, p.209.

⁶⁶ Tale previsione trova giustificazione in quanto da un lato si vuole garantire un collegamento più stretto e funzionale possibile tra il magistrato di sorveglianza e il detenuto, dal momento che sono rilevanti anche aspetti personali di quest'ultimo, che altrimenti non sarebbero presi in considerazione dall'organo giudicante; dall'altro si vuole facilitare i rapporti tra autorità giudiziaria e amministrazione penitenziaria. V. R.E. KOSTORIS,

L'unica ipotesi che merita approfondimento è rappresentata dal caso in cui il soggetto a seguito di presentazione di reclamo *ex art. 35-bis*, venga trasferito in un differente istituto penitenziario. In forza del principio *perpetuatio jurisdictionis* si esclude che il giudizio possa essere trasferito davanti ad un nuovo giudice. Sarà competente, infatti, il giudice avente giurisdizione sull'istituto ove si trovava il detenuto al momento di presentazione dell'istanza.

In caso di reclamo ai sensi dell'arti. 69 comma 6 lettera *a* ord. penit., ciò non pone particolari problemi⁶⁷, mentre nel caso in cui si proceda per l'accertamento di una violazione di un diritto del detenuto, tale ipotesi può comportare problemi di rilievo pratico. Infatti, lo spostamento del detenuto da un istituto all'altro, può far venir meno il requisito dell'attualità della lesione e rendere di conseguenza inammissibile la richiesta di reclamo giurisdizionale⁶⁸.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, sottolineando come il trasferimento del detenuto a seguito dell'avvio del procedimento per reclamo «comporta, di per sé, la cessazione del comportamento – in tesi – lesivo e dunque il venir meno della «attualità» del pregiudizio, con carenza sopravvenuta di uno dei presupposti dell'azione di tutela introdotta dal legislatore»⁶⁹.

3.1 Il vaglio di ammissibilità e gli atti introduttivi all'udienza

A seguito della presentazione dell'istanza di reclamo giurisdizionale si apre una fase preliminare, che precede l'esame nel merito della controversia, durante la quale si svolgono un insieme di attività volte ad accertare l'ammissibilità dell'istanza stessa.

Il magistrato di sorveglianza è chiamato quindi ad operare un controllo preliminare sulla base di quanto disposto dall'art 35-*bis* comma 1 ord. penit.: «casi di manifesta

Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario*, cit., pp. 548-549.

⁶⁷ L'unico problema pratico è rappresentato dal fatto che il detenuto subisce dei disagi relativi alla propria partecipazione in udienza.

⁶⁸ In linea generale il reclamo diviene inammissibile per carenza del requisito dell'attualità, ma si possono verificare due diversi casi: il detenuto subisce il medesimo pregiudizio anche presso il nuovo istituto di detenzione, ma il reclamo rimane inammissibile perché gli elementi costitutivi del reclamo originariamente presentato sono differenti; altra ipotesi invece è rappresentata dal caso in cui, anche a seguito del trasferimento, il reclamo conserva il requisito dell'attualità e di conseguenza può essere sottoposto all'attenzione del magistrato di sorveglianza. A titolo di esempio: il detenuto presenta reclamo avente ad oggetto il mancato rilascio da parte dell'amministrazione di una certificazione che attestasse il numero di colloqui avvenuti tra il detenuto e il proprio legale in dato periodo di tempo, il trasferimento in tale caso non comporta la perdita del requisito dell'attualità, esempio tratto da K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 178.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 9 febbraio 2018, Emmanuello, in www.cortedicassazione.it – servizio online.

inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale»⁷⁰.

Innanzitutto, è necessario chiarire che la locuzione «manifesta inammissibilità» rappresenta un concetto del tutto estraneo al lessico della procedura penale, alcuni autori, hanno infatti, cercato di superare l'errore terminologico, riconducendo tale ipotesi alla manifesta infondatezza delle condizioni di legge.

L'organo monocratico può dichiarare l'inammissibilità della domanda in due casi: se l'istanza risulta «manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge»; ovvero qualora questa «costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata».

Nel momento in cui il magistrato di sorveglianza debba verificare la manifesta infondatezza, il rischio che si corre è quello di sconfinare in un esame sul merito della domanda. Al fine di evitare questo pericolo, che qualora si verificasse, rappresenterebbe la violazione del diritto al contraddittorio e alla difesa, l'autorità giudiziaria in questa sede deve basarsi unicamente sull'atto introduttivo del procedimento, e le ragioni a sostegno di questo.

In dottrina si è sottolineato come il giudice in questa sede debba compiere una constatazione, piuttosto che una valutazione⁷¹.

Pertanto, se dall'istanza emerge che sono state rispettate tutte le condizioni imposte dalla legge al riguardo, il magistrato di sorveglianza dovrà obbligatoriamente dichiarare ammissibile il reclamo.

Per quanto concerne il reclamo in materia disciplinare, le ipotesi di manifesta inammissibilità sono sostanzialmente due: il caso in cui il detenuto adduca, nell'atto introduttivo, solamente ragioni attinenti al merito nei confronti di una delle sanzioni disciplinare, di cui all'art. 39 comma 1 nn. 1,2 e 3, per le quali è esclusa una valutazione di questo tipo; ovvero il caso in cui l'interessato sia caduto in errore circa la comprensione del dettato normativo⁷².

Se invece, oggetto del reclamo è un pregiudizio subito dall'interessato a seguito di una condotta dell'amministrazione penitenziaria, in tal caso l'autorità giudiziaria, dovrà accertarsi che sussistano effettivamente le condizioni richieste dall'art. 69 comma 6 lettera *b* ord. penit: pregiudizio all'esercizio di un diritto, gravità e attualità.

⁷⁰ Il parametro normativo di riferimento è quindi rappresentato dalle ipotesi di inammissibilità già previste per il procedimento di esecuzione e sorveglianza.

⁷¹ In relazione al procedimento di sorveglianza, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, p. 226.

⁷² A titolo di esempio: domanda di un soggetto che denuncia un difetto di contestazione dell'addebito perché non eseguito dall'educatore, soggetto estraneo al dettato normativo di cui all'art. 81 reg. esec. Esempio tratto da K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 191.

La seconda ipotesi di inammissibilità è rappresentata dalla «mera riproposizione di una richiesta già rigetta, basata sui medesimi elementi». Anche in questo caso il procedimento per reclamo si arresterà ad una fase antecedente rispetto all'instaurazione del contraddittorio in udienza. Per integrare tale fattispecie è richiesta l'identità oggettiva tra le due domande.

Dal momento che il giudice deve essere messo nelle condizioni di valutare l'eventuale coincidenza di *petitum* e *causa petendi*, se ne deduce che grava sull'interessato l'onere di indicare entrambi gli elementi nell'atto introduttivo.

Si riconduce a tale ipotesi anche il caso di riproposizione di una domanda che non è stata rigettata, bensì è stata dichiarata inammissibile⁷³.

Altre cause generali di inammissibilità sono: «il difetto di competenza funzionale del giudice in relazione al provvedimento richiesto; il difetto di legittimazione del reclamante; il difetto di interesse alla decisione; la rinuncia alla domanda ritualmente presentata; la contemporanea pendenza di un altro procedimento di analogo contenuto; la mancata indicazione nel reclamo del *petitum* e *causa petendi*.»⁷⁴

Una volta terminata la fase preliminare, nel caso in cui il magistrato procedente non abbia rilevato una delle cause di inammissibilità, procederà con la notifica del decreto che dispone il giudizio.

Innanzitutto, il giudice nomina «il difensore di ufficio all'interessato che ne sia privo»⁷⁵, successivamente «fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso, oltre che al soggetto che ha proposto reclamo, anche all'amministrazione interessata, a cui è comunicato contestualmente il reclamo, e che può comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste»⁷⁶.

Il magistrato di sorveglianza procede, quindi, tramite decreto con il quale, non solo convoca le parti e i relativi difensori, ma deve altresì informare loro circa l'oggetto del giudizio. La disciplina codicistica in merito non dettaglia precisamente il contenuto che deve avere il decreto che dispone l'udienza. A tal fine si seguono le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁷.

⁷³ Cass., Sez. I, 1 dicembre 1999, Bauleo, in *C.e.d.*, 215230.

⁷⁴ K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 194.

⁷⁵ Art. 666 co. 3 c.p.p.

⁷⁶ Art. 35-*bis* co. 1 ord. penit.

⁷⁷ Il decreto di fissazione dell'udienza *ex art. 35-bis*, è stato assimilato da parte della dottrina al decreto che dispone il giudizio nel procedimento penale di esecuzione, ma la giurisprudenza di legittimità ha rilevato come in tal caso il contenuto del decreto debba essere meno dettagliato, non devono essere rispettati infatti, tutti i parametri esplicitati dall'art. 429 comma 1 c.p.p. In tal senso, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2005, Caterino, in *C.e.d.*, 232273.

Sicuramente questo dovrà contenere l'indicazione della data, dell'ora e del luogo dell'udienza, nonché l'illustrazione dell'oggetto per cui si procede, «in forma succinta»⁷⁸.

In linea generale, anche se non sono richiesti standard minimi di contenuto, si richiede che con questo decreto l'autorità giudiziaria informi sufficientemente le parti al fine di rendere possibile a queste ultime un'effettiva e collaborativa partecipazione in udienza, e soprattutto di predisporre adeguatamente le proprie difese⁷⁹.

Come abbiamo visto, il decreto che dispone l'udienza deve essere notificato anche all'amministrazione interessata, *ex art. 35-bis* comma 1 ord. penit⁸⁰.

Rimane da chiarire però che cosa si intenda con la locuzione «amministrazione interessata» utilizzata dal legislatore. In un primo momento si è riconosciuta l'amministrazione interessata quale soggetto portatore di un interesse contrapposto rispetto a quello sostenuto dal reclamante. Il magistrato di sorveglianza nell'individuare l'amministrazione interessata deve tenere conto di quale sarà il soggetto destinatario della sua decisione, in caso di accoglimento dell'istanza. In linea generale si è configurata l'amministrazione interessata nell'autorità penitenziaria, quale ente pubblico preposto alla gestione dei ristretti⁸¹, ma non solo, come si vedrà in seguito.

Lo step successivo consiste nell'individuare quale tra gli organi dell'amministrazione penitenziaria debba essere destinatario dell'avviso di fissazione dell'udienza.

La situazione è pacifica per quanto concerne il reclamo giurisdizionale in materia disciplinare, *ex art. 69* comma 6 lettera *a* ord. penit., in quanto si tratta solo di individuare l'organo che ha emanato il provvedimento disciplinare, e quindi, direttore dell'istituto o Consiglio di disciplina.

Più complicato è il caso, invece, del reclamo in materia di diritti genericamente intesi, in quanto l'oggetto del reclamo potrebbe consistere in situazioni eterogenee, differenziate tra loro, che rendono più complicato individuare la controparte portatrice di un interesse alla risoluzione della controversia.

⁷⁸ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2007, Murano, in *C.e.d.*, 239501.

⁷⁹ A tal fine l'art. 3 comma 1 lett. *c* del d.lgs. n. 123 del 2018, che ha modificato l'art 35-*bis* comma 1 ord. penit, introduce una novità: il decreto di fissazione dell'udienza che, come sappiamo, deve essere notificato all'amministrazione interessata, deve essere accompagnato da una copia dell'istanza con la quale si è introdotto il giudizio per reclamo.

⁸⁰ Questa previsione è stata introdotta dal legislatore con le riforme del 2013 e 2013: d.l. n. 146 del 2013, d.lgs n. 123 del 2018, al fine di rafforzare il contraddittorio.

⁸¹ Cass., S. U., 21 dicembre 2017, Ministero della giustizia in proc. Tuttolomondo, in *C.e.d.*, 271649.

Nella prassi si attua il meccanismo della «doppia notifica»: sia all'amministrazione penitenziaria che al D.A.P.⁸²

In giurisprudenza si era aperto un dibattito tra chi sosteneva che la notifica dovesse essere effettuata nei confronti del «Ministro della Giustizia pro-tempore», poiché «il richiamo normativo, genericamente riferito all'«amministrazione», non può che essere riferito all'amministrazione nella sua organizzazione apicale e non certo ad ogni istituzione in essa inserita e ad essa sottoposta»⁸³ e chi invece, riteneva tale soluzione eccessivamente onerosa. Altra parte della giurisprudenza di legittimità, infatti, intendeva attribuire rilevanza a quanto disposto dalla circolare interna del 2014⁸⁴, la quale «[...] conferisce al direttore del singolo istituto carcerario il potere di gestione del contenzioso di primo grado»⁸⁵.

Come anticipato, amministrazione interessata non è sempre e solo l'amministrazione penitenziaria, ma può altresì rilevare ad esempio l'amministrazione sanitaria⁸⁶, qualora il diritto pregiudicato, sia il diritto alla salute.

Il legislatore nel momento in cui ha provveduto a disciplinare la partecipazione dell'ente pubblico all'udienza, non ha però precisato se questa dovesse comparire con o senza il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Al fine di colmare il vuoto normativo, è intervenuto il d.lgs. n. 123 del 2018, il quale sancisce la possibilità per l'amministrazione interessata di «comparire con un proprio dipendente»⁸⁷. La ratio di questa previsione è da rinvenire nella particolare natura del giudizio per reclamo giurisdizionale, il quale ha ad oggetto situazioni inerenti alla vita intramuraria, che sono strettamente collegate alla gestione operata dalla stessa amministrazione; nessuno meglio di questa può conoscere tali fattispecie.

⁸² D.A.P. è acronimo di Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria; sul meccanismo della doppia notifica V. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit.*, cit., p. 249.

⁸³ Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, Ministero della giustizia e altri in proc. Omar, in www.cortedicassazione.it – servizio online.

⁸⁴ La Circolare n. 3655/6105 dell'8 marzo 2014 (Contenzioso ai sensi degli articoli 35-bis e 69 ord. penit. Riparto delle competenze fra Dipartimento, provveditorati e Direzioni degli istituti) detta «i criteri di riparto delle competenze fra i diversi livelli» dell'organizzazione amministrativa nell'ambito dei giudizi di reclamo giurisdizionale.

⁸⁵ Cass., Sez. I, 24 febbraio 2017, Ministero della giustizia e altri in proc. Schiavone, in www.cortedicassazione.it – servizio online.

⁸⁶ Da individuarsi nella A.s.l., U.l.s.s., o Azienda ospedaliera competenti in virtù del *locus custodiae*. Sul punto V. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit. pp. 403 e 405. In tali casi, nella prassi viene sempre attuato il meccanismo della doppia notifica, una disposta nei confronti della A.s.l. territoriale e l'altra all'amministrazione penitenziaria. Sul punto V. F. FIORENTIN, *Il reclamo*, cit., p. 249.

⁸⁷ Si prevede altresì la possibilità di instaurare un contraddittorio di tipo cartolare, attraverso la presentazione di «osservazioni e richieste», così come disposto dall'art. 35-bis comma 1 ord. penit.

Passiamo ora all'analisi della figura del reclamante, anch'egli destinatario dell'avviso di fissazione dell'udienza⁸⁸.

Fino alla riforma del 2018, la partecipazione dell'interessato all'udienza incontrava un limite nella disciplina di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p. Questo, infatti, poteva essere sentito dal magistrato di sorveglianza, dopo averne fatto formale richiesta, solo se era detenuto o internato in un istituto che rientrava nella circoscrizione del magistrato procedente. Nel caso in cui il luogo di detenzione fosse al di fuori della circoscrizione territoriale del magistrato, veniva raggiunto e ascoltato dal giudice in un momento antecedente alla data dell'udienza.

La possibilità di partecipazione era quindi, strettamente correlata all'elemento del *locus custodiae*, del tutto casuale, e capace di generare disparità di trattamento, sia tra i detenuti stessi, ma anche tra il detenuto e l'amministrazione. Una previsione di questo genere presentava, inoltre, profili di incompatibilità con i principi di oralità e immediatezza⁸⁹.

La situazione cambia radicalmente a seguito della riforma legislativa del 2018⁹⁰. Alla luce di quest'ultima, infatti, le possibilità di intervento del reclamante non saranno più disciplinate all'art. 666 comma 4, ma piuttosto dall'art. 678 comma 3.2. c.p.p.

La formulazione di questa nuova disposizione sancisce che se il «detenuto o internato ne fa richiesta, il giudice dispone la traduzione».

Le modalità di partecipazione sono però di due diverse tipologie: presenza fisica in udienza e partecipazione a distanza, tramite collegamento audiovisivo.

La scelta dell'una o dell'altra modalità rimane però ancora collegata al criterio del *locus custodiae*.

Sicuramente garantire la partecipazione, in qualsiasi modalità possibile, del reclamante rafforza il principio del contraddittorio e il diritto alla difesa dello stesso, e questo è un punto di forza di tale novità. Alcuni autori hanno però sottolineato come tale disciplina presenti dei profili critici. In particolare, la partecipazione fisica in udienza e la partecipazione a distanza sono due modalità non perfettamente coincidenti, tramite la seconda, si rischia di perdere alcuni elementi fondamentali per il formare il convincimento dei giudici⁹¹.

⁸⁸ Per l'amministrazione interessata la notifica avviene per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata, per quanto riguarda il soggetto in vinculis, invece, si dovrebbero osservare le ritualità disposte dall'art. 156 c.p.p.: consegna della copia del decreto nel luogo di detenzione. Sul punto V. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit. p. 404.

⁸⁹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010 p. 890.

⁹⁰ d. lgs. n. 123 del 2018.

⁹¹ In questo senso, M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 19, l'autore evidenzia come «il collegamento audiovisivo a distanza, anche se effettuato con le migliori tecnologie, abbassa la qualità delle percezioni», annulla il «pathos».

Tuttavia, tali critiche nascono, e assumono maggior rilevanza, nell'ambito del processo penale di cognizione. Per quanto riguarda il procedimento per reclamo giurisdizionale, sicuramente garantire a tutti i detenuti la possibilità di partecipare in udienza fisicamente rappresenterebbe una garanzia ulteriore, ma il legislatore ha dovuto operare un bilanciamento di interessi, da una parte il diritto alla difesa del soggetto *in vinculis* e dall'altra le esigenze di sicurezza e di tempestività del giudizio. A farne le spese, sono state, ancora una volta, le garanzie dei detenuti.

L'art. 666 comma 3 c.p.p. riconosce inoltre in capo a tutte le parti del processo di esecuzione la possibilità di presentare memorie e osservazioni fino a cinque giorni prima della data dell'udienza.

Sebbene, l'art. 35-*bis* ord. penit., riconosca esplicitamente questo potere solo in capo all'ente pubblico, ciò non toglie che tale previsione sia altresì riferibile anche al soggetto privato.

Anche perché sembrerebbe irragionevole avvalorare una deviazione rispetto al modello base di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., al fine di ridurre le garanzie riconosciute al detenuto, il quale già deve affrontare una serie di difficoltà ulteriori in ragione dello stato detentivo; e si rischierebbe altresì, di minare il rispetto del principio del contraddittorio

È pacifico quindi, ritenere che anch'egli possa presentare memorie e osservazioni al fine di arricchire il contenuto dell'atto introduttivo, rispettando sempre però un termine adeguato, per consentire alla controparte di presentare le proprie controdeduzioni⁹².

3.2. *Udienza e fase istruttoria*

L'udienza del procedimento per reclamo giurisdizionale segue, anch'essa, lo schema base disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p.

A questa devono partecipare, quali soggetti necessari, il pubblico ministero e il difensore. Come abbiamo visto, il reclamante e l'amministrazione interessata, possono intervenire, ma non sono obbligati a farlo⁹³.

⁹² In tal senso, Cass., Sez. I, 13 luglio 2017, Palau Giovannetti, in *C.e.d.*, 271457.

⁹³ Nel caso in cui però, il reclamante abbia presentato formale richiesta per intervenire in udienza, e solo dopo decida di non comparire, genererà una nullità a carattere generale di tipo intermedio *ex art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.* Stessa conseguenza segue l'assenza del pubblico ministero, *ex art. 178 comma 1 lett. b.*

I problemi nascono in relazione all'assenza del difensore. Nel caso in cui questi sia stato regolarmente citato ed abbia omesso di comparire, il giudice nominerà un avvocato d'ufficio, *ex art. 97 comma 4 c.p.p.*, e procederà con la trattazione della causa.

Diverso è il caso, invece, del difensore che non si sia presentato in udienza, ma abbia addotto tempestivamente un legittimo impedimento. In questa ipotesi, non è chiaro se il giudice possa procedere alla trattazione della causa, anche in questo caso previa nomina di un avvocato d'ufficio, o se invece debba rinviare la trattazione ad un'altra data.

Il parametro di riferimento è, ad oggi, l'*art. 420-ter c.p.p.* Ma ci si interroga sulla portata di tale disposizione, o meglio, se questa possa essere estesa al rito di esecuzione e di sorveglianza. La giurisprudenza sul punto non ha ancora raggiunto un orientamento univoco.

In alcune pronunce si sottolinea l'«assenza di espresse disposizioni normative in tal senso» e della «specificità» di tali procedimenti, che «risiede nella necessità di assicurare celerità e speditezza nella decisione»⁹⁴. Mentre, in altre occasioni, la Corte di cassazione, ha riconosciuto che il legittimo impedimento del difensore, «adeguatamente provato nella sua serietà e tempestivamente comunicato, costituisce causa di rinvio dell'udienza in camera di consiglio»⁹⁵.

Seppur, come anticipato, non si è ancora arrivati ad un'interpretazione unanime dell'*art. 420-ter c.p.p.*, sembra preferibile la tesi secondo cui, in caso di legittimo impedimento del difensore, l'udienza debba essere rinviata ad una nuova data, questo sempre nell'ottica di valorizzare il diritto alla difesa del soggetto detenuto.

L'udienza, di cui trattasi, seguendo le prescrizioni previste per il rito camerale, si svolge a porte chiuse, senza la presenza del pubblico.

Tale regola aurea, incontra però delle deroghe in relazione al procedimento di sorveglianza e di esecuzione. Infatti, a partire dal 2010⁹⁶, si è aperto un filone giurisprudenziale volto ad ammettere la presenza del pubblico, su richiesta dell'interessato.

Tale orientamento è stato confermato dal legislatore del 2018, con la disciplina di cui all'*art. 678 comma 3.1. c.p.p.*, secondo la quale: «quando ne fa richiesta l'interessato l'udienza si svolge in forma pubblica»; «si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 471 e 472» *c.p.p.*

⁹⁴ Cass., Sez. I, 29 novembre 2017, Di Matteo, in *C.e.d.*, 273847; Cass., Sez. I, 16 maggio 2017, Gualtieri, *ivi*, 271542; Cass., S. U., 27 giugno 2006, Passamani, in *C.e.d.*, 234146.

⁹⁵ Cass., Sez. I, 7 febbraio 2019, Ferretti, in *C.e.d.*, 275329; Cass., Sez. I, 4 luglio 2019, Longo, in www.cortedicassazione.it – servizio online; Cass., Sez. I, 3 maggio 2017, Recupero, in *C.e.d.*, 270343;

⁹⁶ Il riferimento è a: Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93; Corte cost., 21 maggio 2014, n. 135; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 97; Corte cost., 15 giugno 2015, n. 109.

Alla luce del nuovo dettato normativo, si può quindi, procedere alla celebrazione dell'udienza in forma pubblica, solo qualora l'interessato ne faccia richiesta, non esiste infatti, alcun automatismo in merito.

Rimane salvo il potere del giudice di negare tale possibilità nei casi in cui il codice di rito lo prevede espressamente⁹⁷.

Per quanto concerne, invece, la disciplina dell'attività probatoria, questa è da rinvenirsi negli artt. 666 comma 5 c.p.p., 185 disp. att. e 678 comma 2 c.p.p.⁹⁸.

In linea generale, l'attività probatoria nell'ambito del procedimento per reclamo giurisdizionale, ammette l'assunzione di tutti i mezzi di prova, purché compatibili con i connotati fondamentali del procedimento in esame.

La prova precostituita ha un ruolo centrale e prioritario rispetto alle prove costituenti, ma ciò non esclude che il magistrato di sorveglianza possa procedere all'assunzione di materiale probatorio anche nel corso dell'udienza. Ciò lo si può evincere dal dettato normativo dell'art. 666 comma 5 c.p.p. che pone in primo piano «i documenti e le informazioni», e dispone l'assunzione di ulteriori prove in udienza da parte del giudice, solo se necessario.

Alla luce della nuova normativa, in materia di partecipazione dell'interessato all'udienza⁹⁹, sembra altresì possibile procedere all'esame delle parti.

Per quanto riguarda l'ammissione della prova si assiste ad un rovesciamento della disciplina prevista in relazione al procedimento penale di cognizione. Se infatti, nell'ambito del procedimento penale vige la regola secondo la quale l'assunzione dei mezzi di prova avviene su richiesta della parti, e solo in via eccezionale il giudice può procedere all'assunzione *ex officio*; nell'ambito del procedimento per reclamo giurisdizionale il ruolo centrale nell'assunzione dei mezzi probatori è ricoperto dal magistrato di sorveglianza, che ha in tal senso il potere-dovere di assumere d'ufficio tutti i mezzi di prova utili ai fini della decisione, le parti ricoprono invece un ruolo residuale.

⁹⁷ È altresì prevista la possibilità per il giudice di negare lo svolgimento dell'udienza con la presenza del pubblico, se questo comporta eccessivi costi dal punto di vista organizzativo.

⁹⁸ Tale disposizione, nell'ambito del procedimento di sorveglianza è dedicato ai casi in cui si proceda nei confronti di un soggetto sottoposto all'osservazione scientifica della personalità; nell'ambito del procedimento per reclamo sembra perdere rilevanza, in quanto, quest'ultimo verte su una circostanza attinente al procedimento disciplinare oppure su una violazione realizzata dall'amministrazione nel corso del trattamento; i risultati degli accertamenti *ex art. 678 comma 2 c.p.p.* «racchiudono pre-valutazioni di meritevolezza destinate a condizionare inevitabilmente il verdetto», F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 371.

⁹⁹ Su questo profilo, *supra* cap. 2, § 3.1.

Tale impostazione ha suscitato alcuni dubbi di compatibilità con l'articolo 111 Cost¹⁰⁰.

Il rischio che si corre è quello di attenuare l'imparzialità e la terzietà del giudice e di attribuire al procedimento un carattere eccessivamente inquisitorio.

A queste critiche, altra parte della dottrina, ha risposto evidenziando l'importanza, soprattutto in tale ambito, della ragionevole durata processo. Un'altra interpretazione a difesa dell'impianto dell'assunzione delle prove nel procedimento in esame consiste nella particolare condizione del soggetto reclamante. Trovandosi questo in stato detentivo, potrà più difficilmente raccogliere materiale probatorio. A tal fine, infatti, si dice che la centralità del giudice nell'assunzione dei mezzi di prova è funzionale a «riequilibrare la posizione di svantaggio in cui versa l'istante nella dimostrazione dei fatti posti a fondamento della sua domanda»¹⁰¹.

Tale orientamento trova riscontro anche nella pronuncia della Corte e.d.u. del 2013, Torreggiani e altri c. Italia., la quale ha approvato l'operatività di questo meccanismo, a maggior ragione, se si considera che la controparte, ovvero l'amministrazione, è l'unica autorità «ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente».

Alla luce di questa disciplina, ne segue che il magistrato di sorveglianza non potrà mai rigettare un'istanza perché non sufficientemente corredata di materiale probatorio. Nel corso degli anni infatti, in giurisprudenza, l'originario onere probatorio che ricadeva sul reclamante è stato riqualificato come un mero onere di allegazione¹⁰².

Il potere istruttorio officioso non comporta assolutamente che le parti non possano produrre materiale probatorio. Esse rimangono comunque titolari della facoltà di avanzare richieste, finalizzate all'assunzione di un determinato mezzo di prova, sia prima dell'udienza, oppure direttamente in udienza.

Inoltre, il difensore ha la facoltà di svolgere indagine difensive. Questo in ragione dell'art. 327-*bis* c.p.p. che riconosce tale facoltà anche nella fase dell'«esecuzione penale».

¹⁰⁰ V. L. FILIPPI-G. SPANGHER-M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 4^a ed., Milano, 2016, p. 343; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 6^a ed., Milano, 2017, p. 329.

¹⁰¹N. ROMBI, *La fase istruttorie*, in F. FIORENTIN, (a cura di), *La tutela*, cit., p. 227.

¹⁰² L'interessato, infatti, ha solo il dovere di «prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombando poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti» in questo senso Cass., Sez. I, 22 settembre 2010, Di Sabatino, in *C.e.d.*, 248276.

Il parametro normativo sulla base del quale il giudice ammette, o meno, un mezzo di prova è rappresentato dall'art. 190 c.p.p., saranno pertanto escluse solamente le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente irrilevanti¹⁰³.

L'assunzione delle prove deve avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio, anche nell'ambito del procedimento per reclamo.

Tuttavia, rispetto alla disciplina generale prevista per il processo penale di cognizione, altresì applicabile ai riti tipici della fase esecutiva, nell'ambito del procedimento *ex art. 35-bis* ord. penit., si verificano delle deviazioni. Infatti, l'art. 185 disp. att., concede al magistrato procedente di proseguire «senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia»¹⁰⁴.

L'art. 185 disp. att. è stato utilizzato da alcuni studiosi come base giuridica per sostenere l'esclusione dell'esame incrociato nell'ambito del procedimento per reclamo.

Infine, per quanto riguarda le prove documentali, sebbene l'art. 666 comma 5 c.p.p., riferisca il rispetto del principio del contraddittorio alle sole prove assunte in udienza, è pacifico ritenere che tale previsione debba essere applicata anche alle prove precostituite, le quali devono «transitare attraverso un'attività critico-argomentativa delle parti finalizzata a saggiarne l'attitudine probatoria»¹⁰⁵.

3.3. *La fase decisoria*

Conclusa la fase istruttoria e l'assunzione del materiale probatoria, si apre la fase decisoria. Quest'ultima si tiene davanti al medesimo giudice che ha proceduto all'istruzione, il quale è chiamato a pronunciarsi in virtù del principio di immutabilità del giudice¹⁰⁶.

Il magistrato di sorveglianza si pronuncia con ordinanza motivata¹⁰⁷. In caso di accoglimento, se oggetto della controversia era un atto disciplinare, il giudice dispone l'annullamento di tale atto. Se invece, si procede per accertare la violazione di un diritto di

¹⁰³ V. G. LOZZI, *Lezioni*, cit., pp. 892-893; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 347.

¹⁰⁴ Ad esempio, non si applica la disciplina prevista all'art. 468 c.p.p., in tema di liste testimoniale, anche se rimane valido l'obbligo di indicare le circostanze su cui verterà l'esame del teste. V. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 438.

¹⁰⁵ K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 234.

¹⁰⁶ Di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p.; Sul punto V. G. DI CHIARA, *Il procedimento*, cit., p. 334; L. FILIPPI-G. SPANGHER-M.F. CORTESI, *Manuale*, cit., p. 355; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 352.

¹⁰⁷ Il contenuto di tale provvedimento, in caso di accoglimento, è disciplinato dall'art. 35-bis comma 3 ord. penit.

un detenuto, in tal caso, il giudice dovrà ordinare all'autorità interessata di porre rimedio al pregiudizio subito dal reclamante entro un termine adeguato¹⁰⁸.

Il provvedimento emanato dal giudice, all'esito del procedimento *ex art 35-bis ord. penit.* è direttamente esecutivo. A differenza, infatti, del processo penale di cognizione, in cui si deve attendere il passaggio in giudicato per ottenere l'esecutività della sentenza, in tale ambito, l'art. 666 comma 7 c.p.p., nega che un eventuale impugnazione comporti effetto sospensivo della decisione.

Sebbene l'art. 666 comma 7 c.p.p., si riferisca esplicitamente al ricorso per cassazione, tale disposizione sembra applicabile anche al caso del procedimento per reclamo, in cui a ben vedere, è prevista anche la possibilità di impugnare il provvedimento decisorio davanti al tribunale di sorveglianza.

Il procedimento esecutivo, infatti, prevede e disciplina il solo ricorso per cassazione. Nel caso del procedimento per reclamo è prevista anche la possibilità di impugnare davanti al tribunale di sorveglianza. Escludere che l'immediata esecutività non operi nel caso del procedimento per reclamo, in virtù di questa divergenza, sarebbe irragionevole, se si considera, soprattutto la natura del procedimento in esame, intrinsecamente preventiva¹⁰⁹.

Nell'ambito del procedimento per reclamo giurisdizionale, non è prevista l'applicazione del principio della soccombenza. La giurisprudenza sembra condividere tale impostazione, anche se in ragione di motivazioni, talvolta, differenti.

La giurisprudenza di merito, infatti, sostiene l'esclusione del principio di soccombenza, in virtù dell'assimilazione al procedimento di esecuzione in cui non è prevista l'operatività di tale principio.

La giurisprudenza di legittimità, invece, invoca a sostegno di tale impostazione, l'assenza di una disposizione specifica in materia, in particolare l'omesso richiamo agli artt. 91 e 97 c.p.c.¹¹⁰

Si analizzano ora i diversi esiti della procedura per reclamo giurisdizionale.

Come già brevemente introdotto, in caso di accoglimento dell'istanza *ex art. 69 comma 6 lettera a ord. penit.*, il magistrato di sorveglianza dispone «l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare»¹¹¹.

¹⁰⁸ Su questo profilo, *supra*, cap. 2, § 3.2.

¹⁰⁹ L'ordinanza che conclude il giudizio è direttamente esecutiva, salvo che l'organo decisorio decida diversamente. V. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 409.

¹¹⁰ Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, Ministero della giustizia in proc. Asenov, in *C.e.d.*, 262357; Cass., Sez. I, 27 novembre 2014, Ministero della giustizia in proc. Scarpa, *ivi*, 261305; Cass., Sez. I, 27 novembre 2014, Ministero della giustizia in proc. Vecchina, *ivi*, 262351.

¹¹¹ Art. 35-bis comma 3 ord. penit.

Precedentemente all'entrata in vigore del d.l. n. 146 del 2013, poi convertito con modificazioni dalla l. n. 10/2014, l'assenza di una specifica disposizione in materia, comportava l'impossibilità per l'organo giudiziario di annullare il provvedimento. L'unica soluzione che era stata presa in considerazione dai giudici era la via della disapplicazione dell'atto.

Con l'introduzione dell'art 35-*bis* ord. penit., si riconosce, invece, questo potere in capo al magistrato procedente. Tale previsione trova giustificazione nel fatto che si tratti della tutela giurisdizionale che il giudice ordinario esercita nei confronti degli atti della pubblica amministrazione «che incidono su diritti e per i quali sussiste riserva di legge» *ex art. 113 Cost*¹¹².

In caso di accoglimento, inoltre, il provvedimento disciplinare con cui è stata irrogata la sanzione nei confronti del reclamante, perde i suoi effetti con efficacia *ex tunc*¹¹³. Alla luce di tale previsione, si avvalora la tesi secondo la quale la presentazione dell'istanza *ex art. 69 comma 6 lett. a* ord. penit., produca effetto sospensivo dell'atto disciplinare. Anche perché promuovendo la tesi contraria, si potrebbe verificare il caso in cui, al momento della pronuncia dell'ordinanza da parte del giudice, la sanzione disciplinare potrebbe essere stata già interamente eseguita, e ciò comporterebbe il fatto che essa sia stata eseguita in assenza di un titolo valido.

Va osservato però, che i poteri del magistrato di sorveglianza, trovano un limite nell'esercizio delle potestà amministrative dell'autorità pubblica.

Infatti, il magistrato di sorveglianza potrà in tale sede, solamente accogliere il reclamo, e quindi disporre l'annullamento dell'atto disciplinare o rigettare l'istanza. Non è prevista la possibilità di modificare il provvedimento disciplinare¹¹⁴.

Ciò non toglie che l'ordinanza emessa dal giudice ordinario, sia vincolante per la pubblica amministrazione, nel suo contenuto. Rileva, soprattutto l'apparato motivazionale, in cui si chiariscono le ragioni che hanno indotto il giudice ad adottare quella determinata decisione. La pubblica amministrazione, infatti, potrà esercitare nuovamente il proprio potere disciplinare nell'ambito della medesima fattispecie, ma dovrà attenersi alle indicazioni fornite dal giudice nella motivazione dell'ordinanza.

¹¹² Così la *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit.

¹¹³ V. G.M. NAPOLI, *La fase decisionale*, cit., p. 250.

¹¹⁴ «Se il magistrato di sorveglianza rileverà l'eccessività della sanzione, annullando quindi il provvedimento, l'amministrazione potrà provvedere *ex novo*, tenendo però conto delle ragioni dell'annullamento». In questo senso, *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. n. 146 del 2013, cit.

L'unico caso in cui, la decisione del magistrato di sorveglianza, produce effetti preclusivi nei confronti dell'amministrazione, è quello in cui si accerta l'irrelevanza del fatto commesso dal detenuto o internato. In tutti gli altri casi, l'ordinanza *ex art. 35-bis ord. penit.*, non sembra precludere un nuovo esercizio dell'azione disciplinare *ex art. 81 reg. esec.*

Per quanto concerne, invece, l'ipotesi di cui all' art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit., il giudice «accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio», entro il «termine» indicato nell'ordinanza *ex art. 35-bis ord. penit.*

Il legislatore ha voluto rendere, con la locuzione «porre rimedio», i poteri del magistrato di sorveglianza il più possibile flessibili. Questo perché, oggetto del reclamo in materia di diritti, possono essere situazioni eterogenee tra loro. Quindi non sempre la situazione di pregiudizio è riconducibile ad un atto formale della pubblica amministrazione.

Nel caso in cui però, si verifichi tale ipotesi, l'orientamento prevalentemente in dottrina, prevede che l'autorità giudiziaria, possa intervenire andando solo a disapplicare l'atto ritenuto illegittimo non avendo il potere, in questa sede, di annullarlo¹¹⁵.

L'espressione «porre rimedio», pertanto, seppur generica, conferisce al magistrato di sorveglianza, il potere di ordinare all'amministrazione di tenere una determinata condotta al fine di eliminare il pregiudizio per cui si procede. È pacifico ritenere che la decisione del magistrato di sorveglianza, sia vincolante per l'amministrazione, la quale dovrà attenersi alle indicazioni fornite dal giudice entro i termini dettati da quest'ultimo nell'ordinanza conclusiva del giudizio¹¹⁶.

Nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi alla decisione del magistrato di sorveglianza, l'art. 35-*bis* commi 5-8 ord. penit, riconosce in capo al reclamante ed al suo difensore, la facoltà di attivare il giudizio di ottemperanza¹¹⁷.

Nel caso in cui, invece, il giudice accerti che non vi siano i presupposti per l'accoglimento dell'istanza, emetterà una pronuncia di rigetto.

Le situazioni che possono dar luogo ad una pronuncia di rigetto sono differenti a seconda che ci si trovi nell'ambito del reclamo in materia disciplinare o di diritti.

¹¹⁵ Il reclamo presentato ai sensi dell'art. 69 comma 6 lett. *b* ord, penit., non è assimilabile ad un mezzo di impugnazione in senso stretto, a differenza del reclamo in materia disciplinare. Questo comporta che in caso di accoglimento, il giudice potrà provvedere solo con la disapplicazione dell'atto, con efficacia limitata al caso concreto. Sul punto V. G.M. NAPOLI, *La fase decisionale*, cit., p. 258.

¹¹⁶ La previsione che dispone l'indicazione del termine, entro il quale la pubblica amministrazione deve adempiere, nell'ordinanza di accoglimento, è stata inserita solo in sede di conversione. Infatti, questa non era prevista dal d.l. n. 146 del 2013, ed ha l'obiettivo di rafforzare l'efficacia delle decisioni del magistrato di sorveglianza. In questo senso, V. M. BORTOLATO, *Sub Art. 35-bis ord. penit.*, cit., p. 408; M.G. GASPARI, *Contro la decisione del magistrato di sorveglianza ammesso il ricorso nel merito davanti al tribunale*, in *Guida al diritto*, 2014 (11), p. 41.

¹¹⁷ Su questo profilo, vedi *infra*, cap. 2, § 5.

Nel primo caso, il giudice non deve aver riscontrato alcun vizio di legittimità, o di merito, del provvedimento disciplinare. In caso di reclamo in materia di diritti, invece, il giudice non ha riconosciuto alcuna violazione delle disposizioni penitenziarie.

In ogni caso la pronuncia di rigetto potrà essere emanata solo dopo aver celebrato l'udienza e l'attività istruttoria, di cui all'art. 666 comma 4 e 5 c.p.p.

Come si è già detto, l'insufficienza del materiale probatorio non potrà mai essere causa di rigetto dell'istanza¹¹⁸.

Alla luce del dettato normativo dell'art. 666 comma 6 c.p.p., l'ordinanza, sia essa di accoglimento o di rigetto, deve essere «comunicata o notificata senza ritardo alle parti e ai difensori». Questo per dare la possibilità alle parti coinvolte, «nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa»¹¹⁹, di impugnare davanti al tribunale di sorveglianza.

4. Il ruolo delle impugnazioni: i ricorsi avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza

Come si è già introdotto, avverso l'ordinanza del magistrato di sorveglianza è possibile presentare reclamo davanti al tribunale di sorveglianza nel «termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione».

È altresì esperibile il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale di sorveglianza.

Il procedimento per reclamo giurisdizionale prevede quindi tre gradi di giudizio.

Il legislatore non ha disciplinato puntualmente il rito da osservarsi in tali casi, sembra pacifico pertanto ritenere applicabili, anche in questa fase, la disciplina di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.

Solitamente la possibilità di impugnare davanti al tribunale di sorveglianza, quale giudice di secondo grado, interviene in relazione ai riti a contraddittorio differito, o meglio, in tutti quei casi in cui viene pronunciata una decisione *de plano*.

Nell'ambito del procedimento in esame, questa previsione risulta un'eccezione, in quanto le parti sono state coinvolte nel processo decisionale, fin dal primo momento.

¹¹⁸ Su questo profilo, vedi *supra*, cap. 2., § 3.

¹¹⁹ Art. 35-*bis* comma 4 ord. penit.

Il legislatore con tale previsione ha voluto rafforzare le garanzie procedurali nell'ambito della tutela dei diritti dei detenuti, superando anche la portata delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, in occasione della storica sentenza n. 26 del 1999¹²⁰.

Questo sembra essere un punto di forza di tale meccanismo, non fosse che la costruzione di un modello procedimentale eccessivamente articolato, non sembra essere compatibile con la natura dello strumento in esame. Il reclamo giurisdizionale, infatti è stato ideato dal legislatore, quale rimedio preventivo, al fine di intervenire tempestivamente a tutela dei diritti dei detenuti.

Nonostante l'ordinanza emanata dal giudice di sorveglianza, sia immediatamente esecutiva, qualora l'amministrazione decida di impugnarla, il soggetto interessato dovrà attendere la definizione dei tre gradi di giudizio, al fine di poter azionare il giudizio di ottemperanza volto ad obbligare l'amministrazione a conformarsi al *dictum* giudiziale¹²¹.

È fuor di dubbio che il modello di reclamo, delineato dall'art. 35-*bis* comma 4 ord. penit., sia identificabile come un mezzo di impugnazione in senso proprio¹²².

È necessario inoltre precisare, che non esiste alcun automatismo in relazione all'effetto sospensivo in relazione all'ordinanza emanata dal magistrato di sorveglianza, anche se quest'ultimo potrà disporre diversamente¹²³.

Sono legittimati a presentare il «reclamo-impugnazione» ex art. 35-*bis* comma 4 ord. penit., tutti i soggetti coinvolti nel giudizio di primo grado svoltosi davanti all'organo monocratico. Più di qualche incertezza è sorta in relazione alla figura dell'amministrazione interessata, in particolare la giurisprudenza, in assenza di una disposizione specifica in materia, ha cercato di chiarire se questa potesse comparire, anche in questa seconda fase, personalmente, o se invece, dovesse avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

¹²⁰ Con questa sentenza la Corte cost., suggeriva al legislatore di ideare uno strumento dotato delle garanzie giurisdizionali minime: contraddittorio, stabilità della decisione e possibilità di impugnare con ricorso per cassazione.

¹²¹ Al fine di porre rimedio a tale eventualità, la *Commissione Giostra-bis* (*Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso*, istituita con d.m. 19 luglio 2017 e presieduta dal Prof. Glauco Giostra, da cui prende il nome), aveva proposto l'abrogazione del comma 4 dell'art. 35-*bis*, lasciando alle parti la sola possibilità di ricorrere per cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p. A questa proposta si accompagnava anche la modifica dei presupposti per l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, facendo in modo che questo non fosse direttamente correlato all'irrevocabilità del provvedimento di reclamo. Tale proposta però, non venne recepita nelle riforme del 2018.

¹²² «una impugnazione in senso proprio e non una competenza ripartita tra organo monocratico e collegio». In questo senso, Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, Ministero della giustizia in proc. Arfaoui, in *C.e.d.*, 269377.

¹²³ In tal caso il provvedimento assume le forme del decreto motivato e sarà ricorribile per cassazione. V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 253; Inoltre, la posizione non è condivisa da una parte della dottrina, che ritiene che sia più corretto applicare le regole generali di cui all'art. 588 c.p.p. V. E. VALENTINI, *Il reclamo*, cit., p. 243.

In un primo momento, la giurisprudenza aveva ritenuto che il reclamo-impugnazione proposto da parte di un funzionario dell'amministrazione stessa, fosse inammissibile, in quanto era necessaria l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato¹²⁴.

Tale impostazione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale osserva come l'impugnazione del provvedimento di reclamo, «ove sia rivolto alla tutela dell'interesse della Amministrazione penitenziaria, va proposto con l'osservanza delle norme processuali di cui agli articoli 100 e 573 c.p.p. e dunque risulta inammissibile [...] se redatto personalmente da un funzionario [...], dovendo trovare applicazione la norma di cui all'art 1 del r.d. n. 1611 del 1933 che attribuisce alla Avvocatura dello Stato la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni statali»¹²⁵.

Questo orientamento, che sembrava essersi decisamente consolidato, viene sovvertito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La motivazione, in breve, consiste nel fatto che essendo questa ammessa al giudizio di primo grado senza il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, una simile previsione dovrebbe trovare applicazione anche nelle fasi successive, quale ad esempio la fase di impugnazione davanti al Tribunale di sorveglianza.

Promuovendo questa soluzione, di tipo sostanzialistico, sicuramente si garantisce una celerità maggiore alle tempistiche dettate per il procedimento in esame. Bisogna però considerare, che per quanto riguarda il giudizio di primo grado vi è una deroga espressa all'art. 35-bis comma 1 ord. penit., che riconosce il potere di intervento per l'amministrazione interessato tramite un proprio funzionario, ma un'analoga previsione non sussiste in relazione al reclamo-impugnazione¹²⁶. Sembra quindi trovare giustificazione, la tesi di quella parte della dottrina, e non solo, che riteneva inammissibile il reclamo presentato direttamente da un dipendente dell'amministrazione interessato, dovendo, invece, trovare applicazione l'art. 100 c.p.p., che impone la difesa tecnica¹²⁷.

¹²⁴ Tra molte, Cass., Sez. VII, 6 ottobre 2017, Ministero della giustizia in proc. Ventura, in www.cortedicassazione.it – servizio online; Cass., Sez. I, 6 giugno 2017, Ministero della giustizia in proc. Grigorov, *ivi*; Cass., Sez. I, 23 maggio 2017, Ministero della giustizia in proc. Dantese, *ivi*; Cass., Sez. I, 16 marzo 2017, Ministero della giustizia e altri in proc. Manca, *ivi*.

¹²⁵ Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, Ministero della giustizia in proc. Condello, cit. Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, Ministero della giustizia in proc. Tauro, in *C.e.d.*, 269512.

¹²⁶ D. VICOLI, *La fase d'impugnazione*, cit., pp. 282-283.

¹²⁷ La previsione di intervento informale da parte dell'amministrazione interessato, risponde alle finalità e agli obiettivi propri del rimedio giurisdizionale, in quanto rimedio preventivo, che deve essere accordato nel minor tempo possibile al fine di porre rimedio ad un pregiudizio subito dal detenuto o internato; una simile impostazione non trova giustificazione in relazione alla seconda fase del procedimento, in quanto le esigenze di tempestività sono già state soddisfatte con la pronuncia del magistrato di sorveglianza. Sul punto V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 257.

Un ulteriore profilo controverso riguarda la figura del magistrato di sorveglianza che emana l'ordinanza *ex art. 35-bis* comma 3 ord. penit. In particolare, si denota l'assenza di una disposizione specifica che estrometta tale figura dal collegio competente in sede di impugnazione *ex art. 35-bis* comma 4 ord. penit.

In linea generale, per quanto concerne i mezzi di impugnazione, si prevede la competenza di un giudice differente rispetto a quello chiamato a pronunciarsi in primo grado¹²⁸.

L'assenza di una previsione del genere rischia inevitabilmente di creare dei profili di incompatibilità con l'art. 111 comma 2 Cost. In particolare, si rischia di ledere il principio di terzietà del giudice, dal momento che essendosi già pronunciato sulla medesima questione in primo grado, è inevitabile che egli si interroghi sulla fondatezza della propria decisione¹²⁹.

Una volta preso atto della stortura operata dal legislatore, si cerca di trovare una base normativa, tramite la quale estromettere la figura del magistrato di sorveglianza, competente in primo grado, dal collegio investito dell'impugnazione.

Le strade intraprese dall'interprete sono due: da un lato si è cercato di estendere la portata applicativa dell'art. 34, comma 1, c.p.p., anche al procedimento in esame; dall'altra parte, invece, si è tentata l'estensione in via analogica dei casi in incompatibilità disciplinati dall'ordinamento penitenziario¹³⁰.

L'art. 34, comma 1, c.p.p., nonostante sia riferito al processo di cognizione, potrebbe essere applicato anche nell'ambito del procedimento per reclamo, se non fosse che il dettato normativo prevede il sistema delle incompatibilità in relazione al giudice che abbia pronunciato «sentenza» in grado del procedimento¹³¹. Nel nostro caso, il provvedimento adottato dal giudice è un'ordinanza, tale distonia sembra quindi escludere una soluzione di questo tipo.

¹²⁸ La giurisprudenza, nel tempo, ha sempre escluso il sistema delle incompatibilità nell'ambito di quei settori in cui il giudice interviene tramite provvedimenti cautelativi o interinali, destinati poi a sfociare in una decisione del tribunale. Il reclamo giurisdizionale non rientra però in questi modelli, in quanto il giudice è chiamato a decidere in relazione ad «un autonomo grado di giudizio di merito». In giurisprudenza si veda: Cass., Sez. I, 26 maggio 2009, Leotta, in *C.e.d.*, 243815; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2009, Battista, *ivi*, 243230. In dottrina si veda: D. VICOLI, *La fase d'impugnazione*, cit., p. 280; F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 15; A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e strumenti di tutela*, Padova, 2004, pp. 9-11.

¹²⁹ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, pp. 264-265.

¹³⁰ V. A. DELLA BELLA, *Emergenza*, cit., p. 142.

¹³¹ La Corte costituzionale, in realtà non esclude che il sistema delle incompatibilità possa operare anche in relazione a provvedimenti diversi dalla sentenza, quali ad esempio l'ordinanza, ma non manca di sottolineare come questa ipotesi deve rappresentare un'eccezione; soprattutto, se si considera l'intento del legislatore che, con l'art. 34 comma 1 c.p.p., intendeva evitare una «eccessiva dilatazione dell'area dell'incompatibilità». Sul punto cfr. Corte cost., 9 luglio 2013, n. 183, cit.

La seconda ipotesi, ossia estendere per via analogica le altre ipotesi di incompatibilità espressamente disciplinate dal legislatore penitenziario¹³², non può trovare applicazione in ragione di un intervento della Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, ha sancito che il sistema delle incompatibilità opera solo nelle ipotesi «tassativamente indicate dalla legge».

Esclusa quindi la possibilità di colmare la lacuna normativa in via interpretativa, non resta che attendere un intervento del legislatore, o ancor prima, della Corte costituzionale.

L'art. 35-*bis*, comma 4-*bis*, ord. penit. disciplina, invece, il ricorso per cassazione. Dispone che «la decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa».

Il rinvio, anche su questo aspetto, è effettuato nei confronti degli artt. 666 e 678 c.p.p.

Non mancano però le differenze, previste per il caso specifico. Infatti, nell'ambito del procedimento per reclamo giurisdizionale, si può ricorrere per cassazione solo per le ipotesi di «violazione di legge» di cui all'art. 606, comma 1, lett. *a*, *b* e *c* c.p.p. Si assiste, pertanto, ad una riduzione dell'elenco dei motivi che possono condurre le parti a presentare ricorso per cassazione.

Importante sottolineare anche che la ricorribilità per cassazione è prevista solo in relazione alle decisioni emanate dal tribunale di sorveglianza. È esclusa la possibilità di impugnare in cassazione, un'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza nell'ambito del giudizio di primo grado. In altre parole, si esclude il ricorso *per saltum*, il quale ha natura eccezionale, e deve essere espressamente previsto.

È però impugnabile davanti alla Corte di cassazione, il decreto con cui il magistrato di sorveglianza dichiara l'inammissibilità della questione *ex art.* 666 comma 2 c.p.p. e 35-*bis* comma 1 ord. penit¹³³.

Nel caso in cui però, una delle parti, erroneamente, presenti ricorso davanti al giudice di legittimità, avverso un'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza: in virtù del principio di conservazione, la Corte potrà riqualificare la domanda come reclamo ai sensi dell'art. 35-*bis* comma 4 e trasmettere gli atti al tribunale¹³⁴.

¹³² Si citano a titolo di esempio: in tema di: misure di sicurezza, art. 70 co. 2 ord. penit.; permessi, art. 30-*bis* co. 5 ord. penit. e art. 30-*ter* co. 7 ord. penit; di corrispondenza, art. 18-*ter* co. 6 ord. penit. V. K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 260-261.

¹³³ Cass., Sez. I, 8 giugno 2017, Romito, in www.cortedicassazione.it – servizio online; Cass., Sez. I, 27 aprile 2017, Melodia, *ivi*; Cass., Sez. I, 27 aprile 2017, Liuzzo, *ivi*; Cass., Sez. I, 27 aprile 2017, Di Salvatore, *ivi*.

¹³⁴ Cass., Sez. I, 21 dicembre 2017, Palumbo, in *C.e.d.*, 272785.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, questa ricade sulle parti che ne hanno interesse, assistite necessariamente da un difensore munito di procura speciale. Il detenuto deve essere rappresentato, a pena di inammissibilità del ricorso, da un difensore iscritto all'albo speciale della Corte di cassazione¹³⁵, invece, per l'amministrazione interessata è previsto il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato¹³⁶.

Alcune critiche sono state avanzate in relazione alla previsione del termine di quindici giorni ai fini dell'esperibilità del ricorso per cassazione. Tale tempistica è stata considerata «fortemente penalizzante», sia per il detenuto, ma anche per l'amministrazione interessata.

5. *Un inedito giudizio di ottemperanza e la figura del commissario ad acta*

Al fine di colmare il deficit di effettività dei rimedi predisposti dall'ordinamento prima della sentenza Torreggiani, il legislatore del 2014 è intervenuto istituendo un inedito giudizio di ottemperanza. Tramite tale giudizio, il reclamante può richiedere l'esecuzione forza dell'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis* comma 3 ord. penit., nei casi in cui l'amministrazione penitenziaria rimanga inadempiente rispetto al *dictum* giudiziale.

Giudizio di ottemperanza, istituto tipico del procedimento amministrativo, viene in tale sede rimodulato sulla base della disciplina di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.

L'inserimento di questo meccanismo nel procedimento per reclamo ha sicuramente contribuito a rafforzare il profilo dell'effettività del rimedio in esame, va però sottolineato come, in relazione ad alcuni aspetti, il lessico utilizzato dal legislatore penitenziario, abbia altresì generato incertezze sul piano applicativo, mettendo a dura prova il lavoro dell'interprete.

A differenza di quanto si verifica nel processo amministrativo, in cui tale giudizio avviene presso il TAR, nell'ambito del procedimento *ex art. 35-bis*, il giudizio di ottemperanza si incardina presso il medesimo magistrato di sorveglianza che ha pronunciato l'ordinanza di cui si richiede l'esecuzione.

La scelta del legislatore, in materia di competenza, è giustificata dalla particolare posizione di vulnerabilità in cui versa il soggetto sottoposto a privazione della libertà, in particolare si voleva rendere questo strumento, il più possibile accessibile per il detenuto¹³⁷.

¹³⁵ Cass., Sez. VII, 22 novembre 2018, Attanasio, cit.

¹³⁶ F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, Milano, 2018, p. 37.

¹³⁷ F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale"*, cit., p. 261.

La legittimazione attiva spetta al reclamante che ha instaurato il giudizio di cognizione, ovvero al suo difensore, purché munito di procura speciale.

Il soggetto che presenta istanza, nelle forme del reclamo, deve allegare un adeguato supporto documentale, e indicare, a pena di inammissibilità, la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'attivazione del procedimento.

Ai fini dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza, è infatti richiesta una duplice condizione, in primis deve risultare certa l'inottemperanza dell'amministrazione, il legislatore ha indicato questa condizione con la formula «mancata esecuzione»;

L'ordinanza, ex art. 35-bis comma 3 ord. penit., risulta ineseguita, qualora sia decorso infruttuosamente il termine indicato dal magistrato di sorveglianza che l'ha emessa.

Non rileva, ai fini dell'ammissibilità del giudizio esecutivo, l'inesatta esecuzione, la quale non soddisfa il requisito sopra citato.

La seconda condizione consiste invece, nel fatto che l'ordinanza, di cui si richiede l'esecuzione, non sia più soggetta ad impugnazione. Il reclamante deve, pertanto, aver già esperito i tre gradi di giudizio previsti per il procedimento per reclamo giurisdizionale, e l'ordinanza deve essere divenuta irrevocabile¹³⁸.

Tale previsione¹³⁹ è stata sottoposta ad aspre critiche da parte della dottrina, in quanto, prevedere che il reclamante debba attendere la definizione dei tre gradi di giudizio, rischia di vanificare l'efficacia preventiva, insita nella natura del rimedio in esame.

Inoltre, tale scelta genera la possibilità di un nuovo intervento della Corte e.d.u., che potrebbe nuovamente condannare l'Italia, per violazione dell'art. 3 c.e.d.u., per carenza di effettività dei sistemi di tutela giurisdizionale predisposti dall'ordinamento interno¹⁴⁰.

Sulla base di queste ragioni, non stupisce, che il Consiglio dei ministri, nel decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario¹⁴¹, prevedesse l'eliminazione

¹³⁸A differenza di quanto avviene nel giudizio amministrativo, in cui il giudizio di ottemperanza, può essere esperito, anche nei confronti di «sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti», ai sensi dell'art. 114 co. 2 lett. c c.p.a.

¹³⁹Si tratta peraltro, di una scelta paradossale, in quanto l'ordinanza emessa dal giudice, ai sensi dell'art. 35-bis co. 3 ord. penit., è immediatamente esecutiva, in funzione di ciò vincola fin da subito l'amministrazione interessate, non si comprende, infatti, perché per richiederne l'esecuzione forzata, il detenuto debba attendere il passaggio in giudicato. V. A. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, in F. FIORENTIN, (a cura di), *La tutela*, cit., p. 308.

¹⁴⁰V. G. CAPUTO-S. CIUFFOLETTI, *Journey to Italy: The European and UN monitoring of Italian penal and prison policies*, in *Crime Law Soc. Change*, 2018, p. 18 ss.

¹⁴¹Si veda lo schema di decreto legislativo recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83, 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t), u), della legge 23 giugno 2017, n. 103» approvato dal Consiglio dei ministri il 2 agosto 2018. Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è stato emanato il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

dell'inciso: «non più soggetto a impugnazione». A causa però, di alcune considerazioni di carattere prettamente politico, tale previsione non trova spazio in sede di conversione.

Per quanto concerne il procedimento da osservarsi, come già detto, anche in tale sede il legislatore ha adoperato la tecnica del rinvio normativo nei confronti degli artt. 666 e 678 c.p.p. Anche se si registra una difformità, rispetto al giudizio di cognizione, infatti il legislatore, ha ommesso di ribadire l'obbligo di notifica all'amministrazione interessata, dell'avviso che contiene l'indicazione della data dell'udienza e il diritto di questa a partecipare. Tale lacuna è stata colmata in via interpretativa, in quanto sarebbe irragionevole prevedere che quest'ultima possa partecipare al giudizio di cognizione e non al giudizio esecutivo.

Il magistrato di sorveglianza che accerti la «mancata esecuzione» del provvedimento rivolto all'amministrazione, potrà agire secondo le modalità disciplinate all'art. 35-*bis* comma 6 ord. penit.

Tale articolo disciplina, quindi, i possibili esiti del giudizio di ottemperanza: il magistrato: «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; dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; nomina, ove occorra, un commissario ad acta».

Precedentemente si prevedeva anche un ulteriore possibile esito, poi abrogato¹⁴², che consisteva nella condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di patita violazione, nei confronti dell'amministrazione penitenziaria¹⁴³.

Per quanto riguarda gli ulteriori esiti, tutt'ora vigenti, è necessario osservare come il legislatore abbia cercato di trovare un punto di equilibrio tra i poteri attribuiti alla magistratura di sorveglianza e la discrezionalità di cui gode l'amministrazione penitenziaria.

In questo senso, si evidenzia l'attribuzione di poteri sostitutivi in capo al magistrato di sorveglianza, assai ridotti se confrontati con le prerogative del giudice amministrativo, di cui all'art. 114 comma 4 c.p.a.

¹⁴² Dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

¹⁴³ Questo istituto costruito dal legislatore sulla falsa riga della penalità di mora, o *astreinte*, disciplinato dal codice del processo amministrativo, aveva lo scopo di realizzare una sorta di «coazione indiretta». In questo senso cfr. V. GASTALDO, *L'astreinte amministrativa. Problemi applicativi della penalità in mora per ritardo dell'esecuzione del giudicato*, in *Codice dell'esecuzione forzata*, vol. 1, Milano, 2015, p. 1369 ss.

Infatti, l'organo giurisdizionale può limitarsi a indicare «modalità e tempi di adempimento». E nell'assolvimento di tale compito, il magistrato non è libero, ma vincolato, seppure con dei limiti, dal «programma attuativo predisposto dall'amministrazione».

La predisposizione del piano attuativo rappresenta, al meglio, l'intenzione del legislatore di operare un contemperamento tra l'esigenza di tutela dei diritti delle persone sottoposte a privazione della libertà e l'esigenza di «riservare all'apprezzamento dell'autorità amministrativa la scelta delle modalità»¹⁴⁴.

Quest'ultimo però, risulta vincolante per il magistrato di sorveglianza, solo laddove «sia compatibile con il soddisfacimento del diritto» che si ritiene violato.

Seppur meritevole negli intenti, tale disposizione così come costruita dal legislatore, rischia di generare una serie di dubbi interpretativi, a causa della sua eccessiva “genericità”.

All'art. 35-*bis*, comma 6, lett. *b* ord. penit., si sancisce un potere di annullamento in capo al magistrato di sorveglianza. Quest'ultimo, infatti, potrà annullare ogni atto posto in essere dall'amministrazione interessata che rappresenti una palese violazione o elusione dell'ordinanza emessa al termine della fase di cognizione.

Inoltre, il magistrato di sorveglianza, qualora intervenga con l'annullamento, potrà anche indicare all'amministrazione la condotta che questa deve tenere al fine di adempiere.

L'ultimo esito possibile, disciplinato dall'ordinamento penitenziario, prevede la nomina da parte del magistrato procedente, di un commissario *ad acta*.

Nel processo amministrativo questa figura ricopre il ruolo di “ausiliario” del giudice, sostituendosi all'amministrazione al fine di dare esecuzione al giudicato.

La funzione svolta da tale figura è stata definita: di «esecuzione surrogatoria»¹⁴⁵.

Il legislatore del 2014 ha però, ommesso di disciplinare alcuni aspetti rilevanti in relazione alla nomina del commissario. In particolare, i poteri di cui gode, i rimedi esperibili contro gli atti emanati da quest'ultimo ed infine anche tra quale classe di soggetti questi dovesse essere individuato¹⁴⁶.

Per quanto riguarda la possibilità di impugnare gli atti del commissario *ad acta*, alla luce della disposizione di cui all'art. 35-*bis*, comma 7, ord. penit, «il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese

¹⁴⁴ F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale”*, cit., p. 262.

¹⁴⁵ B. BASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1977, p. 132 ss.

¹⁴⁶ Al riguardo, la dottrina ha suggerito, seguendo la prassi adottata in ambito amministrativo, che «la scelta debba avvenire tra i funzionari dell'amministrazione penitenziaria di grado superiore rispetto a quello a cui era diretto l'ordine rimasto ineseguito», cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 145.

quelle inerenti agli atti del commissario», sembra pacifico ritenere che le parti possano impugnare tali atti avanti al magistrato di sorveglianza¹⁴⁷.

Un ulteriore aspetto lacunoso riguarda la disciplina del ricorso per cassazione. Il legislatore prevede che, le statuizioni in esito al giudizio di ottemperanza siano ricorribili in cassazione per violazione di legge, ma omette di indicare il termine entro il quale ciò deve avvenire. La dottrina ritiene che si debba applicare la disciplina prevista per il giudizio di cognizione, e che quindi il termine per ricorrere in cassazione, sia di quindici giorni.

Alla luce della disciplina confezionata dal legislatore del 2014, la dottrina non ha mancato di sottolinearne ed evidenziarne i profili più critici.

Come si è già detto, l'eccessiva dilatazione dei tempi procedurali rischia di vanificare l'efficacia preventiva del rimedio, ed inoltre la novella del 2014 non ha previsto alcun potere sospensivo nei confronti dell'ordinanza di cui si richiede l'esecuzione forzata.

È assente una qualsivoglia forma di tutela cautelare nei confronti del detenuto¹⁴⁸.

Il giudizio di ottemperanza è stato anche qualificato in dottrina come «un'arma spuntata». Per comprendere questa definizione, bisogna fare qualche considerazione ulteriore.

Spesso le istanze di reclamo giurisdizionale, e di conseguenza del giudizio di ottemperanza, hanno ad oggetto violazioni del diritto ad uno spazio detentivo conforme agli standard europei. Questo perché, il sistema penitenziario italiano, presentava nei primi anni Duemila, e presenta ancora oggi, un problema sistemico: il sovraffollamento carcerario.

In tali casi, l'inottemperanza dell'amministrazione non è dovuta alla sua inerzia, bensì è causata da disfunzioni strutturali e dall'eccessiva saturazione degli istituti penitenziari italiani. Pertanto, a fronte di problematiche concernenti il sistema organizzativo penitenziario nel suo complesso, si dubita che le decisioni del magistrato di sorveglianza, seppur dotate di forza esecutiva, possano essere proficuamente eseguite dall'amministrazione coinvolta.

Riprendendo il contenuto di una pronuncia della Corte costituzionale¹⁴⁹, si auspica un ulteriore intervento legislativo, volto ad inserire un rimedio che contempli la possibilità per il giudice di emanare un ordine di scarcerazione, eventualmente corredato dalla previsione di misure di controllo extracarcerarie.

¹⁴⁷ M. BORTOLATO, Sub *Art. 35-ter*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento*, cit., p. 413.

¹⁴⁸ V. A. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., p. 318.

¹⁴⁹ Il riferimento è Corte cost., 22 novembre 2013, n. 179, cit.

L'ottemperanza potrebbe essere altresì agevolata tramite l'introduzione di vincoli di natura legislativa, quali ad esempio l'istituzione di un sistema a numero chiuso per ogni istituto, di tal modo che si possa effettivamente tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei detenuti.

Capitolo 3

Il reclamo giurisdizionale nell'ambito del regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* ord. penit.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dei rapporti tra il reclamo giurisdizionale e il regime *ex* art. 41-*bis* ord. penit: l'individuazione delle posizioni giuridiche tutelabili – 2. La tutela giurisdizionale del diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive: il sistema dei colloqui di colloqui in regime di detenzione speciale – 3. La tutela dei diritti dei detenuti "speciali": socialità, corrispondenza, informazione e studio.

1. *L'evoluzione dei rapporti tra il reclamo giurisdizionale e il regime ex art. 41-bis ord penit: l'individuazione delle posizioni giuridiche tutelabili*

L'art. 41-*bis* ord. penit., così come lo conosciamo oggi, è frutto di un di una lunga evoluzione giurisprudenziale e normativa, nata dall'esigenza di assicurare la collettività in relazione ai pericoli che possono sorgere a seguito della rimessione in libertà di soggetti che presentino collegamenti con la criminalità organizzata.

L'istituto del regime detentivo speciale, o differenziato, è stato introdotto dal legislatore nel 1992¹, per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata, che proprio in quegli anni manifestava una rilevante pericolosità sociale.

Nella sua impostazione originaria i tratti caratteristici di tale istituto erano rappresentati dalla temporaneità e dall'eccezionalità. Non si prevedeva però, la durata minima e massima, né la possibilità di eventuali proroghe, né tanto meno la facoltà di esercitare il diritto di reclamo per il soggetto interessato dal decreto applicativo.

La disciplina, così come confezionata dal legislatore, ha fin da subito suscitato dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24 e 97 Cost. Non tarderanno ad arrivare, infatti, molteplici interventi della Corte costituzionale².

In occasione del suo primo intervento in materia, la Corte³, ha ribadito che i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale conservano la piena titolarità dei diritti garantiti dalla Costituzione. Inoltre, ha evidenziato come il decreto che dispone il trattamento *ex* 41-*bis*

¹ Introdotto dall'art. 19 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356.

² Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349; Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, in www.cortecostituzionale.it

³ Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

ord. penit., incida notevolmente sui diritti del detenuto stesso, e proprio in ragione di ciò tale provvedimento dovesse essere motivato e sottoponibile al sindacato del giudice ordinario.

Con la pronuncia successiva⁴, invece, la Corte chiarisce più precisamente i limiti del sindacato del giudice ordinario in relazione ai provvedimenti applicativi del regime differenziato.

In particolare, stabilisce che il sindacato del giudice non è vincolato alla sola verifica dei presupposti necessari per l'applicazione del regime, bensì può estendersi a profili ulteriori, quali la necessaria corrispondenza tra esigenza di pubblico interesse e restrizioni applicate al soggetto *in vinculis* e che non si verificano lesioni di diritti costituzionalmente garantiti.

Tali indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, sono state recepite dal legislatore, prima con la legge 7 gennaio 1998, n. 11, e poi più precisamente, dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279.

Con il primo intervento, si assegnava al Tribunale di sorveglianza territorialmente competente, in quanto avente giurisdizione sull'istituto penitenziario ove il detenuto era collocato, la competenza a decidere sui reclami avverso i decreti ministeriali che prevedevano il regime speciale.

Tramite il secondo intervento legislativo, invece, sono stati disciplinati i limiti di durata del regime detentivo speciale. Il decreto applicativo doveva avere durata non inferiore ad un anno e non superiore a due. Inoltre, si ribadiva la possibilità di impugnare tale decreto davanti al tribunale di sorveglianza distrettuale, tramite reclamo, entro quindici giorni.

Inizialmente si prevedeva che il tribunale di sorveglianza potesse valutare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'adozione della misura e la congruità del trattamento con le esigenze di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit⁵.

Il giudice quindi, in tale sede, poteva ed in un certo senso doveva, valutare caso per caso le condizioni soggettive del reclamante al fine di verificare la compatibilità di queste con le restrizioni imposte dal regime differenziato.

Successivamente, con la riforma del 2009⁶, il legislatore ha posto dei limiti al sindacato del giudice in sede di reclamo. Innanzitutto, si è assistito ad un accentramento della competenza a decidere in ordine ai reclami proposti dai detenuti, nel Tribunale di

⁴ Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit.

⁵ V. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, p. 105 ss.

⁶ Il riferimento è alla l. 15 luglio 2009, n. 94.

sorveglianza di Roma; inoltre, sono stati modificati i termini di durata. Il termine di durata massima è stato innalzato ad anni quattro, e quello di proroga ad anni due, precedentemente si poteva prorogare solo per un anno.

È stato altresì modificato il termine per presentare reclamo nei confronti del decreto applicativo, da quindici giorni a venti. Questo al fine di conferire una maggiore effettività al diritto di difesa. Ma ciò che più importa, ai fini del presente lavoro, è sottolineare come la predetta riforma normativa abbia drasticamente ridotto i poteri del giudice in sede di reclamo.

Infatti, quest'ultimo, potrà sempre valutare la sussistenza dei presupposti applicativi del decreto ministeriale che dispone il regime differenziato, ma non potrà più effettuare alcuna valutazione circa la «congruità del contenuto» rispetto alle esigenze di prevenzione.

Si denota come, con la riforma del 2009, siano stati ulteriormente limitati alcuni diritti fondamentale del detenuto.

Tali modifiche sono state sottoposte ad aspre critiche da parte della dottrina.

Innanzitutto, l'accentramento delle competenze nell'unico Tribunale di sorveglianza di Roma rappresenta formalmente una violazione dell'art. 25 Cost. Inoltre, tale previsione rende più complicata l'acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione per il giudice e allo stesso tempo rende più difficile il lavoro del difensore di accedere alle informative corredate al decreto ministeriale al fine di motivare sufficientemente il reclamo⁷.

Anche la modifica dei termini di durata è stata fortemente criticata. Questo perché a seguito dell'accentramento delle competenze, il carico di lavoro del tribunale di Roma era sensibilmente aumentato, e di conseguenza i tempi per la decisione sul reclamo si erano dilatati, talvolta andando a coincidere con i tempi di durata del decreto. Essendo che non è previsto alcun effetto sospensivo in relazione alla presentazione del reclamo, ciò determinava una minore effettività del diritto di impugnazione.

La giurisprudenza di legittimità⁸ ha però stabilito che l'interessato possa richiedere al Ministro della giustizia la revoca anticipata dell'applicazione del regime *ex 41-bis* ord. penit., nel caso in cui ne siano venuti meno i presupposti applicativi. In tal caso, ricadrà sullo stesso soggetto interessato, l'onere della prova circa la cessazione dei presupposti.

⁷ V. M. MOSCHIONI, *Esercizio del diritto di difesa e accesso al sistema dei reclami in regime 41-bis: diritto effettivo o utopia?* in www.giurisprudenzapenale.com

⁸ Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, n. 39863, in *C.e.d.*, 253288.

Nel caso in cui, non venga fornita risposta, si deve ritenere operativo il meccanismo del cd. silenzio-rifiuto, e questo potrà essere oggetto di reclamo avanti al tribunale di sorveglianza di Roma.

Al fine di garantire una maggiore effettività del diritto di difesa, la Corte di cassazione⁹ ha chiarito che nel caso in cui la notifica del decreto sia disposta anche nei confronti del difensore, il termine di venti giorni per impugnare, decorra dall'ultima notifica avvenuta, e che lo stesso termine sia soggetto alla sospensione feriale.

Al fine di salvare la norma da un intervento demolitorio, è intervenuto la stessa Corte costituzionale, con una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame, attraverso «una ricostruzione sistematica del quadro normativo vigente». Infatti, in occasione della pronuncia del 28 maggio 2010, n. 190, la Corte in primis ribadito il concetto secondo cui la detenzione non comporta l'assoggettamento totale del detenuto all'amministrazione penitenziaria, né tanto meno il disconoscimento di posizione giuridiche soggettive costituzionalmente garantite e la relativa possibilità di ottenere una tutela giurisdizionale in ordine alla violazione di queste ultime. Inoltre, la Corte ritiene che «la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini [...] non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto»¹⁰.

Con tale pronuncia la Corte, infatti, sancisce che la valutazione del giudice non può consistere in un mero controllo notarile, bensì debba valutare in concreto se il decreto che dispone il trattamento differenziato si ponga in contrasto con l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti. Quindi non più un controllo sulla congruità del contenuto del decreto rispetto alle esigenze applicative, come inizialmente previsto.

Discende da tale interpretazione, anche il potere per il giudice di intervenire disapplicando le restrizioni illegittime. Ma proprio in relazione a questa ipotesi si sono generati dubbi circa il rimedio da esperire.

La stessa Corte aveva individuato nell'art. 14-ter ord. penit. il modello procedimentale da osservarsi in tali casi¹¹.

⁹ Cass., Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 3634, in *C.e.d.*, 251851; Cas., Sez. I, 15 giugno 2010, n. 24830, in *C.e.d.*, 248045

¹⁰ Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190, in *Giur. it.*, 2010, p. 1718.

¹¹ V. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., pp. 127 ss.

A seguito dell'intervento legislativo del 2013, si è individuato nell'art. 35-*bis* ord. penit., il rimedio da utilizzare anche in relazione alle violazioni dei diritti dei detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* ord. penit.¹²

L'introduzione dell'art. 35-*bis* ord. penit. ha segnato sicuramente un avanzamento anche in merito alla tutela dei diritti dei detenuti sottoposti a regime detentivo differenziato.

Un punto nodale per la comprensione della disciplina di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., è rappresentato dall'individuazione delle posizioni giuridiche tutelabili.

La formulazione generica dell'art. 69 comma 6 lettera *b* ord. penit., fa riferimento infatti, ad un «attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»; si rimette all'interprete il complicato lavoro di individuare, caso per caso, la sussistenza di una posizione giuridica soggettiva in capo al detenuto o internato. Tale valutazione risulta rilevante ai fini dell'applicazione del rimedio giurisdizionale.

Il problema si è posto, sia in relazione ai detenuti sottoposti a regime ordinario, ma anche e soprattutto in relazione ai detenuti sottoposti a regime differenziato.

È necessario porre come premessa, quanto affermato dalla Corte costituzionale, in occasione nella storica sentenza del 1999¹³. Infatti, la Corte con tale pronuncia stabiliva che la restrizione della libertà personale del soggetto non comportasse un totale assoggettamento all'amministrazione penitenziaria, bensì il detenuto rimaneva titolare di posizioni giuridiche soggettive, purché compatibili con l'esecuzione della pena.

Si supera quindi, in ambito penitenziario, la tradizionale dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Sarà pertanto possibile, per il magistrato di sorveglianza, pronunciarsi sugli interventi posti in essere dalla pubblica autorità, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali¹⁴.

Se però si prendono in considerazione gli indirizzi giurisprudenziali formati nel corso degli anni, si denota come talvolta, la giurisprudenza di legittimità non abbia pienamente recepito le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale.

In alcune pronunce, il reclamante si è visto negare l'ammissibilità del reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* ord. penit., a causa della qualificazione dell'oggetto della pretesa come interesse legittimo e non come diritto soggettivo.

¹² La prima affermazione dell'utilizzabilità del rimedio *ex art. 35-bis* per sindacare il contenuto delle prescrizioni del regime *ex art. 41-bis* ord. penit. si trova in Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 7654, in *C.e.d.*, 262417.

¹³ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

¹⁴ V. C. FIORIO, *Diritti dei detenuti ed obblighi dell'amministrazione*, in *Libro dell'Anno 2014*, Roma.

Bisogna però tenere a mente le preziose indicazioni fornite dalla Giudice delle leggi in occasione della sentenza sopra menzionata. Alla luce di queste, infatti, i diritti fondamentali dell'individuo non possono mai degradare ad interessi legittimi, seppur in presenza di un potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria.

Anche se, rimane comunque salvo il potere del giudice - nel caso di specie, il magistrato di sorveglianza - di valutare se la limitazione del diritto nel caso concreto sia giustificabile per comprovate esigenze di prevenzione¹⁵.

In altre pronunce, invece, la giurisprudenza di legittimità ha dato adito alle prescrizioni della Corte costituzionale, riconoscendo l'ammissibilità del reclamo giurisdizionale¹⁶.

La Corte di cassazione, al fine di individuare le posizioni giuridiche tutelabili, ha chiarito che devono essere qualificate come diritto soggettivo, tutte quelle «aspirazioni alla fruizione e godimento di beni della vita che restano insensibili alla detenzione, in quanto ricollegate funzionalmente a quel residuo di libertà che non può e non deve essere rimesso alla discrezionalità amministrativa espressa dagli organi preposti alla esecuzione della pena».

Sempre al fine di individuare le situazioni tutelabili tramite reclamo giurisdizionale, un'ulteriore importante distinzione che deve essere presa in considerazione dall'interprete è quella tra diritti soggettivi e pretese di mero fatto, per le quali troverà applicazione il reclamo "generico" ex art. 35 ord. penit.

A titolo di esempio si possono richiamare alcune pronunce della corte di cassazione, in cui è stata riconosciuta la tutelabilità ex art. 35-bis ord. penit. in relazione al diritto del detenuto o internato: ad avere colloqui visivi e telefonici¹⁷; a non subire perquisizioni che siano ingiustificate¹⁸; a non essere sottoposto a videosorveglianza 24 ore su 24¹⁹.

¹⁵ In questo senso, v. A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit.*, 2010, 3.

¹⁶ Questo è il caso di un detenuto che presentava reclamo ex art. 35-bis ord. penit, a causa del trattenimento da parte dell'amministrazione penitenziaria di una fotografia della madre defunta, in quanto eccedente per dimensioni rispetto alle prescrizioni stabilite dal regolamento interno. In tal caso il giudice ha riconosciuto l'ammissibilità del reclamo. Il magistrato di sorveglianza non aveva riconosciuto in capo al detenuto la titolarità di un diritto soggettivo in tale ipotesi. La Cassazione ha rilevato, invece, che la fattispecie in esame può costituire espressione del diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive. Sul punto v. Cass., 14 giugno 2017, n. 54117, in *C.e.d.*, n. 271905.

¹⁷ Cass., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, cit.

¹⁸ Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, in *C.e.d.*, n. 227518.

¹⁹ Cass., 24 novembre 2009, n. 49988. Sul punto v. anche A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. penit. avverso le prescrizioni del regime detentivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 330-331.

In senso contrario, invece, si è pronunciata la stessa Corte in relazione alla pretesa del detenuto di ricevere latte caldo come colazione²⁰ o di acquistare birra al sopravvitto²¹.

2. La tutela giurisdizionale del diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive: il sistema dei colloqui in regime di detenzione speciale

Uno degli aspetti su cui il regime differenziato incide maggiormente, è sicuramente la cura delle relazioni familiari ed affettive.

Infatti, proprio in funzione delle esigenze di prevenzione tipiche del regime detentivo speciale, il detenuto subisce una forte riduzione dei contatti con le persone esterne al sistema penitenziario, questo per evitare che egli continui ad intrattenere rapporti con le organizzazioni criminali di appartenenza.

Riduzione dei contatti che però non può consistere in una violazione del diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive, dal momento che tale diritto trova riconoscimento, anche per i detenuti sottoposti a regime *ex art. 41-bis* ord. penit., all'art. 28 ord. penit, all'art. 27 Cost., nonché all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il legislatore, pertanto, in tale ambito è stato costretto ad operare un bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale di cui sopra e la tutela di un diritto fondamentale del soggetto in *vinculis*.

Frutto di tale bilanciamento è la disciplina in materia di colloqui, di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b* ord. penit.

I detenuti sottoposti a regime detentivo speciale possono effettuare un solo colloquio al mese con i propri familiari, della durata di massimo un'ora. Inoltre, il colloquio si tiene in un locale attrezzato, che presenti un vetro divisorio a tutta altezza, al fine di impedire un qualsiasi contatto tra il detenuto e il familiare, con eventuale conseguente passaggio di oggetti.

Qualora il detenuto non si avvalga del colloquio mensile, potrà effettuare, in sostituzione, un colloquio telefonico della durata di dieci minuti.

In un ambito così delicato, in cui i diritti fondamentale dei detenuti sono costantemente compromessi, gioca un ruolo fondamentale il rimedio giurisdizionale *ex art. 35-bis* ord. penit.

²⁰ Cass., 12 dicembre 2012, n. 23379, in *C.e.d.*, n. 255490.

²¹ Cass., 11 novembre 2016, n. 42364, cit.

Quest'ultimo permette di intervenire laddove venga violato espressamente un diritto fondamentale del detenuto, ma anche, e soprattutto, qualora si assista ad un'ingiustificata applicazione di restrizioni afflittive, che non siano direttamente funzionali al perseguimento delle esigenze e degli obiettivi del regime detentivo speciale.

Questo è il caso di un soggetto che aveva presentato reclamo giurisdizionale a fronte del diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria ad intrattenere un colloquio con il figlio, anch'egli sottoposto a regime detentivo speciale.

La questione è arrivata in cassazione, la quale ha sovvertito la decisione del magistrato di sorveglianza.

Infatti, la Corte, partendo dalla premessa secondo la quale un diritto fondamentale del detenuto non può essere del tutto negato, neanche a fronte di esigenze di prevenzione sociale; ha escogitato una modalità di colloquio inedita, ossia «mediante un sistema tecnico – la videoconferenza – che garantisca la visione dell'immagine senza comportare spostamenti e contatti fisici diretti»²².

In altri casi, invece, gioca un ruolo decisivo l'operato dell'amministrazione penitenziaria. Questa infatti, talvolta, è intervenuta tramite delle deroghe alle rigide prescrizioni legislative, al fine di bilanciare le esigenze di difesa sociale con le circostanze del caso concreto²³.

Un esempio di quanto appena detto, lo si può rinvenire nella circolare ministeriale²⁴ con la quale l'amministrazione penitenziaria ha consentito il colloquio del detenuto sottoposto a regime *ex art. 41-bis* ord. penit. con il figlio infra-dodicenne, senza la presenza del vetro divisorio, per un tempo pari a dieci minuti e con contestuale allontanamento degli altri familiari.

La magistratura di sorveglianza, pronunciandosi su alcuni reclami *ex art. 35-bis* ord. penit., ha però rilevato, che tale deroga, seppur meritevole negli intenti, non è idonea a soddisfare pienamente il diritto alla cura delle relazioni familiari ed affettive, considerato il tempo eccessivamente breve ed il necessario allontanamento dei familiari.

²² Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, Gambardella, in *C.e.d.*, 262262. In senso contrario, cfr. Cass., 22 marzo 2019, n. 16557, in *DeJure*, in tal caso la Cassazione sottolinea che i colloqui tramite videoconferenza per i detenuti in regime di *41-bis* ord. penit., non sono disciplinati dalla legge e quindi di conseguenza non possono essere effettuati.

²³ V. G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015. L'autore sottolinea l'operatività del principio di proporzionalità, benché non espressamente menzionato dall'ordinamento penitenziario. Inoltre, riconosce in capo all'Amministrazione penitenziaria il dovere di derogare ad una norma di legge, qualora risulti dalle circostanze del caso concreto, che l'applicazione puntuale di questa potrebbe intaccare quel patrimonio intangibile di diritti fondamentali della persona.

²⁴Cfr. circolare n. 0101491 del 12 marzo 2012.

Al fine di porre rimedio, a quanto rilevato dal giudice ordinario, è intervenuta un'ulteriore circolare del 2017²⁵. Questa all'art. 16 prevede che, sempre al fine di bilanciare interessi contrapposti, quali da una parte esigenze di ordine e sicurezza pubblica e dall'altra l'interesse del soggetto a coltivare relazioni familiari, «il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro»²⁶.

Parte della dottrina, ha però rilevato che l'intervento derogatorio dell'amministrazione penitenziaria, al fine di eseguire il bilanciamento di interessi di cui sopra, e di conseguenza di tutelare le prerogative dei detenuti dalla rigide prescrizioni della legge penitenziaria, dovrebbe essere sostituito da un possibile intervento del magistrato di sorveglianza, il quale in tali situazioni sarebbe legittimato a sollevare una questione di legittimità costituzionale delle disposizioni interessate²⁷.

Anche in materia di durata dei colloqui, le istanze *ex art. 35-bis* ord. penit. presentate dai detenuti hanno permesso un'attenuazione delle rigide prescrizioni imposte dal legislatore.

Per i detenuti "comuni", infatti, vi è una disposizione, l'art. 37 comma 10 reg. esec., che riconosce la cumulatività dei colloqui. Nel caso in cui un detenuto non benefici del colloquio, in quel caso settimanale, potrà richiedere che il successivo colloquio abbia durata di due ore, anziché una, sempre che i familiari siano residenti in un comune diverso rispetto a quello ove ha sede l'istituto penitenziario di detenzione del soggetto. Tale previsione, secondo l'amministrazione penitenziaria non era applicabile ai detenuti sottoposti a regime speciale.

²⁵ Circolare Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria 3676/6126 del 2 ottobre 2017, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017 dedicata all' «organizzazione del circuito detentivo speciale previsto all'art. 41-bis ord. penit.» con nota di V. MANCA, *Il Dap riorganizza il 41 bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena.*

²⁶ In altri casi l'amministrazione ha superato la portata di tale innovazione, concedendo al detenuto la possibilità di effettuare colloqui senza vetro divisorio, anche con parenti ultra-dodicenni, in occasione di determinate situazioni familiari che risultino eccezionali o particolarmente delicate. Sul punto cfr. Trib. sorv. L'Aquila, 7 giugno 2013, in *Rass. penit.* 2013 (2), p. 187, con nota di F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale 41 bis e tutela dei diritti fondamentali.*

²⁷ Sul punto v. G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015. L'Autore sottolinea come bisogna effettuare una distinzione: nel caso in cui ci si trovi in una situazione eccezionale che la legge non ha preso in considerazione, l'intervento derogatorio dell'amministrazione è giustificato, ma laddove, invece, la legge abbia predeterminato la situazione, non sembra ammissibile l'intervento dell'amministrazione, bensì sarebbe più opportuno sollevare una questione di illegittimità costituzionale.

Sul punto è intervenuto la Corte di cassazione²⁸, la quale tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha previsto la possibilità di estendere la portata normativa dell'art. 37 comma 10 reg. esec., per via analogica anche ai detenuti in regime di 41-bis ord. penit.

Sempre nell'ottica di eliminare restrizioni eccessivamente oppressive e non strettamente funzionali alla soddisfazione delle esigenze di prevenzione del regime detentivo speciale, anche questa decisione della Corte è stata recepita dalla circolare del 2017²⁹, all'art. 16.

Un'ultima questione che attiene, seppur indirettamente, alla tutela del diritto alla cura delle relazioni familiari, riguarda i colloqui con i garanti dei diritti dei detenuti.

Alcune direzioni penitenziarie hanno, infatti, ricompreso questi ultimi nei colloqui *ex art. 41-bis* comma 2-*quater* lett. *b* ord. penit., creando così la spiacevole situazione per il detenuto che volesse incontrare il garante dei diritti, di dover rinunciare al colloquio mensile con i propri familiari.

A seguito della presentazione di reclamo giurisdizionale, alcuni magistrati di sorveglianza si sono pronunciati sulla fattispecie in esame.

La magistratura di sorveglianza ha sancito che i colloqui con i garanti per la tutela dei diritti non possono essere in alcun modo assimilati ai colloqui *ex art. 41-bis* comma 2-*quater* ord. penit³⁰. Ciò lo si evince dalla lettura dell'art. 18 ord. penit. che disciplina i colloqui con i garanti, senza far riferimento ai colloqui con familiari e altre persone, e dallo stesso art. 41-*bis* comma 2-*quater*.2 ord. penit. nella parte in cui sancisce che «garanti regionali dei diritti dei detenuti, comunque denominati, [...], svolgono con essi (detenuti) colloqui visivi esclusivamente videoregistrati, che non sono computati ai fini della limitazione dei colloqui personali di cui al comma 2-*quater*».

Sarebbe del tutto irragionevole giungere alla conclusione contraria, tenendo in considerazione soprattutto le diverse funzioni che tali colloqui assolvono.

I colloqui con i garanti hanno lo scopo di mettere il detenuto in condizione di confrontarsi con un soggetto terzo circa il rispetto dei propri diritti. I colloqui con i familiari, invece, permettono al detenuto mantenere contatti con il mondo esterno, al fine di rendere meno traumatico il suo rientro nella società.

²⁸ Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 3115, in *DeJure*; Cass., 20 marzo 2015, n. 20486, *ivi*.

²⁹ Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, *cit*.

³⁰ In tal senso, Mag. sorv. Spoleto, ord. 27 giugno 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 27 giugno 2017; Mag. sorv. Viterbo, ord. 15 giugno 2017, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018, con nota di L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*.

3. *La tutela dei diritti dei detenuti “speciali”: socialità, corrispondenza, informazione e studio.*

Un ulteriore importante aspetto della vita dei detenuti sottoposti a regime differenziato che risulta essere fortemente compromesso, è il diritto alla socialità con altri detenuti.

La normativa di riferimento è l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f* ord. penit., che permette la «permanenza all'aria aperta» per un periodo di tempo non superiore a due ore al giorno, in gruppi di non più di quattro persone ciascuno.

Il problema sorge in relazione all'interpretazione della locuzione «permanenza all'aria aperta». Le circolari ministeriali avevano, infatti, riconosciuto come quest'ultima, non fosse da intendersi in senso stretto, ma piuttosto in senso lato, indicando quindi con tale locuzione il tempo trascorso dal detenuto al di fuori della propria cella³¹.

Se si avvalora un'interpretazione di questo tipo, la conseguenza è che il detenuto sottoposto a regime speciale, possa trascorre massimo due ore al giorno al di fuori della propria cella, durante le quali sono ricompresi sia il tempo dedicato alla socialità con gli altri detenuti, sia il tempo di cui può beneficiare di spazi aperti, pur rimanendo all'interno dell'istituto penitenziario, ovviamente.

La Corte di cassazione è intervenuta sul punto, sancendo la disapplicazione di tale circolare, in quanto lesiva del diritto alla socialità dei detenuti.

La Corte nella pronuncia in esame ha sottolineato come il diritto del detenuto di fruire di uno spazio aperto sia ben diverso rispetto al diritto alla socialità. I giudici supremi hanno infatti evidenziato la diversità di funzioni che tali prerogative assolvono, essendo «diretto, il primo, alla tutela della salute e ad assicurare il benessere psicofisico e, il secondo, a garantire il soddisfacimento delle esigenze e degli interessi culturali, relazionali e di trattamento»³².

La Corte nel decidere tale questione ha preso in considerazione due diversi aspetti, da una parte il dato letterale dell'art. 10 ord. penit. che riconosce la possibilità, per la generalità dei detenuti, di trascorrere due ore al giorno all'aperto, dall'altro eseguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata del provvedimento in esame.

La riduzione da due ore ad una, di permanenza all'aria aperta, non risulta in alcun modo funzionale al perseguimento delle esigenze di prevenzione del regime speciale, si

³¹ Cfr. art. 11 Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, cit.

³² Cass., 27 giugno 2018, n. 44609, in *C.e.d.*, n. 274026.

sottolinea, infatti, come «quello che potrebbe accadere in due ore, potrebbe accadere anche in un'ora di permanenza all'aria»³³.

Un ulteriore profilo dibattuto riguarda la presenza delle cd. «aree riservate» all'interno degli istituti penitenziari.

Queste sono state anche definite «reparti a sicurezza rinforzata», ove possono essere collocati soggetti in regime detentivo speciale, poiché ritenuti particolarmente pericolosi per la società. La caratteristica principale di tali aree è data dal netto isolamento rispetto alle altre sezioni dell'istituto, ivi include le aree comuni.

I problemi sorti in relazione alle cd. «aree riservate», sono di due ordini.

Il primo è rappresentato dalla totale assenza di una disciplina normativa in merito. Tali aree esistono, in concreto, in tutti gli istituti penitenziari che ospitano detenuti sottoposti a regime speciale, ma non sono mai state disciplinate puntualmente dal legislatore, né tantomeno dalle circolari ministeriali.

Ciò risulta davvero assurdo se si considera il settore in considerazione, che dovrebbe essere totalmente informato dal principio di legalità, in quanto si assiste ad una forte compromissione dei diritti fondamentali della persona.

Il secondo problema, o meglio dubbio, è stato generato dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti, la Cassazione ha sancito che il provvedimento con cui si assegna un detenuto ad un'area riservata non è sindacabile, in quanto costituisce una «determinazione interna dell'Amministrazione penitenziaria resa ai meri fini organizzativi della complessa gestione della popolazione penitenziaria»³⁴.

Questo comporta l'inapplicabilità dell'art. 35-*bis* ord. penit. in relazione a tale provvedimento, il che sembra del tutto irragionevole, in quanto rappresenta un forte aggravio delle restrizioni, idoneo a generare effetti dannosi nei confronti del soggetto interessato.

In tale sede il magistrato di sorveglianza potrà solamente valutare l'eventuale violazione dei diritti del detenuto, conseguente all'assegnazione all'area riservata³⁵.

Un'altra questione inerente al diritto alla socialità dei detenuti è la previsione di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f* ord. penit., secondo la quale l'amministrazione penitenziaria può adottare tutte le misure di sicurezza necessarie ad assicurare «la assoluta

³³ *Ibidem*

³⁴ Cass., 15 ottobre 2013, n. 6152, in *C.e.d.*, n. 257888.

³⁵ Cfr. Mag. sorv. Spoleto, ord. 13 febbraio 2018. In tal caso era stato apposto un pannello in plexiglas alla finestra della cella riservata al detenuto. Il che impediva un'adeguata illuminazione, pertanto il magistrato ha riconosciuto una lesione dell'art. 6 ord. penit. Sul punto v. A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. penit. avverso le prescrizioni del regime detentivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela*, cit., p. 343.

impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi»³⁶.

Tale previsione non comporta nessun problema interpretativo, se non che l'amministrazione penitenziaria abbia deciso, tramite circolare ministeriale, di estendere la portata applicativa della norma in esame anche a detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità.

Alcuni soggetti hanno presentato reclamo giurisdizionale, richiedendo la disapplicazione delle circolari in materia.

La Corte di cassazione ha però ritenuto inammissibile il reclamo per infondatezza della questione, considerando pertanto legittimo il divieto di scambiare oggetti o generi alimentari tra detenuti appartenenti, anche, al medesimo gruppo.

Un'interpretazione di questo tipo, basata sul dato letterale della norma, non sembra essere del tutto ragionevole.

Infatti, se si considera che i soggetti, in quanto appartenenti allo stesso gruppo hanno occasione di comunicare durante le ore dedicate appunto alla socialità, non si comprende in che modo il fatto che scambino oggetti o generi alimentari, possa rappresentare un pericolo per la sicurezza. Tale previsione, così interpretata, rischia solamente di condurre all'applicazione di un'ulteriore restrizione vessatoria e di dubbia utilità.

Le strade che l'interprete può intraprendere davanti ad una situazione del genere sono sostanzialmente due, o sottoporre la questione alla Corte costituzionale o effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.

In questo senso si è mossa parte della magistratura ordinaria, distaccandosi dalla predetta pronuncia della Corte di cassazione.

Nella stessa direzione muoveva anche la proposta di riforma della disposizione, effettuata dagli Stati generali dell'esecuzione³⁷.

Per quanto concerne, invece, la materia della corrispondenza, bisogna far riferimento all'art.41-bis comma 2-quater lett. e ord. penit.

Quest'ultimo sancisce che la ricezione e l'invio di corrispondenza, nell'ambito del regime detentivo speciale, sia sottoposta al visto di controllo, eccezion fatta per la

³⁶ La Corte cost. è intervenuta con una dichiarazione di illegittimità costituzionale in relazione alla cottura dei cibi, in quanto è stata considerata inutilmente afflittiva e non corrispondente ai fini perseguiti dal regime speciale. In questo senso, cfr. Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, in www.cortecostituzionale.it

³⁷ Cfr. la proposta n. 7 (proposta di maggioranza) contenuta nella relazione conclusiva del Tavolo II degli Stati generali dell'esecuzione, in www.giustizia.it.

corrispondenza «con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia».

La norma in esame non fa riferimento alla doppia riserva di giurisdizione e di legge per quanto riguarda i provvedimenti limitativi alla corrispondenza, ma sembra pacifico che quest'ultima operi sulla base dell'art. 15 Cost. e dell'art. 18-*ter* ord. penit.

Quest'ultimo disciplina i limiti alla corrispondenza per la generalità dei detenuti, non sottoposti a regime speciale. Si configura come una norma speciale rispetto all'art. 41-*bis*.

Laddove infatti, l'art. 41-*bis* ord. penit. non disciplini espressamente alcune situazioni, si può ricorrere all'integrazione della disciplina tramite l'art. 18-*ter* ord. penit.³⁸.

L'art. 18-*ter* ord. penit., inoltre, prevede una forma di reclamo, diversa dall'art. 35-*bis* ord. penit., per dare la possibilità ai detenuti di impugnare i decreti giudiziari con i quali si pongono dei limiti alla corrispondenza³⁹.

Nonostante tale previsione, l'art. 35-*bis* ord. penit., rimane applicabile, in quei casi in cui l'amministrazione penitenziaria intervenga con un provvedimento limitativo della corrispondenza, in luogo di un giudice, così come previsto dalla normativa di cui sopra.

Il problema è sorto nel momento in cui, sulla base dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f* ord. penit.⁴⁰, l'amministrazione penitenziaria, tramite circolare⁴¹, ha vietato la corrispondenza tra detenuti, non familiari, sottoposti a regime detentivo differenziato.

Inizialmente la giurisprudenza aveva ritenuto legittime le previsioni contenute nella circolare, proprio in funzione della base giuridica di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *f* ord. penit.

Successivamente però si è affermato un diverso orientamento in giurisprudenza, che in forza della doppia riserva di legge e giurisdizione disposta dagli artt. 15 Cost. e 8 c.e.d.u., riconosce la possibilità di limitare la corrispondenza solo tramite un provvedimento giudiziale.

³⁸ In questo senso P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 162. L'Autore sottolinea diversi profili in relazione ai quali l'art. 18-*ter* integri la disciplina dell'art. 41-*bis*. Ad esempio, prevede casi ulteriori, rispetto al 41-*bis*, in cui la corrispondenza non può essere limitata; prevede l'obbligo di motivazione del provvedimento restrittivo; disciplina ulteriori tipologie di controllo, oltre a quella del "visto", quali ad esempio il trattenimento; ed inoltre prevede che i provvedimenti limitativi alla corrispondenza debbano essere emanati da un giudice, in tal caso il magistrato di sorveglianza, con decreto motivato.

³⁹ C. SANTINELLI, *art. 18-ter ord. penit.*, in G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 242. L'Autore evidenzia come il reclamo specifico previsto dall'art. 18-*ter* in materia di corrispondenza si doti di minori garanzie rispetto al reclamo giurisdizionale ex art. 35-*bis* ord. penit.

⁴⁰ Tale articolo riconosce in capo all'Amministrazione penitenziaria, il potere di adottare «tutte le necessarie misure di sicurezza [...] volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

⁴¹ Cfr. Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 0147611 del 27 aprile 2015.

Di conseguenza si dichiaravano illegittime le disposizioni della circolare in esame, con conseguente disapplicazione di queste.

Tale orientamento, dapprima formatosi nella giurisprudenza di merito⁴², è stato successivamente condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità.

La Corte di cassazione, infatti, pronunciandosi su un reclamo, *ex art. 18-ter* ord. penit., avverso un provvedimento giudiziale che limitava la corrispondenza tra detenuti sottoposti al 41-*bis*, ha riconosciuto la legittimità di tale provvedimento, indicando la necessità di motivazione e di indicazione della circoscrizione temporale dello stesso.

In questo senso, la Cassazione ha implicitamente riconosciuto la necessità di un provvedimento giudiziale ai fini della limitazione della corrispondenza⁴³.

Tale orientamento sembra essere stato recepito anche dalla stessa amministrazione penitenziaria in una sua circolare più recente⁴⁴.

Infine, è necessario effettuare qualche considerazione in relazione al diritto all'informazione e allo studio.

Sulla base normativa di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *c* ord. penit, la quale riconosce in capo all'amministrazione penitenziaria la facoltà di limitare l'ingresso di beni ed oggetti all'interno dell'istituto, è stata emanata una circolare dalla stessa amministrazione penitenziaria che pone rigidi vincoli e limiti alla ricezione di «libri, riviste e quotidiani» da parte dei detenuti sottoposti a regime detentivo speciale⁴⁵.

La *ratio* di tale previsione consiste nel voler evitare, o comunque ridurre al minimo, la possibilità che i detenuti in 41-*bis* entrino in contatto con soggetti esterni all'istituto penitenziario.

In questo caso, il pericolo che si corre, è che le riviste o i libri possano essere utilizzati per fini impropri, con lo scopo di far arrivare comunicazioni o messaggi al detenuto, dall'esterno, come già accaduto in passato.

Tale circolare, infatti, prevedeva che i detenuti sottoposti a regime detentivo differenziato, potessero acquistare libri solo presso l'istituto penitenziario, escludendo quindi la possibilità di ricevere materiale per posta o per mano in occasione dei colloqui.

⁴² Cfr. Mag. sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016, con nota di G. ALBERTI, *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ord. penit.*

⁴³ Cass., 12 dicembre 2017, n. 5324, in *DeJure*.

⁴⁴ Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, cit.

⁴⁵ Circolare Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 8845, del 16 novembre 2011.

Inoltre, si chiedeva alle direzioni penitenziarie di prevedere un numero massimo di pubblicazioni che il detenuto potesse detenere presso la propria cella, al fine di agevolare le eventuali perquisizioni.

Le previsioni della circolare sono state più volte impugnate dai detenuti tramite il reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit.

In diverse occasioni, il magistrato di sorveglianza ha accordato la tutela ai detenuti, disapplicando la circolare in questione, per contrarietà all'art. 18-*ter* ord. penit.

Quest'ultimo, infatti, come si è già osservato, subordina l'imposizione di limiti alla corrispondenza ed «alla ricezione della stampa» ad un provvedimento giudiziale.

Di diverso avviso è la Corte di cassazione, che ha sovvertito le decisioni del magistrato di sorveglianza, annullandole, e sancendo la legittimità delle prescrizioni contenute nella circolare⁴⁶.

Il ragionamento che ha portato la Corte a tale conclusione consiste nell'individuare la base giuridica delle limitazioni che l'amministrazione può porre, nell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *a* e *c* ord. penit., anziché nell'art. 18-*ter* ord. penit, in quanto dedicata ai detenuti sottoposti a regime ordinario.

La magistratura di sorveglianza ha sollevato una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 15, 21, 33 e 34 Cost. La Consulta ha però dichiarato le questioni infondate⁴⁷. I giudici della Corte costituzionale riconoscono infatti che tali prerogative costituzionali conferiscono al detenuto la possibilità di scegliere liberamente quali testi utilizzare per la propria formazione culturale, e nel caso concreto, ciò non risulta violato dalle restrizioni imposte dall'amministrazione penitenziaria, le quali si limitano a stabilire le modalità tramite cui questi diritti possono essere attuati nella pratica.

I ricorrenti lamentavano altresì, i gravi ritardi con cui diversi istituti penitenziari provvedevano alla consegna dei libri o delle riviste richieste. La Corte sottolinea però che la questione esula dal margine del sindacato di legittimità, in quanto non attinente alla norma in senso stretto.

Inoltre, la Corte sottolinea come un eventuale lesione del diritto all'informazione e allo studio, in relazione ai detenuti al 41-*bis*, potrebbe risultare giustificata dalle esigenze

⁴⁶ Cass., 23 settembre 2013, n. 46783, in *C.e.d.*, n. 257473; Cass., 27 settembre 2013, n. 42902, in *C.e.d.*, n. 257299; Cass., 29 settembre 2014, n. 1774, in *C.e.d.*, n. 261858.

⁴⁷ Il riferimento è a Corte cost., 8 febbraio 2017, n. 122, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 62, con nota di A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41 bis: La Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*.

prevenzione tipiche del regime speciale, poste al fine di interrompere i contatti tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza.

Per quanto concerne l'art. 15 Cost., i ricorrenti sottolineavano che per i detenuti sottoposti a regime speciale di detenzione lo scambio di pubblicazioni con i soggetti che si trovano all'esterno, potesse costituire l'esercizio di un diritto non dissimile da quello alla corrispondenza. La Corte riconosce e condivide tale previsione, ma non per questo ritiene applicabile anche in tale ambito la riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost.

La scelta della Corte, anche in questo caso, risulta giustificata dalle esigenze di prevenzione necessarie in tale ambito, volte ad assicurare l'assoluta impossibilità di contatti del detenuto con la realtà esterna.

Il ragionamento su cui si basa l'interpretazione della Corte di cassazione prima, e della Corte costituzionale dopo, verte sul rapporto di specialità che intercorre tra l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. c e l'art. 18-*ter* ord. penit.

In particolare, l'art. 41-*bis* sarebbe speciale rispetto all'art. 18-*ter*, in quanto norma generale, riferita alla generalità dei detenuti.

Parte della dottrina ha però sottolineato come in tal caso, si assista ad un rapporto di integrazione, più che di specialità. Infatti, l'art. 18-*ter* ord. penit., è stato introdotto dal legislatore nel 2004, al fine di integrare alcune lacune normative presenti in materia di corrispondenza e diritto all'informazione⁴⁸.

Innanzitutto, il legislatore ha confezionato una disciplina che risulta essere pacificamente applicabile sia ai detenuti ordinari che ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.

Come già evidenziato sopra, l'art. 18-*ter*, sottopone le limitazioni alla corrispondenza ed alla ricezione di stampa e pubblicazioni ad un provvedimento giudiziale, in quanto trattasi di profili estremamente rilevanti per la buona riuscita del trattamento penitenziario.

I principi costituzionali di ragionevolezza e proporzionalità conducono a distaccarsi dalle conclusioni adottate dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale.

Infatti, se il legislatore ha previsto garanzie ulteriori a favore del detenuto al fine di salvaguardare il proprio diritto alla corrispondenza e all'informazione, sarebbe del tutto irragionevole derogare a tali garanzie nell'ambito del regime detentivo differenziato, in cui le restrizioni imposte dovrebbero, almeno in linea teorica, essere accompagnate da un sistema di cautele più rigoroso.

⁴⁸ L'art. 18-*ter* è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario con la l. 8 aprile 2004, n. 95.

Allo stesso modo, se si considera il principio di proporzionalità, il quale impone il minor sacrificio possibile per il detenuto nell'esercizio di diritti così rilevanti per la buona riuscita del trattamento penitenziario. Il diritto all'informazione e allo studio, infatti, rappresenta una fondamentale opportunità di crescita personale e culturale per il soggetto detenuto, in particolare per i soggetti sottoposti al regime speciale, i quali non possono fruire dell'ordinario percorso rieducativo a causa delle restrizioni cui sono sottoposti.

Questi, infatti, non avendo la possibilità di mantenere contatti frequenti con le persone che si trovano all'esterno della realtà penitenziaria, potrebbero trovare un'opportunità di rieducazione e di risocializzazione attraverso la lettura e lo studio, strumenti fondamentali per consentire all'individuo di accrescere le proprie conoscenze ed ampliare i propri orizzonti.

Alla luce delle considerazioni appena effettuate, sembra preferibile applicare alla materia in esame, l'art. 18-ter ord. penit., il quale, come già detto, prevede che sia un giudice ad imporre restrizioni all'esercizio di diritti fondamentali, solo laddove sussistano esigenze di prevenzione fondate.

In conclusione, dall'analisi dei rapporti tra il reclamo giurisdizionale e il regime detentivo speciale, emerge chiaramente un dato. Vero è che il compito di bilanciare interessi contrapposti, ricade sulla figura del legislatore, il quale è chiamato a predeterminare le restrizioni imponibili ai soggetti detenuti, in funzione delle esigenze di prevenzione rilevanti nel presente ambito.

Ma tale predeterminazione, seppur necessaria, risulta, talvolta, inadeguata e sproporzionata rispetto alle esigenze di prevenzione. Sarebbe, quindi, auspicabile l'attribuzione di più ampi poteri all'amministrazione penitenziaria, al fine di intervenire adattando le restrizioni tipizzate dal legislatore alle diverse circostanze del caso concreto⁴⁹.

⁴⁹ V. A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. penit. avverso le prescrizioni del regime detentivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela*, cit., p. 350.

BIBLIOGRAFIA

G. ALBERTI, *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis ord. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2016;

L. BARONE., *Novità legislativa: I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito* in *Unicost, Unità per la costituzione*, 2019;

B. BASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1977;

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

M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale* in *Archivio penale*, n. 2/2014;

F. CAPRIOLI- L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015;

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

G. CAPUTO-S. CIUFFOLETTI, *Journey to Italy: The European and UN monitoring of Italian penal and prison policies*, in *Crime Law Soc. Change*, 2018;

F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947;

C. CATANEO, *Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Sistema penale*, 2021;

L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018;

A. CIAVOLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;

- M. CORALLI, *L'istruzione penitenziaria: storia e legislazione*, in <https://www.adir.unifi.it/rivista/2002/coralli/cap1.htm>, 2002;
- S. CORBETTA-L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Atti difensivi penali: formulario commentato*, III ed., Milano, 2011;
- F. CORDERO, voce *Merito (Diritto processuale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Utet, Torino, 1964;
- 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*, Milano, 2014;
- P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010;
- M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012;
- A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41 bis: La Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018;
- A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016;
- A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014;
- A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani – si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni da seguire* in *Dir. pen. cont.*, 2013;
- F. DELLA CASA, *I rimedi preventivi a tutela dei diritti e della dignità dei detenuti. Parallelismi tra l'evoluzione normativa italiana e quella francese* in *Sistema penale*, f. 6/2022;
- F. DELLA CASA- G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021;
- G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Milano, 2017;

- G.P. DOLSO, *Prospettive costituzionali* in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;
- D. FERRARIO, *Articolo 35-bis, 35-ter ord. penit.* in www.dirittoconsenso.it, 2021;
- L. FILIPPI-G. SPANGHER-M.F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, IV ed., Milano, 2016;
- F. FIORENTIN, *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;
- F. FIORENTIN, *L'iniziativa tra principio della domanda e poteri ex officio*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;
- F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, Milano, 2018;
- F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale 41 bis e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit.* 2013 (2);
- F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate* in www.rassegnapenitenziaria.it;
- C. FIORIO, *Diritti dei detenuti ed obblighi dell'amministrazione*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma;
- M. C. FROSALI, *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi provvedimenti del tribunale di sorveglianza di Firenze* in *Riv. L'Altro Diritto*, vol. 5, 2021;
- D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità, una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis, 35-ter ord. penit.*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;
- M.G. GASPARI, *Contro la decisione del magistrato di sorveglianza ammesso il ricorso nel merito davanti al tribunale*, in *Guida al diritto*, 2014 (11);

V. GASTALDO, *L'astreinte amministrativa. Problemi applicativi della penalità in mora per ritardo dell'esecuzione del giudicato*, in *Codice dell'esecuzione forzata*, vol. 1, Milano, 2015;

A. GIUSTI, *Sentenza Torreggiani: i diritti dei detenuti nelle carceri sovraffollate* in www.iusinitinere.it , 2017;

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*, Milano, 1994;

E. N. LA ROCCA, *Oltre la soglia del carcere, quale tutela per le situazioni soggettive dei detenuti? Sulle rappresentazioni del Garante dei detenuti dell'Umbria* in *Arch. pen.* 3/2014;

A. LAURITO, *Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli esclusi eccellenti' della riforma* in www.giurisprudenzapenale.com , 2016;

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010;

V. MANCA, *Il Dap riorganizza il 41 bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2017;

A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in *Rass. penit.*, 2010, 3;

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*, Bologna, 1982;

M. MOSCHIONI, *Esercizio del diritto di difesa e accesso al sistema dei reclami in regime di 41-bis: diritto effettivo o utopia?* in www.giurisprudenzapenale.com ;

G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2022;

G.M. NAPOLI, *La fase decisionale*, in (a cura di), F. FIORENTIN, *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;

G. M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo "full jurisdiction"* in *Dir. pen. cont.* 6/2017;

G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015;

G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015;

K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019;

M. A. PASCULLI-N. VENTURA, *La nuova legge svuota carceri, misure urgenti a tutela dei diritti dei detenuti*, Roma, 2014;

G. PRELATI, *Il magistrato di sorveglianza*, Milano, 2002;

N. ROMBI, *La fase istruttoria*, in F. FIORENTIN, (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;

S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati* in *Dir. pen. cont.*, 2016;

M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009;

M. RUOTOLO-S. TALLINI, *Dopo la riforma, i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Vol. I, Napoli, 2019;

C. SANTINELLI, *Sub art. 18-ter ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Milano, 2015;

A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e strumenti di tutela*, Padova, 2004;

F. SEVERA, *Amministrare il carcere secondo costituzione: oltre l'effettività rinnegate dalla normativa penitenziaria* in *federalismi.it*, n. 15/2024;

G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere in Associazione italiana dei costituzionalisti*, riv. n. 2/2014;

D. STAMPACCHIA, *Lo stato di salute della tutela dei diritti in carcere a dieci anni dall'introduzione del reclamo giurisdizionale in legislazionepenale.it*, 2024;

F. URBAN, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia** in *Riv. di diritti comparati*, n. 3/2017;

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*, Torino, 2015;

D. VICOLI, *La fase d'impugnazione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019;

