

Valutazioni tecniche dell'Amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza: note a margine di un recente arresto della giurisprudenza di legittimità.

di **Andrea Perruccio**

Sommario. **1.** La giurisdizione di sorveglianza: il fondamento costituzionale della sua autonomia ed esclusività rispetto alla giurisdizione amministrativa. - **2.** Il finalismo rieducativo nell'orizzonte della discrezionalità tecnica - **3.** Rilievi sulla natura impugnatoria del reclamo giurisdizionale (art. 35 bis o.p.). - **4.** segue: il ricorso ai poteri istruttori quale *passepertout* per il sindacato sulle valutazioni - **5.** Un sindacato (ancora più) forte alla luce di un recente arresto della giurisprudenza di legittimità in materia di "carcere duro" (art. 41 bis, co. 2 o.p.).

1. La giurisdizione di sorveglianza: il fondamento costituzionale della sua autonomia ed esclusività rispetto alla giurisdizione amministrativa.

La giurisdizione di sorveglianza condivide con quella amministrativa la circostanza di avere come parte resistente un soggetto pubblico¹, al quale la legge affida l'esercizio di un potere in vista di una finalità di pubblico interesse. Nondimeno, la scelta di incardinare nell'ambito della giurisdizione ordinaria le vicende del *rapporto giuridico di esecuzione* in cui si assume illegittimo un atto o un comportamento dell'Amministrazione, non è di mera opportunità. L'argomento principale a favore di tale opzione sistematica muove dal riconoscimento, in capo alla persona detenuta, di un "residuo di libertà" che, se è icasticamente osservato, neppure lo stato di detenzione può annullare².

In ciò è venuto a concretizzarsi l'ambito della cognizione del giudice ordinario, sul presupposto che l'oggetto del giudizio sia un *diritto pieno* della

¹F. Maisto, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter o.p. e casistica*, in *questionegiustizia.it*: "La partecipazione dell'amministrazione può avvenire alternativamente mediante la semplice comparizione all'udienza a mezzo di personale delegato ad hoc, (senza osservazioni scritte, e tale evenienza esclude il coinvolgimento del solo avvocato dello Stato), ovvero mediante la trasmissione, non seguita eventualmente anche dalla comparizione, di osservazioni e richieste". Già l'art. 14 ter o.p., antecedente prossimo del reclamo ex art. 35 bis o.p., ammette la facoltà dell'Amministrazione penitenziaria di "presentare memorie". Del pari, ai sensi dell'art. 35 bis o.p. l'Amministrazione può "comparire con un proprio dipendente ovvero trasmettere osservazioni e richieste".

²v. ad esempio Corte Cost. n. 349 del 1993.

persona *in vinculis*, diversamente dalle opinioni invalse in alcune teorie che, inclini a ravvisare “diritti affievoliti”, già “compressi” dalla sentenza di condanna, assumevano l’esercizio del potere amministrativo ad unica materia del contendere.

Com’è evidente, la declinazione della tutela giurisdizionale in termini di tutela piena ed effettiva (artt. 24- 113 Cost.), è incompatibile con simili rilievi, dovendosi evidenziare come il concreto esercizio della potestà pubblicistica si inserisca nella *prospettiva della rieducazione*, e come ciò si riverberi su due versanti: quello della risposta giudiziaria, da un lato; quello organizzativo dall’altro, in linea con le *finalità istituzionali* proprie di alcune articolazioni del *Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria*³.

Così, l’*enforcement* giudiziario risponde all’esigenza costituzionale di ricucire lo strappo ai *diritti convenzionali*: diritti che, per il tramite dell’art. 117, co. I Cost., anche l’ordinamento penitenziario deve, al pari degli altri ordinamenti, accogliere⁴.

Guardando all’ordinamento penitenziario come ad un ordinamento *autonomo*, questa constatazione sembra rafforzare i poteri della magistratura di sorveglianza, altrettanto autonoma ed esclusiva, data la sua prossimità alla realtà carceraria, in continuità con l’esigenza, non meno rilevante, di *unitarietà della funzione giurisdizionale* (art. 102 Cost.). Complice, del resto, anche una risposta legislativa “imposta” dai *diktat* di Strasburgo⁵.

2. Il finalismo rieducativo nell’orizzonte della discrezionalità tecnica

Per vero, in un contesto normativo tutt’altro che florido sul versante della tutela giurisdizionale, irrompeva una pronuncia del magistrato di sorveglianza di Lecce⁶ risalente a una decina di anni or sono, di ampio approfondimento sul tema dei *limiti interni* della giurisdizione ordinaria.

L’interesse per tale arresto, anche per le riflessioni, certo non subitanee e inedite, susseguitesì di lì in avanti sulla *dimensione sovranazionale della tutela* dei diritti delle persone detenute, si deve in primo luogo all’analisi dei *rapporti tra finalità rieducativa e pubblici poteri*.

Nel ricostruire le argomentazioni poste a fondamento della giurisdizione ordinaria, a superamento della questione relativa alla *traslatio iudicii*,

³v. ad esempio, le delicate funzioni assegnate al Corpo di Polizia penitenziaria (l. 15 dicembre 1990, n. 395 e D.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82), compendiate nella formula “*Despondere spem est munus nostrum*”: mantenere viva la speranza.

⁴v. tra gli altri, V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

⁵Emblematica l’introduzione di un “reclamo risarcitorio” (art. 35 ter o.p.) come risposta legislativa alla violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti di cui all’art. 3 CEDU in seguito alla famigerata sentenza *Torreggiani* (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

⁶Ord. n. 17/10 “*Slimani*”, in www.penalecontemporaneo.it.

l'ordinanza reca la constatazione per cui la finalità rieducativa, uniformando l'azione amministrativa sul piano teleologico, assurge ad unico interesse pubblico in vista del quale, nella maggioranza dei casi, l'Amministrazione penitenziaria è chiamata a gestire il rapporto giuridico con il recluso: *"nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria"*.

In seconda battuta, come si apprezza dal passo successivo dell'ordinanza, si può constatare che *"la discrezionalità che anima le scelte dell'amministrazione penitenziaria in questo campo ha natura di discrezionalità tecnica, ossia di valutazione di fatti resa alla stregua di canoni scientifici e tecnici, che non conosce un momento di ponderazione di interessi"*.

In definitiva, nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla *rieducazione del condannato*, il momento dell'azione amministrativa sarebbe caratterizzato dall'assenza di discrezionalità "pura" e, di converso, cadenzato dalle *valutazioni tecniche* dei diversi organi che, di volta in volta, assistono il trattamento individualizzato ai sensi dell'art. 1, comma 2 o.p.

Nell'ottica della rieducazione, il *momento del giudizio* prevale su quello della "scelta", tipicamente ravvisabile nell'attività di ponderazione di interessi.

Alcuni esempi.

(i) *Le sanzioni disciplinari* (artt. 36 e 39 o.p.) presuppongono una valutazione che *"tenga conto del programma di trattamento in corso"*. L'inciso, introdotto all'art. 36 o.p. dal D.lgs 2 ottobre 2018, n. 123, evidenzia l'obbligo⁷ dell'Amministrazione di anteporre alle precipue esigenze del potere disciplinare l'interesse del detenuto alla progressione trattamentale. Donde l'importanza di una sua previa valutazione.

(ii) Il *provvedimento direttoriale* di ammissione allo svolgimento di attività artigianali, intellettuali o artistiche (art. 51 reg. es.).

L'autorizzazione viene supportata da valutazioni inerenti all'attitudine del detenuto allo svolgimento delle suddette mansioni.

Di talché, in astratto, una valutazione che riveli, su parere del *gruppo di osservazione*, la scarsa attitudine alle attività (art. 51, co. 3, reg. es.) potrebbe indurre il direttore a non assentire alle richieste del detenuto;

(iii) Il *provvedimento direttoriale* limitativo della *permanenza all'aperto* (c.d. "diritto all'aria", art. 10, o.p.).

Per l'integrazione dei *"giustificati motivi"* a sostegno del provvedimento restrittivo, si richiede, in concreto, una valutazione di *fatti complessi*, quale può essere la valutazione del rischio criminogeno all'interno dei "gruppi" che vanno formandosi durante la permanenza;

(iv) Il *provvedimento direttoriale* di diniego allo svolgimento di *colloqui con*

⁷F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, p. 176.

terze persone (artt. 18 o.p. e 37 reg. es).

Anche in questo caso, si tratta di valutazioni tecniche: quelle relative alla sussistenza di "*ragionevoli motivi*" per l'autorizzazione ai colloqui con terze persone.

(v) Le determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria a fronte delle *richieste di trasferimento per ragioni di studio, formazione, lavoro, salute o familiari* (art. 42 co. 3 o.p.).

Di conseguenza, l'ambito della cognizione del giudice di sorveglianza andrebbe a ricoprire *la legittimità* dei provvedimenti e il *giudizio di attendibilità* delle relative motivazioni in ordine alla valutazione dei fatti complessi.

D'altra parte, gli esempi rendono perfettamente l'idea di come il raggiungimento della finalità rieducativa ai sensi dell'art. 27, comma 3 Cost. non possa ritenersi dilazionabile o aggravabile per ragioni di convenienza, dettate ad esempio da difficoltà o contingenze organizzative.

Pertanto, non è escluso che anche lì dove esistano norme attributive di un potere fortemente discrezionale, quest'ultimo sia in concreto limitato dalle *esigenze trattamentali* dei singoli (un esempio fra tutti: le limitazioni al potere di trasferimento "*collettivo*" per *esigenze dell'istituto: art. 83, comma 9 reg. es.*).

Come è stato avallato dalle Sezioni Unite, si è al cospetto di un vero e proprio *diritto fondamentale*, donde il diritto di ciascun detenuto ad avere le proprie possibilità di intraprendere un percorso rieducativo e di reinserimento sociale⁸. In buona sostanza, il coinvolgimento del finalismo rieducativo della pena nel processo di *concretizzazione dei diritti fondamentali* in via giurisprudenziale⁹ avrebbe inevitabili ricadute sui poteri di cognizione dell'organo deputato alla loro tutela.

In primo luogo, il sindacato del giudice ordinario non può che essere *pieno*, investendo la legittimità e l'attendibilità delle valutazioni tecniche espresse dall'Amministrazione¹⁰. Inoltre, lì dove si riscontra l'esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione e non una ponderazione di interessi, non può configurarsi una "*riserva di valutazione*" né un *merito*¹¹, onde

⁸Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2005, n. 7458; F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, p. 517.

⁹Su questo processo di "concretizzazione" dei diritti fondamentali, v. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2015.

¹⁰La soluzione risulta condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. da ultimo, Tar Sardegna, Sez. I, 19/08/2021, n. 604. Con riferimento al sindacato del g.o. sulle valutazioni tecniche, cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, p. 448; Sul tema, v. anche Cass. n. 100037/2007.

¹¹In senso concorde, ord. "*Slimani*" cit.: "(...) *non si apprezza la presenza di un merito amministrativo accostato agli atti dell'amministrazione che incidano sul trattamento penitenziario. Una buona amministrazione penitenziaria quale nucleo di un insindacabile potere discrezionale rimesso all'amministrazione può essere presente in*

scongiurare il rischio di condizionare la finalità rieducativa sulla base di mere ragioni di opportunità, insindacabili in quanto tali¹².

Particolarmente eloquente, sul punto, il richiamo operato dall'art. 69, comma 6, lett. a) o.p. al sindacato esteso al merito dei provvedimenti sanzionatori dell'*isolamento all'aria aperta* e dell'*esclusione dalle attività in comune*. Nel tentativo di giustificare la scelta normativa, si potrebbe ricorrere ad un'interpretazione restrittiva, di per sé escludente il potere del giudice di modificare la sanzione disciplinare¹³, ma che tenga conto del contenuto afflittivo delle sanzioni rispetto alla loro capacità di interferire con l'iter rieducativo, andando così a legittimare un sindacato ancor più penetrante sulla "*congruità*" delle motivazioni¹⁴.

In ultimo, muovendosi sul terreno delle valutazioni tecniche, si spiegherebbe la portata del sindacato del g.o. senza doverne giustificare la giurisdizione rispetto a quella del g.a.

Sotto quest'ultimo aspetto, anche a voler recuperare il "*dogma*" dell'intangibilità dei diritti fondamentali rispetto ai pubblici poteri¹⁵, una sua reviviscenza sarebbe di fatto inutile, sul presupposto che la discrezionalità tecnica già esclude, sul piano sostanziale, l'esercizio di un potere in senso proprio (venendo meno il *momento della scelta*).

Detto altrimenti, verrebbe superato il problema della *coesistenza tra diritti fondamentali e pubblici poteri* per la manifesta irreperibilità del secondo tra i due termini di comparazione, lì dove inteso come "potere di scelta", benché non per ragioni di opportunità – fatte discendere dal dogma dell'intangibilità – quanto, piuttosto, per ragioni di diritto sostanziale.

ragione di atti generali dell'amministrazione penitenziaria o di scelte quali quelle di edilizia penitenziaria che non si riverberano sul trattamento del singolo detenuto o ancora in presenza di un contrapposto interesse all'ordine ed alla sicurezza dell'Istituto. Ma non nel caso di atti che incidono per finalità rieducative sul trattamento, essendo gli stessi tutti rimessi al vaglio della giurisdizione di sorveglianza, che svolge un ruolo di garante assoluto del trattamento".

¹²Per conseguenza, si avrebbe che la predetta determinazione direttoriale non potrebbe recare, in concreto, un nucleo di motivazione fondato su ragioni di opportunità e convenienza, pur inerendo quest'ultimo profilo all'astratta configurazione del merito amministrativo.

¹³F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario cit.*, p. 577.

¹⁴Sull'astratta configurabilità di un caso di "*full jurisdiction*", v. ad esempio G. Melchiorre Napoli, "*Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al merito dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*", in *penalecontemporaneo.it*, 6/2017.

¹⁵Sull'argomento, v. P. Carpentieri, *Diritto alla salute, localizzazione degli impianti e giudice ordinario*, in *Urb. e app.*, 2017.

3. Rilievi sulla natura impugnatoria del reclamo giurisdizionale (art. 35 bis o.p.).

E' quantomeno significativo che, a livello di scelte legislative, l'art. 35 bis o.p. in materia di *reclamo giurisdizionale* rechi una tecnica di tutela "ingiunzionale", condensata dall'accertamento di un *attuale e grave pregiudizio* all'esercizio di *diritti* (art. 69, co. 6, lett. b o.p.).

Osservando la formulazione dell'art. 69, co. 6, lett. b o.p. viene da chiedersi se al reclamo debba anche unirsi una *causa petendi* e se questa debba identificarsi con l'affermazione della illegittimità dell'atto/comportamento; o se invece essa sia data dal richiamo al pregiudizio, rispetto al quale l'illegittimità potrebbe tutt'al più costituire oggetto di mero accertamento.

Quest'ultima parrebbe la soluzione più aderente al testo della norma, se non fosse che il mancato richiamo ai *poteri di annullamento* non può dirsi, di per sé, dirimente per la qualificazione del rito, avendo i profili di illegittimità natura di *prius logico* rispetto all'accertamento del *pregiudizio*. A suffragare la natura impugnatoria del rito, va ad aggiungersi una terminologia di per sé evocativa del vizio di *violazione di legge* ("*inosservanza...di disposizioni*"), che indurrebbe ad escludere l'ammissibilità di *mere domande di accertamento*.

Così, ad esempio la *violazione di circolari* – si ponga mente alla mole imponente di circolari adottate dal DAP – come il *difetto di motivazione*, potranno essere rilevati in sede di accertamento, di concerto con il pregiudizio all'esercizio di diritti, secondo la dizione dell'art. 69, co. II, lett. b o.p.

A rigore, un altro nodo potrebbe manifestarsi sulla sorte degli atti illegittimi che, in concreto, non arrecano alcun "*attuale e grave pregiudizio all'esercizio di diritti*".

Per l'accoglimento del reclamo, affinché il giudice *ordini* all'Amministrazione di "*porre rimedio*", è necessario provare l'attualità e gravità del pregiudizio, sicché è inverosimile che i *vizi formali* siano in grado di "mettere in mora" la P.A.

4. segue: il ricorso ai poteri istruttori quale *passepartout* per il sindacato sulle valutazioni.

Per quanto qui rileva, mette conto evidenziare come la previsione di *ampi poteri istruttori*, esercitabili per effetto del richiamo operato dall'art. 35 bis o.p. alla disciplina del procedimento di esecuzione (art. 666, co. 5 c.p.p.), si presti ad un'interpretazione favorevole ad un sindacato "forte": "*il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno*".

Ampliate le possibilità di accesso al fatto, la norma potrebbe confermare una maggiore permeabilità delle valutazioni amministrative.

5. Un sindacato (ancora più) forte alla luce di un recente arresto della giurisprudenza di legittimità in materia di "carcere duro" (art. 41 bis, co. 2 o.p.).

L'attività di comparazione di interessi riacquista un ruolo chiave, se non fisiologico, allorché l'Amministrazione sia chiamata a salvaguardare la *sicurezza e l'ordine* negli istituti.

Emblematico, al riguardo, il modulo procedimentale culminante con la sospensione delle "normali" regole di trattamento e le restrizioni di cui all'*art. 41 bis, comma secondo o.p.*

Se il riferimento a questo regime differenziato vale a sconfessare la natura *ipso facto* intangibile dei diritti fondamentali, per le evidenti restrizioni già arguibili dalla consueta etichetta "carcere duro", d'altra parte esso restringe il campo di indagine ai poteri di cognizione del tribunale di sorveglianza in sede di reclamo.

Com'è noto, l'assegnazione al regime differenziato non è perpetua ma intervallata dall'accertamento in capo al detenuto di una specifica forma di *pericolosità sociale*, rappresentata dalla "*capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza*". L'esito positivo dell'accertamento può così legittimare la *proroga* del *decreto ministeriale* di sospensione (art. 41 bis, comma 2 bis o.p.).

Per inciso, per quanto anche la pericolosità sociale sia un esempio di *fatto complesso*, che richiede una valutazione in senso tecnico, tuttavia sia il decreto ministeriale, così come la relativa proroga, costituiscono espressione di una *scelta* rimessa all'Autorità titolare dell'indirizzo politico-amministrativo (Ministro della giustizia), come tale fondata su esigenze di politica carceraria e di salvaguardia della sicurezza. Al medesimo paradigma procedimentale si conformerebbero il regime di cui all'*art. 14 bis o.p. (c.d. sorveglianza particolare)* e quello dei trasferimenti per *motivi di sicurezza* (art. 42, comma 1, rispetto ai quali va ad aggiungersi il nulla-osta dell'autorità giudiziaria se trattasi di imputati).

Tanto premesso, a termini dell'*art. 41 bis, comma 2 sexies o.p.*, come riformulato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, "*il tribunale decide...sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento*". Tra le ultime interpolazioni al testo della norma, la scomparsa dell'espresso richiamo alla "*congruità*" quale oggetto del sindacato giurisdizionale solleva l'interrogativo sugli attuali poteri di cognizione del tribunale di sorveglianza.

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione¹⁶ si esprime a favore della più ampia dizione, ricomprensiva della possibilità, per l'organo giudicante, di estendere il controllo alla motivazione e alla sussistenza dei "*requisiti della capacità del soggetto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, della sua pericolosità sociale e del collegamento funzionale tra le prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze dell'ordine e della sicurezza*".

¹⁶v. Cass. pen. sent. n. 18434 del 2021.



A ben guardare, tale impostazione parrebbe già imposta da ragioni di coerenza sistematica, laddove, di contro, non si avrebbe alcun discrimine tra il reclamo ex art. 41 bis, co. 2 *sexies* e il *giudizio di legittimità* in sede di *ricorso per cassazione*, pur sempre esperibile per *violazione di legge* avverso l'ordinanza del tribunale.