



6/2017

SANZIONI DISCIPLINARI IN AMBITO CARCERARIO E SINDACATO GIURISDIZIONALE ESTESO AL 'MERITO' DEI PROVVEDIMENTI PUNITIVI: UN TENTATIVO (NON RIUSCITO) DI CONTROLLO DI "FULL JURISDICTION"

di Giuseppe Melchiorre Napoli

Abstract. *Scopo del presente contributo è quello di affrontare talune delle questioni interpretative poste dall'irrompere della categoria del 'merito' all'interno del sistema di controllo giurisdizionale sui provvedimenti che irrogano sanzioni disciplinari a carico delle persone ristrette in carcere (art. 69, comma 6, lett. a, o.p., come modificato in seguito al d.l. N. 146 del 2013, convertito nella l. N. 10 del 2014). A tal fine, in primo luogo, si cercherà di individuare il fondamento teorico e gli ambiti di operatività del sindacato esteso al 'merito' della decisione disciplinare, considerando il 'merito' come qualità intrinseca del provvedimento punitivo e percorrendo la via tracciata dalla dicotomia 'legittimità-merito'. Ci si avvedrà tuttavia che, sotto il profilo del diritto sostanziale, lo spazio riservato alla categoria del 'merito' risulta alquanto circoscritto. Successivamente, si appunterà l'attenzione sul concetto di 'merito' inteso come particolare tecnica di controllo giurisdizionale sul provvedimento sanzionatorio. In proposito, si verificherà se tale concetto, abbandonato il campo del diritto sostanziale, possa riaffermarsi proprio sotto l'aspetto processuale. Infine, una volta definito l'ambito di operatività del sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' della decisione disciplinare, ci si domanderà se sia conforme ai principi costituzionali e convenzionali la scelta del legislatore di limitare siffatta tipologia di controllo ai soli provvedimenti punitivi che irrogano una delle due sanzioni disciplinari più gravi.*

SOMMARIO: 1. L'irrompere della nozione di 'merito' all'interno della legge sull'Ordinamento penitenziario: il nuovo assetto della tutela della persona detenuta nei confronti delle sanzioni disciplinari. – 1.1. 'Merito' come nozione di diritto sostanziale e come modalità di controllo sui provvedimenti punitivi di natura disciplinare. – 2. 'Legittimità' e 'merito' come qualità intrinseche del provvedimento punitivo. – 2.1. 'Merito' e discrezionalità amministrativa. – 2.2. 'Merito' e momenti 'intellettivi' del processo decisionale. – 2.2.1. (*segue*): La ricostruzione del fatto storico. – 2.2.2. (*segue*): L'operazione di qualificazione giuridica del fatto. – 2.2.3. (*segue*): L'interpretazione dell'enunciato normativo. – 2.3. Scelta e commisurazione della sanzione: arretramento del 'merito' e avanzata della 'legittimità'. – 2.4. 'Legittimità' e 'merito' come nozioni di diritto sostanziale che definiscono l'ambito dei poteri di cognizione del Magistrato di sorveglianza. – 3. Il 'merito' come tecnica di controllo giurisdizionale sui provvedimenti disciplinari. – 3.1. (*segue*): Il sindacato giurisdizionale pieno sulla decisione disciplinare e la procedura su reclamo di cui all'art. 35-*bis* o.p.: l'efficacia probatoria dei documenti amministrativi e il principio di non contestazione. – 3.2. L'ambito operativo del controllo giurisdizionale circoscritto ai soli profili di legittimità. – 3.3. Sindacato di 'legittimità' e controllo esteso anche al 'merito' della decisione disciplinare: quadro di sintesi. – 3.4. L'irragionevole



6/2017

configurazione dei poteri decisorii del giudice: l'annullamento della decisione disciplinare. – 3.5. La proposizione del reclamo e l'automatico e immediato effetto sospensivo dell'esecuzione del provvedimento punitivo. – 4. Incisività ed effettività del sindacato del Magistrato di sorveglianza sul provvedimento disciplinare: un tentativo (non riuscito) di “*full jurisdiction*”. – 4.1. Il procedimento disciplinare tra deficit di garanzie convenzionali e “principio compensativo”. 4.2. La natura della sanzione disciplinare secondo i criteri sostanziali di qualificazione elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4.3. L'art. 6 CEDU e il procedimento disciplinare. – 4.4. La funzione compensativa assoluta dal sindacato di “*full jurisdiction*”. – 4.5. La procedura su reclamo ex art. 35-*bis* o.p. e il tentativo (fallito) di introdurre un controllo di piena giurisdizione. – 5. ‘Legittimità’ e ‘merito’ nel sindacato giurisdizionale sulla decisione disciplinare: profili ricostruttivi e applicativi (verso un sindacato sempre pieno e completo sulle circostanze di fatto poste a fondamento dell'esercizio del potere punitivo). – 5.1. Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione disciplinare. – 5.1.1. (*segue*): La violazione delle disposizioni concernenti la costituzione dell'organo disciplinare. – 5.1.2. (*segue*): La violazione delle disposizioni concernenti la competenza dell'organo disciplinare. – 5.1.3. (*segue*): La violazione delle disposizioni concernenti la contestazione degli addebiti. – 5.1.4. (*segue*): La violazione delle disposizioni concernenti la facoltà di discolpa. – 5.1.5. (*segue*): La violazione delle disposizioni concernenti le condizioni di esercizio del potere disciplinare. – 5.2. Il sindacato giurisdizionale esteso anche al merito del provvedimento disciplinare.

1. L'irrompere della nozione di ‘merito’ all'interno della legge sull'Ordinamento penitenziario: il nuovo assetto della tutela della persona detenuta nei confronti delle sanzioni disciplinari.

Pone non poche questioni interpretative, l'irrompere all'interno della legge penitenziaria di una delle categorie concettuali più controverse del diritto amministrativo: il ‘merito’. L'irruzione, per quanto circoscritta al solo ambito del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti punitivi di carattere disciplinare adottati dall'Amministrazione penitenziaria nei confronti delle persone detenute, non può rimanere sottotraccia, investendo uno degli strumenti afflittivi più frequentemente utilizzati nella gestione ordinaria della ‘vita’ all'interno degli istituti penitenziari. Ambito, dunque, assai esposto al pericolo che si verifichino situazioni di indebita compressione dei diritti della persona *in vinculis*.

Non più costretto tra le pieghe di non sempre lineari orientamenti giurisprudenziali, il ‘merito’ compare, in modo espresso, nell'art. 69, comma 6, lett. a, l. n. 354 del 1975 (d'ora in avanti, anche o.p.), come modificato in seguito al d.l. n. 146 del 2013, convertito nella l. n. 10 del 2014. Questa disposizione, infatti, stabilisce che il Magistrato di sorveglianza provveda, a norma dell'art. 35-*bis* o.p., sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti “le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa, nei casi di cui all'art. 39, comma 1, n. 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati”¹.

¹ Opportuna una (forse ovvia) notazione preliminare. Il tenore letterale dell'art. 69, comma 6, lett. a, o.p., e le finalità perseguite dal legislatore con tale disposizione normativa orientano l'indagine sulla categoria del ‘merito’ verso quel particolare settore dell'ordinamento giuridico che è tradizionalmente indicato con l'espressione “diritto amministrativo”. Sicché, nel definire la nozione di ‘merito’ e nel delinearne le capacità operative con riferimento a quel peculiare ambito in cui l'autorità amministrativa esercita un potere punitivo

L'enunciato normativo appena richiamato non è di semplice 'lettura'. Un duplice ordine di fattori ne complicano la comprensione. Il primo, di carattere generale, è dato dalla stessa scelta di impiegare una categoria concettuale – quella del 'merito' – che, nel suo tradizionale contrapporsi alla 'legittimità, assume un significato "sfuggente e discusso"². Nozione, dunque, non soltanto incerta, "ma anche composita e priva di omogeneità"³. La dottrina, del resto, include il 'merito' tra quei concetti tramandatici dalla elaborazione dello scorso secolo, "in cui (l'originaria) fragilità teorica si accompagna ad una aleatorietà tale, da far fortemente dubitare della possibilità di continuare ad avvalersene proficuamente"⁴.

Il secondo fattore che complica la lettura dell'enunciato normativo è connesso alla scelta del legislatore di circoscrivere il controllo giurisdizionale anche nel 'merito' unicamente ai provvedimenti punitivi con i quali sono irrogate le sanzioni disciplinari più gravi dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione dalle attività in comune (art. 39, comma 1, n. 4 e 5, o.p.). Cosicché, rimanendo confermato che i provvedimenti punitivi che irrogano le sanzioni meno gravi del richiamo, dell'ammonizione e dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive (art. 39, comma 1, n. 1-3, o.p.) sono assoggettati al solo controllo di legittimità, si pone la non semplice questione di tracciare una precisa linea di confine tra le due distinte tipologie di intervento del giudice ordinario in ambito disciplinare. Configura, infatti, eccesso di

di natura disciplinare, ci si avvarrà, in modo pressoché esclusivo, delle tesi elaborate dalla dottrina amministrativistica. Tale impostazione, infatti, sembra trovare conforto in un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, non sfugge come la citata disposizione impieghi la nozione di 'merito' in conformità al significato che essa acquista nel campo del diritto amministrativo sostanziale, ossia per indicare una qualità intrinseca di provvedimenti che, ancorché di carattere punitivo, hanno natura sostanzialmente e soggettivamente amministrativa (la sanzione disciplinare, invero, è irrogata da un'autorità amministrativa – vale a dire, ai sensi dell'art. 40 o.p., dal direttore dell'istituto penitenziario o dal Consiglio di disciplina – attraverso un procedimento che costituisce esplicazione di un potere punitivo amministrativo). In secondo luogo, non può trascurarsi che, attraverso l'art. 69, comma 6, lett. a, o.p., il legislatore ha dato vita ad un "sistema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere di irrogare sanzioni, attribuendo al giudice ordinario non solo un potere di sindacare la legittimità, ma anche, in taluni casi, un potere di sindacare il merito di valutazioni spettanti all'amministrazione conformemente alla struttura e al contenuto dei poteri *cognitivi* del giudice amministrativo *di merito*" (v., sia pure con specifico riferimento ai poteri di controllo sulla generalità dei provvedimenti delle autorità amministrative che irrogano sanzioni amministrative, poteri che la legge 24 novembre 1981, n. 689, attribuisce al giudice ordinario, L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VII, pp. 453, 487).

² In questi termini, P.G. PONTICELLI, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito) – voce –*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XX, p. 1.

³ V., in proposito, A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, IX, p. 402-403.

⁴ Così, A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 518-519. L'antica nozione di 'merito', pur avendo "subito sorti mutevoli nel corso dei decenni" (cfr. P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 341), sembrerebbe "avvolta da un alone di mistero che esalta la sua sacrale nebulosità e approssimazione", ragion per cui "pur continuandosi ad attribuire ad essa autonomia concettuale, la sua impalpabilità impedisce ormai di definirla in positivo, ma soltanto in negativo, vale a dire escludendo ciò che non è, anziché identificandola per ciò che è" (in questi termini, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Torino, 2011, pp. 307-308).

potere giurisdizionale, l'ipotesi in cui il Magistrato di sorveglianza, fuori dei casi di giurisdizione estesa al 'merito' della decisione disciplinare, ecceda i limiti del sindacato di legittimità. Ciò vuol dire che lo sconfinamento nel 'merito' è sempre sindacabile, qualora il giudice invada arbitrariamente la sfera dell'attività riservata all'Amministrazione, attraverso poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge. Tuttavia – ed è questo il fattore di complicazione cui si è prima fatto cenno – la linea di confine tra le due topologie di controllo giurisdizionale si muove lungo l'incerta contrapposizione 'legittimità-merito', giacché il concetto di 'merito' definisce i limiti della nozione di 'legittimità'.

Pertanto, le nozioni di 'merito', di vizi di 'merito' e di sindacato giurisdizionale esteso al merito, dopo avere attraversato, con alterne fortune, oltre un secolo di studi giuridici e di intereventi legislativi e giurisprudenziali, sono infine approdate all'interno della legge penitenziaria. A tali nozioni, quindi, si dovrà necessariamente guardare, al fine di definire i caratteri del rinnovato assetto del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo di irrogare sanzioni disciplinari nei confronti delle persone ristrette in carcere.

1.1. 'Merito' come nozione di diritto sostanziale e come modalità di controllo sui provvedimenti punitivi di natura disciplinare.

La nuova formulazione dell'art. 69, comma 6, lett. a, o.p., costituisce l'approdo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in ragione dell'ambiguità di un enunciato normativo che, mediante il sintagma "norme riguardanti [...] le condizioni di esercizio del potere disciplinare" (ovvero, prima della l. n. 663 del 1986, mediante l'espressione "norme riguardanti [...] l'esercizio del potere disciplinare"), non pareva, di per se stesso, capace di definire i confini del sindacato in sede giurisdizionale. Sicché, ad un minoritario orientamento dottrinale, secondo il quale i poteri di controllo del giudice travalicavano sempre "il criterio della pura legittimità, per investire il merito del provvedimento disciplinare"⁵, si contrapponeva un più solido e uniforme orientamento giurisprudenziale, che limitava l'intervento del Magistrato di sorveglianza al solo controllo sulla legittimità della decisione disciplinare⁶. Quasi sempre identico, del resto, il principio di diritto affermato nelle più recenti pronunce del giudice di legittimità: "I provvedimenti disciplinari sono sottoposti a controllo giurisdizionale limitatamente alla legalità dei modi di esercizio del potere da parte delle autorità titolari dell'azione disciplinare all'interno degli istituti di pena, con esclusione del sindacato di merito"⁷.

⁵ In tal senso, cfr. G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, VI, p. 708; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1981, p. 179.

⁶ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. 17 ottobre 1988, n. 2240; Cass. pen., sez. I, sent. 28 aprile 1995, n. 1698; Cass. pen., sez. I, sent. 25 gennaio 2011, n. 4776.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. I, sent. 21 novembre 2012, n. 45604; Cass. pen., sez. I, sent. 18 dicembre 2013, n. 51093. Del tutto diversa è, invece, la questione se il Magistrato di sorveglianza, fuori dei casi di controllo

L'ultima modifica apportata all'art. 69, comma 6, o.p., pertanto, pur riconoscendo la correttezza dell'uniforme orientamento giurisprudenziale⁸, ne circoscrive ora l'impianto teorico e la valenza applicativa al solo sindacato giurisdizionale sui provvedimenti che irrogano le sanzioni disciplinari meno afflittive, dal momento che, per espressa disposizione di legge, il controllo esteso anche al 'merito' può investire adesso i provvedimenti di cui all'art. 39, n. 4 e 5, o.p. Con riferimento a queste ultime determinazioni amministrative, quindi, il controllo del Magistrato di sorveglianza può sempre oltrepassare la verifica della mera legittimità, "per investire il merito del provvedimento disciplinare".

Tuttavia, come rileva accorta dottrina⁹, la nozione di 'merito' è "di controversa e spesso contraddittoria definizione, e di applicazione ancor più problematica", potendo far riferimento a due realtà eterogenee. Innanzitutto, il 'merito' rileva come nozione di diritto sostanziale, derivando la sua incerta configurazione "dal non risolto rapporto con il connesso concetto di legittimità"¹⁰. In secondo luogo, la nozione di 'merito' rileva in ambito processuale, essendo funzionale ad indicare peculiari tecniche e modalità di sindacato sui provvedimenti punitivi dell'Amministrazione; tecniche e modalità più incisive di quelle che contraddistinguono il sindacato di sola 'legittimità'. I due profili – sostanziale e processuale – coesistono, dovendosi pertanto definire i concetti di 'merito' e di giurisdizione estesa al 'merito' guardando sia al piano degli elementi e delle qualità intrinseche del provvedimento sanzionatorio (ambito nel quale, come si vedrà, la nozione di 'merito' ha un ridotto, ma non irrilevante, spazio applicativo, stante la progressiva avanzata della 'legittimità'), sia al piano delle tecniche del sindacato del giudice (ambito in cui la categoria concettuale del 'merito' trova il suo più chiaro e ampio spazio operativo).

In effetti, anche il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalla precedente versione dell'art. 69, comma 6, si era sviluppato tenendo conto dei due distinti, ancorché connessi, profili sostanziale e processuale. Da una lato, infatti, si evidenziava come il giudice non potesse sindacare il motivo e l'opportunità della sanzione disciplinare o la condotta tenuta in concreto dal detenuto, valutazioni che rimanevano di esclusiva competenza dell'Amministrazione penitenziaria (in tal modo rifacendosi a quella impostazione della dottrina del diritto amministrativo per la quale la nozione di 'merito' era da intendere quale sinonimo di "opportunità amministrativa", vale a dire quale zona franca – inaccessibile al giudice di legittimità – in cui l'autorità agente "si determinava indipendentemente da una norma che ne regolasse l'azione"). Dall'altro lato, si precisava come il Magistrato di sorveglianza non potesse né svolgere

diretto sulla decisione disciplinare, possa entrare nel merito del provvedimento punitivo solo in via incidentale, qualora la sanzione disciplinare venga in rilievo in un procedimento finalizzato alla concessione della liberazione anticipata *ex art. 54 o.p.*, oppure di un permesso premio *ex art. 30-ter o.p.*, il cui presupposto è proprio la regolare condotta. Sul tema, v. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, p. 575.

⁸ In questo senso, anche F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69*, in DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 819.

⁹ Così, A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, cit., pp. 518-519.

¹⁰ *Ibid.*



6/2017

“un’istruttoria sovrapposta a quella condotta dall’organo disciplinare”, né riesaminare gli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento disciplinare, al fine di pervenire ad una diversa ricostruzione del fatto storico (in tal modo, richiamando quel filone dottrinale secondo cui soltanto il controllo esteso anche al ‘merito’ implicava un potere di accesso diretto al fatto).

In definitiva, ai due aspetti (sostanziale e processuale) della categoria del ‘merito’ si è sempre fatto riferimento, sia pure in una prospettiva negativa, al fine di circoscrivere il controllo giurisdizionale sulle decisioni disciplinari unicamente ai profili di legittimità. Ai medesimi aspetti, pertanto, si dovrà ora guardare, ma questa volta anche in positivo, per definire le nozioni di ‘merito’ del provvedimento punitivo e di giurisdizione estesa anche al merito.

Nel prosieguo della trattazione, pertanto, si verificherà in che modo l’irrompere del ‘merito’, nel controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori, abbia modificato il sistema di tutela dei diritti dei detenuti. In primo luogo, si appunterà l’attenzione sulle qualità intrinseche del provvedimento punitivo e ci si muoverà lungo la via tracciata dalla dicotomia ‘legittimità-merito’, in modo da individuare il fondamento teorico e gli ambiti di operatività della categoria del ‘merito’. Ci si avvedrà quindi che, sotto il profilo del diritto sostanziale, lo spazio riservato al ‘merito’ è alquanto circoscritto. Infatti, il processo decisionale che conduce all’irrogazione della sanzione disciplinare risulta profondamente “regolato e penetrato dal diritto”, sicché le determinazioni dell’Amministrazione (specie di quelle che attengono all’accertamento del fatto, alla sua qualificazione giuridica e all’interpretazione degli enunciati normativi, ma, in parte, anche di quelle relative alla scelta del tipo e dell’entità della risposta punitiva) ricadono nel campo della ‘legittimità’.

È, invece, sotto l’aspetto processuale, che la categoria del ‘merito’ riacquista un più sicuro spazio applicativo. Se è vero, infatti, che la decisione disciplinare è integralmente controllabile in legittimità, è altrettanto certo che tale sindacato impiega modalità e tecniche significativamente differenti, in termini di incisività, rispetto al controllo di ‘merito’. Ne discende che la categoria del ‘merito’, sganciata dalla più angusta contrapposizione al concetto di legittimità, come qualità intrinseca del provvedimento punitivo, si riafferma, sul piano teorico e su quello pratico, quale peculiare modalità di controllo del giudice sul processo decisionale dell’organo disciplinare.

Infine, una volta definito il campo d’azione della categoria del ‘merito’, è opportuno domandarsi se sia conforme ai principi costituzionali e convenzionali la scelta di limitare siffatta tipologia di controllo ai soli provvedimenti punitivi che irrogano le due sanzioni disciplinari più gravi. A tal proposito, si metterà in evidenza come le carenze che contraddistinguono il procedimento disciplinare, del tutto inidoneo ad assicurare adeguati presidi difensivi e un nucleo accettabile di contraddittorio, avrebbero preteso un completo recupero di tali garanzie nel procedimento giurisdizionale per reclamo, in modo da garantire al detenuto un controllo pieno, completo ed effettivo su qualsivoglia provvedimento punitivo di carattere disciplinare.

2. 'Legittimità' e 'merito' come qualità intrinseche del provvedimento punitivo.

Le nozioni di 'legittimità' e di 'merito' rilevano, innanzitutto, sotto il profilo sostanziale, come qualità intrinseche del provvedimento disciplinare. L'art. 69, comma 6, lett. a, o.p., infatti, sembra riproporre una 'classica' dicotomia, contrapponendo (o affiancando, nei casi di cui all'art. 39, comma 1, n. 4 e 5, o.p.) al controllo giurisdizionale sulla 'legittimità' della decisione disciplinare (ovvero, sull'osservanza delle disposizioni normative concernenti "le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta), un sindacato esteso anche al 'merito' del provvedimento punitivo.

Quella tra 'legittimità' e 'merito' è, però, una dicotomia dagli incerti confini, fondata sul controverso rapporto tra due concetti che si contendono un identico spazio di operatività, sicché l'espansione dell'uno comporta la contrazione dell'altro (anche se non necessariamente in una logica di tipo binario che, tra un estremo e l'altro, esclude la possibilità di stati intermedi in cui è più sfocata e non immediatamente percepibile la distinzione tra i termini del binomio¹¹). In questa ottica, pertanto, è fondamentale circoscrivere i due concetti, ossia, più precisamente, delimitare la nozione di 'legittimità' mediante la definizione dei confini della nozione di 'merito'. In primo luogo, quindi, si tratterà di individuare il fondamento teorico e gli ambiti di operatività di quest'ultima categoria, al fine di definire anche lo spazio d'azione della nozione sostanziale di 'legittimità'.

2.1. 'Merito' e discrezionalità amministrativa.

Muovendo dall'impostazione dottrinale tradizionale, il 'merito', come qualità intrinseca del provvedimento punitivo, è sinonimo di "opportunità amministrativa"¹². Ma che il 'merito' sia estrinsecazione del "principio di opportunità", che domina lo svolgimento dell'attività amministrativa, è apparso a taluni assunto corretto, ma assai superficiale, inidoneo a rivelare il significato più profondo di simile concetto. Profondità, quindi, che si è ritenuto di raggiungere, da un lato, connettendo il problema del 'merito' all'esistenza di "un'attività amministrativa giuridicamente rilevante (in quanto presa in considerazione negli ordinamenti ai fini della produzione di certe situazioni giuridiche), che tuttavia non è *sub lege*, cioè non è regolata nel suo svolgersi da norme giuridiche"; dall'altro lato, e di conseguenza, sconfessando la diversa tesi dottrinale per la quale la scelta discrezionale è guidata da regole non scritte che, tuttavia, acquistano carattere giuridico in forza di un rinvio implicito nell'attribuzione legislativa del potere discrezionale¹³.

¹¹ Ivi, pp. 528 ss.

¹² Cfr., *ex multis*, A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, I, p. 385.

¹³ Così, M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, 1941, ora in *Scritti*, Milano, 2000, II, p. 354. In questo contributo, l'Autore critica, in modo espresso, la tesi di C. Mortati,

In realtà, come osserva attenta dottrina, l'importanza di questa tradizionale impostazione "sta nell'aver marcato quell'aspetto del merito che sostanzia la libertà dell'amministrazione, non nella semplice assenza di norme giuridiche, ma nel principio di esclusività connesso all'attribuzione di competenze non vincolate, idoneo a legittimare l'agire pubblico su base eminentemente soggettiva"¹⁴. In questa prospettiva, dunque, il 'merito' è quell'ambito della discrezionalità amministrativa "non disciplinato dal diritto e indefinibile a causa della soggettività e dell'agiuridicità dei criteri applicati" dall'autorità agente¹⁵. Il 'merito', in altri termini, è quella parte del momento discrezionale dell'iter decisionale non regolata dal diritto, in cui l'autorità amministrativa esercita il potere di valutare e di comparare gli interessi (pubblici e privati) confliggenti, "in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia" nel caso concreto.

Di certo, però, la teoria tradizionale è da ricondurre all'interno di una più generale visione non paritaria dei rapporti tra autorità amministrativa e cittadini¹⁶. Per tale ragione, ci si è chiesti se essa mantenga piena validità anche nell'ambito di una diversa impostazione che, in linea con il diritto costituzionale, ricostruisce il rapporto amministrativo in termini di relazione equiordinata tra le sfere giuridiche (e tra i connessi interessi: pubblico e privato) da contemperare nel caso concreto. Taluni autori danno a tale quesito risposta negativa, mettendo in tal modo in discussione la stessa sopravvivenza del concetto di 'merito'. Si osserva, infatti, che il 'merito' è oramai inidoneo ad assumere un'autonoma connotazione concettuale sotto il profilo giuridico: "il merito pare inevitabilmente smarrire connotazione funzionale e di uno spazio giuridico significativo, potendo il sistema adeguatamente descriversi mediante i soli concetti della legittimità e della discrezionalità"¹⁷.

il quale, già nelle *Note sul potere discrezionali*, Roma, 1936, sostiene, per l'appunto, che la scelta discrezionale è guidata da regole non scritte che, tuttavia, acquistano carattere giuridico in forza di un rinvio implicito nell'attribuzione legislativa del potere discrezionale (v., inoltre, C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nuoviss. dig. it.*, Torino, 1964, V, pp. 1103 ss).

¹⁴ Così, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, p. 39.

¹⁵ In questi termini, da ultimo, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 112.

¹⁶ Secondo B. GILIBERTI, *op. cit.*, p. 43, "non è un caso che il merito sia inteso dal Giannini quale area non regolata dal diritto, risultando un simile intendimento complementare ad una sistematica che [...] resta fondata sul principio di autorità (e su di una concezione statocentrica dell'ordinamento), che tende a racchiudere l'intera produzione giuridica all'interno di rigidi meccanismi formali".

¹⁷ Ivi, pp. 291 ss. Secondo altri Autori, del resto, proprio in ragione dell'affermarsi dell'idea di rapporto amministrativo quale relazione equiordinata tra sfere giuridiche e della riduzione della sfera autoritativa dell'agire amministrativo, sarebbe oramai contrario all'attuale quadro ordinamentale il riconoscimento all'Amministrazione di un ambito di libertà insindacabile che si estenda anche al di fuori delle limitate ipotesi di scelte compiute da organi amministrativi politicamente responsabili, solitamente individuati come atti di alta amministrazione (sul punto, v. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, pp. 373 ss.). Fuorché, dunque, nei casi di scelte poste in essere da organi amministrativi politicamente responsabili, le ipotesi di ponderazione di interessi contrapposti non si sottrarrebbero alla piena sindacabilità del giudice, non sussistendo profili di 'merito' per i quali tale sindacato sarebbe escluso (Ivi, pp. 393 ss.; in senso analogo, M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, pp. 356 ss.).

Altra parte della dottrina, invece, pur consapevole che, in base alla Costituzione, il rapporto giuridico amministrativo debba riflettere un tendenziale equilibrio tra dimensione individuale e dimensione collettiva della persona¹⁸, rileva come il dato positivo lasci spesso “l’amministrazione libera di scegliere la soluzione del caso concreto, attribuendole la titolarità di poteri discrezionali di scelta, insindacabili in sede di legittimità”¹⁹. Coticché, pur nei nuovi termini del mutato contesto costituzionale, “l’insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall’assenza della legge, ma anche, in positivo, da una [...] ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l’autonomia e la responsabilità politica dell’amministrazione in quanto democraticamente legittimità”²⁰.

Ad ogni modo, seguendo l’orientamento tradizionale, deve ritenersi che la categoria del ‘merito’, una volta circoscritta a quella parte dell’attività di valutazione e di ponderazione degli interessi non regolata da norme giuridiche, non si estende agli altri momenti del processo decisionale amministrativo, che rimangono pienamente sindacabili da parte del giudice di legittimità. Si afferma, infatti, che l’opportunità, vale a dire il ‘merito’, sia cosa diversa dall’opinabilità: “una questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità”²¹. Sicché, “l’opinabilità degli apprezzamenti di fatto è categoria del tutto distinta dall’opportunità che caratterizza le scelte di merito riservate all’Amministrazione”²². La prima, infatti, attiene al momento della mera valutazione dei dati della realtà; la seconda, invece, riguarda il distinto (sotto il profilo ontologico e cronologico) momento della ponderazione di interessi, vale a dire il momento del “genuino esercizio di potere amministrativo in senso

¹⁸ Si osserva, infatti, che l’eventuale posizione di preminenza riconosciuta all’autorità amministrativa può derivare non “dall’entificazione soggettiva, ma dall’esercizio di poteri specificamente ed esclusivamente attribuiti *dal legislatore* per la cura di interessi collettivi”, dovendosi quindi affermare che “la protezione della funzione amministrativa è formale e contestuale allo scopo dell’azione amministrativa, che è tipica e regolata dalla legge” (così, L. VERRIENTI, *op. cit.*, p. 463; v. , inoltre, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 193).

¹⁹ Sui rapporti tra ‘merito’, sovranità popolare e libertà politica, v. B. GILIBERTI, *op. cit.*, pp. 58 ss.

²⁰ In questi termini, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, pp. 156-157. V., inoltre, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 222. D’altra parte, anche nel periodo immediatamente successivo all’entrata in vigore della Carta fondamentale, in dottrina non si dubitava affatto che con il termine ‘merito’ si indicasse “essenzialmente il momento discrezionale di un atto amministrativo nel senso più appropriato e più ristretto della parola: vale a dire, come espressione di una facoltà di scelta e di libera determinazione, il cui esercizio e la cui attuazione può essere sottoposto soltanto ad un giudizio di valore guidato da considerazioni di opportunità nell’ampia valutazione dell’interesse pubblico complessivo” (così, P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958, p. 84). E, nei decenni successivi, si dava per acquisita “la nozione tradizionale di ‘merito amministrativo’ come area riservata dalla legge alle decisioni discrezionali della pubblica Amministrazione e perciò caratterizzata, per un verso, dal vincolo al fine pubblico, per il soddisfacimento del quale la legge ha attribuito alla stessa Amministrazione il relativo potere, e, per altro verso dalla libertà nella ricerca della soluzione volta a volta più idonea rispetto a tale fine” (v. E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1363).

²¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 9 aprile 1999, n. 601; Cons. St., sez. IV, sent. 3 maggio 2011, n. 2628.

²² In questo senso, in dottrina, F. D’ANGELO, *op. cit.*, p. 119; B. GILIBERTI, *op. cit.*, p. 311.

stretto, cioè discrezionale”²³. Sotto il profilo sostanziale, pertanto, l’apprrezzamento dei fatti (anche di quelli complessi), non comportando alcuna diretta considerazione dell’interesse pubblico, “viene ricompreso nella *quaestio facti* ed escluso dalla riserva amministrativa di valutazione discrezionale”.

Il giudice di legittimità, pertanto, fuori delle valutazioni di opportunità e di convenienza, che concernono il ‘merito’ della decisione discrezionale assunta dall’autorità agente, ha sempre piena cognizione di tutti gli altri momenti dell’iter decisionale amministrativo, potendo procedere alla ricostruzione e all’apprrezzamento dei fatti di causa, anche di quelli ‘complessi’, che presentano margini più o meno ampi di ‘opinabilità’. È questa, infatti, “un’attività logica” in alcun modo “equiparabile ai giudizi di opportunità” che presiedono all’adozione del provvedimento discrezionale²⁴. Invero, di tale netta distinzione tra i due momenti del processo decisionale, sembra avere preso consapevolezza la stessa giurisprudenza, che considera “ragionevole l’esistenza di una riserva di amministrazione *soltanto* in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa, e non anche in ordine all’apprrezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale”²⁵.

In proposito, del resto, è opportuno precisare che, nell’ambito disciplinare oggetto di questo studio, fuori delle ipotesi di non punibilità espressamente tipizzate (art. 20, comma 7, d.P.R. 230 del 2000), all’autorità amministrativa non è conferito alcun potere discrezionale neanche in ordine all’*an* della sanzione, una volta che sia stata accertata la sussistenza degli elementi che compongono una fattispecie illecita. Ciò vuol dire che, in presenza di una condotta riconducibile ad una fattispecie astratta di infrazione, l’organo disciplinare ha il dovere di irrogare la sanzione disciplinare, non disponendo, in tale momento del processo decisionale, di alcun potere di scelta. Tale dovere, peraltro, trova un preciso fondamento nel dato normativo. Infatti, secondo l’art. 77, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000, le sanzioni disciplinari “sono inflitte” (e non “possono essere inflitte”) ai detenuti e agli internati che si siano resi responsabili di una delle infrazioni descritte nella medesima disposizione.

2.2. ‘Merito’ e momenti ‘intellettivi’ del processo decisionale.

La precedente impostazione, per la quale l’insindacabilità in sede di legittimità delle scelte di ‘merito’ si risolve nell’insindacabilità delle considerazioni e dei giudizi di

²³ Sul tema, v. G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 523, il quale precisa inoltre che, “a differenza della discrezionalità amministrativa, che si compone di due segmenti (giudizio e scelta), quella tecnica si esaurisce in un giudizio”.

²⁴ Così, F. D’ANGELO, *op. cit.*, p. 124. Sulla questione, v. altresì F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 431-432, secondo cui la relativa opinabilità di un giudizio strettamente tecnico “non è certo sufficiente a escludere la stessa ammissibilità d’un sindacato giudiziario; e quindi a relegare le questioni tecniche, non definibili con un giudizio di certezza, nell’ambito della *Ermessensfrage* riservata all’amministrazione”.

²⁵ Cfr. Cons. St., sent. n. 601, 1999, cit.; Cons. St., sent. n. 2628, 2011, cit.

opportunità che connotano quel particolare ambito della discrezionalità amministrativa non regolato dal diritto, è di certo condivisibile.

Cionondimeno, non può sottacersi che altri Autori pervengono a conclusioni in parte diverse. Ci si riferisce, innanzitutto, a quella tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina²⁶ e accolta da una parte della giurisprudenza amministrativa²⁷, che distingue l'attività di mero accertamento, con la quale l'Amministrazione "si limita a constatare l'esistenza di un fatto storico, il quale è esso stesso il diretto presupposto di applicazione della norma d'azione", dalla più complessa attività consistente in una valutazione tecnica (c.d. discrezionalità tecnica); attività indispensabile quando il presupposto della normativa d'azione non sia espresso soltanto dal fatto storico, ma anche, per l'appunto, dalla valutazione tecnica dell'Amministrazione. In tal caso, invero, il fatto storico, ai fini della formazione del presupposto della norma, richiede di essere assorbito dall'attività valutativa dell'Amministrazione, che concorre ad integrarlo. Questa distinzione, invero, assume pratica rilevanza in ragione dell'assunto, di certo corretto, per il quale "descrivere i presupposti di efficacia o di validità [...] di un atto equivale a descrivere implicitamente anche gli interessi che l'atto stesso mira a soddisfare", di modo che "la mancanza del presupposto equivale ad assumere un atto perseguendo una funzione diversa da quella nominata". Due, dunque, le situazioni configurabili. Da un lato, le ipotesi di attività di mero accertamento di un presupposto che "consista in un semplice fatto storico indicato dalla normativa d'azione senza la mediazione della valutazione amministrativa"; situazione, questa, in cui è sempre "possibile ricavare direttamente dal fatto storico (ma giuridicamente rilevante in virtù della stessa legge) tanto l'esistenza dell'interesse in via astratta, tanto l'esistenza del medesimo interesse in concreto". Dall'altro, i casi di cosiddetta discrezionalità tecnica, in cui "la norma d'azione, attribuendo il potere di valutazione dei fatti, pur indeterminatamente descritti, indica in astratto quale ne è la natura e la tipologia". Cosicché, in questa situazione, diversamente da quanto vale per l'accertamento tecnico, le legge ravvisa l'esistenza in concreto dell'interesse "solo nel caso in cui l'amministrazione abbia formulato la propria positiva valutazione". La "discrezionalità tecnica", pertanto, "dà luogo ad una valutazione su interessi, non troppo dissimilmente dalla discrezionalità amministrativa" (la prima, infatti, si distingue dalla seconda unicamente "per il fatto di concentrarsi su un unico interesse – attraverso la verifica della sua esistenza nel caso concreto" –, non dando luogo ad alcuna forma di comparazione)²⁸. Di conseguenza, se "la valutazione tecnica, operando l'individuazione di un interesse in concreto da tutelare, è essa stessa una valutazione su un interesse", allora "si deve affermare che la discrezionalità tecnica fa parte, anch'essa, del merito amministrativo. Perché il merito amministrativo è, innanzi tutto, valutazione su interessi"²⁹.

²⁶ Ci si riferisce alla tesi sostenuta da F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 813 ss.

²⁷ Cfr. Tar Lombardia, sez. III, sent. n. 3153, 6 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2010, pp. 807 ss. (in particolare, p. 812), con nota di P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, *ivi*, pp. 815 ss.

²⁸ Così, F. VOLPE, *op. cit.*, pp. 828-829.

²⁹ *Ivi*, p. 831 ss.

Per quanto suggestiva, tale impostazione non sembra capace di mutare le conclusioni prima raggiunte, per le quali soltanto le valutazioni di opportunità e di convenienza concernono il 'merito' della decisione discrezionale assunta dall'autorità agente. Nel settore disciplinare, infatti, l'attività dell'Amministrazione è sempre attività di mero accertamento, con la quale l'organo disciplinare "si limita a constatare l'esistenza di un fatto storico, il quale è esso stesso il diretto presupposto di applicazione della norma d'azione". In tal caso, invero, dal fatto storico è possibile ricavare "tanto l'esistenza dell'interesse in via astratta, tanto l'esistenza del medesimo interesse in concreto", non essendo richiesto che tale fatto sia assorbito dall'attività valutativa dell'organo disciplinare³⁰. Più nel dettaglio, l'autorità amministrativa, al fine di stabilire se ad una situazione concreta sia applicabile la norma che le attribuisce un potere, deve compiere un'attività conoscitiva che può articolarsi in diversi momenti: l'accertamento del fatto storico, la valutazione e la qualificazione di esso. Queste due ultime operazioni, però, sono logicamente distinte (e, secondo una parte della dottrina, "reciprocamente escludentisi") . Il fatto storico, invero, è valutato, in quanto riferito ad un criterio di valore, mentre è qualificato, in quanto assunto in una categoria (nel nostro caso, in quanto ricondotto ad una fattispecie astratta di infrazione)³¹. Nell'ambito disciplinare in questione, pertanto, l'autorità decidente deve compiere unicamente l'operazione logica più semplice, consistente nel mero accertamento del fatto storico e nella sua qualificazione giuridica, e non la più complessa operazione che richiede un giudizio di valutazione.

D'altronde, sempre con specifico riferimento all'ambito disciplinare, la tesi sostenuta nel precedente paragrafo, che lega l'insindacabilità ai profili di 'merito' concernenti le considerazioni di opportunità che connotano un particolare ambito della discrezionalità amministrativa, non è messa in discussione neanche laddove si affermi che sono insindacabili anche i momenti 'intellettivi' del processo decisionale amministrativo, ove riservati all'autorità decidente. Secondo questo orientamento, infatti, a segnare l'area dell'insindacabilità è sempre e soltanto il contenuto "impreciso della norma" che regola l'attività amministrativa, ragion per cui la possibilità o meno del sindacato giurisdizionale, quanto all'attività conoscitiva, dipende unicamente dal particolare tipo di contenuto della norma e dal tipo di fatto (semplice, oppure complesso e, quindi, opinabile) che è oggetto della previsione legale.

La tesi in questione, secondo la quale, anche a fronte delle operazioni meramente 'intellettive', sussisterebbe un ambito di intervento riservato all'Amministrazione, ambito che, per tale ragione, sarebbe insindacabile da parte del giudice, è sostenuta, sia pure mantenendo prospettive di analisi differenti, da diversi Autori³². Secondo alcuni di questi, tuttavia, alla base dei poteri riservati di valutazione non discrezionale (ossia, non

³⁰ Ivi, pp. 824-825.

³¹ In ordine alla distinzione tra attività valutativa e attività conoscitiva, si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 188 ss.; P. COTZA, *Il "merito amministrativo". Contenuto, rilievo giuridico e correlata "giurisdizione"*, Napoli, 2012, p. 94.

³² Per una rassegna di tali impostazioni, v. P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridica soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 237 ss.; F. VOLPE, *op. cit.*, pp. 806 ss.

riguardante interessi) e di qualificazione non vi può essere soltanto l'imprecisione del dato normativo e l'opinabilità del fatto da valutare, ma è necessaria una chiara volontà della legge che vada nella direzione di riservare all'autorità amministrativa una determinata operazione³³. Ciò vuol dire che, se l'attività conoscitiva dell'autorità amministrativa non è di per se stessa insindacabile, "essa tuttavia può esserlo, ma in base ad elementi ulteriori, da ricercare in via interpretativa, volta a volta"³⁴.

Al di là del dato che, come si è prima detto, all'organo disciplinare non è stato conferito alcun potere di 'valutazione' del fatto storico, la precedente impostazione conferma che l'area dell'insindacabilità non si estende ai momenti conoscitivi del processo decisionale che conduce all'irrogazione della sanzione; e ciò, non soltanto perché – come si vedrà in seguito – le attività di accertamento e di qualificazione non possono dare luogo a soluzioni opinabili, tra diversi esiti tutti parimenti attendibili, ma altresì perché non è dato rinvenire alcuna norma, espressa o implicita, idonea ad esprimere una non equivoca volontà del legislatore di riservare all'organo disciplinare tali momenti dell'iter decisionale (non costituendo sicuro indice di tale volontà di affidamento riservato, neanche la previsione di un particolare procedimento disciplinare, dal momento che esso non appare idoneo a garantire il migliore compimento delle attività non discrezionali in questione – *infra*, § 4.3)³⁵.

Escluso, pertanto, che, nel settore disciplinare, l'accertamento del presupposto di fatto dell'esercizio del potere punitivo dia luogo ad una valutazione tecnica non riguardante interessi, né, tanto meno, "ad una valutazione su interessi, non troppo dissimilmente dalla discrezionalità amministrativa", ed escluso, altresì, che esista una norma capace di riservare all'organo disciplinare le operazioni di accertamento dell'accadimento storico e di qualificazione giuridica di esso, ci si deve ora confrontare con il diverso orientamento che estende comunque l'area dell'opportunità a tutte le operazioni conoscitive contrassegnate da un grado più o meno elevato di opinabilità (e quindi di soggettività), perché basate su fatti o dati suscettibili di condurre a soluzioni diverse, ma tutte ugualmente plausibili sotto il profilo razionale; soluzioni tra le quali

³³ In questo senso, si muove D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 370 ss., che parla di "competenze esclusive dell'amministrazione".

³⁴ Secondo C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 222-223, non può condividersi il diverso orientamento che, impiegando in modo improprio la categoria del 'merito', considera le valutazioni non discrezionali dell'autorità amministrativa sempre sottratte ad un sindacato giurisdizionale pieno e diretto. Sul tema, v., inoltre, F. CINTOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005. Una parte della giurisprudenza, d'altro canto, pur mantenendo ferma la non sovrapposibilità tra 'merito' e 'opinabilità' della valutazione degli accadimenti storici, perviene all'identica conclusione della non sindacabilità dei due momenti dell'iter decisionale. Si afferma infatti che, "in sede di legittimità, il giudice non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabile di fatti (nel caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa); ragione per cui il giudice, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa" (cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 14 agosto 2013, n. 4174).

³⁵ In ordine all'attribuzione normativa del potere di valutazione (non discrezionale), v. D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 379-381, 401-404.

L'autorità amministrativa può scegliere alla stregua di criteri non giuridici. Si sostiene, infatti, che se la soluzione accolta dall'Amministrazione risulta corretta e quindi attendibile, ancorché opinabile, ad essa il giudice non potrà sostituire una propria e diversa soluzione che sarebbe anch'essa opinabile.

In questa prospettiva, che connette l'opportunità all'opinabilità della soluzione, per stabilire se il 'merito' sia qualità del provvedimento punitivo, è necessario individuare le diverse fasi in cui si articola l'iter decisionale che conduce all'irrogazione della sanzione. La dottrina, infatti, ha tradizionalmente condotto l'analisi del 'merito' ponendo in rilievo almeno tre momenti del processo decisionale amministrativo: quello della "percezione della realtà" (della rappresentazione dei fatti posti a fondamento della decisione); il momento dell'apprezzamento dei fatti sulla base di regole tecniche o scientifiche (c.d. discrezionalità tecnica); il 'momento volitivo' della scelta della soluzione 'opportuna' in vista della realizzazione dell'interesse pubblico (c.d. discrezionalità amministrativa)³⁶.

Cosicché, seguendo l'impostazione tradizionale, ancorché adattandola al settore disciplinare, si distingueranno nel prosieguo quattro diversi momenti. Il primo è quello dell'accertamento della condotta oggetto della contestazione, quale presupposto dell'applicazione della norma disciplinare. Il secondo e il terzo momento sono strettamente connessi. Si tratta delle fasi della qualificazione giuridica della condotta in termini di infrazione disciplinare e dell'interpretazione dell'enunciato normativo. Il quarto momento, infine, è quello dell'irrogazione della sanzione, cioè della scelta relativa al tipo e all'entità della risposta punitiva.

2.2.1. (segue): La ricostruzione del fatto storico.

Il primo momento del processo decisionale che conduce all'irrogazione della sanzione è quello della ricostruzione della condotta che si presume illecita (condotta descritta nel verbale di contestazione di cui agli artt. 38, comma 2, o.p. e 81, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000). Secondo l'uniforme orientamento della giurisprudenza di legittimità, tale parte dell'iter decisionale sarebbe riservata all'autonomia dell'Amministrazione e ritenuta, proprio per questo, insindacabile da parte del giudice. La questione, tuttavia, merita un più attento esame.

A ben vedere, infatti, in questa fase del processo decisionale si tratta di stabilire se siano vere le proposizioni espresse dagli enunciati assertivi che danno luogo alla contestazione dell'addebito³⁷. Più nel dettaglio, con gli enunciati assertivi contenuti nel

³⁶ Tra gli Autori che hanno condotto l'analisi del 'merito' ponendo in rilievo i diversi momenti del processo decisionale amministrativo, cfr. G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, pp. 82 ss.; P.G. PONTICELLI, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, cit., pp. 1 e ss.; A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 403.

³⁷ Come ricorda F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, 2011, p. 44: "Gottlob Frege distingueva enunciato e proposizione e sosteneva che il pensiero oggettivo, condivisibile, che è l'effettivo portatore di verità, si identifica con la proposizione. Per 'enunciato' Frege intendeva l'espressione linguistica del pensiero, che può cambiare, a seconda delle lingue e dei modi di espressione, ma il pensiero che veicola

verbale di contestazione si esprimono proposizioni, da sottoporre a verifica, concernenti, da un lato, la sussistenza di una condotta attiva od omissiva ascrivibile all'incolpato, di un nesso causale tra la condotta e uno specifico evento, nonché di un determinato coefficiente soggettivo di imputazione del fatto al suo autore (cosiddetti "enunciati affermativi"); dall'altro lato, l'assenza di situazioni idonee a giustificare tale fatto o a determinare la non punibilità dell'accusato (cosiddetti "enunciati negativi"). In questo momento dell'iter decisionale, dunque, si tratta di stabilire se, sulla base dell'istruttoria condotta dall'Amministrazione, sussistano sufficienti ragioni per ritenere che le predette proposizioni siano vere. Gli enunciati assertivi che costituiscono i presupposti dell'intervento disciplinare, pertanto, sono giustificati se, sulla base del materiale probatorio disponibile, c'è ragione di ritenere che le proposizioni che essi esprimono siano vere (c'è ragione cioè di ritenere che le cose siano andate così come descritte nel verbale di contestazione) e non sia possibile sollevare in proposito alcun ragionevole dubbio³⁸.

Se quanto appena detto è corretto, allora deve affermarsi che tale momento del processo decisionale non è contraddistinto da profili di 'merito', non residuando spazio alcuno per soluzioni opinabili, fondate su un fatto suscettibile di varie rappresentazioni. In questa fase, cioè, non v'è spazio per una gamma di soluzioni possibili, tutte plausibili dal punto di vista razionale, tra le quali l'autorità decidente può scegliere alla stregua dell'opportunità, dal momento che una soltanto è la soluzione corretta. Infatti, la mancanza di una prova certa "di come sono andate le cose", ovvero la sussistenza di ragioni che possano far dubitare che "le cose siano andate diversamente da come rappresentato" nel verbale di contestazione dell'addebito, non determina una pluralità di soluzioni possibili, tutte parimenti ragionevoli, bensì un'unica soluzione esatta: l'archiviazione del procedimento disciplinare. Ciò, perché non è conforme al criterio di razionalità asserire che vi sono ragioni per ritenere che una proposizione sia vera e, al contempo, che vi sono ragioni per ritenere che sia falsa, lasciando all'organo disciplinare

resta invariato, ed è questo pensiero, la proposizione, che si dice propriamente vero o falso". Più nel dettaglio, può dirsi – utilizzando le parole di E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 16 – che "un enunciato può essere definito come un'espressione linguistica compiuta secondo le regole sintattiche di una lingua, ovvero come un insieme di parole provvisto di significato compiuto". Gli enunciati possono essere di genere diverso, "in quanto possono essere utilizzati per compiere atti linguistici differenti [...]". Sicché, se un enunciato è usato per fare un'asserzione, può essere detto enunciato assertivo: "un enunciato assertivo è quindi un enunciato che è usato o che si presta per esprimere l'idea che le cose stiano in un determinato modo" (ivi, p. 18). Strettamente legato al concetto di enunciato assertivo è il concetto di proposizione, "poiché un enunciato assertivo esprime una proposizione". Invero, una proposizione costituisce "il significato di un insieme di parole con il quale è possibile esprimere una tesi teorica (un giudizio teorico), ovvero una credenza relativa alla realtà". Di una proposizione, pertanto, "si può dire che è vera o falsa" (ivi, p. 19).

³⁸ Chiaro, in proposito, il pensiero di E. DICIOTTI, *op. cit.*, p. 21: "Una tesi teorica viene avanzata da un parlante con un'asserzione, ed è dunque espressa tramite un enunciato assertivo; chi avanza un tesi teorica manifesta il proprio assenso all'idea che le cose stiano in un determinato modo (all'idea che *p*), ovvero esprime il giudizio che le cose stiano in quel modo (il giudizio che *p*), cioè il giudizio che una proposizione sia vera (che *p* sia vero). Giustificare una tesi teorica significa dimostrare, o tentare di dimostrare, che le cose stanno in un determinato modo, cioè che una proposizione è vera".

la possibilità di preferire la soluzione ritenuta opportuna. Se vi sono ragioni per ritenere che una asserzione sia falsa, oppure se vi sono ragioni capaci di insinuare il ragionevole dubbio sulla veridicità di una asserzione, allora questa non può mai costituire il presupposto di un provvedimento punitivo³⁹.

In sede di ricostruzione del fatto, dunque, l'incertezza e l'opinabilità delle soluzioni equivalgono alla mancata acquisizione di elementi di prova sulla base dei quali è possibile asserire che c'è ragione di ritenere che le cose siano andate nel modo in cui sono descritte nel verbale di contestazione. Il che, del resto, è espressione di un principio immanente nell'ordinamento giuridico e correlato all'essenza afflittiva di ogni potestà punitiva; principio secondo cui l'irrogazione di sanzioni di carattere afflittivo-punitivo, la cui esecuzione intacca i diritti fondamentali della persona, è possibile soltanto quando vi sia la certezza della responsabilità dell'accusato. È questo, invero, un canone di giudizio che trova fondamento in un altro basilare principio: la presunzione di innocenza⁴⁰. Principio, quest'ultimo, riconosciuto, in modo espresso, dal *Codice europeo di etica per il personale penitenziario* (§ 27), secondo cui "i detenuti accusati di un'infrazione disciplinare dovranno essere presunti innocenti nell'attesa della prova della loro colpevolezza"⁴¹.

Pertanto, con riferimento a questa fase dell'iter decisionale, dal principio della presunzione di innocenza discende una precisa regola di giudizio dal carattere prettamente garantistico. Secondo tale regola, infatti, alcuno degli elementi che concorrono a definire il presupposto del potere-dovere punitivo può ritenersi sussistente in via meramente presuntiva. Tutti e ciascuno di tali elementi devono essere oggetto di rigorosa verifica, incombando sempre sull'autorità amministrativa l'onere di acquisire le prove necessarie al fine di dimostrare che ricorrono ragioni sufficienti per ritenere che le cose siano andate nel modo in cui sono state descritte nel verbale di contestazione.

La precedente asserzione, del resto, sarebbe del tutto ovvia, se non si registrasse, in altri settori del diritto punitivo amministrativo, un uniforme orientamento giurisprudenziale che considera operante una "presunzione *iuris tantum* di colpa a carico di chi pone in essere un comportamento vietato ovvero omette di evitare che esso accada, pur essendovi tenuto per legge, incombando poi a questo l'onere di provare di aver agito senza colpa"⁴². Si tratta, tuttavia, di una impostazione affatto condivisibile, in quanto

³⁹ Oltre alla regola logica di "non contraddizione", per la quale una proposizione non può essere al contempo vera e falsa, opera anche la regola "del terzo escluso", secondo cui una proposizione non può essere né vera né falsa, ma deve essere per forza una delle due cose. Si tratta di regole logiche che – come sottolinea F. D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 176 – "restano perfettamente plausibili" anche nell'ambito della logica probabilistica, la quale "non modifica radicalmente la logica classica, ma ne costituisce un'estensione".

⁴⁰ Sulla operatività della presunzione di innocenza – intesa come regola di trattamento, di giudizio e probatoria – anche nel campo disciplinare, cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 69, e la dottrina ivi citata. Per un quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla presunzione in questione, v. F. CASSIBBA, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in UBERTIS-VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, pp. 160 ss.

⁴¹ V. la Racc. R(2012)5 sul *Codice europeo di Etica per il personale penitenziario*.

⁴² Cfr., con specifico riferimento all'art. 3 della legge n. 689 del 1981, Cass. civ., sez. trib., sent. 26 marzo 2014, n. 7062.

palesamente in contrasto con il fondamentale principio della presunzione di innocenza. Cosicché, deve affermarsi che l'indefettibile compito di dimostrare anche il necessario elemento soggettivo del fatto grava sempre sull'organo disciplinare, risultando del tutto incompatibili con le irrinunciabili garanzie che presidiano il regime disciplinare in ambito carcerario meccanismi di inversione dell'onere della prova.

In conclusione, deve ritenersi che, in ordine al momento della "rappresentazione dei fatti posti a fondamento della decisione", non soltanto l'opportunità, ma, ancor prima, l'opinabilità non è qualità intrinseca dell'attività conoscitiva compiuta dall'organo disciplinare. Tale fase del processo decisionale, infatti, è interamente attratta nell'orbita della 'legittimità', in quanto relativa alla verifica della sussistenza del presupposto di fatto (della condizione) in presenza del quale (della quale) il potere punitivo sorge e deve essere esercitato. Cosicché, il controllo del giudice su questa parte dell'azione amministrativa deve essere rivolto alla completa verifica della correttezza del rapporto che intercorre tra la rappresentazione della realtà che è stata data dall'organo disciplinare e ciò che, in effetti, è ragionevole ritenere che sia accaduto. Cionondimeno, anche in relazione a questo momento del processo decisionale amministrativo, la categoria del 'merito' riacquista spazio operativo come tecnica di controllo giudiziale. È, infatti, sotto tale profilo che, come si vedrà in seguito, l'estensione del sindacato del giudice anche al 'merito' del provvedimento punitivo determina le più rilevanti conseguenze pratiche (*infra*, § 3 e, in chiave critica, § 5).

2.2.2. (segue): L'operazione di qualificazione giuridica del fatto.

Seguendo ancora l'impostazione che connette l'opportunità all'opinabilità (l'opportunità come fatto opinabile), deve rilevarsi come la categoria del 'merito' non rilevi neanche in quell'operazione che consiste nella qualificazione giuridica della condotta accertata, ossia nell'attività di sussunzione del fatto storico in una fattispecie astratta di infrazione. È questo, del resto, un momento dell'iter decisionale regolato da disposizioni normative che (specie, ma non soltanto, se di sfavore) hanno la 'teorica' pretesa della precisione, della determinatezza e della tassatività⁴³; disposizioni, cioè, di natura descrittiva, che mirano a contenere la dettagliata e univoca definizione della situazione di fatto che deve costituire la base del provvedimento sanzionatorio (art. 77, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000). Soltanto disposizioni di questo tipo, infatti, possono garantire al detenuto una tutela contro interferenze arbitrarie dell'autorità amministrativa, consentendogli di prevedere in maniera sufficientemente certa le conseguenze della propria condotta, vale a dire consentendogli di orientare la propria condotta nella consapevolezza del rischio di diventare destinatario di una sanzione disciplinare. In questa prospettiva, pertanto, non vi può essere spazio alcuno per soluzioni applicative opinabili – basate su un accadimento storico suscettibile di diverse qualificazioni –, tutte egualmente ragionevoli, non aprendosi la strada a scelte da

⁴³ Sul punto, sia consentito rinviare a G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, pp. 272-274.



6/2017

ricondurre nell'ambito delle questioni riservate all'organo disciplinare. L'essenza stessa del diritto punitivo, invero, deve condurre ad escludere che soluzioni contrastanti possano essere contemporaneamente valide. Il presupposto per il verificarsi delle conseguenze sanzionatorie, quindi, può sussistere o non sussistere, ma non può, al contempo, esistere e non esistere, poiché una sola delle diverse soluzioni è quella valida.

L'assunto, del resto, trova fondamento nelle stesse argomentazioni che inducono a ritenere insussistenti profili di 'merito' nel 'momento intellettuale' dell'accertamento della condotta. Infatti, sia che i dubbi attengano a profili estrinseci rispetto al fatto in sé considerato (vale a dire, al profilo della sussistenza di ragioni sufficienti per ritenere vere le proposizioni espresse dagli enunciati assertivi che costituiscono le condizioni di esercizio del potere disciplinare), sia che le incertezze si riferiscano alle caratteristiche intrinseche del fatto (vale a dire, alla sua qualificazione in termini di infrazione, ossia all'accertamento della corrispondenza tra il fatto concreto e la norma), v'è un'unica soluzione: dubbi e incertezze devono condurre all'archiviazione del procedimento disciplinare o, comunque, all'esito che sia il più favorevole per l'incolpato. Tale conclusione, del resto, non muta, neanche adottando la diversa prospettiva che considera l'obiettivo dell'unica qualificazione corretta una aspirazione meramente teorica, che non trova riscontro nell'esperienza, o, addirittura, una semplice "finzione giuridica", rivolta a garantire un'esigenza pratica, qual è la "certezza del diritto". Infatti, anche laddove si ritenesse che l'operazione di qualificazione del fatto storico possa portare legittimamente a conclusioni diverse tra loro, ma tutte parimenti plausibili dal punto di vista razionale, si dovrebbe comunque affermare che l'organo disciplinare non è libero di scegliere tra esse, ma dovrebbe sempre adottare l'unica soluzione che determina le conseguenze più favorevoli per l'accusato.

Ad ogni modo, seguendo l'impostazione tradizionale (e non importa, ai nostri fini, che essa si risolva in una semplice *fictio iuris* rivolta ad assicurare la coerenza normativa dell'ordinamento giuridico, ovvero, più correttamente, che la certezza del diritto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie siano da intendere come condizioni del diritto punitivo meramente deontologiche e non ontologiche), deve affermarsi che uno soltanto è il risultato corretto dell'attività di sussunzione, non essendovi qualificazioni del fatto più o meno esatte – quindi, tutte ammissibili – rimesse ad una scelta dell'organo disciplinare alla stregua del criterio di 'opportunità'. In tal caso, vale l'assunto per cui un fatto in senso stretto non può essere qualificato in più modi, tutti egualmente plausibili dal punto di vista razionale. L'ordinamento, cioè, non ammette qualificazioni diverse di un medesimo accadimento, tutte parimenti corrette, perché la qualificazione giuridica "valida è teoricamente una sola".

D'altro canto, la conclusione appena raggiunta si lega anche al particolare carattere strutturale e semantico delle disposizioni normative che attribuiscono e definiscono il potere punitivo di natura disciplinare. Si tratta, infatti, di disposizioni che impiegano prevalentemente concetti di tipo empirico "immediatamente esplicativi", concetti, cioè, che si riferiscono 'direttamente' al modo di essere di una situazione di fatto. In proposito, si osserva che, quando la fattispecie astratta impiega termini che indicano (o sono, per mezzo dell'interpretazione, traducibili in espressioni che indicano) caratteristiche immediatamente e oggettivamente constatabili di fenomeni reali,

L'attività conoscitiva che l'autorità amministrativa svolge in relazione a questi termini "appare, almeno da un punto di vista logico, relativamente semplice: la si può infatti prospettare come un'indagine che si conclude con una mera assunzione o, se si preferisce, con l'asserzione dell'esistenza o dell'inesistenza di un dato obiettivo corrispondente ad una descrizione astratta"⁴⁴. E se non è da escludere che anche in questi casi possano sorgere "delicati problemi" di interpretazione dell'enunciato normativo (*infra*), cionondimeno, la circostanza che il significato di alcuni termini sia difficile da determinare "non è sufficiente a giustificare un peculiare regime giuridico: anzi l'interpretazione deve sempre essere in grado di determinarne con rigore il contenuto"⁴⁵.

Le disposizioni che impiegano "concetti di tipo empirico", direttamente esplicativi delle caratteristiche oggettivamente osservabili dei fenomeni reali, sembrano differenziarsi da quegli enunciati normativi che, nel conferire un potere amministrativo, definiscono i presupposti di fatto, in presenza dei quali tale potere sorge e deve essere esercitato, attraverso concetti di tipo empirico il cui significato però è accertabile unicamente tramite il rinvio a criteri, di carattere 'tecnico', che appartengono alle scienze non esatte. Tali concetti, infatti, in ragione della non esattezza delle discipline extragiuridiche di riferimento, sono incapaci di evocare in modo immediato la realtà fisica. Si parla, in proposito, di "concetti giuridici indeterminati", i quali "per essere concretizzati e applicati necessitano il ricorso alle scienze non esatte del cui lessico fanno parte"⁴⁶. In ogni caso, "la norma tecnica cui la norma giuridica fa rinvio diviene parte integrante di quest'ultima" – determinandone, in modo tendenzialmente obiettivo, la portata –, sicché "la violazione della norma tecnica implica violazione della norma giuridica"⁴⁷.

La disposizione normativa che impiega "concetti giuridici indeterminati" sembra differenziarsi, a sua volta, da quella che impiega concetti il cui significato è accertabile solo tramite il rinvio a criteri di valore, "che contengono un ineliminabile elemento di soggettività" (cosiddette "clausole generali"). In quest'ultimo caso, il potere di applicazione della norma al caso concreto è connotato da una assai ampia "discrezionalità tecnica", che conduce spesso a qualificazioni giuridiche del fatto diverse, ma tutte plausibili. Per tale ragione, come evidenziato da attenta dottrina, tale discrezionalità tecnica "tende a confondersi con la discrezionalità amministrativa, poiché la formulazione di giudizi di valore avviene sulla base di criteri simili a quelli che sorreggono la scelta di opportunità". Si tratterebbe, infatti, di "un ambito di valutazione riservata, non segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e l'adeguatezza, ma qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta".

È pur vero che anche taluni enunciati normativi, che descrivono le condotte costituenti infrazione disciplinare o delineano specifiche cause di giustificazione, contengono termini o sintagmi che esprimono concetti indeterminati (si pensi, ad esempio, ai concetti di 'disordine' e di 'sommossa' *ex art. 77, nn. 18-19, d.P.R. n. 230 del*

⁴⁴ Così, F. LEVI, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁵ Ivi, p. 251.

⁴⁶ In proposito, v. G. DE ROSA, *op. cit.*, p. 522, 526.

⁴⁷ In questo senso, F. LEDDA, *op. cit.*, p. 372.

2000), ovvero concetti il cui significato è definibile solo attraverso il rinvio a “criteri di valore” (si pensi ai concetti di “atti osceni o contrari alla pubblica decenza”, di cui all’art. 77, n. 10, o di “ritardo ingiustificato” ex art. 77, n. 17). Tuttavia, anche a fronte di enunciati normativi così strutturati, l’organo disciplinare deve compiere soltanto la duplice operazione di accertamento del fatto storico e di qualificazione giuridica. In altri termini, anche laddove l’attività di classificazione si presenti come attività non semplice, essa deve essere comunque svolta sulla base di criteri oggettivamente validi, controllabili *ex post* dal giudice, e non secondo parametri la cui utilizzazione postula valutazioni meramente soggettive⁴⁸ (v. *infra*). In ambito disciplinare, infatti, le disposizioni regolamentari pretendono sempre la conoscenza oggettiva, non la valutazione soggettiva, dell’accadimento storico previsto dalla descrizione normativa, sicché l’autorità amministrativa deve limitarsi a riscontrare il ricorrere nel caso concreto dell’elemento (indeterminato o valutativo) indicato nella fattispecie astratta.

D’altronde, anche a voler ritenere che simile attività di qualificazione dell’accadimento storico possa condurre a soluzioni diverse, ma tutte ugualmente plausibili, cionondimeno, l’organo disciplinare non potrebbe scegliere tra esse sulla base di un criterio di ‘opportunità’, ma dovrebbe comunque preferire l’unica soluzione che comporta le conseguenze più favorevoli per l’incolpato.

2.2.3. (segue): L’interpretazione dell’enunciato normativo.

Intimamente connessa alla fase della qualificazione del fatto, è quella dell’interpretazione dell’enunciato normativo. I due momenti si intersecano nel continuo rimando tra accadimento della realtà (che è il punto di partenza) e testo normativo (che “viene interrogato”)⁴⁹, il momento interpretativo non potendo mai ignorare il contesto applicativo. Il sapere giuridico, invero, “è sempre un sapere applicativo, che non può prescindere dalla situazione particolare: non si agisce, infatti, in astratto, ma sempre qui ed ora”. L’interprete, infatti, “compie un’unica operazione che, partendo dal caso problematico risale all’enunciato normativo, ne ridefinisce i contorni semantici e riscende verso il fatto”⁵⁰. Si parla, in proposito, con indubbia efficacia rappresentativa, di “relazione di tipo osmotico” che deve attivarsi tra il livello normativo e quello fattuale, tra “le astratte qualificazioni presenti nell’ordinamento” e l’accadimento storico⁵¹, poiché il dato di fatto “non può comprendersi giuridicamente se

⁴⁸ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

⁴⁹ Come rileva L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 10, il testo fornisce un significato, “soltanto se è fatto reagire con un caso concreto”.

⁵⁰ In questi termini, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, pp. 236 e ss.; ID, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, pp. 16 e ss.

⁵¹ Secondo L. D’ANDREA, *La discrezionalità dei pubblici poteri come doppio vincolo*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, pp.639-640, l’attività esegetica “non può che discorrere tra il piano (naturalmente, generale e astratto) della normazione e il terreno dell’esperienza comunitaria, costantemente e circolarmente riconducendo gli istituti giuridici e le previsioni legislative alle effettive esigenze presenti nel caso concreto [...]”.

non in riferimento alla norma e questa non ha significato se non in riferimento a quello”⁵².

L’attività interpretativa dell’organo disciplinare non è soltanto ammessa, ma, in ragione anche dell’imprecisione del linguaggio giuridico, assume la nota dell’inevitabilità, poiché non esiste enunciato normativo che non richieda, per la sua comprensione, di essere interpretato. Invero, se in taluni casi un’espressione linguistica (termine o sintagma o enunciato) può presentare il carattere dell’ambiguità, giacché esprime più significati tra loro diversi, invece, connotato costante (riducibile, ma non eliminabile⁵³) di tutte le espressioni linguistiche (di tutte le parole delle lingue naturali che si riferiscono a cose o fatti) sembra essere la vaghezza. Vaga, infatti, è una espressione linguistica i cui confini dell’area di applicazione non sono definiti in modo netto, sicché “accanto a una serie di ipotesi applicative non particolarmente controverse e relativamente chiare o paradigmatiche, si verificano alcuni casi limite”⁵⁴.

Secondo una parte della dottrina, la vaghezza assume connotati qualitativamente (e non soltanto quantitativamente) differenti, nel caso in cui l’enunciato normativo impieghi concetti il cui significato è definibile soltanto attraverso il rinvio a criteri di valore (ai pensi al concetto di ‘oscenità’ o a quello di contrarietà alla “pubblica decenza” ex art. 77, n. 10, d.P.R. n. 230 del 2000). Si parla, in proposito di “vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)”, che, a differenza della vaghezza comune a tutte le norme giuridiche, ricorre quando un termine, “secondo una certa interpretazione, esprime un concetto valutativo, i cui criteri applicativi non sono neppure parzialmente determinabili se non attraverso il riferimento a variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume”⁵⁵. Altri Autori, invece, preferiscono utilizzare la categoria della “indeterminatezza del significato”, che si ha “quando ricorre un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabile/i se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti”⁵⁶. Cosicché, la determinazione del significato di tale termine o sintagma valutativo comporta la scelta tra criteri di giudizio (interni o esterni all’ordinamento giuridico) tra loro potenzialmente concorrenti, “e in ragione del criterio scelto diviene possibile specificare le condizioni di applicazione della clausola generale”⁵⁷.

⁵² In questi termini, G. ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, pp. 175-176. V., altresì, ID, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, pp. 357 ss.

⁵³ Sul tema, v. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, pp. 29 ss.

⁵⁴ Cfr. C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in COMANDUCCI-GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Torino, 2000, p. 117). Alla ‘vaghezza’ senza ulteriori specificazioni, si aggiunge la “vaghezza combinatoria”. Secondo E. DICIOTTI, *op. cit.*, p. 369, “si ha vaghezza combinatoria ove le condizioni per l’applicazione di una espressione linguistica sono molteplici e non esattamente determinate, nel senso che non è possibile stilare una lista compiuta dei caratteri che devono essere presentati da una cosa o da un fatto affinché a questi sia applicabile l’espressione in oggetto”.

⁵⁵ Sul concetto di “vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)”, v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 302-303.

⁵⁶ Così, V. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁷ Ivi, 64, 88.

Ciononostante, anche a fronte di tale tipologia di “vaghezza socialmente tipica (da rinvio a criteri extra-giuridici)” o di “indeterminatezza del significato” e anche a ritenere che l’interpretazione di concetti così connotati sarebbe in parte diversa dall’analogia attività svolta in relazione ai comuni termini o sintagmi vaghi, altra dottrina rinviene comunque un sicuro criterio interpretativo capace di guidare l’autorità amministrativa nell’attività rivolta ad assegnare un significato ai (*rectius*, a specificare le condizioni di applicazione dei) termini o sintagmi che esprimono concetti valutativi (cd. clausole generali). Secondo questa impostazione, infatti, la dimostrata “esistenza di un ordine giuridico della società, che si fonda sulla sovranità popolare”, e l’incontrovertibile dato per cui “l’amministrare per fini pubblici è funzionale ad assicurare il pieno godimento dei diritti fondamentali alle persone”, non possono che condurre alla conclusione che la definizione di qualsivoglia precetto legale incerto (quale che sia il tipo di vaghezza o di indeterminatezza che lo connota) “debba avvenire con riferimento alla regola dell’ordine sociale”⁵⁸. Più nel dettaglio, si afferma che “la struttura costituzionale dell’amministrazione pubblica sembra decisiva per raggiungere la conclusione che l’integrazione della clausola generale o, in generale, del precetto indeterminato, debba (e non solo possa) essere condotta ricercando il significato del precetto nell’ordine giuridico della società”⁵⁹. Ciò vuol dire che, se è vero che “il concorrere di regole e principi fissati dall’ordine legale e dall’ordine giuridico della società non esclude l’esistenza di spazi di valutazione in capo all’autorità che procede”, è altrettanto certo che “una simile raffigurazione riduce molto il perimetro di quest’area – fino a farlo somigliare a quello proprio della giurisdizione e, per conseguenza, a renderlo interamente sindacabile”⁶⁰.

La precedente impostazione si discosta (nel metodo, ma non nell’obiettivo) da quella, sostenuta dalla dottrina classica, secondo la quale, negli ordinamenti giuridici costituzionalizzati, l’autorità amministrativa, allorché debba procedere all’interpretazione e all’applicazione di una “clausola generale”, deve operare sempre all’interno dell’area segnata dai principi costituzionali⁶¹, di modo che il ruolo

⁵⁸ In proposito, v. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 313.

⁵⁹ Secondo PERFETTI, questo ‘ordine’ della società è “costituito – in quanto giuridico – dalla porzione di sovranità (che è la prima e più possente capacità giuridica) che si trattiene nell’area dell’esercizio dei diritti inviolabili e nell’adempimento dei doveri inderogabili”. Sicché, l’ordine giuridico della società “non si attiva solo per l’esercizio del potere costituente, ma agisce costantemente giacché quell’esercizio ha riservata a sé una porzione di sovranità che si trattiene nella società e non si articola nei poteri dello Stato”. La sovranità popolare, pertanto, “rende ragione dell’esistenza di un ordine, propriamente giuridico, extralegale [...], nel quale si formano regole storicamente e concretamente conoscibili e verificabili, praticate e applicate nei rapporti giuridici tra le persone e tra esse e l’autorità”. La formazione di siffatte regole dell’ordine giuridico della società “è data dalla ripetizione costante dei comportamenti e dal diffuso consenso in ordine al contenuto di un enunciato che appare indeterminato nella formulazione legale”. Ed è proprio “la ripetizione del comportamento e la diffusa convinzione circa il contenuto dell’enunciato” che consentono “di individuare con adeguata sicurezza la regola dell’ordine sociale” (ivi, 364-365, 371-372).

⁶⁰ Ivi, 373.

⁶¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 351; P. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*,

dell'interprete risulta confinato "all'interno di un solco preciso", venendo in rilievo, peraltro, l'imprecindibile esigenza che i "concetti valutativi" utilizzati in funzione sanzionatoria siano sempre 'integrati', in modo oggettivo, attraverso il rinvio ai principi e ai valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale⁶².

In definitiva, ancorché non sia possibile eliminare dall'attività interpretativa una certa componente di soggettività, essa mantiene sempre un sicuro punto di riferimento oggettivo (il testo normativo, con le sue primarie funzioni limitativa e indicativa), nonché precisi, obiettivi e controllabili criteri di svolgimento (canoni d'interpretazione, principi generali, categorie sistematiche, "valori positivizzati in norme costituzionali" e convenzionali, "ordine giuridico della società"). Cosicché, secondo lo schema proposto da autorevole dottrina, dal momento che l'interprete deve impiegare "un sistema di criteri e di elementi" che, "essendo scientificamente definibili, danno una garanzia dell'oggettività" dell'attività svolta, "non esiste interpretazione più o meno adatta, ma una sola interpretazione esatta" (*rectius*: "una sola interpretazione valida"). L'interpretazione, in altri termini, sarebbe una operazione "passibile di disciplina giuridica, in cui è determinante l'attività intellettuale, non residuando spazio per un'attività volitiva"⁶³.

Ma anche discostandosi dall'elementare schema appena delineato, e prendendo in considerazione – coma fa altra dottrina – attività interpretative in cui l'apporto soggettivo assume maggiore rilevanza in ragione della complessità del dato normativo da interpretare, deve ritenersi comunque che l'apprezzamento interpretativo rimanga "vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica, che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità"⁶⁴. Ne discende che "il momento soggettivo nell'attività interpretativa determina la natura intellettuale dell'operazione ermeneutica, non invece un potere di scelta tra soluzioni tutte egualmente ammesse dall'ordinamento", poiché – come negli altri momenti intellettivi

in CABELLA PISU-NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, pp. 57-58; S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, ivi, pp. 49-50.

⁶² In questo senso, M. MARESCA M., *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in CABELLA PISU-NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 116-117.

⁶³ In tal senso, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, ora in *Scritti*, Milano, 2000, I. Sul tema, cfr. anche R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 61 ss., i quali, dalla diversità sostanziale tra l'attività discrezionale e l'attività di interpretazione (poiché "esclusivo della discrezionalità è [...], oltre e a fianco del momento intellettuale, un momento volitivo ed una capacità creativa"; mentre, l'interpretazione "comporta sempre e solo un'attività di tipo meramente intellettuale, pure nelle ipotesi in cui l'accertamento del fatto esiga la ricerca dei caratteri del fatto stesso indicato dalla legge tramite concetti indeterminati [...]"), fanno discendere anche una divergenza dei caratteri del sindacato sui due tipi di attività: "l'attività interpretativa viene controllata in maniera completa, utilizzando i criteri dell'ermeneutica giuridica; più controverso, invece, il trattamento giurisdizionale da riservare all'attività discrezionale".

⁶⁴ In questi termini, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, pp. 327-328, che richiama il pensiero di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971.

del processo decisionale amministrativo, anche in questo – “la soluzione valida è teoricamente una sola”⁶⁵.

Quest’ultimo assunto, tuttavia, non trova unanime consenso. Altri Autori, infatti, sostengono che non esista “logicamente, nella ricerca del significato normativo di un testo di legge, la possibilità di ricorrere ad un procedimento meramente ‘cognitivo’ rigorosamente ‘controllabile’ secondo parametri esclusivamente ‘oggettivi’ e sufficientemente ‘univoci’ di riconoscimento”, dal momento che, “come l’esperienza insegna, il ricorso agli stessi canoni interpretativi della legge scritta, ossia il medesimo ‘metodo’, può portare – e in genere porta (sia in dottrina che in giurisprudenza) – a conclusioni ‘interpretative’ diverse”⁶⁶. Cionondimeno, non sembra che da questa idea, secondo cui “da uno stesso testo di legge possono trarsi logicamente più norme di contenuto diverso”⁶⁷, debba derivare necessariamente anche il riconoscimento di una possibilità di scelta discrezionale, quindi insindacabile, tra le diverse norme. L’autorità decidente, infatti, allorché all’esito dell’attività interpretativa pervenga ad attribuire alla medesima disposizione più significati, tra loro diversi, ma tutti parimenti plausibili dal punto di vista razionale, non potrà scegliere tra essi sulla base di una valutazione soggettiva ispirata da considerazioni di mera opportunità, ma dovrà sempre preferire l’unica soluzione che, tenuto conto della concreta situazione di fatto, risulti la più favorevole per l’accusato. In altri termini, anche a ritenere che “l’interpretazione cognitiva”, tesa a chiarire il significato di una disposizione normativa, possa condurre a diverse soluzioni, tutte razionalmente plausibili, cionondimeno, “l’interpretazione decisoria” non implicherà una possibilità di scelta da parte dell’interprete tra una di queste soluzioni, perché, tenuto conto del criterio del trattamento più favorevole, una soltanto sarà la norma validamente applicabile nel caso concreto.

Per la verità, l’impostazione classica, secondo la quale l’attività interpretativa non determina – dal punto di vista di ciascuna autorità decidente – un potere di scelta tra soluzioni tutte egualmente ammesse dall’ordinamento, poiché – già nel momento dell’interpretazione cognitiva – “la soluzione valida è teoricamente una sola”, suscita perplessità anche sotto un altro aspetto. Si fa notare, infatti, che l’essere pervenuti all’unica interpretazione ‘valida’ non necessariamente comporta l’attribuzione all’enunciato normativo “di un significato che sia anche preciso, cioè tale da indicare, sul piano della realtà, un tipo di fenomeno identificabile in modo univoco”⁶⁸. Cosicché, dal momento che esattezza dell’interpretazione e univocità del significato si collocano su piani distinti, è ben possibile che la prima conduca alla definizione di una norma imprecisa, “che indica un’entità la cui identità è opinabile sul piano dei fenomeni quali si manifestano nella realtà”⁶⁹. Più nel dettaglio, si osserva che “l’interpretazione così

⁶⁵ Cfr. G. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 329-330; D. CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1692.

⁶⁶ Così, M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. (Rivista web)*, 2017, 1, p. 23.

⁶⁷ Ivi, p. 27.

⁶⁸ In questi termini, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 159.

⁶⁹ *Ibid.*

come non è (in ogni caso e sempre) in grado di eliminare la imprecisione della norma, neppure può eliminare il fenomeno correlato al tipo di norma, il fatto opinabile”⁷⁰.

L’asserzione, in sé corretta, non è condivisibile se riferita all’intervento amministrativo di natura punitiva, la cui funzione di c.d. prevenzione generale (negativa e positiva) pretende non soltanto che si pervenga all’unica interpretazione ‘valida’ dell’enunciato normativo, ma altresì che la soluzione interpretativa sia anche univoca, tale cioè da definire, nel modo più preciso possibile, la situazione configurata dalla norma e da delimitare, con altrettanta precisione, l’ambito applicativo della fattispecie di infrazione. Nel settore disciplinare, pertanto, l’esattezza della soluzione interpretativa non può non implicare l’eliminazione di qualsiasi margine di opinabilità quanto al raffronto tra situazione concreta e fattispecie astratta, dovendosi pervenire ad una situazione tipo che sia tale da trovare immediato riscontro “sul piano dei fenomeni quali si verificano nella realtà”. Cosicché, anche in presenza di un dato normativo impreciso (*rectius*, di una disposizione che non riesce a tipizzare pienamente gli istituti fondamentali della responsabilità disciplinare), “spetta all’interprete attuare una tipizzazione interpretativa nel solco della legalità e di altri principi” legislativi e sovralegislativi⁷¹.

Il necessario e continuo tendere dell’attività interpretativa dell’enunciato normativo ad un esito che sia il solo ‘valido’ e il più preciso possibile (che sia tale, cioè, da conferire precisione descrittiva alle espressioni linguistiche vaghe o ambigue e, di conseguenza, che sia tale da eliminare qualsiasi margine di opinabilità dall’operazione di qualificazione giuridica del fatto storico) comporta la completa attrazione nell’orbita della legittimità di questi ‘momenti intellettivi’ dell’iter decisionale. Il giudice, quindi, deve sempre verificare che l’enunciato normativo sia stato interpretato dall’organo disciplinare nell’unico modo corretto (‘valido’) e che la norma sia stata applicata ad un caso da essa previsto⁷².

2.3. Scelta e commisurazione della sanzione: arretramento del ‘merito’ e avanzata della ‘legittimità’.

Se, sotto il profilo sostanziale e quale che sia la prospettiva d’analisi privilegiata (quale che sia, cioè, il modo di intendere il rapporto tra ‘opportunità’ e ‘opinabilità’), le

⁷⁰ Ivi, p. 161.

⁷¹ V., sia pure con riferimento all’illecito penale, M. DONINI, [Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale](#), in *questa Rivista*, gennaio 2017, p. 5.

⁷² Al termine dell’analisi dei diversi momenti ‘intellettivi’ del processo decisionale che conduce all’irrogazione della sanzione disciplinare, è opportuna una precisazione. Le conclusioni alle quali si è pervenuti vanno estese anche a quei fatti che costituiscono circostanze aggravanti dell’infrazione (art. 77, comma 3, d.P.R. 230 del 2000) ed a quelli che assumono rilievo in vista della decisione dell’organo disciplinare di sospendere o condonare la sanzione (art. 80, commi 1 e 2, d.P.R. cit.). L’accertamento dell’esistenza di questi fatti, la qualificazione giuridica di essi e l’interpretazione degli enunciati normativi che li contemplano sono momenti dell’iter decisionale amministrativo che, per le medesime ragioni appena indicate, sono sempre e interamente attratti nell’orbita della legittimità.

attività 'intellettive' di accertamento, qualificazione e interpretazione non pongono questioni di 'merito', invece queste sembrano riemergere nell'attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione disciplinare. La determinazione della sanzione, infatti, costituisce il momento conclusivo del procedimento sanzionatorio e del processo di conoscenza e di volontà attraverso cui viene ad esistenza il provvedimento punitivo⁷³. Si tratta, comunque, di un momento dell'iter decisionale connotato dall'esercizio di un potere discrezionale, l'Amministrazione dovendo irrogare la sanzione in seguito ad una attività di valutazione e di ponderazione di interessi confliggenti.

Per la verità, il precedente assunto, secondo cui, nel determinare il tipo e l'entità di una sanzione, l'autorità amministrativa esercita un potere discrezionale, non trova l'unanime consenso della dottrina e della giurisprudenza. Taluni Autori, infatti, sia pure con riferimento alla sanzione amministrativa, ritengono che il potere punitivo sia sempre caratterizzato dall'assenza di profili di discrezionalità amministrativa⁷⁴ o, meglio, che l'autorità decidente, nel computo dell'importo sanzionatorio nei limiti edittali, mantenga margini valutativi, "che però non presentano connotati discrezionali nel senso tradizionale del termine"⁷⁵. Analoga, del resto, sembra essere la posizione della giurisprudenza di legittimità, che ravvisa una 'ontologica' diversità tra il potere di commisurazione della sanzione, che implica un "giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria", e la discrezionalità amministrativa, che presuppone invece una ponderazione di interessi⁷⁶. Di contro, altra parte della dottrina rileva che "nella discrezionalità sulla commisurazione della sanzione assistiamo esattamente ad un potere propriamente di scelta, da esercitare non solo in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico, tra cui [...] quello special-preventivo"⁷⁷.

Quest'ultima impostazione dottrinale deve essere preferita. Non sfugge, infatti, che l'organo disciplinare deve scegliere e commisurare la risposta punitiva dopo avere contemperato le istanze di prevenzione generale (espresse, generalmente, dal massimo edittale della sanzione più grave) con il grado di colpevolezza dell'autore dell'illecito (che segna l'invalicabile limite superiore della sanzione irrogabile in concreto) e le peculiari esigenze di prevenzione speciale che assumono rilievo nel caso concreto. In tal modo, il tipo e la misura della sanzione non derivano esclusivamente "dal passato", vale

⁷³ In tal senso, C. MARZUOLI, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁷⁴ Cfr., tra gli altri, C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XLI, p. 369.

⁷⁵ In proposito, con specifico riferimento alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione di 'merito' del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'art. 123 c.p.a. (art. 134, lett. c, c.p.a.), v. F. D'ANGELO, *op. cit.*, pp. 180 ss.

⁷⁶ Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. I, sent. 23 giugno 1987, n. 5489.

⁷⁷ In questi termini, F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, in particolare p. 115.

a dire da un elemento non più attuale qual è la gravità dell'infrazione già commessa⁷⁸, ma dipendono anche “dal futuro”, dall'obiettivo “di stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo” dell'autore del fatto illecito⁷⁹.

Siffatta attività di valutazione e di contemperamento di interessi confliggenti (che è antecedente al momento della formulazione definitiva della volontà: all'irrogazione della sanzione) è solo in parte regolata da norme giuridiche, rimanendo, per il resto, sottratta al dominio del diritto e rimessa a considerazioni riconducibili nell'alveo della mera “opportunità amministrativa” e, quindi, ascrivibili alle questioni di ‘merito’. Cionondimeno, se è vero che sono assai scarni e imprecisi i criteri fissati dalla legge penitenziaria in tema di scelta e di commisurazione della punizione (art. 38, comma 3, o.p.)⁸⁰, è altrettanto certo che è proprio questo il momento dell'iter decisionale in cui è possibile registrare il fenomeno dell'arretramento dell'area del ‘merito’ e dell'avanzata dell'area della ‘legittimità’ (fenomeno che, però, non si manifesta secondo una rigida logica di tipo binario, che non conosce stadi intermedi in cui il passaggio da un'area all'altra è meno sicuro).

Lo spazio del ‘merito’, che pur persiste, si riduce in forza dell'emergere, nell'area della ‘legittimità’, di principi generali, dai quali è dato estrarre criteri oggettivi che devono orientare l'organo disciplinare nella fase dell'irrogazione della sanzione. Si pensi, ad esempio, ai principi di completezza, di ragionevolezza e di proporzionalità, dai quali è possibile estrarre precisi canoni di condotta che devono guidare l'Amministrazione sia nel momento dell'individuazione e valutazione dell'interesse da considerare prevalente rispetto agli altri interessi contrapposti, sia nella fase di ponderazione delle esigenze confliggenti, fase che precede l'attività di scelta del tipo e dell'entità di una risposta punitiva che non sia eccessivamente afflittiva rispetto alla gravità del fatto illecito e non determini una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che versano in una identica o analoga situazione⁸¹. Per la verità, simile impostazione non sembra ancora trovare un riscontro nella giurisprudenza di legittimità, che continua a ravvisare un eccesso di potere giurisdizionale, laddove il Magistrato di sorveglianza spinga il sindacato sulla legittimità del provvedimento

⁷⁸ Sul tema, v. G. BARONE, *Discrezionalità* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, IX, p. 5, il quale sottolinea i particolari caratteri che contraddistinguono la discrezionalità disciplinare. L'Autore, infatti, evidenzia come, in questa ipotesi, l'autorità prima di stabilire la sanzione da irrogare in concreto debba valutare elementi anche non più attuali.

⁷⁹ Sull'argomento, sia consentito rinviare a G.M. NAPOLI, *Infrazioni, sanzioni e procedimento disciplinare in ambito carcerario: spunti per una analisi (e per un intervento di riforma) alla luce del principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, pp. 214-215, 218.

⁸⁰ L'organo disciplinare, nell'irrogare le sanzioni, deve tener conto della natura e della gravità del fatto, nonché del comportamento e delle condizioni personali del soggetto.

⁸¹ Sul tema dell'espansione del concetto di ‘legittimità’ in virtù dell'affermarsi dei principi generali, cfr. G. BOTTINO, *op. cit.*, pp. 79 ss.; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, pp. 106 ss.; A. PUBUSA, *op. cit.*, pp. 409-411, 417-418; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 401-402; V.M. VIPIANA, *op. cit.*, pp. 371 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 388-391.

punitivo “sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata”⁸².

L’orientamento giurisprudenziale appena richiamato, ancorché non condivisibile nella sua assolutezza, mette tuttavia in evidenza come, in effetti, le aree lasciate aperte dallo schematico legislativo siano assai ampie e come, spesso, neanche il ricorso ai principi generali dell’azione amministrativa riesca a circoscrivere adeguatamente l’ineliminabile componente di soggettività che connota le attività di valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, nonché la scelta relativa al come e al quanto della punizione. Infatti, in mancanza di un sistema differenziato di disposizioni e definizioni normative, che sia in grado di fornire diverse indicazioni sulle circostanze di fatto e dell’autore che devono essere prese in considerazione dall’organo disciplinare, si rimette a quest’ultimo un potere discrezionale solo parzialmente disciplinato da norme, rimanendo assai vasta l’area delle decisioni assunte alla stregua della mera ‘opportunità’. Di conseguenza, l’assenza di predeterminati e specifici parametri legali di scelta e di commisurazione della sanzione, di cui far valere eventualmente l’inosservanza o l’erronea applicazione, depotenzia la verifica giudiziale sulla legittimità del provvedimento disciplinare sotto il profilo della sussistenza di quel rapporto di proporzione per il quale la sanzione — muovendosi pur sempre in una prospettiva preventiva — deve comunque riflettere il livello di gravità dell’offesa arrecata dall’infrazione e il grado della colpevolezza dell’autore⁸³. Infatti, come è stato messo in evidenza dalla dottrina penalistica, l’idea di proporzione, mancando criteri precisi di corrispondenza tra fatto illecito e sanzione, “non può pretendere di essere un criterio di per sé sufficiente di individuazione univoca” della punizione giusta⁸⁴.

In definitiva, quantunque l’area della ‘legittimità’ si ampli in virtù dell’espandersi della forza normativa dei principi generali, non può sottacersi come l’Amministrazione mantenga un margine di manovra che, non essendo regolato da precise norme giuridiche, rimane nell’ambito delle questioni di mera opportunità. L’organo disciplinare, infatti, mantiene un potere di scelta tra più soluzioni che, ancorché opinabili, rientrano nel novero di quelle che l’ordinamento considera egualmente valide. Si tratta, in particolare, di profili del potere disciplinare non assoggettati al sindacato di legittimità, perché attinenti a quel nucleo del provvedimento punitivo che, non essendo disciplinato da regole oggettive e univoche, è frutto di una decisione ispirata unicamente a considerazioni di opportunità. È questo, dunque, quel momento del processo decisionale effettivamente libero, ovvero sia quella parte della fattispecie del potere discrezionale di scelta (del come e del quanto) della punizione “che

⁸² Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 5 settembre 2015, n. 37232.

⁸³ Sui rischi derivanti dal fatto che l’organo disciplinare non sia tenuto, nel momento della scelta del tipo e dell’entità della sanzione disciplinare, a conformarsi a precisi parametri normativi, v. G.M. NAPOLI, *op. ult. cit.*, pp. 220-222.

⁸⁴ Cfr. D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017, p. 2.

rimane effettivamente libera, pur dopo l'osservanza di tutti i criteri e i principi che vincolano la discrezionalità"⁸⁵.

A tale parte del momento del processo decisionale amministrativo, dunque, si riferisce il legislatore, quando statuisce "che è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati" (art. 69, comma 6, lett. a, o.p.). L'impiego di tale più precisa formula, rispetto, ad esempio, a quella "il giudice decide anche il merito" (ritenuta, in dottrina, espressione "assai misera" e "tutt'altro che chiara"⁸⁶), consente di pervenire ad una prima conclusione: il dato normativo conferma la presenza di un momento discrezionale nel processo decisionale che conduce alla decisione disciplinare. Parte di tale momento discrezionale dell'iter decisionale non è regolato da norme giuridiche ed è sindacabile dal Magistrato di sorveglianza soltanto nei casi, previsti espressamente dalla legge, di giurisdizione estesa al "merito amministrativo".

Non può condividersi, pertanto, il diverso orientamento dottrinale secondo cui "la giurisdizione di merito, neppure in linea astratta, può dirsi istituita e risponda agli elementi necessari per asserire che, con essa, si è voluto stabilire un controllo anche sull'opportunità, sul merito dell'atto amministrativo"⁸⁷. Orientamento, questo, che sembra ispirare anche una parte della dottrina più recente, secondo la quale il sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' non ha nulla a che vedere con le valutazioni di opportunità; "il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni di interessi che siano alternative o comunque distoniche da quelle effettuate dalla pubblica amministrazione"⁸⁸. Secondo questa impostazione, quindi, il tratto aggiuntivo del controllo di 'merito' "è proprio l'idoneità a conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'interesse pubblico"⁸⁹. In sostanza, il giudice "opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato"⁹⁰.

Fondata, invece, deve ritenersi la tesi per la quale i poteri di cognizione del giudice, nel caso di sindacato sul 'merito', si estendono dai profili di legittimità dell'azione amministrativa ai profili c.d. di merito amministrativo⁹¹. Del resto, nel settore

⁸⁵ Sul punto, v. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, pp. 200 ss.

⁸⁶ In proposito, v. A. AMORTH, *op. cit.* p. 445. Del resto, anche F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1387, ritiene che l'espressione "conosce decidendo anche nel merito" costituisca "una base testuale estremamente labile" rispetto al più preciso sintagma "conosce anche nel merito".

⁸⁷ In questi termini, A. AMORTH, *op. cit.*, p. 460.

⁸⁸ È questa la posizione di A. POLICE A., *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, p. 65.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ivi*, 66; *Id.*, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 1449 ss. Nella stessa direzione, si muove anche F. D'ANGELO, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁹¹ Cfr., tra gli altri, V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 254; R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 16 febbraio 2016.

disciplinare, l'obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti fondamentali del detenuto, che sarebbero incisi dall'esecuzione di una delle due sanzioni disciplinari maggiormente afflittive, pretende che la fase di concreta determinazione della risposta punitiva non sia caratterizzata da alcuna "zona franca", inaccessibile al giudice e sottratta ad ogni sindacato. La dottrina più avveduta, del resto, segnala che vi sono materie in cui il controllo di 'merito' deve essere mantenuto proprio per difendere il cittadino "dalle aggressioni dei gruppi di potere". E tale esigenza di controllo emerge, di certo, nel settore delle sanzioni, "specie quando esiste una possibilità di scelta da parte dell'Amministrazione tra una pluralità di sanzioni, anche per quanto riguarda l'entità". In questo caso, infatti, "l'unico controllo effettivo è quello di merito, altrimenti la giustizia amministrativa (o quella ordinaria) rischia di essere esclusivamente formale"⁹².

2.4. *'Legittimità' e 'merito' come nozioni di diritto sostanziale che definiscono l'ambito dei poteri di cognizione del Magistrato di sorveglianza.*

La definizione della nozione di 'merito' nel senso sostanziale e la delimitazione del suo campo di operatività nel settore disciplinare consentono di precisare l'ambito dei poteri di cognizione attribuiti al giudice chiamato a sindacare il provvedimento punitivo che irroga una delle due sanzioni disciplinari più afflittive. Si è visto, infatti, che il 'merito', come qualità intrinseca del provvedimento disciplinare, rileva, con i limiti prima evidenziati, soltanto nel momento discrezionale del processo decisionale che conduce alla scelta relativa al tipo e all'entità della sanzione. Nei momenti 'intellettivi' dell'accertamento del fatto, della qualificazione giuridica di esso e dell'interpretazione dell'enunciato normativo, invece, non v'è alcuno spazio di operatività per la categoria del 'merito'. Ciò vuol dire che, sotto l'aspetto strettamente pratico, l'estensione del sindacato giurisdizionale anche al 'merito' della decisione disciplinare ha un limitato, ancorché non trascurabile, impatto. In tal modo, infatti, si consente al giudice di procedere nuovamente allo svolgimento di quella attività di valutazione e di ponderazione degli interessi contrapposti (attività che precede e presiede alla scelta relativa al contenuto del provvedimento punitivo), potendo questi mettere in discussione e disapprovare anche le decisioni dell'organo disciplinare che si fondano su considerazioni di mera opportunità e convenienza. Il sindacato di merito, dunque, ha ad oggetto anche quella parte del processo decisionale che attiene all'opportunità, quella parte, cioè, in alcun modo regolata da norme giuridiche (o regolata da norme assai imprecise) ed entro la quale si svolge (o dovrebbe svolgersi) l'autonomia dell'autorità amministrativa.

Così circoscritto, il sindacato di legittimità (vale a dire, il controllo sull'osservanza delle norme concernenti le condizioni di esercizio del potere

⁹² Così, R. CHIEPPA, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1421.

disciplinare) continua a rispondere a diverse, fondamentali, esigenze. In primo luogo, mira all'accertamento della sussistenza di adeguate ragioni per ritenere che la condotta del detenuto, posta a fondamento dell'intervento punitivo, si sia verificata (*rectius*, mira all'accertamento della sussistenza di sufficienti ragioni per ritenere che siano vere le proposizioni espresse dagli enunciati assertivi posti a fondamento dell'intervento punitivo). In secondo luogo, il controllo di legittimità consente al giudice di accertare la validità della qualificazione giuridica della condotta e dell'interpretazione data all'enunciato normativo. Infine, il controllo deve appuntarsi sul momento discrezionale del processo decisionale, dovendosi appurare che l'attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione abbia rispettato le regole giuridiche e i principi generali che la disciplinano. Come osserva attenta dottrina, infatti, il sindacato per principi consente al giudice di operare una verifica sui contenuti delle scelte dell'organo disciplinare. Nell'esercizio di questo potere di controllo, "il giudice potrà ritenere legittima la scelta dell'amministrazione, riconoscere che si tratti dell'unica soluzione legittima possibile, prendere atto che l'amministrazione abbia scelto una tra le differenti soluzioni legittime"⁹³.

Rimane insindacabile il 'merito' della decisione, nella parte in cui sia il risultato di scelte ispirate unicamente a considerazioni di opportunità. In questi casi, infatti, "la decisione ragionevolmente assunta dall'autorità amministrativa va comunque preferita (al di fuori dei casi di sindacato di merito) alle decisioni, anch'esse egualmente ed in pari misura ragionevoli, suscettibili di essere assunte sulla base delle medesime risultanze procedurali"⁹⁴.

3. Il 'merito' come tecnica di controllo giurisdizionale sui provvedimenti disciplinari.

Dal campo 'sostanziale' delle qualità intrinseche del provvedimento sanzionatorio, che si riflette sui poteri di cognizione conferiti al Magistrato di sorveglianza, è ora possibile passare a quello delle modalità e delle tecniche del sindacato giurisdizionale sull'intervento disciplinare.

Se si osserva, infatti, l'evoluzione storica della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, si nota come, già nelle intenzioni del legislatore del 1889, "il termine 'merito' avrebbe dovuto identificare il potere, concesso al Consiglio di Stato in particolari materie, di conoscere immediatamente e direttamente dei fatti oggetto della controversia insorta tra il privato e l'Amministrazione"⁹⁵. Il giudice amministrativo di merito, in altri termini, sarebbe stato "fornito di *un plus* di conoscenza in fatto, che si sostanziava nella possibilità di formarsi una completa convinzione e di ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti ma egualmente attendibili da valutare discrezionalmente"; ragion per cui il "giudice amministrativo di

⁹³ Così, B. GILIBERTI, *op. cit.*, pp. 277-278.

⁹⁴ In questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, cit., p. 549.

⁹⁵ Sul tema, F. D'ANGELO, *op. cit.*, pp. 41-42.



6/2017

merito costituiva veramente nell'intenzione del legislatore un giudice del fatto altrochè del diritto, cioè fornito di competenza piena"⁹⁶.

Nell'ambito processuale, pertanto, l'estensione del controllo del giudice anche al 'merito' della decisione punitiva sembra avere un più preciso e rilevante impatto operativo. Tale estensione comporta, infatti, non soltanto la possibilità per il giudice di sindacare anche quella parte del processo decisionale amministrativo non assoggettato a norme giuridiche (in tal modo, potendosi disapprovare la decisione dell'organo disciplinare e preferire altra e diversa soluzione), ma anche – e, nel settore disciplinare, soprattutto – che il controllo su tutti i momenti ('intellettivi' e 'volitivi') del processo decisionale amministrativo "non incontra limitazioni nella procedura concretamente effettuata, sicché il controllore è libero di valutare negativamente l'azione del controllato anche sulla base della considerazione di fattori non emergenti dal procedimento"⁹⁷. Ciò vuol dire che il Magistrato di sorveglianza può accedere ad una propria ricostruzione dei fatti posti a fondamento della decisione disciplinare, prescindendo dalla valutazione degli stessi compiuta dal Consiglio di disciplina ed utilizzando elementi di prova diversi da quelli acquisiti dall'autorità controllata.

Opportuna, a questo punto, una digressione che consentirà meglio, in seguito, di cogliere quegli elementi che incrinano la capacità del sistema normativo di assicurare al detenuto una tutela effettiva contro l'esercizio del potere punitivo di natura disciplinare. Il legislatore, infatti, al fine di assicurare un controllo pieno e completo sulle decisioni disciplinari maggiormente gravose per il trasgressore, ha approntato un apposito modello processuale, che si discosta dall'ordinario processo civile e da quello amministrativo. Si pone, pertanto, la questione di verificare se possa considerarsi giustificata tale scelta di differenziazione dello strumento di tutela attivabile dalla persona detenuta. In proposito, va subito sgombrato il campo da un possibile ed esiziale errore di prospettiva: in ambito penitenziario, la previsione di strumenti di tutela giurisdizionale differenziati non trova fondamento nel carattere 'bagatellare' del contenzioso, ma, al contrario, nella particolare rilevanza degli interessi sostanziali azionabili.

La precisazione, tuttavia, non è in grado di sciogliere il dubbio prima sollevato, la cui soluzione richiede una corretta applicazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Come afferma attenta dottrina, infatti, "la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura

⁹⁶ In questi termini, P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, cit., p. 117. Del resto, anche nella prima stagione delle ricerche dottrinali, la nozione di 'merito' venne intesa in senso esclusivamente processuale, "rimanendo nell'ombra quel profilo del sindacato sulla convenienza e sull'opportunità dell'atto impugnato che attualmente è, invece, elemento discretivo della medesima". Sul punto, cfr. A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, pp. 396 ss.; B. GILIBERTI, *op. cit.*, pp. 26 ss.

⁹⁷ Così, A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, cit., p. 550.

dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi⁹⁸. Si tratta allora, innanzitutto, di accertare se la differenziazione di disciplina trovi fondamento “su obiettive peculiarità dei rapporti sostanziali da tutelare” (c.d. scrutinio di ragionevolezza), e, in secondo luogo, di stabilire in che misura detta peculiarità giustifichi una differente modulazione del contenuto dei poteri e dei doveri spettanti alle parti e al giudice, dovendo sempre sussistere un rapporto di proporzione tra le particolari esigenze di tutela di specifiche situazioni soggettive e le caratteristiche delle forme di tale tutela e dei correlativi riti differenziati (c.d. scrutinio di proporzionalità)⁹⁹.

Del resto, la stessa Consulta ammette che la Carta fondamentale non impone un modello vincolante di processo, sicché il legislatore ha “un’ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati”. Ad ogni modo, la scelta di predisporre modelli processuali diversificati è legittima a condizione che si dettino regole idonee ad assicurare (una tutela effettiva e) “un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali”¹⁰⁰.

Ciò premesso, non sembra possa sorgere dubbio alcuno circa la peculiarità del rapporto sostanziale che si instaura tra l’Amministrazione penitenziaria e il detenuto. Rapporto che, nel settore disciplinare, è connotato dal conferimento all’autorità pubblica di specifici e ampi poteri restrittivi delle posizioni giuridiche della persona *in vinculis*; poteri il cui esercizio avviene in modo sostanzialmente unilaterale, senza che il destinatario degli effetti materiali dell’attività amministrativa possa efficacemente contrastare l’iniziativa dell’autorità pubblica, avvalendosi di adeguati strumenti difensivi che vadano oltre la mera facoltà di esporre personalmente le proprie discolpe (art. 81, commi 2 e 5, d.P.R. n. 230 del 2000). Questa accentuata asimmetria dei rapporti tra Amministrazione e persona detenuta (unitamente alle condizioni di estrema debolezza e vulnerabilità in cui, di fatto, versa quest’ultimo) è sufficiente a distinguere la posizione del ristretto da quella del soggetto libero, poiché determina una situazione particolarmente delicata, che pretende strumenti di tutela giurisdizionale differenziati. Strumenti che – in ragione anche della particolare natura della posizione soggettiva che può essere incisa dal provvedimento punitivo – devono assicurare una tutela piena, effettiva e rapida.

In ambito penitenziario e sul versante del controllo sulla decisione disciplinare, quindi, sembrano sussistere entrambe le ragioni, di portata generale, che – secondo autorevole dottrina¹⁰¹ – giustificano il fenomeno della differenziazione della tutela processuale. Anzitutto, vi è l’esigenza, di carattere sostanziale, di compensare e

⁹⁸ In questi termini, L.P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1524. Sul tema, v. inoltre A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 115.

⁹⁹ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 1529.

¹⁰⁰ Cfr. Corte cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 341; *conf.* Corte cost., sent. 27 febbraio 2015, n. 23; Corte cost., sent. 30 maggio 2016, n. 121.

¹⁰¹ V. tra gli altri, G. VERDE, *Unicità e pluralità dei riti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 667-668.

riequilibrare – sul piano processuale – la condizione di debolezza in cui versa il detenuto nel rapporto con l'autorità amministrativa. Sotto questo aspetto, pertanto, la differenziazione deve mirare al “necessario adeguamento della tutela processuale rispetto alla peculiarità delle situazioni soggettive protette”¹⁰² e alla condizione di particolare vulnerabilità delle persone che ne sono titolari, ritenendosi, correttamente, che l'introduzione di tutele differenziate, istitutive di privilegi processuali a favore di soggetti ‘deboli’, si muova nella direzione indicata dall'art. 3, comma 2, della Costituzione¹⁰³.

In secondo luogo, vi è l'esigenza di semplificare e accelerare il processo. Ed è questa un'esigenza (di tempestività) avvertita anche in ambito disciplinare, in ragione di taluni effetti sfavorevoli discendenti, sia pure in via indiretta, dall'accertamento di una infrazione. Infatti, l'eccessiva durata del processo, ancorché non possa aggravare il danno direttamente derivante dal provvedimento disciplinare (che, se già eseguito, ha consumato la sua carica di lesività, mentre, se sospeso, nell'attesa che si concluda la fase giurisdizionale, non è in grado di intaccare i diritti del detenuto), può determinare un danno, riflesso ed eventuale, derivante dal legame tra commissione di un fatto illecito e mancata concessione di benefici penitenziari, quali, ad esempio, il permesso premio (art. 30-ter o.p.) o la liberazione anticipata (art. 54 o.p.). Infatti, se è vero che la commissione di una infrazione disciplinare non determina, quale automatica conseguenza di diritto, il rigetto dell'istanza di concessione del permesso premio o della riduzione della pena *ex art. 54 o.p.*, è altrettanto certo che essa deve essere presa in considerazione dal giudice, dal momento che, specie con riferimento alla liberazione anticipata, “ai fini del giudizio in ordine al requisito della partecipazione all'opera di rieducazione, l'eventuale rapporto disciplinare subito dall'interessato deve essere valutato nella sua concretezza, sotto il profilo dell'attitudine o meno ad indicare una condotta restia al processo di rieducazione”¹⁰⁴.

Le ragioni appena delineate sembrano quindi giustificare la scelta del legislatore di regolare un modello processuale differenziato, che miri a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, piena, completa, puntuale, integrale, tempestiva e, comunque, adeguata alla peculiare condizione di debolezza in cui versa il detenuto nei cui confronti è irrogata una sanzione disciplinare. In ogni caso, la disciplina di tale modello processuale differenziato deve essere conforme ai principi costituzionali e convenzionali, non potendosi intaccare i diritti processuali fondamentali e potendosi introdurre oneri a carico di una delle parti, purché ciò si riveli proporzionato “rispetto al fine di volta in volta perseguito”¹⁰⁵. È, dunque, possibile diversificare i diritti e i poteri

¹⁰² Cfr. A. ROMANO-TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, in ASTONE-FALZEA-MORELLI-SAITTA-VENTURA (a cura di), *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela (Atti del Convegno di Catanzaro, 18-19 ottobre 2007)*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 11-12, 20.

¹⁰³ In questo senso, S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 776; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutele differenziate” nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 592-593.

¹⁰⁴ Cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. I, sent. 5 luglio-1 settembre 2011, n. 32985.

¹⁰⁵ Così, L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 1530. V., inoltre, con specifico riferimento al settore penitenziario, D. VICOLI, *Una riforma di fonte giurisprudenziale tra obblighi di tutela e scelte discrezionali*, in CAPRIOLI-SCOMPARIN (a cura

spettanti alle parti, a condizione che “il contenuto sostanziale delle singole garanzie rimanga intatto, senza subire irragionevoli affievolimenti ed ingiustificate restrizioni”¹⁰⁶.

Nella prospettiva appena tratteggiata, il procedimento appositamente regolato dal legislatore deve costituire una procedura giurisdizionale proporzionalmente differenziata rispetto all’ordinario processo civile ed a quello amministrativo. Tale procedura, infatti, non soltanto deve essere rispondente ai canoni costituzionali e convenzionali, ma, altresì, deve risolversi in un “rimedio” agevolmente accessibile, rapido e snello nelle forme, affidato ad un giudice (il Magistrato di sorveglianza) “ordinario e specializzato in relazione alla particolare materia devoluta alla sua cognizione”¹⁰⁷. Giudice che – disponendo di poteri istruttori d’ufficio particolarmente ampi e, comunque, proporzionati rispetto all’esigenza di riequilibrare l’asimmetria che connota il rapporto sostanziale – deve essere in grado di garantire al detenuto una tutela più attenta, più incisiva e, per certi versi, maggiormente effettiva ed intensa¹⁰⁸.

In definitiva, nei limiti della proporzionalità e in una prospettiva aderente alla logica del giusto processo, che mira ad ottenere provvedimenti corretti sotto il profilo della soluzione di tutte le questioni di fatto e di diritto, la scelta di affidare al Magistrato di sorveglianza il controllo giurisdizionale sulle decisioni disciplinari deve comportare l’attribuzione a tale giudice di un potere di cognizione piena ed esauriente del rapporto controverso, nell’ambito di una procedura che aspira ad assicurare una tutela effettiva contro i provvedimenti punitivi dell’Amministrazione penitenziaria. Tutela da accordare nel prevalente interesse del detenuto e giammai nel prevalente interesse generale, dovendosi dare oramai “per acquisito, in termini di principio, che la finalizzazione alla tutela individuale costituisca il criterio ordinante a cui fare riferimento nell’affrontare i problemi relativi alla funzione giurisdizionale”¹⁰⁹.

3.1. Il sindacato giurisdizionale pieno sulla decisione disciplinare e la procedura su reclamo di cui all’art. 35-bis o.p.: l’efficacia probatoria dei documenti amministrativi e il principio di non contestazione.

La persona detenuta o internata, che avanzi la pretesa di un sindacato pieno – esteso anche al merito – della decisione disciplinare, deve proporre reclamo al

di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 26.

¹⁰⁶ In questi termini, L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 1532.

¹⁰⁷ Così, P. CORSO, *La magistratura di sorveglianza e i soggetti dell’amministrazione penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 27.

¹⁰⁸ Non va trascurato, peraltro, che il canone di proporzionalità deve essere declinato anche nel senso che “trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l’altro: attribuire ad essa una quota appropriata di risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi”. Sul punto, v. R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1524.

¹⁰⁹ Così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 49-50. L’Autore riprende e sviluppa il pensiero di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, pp. 18 e ss.



6/2017

Magistrato di sorveglianza, attivando la procedura giurisdizionale prevista dall'art. 35-*bis* o.p. (art. 69, comma 6, lett. a, o.p.). Tale procedura non è altro che l'ordinario procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.), ancorché integrato da taluni elementi di specialità, che "danno vita" ad un 'giudizio' di carattere contenzioso ed a cognizione piena e completa delle ragioni addotte dalle parti. Tra questi elementi di specialità, assumono peculiare rilievo: la previsione di un termine perentorio (dieci giorni), decorrente dalla comunicazione del provvedimento punitivo, entro il quale il reclamo deve essere proposto dal detenuto (art. 35-*bis*, comma 2, o.p.); l'espresso riconoscimento del diritto dell'Amministrazione interessata al reclamo (alla quale deve essere notificato l'avviso di fissazione della data dell'udienza in camera di consiglio) di comparire direttamente in udienza, ovvero di formulare per iscritto e trasmettere osservazioni e richieste (art. 35-*bis*, comma 1, o.p.)¹¹⁰; il conferimento al giudice del potere di disporre l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare, qualora il reclamo sia accolto (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.). Inoltre, a garanzia del compiuto accertamento della *res iudicanda*, è stata prevista l'impugnabilità della decisione del giudice monocratico, avverso la quale è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione medesima (art. 35-*bis*, comma 4, o.p.)¹¹¹. Non convince, invece, la scelta del legislatore di limitare alla sola violazione di legge i casi in cui è proponibile il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale di sorveglianza; ricorso, comunque, ammissibile nel termine di quindici giorni dalla notificazione o dalla comunicazione dell'avviso di deposito della decisione (art. 35-*bis*, comma 4-*bis*, o.p.).

¹¹⁰ Secondo Cass. pen., sez. I, sent. 9 marzo 2017, n. 11248, emerge la precisa volontà del legislatore di realizzare "una modalità di contraddittorio informale in primo grado, anche mediante la presenza in giudizio di funzionari aventi potere di rappresentanza dell'Amministrazione", dandosi luogo ad una deroga al principio generale, che "si riflette anche sulle modalità di convocazione in udienza dell'Amministrazione, non risultando applicabile la speciale previsione di cui all'art. 11 del R.D. n. 1611 del 1933".

¹¹¹ Secondo Cass. pen., sez. I, sent. 2 marzo 2017, n. 10462, la qualità di parte, riconosciuta all'Amministrazione dall'art. 35-*bis*, comma 1, o.p., implica (pena, altrimenti, "una ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento tra le parti del medesimo procedimento denunciabile come vizio di costituzionalità della norma") "il diritto conseguente di impugnare, col mezzo del reclamo al tribunale di sorveglianza, il provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza all'esito del contraddittorio delle parti, che sia sfavorevole all'amministrazione penitenziaria e che la stessa abbia interesse a reclamare". Tuttavia, come precisato da Cass. pen. n. 11248 del 2017, cit., "se nel primo grado di giudizio il legislatore introduce una previsione deformalizzante che consente, in ossequio agli obiettivi perseguiti, la semplificazione delle forme di esercizio del contraddittorio, così non è per l'esercizio del potere di reclamo", ragion per cui l'atto di impugnazione, ove rivolto alla tutela dell'interesse dell'Amministrazione penitenziaria, va proposto con l'osservanza delle norme processuali di cui agli articoli 100 e 573 c.p.p., riemergendo l'obbligo di esercizio delle facoltà procedurali attraverso la rappresentanza realizzata in aderenza all'art. 1 del R.D. n. 1611 del 1933, cit., "con necessità di redazione dell'atto di impugnazione da parte dell'Avvocatura dello Stato, a pena di inammissibilità del medesimo", ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a, c.p.p.).

Il legislatore, del resto, privilegiando una prospettiva aderente alla logica del giusto processo, che mira ad ottenere provvedimenti corretti sotto il profilo della soluzione delle questioni di fatto e di diritto, ha attribuito al giudice efficaci ed effettivi poteri istruttori d'ufficio, nell'ambito di un rito che aspira ad assicurare alla persona ristretta una tutela completa nei confronti dell'autorità amministrativa (art. 35-bis o.p.). Il Magistrato di sorveglianza, infatti, può chiedere all'autorità competente tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e, se occorre, può assumere prove, procedendo in udienza nel rispetto del contraddittorio (artt. 35-bis, comma 1, o.p. e 666, comma 5, c.p.p.). Nell'assumere le prove, il giudice procede senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia (art. 185 norme att. c.p.p.). Secondo una parte della dottrina, l'elencazione dei mezzi di prova, contenuta negli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 norme att. c.p.p., avrebbe carattere non tassativo, bensì meramente esemplificativo¹¹².

L'attribuzione al Magistrato di sorveglianza di ampi poteri istruttori d'ufficio (art. 666, comma 5, c.p.p.) trova fondamento nell'esigenza di bilanciare il grave squilibrio che connota il rapporto tra autorità amministrativa e persona detenuta. La prima, infatti, possiede gli atti del procedimento disciplinare; la seconda, invece, si trova spesso nell'impossibilità di acquisire in via diretta i documenti formati dall'Amministrazione e, quindi, di acquisire la disponibilità degli elementi di prova riguardanti i fatti posti a fondamento del reclamo. Tale situazione di squilibrio tra le parti, del resto, determina rilevanti conseguenze anche in tema di onere probatorio. In proposito, infatti, si afferma che il detenuto che propone reclamo non è soggetto all'onere della prova, ma unicamente al meno gravoso onere dell'allegazione¹¹³. Ciò vuol dire che il detenuto ha soltanto il "dovere di prospettare e di indicare al giudice i fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombando poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti", vale a dire il dovere di procedere all'acquisizione di tutto il materiale probatorio ritenuto necessario ai fini della decisione¹¹⁴. Del resto, non sfugge come, nella fase istruttoria del procedimento su reclamo, assumano peculiare rilievo proprio quei documenti prodotti – anche su espresso ordine del Magistrato di sorveglianza – dall'autorità amministrativa che ne abbia la disponibilità.

Il precedente assunto lascia tuttavia irrisolta una rilevante questione interpretativa. Si tratta, invero, di stabilire quale sia l'efficacia probatoria da riconoscere ai documenti prodotti in giudizio dall'Amministrazione. Infatti, anche nell'ambito della procedura giurisdizionale su reclamo, vi è il rischio che il Magistrato di sorveglianza attribuisca a tutti i documenti versati dall'autorità amministrativa l'efficacia probatoria propria dell'atto pubblico, vale a dire attribuisca sempre a tali documenti una efficacia probatoria privilegiata, contro tutti i principi che dominano la prova. In tal modo, però, poiché le informazioni contenute nelle relazioni e negli atti prodotti in giudizio dall'autorità amministrativa dovrebbero ritenersi sempre attendibili, salvo che sia proposta querela di falso (art. 2700 c.c.), verrebbe meno la peculiare incisività del

¹¹² Cfr. F. FIORENTIN, *Decreto soubotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, p. 51.

¹¹³ Sul punto, in dottrina, v. M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35-bis*, in DELLA CASA-GIOSTRA, cit., p. 406.

¹¹⁴ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. 19 maggio 1993, n. 1705.

controllo di 'merito', il giudice dovendo soltanto prendere atto della efficacia probatoria vincolante dei documenti depositati dall'Amministrazione. In verità, come segnalato da attenta dottrina, la prova legale "deve trovare fondamento in una espressa previsione legislativa". Ciò vuol dire che, "al di là delle ipotesi dell'atto pubblico, tutti i documenti versati in giudizio, una volta che i fatti affermati siano stati contestati, dovrebbero essere verificati dal giudice"¹¹⁵.

Quella relativa all'efficacia probatoria dei documenti prodotti in giudizio dall'autorità amministrativa è pertanto una questione centrale. Essa, infatti, incide sia sul livello di effettività del sindacato giurisdizionale pieno, esteso anche al merito del provvedimento punitivo, sia sull'assetto dei rapporti che si instaurano tra persona detenuta e Amministrazione, giacché è sempre incombente il pericolo che le asimmetrie che connotano la fase procedimentale si riversino nella fase processuale. Per la verità, a fronte di un'isolata pronuncia di cui si darà conto a breve, la giurisprudenza di legittimità non sembra valorizzare appieno i risvolti garantistici che si celano dietro la questione in esame. Si afferma, infatti, con specifico riferimento al verbale di accertamento di una infrazione (ma l'assunto è agevolmente estensibile anche al rapporto disciplinare *ex art. 81, comma 1, d.P.R. 309 del 2000*, nonché ai processi verbali relativi all'attività d'indagine di cui al successivo comma 3), che i documenti formati dall'autorità amministrativa costituiscono prova legale, superabile solo con querela di falso¹¹⁶, e che tale fede privilegiata "si estende a tutto quanto il pubblico ufficiale affermi avvenuto in sua presenza, sicché anche nel caso in cui si deducano errori od omissioni di natura percettiva da parte del pubblico ufficiale stesso, risulta necessario proporre querela di falso"¹¹⁷. In ambito processuale, pertanto, tale orientamento finisce per attribuire ad una sola delle parti della controversia (in particolare, a quella che gode già di una sostanziale posizione di preminenza) il potere di preconstituire, in modo unilaterale e con efficacia privilegiata, la prova documentale dei fatti, in palese contrasto con i fondamentali principi della parità delle parti, del contraddittorio e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Il pressoché uniforme orientamento della giurisprudenza di legittimità, d'altronde, sembra poter superare indenne anche il vaglio di legittimità costituzionale. Qualche giudice di merito, invero, ha in passato dubitato della conformità all'art. 24 Cost. della norma (art. 23, l. n. 689 del 1981) che, anche nel giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, attribuisce efficacia probatoria privilegiata *ex art. 2700 c.c.* agli atti formati dall'autorità amministrativa, sicché l'opponente, al fine di contestare i fatti addebitatigli, non avrebbe altro strumento processuale che la querela di falso, dovendo avviare quindi una procedura ben più gravosa e lunga di quella che il legislatore ha previsto per il giudizio di opposizione. La Consulta, tuttavia, non ha ritenuto di condividere tale impostazione, affermando che "l'efficacia privilegiata

¹¹⁵ In questi termini, L. MIGLIORINI, *Cognizione del fatto del giudice amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1424. Inoltre, con specifico riferimento al procedimento di sorveglianza, v. M. RUARO, *Commento all'art. 678 c.p.p.*, in DELLA CASA-GIOSTRA, cit., p. 957.

¹¹⁶ V., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2006, sent. 18630.

¹¹⁷ Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. II, 14 febbraio 2013, sent. 3705.

prevista dall'art. 2700 cod. civ. è sancita a tutela del superiore interesse alla certezza giuridica dell'attività svolta dai pubblici ufficiali e, sotto questo aspetto, risponde anche ad esigenze di garanzia del buon andamento della P.A., sicché la riconosciuta falsità di un atto pubblico comporta conseguenze che trascendono quelle attinenti ad un più oneroso esercizio dei diritti di difesa dell'opponente, comunque garantiti attraverso la querela di falso¹¹⁸. Ciò, però, significa che sui principali, spesso unici, elementi di prova posti a fondamento di un provvedimento sanzionatorio, il contraddittorio non è garantito né *ex ante*, vale dire nella fase amministrativa in cui si procede alla formazione della prova, né *ex post*, cioè nella successiva fase del controllo giurisdizionale sulla pretesa punitiva. La prova, in altri termini, "una volta formata unilateralmente dall'amministrazione", diventa inconfutabile, salvo che non sia proposta querela di falso¹¹⁹.

Più attento alla tutela dei fondamentali diritti della persona che lamenti l'illegittimità di un intervento punitivo dell'autorità amministrativa sembra essere un diverso – condivisibile, quanto isolato – orientamento della prima sezione della Corte di cassazione¹²⁰. Seguendo il ragionamento sviluppato da questi giudici di legittimità, quindi, si potrebbe affermare che l'impossibilità di far valere nella procedura su reclamo *ex art. 35-bis* o.p. l'efficacia privilegiata dell'atto pubblico ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c., atteso il valore di prova legale ad esso conferito dalla legge, "mentre trova razionale fondamento in un processo che si svolge tra soggetti privati in posizione paritaria, non può avere ingresso in un procedimento come quello in esame perché, se così fosse, si attribuirebbe alla parte titolare dell'interesse fatto valere con la irrogazione della sanzione il potere di preconstituire, con efficacia privilegiata, la prova documentale dei fatti sui quali si fonda la pretesa sanzionatoria".

Quest'ultima impostazione deve essere preferita per diverse ragioni, ben messe in luce dalla più attenta dottrina¹²¹. Innanzitutto, perché non sarebbe conforme al principio della parità delle parti sotto il profilo probatorio (art. 111, comma 2, Cost.), l'attribuzione all'autorità amministrativa (che, nel procedimento disciplinare, 'accusa' e, al contempo, 'giudica') del potere di preconstituire, in modo unilaterale, una prova documentale, con efficacia privilegiata, sui presupposti di fatto del provvedimento punitivo oggetto del sindacato giurisdizionale. In secondo luogo, perché l'impossibilità per il detenuto reclamante di avvalersi di mezzi di prova che abbiano la capacità di incidere sulla decisione del giudice, al pari delle prove documentali prodotte dall'autorità amministrativa, violerebbe anche il diritto di difesa (art. 24, comma 2,

¹¹⁸ Secondo Corte cost., ord. 25 novembre-10 dicembre 1987, n. 504, infatti, "il maggior onere cui va incontro in sede processuale il cittadino che intenda negare la veridicità dei fatti attestati da un pubblico ufficiale, mentre, da un lato, trova il suo fondamento nella tutela di interessi pubblici anche costituzionalmente garantiti, dall'altro, non limita il diritto di difesa dell'interessato, non essendo precluso a quest'ultimo attraverso un apposito procedimento, il ricorso ai normali mezzi di prova" (v., inoltre, Corte cost., sent. 20-23 giugno 1994, n. 255; Corte cost., ord. 10 maggio 2001, n. 157).

¹¹⁹ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 111.

¹²⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 10 novembre 1990, n. 10823.

¹²¹ Ci si riferisce al fondamentale studio di F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2015, pp. 95 ss., 139 ss.

Cost.). In terzo luogo, perché il canone del giusto processo pretende che si possa sempre ridiscutere, in modo pieno, su tutto quanto il pubblico ufficiale affermi avvenuto in sua presenza, potendosi dimostrare errori od omissioni di natura percettiva da parte del verbalizzante anche tramite l'esame di quest'ultimo o di testimoni. In quarto luogo, perché, se così non fosse, risulterebbero prive di reale efficacia le disposizioni di legge che, da una lato, conferiscono al Magistrato di sorveglianza il potere di "assumere prove, procedendo in udienza nel rispetto del contraddittorio (artt. 35-*bis*, comma 1, o.p. e 666, comma 5, c.p.p.), e, dall'altro, consentono al medesimo giudice di procedere senza particolari formalità, anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia (art. 185 norme att. c.p.p.). Inoltre, perché, nella procedura su reclamo, i documenti prodotti dall'autorità amministrativa assumono un ruolo centrale, sicché, ove si riconoscesse ad essi un'efficacia probatoria privilegiata, il Magistrato di sorveglianza finirebbe per "adagiarsi su posizioni di pregiudiziale affidamento sulla veridicità degli accertamenti dell'Amministrazione"¹²². Infine, ed è questa la ragione preminente che pare riassumere tutte le altre, perché il sindacato giurisdizionale pieno, esteso anche al merito del provvedimento sanzionatorio, implica che il giudice possa ricostruire *ex novo* i presupposti dell'esercizio del potere punitivo, potendo anche prescindere dalla ricostruzione dei fatti e dalla valutazione degli stessi compiuta dal Consiglio di disciplina. Ma, intanto il Magistrato di sorveglianza può accedere ad una propria ricostruzione dei fatti posti a fondamento della decisione disciplinare, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dall'organo amministrativo, in quanto i verbali e i documenti formati durante o in vista del procedimento disciplinare non abbiano alcuna particolare efficacia probatoria.

Altra questione controversa, affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito, è quella relativa all'operatività del principio della non contestazione. Infatti, secondo alcuni Autori, è dubbio "se la mancata trasmissione da parte della direzione dell'istituto di pena delle informazioni richieste possa essere considerata dal giudice come una condotta idonea ad integrare la non contestazione dei fatti allegati dal detenuto [...], fatti che pertanto dovrebbero ritenersi provati con il conseguente accoglimento, eventualmente parziale, del reclamo"¹²³.

In effetti, il principio di non contestazione sembra trovare applicazione come criterio di valutazione impiegato dalla Corte europea, la quale, "sensibile alla particolare vulnerabilità delle persone che si trovano sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, quali le persone detenute", ritiene che "la procedura prevista dalla Convenzione non sempre si *presti* ad una applicazione rigorosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (la prova spetta a chi afferma)". Invero, "quando il Governo convenuto è l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o inficiare le affermazioni del ricorrente, il fatto che il Governo si astenga dal fornire le informazioni in suo

¹²² Ivi, p. 98.

¹²³ In questi termini, L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. E la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, p. 142.

possesso senza dare una giustificazione soddisfacente può permettere di trarre delle conclusioni quanto alla fondatezza delle affermazioni in questione”¹²⁴.

Tuttavia, ancorché sia da condividere la *ratio* di garanzia che ispira il canone della non contestazione, non sembra che esso abbia un concreto spazio di operatività nell’ambito del sindacato giurisdizionale sul provvedimento disciplinare. Il legislatore, infatti, nel regolare la procedura su reclamo, ha dotato il Magistrato di sorveglianza di assai ampi, efficaci ed effettivi poteri istruttori d’ufficio, nell’ambito di un rito a cognizione piena ed esauriente delle ragioni dedotte dalle parti in giudizio, rito che non sembra lasciare al principio *de quo* alcuna residua area di intervento. È questa, però, una conclusione che presuppone l’indefettibile osservanza del canone della “leale collaborazione”, che deve necessariamente orientare i rapporti tra l’autorità giudiziaria e quella amministrativa. Sicché, qualora tale canone di condotta fosse in concreto disatteso, dovrebbe comunque trovare applicazione il criterio probatorio per cui, “in mancanza di puntuali riscontri e spiegazioni da parte dell’Amministrazione in relazione alle richieste istruttorie diramate dal giudice, non è dato rigettare la doglianza del reclamante” e il caso va esaminato sulla base delle circostanze (di fatto o di diritto) dedotte da quest’ultimo in modo preciso e determinato¹²⁵.

In conclusione, nel sindacato di ‘merito’, all’esigenza di un riesame integrale del processo decisionale amministrativo, si affianca l’uso di tutti gli strumenti probatori che la legge mette a disposizione del giudice, di modo che questi possa acquisire ogni elemento di valutazione rilevante per la decisione della controversia, anche senza tener conto delle risultanze del procedimento disciplinare svolto dall’autorità controllata¹²⁶. La categoria del ‘merito’ nel senso processuale, pertanto, indica il potere concesso al giudice di conoscere direttamente dei fatti controversi, prescindendo dal ‘diaframma’ costituito dagli atti del procedimento disciplinare e dal provvedimento impugnato. In altri termini, come rileva attenta dottrina, “la nozione del ‘merito’ in senso processuale del termine importa sempre la facoltà per il magistrato di apprezzare liberamente, e analizzare nei suoi aspetti più intimi, la fattispecie dedotta in giudizio; così che ad esso compete una sfera di attribuzioni in cui è accentuata la pienezza di cognizione e di valutazione del fatto, altroché del diritto, che spetta a un giudice munito di piena giurisdizione”¹²⁷.

3.2. L’ambito operativo del controllo giurisdizionale circoscritto ai soli profili di legittimità.

¹²⁴ Cfr., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sez. II, sent. 29 gennaio 2013, Cirillo c. Italia.

¹²⁵ In questo senso, Mag. sorv. Udine, ord. 9 febbraio 2017, in *questa Rivista*, 16 marzo 2017, con nota di D. GALLIANI, [L’interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35 ter Ord. Pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere.](#)

¹²⁶ Sul punto, v. G. CORAGGIO, *Merito amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1976, XXVI, p. 144; ID., *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, in *Nuova rassegna*, 1981, pp. 1397-1398.

¹²⁷ In questi termini, F. D’ANGELO, *op. cit.*, p. 66.

Il sindacato giurisdizionale di legittimità, benché risulti assai ampio se si adotta una prospettiva di tipo sostanziale, incontra stringenti limiti sotto l'aspetto processuale delle tecniche di controllo della decisione disciplinare.

Da un lato, infatti, al giudice è riconosciuto un potere di controllo pieno “sulla validità e correttezza” delle operazioni di interpretazione degli enunciati normativi e di qualificazione giuridica della condotta, così come accertata dall'autorità amministrativa. Si tratta di un intervento che non comporta mai un trapasso dal sindacato di ‘legittimità’ a quello di ‘merito’, dal momento che, come osserva autorevole dottrina, “il controllo sulla validità-correttezza dell'operazione interpretativa viene effettuato ripercorrendo lo stesso iter e utilizzando i medesimi strumenti logico-concettuali a disposizione dell'interprete: l'intera attività interpretativa viene rinnovata da un diverso soggetto; se poi il soggetto controllore ha anche un potere di *ius dicere* in via definitiva la prima interpretazione viene normalmente sostituita – senza sollevare particolari difficoltà o diffidenze in sede di teoria generale del diritto – da quella successivamente preferita e che viene ritenuta esprimere la sola corretta volontà del documento interpretato”¹²⁸.

Dall'altro lato, però, al giudice sembra preclusa la possibilità di procedere ad “un'istruttoria sovrapposta a quella condotta dall'organo disciplinare”, al fine di ottenere una diversa ricostruzione del fatto storico. Nel controllo di ‘legittimità’, pertanto, i fatti sui quali deve intervenire la pronuncia del Magistrato di sorveglianza sono già acquisiti nel procedimento amministrativo “e quelli non acquisiti in quella sede sono rilevanti solo se di macroscopica evidenza”. Tra il giudice e il fatto, in altri termini, “si interpone la rappresentazione che ha preso corpo nel procedimento disciplinare, dal cui esame non si può prescindere”¹²⁹. Ciò significa che, in ordine al momento ‘intellettivo’ del processo decisionale amministrativo, il controllo del giudice è limitato ad una duplice verifica. Innanzitutto, il sindacato deve mirare ad accertare se l'asserzione del dato di fatto, quale condizione di esercizio del potere punitivo, non sia giustificata, perché fondata su ragioni che non affiorano dagli (o sono in contraddizione con gli) esiti dell'istruttoria svolta dall'organo disciplinare, oppure perché tale organo ha omesso di valutare (o ha travisato) prove decisive ai fini della decisione, prove cioè determinanti per il contenuto di essa (è, quest'ultima, la situazione in cui il fatto probatorio trascurato o travisato dall'organo disciplinare è idoneo ad indicare l'esistenza di un fatto che sarebbe decisivo, “in quanto dimostrerebbe la non sussistenza della situazione considerata dall'autorità decidente”).

In secondo luogo, il controllo del Magistrato di sorveglianza deve mirare ad una rivalutazione delle risultanze istruttorie poste a fondamento del provvedimento punitivo, ragion per cui è possibile pervenire ad una soluzione diversa da quella adottata dall'organo disciplinare, ove quest'ultima soluzione risulti non giustificata, emergendo dalle risultanze del procedimento disciplinare ragioni sufficienti per dubitare che siano vere le proposizioni espresse dagli enunciati assertivi posti a fondamento del

¹²⁸ Così, G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 334.

¹²⁹ Sul punto, cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 106.

provvedimento punitivo¹³⁰. Rimane fermo, comunque, il limite dell'impossibilità di procedere all'accertamento autonomo dei fatti, il giudice potendo soltanto rilevare eventuali incongruenze che emergano dagli atti dell'Amministrazione.

È ovvio, infine, che anche il sindacato di legittimità sul momento discrezionale dell'iter decisionale, ancorché ammesso nei limiti prima tracciati, deve essere effettuato sulla base soltanto degli atti del procedimento disciplinare. Al giudice, pertanto, non è riconosciuta alcuna possibilità di ampliare il compendio istruttorio già acquisito dall'autorità amministrativa.

3.3. *Sindacato di 'legittimità' e controllo esteso anche al 'merito' della decisione disciplinare: quadro di sintesi.*

Il concetto di 'merito' può essere utilmente impiegato – in una prospettiva di carattere negativo – per segnare i limiti del sindacato di legittimità sui provvedimenti che irrogano le sanzioni disciplinari meno afflittive (art. 39, comma 1, n. 1-3, o.p.). Sulla base di quanto detto in precedenza, è pertanto possibile affermare che il controllo di legittimità investe, in modo compiuto, i momenti 'intellettivi' dell'iter decisionale amministrativo (accertamento del fatto, sua qualificazione giuridica, interpretazione dell'enunciato normativo), ed investe il momento 'volitivo' di tale processo decisionale (relativo alla scelta del come e del quanto punire) limitatamente a quella parte regolata da criteri normativi obiettivi e univoci, che non lasciano spazio a scelte dell'organo disciplinare alla stregua dell'opportunità.

Il sindacato di legittimità, tuttavia, incontra precisi limiti sotto il profilo delle modalità e delle tecniche processuali, giacché il riscontro dei "vizi di legittimità" è

¹³⁰ Deve escludersi, del resto, che le ragioni capaci di far dubitare che le cose siano andate nel modo in cui le ha rappresentate l'Amministrazione possano essere prese in considerazione dal giudice soltanto alla condizione, difficilissima da verificare, che esse risultino emergere dalla documentazione in modo palese ed immediato, ossia *ictu oculi*. Il controllo giurisdizionale di legittimità sulla decisione disciplinare, pertanto, non incontra i limiti che connotano il sindacato di legittimità sulla motivazione del provvedimento oggetto di ricorso per cassazione ex art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p. In quest'ultimo caso, infatti, si ritiene che non sia deducibile il "travisamento del fatto", sicché la Corte di cassazione non può effettuare un'indagine sul discorso giustificativo della decisione, finalizzata a sovrapporre la propria valutazione a quella già effettuata dal giudice di merito. Nella giurisprudenza della Corte Suprema, costituisce *ius receptum* "che il giudice di legittimità, nel momento del controllo della motivazione, non debba stabilire se la decisione di merito proponga o meno la migliore ricostruzione dei fatti né debba dividerne la giustificazione, dovendo limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento, atteso che l'art. 606, comma 1, lett. c, c.p.p. non consente alla Corte di cassazione una diversa lettura dei dati processuali o una diversa interpretazione delle prove". Per contro, dal sistema normativo che regola il sindacato di legittimità sulla decisione disciplinare, non emerge alcuna preclusione che impedisca al Magistrato di sorveglianza di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze istruttorie a quella compiuta dall'organo amministrativo che ha esercitato il potere punitivo. Il giudice, tuttavia, non può limitarsi ad imporre la propria valutazione soltanto perché preferibile a quella 'coltivata' con il provvedimento sanzionatorio, ma deve adempiere l'obbligo della specifica confutazione degli argomenti più rilevanti posti a fondamento della decisione disciplinare, rendendo esplicite le ragioni per le quali ritiene tali argomenti incompleti o incoerenti.

possibile unicamente sulla base del provvedimento sanzionatorio e degli atti del procedimento disciplinare svolto dalla pubblica amministrazione. Sicché, come rileva autorevole dottrina, chi opera questo controllo non può “espletare attività procedimentale in luogo del controllato, né soprattutto può collocare a base del proprio riscontro elementi di valutazione estranei alla procedura svolta”¹³¹ (v., tuttavia, *infra*, § 5).

Con riferimento, invece, ai provvedimenti sanzionatori di cui all’art. 39, comma 1, n. 4 e 5, o.p. il controllo esteso anche al merito investe, in modo pieno, tutti i momenti del processo decisionale amministrativo, compresa quella parte del momento discrezionale non regolata da norme giuridiche. Al giudice, quindi, è consentito anche di rinnovare, riproducendoli, tutti i momenti dell’attività discrezionale che precede e presiede alla scelta relativa al contenuto del provvedimento punitivo, potendo questi sindacare tutte le valutazioni e le scelte compiute dall’organo disciplinare, anche se ispirate a considerazioni di opportunità e di convenienza¹³².

Il sindacato di ‘merito’, inoltre, non incontra i limiti processuali del controllo di sola ‘legittimità’. Il giudice, quindi, può prendere in considerazione elementi di valutazione che non emergono dagli atti del procedimento disciplinare, e può, a tal fine, procedere ad una autonoma attività di istruzione probatoria, prescindendo, ove lo ritenga opportuno, da quella già espletata dall’organo disciplinare. Il giudizio esteso al ‘merito’, pertanto, comporta non soltanto il riesame completo del provvedimento punitivo (anche, cioè, delle valutazioni e delle scelte di opportunità), ma altresì la completa determinazione e ricostruzione dei fatti posti a fondamento della decisione disciplinare.

3.4. L’irragionevole configurazione dei poteri decisorii del giudice: l’annullamento della decisione disciplinare.

Sia nel caso di controllo limitato alla ‘legittimità’ della decisione disciplinare, sia nel caso di sindacato esteso anche al ‘merito’, al Magistrato di sorveglianza è stato conferito unicamente il potere di annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.). Il giudice, quindi, non può ingerirsi nell’esercizio del potere disciplinare sino al punto di modificare la sanzione inflitta dal Consiglio di disciplina. Ciò significa che, qualora sia accertata la correttezza dell’incolpazione disciplinare, ma si ritenga eccessiva la risposta punitiva o si ravvisi una disparità di trattamento “in casi significativamente simili”, il giudice può soltanto annullare il provvedimento punitivo. Spetterà, poi, all’organo disciplinare il potere-dovere di determinare nuovamente il trattamento sanzionatorio, tenendo conto dei motivi dell’annullamento¹³³.

¹³¹ In questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di ‘merito’*, cit. p. 548.

¹³² Cfr. G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VII, p. 373.

¹³³ Cfr. M. BORTOLATO, *Commento all’art. 35-*bis**, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, cit., p. 407; P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti del detenuto*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura

Con specifico riferimento al controllo esteso al merito della decisione disciplinare, il limite posto ai poteri decisorii del Magistrato di sorveglianza non sembra del tutto ragionevole, ove si considerino i poteri decisorii riconosciuti in altri giudizi del medesimo tipo. In proposito, si evidenzia che, nel caso di sindacato giurisdizionale di 'merito', caratterizzato dalla totalità della cognizione e dall'assenza di limiti in ordine alle modalità e alle tecniche di controllo, i poteri decisorii del giudice dovrebbero essere maggiori e tali da "spingersi fino ad una nuova regolamentazione del rapporto". Tali poteri, infatti, dovrebbero esprimersi in una più ampia gamma di decisioni e non dovrebbero essere limitati, in caso d'accoglimento, alla sola misura eliminativa¹³⁴. Di conseguenza, il conferimento al giudice del solo potere di annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione determina una non perfetta corrispondenza tra gli ampi poteri di cognizione di cui il Magistrato di sorveglianza dispone in ordine all'uso fatto dall'organo disciplinare del potere discrezionale "e una analoga gamma di poteri decisorii".

D'altra parte, l'istituto dell'annullamento, con rinvio al medesimo organo disciplinare che ha adottato il provvedimento giudicato illegittimo, appare irragionevole, anche perché esso ostacola il completo invernarsi della *ratio* sottesa alla scelta di prevedere un controllo esteso anche al merito della decisione disciplinare. Con tale scelta, infatti, il legislatore ha voluto introdurre un sindacato giurisdizionale pieno e completo su alcune modalità di esercizio del potere punitivo. Tale tipologia di sindacato, però, si muove in una logica di tendenziale continuità tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, ed implica il potere del giudice di condurre un'analisi, punto su punto, "su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi ed anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'Amministrazione"¹³⁵. In altri termini, il legislatore, prevedendo un sindacato giurisdizionale pieno e completo, mira a che il giudice, al fine di supplire alla carenza delle garanzie del contraddittorio, dell'imparzialità del decisore, della parità delle parti (carezza che connota il procedimento disciplinare), agisca come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi

di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 110; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penitenziario*, Torino, 2014, p. 136; L. FILIPPI, *Adelante Pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 377; 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, 236. In dottrina, peraltro, si evidenzia che il necessario rispetto dei termini decadenziali per l'esercizio del potere disciplinare (art. 81 del d.P.R. n. 230 del 2000), pretende che il nuovo provvedimento disciplinare, con una sanzione più mite, sia adottato in seguito alla "riattivazione *ab initio* del procedimento disciplinare, rinnovando la contestazione dell'addebito, non essendo previsto alcun termine di prescrizione dell'azione disciplinare" (così, F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, p. 254-255).

¹³⁴ In questo senso, G. CORAGGIO, *Merito amministrativo (voce)*, cit., p. 144; G. CORREALE, *Atti consequenziali al giudizio di merito*, in *Nuova rassegna*, pp. 1417-14-18; F.G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, op. cit., p. 1387.

¹³⁵ Per una simile ricostruzione del sindacato di piena giurisdizione, v. Cons. St., sez. VI, sent. 26 marzo 2015, n. 1595.

in gioco¹³⁶. Corollario indefettibile di tale sistema – sia nella prospettiva di rimediare *ex post* ai limiti del procedimento disciplinare, sia nella logica della tendenziale continuità delle funzioni – è che il sindacato giurisdizionale sia, oltre che pieno e completo, anche tendenzialmente sostitutivo, fino a definire “una figura di giudice che agisce come se riesercitasse il potere”¹³⁷.

Non è in linea, pertanto, con lo schema tipico del controllo di piena giurisdizione, la scelta di attribuire al giudice soltanto un mero potere di annullamento del provvedimento disciplinare, da esercitare sia quando si accerti il ricorrere di un vizio procedimentale o di un vizio che riguarda i momenti intellettivi del processo decisionale amministrativo, sia allorché le censure attengano al momento discrezionale dell’iter decisionale che conduce all’irrogazione della sanzione. In quest’ultimo caso, infatti, la mancata previsione di un potere sostitutivo, non soltanto impedisce il pieno raggiungimento dell’obiettivo di compensare in sede giurisdizionale la carenza di garanzie che connota il procedimento disciplinare, ma si frappone alla realizzazione, di fatto, di un tendenziale “*continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale”, riproponendo la logica della netta e rigida separazione delle funzioni.

Appare, tuttavia, opportuna un’ultima notazione. Anche nell’ambito del controllo esteso al ‘merito’ del provvedimento che irroga una delle due sanzioni più afflittive, il sindacato di cosiddetta “piena giurisdizione” non è sempre in grado di compensare tutti i limiti che contraddistinguono il procedimento disciplinare. Sicché, lo si vedrà meglio nel prosieguo, a fronte di gravi violazioni dei diritti di difesa dell’incolpato, verificatesi nella fase amministrativa, la procedura giurisdizionale non potrà che concludersi con un esito eliminatorio del provvedimento illegittimo, non residuando, neanche in astratto, alcuno spazio per un sindacato “pienamente sostitutorio”. In altri termini, anche laddove fosse conferito al Magistrato di sorveglianza il potere di spingersi fino ad una nuova regolamentazione del rapporto controverso, questi dovrebbe sempre e soltanto disporre l’annullamento del provvedimento illegittimo, ovviamente senza alcun rinvio all’organo disciplinare, qualora accertasse che, nel corso del procedimento amministrativo, siano state violate le norme concernenti “la costituzione e la competenza dell’organo disciplinare”, nonché “la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta” (art. 69, comma 6, lett. a., o.p.).

3.5. La proposizione del reclamo e l’automatico e immediato effetto sospensivo dell’esecuzione del provvedimento punitivo.

Se la mancata attribuzione al giudice anche di un potere decisorio di tipo sostitutivo rischia di frapporre un serio ostacolo al pieno invernarsi della *ratio legis*, ancor più irragionevole risulterebbe il complessivo sistema del sindacato giurisdizionale sulla

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Sul tema, v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 141.

decisione disciplinare, ove la proposizione del reclamo al Magistrato di sorveglianza non determinasse un immediato e automatico effetto sospensivo dell'esecuzione della sanzione. In tal caso, infatti, a risultare irrimediabilmente compromessa sarebbe l'effettività stessa della tutela assicurata attraverso la procedura per reclamo *ex art. 35-bis o.p.*

La questione appena delineata assume fondamentale rilevanza, perché il legislatore non ha previsto e regolato, in modo espresso, alcun meccanismo che, nell'attesa della decisione del giudice, comporti l'automatica sospensione dell'esecuzione del provvedimento disciplinare. Ma, se davvero non fosse operante un siffatto meccanismo, allora se ne dovrebbe dedurre che il sistema normativo, oltre a non garantire alcuna effettività alla tutela giurisdizionale, sarebbe anche in contrasto con il fondamentale principio secondo il quale i detenuti accusati di un'infrazione disciplinare devono essere considerati presunti innocenti nell'attesa della prova della loro colpevolezza (Racc. R(2012)5, § 27, cit.). In tal caso, infatti, il provvedimento sanzionatorio, adottato dal Consiglio di disciplina — adottato, quindi, all'esito di una procedura non corrispondente al modello del giusto procedimento disciplinare (*infra*)—, diventerebbe, cionondimeno, esecutivo ancor prima della conclusione del controllo giurisdizionale, risultando assai difficile ipotizzare che — considerato il termine a comparire di dieci giorni di cui all'art. 666, comma 3, c.p.p. — l'udienza avanti al Magistrato di sorveglianza possa svolgersi prima che la sanzione abbia trovato esecuzione¹³⁸.

Per la verità, a fronte di un orientamento interpretativo che esclude l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del reclamo, in quanto ipotesi non contemplata dalla nuova normativa¹³⁹, altra dottrina propende per una differente impostazione logico-sistematica, volta a salvaguardare “la stessa ragion d'essere” del rimedio giurisdizionale. Si afferma, infatti, che, quando “nella normativa penitenziaria nulla si dispone circa l'effetto sospensivo del reclamo, tale silenzio sta implicitamente a significare che il reclamo può essere trattato e deciso senza il pericolo di quelle ripercussioni negative” discendenti dall'immediata esecuzione del provvedimento sanzionatorio¹⁴⁰.

¹³⁸ In proposito, M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., p. 575.

¹³⁹ Cfr., *ex plurimis*, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penitenziario*, cit., p. 137.

¹⁴⁰ Così, F. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 821. Peraltro, all'insigne Autore non sfugge che la soluzione interpretativa contraria a quella proposta potrebbe, ad un primo esame, trovare conferma nell'art. 30-*bis*, comma 7, o.p., nel quale è previsto che l'esecuzione del permesso è sospesa sino alla scadenza del termine per proporre reclamo, nonché durante il procedimento previsto per la sua trattazione (ivi, p. 820). Cionondimeno, “ad una lettura più attenta, emerge che la vera ragione per cui il legislatore ha previsto l'effetto sospensivo è quella di potenziare il reclamo del p.m., la cui proposizione ‘blocca’ la fruizione del permesso concesso dal mag. sorv.”. Del resto, ampliando la visuale, si constata che negli artt. 14-*ter*, comma 1, e 41-*bis*, comma 2-*quinqüies*, o.p. “l'esplicita negazione dell'effetto sospensivo ha, a sua volta, come fine quello di rendere immediatamente esecutivi i provvedimenti amministrativi diretti a neutralizzare la pericolosità penitenziaria o la pericolosità sociale di colui che viene assoggettato al regime carcerario differenziato”. In sostanza, “ad un esame congiunto, le tre ipotesi enucleate risultano pertanto accomunate da una medesima *intentio legis*: il legislatore penitenziario ha declinato, in un senso o nell'altro, l'effetto sospensivo per scongiurare il rischio che — prescindendo da una sua esplicita regolamentazione — si verificassero

Ad ogni modo, ancorché la tesi appena delineata sia autorevolmente sostenuta, secondo altra dottrina permarrebbero margini di incertezza interpretativa — alimentati anche da una prassi orientata nel senso dell'esclusione di un effetto sospensivo e da una giurisprudenza di legittimità che sembra assecondare tale orientamento¹⁴¹ — che rendono auspicabile una inequivoca presa di posizione da parte del legislatore. Si ritiene necessaria, pertanto, l'espressa introduzione di una disposizione normativa che subordini — in modo automatico — l'esecutività del provvedimento disciplinare all'avvenuta definizione del procedimento avanti al Magistrato di sorveglianza¹⁴² o all'inutile decorso del termine perentorio entro il quale è possibile proporre reclamo; oppure — ma si tratta di soluzione meno convincente — che consenta al giudice di sospendere, *de plano*, l'esecuzione della determinazione amministrativa, sin dal momento della proposizione del reclamo, qualora le richieste del detenuto appaiano fondate¹⁴³.

Cionondimeno, la tesi che riconosce effetto sospensivo alla proposizione del reclamo deve ritenersi preferibile, anche alla luce di una lettura convenzionalmente e costituzionalmente orientata del sistema normativo. Da tempo, infatti, si mette in evidenza come tra effettività ed incisività della tutela giurisdizionale sussista uno stretto legame, nel senso che la prima si riverbera necessariamente sull'altra. Sicché, effettività ed incisività della tutela *stanno e cadono insieme*.

4. Incisività ed effettività del sindacato del Magistrato di sorveglianza sul provvedimento disciplinare: un tentativo (non riuscito) di “full jurisdiction”.

Una volta definito l'ambito di operatività del controllo esteso anche al merito della decisione disciplinare, non resta che domandarsi se possa considerarsi ragionevole la scelta del legislatore di limitare il sindacato giurisdizionale pieno ai soli

ripercussioni negative sul versante della sicurezza del carcere [...] o su quello della difesa sociale [...]”. Di conseguenza, “muovendo da questa premessa”, sembra consentito sostenere che, allorché nulla si disponga in ordine all'effetto sospensivo del reclamo, tale effetto non possa essere negato (ivi, p. 821). Del resto, ad identica conclusione è possibile pervenire anche inquadrando la nuova forma di tutela giurisdizionale tra le impugnazioni e, come tale, “assoggettata ai principi generali dettati per tale categoria di atti dal codice di rito, le cui norme vanno ad integrare la disciplina laddove sia carente” (*ibid.*; in senso analogo, P. CORVI, *op.cit.*, pp. 106-107).

¹⁴¹ Cfr., sia pure con riferimento all'assetto normativo precedente all'introduzione della procedura su reclamo *ex art. 35-bis o.p.*, Cass. pen., sez. I, sent. 11 agosto 2014, n. 35487, che afferma il principio secondo cui, dagli artt. 69, comma 6, e 14-*ter* o.p., nonché dell'art. 78 d.P.R. n. 230 del 2000 e fuori dell'ipotesi sospensiva di cui all'art. 80 d.P.R. cit., non è dato evincere un meccanismo di sospensione dell'esecuzione della sanzione disciplinare, nell'attesa dell'esaurimento di tutti i mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento penitenziario.

¹⁴² La decisione emessa dal giudice monocratico, infatti, è immediatamente esecutiva, ai sensi dell'art. 666, comma 7, c.p.p., sicché, ove tale decisione fosse di annullamento, la sanzione non dovrebbe essere eseguita, anche in caso di reclamo avanti al Tribunale di sorveglianza (sul punto, cfr. M. BORTOLATO, *op. ult. cit.*, p. 575; ID., *Commento all'art. 35-bis*, in DELLA CASA-GIOSTRA, cit., p. 408).

¹⁴³ Cfr. G. BORSINI, *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Leg. giust.*, 1988, p. 117.

provvedimenti che irrogano le due più afflittive sanzioni disciplinari, e se il procedimento giurisdizionale per reclamo *ex art. 35-bis* o.p. sia realmente idoneo a garantire al detenuto una tutela completa ed effettiva nei confronti dell'autorità pubblica.

Si tratta di questioni che costituiscono aspetti del più ampio tema dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione. Quest'ultimo tema, tuttavia, solo *prima facie* sembra limitato alla definizione delle regole sul sindacato giurisdizionale rispetto alle determinazioni dell'autorità amministrativa, con tutto ciò che ne consegue in termini di poteri del giudice e di ambiti dell'azione amministrativa sindacabili. A ben vedere, infatti, la dimensione individuale della tutela giurisdizionale dei diritti della persona detenuta non rimane sullo sfondo, ma acquisisce preminente rilievo, "perché riassume formule più ampie, che prescindono dal riferimento contingente al momento del contenzioso e che attengono alla serie di valori sui quali si orienta concretamente un certo ordinamento", sicché, l'indagine diventa anche l'occasione per individuare le soluzioni di fondo sulle quali dovrebbe indirizzarsi il nostro sistema¹⁴⁴.

4.1. Il procedimento disciplinare tra deficit di garanzie convenzionali e "principio compensativo".

La dottrina, oramai da tempo, dubita del fatto che un sistema, il quale limiti il controllo giurisdizionale alla sola legittimità del provvedimento amministrativo, sia compatibile con l'art. 113 Cost., che, per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione, vieta esclusioni o limitazioni a particolari mezzi di impugnazione¹⁴⁵. Più di recente, del resto, si è messo anche in dubbio che un siffatto sistema di tutela sia compatibile con l'art. 6 CEDU, il quale, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, pretende che il giudice abbia una c.d. *full jurisdiction* sul se, sul come e sul quanto della sanzione. In particolare, si ritiene che il giudice debba avere il potere di riformare in ogni punto la decisione assunta dall'Amministrazione, qualora "le garanzie dell'equo processo e del diritto di difesa" non siano state pienamente assicurate all'incolpato nel procedimento disciplinare, vale a dire nel momento in cui le sue posizioni soggettive di vantaggio sono state incise dall'autorità pubblica. Privilegiando quest'ultima prospettiva, può affermarsi pertanto che, se il procedimento disciplinare assicurasse le garanzie dell'imparzialità dell'organo decidente, del contraddittorio, della parità delle armi tra le parti, della presunzione di innocenza e della piena accessibilità a tutti gli atti della procedura, allora il successivo intervento del giudice potrebbe anche essere limitato al solo controllo di legittimità del provvedimento punitivo, senza che ciò configuri una violazione dei diritti riconosciuti dall'art. 6 CEDU.

Un problema di conformità ai precetti convenzionali, quindi, si pone perché la legge penitenziaria – sebbene prescriba che nessuna sanzione può essere inflitta se non

¹⁴⁴ Così, A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, p. 3.

¹⁴⁵ In proposito, v. P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 379.

dopo che il detenuto sia stato messo a conoscenza dell'accusa rivoltagli e sia stato posto nelle condizioni di esporre le proprie discolpe (art. 38, comma 2, o.p.) — solo in apparenza assicura all'incolpato le garanzie di cui all'art. 6 CEDU. Queste, invero, sono in concreto disattese, dal momento che nessuna disposizione prevede e disciplina — come richiesto anche dalle *Regole penitenziarie europee*¹⁴⁶ — il diritto all'assistenza gratuita di un interprete (qualora il detenuto non comprenda o non parli la lingua utilizzata per la contestazione dell'addebito e, successivamente, nell'udienza), il diritto di conoscere, prima dell'udienza, gli atti istruttori contenenti elementi di prova a carico (sicché l'organo disciplinare può fondare la sua decisione su documenti e mezzi di prova al quale l'accusato non ha avuto previamente accesso), il diritto di avvalersi di un difensore di fiducia, nonché il diritto di chiedere la comparizione di testimoni, al fine di interrogarli o di farli interrogare.

Le gravi carenze che contraddistinguono il procedimento disciplinare non possono che ripercuotersi sulla procedura giurisdizionale attraverso la quale è possibile vagliare la conformità al diritto dell'esercizio del potere punitivo, divenendo fondamentale soddisfare l'esigenza che la persona ristretta possa attivare un procedimento idoneo a garantire una tutela piena, completa ed effettiva delle posizioni soggettive fatte valere. Si tratta, in altri termini, di colmare, in sede di tutela giurisdizionale, il deficit di garanzie che connota il procedimento disciplinare, dal momento che, se l'agire amministrativo non “incorpora in sé il modello giustiziale e cioè un *modus procedendi* particolarmente garantista e aperto al contraddittorio”, allora “anche la giurisdizione in senso proprio ne deve risentire in qualche modo”¹⁴⁷. Dalla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, del resto, è desumibile un “principio compensativo” secondo cui una fase procedimentale, che non sia pienamente rispettosa delle regole del contraddittorio, della parità delle parti e dell'imparzialità dell'organo al quale è attribuito il potere disciplinare, “può essere ‘rimediata’ da una successiva fase giurisdizionale conforme alle garanzie prescritte dall'art. 6 CEDU”.

Sotto quest'ultimo aspetto, tuttavia, si tratta non soltanto di regolare una procedura giurisdizionale conforme agli artt. 111, commi 1 e 2, Cost. e 6 CEDU, ma anche di attribuire al giudice il potere di estendere il sindacato a tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione della controversia, senza porre alcun limite irragionevole ai suoi poteri di cognizione, istruttori e decisorio. Più nel dettaglio, il giudice deve essere posto nelle condizioni di condurre un'analisi, punto su punto, su

¹⁴⁶ V. la regola 59 della Racc. R(2006)2, sulle *Regole penitenziarie europee*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006 (secondo Cass. pen., sez. I, sent. 24 marzo 2017, n. 14670, le *Regole penitenziarie europee*, “per quanto non vincolanti, richiamano principi ai quali si deve ispirare l'interpretazione delle norme interne); nella stessa direzione si muovono anche le regole 39.1 e 41 della nuova versione delle *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)*, adottata a Vienna il 22 maggio 2015, dalla *Commission on crime prevention and criminal Justice*.

¹⁴⁷ In tal senso, M. CLARICH, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti delle Autorità indipendenti*, in ASTONE-FALZEA-MORELLI-SAITTA-VENTURA (a cura di), *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela (Atti del Convegno di Catanzaro, 18-19 ottobre 2007)*, Soveria Mannelli, 2009, p. 83.

tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi¹⁴⁸.

4.2. La natura della sanzione disciplinare secondo i criteri sostanziali di qualificazione elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La conclusione raggiunta nel precedente paragrafo implica una necessaria premessa che va, adesso, esplicitata. L'art. 6 CEDU limita le importanti garanzie di carattere procedurale in esso previste alle sole situazioni in cui un tribunale debba decidere in ordine a controversie su diritti o su obbligazioni di natura civile, ovvero in merito al fondamento di un'accusa in materia penale. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tuttavia, muovendosi in una logica prettamente sostanzialistica, ha ricompreso nell'ambito di operatività dell'art. 6, da un lato, anche quelle sanzioni che, pur formalmente amministrative nell'ambito dell'ordinamento nazionale, risultino comunque avere carattere intrinsecamente penale secondo taluni criteri fissati dalla stessa Corte (e ciò al fine di evitare che "singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie" convenzionali riservate alla materia penale); dall'altro lato, anche "quei *civil rights and obligations* che conservano carattere 'civile' nonostante la loro determinazione nel concreto avvenga attraverso l'esercizio di un potere amministrativo"¹⁴⁹.

Duplici, dunque, è il percorso da compiere, al fine di stabilire se l'art. 6 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte europea, trovi applicazione anche in materia di sanzioni disciplinari in ambito carcerario. Innanzitutto, si deve stabilire se, secondo i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo già a partire dalla nota sentenza *Engel v. Netherlands*, 8 giugno 1976 (cosiddetti "*Engel criteria*"), la sanzione disciplinare, al di là del mero dato nominalistico, abbia carattere sostanzialmente penale¹⁵⁰. Poi, ove questa indagine dia esito negativo, si deve stabilire se le posizioni soggettive del detenuto, incise dall'esecuzione di una sanzione disciplinare e, quindi, coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo, possano ricondursi al concetto di *civil right*, vale a dire al novero di quei diritti di carattere non pecuniario che assurgono a diritti e libertà riconosciuti dalla Convenzione.

¹⁴⁸ Cfr. Cons. St., sent. n. 1595 del 2015, cit.

¹⁴⁹ In questi termini, A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 484. Sulla rilevanza dell'art. 6 CEDU per la disciplina dell'attività amministrativa, cfr., tra gli altri, M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 101 ss.; G. DE ROSA, *op. cit.*, pp. 534 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 1 ss.; ID., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1338 ss.; L. PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2014, ricorso n. 48754/11, Placi v. Italy)*, in *Rivista Aic*, 2014, 5, pp. 3 ss.

¹⁵⁰ V., inoltre, tra le tante, Corte eur. dir. uomo, sez. II, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens and Others v. Italy*).

I criteri sostanziali, elaborati dalla Corte europea al fine di pervenire alla qualificazione di un provvedimento dei pubblici poteri come sanzione di natura penale, sono essenzialmente due, tra loro tendenzialmente alternativi e non necessariamente cumulativi¹⁵¹. Il primo guarda alla natura del precetto violato e alle funzioni della sanzione, e mira a stabilire se scopo della norma sia quello di assicurare la tutela *erga omnes* di interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale, e se la sanzione, al pari di quella penale, abbia carattere marcatamente punitivo-afflittivo-repressivo ed assolva funzioni deterrenti e special-preventive.

Il secondo criterio, che può operare sia in aggiunta al primo sia indipendentemente da esso, guarda alla severità della sanzione che rischia il trasgressore, e mira a stabilire se le conseguenze afflittive discendenti dall'esecuzione del provvedimento punitivo siano talmente gravi che la persona incolpata debba comunque godere delle medesime garanzie procedurali da osservare nelle controversie sul fondamento di un'accusa in materia penale. Del resto, nella giurisprudenza della Corte europea, il requisito della severità della risposta punitiva viene valutato "in astratto" e considerando anche la dimensione soggettiva della pretesa punitiva. Da un lato, infatti, il livello di afflittività della sanzione è determinato tenendo conto non del grado di severità della sanzione concretamente irrogata dall'autorità decidente, bensì della gravità della sanzione che l'Autorità medesima avrebbe potuto potenzialmente comminare¹⁵². Dall'altro lato, il rigore di una misura punitiva si fa dipendere "pure dalla capacità della stessa di incidere sulla situazione del destinatario", rilevando, per l'appunto, "la dimensione soggettiva e non quella oggettiva della pretesa punitiva"¹⁵³. Non può sottacersi, tuttavia, come parte della dottrina diffidi delle capacità operative di questo criterio di qualificazione sostanziale della risposta punitiva, ritenendo che esso sia meno affidabile del primo criterio e che, per tale motivo, debba essere impiegato solo come "elemento sussidiario di giudizio, rispetto a figure di illecito più tenacemente ambigue"¹⁵⁴.

Utilizzando, dunque, quali parametri di valutazione, i due criteri sostanziali elaborati della Corte di Strasburgo, è ora possibile verificare se, in ambito carcerario, le sanzioni disciplinari abbiano carattere sostanzialmente penale. Tuttavia, si è consapevoli che i giudici europei, quando sono stati chiamati a valutare la natura delle sanzioni disciplinari carcerarie, hanno riconosciuto carattere sostanzialmente penale soltanto a quelle direttamente capaci di determinare un allungamento o una mancata riduzione del

¹⁵¹ Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che i criteri sostanziali di definizione della "materia penale" di origine europea non brillino "per capacità connotativa". In tal senso, v. F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso. legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?](#), in *questa Rivista*, 5 aprile 2017, pp. 4-5, secondo cui "i confini della materia penale – e dunque l'estensione delle garanzie convenzionali riservate al penale – divengono così, almeno in certa misura, fluidi, e non sempre riconoscibili a priori (prima, cioè, dell'apprezzamento giudiziale nel caso concreto).

¹⁵² Sul punto, v. P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 866, e la giurisprudenza della Corte europea ivi citata (in particolare, nota 36).

¹⁵³ In proposito, v. M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁵⁴ In questo senso, C.E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 919.

periodo di detenzione, negando invece tale carattere a quelle sanzioni che, “senza incrementare la durata della detenzione”, incidono “in senso limitativo sui diritti del detenuto” (soluzione, questa, che, come ricorda attenta dottrina, è stata adottata dalla Corte europea, in diverse occasioni, “anche con riguardo alla sanzione dell’isolamento”¹⁵⁵). Ciò malgrado, la questione relativa alla natura delle sanzioni disciplinari penitenziarie merita di essere riesaminata, anche perché la Convenzione deve essere sempre “interpretata in modo dinamico, in coerenza con l’evoluzione sociale”¹⁵⁶.

Prioritaria deve essere l’indagine sulle finalità e sulle funzioni assolte dalla sanzione disciplinare carceraria¹⁵⁷. In proposito, non sfugge come sia la stessa legge sull’ordinamento penitenziario ad attribuire alla sanzione disciplinare il compito di proteggere, da determinate condotte offensive, l’ordine e la sicurezza all’interno del carcere, nonché la sicurezza esterna (art. 1, comma 3, o.p.)¹⁵⁸. La scelta, del resto, è in linea con le *Regole penitenziarie europee*, cit., secondo le quali soltanto una condotta suscettibile di comportare una minaccia per l’ordine, la sicurezza individuale e collettiva può essere definita come infrazione (reg. 57.1). Si tratta, pertanto, di tutelare determinati interessi pubblici sfruttando quelle che sono le funzioni proprie della sanzione disciplinare: la funzione di prevenzione generale (che mira, attraverso la minaccia della sanzione, a ridurre l’incidenza, nella comunità carceraria, di determinate condotte illecite, indirizzando il comportamento dei detenuti verso il rispetto di specifiche regole comportamentali) e quella di prevenzione speciale-negativa (che punta, invece, attraverso la deliberazione e l’esecuzione della sanzione, a stimolare il detenuto ad assumere “un atteggiamento critico nei confronti” della propria condotta illecita)¹⁵⁹. È ovvio, tuttavia, che la sanzione disciplinare, oltre ad esplicare la propria duplice funzione preventiva, mantenga un imprescindibile carattere di afflittività, secondo un

¹⁵⁵ Sull’argomento, cfr. V. TENORE, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 “Gabetti-Grande Stevens” sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in *LexItalia.it*, 2014, 2, p. 15. V., inoltre, S. BUZZELLI, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in UBERTIS-VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 136; F. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, ivi, p. 253.

¹⁵⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 12 luglio 2001, *Ferrazzini v. Italy*.

¹⁵⁷ In ordine alla necessaria priorità dell’indagine sulle funzioni della sanzione, v. F. MAZZACUVA, [L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 3, p. 8.

¹⁵⁸ Sui concetti di ordine e di sicurezza interni all’istituto penitenziario, nonché sulla nozione di sicurezza esterna al carcere, v. G.M. NAPOLI, [Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta](#), in *questa Rivista*, 6 febbraio 2015, pp. 24-25.

¹⁵⁹ Non è condivisibile, pertanto, l’orientamento giurisprudenziale per il quale “le finalità della sanzione penale e di quella disciplinare sono differenti, avendo la prima sia una funzione generalpreventiva, volta alla dissuasione dalla commissione di condotte analoghe, che una finalità specialpreventiva, rivolta alla specifica rieducazione del deviante; la seconda svolgendo, invece, la più limitata funzione di presidiare l’ordine interno all’istituto penitenziario”. In questi termini, Cass. pen., sez. II, sent. 24 febbraio 2017, n. 9184, in *questa Rivista*, 21 aprile 2017, con nota, critica sul punto, di E. ZUFFADA, [La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al “doppio binario” sanzione penale – sanzione disciplinare \(penitenziaria\)](#), che sottolinea, in modo corretto, come riesca difficile sostenere che, in ambito carcerario, la sanzione disciplinare non assuma “anche una funzione generalpreventiva e specialpreventiva”.

modello tipicamente repressivo-punitivo-retributivo. La sanzione disciplinare, infatti, è la conseguenza giuridica del fatto illecito; il fatto illecito, pertanto, è la condizione necessaria della sanzione. Quest'ultima, quindi, deve necessariamente seguire la concreta infrazione, dovendo possedere sempre un carattere punitivo-retributivo.

Rimane da chiarire se la sanzione disciplinare miri ad assicurare la tutela *erga omnes* di quegli stessi interessi generali della società normalmente protetti dal diritto penale, oppure miri a tutelare unicamente interessi particolari, riferibili ad una ristretta e determinata formazione sociale¹⁶⁰. Il punto, invero, merita particolare attenzione. Infatti, l'affermazione che la sanzione penale e quella disciplinare assolvono identiche funzioni e perseguono finalità omogenee non è in linea con la "radicata tradizione" secondo la quale l'intervento punitivo disciplinare non è, a differenza del paradigma sanzionatorio penale, strumento preventivo di tutela di interessi generali, ma è unicamente mezzo finalizzato alla tutela degli interessi particolari relativi ad una pubblica amministrazione¹⁶¹. La sanzione disciplinare, in altri termini, riguardando soltanto le trasgressioni dei peculiari doveri inerenti a rapporti di supremazia particolare, sarebbe ontologicamente eterogenea e non comparabile alla sanzione penale, quest'ultima posta, invece, a tutela dell'interesse generale¹⁶².

In effetti, il contrasto con la "radicata tradizione" esiste e trova giustificazione nei caratteri che, in ambito carcerario, qualificano la sanzione disciplinare. Questa — diversamente da quanto accade in altri settori — non tutela un interesse particolare dell'organizzazione amministrativa nella quale la persona *in vinculis* è inserita, ma "si ambienta nell'ordinamento generale", come strumento di tutela preventiva di quei beni/interessi (individuali, diffusi e collettivi) ai quali fanno riferimento i concetti di sicurezza esterna e di sicurezza interna all'istituto penitenziario.

Seguendo l'insegnamento di accorta dottrina, può dirsi che la sicurezza esterna e quella interna al carcere — quali interessi (strumentali) "ad ampio spettro" — non sono altro che "metafore concettuali che designano" sia un "ambito particolare dove si percepisce e si individua un conflitto di interessi", sia "le modalità normative che sono

¹⁶⁰ In proposito, si riprenderanno le considerazioni svolte, per altri fini, in G.M. NAPOLI, *Infrazioni, sanzioni e procedimento disciplinare in ambito carcerario: spunti per una analisi (e per un intervento di riforma) alla luce del principio di proporzionalità*, cit., pp. 188 ss.

¹⁶¹ In merito a siffatta "radicata tradizione", che, in passato, ha trovato fondamento nella "teoria della supremazia speciale" (e nella "teoria degli ordinamenti interni, che ne costituisce una evoluzione"), cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, pp. 21 ss.; L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, pp. 26-32. Tra gli autori che si sono posti nel solco di questa "radicata tradizione", possono ricordarsi, con specifico riferimento al settore penitenziario, G. VELOTTI, *La disciplina penitenziaria*, in *Rass. st. pen.*, 1975, III, p. 450, e G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, ivi, 1977, VI, p. 703, nonché ID., *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto d'esecuzione penitenziaria*, in *Rass. crim. pen.*, 1981, p. 37.

¹⁶² Cfr. M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 444; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivistaic.it*, 2015, pp. 29-31.

stabilite per risolvere o contemperare tale conflitto”¹⁶³. In questa prospettiva, dunque, nella sicurezza esterna e interna al carcere, si esprime “la necessità di protezione giuridica per quegli stessi beni, di natura per lo più personale o collettiva, che costituiscono l'oggetto di numerose fattispecie incriminatrici, ma che, in quello specifico contesto, vengono salvaguardati in relazione ai modi particolari con cui può realizzarsi la loro offesa, ed alle particolari esigenze espresse dalla natura della situazione conflittuale”¹⁶⁴.

In particolare, la sanzione disciplinare consente una forte anticipazione della tutela di quegli stessi beni/interessi generali protetti dalle norme penali; anticipazione che, però, deve quantomeno collegarsi a “nessi di rischio” che, in rapporto alle situazioni di fatto tipizzate, appaiano ragionevoli sulla base di regole di esperienza connesse all'*id quod plerumque accidit*. Ciò vuol dire che l'intervento punitivo di natura disciplinare può trovare giustificazione anche rispetto a condotte che — pur non ledendo o mettendo in pericolo, in modo concreto, beni-interessi “diffusi” (ad esempio, la salute della comunità carceraria) o “individuali” (si pensi, ad esempio, alla libertà morale o all'integrità fisica dei detenuti, degli operatori e dei visitatori) — siano comunque in grado di creare, secondo plausibili massime di esperienza, una situazione di rischio non consentito (una situazione, cioè, suscettibile di evolversi in pericolo o in lesione concreti del bene-fine tutelato).

Un esempio può servire a chiarire le precedenti affermazioni. Nel contesto esistenziale carcerario, un modo particolare di offesa al bene-fine libertà morale (da intendersi come libertà della propria sfera psichica da interferenze esterne, nei suoi aspetti sia di “libertà di autodeterminazione secondo motivi propri” sia di “tranquillità psichica”) è costituito da quella condizione di assoggettamento in cui può venirsi a trovare la persona *in vinculis* rispetto ad altro detenuto che abbia acquisito, all'interno del carcere, una posizione di predominio, contraddistinta dalla capacità di avvalersi di una concreta forza di intimidazione e di sopraffazione. Il modo particolare in cui può realizzarsi l'offesa al predetto bene-fine pone, pertanto, una peculiare esigenza di anticipazione della sua tutela rispetto al momento dell'effettiva lesione; esigenza che si esprime, innanzitutto, nella necessità di impedire che alcun detenuto acquisisca in carcere una posizione di preminenza che gli possa consentire di sottomettere altri ristretti al proprio volere (artt. 32, comma 3, o.p. e 71, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000). Si tratta, quindi, di prevenire tutte quelle specifiche condotte che, ancorché non direttamente lesive del bene-fine tutelato, siano tuttavia idonee — secondo regole di esperienza connesse all'*id quod plerumque accidit* — a determinare una situazione di “rischio” suscettibile di tradursi in pericolo o in lesione concreti del bene finale. Per tale ragione, la tutela della libertà morale del detenuto passa anche attraverso la protezione di “beni strumentali in senso stretto”, quali sono l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario. Simili interessi strumentali, infatti, “vengono in gioco”

¹⁶³ In questi termini, sia pure con specifico riferimento ai rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa, T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 958.

¹⁶⁴ *Ibid.*

quando, essendo “inopportuno procrastinare la tutela degli interessi finali, occorre organizzare la tutela anticipatamente e intorno alla categoria concettuale di un interesse unitario cui è bene attribuire chiaramente la natura di interesse strumentale per evitare equivoci scambi del mezzo con il fine”¹⁶⁵.

È possibile, così, individuare diversi stadi di tutela del bene-fine libertà morale. Quello più arretrato, perché legato al bene finale soltanto da “plausibili nessi di rischio”, mira a prevenire quelle condotte che si ritiene, sulla base di fondate massime di esperienza (di “precise connessioni empiriche”), consentano al detenuto di occupare una posizione di predominio e di acquisire una concreta forza di intimidazione. In tale direzione, ad esempio, si muovono le norme che, a tutela dell'ordine interno, vietano le condotte di traffico di beni consentiti e non, in tal modo volendosi impedire che si creino posizioni di egemonia tra le persone ristrette (art. 77, nn. 7 e 8, d.P.R. cit.). Sono queste, infatti, condotte illecite alle quali è collegata una presunzione assoluta di pericolo indiretto (una presunzione assoluta, cioè, del pericolo del verificarsi non di una lesione del bene-scopo, bensì di una situazione solo pericolosa per tale bene); presunzione di pericolo che può considerarsi ragionevole, soltanto quando essa rispecchi una effettiva regola di esperienza, per la quale un determinato tipo di comportamento è normalmente idoneo a determinare una situazione di rischio non consentito.

Le fattispecie di illecito costruite su forme di forte anticipazione della tutela di un bene finale (valorizzando, cioè, l'esigenza di protezione di un “bene strumentale in senso stretto”, avvinto al bene-scopo da una connessione di pericolo indiretto empiricamente fondata), attuano una strategia preventiva in relazione alla quale non dovrebbe mai essere ammessa la pena detentiva¹⁶⁶. Più correttamente, in base al principio di proporzionalità, tale assai remoto stadio di tutela del bene finale, dovrebbe rimanere estraneo all'area della rilevanza penale¹⁶⁷ e ricondotto, invece, nell'ambito di meccanismi punitivi alternativi e meno invasivi della sfera giuridica del destinatario, qual è, in ambito carcerario, il meccanismo disciplinare. Si ritiene, infatti, che l'intervento penale debba essere riservato agli stadi di tutela meno remoti dal bene “e più intensamente connotati in termini di gravità”¹⁶⁸, anche perché la valorizzazione delle alternative sanzionatorie offerte dall'ordinamento – oltre ad impedire che si verifichino le conseguenze negative che inevitabilmente accompagnano l'arretramento della soglia della rilevanza penale¹⁶⁹ – amplifica il ruolo della sanzione penale quale strumento di reazione proporzionata alle condotte lesive dei beni tutelati ed impedisce al sistema penale di porsi in contrasto con i suoi principi costitutivi.

Ad uno stadio di tutela successivo del bene-fine libertà morale, si pongono invece le norme che, a protezione della sicurezza interna, mirano, più direttamente, a prevenire le condotte di intimidazione, indipendentemente dalla circostanza che esse, ancorché

¹⁶⁵ Così, F. PALAZZO F., *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, 2, pp. 213-214.

¹⁶⁶ A tale conclusione, perviene V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p.157.

¹⁶⁷ In questa direzione, si muove F. PALAZZO, *op. cit.*, 1992, 2, p. 219.

¹⁶⁸ Cfr. F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, p. 132.

¹⁶⁹ V. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, pp. 84-87.

idonee, non abbiano raggiunto l'obiettivo della coartazione dell'altrui volontà (v., ad esempio, l'art. 77, n. 11, prima parte, d.P.R. cit.). In tal caso, infatti, si tratta di tutelare un "bene strumentale in senso stretto" (la sicurezza all'interno del carcere), che è legato al bene-scopo da una diretta connessione di lesività empiricamente fondata. Infine, vi è lo stadio della tutela diretta del bene finale rispetto alle condotte che ledono concretamente la libertà morale della persona detenuta. Si pensi, ad esempio, alle norme che puniscono le condotte di sopraffazione, con le quali la persona *in vinculis* riesce stabilmente a piegare al proprio volere uno o più compagni di detenzione, costringendoli e potendoli costringere, in qualsiasi momento, ad agire in un determinato modo o a desistere da un'azione (art. 77, n. 11, seconda parte, d.P.R. cit.), ovvero alle norme che puniscono le condotte di minaccia o di violenza (artt. 610 e ss. c.p.).

Lo schema tripartito appena delineato è valido anche rispetto alle modalità di tutela di altri beni giuridici di primaria importanza, siano essi "individuali" (ad esempio, l'integrità fisica) o "diffusi" (si pensi alla salute collettiva). In queste ipotesi, pertanto, l'apertura a forme di tutela anticipata comporta "precise conseguenze concernenti le scelte sanzionatorie"¹⁷⁰. Infatti, "la prospettabilità" di una forte anticipazione della tutela non è legata "alla sola individuazione di comportamenti che siano conformi al principio di tassatività e mantengano un collegamento percepibile con la potenziale offesa, ma richiede altresì — soprattutto — una vera e propria riconsiderazione delle modalità attraverso le quali si intenda realizzare l'intento preventivo"¹⁷¹.

Mantenendo questa prospettiva d'analisi, emerge peraltro che l'eventuale qualifica convenzionale di una sanzione come sostanzialmente penale non si contrappone, ma si integra con la qualifica interna, nel senso che la prima determina unicamente l'applicazione delle garanzie procedurali *ex* art. 6 CEDU (e di quelle sostanziali di cui al successivo art. 7), la seconda incide su tutti gli altri e differenti aspetti rimessi alle scelte discrezionali del legislatore nazionale¹⁷². La definizione convenzionale di materia penale, dunque, non comporta, in una prospettiva "pan-penalistica", l'omologazione dei diversi tipi di intervento punitivo, riconducendoli tutti ad un'unitaria e "superiore categoria dogmatica"¹⁷³, ma mira unicamente ad estendere le garanzie procedurali riconosciute dalla Convenzione al particolare intervento sanzionatorio di natura disciplinare, che rimane diverso da quello formalmente penale¹⁷⁴. In altri termini, pur presentando finalità e funzionalità omogenee, i due

¹⁷⁰ Così, L. EUSEBI L., *Brevi note sul rapporto tra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 743.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Cfr., tra le ultime, Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109. Su tale sentenza, v. F. VIGANÒ, [Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative](#), in *questa Rivista*, 15 maggio 2017.

¹⁷³ Sull'argomento, v. M. COLACURCI, *La nozione di "materia penale" nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 803; F. CONSULICH, *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio giuridico europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pp. 89-90.

¹⁷⁴ Cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68. Su tale sentenza, v. F. VIGANÒ, [Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'](#), in *questa Rivista*, 10 aprile 2017. V., inoltre, Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43. Su tale pronuncia, cfr. M.C. UBIALI, [Illegittimità sopravvenuta](#)

modelli di illecito rimangono distinti e autonomi, sicché – una volta riconosciute le garanzie convenzionali e costituzionali che devono operare in relazione ad ogni intervento sanzionatorio di carattere marcatamente punitivo-afflittivo¹⁷⁵ –, è legittima la scelta del legislatore di differenziarli sotto diversi aspetti¹⁷⁶. Innanzitutto, sotto i profili concernenti le autorità alle quali è conferito il potere punitivo (non sussistendo alcuna riserva di giurisdizione penale in ordine all'irrogazione delle sanzioni formalmente disciplinari) e le procedure attivabili (quella amministrativa dovendo essere necessariamente semplificata, molto più celere e caratterizzata “da un intervento giurisdizionale eventuale e differito”¹⁷⁷), nonché sotto i profili relativi a taluni aspetti della disciplina della struttura degli illeciti e al contenuto delle diverse sanzioni. Poi sui piani (c.d. immateriali) dello “stigma etico-sociale” (lo “stigma di criminale”, in effetti, crea “uno status di condannato, fortemente afflittivo della personalità umana”, e differente dalla “stigmatizzazione sociale” derivante dalla sanzione disciplinare) e degli effetti giuridici conseguenti di diritto all'irrogazione dell'una o dell'altra sanzione¹⁷⁸. Infine, su quel piano, sempre “immateriale”, che attenta dottrina identifica nelle “indefettibili minusvalenze a carico del soggetto passivo dell'obbligazione penale”, che conducono a distinguere il settore penale da ogni altro ramo dell'ordinamento (ed anche, segnatamente, dal diritto amministrativo punitivo); “minusvalenze immediatamente liquide ed esigibili, perché non attendono l'esaurimento della sequenza garantita dalla presunzione di innocenza [...] ed esigono dunque una preventiva (e mai risarcibile) messa a disposizione di diritti fondamentali da parte del singolo” (si pensi, da un lato, all'efficacia stigmatizzante del processo e del procedimento penale e, dall'altro, agli obblighi di sopportazione corrispondenti ai penetranti poteri di indagine attribuiti alla polizia e all'autorità giudiziaria)¹⁷⁹.

L'analisi sin qui condotta sembra dunque confermare che, in ambito penitenziario, l'illecito disciplinare, pur rimanendo un modello di illecito distinto ed autonomo rispetto a quello penale, è rivolto ad assicurare una tutela non agli interessi particolari riferibili all'Amministrazione penitenziaria, bensì a quegli stessi interessi generali normalmente protetti dal diritto penale. Si tratta, più nel dettaglio, di un modello di illecito al quale è opportuno ricorrere, quando, in ragione delle specificità del contesto esistenziale carcerario, appare necessaria una forte anticipazione della tutela di quei beni che costituiscono l'oggetto di numerose fattispecie penali, attraverso la

[della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato](#), ivi, 21 marzo 2017; A. CHIBELLI, [L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni “sostanzialmente penali” e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale](#), ivi, 3 aprile 2017.

¹⁷⁵ Cfr. Corte cost. sent. 16 dicembre 2016, n. 276; Corte cost. sent. 18 aprile 2014, n. 104; Corte cost. sent. 4 giugno 2010, 196.

¹⁷⁶ A tal proposito, v. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., pp. 8-9, 19-20.

¹⁷⁷ In questo senso, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1923.

¹⁷⁸ Sul punto, cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 774-775; C.E. PALIERO-A. TRAVI, op. cit., pp. 22 ss.

¹⁷⁹ In tal senso, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 774-775; ID., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 140 ss.

protezione di “beni strumentali in senso stretto” avvinti al bene finale da precise connessioni di rischio empiricamente fondate. L’illecito disciplinare, pertanto, non riguarda la trasgressione dei particolari doveri relativi ad un ipotetico rapporto di “supremazia speciale” che si instaurerebbe tra Amministrazione penitenziaria e persona detenuta, anche perché, come osserva attenta dottrina, sotto il profilo della “configurazione soggettivistica (come appartenenza, coattiva o volontaria, ad un ordinamento sezionale ovvero ad una istituzione — ammesso che le due categorie dogmatiche accennate abbiano una autonoma e precisa identità —), non si sa davvero vedere per quale ragione questo solo fatto determinerebbe una speciale soggezione del cittadino: se si vuol ritenere che la sezionalità dell’ordinamento e la specialità della soggezione sia solo elemento descrittivo (tale, cioè, da identificare un segmento dell’ordinamento e della popolazione che v’è sottoposto) non si potrà poi non concludere che la potestà che viene posta in essere non è che porzione di quella generale e la soggezione è attualizzazione di ciò che è potenziale per altri ma per nulla affatto speciale, derogatoria, differente”¹⁸⁰.

Ciò vuol dire che, ai fini della qualificazione sostanziale della sanzione disciplinare, rileva, quale indice sintomatico, non la concreta portata non generale del divieto oggetto della fattispecie di infrazione, bensì soltanto la natura dei beni-interessi tutelati. Il parametro della concreta specificità dei destinatari del precetto disciplinare, infatti, oltre ad apparire indeterminato nella sua applicazione¹⁸¹, può essere oggetto della “scontata obiezione” per la quale “ogni sistema penale contempla reati a soggettività ristretta”¹⁸². Senza trascurare, peraltro, che il potere sanzionatorio regolato dalle legge sull’Ordinamento penitenziario, ancorché lo si qualifichi come disciplinare, presenta caratteri del tutto peculiari rispetto al “tradizionale potere delle amministrazioni nei confronti dei propri dipendenti”. Tali differenze attengono non soltanto alla natura della violazione e alle finalità della sanzione, ma, ancor prima, proprio ai destinatari del precetto disciplinare. Il punto è messo bene in luce da accorta dottrina, che evidenzia come il tradizionale potere disciplinare delle amministrazioni sia esercitato “nei confronti di soggetti interni alla stessa amministrazione, chiamati a rispettare codici di comportamento in genere allegati ai contratti di assunzione; l’amministrazione penitenziaria dispone, invece, di un potere disciplinare ulteriore, che ha come destinatari soggetti esterni all’amministrazione (i detenuti) e che ha finalità diverse da quelle tradizionali”¹⁸³.

D’altronde, anche a voler rimanere fedeli alla “radicata tradizione”, secondo la quale la sanzione disciplinare non è, a differenza di quella penale, strumento volto ad assicurare la tutela di interessi generali, rimane da applicare, ai fini del riconoscimento del carattere sostanzialmente penale dell’illecito disciplinare, il criterio alternativo del

¹⁸⁰ In questi termini, L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell’amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amm.*, 1994, p. 33.

¹⁸¹ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 47.

¹⁸² In proposito, v. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea*, cit., *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1901-1902.

¹⁸³ In questi termini, E. D’ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 182.

livello di severità della risposta punitiva. In proposito, del resto, non pare possa sorgere incertezza alcuna sul significativo “tono di afflittività” che contraddistingue l’intervento punitivo in ambito carcerario, dal momento che è palese la capacità delle sanzioni disciplinari predeterminate dal legislatore (per lo meno delle più gravi, previste dall’art. 39, comma 1, nn. 3-5, o.p.) di intaccare gravemente i diritti fondamentali della persona *in vinculis*. In ragione di tale significativo livello di severità della risposta punitiva, qualche Autore arriva addirittura a dubitare della stessa legittimità costituzionale della disposizione di legge che attribuisce ad un’autorità amministrativa il potere di irrogare sanzioni che impongono gravi limitazioni all’esercizio dei diritti del detenuto. Il dubbio, sebbene esteso a tutte le sanzioni di competenza del Consiglio di disciplina, riguarda in modo particolare la più afflittiva sanzione dell’esclusione dalle attività in comune¹⁸⁴. Si sostiene, infatti, che, poiché tale sanzione incide, comprimendola, sulla ‘residua’ libertà personale del detenuto – libertà che, sia pure con le gravi limitazioni che lo stato di detenzione comporta, non può essere disconosciuta¹⁸⁵ –, essa deve essere annoverata tra quelle misure restrittive che, eccedendo “il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna” o con l’ordinanza cautelare, possono essere imposte soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalle legge (art. 13, comma 2, Cost.)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ L’esecuzione dell’isolamento durante l’ora d’aria, infatti, incide sulle modalità di esercizio del diritto alla permanenza all’aperto; diritto riconosciuto a tutela dell’integrità fisica e psichica del detenuto. Allo stesso modo, l’esclusione dalle attività ricreative e sportive si risolve, per l’appunto, nel divieto di partecipare a talune attività, il cui svolgimento, in forma collettiva, mira ad attenuare gli effetti negativi che il corpo e la psiche della persona inevitabilmente subiscono a causa della condizione di restrizione. L’esclusione dalle attività in comune, infine, determinando l’isolamento continuo del detenuto (art. 33, comma 1, n. 2, o.p.), è la più afflittiva delle sanzioni disciplinari, giacché intacca, in modo grave, la “residua” libertà della persona ristretta.

Si consideri, peraltro, che anche le sanzioni disciplinari più lievi – il richiamo e l’ammonizione (art. 39, comma 1, nn. 1-2, o.p.) – presentano un significativo grado di afflittività, in quanto si risolvono in gravi sanzioni di natura morale. Si tratta, in altri termini, di misure comunque stigmatizzanti, che – al pari di quelle interdittive – implicano un assai severo giudizio di disvalore etico-sociale sulla persona: misure squalificanti, dunque, sul piano della complessiva valutazione giuridico-sociale del detenuto che le subisce. Ciò emerge con evidenza, ad esempio, dalle stesse modalità esecutive dell’ammonizione, che il direttore rivolge all’autore dell’infrazione alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati.

¹⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349.

¹⁸⁶ In tal senso, A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 64 (contra, tuttavia, N. BARABINO, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all’udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2479). Peraltro, proprio in considerazione dell’elevato livello di afflittività che connota la sanzione segregativa, il limite massimo di durata di essa – che non può superare i quindici giorni (art. 39, comma 1, n. 5, o.p.) – assolve una duplice funzione. Esso è sia limite massimo di durata della sanzione disciplinare che deve essere irrogata a seguito dell’accertamento di un determinato fatto illecito, sia limite invalicabile di durata dell’isolamento disciplinare, eseguito – senza soluzione di continuità – in forza di un cumulo di più sanzioni irrogate per fatti diversi (si vedano, a tal proposito, sia le regole 43.1 e 44 della nuova versione delle *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)*, cit., secondo cui in nessun caso una sanzione disciplinare può determinare un isolamento prolungato, vale a dire un isolamento per un periodo di tempo superiore a quindici giorni consecutivi, sia le linee guida tracciate dal CPT nel rapporto annuale pubblicato il 10

In effetti, a prescindere dai dubbi di legittimità costituzionale appena delineati, la Corte di cassazione – valorizzando proprio il criterio di qualificazione convenzionale che guarda al grado di severità della risposta punitiva – riconosce il carattere sostanzialmente penale della sanzione disciplinare dell’esclusione dalle attività in comune. Secondo i giudici di legittimità, infatti, “tale sanzione non è qualificata formalmente come ‘penale’, tuttavia il grado di afflittività della stessa, tenuto conto della severità della restrizione e della sua durata, ne consente l’equiparazione alla sanzione formalmente ‘penale’, nel rispetto dei principi di *Engel*, ovvero dei parametri indicati dalla Corte di Strasburgo per la valutazione della natura ‘penale’ della reazione sanzionatoria al comportamento deviante”¹⁸⁷. Del resto, come evidenziato dalla Suprema Corte, la significativa gravità della punizione, capace di rendere la detenzione particolarmente afflittiva, trova conferma anche nel fatto che, per eseguire il provvedimento sanzionatorio in questione, “è necessaria una autorizzazione del medico”¹⁸⁸ (art. 39, comma 2, o.p.).

In definitiva, assumendo la prospettiva della Corte di Strasburgo e impiegando – congiuntamente o disgiuntamente – i due parametri di valutazione da essa elaborati, si deve pervenire alla conclusione che il riconoscimento della natura sostanzialmente penale dell’illecito disciplinare deve comportare l’estensione a tale materia delle garanzie procedurali di cui all’art. 6 CEDU, in vista di un concreto rafforzamento delle tutele per il detenuto accusato di avere commesso un’infrazione. Il che – come osserva autorevole dottrina¹⁸⁹ – non deve sorprendere, in quanto la funzione punitiva – sia essa penale o amministrativa o, in ambito carcerario, disciplinare – “attiene sempre, di per sé, al campo di espressione della sovranità statale, ed anzi ne è manifestazione per eccellenza”. Essa, pertanto, quale ne sia la forma di esercizio (penale, amministrativa e, nel nostro caso, disciplinare), non può “essere affrancata dalle garanzie del giusto processo”.

Ma, procediamo oltre e seguiamo il secondo percorso indicato all’inizio del paragrafo. Supponiamo, quindi, che il ricorso ai cosiddetti “*Engel criteria*” non dia il risultato atteso, ritenendosi, ad esempio, che l’illecito disciplinare non assicuri la tutela di interessi generali della società e che le sanzioni disciplinari non raggiungano mai un livello di severità tale da configurarsi come di natura sostanzialmente penale. Si è già detto, però, che nella sfera applicativa dell’art. 6 CEDU devono ricondursi sia le posizioni soggettive di natura civilistica ed a carattere prevalentemente patrimoniale, sia – secondo i più recenti orientamenti – i diritti di carattere non pecuniario che assurgono a diritti e libertà fondamentali (riconducibili dunque al concetto di *civil right*), tutte le volte

novembre 2011, per le quali il periodo massimo di isolamento disciplinare non dovrebbe essere superiore a quattordici giorni).

¹⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sent. n. 9184 del 2017, cit., che precisa, comunque, come la valutazione in merito alla natura delle sanzioni disciplinari non possa essere generalizzata, “dovendosi valutare, caso per caso, se le stesse abbiano caratteristiche tali da poter essere considerate sostanzialmente ‘penali’, tenuto conto dei parametri indicati dalla Corte europea”.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Il riferimento è a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 5.



6/2017

in cui siffatte situazioni giuridiche siano coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo¹⁹⁰. Del resto, oramai da tempo, si ritiene che, "laddove venga in rilievo un diritto espressamente riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esso è sempre rilevante ai fini dell'art. 6 CEDU, pure, si noti, ove sia assente o comunque dubbio il requisito della patrimonialità"¹⁹¹.

Nel settore disciplinare carcerario, dunque, le garanzie di cui all'art. 6 dovrebbero operare, non solo perché tale settore assume rilievo convenzionale ai sensi dell'art. 3 CEDU, ma anche perché le limitazioni che discendono dall'esecuzione di una sanzione disciplinare (si pensi, ad esempio, a quelle che intaccano le qualità morali del soggetto o la 'residua' libertà personale o il diritto alla vita in comune) riguardano fondamentali libertà e diritti della persona. In altri termini, in ambito carcerario, le sanzioni disciplinari incidono sempre ed imperativamente sui diritti civili della persona detenuta, sicché esse, anche se non avessero carattere sostanzialmente penale, sarebbero comunque "determinative di diritti civili". Tale assunto non è privo di pratica rilevanza, dal momento che, secondo i più recenti orientamenti della Corte di Strasburgo, una parte significativa delle garanzie del giusto processo devono estendersi anche ai provvedimenti amministrativi determinativi di diritti civili¹⁹².

Opportuna, a questo punto, una precisazione. La disciplina normativa del regime disciplinare in esame assume sicura rilevanza convenzionale ai sensi dell'art. 13 CEDU, venendo in rilievo il diritto intangibile del detenuto a non essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU). L'art. 13, infatti, garantisce il diritto ad un ricorso effettivo, che si traduce nel diritto di far valere, innanzi ad una istanza nazionale, uno dei diritti o una delle libertà riconosciuti dalla stessa Convenzione. A fondamento del sistema di protezione convenzionale, pertanto, vi sono i "principi di solidarietà e di sussidiarietà", in base ai quali spetta innanzitutto agli Stati contraenti l'assolvimento del compito di assicurare il rispetto e la tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dalla Convenzione. La Corte europea, invece, ha un ruolo suppletivo, potendo essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU). Ciò significa che è posto a carico degli Stati contraenti l'obbligo positivo di prevenire e porre rimedio – in modo effettivo – alle violazioni dedotte contro i predetti diritti, prima che i relativi ricorsi vengano proposti dinanzi alla Corte di Strasburgo.

¹⁹⁰ Cfr. A. CARBONE, *op. cit.*, p. 499.

¹⁹¹ In questi termini, M. ALLENA, *op. cit.*, p. 176.

¹⁹² Cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 9-10. Si consideri, peraltro, che lo stesso concetto di 'tribunale', impiegato nell'art. 6, comma 1, CEDU, deve essere inteso in senso prettamente funzionale (cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. I, sent. 5 febbraio 2009, *Olujc v. Croatia*), essendo tale qualsiasi autorità che abbia il potere di decidere "un'accusa penale", ovvero il potere "di determinare con una propria decisione, la costituzione o una qualsivoglia incisione significativa di *civil rights and obligations*, anche se si tratti di autorità non inserita nel plesso giudiziario dell'ordinamento di uno Stato membro" (in questi termini, G. DE ROSA, *op. cit.*, pp. 535). Pertanto, assumendo tale logica sostanziale, che guarda "ai poteri esercitati in concreto da un dato soggetto pubblico più che ai suoi profili organizzativi" (così, M. ALLENA, *op. cit.*, p. 38), non sembra si possa ragionevolmente dubitare del fatto che gli organi disciplinari *ex art. 40 o.p.* siano da ricondurre alla nozione convenzionale di 'tribunale', dal momento che ad essi è stato attribuito il potere-dovere di emettere provvedimenti capaci di intaccare, comprimendola, la sfera giuridica della persona detenuta.

Rispetto all'art. 13, l'art. 6 CEDU non soltanto ha una portata applicativa più ampia (non limitata ai soli diritti e alle sole libertà convenzionali), ma offre anche una tutela più completa, sicché quest'ultima disposizione deve prevalere sulla prima nei casi in cui siano invocabili assieme. In effetti, come rileva attenta dottrina, in questi casi, il rapporto tra le due tutele è riconducibile, più che ad un principio di specialità¹⁹³, "ad un principio di assorbimento", nel senso che la tutela minore *ex art. 13* viene compresa in quella maggiore di cui all'art. 6 della Convenzione¹⁹⁴. Proprio per questa ragione, risulta decisivo stabilire se, secondo i criteri elaborati dalla Corte europea, la materia disciplinare ricada anche nell'ambito di operatività dell'art. 6 CEDU, dovendosi, pertanto, riconoscere al detenuto la più completa tutela garantita da tale disposizione convenzionale.

4.3. L'art. 6 CEDU e il procedimento disciplinare.

Se è indubbio che le sanzioni disciplinari siano da ricondurre alla categoria dei provvedimenti amministrativi determinativi di diritti civili, tuttavia, la corretta applicazione dei cosiddetti "*Engel criteria*" deve indurre a preferire la qualificazione di esse in termini di sanzioni di natura sostanzialmente penale. Tale riconoscimento, invero, comporta l'operatività non di una parte significativa, bensì di tutte le garanzie procedurali di cui all'art. 6 CEDU. E tali garanzie devono trovare applicazione già nel procedimento disciplinare, cioè, sin dal momento in cui le posizioni soggettive di vantaggio della persona detenuta sono incise dall'autorità pubblica. In altri termini, se – come affermano i giudici di Strasburgo – "affidare la repressione e la sanzione di illeciti minori ad una autorità amministrativa non è in contrasto con la Convenzione", tuttavia, va sottolineato che, al fine di evitare tale contrasto, l'interessato non dovrebbe avere soltanto "l'opportunità di impugnare ogni decisione assunta nei suoi confronti avanti ad un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6"¹⁹⁵, ma dovrebbe poter godere delle medesime garanzie difensive prima dell'irrogazione della sanzione, vale a dire in quella fase amministrativa in cui il potere punitivo, di natura sostanzialmente penale, è "più direttamente in gioco"¹⁹⁶.

Per la verità, secondo un orientamento della Corte europea¹⁹⁷, ripreso dalla giurisprudenza italiana, "all'interno della più ampia categoria di accusa penale", dovrebbe distinguersi "tra un diritto penale in senso stretto ("*hard core of criminal law*") e i casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale". Da

¹⁹³ Cfr. F. VALENTINI, *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni. "Ne bis in idem" ed "equo processo" alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2015.

¹⁹⁴ In proposito, v. M. ALLENA, *op. cit.*, p. 27. Sull'argomento, cfr., inoltre, F. CASSIBBA, *Art. 13 – Diritto a un ricorso effettivo*, in UBERTIS-VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., pp. 318-319.

¹⁹⁵ V., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, sez. I, sent. 9 luglio 2015, *Tolmachev v. Estonia*.

¹⁹⁶ In questo senso, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 68, 74.

¹⁹⁷ In tal senso, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*.

tale distinzione, infatti, discenderebbe che, al di fuori del nocciolo duro del diritto penale – “in particolare, quando l’accusa all’origine del procedimento non comporti un significativo grado di stigma nei confronti dell’accusato” – le garanzie procedurali dell’art. 6 non dovrebbero “necessariamente essere applicate in tutto il loro rigore” o, comunque, non dovrebbero necessariamente operare tutte¹⁹⁸. In tal caso, infatti, assumerebbero preminente rilievo unicamente quelle garanzie realmente funzionali alla tutela dell’accusato, potendosi, ad esempio, ritenere non necessaria nel procedimento disciplinare la garanzia dell’udienza pubblica¹⁹⁹.

Anche seguendo l’orientamento appena delineato (che taluni giustamente criticano, in ragione sia della difficoltà di delimitare con precisione l’area del diritto penale in senso stretto, sia dell’incertezza in ordine al novero delle garanzie procedurali sacrificabili²⁰⁰), è indubbio che siano realmente funzionali alla tutela dell’incolpato, dovendo trovare sempre applicazione nel procedimento disciplinare, la garanzia della presunzione di innocenza (intesa sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento), il diritto ad un organo giudicante precostituito per legge, terzo ed imparziale, il diritto all’assistenza legale, il diritto all’informazione, il diritto alla traduzione degli atti, il diritto all’accesso agli atti, il diritto a non rendere dichiarazioni ‘autoincolpanti’, il diritto di disporre del tempo necessario a preparare la propria difesa, il diritto alla partecipazione al proprio procedimento, il diritto al contraddittorio, nonché il diritto alla parità delle armi tra le parti²⁰¹. Tuttavia, nessuna di queste garanzie, nell’estensione che ad esse è data dalla giurisprudenza convenzionale, trova ingresso nel procedimento disciplinare.

Si pensi, ad esempio, al fondamentale diritto di essere giudicati da un’autorità amministrativa terza ed imparziale. Da tempo, oramai, la Corte europea ritiene sia garanzia fondamentale quella della separazione tra organi incaricati dell’indagine, nonché di sostenere poi l’accusa in giudizio, e organo competente a decidere sull’esistenza di un illecito e sull’irrogazione della sanzione²⁰². Si tratta, in realtà, dell’affermazione di un fondamentale principio di civiltà giuridica, secondo cui ogni processo volto all’irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale deve “vedere la presenza di almeno tre parti distinte ed in un rapporto dialettico”, vale a dire l’organo che accusa, l’incolpato e l’organo giudicante²⁰³.

¹⁹⁸ Cfr. Cons. St., sent. n. 1595 del 2015, cit.

¹⁹⁹ Sull’argomento, v. M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 75 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 76-78.

²⁰⁰ Su tale problematica, v. M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 76 ss.

²⁰¹ Per una elencazione più dettagliata di tali diritti essenziali dell’accusato, cfr. S. BUZZELLI-R. CASIRAGHI- F. CASSIBBA-P. CONCOLINO-L. PRESSACCO, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in UBERTIS-VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., pp. 128 ss.; G. LASAGNI, [Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell’Unione Europea. Verso la definizione di uno statuto comune dei diritti dell’indagato e del soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo](#), in *questa Rivista*, 11 ottobre 2016, pp. 7 ss.

²⁰² Cfr., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens and Others v. Italy*, cit.

²⁰³ In proposito, v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 59-60.

Questo fondamentale principio è violato in modo radicale, allorquando, come accade nel procedimento disciplinare in ambito penitenziario, vi sia piena coincidenza tra accusa e decidente, e, ancor più, è violato allorquando l'organo incaricato dell'istruttoria sia lo stesso organo che poi, nel giudizio, accusa e decide. Invero – al di là della condivisibile considerazione per la quale le autorità competenti ad irrogare le sanzioni disciplinari non hanno, nel loro complesso, una posizione di terzietà, giacché “il detenuto finisce per essere legittimato a discolarsi non già di fronte a chi deve giudicarlo, bensì a chi lo accusa per punirlo”²⁰⁴ – sono i poteri istruttori e decisorii attribuiti al direttore dell'istituto penitenziario a suscitare le più gravi perplessità nell'ottica del rispetto delle garanzie convenzionali. Questi, infatti, assume un ruolo di preminenza in ciascuna delle tre fasi in cui si articola il procedimento disciplinare (art. 81 d.P.R. n. 230 del 2000). Nella fase che precede il giudizio, perché il direttore, qualora ritenga che – sulla base del rapporto inviatogli – sussista il *fumus* della commissione di una infrazione, contesta l'accusa al presunto trasgressore ed acquisisce, personalmente o avvalendosi di altro personale dipendente, tutti gli elementi di prova che saranno utilizzati ai fini della decisione disciplinare. Sempre nella fase che precede il giudizio, perché il direttore, nel procedere alla convocazione dell'accusato avanti ad uno dei due organi disciplinari, compie una scelta che condiziona le successive valutazioni in merito alla risposta punitiva. Nella fase del giudizio, perché il direttore diviene titolare di poteri decisorii, dal momento che egli è organo disciplinare monocratico e componente, con funzioni di presidente, dell'organo disciplinare collegiale (art. 40 o.p.). Nella fase dell'esecuzione della sanzione irrogata, perché il direttore esegue direttamente la sanzione disciplinare da lui inflitta, richiamando o ammonendo il trasgressore, ovvero ordina l'esecuzione delle altre sanzioni deliberate dal Consiglio di disciplina. Tutto ciò, pertanto, sembra confermare che, malgrado l'intenzione del legislatore fosse stata quella di ridurre i poteri del direttore in materia disciplinare (potendo egli irrogare soltanto le sanzioni meno afflittive), il procedimento, nel suo complessivo dispiegarsi, determina “il recupero, in termini sostanziali, di quel potere che la legge, sotto il profilo formale, avrebbe voluto limitare”²⁰⁵.

Per tale ragione, una parte della dottrina reputa opportuno attribuire il potere punitivo di natura disciplinare a soggetti, quantomeno formalmente, esterni all'Amministrazione penitenziaria. Si afferma, infatti, che “un ordinamento, che dichiara di rispettare i diritti e la personalità dei detenuti, non può esimersi dall'attribuire la competenza disciplinare ad organi caratterizzati dal requisito della terzietà, al fine di garantire l'imparzialità del giudizio”²⁰⁶. L'assunto, del resto, è in linea con la giurisprudenza della Corte europea, che considera garanzia irrinunciabile quella della terzietà e dell'imparzialità dell'autorità competente a decidere sull'esistenza di un

²⁰⁴ Cfr. M. FERRAIOLI, *Sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 234; A. PENNISI, *op. cit.*, p. 236.

²⁰⁵ Così, BELLOMIA, *op. cit.*, p. 927.

²⁰⁶ Cfr. M.G. COPPETTA, *Commento all'art. 40*, in DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 439; in senso analogo, E. LOI-N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, p. 90



6/2017

illecito e sull'irrogazione della sanzione. Cosicché, al fine di assicurare la terzietà dell'organo disciplinare, oltre all'introduzione di una chiara distinzione tra accusa e decidente, è opportuna una netta separazione tra organi amministrativi e organi disciplinari, in modo che l'autorità decidente non sia eccessivamente condizionata dall'approfondita conoscenza del contesto ambientale (e personale) nel quale l'infrazione è stata commessa²⁰⁷.

La non conformità ai principi convenzionali non è limitata all'assenza di terzietà e di imparzialità (oltre che, ovviamente, di "totale indipendenza dall'esecutivo") degli organi disciplinari, dal momento che del tutto pretermesse risultano anche le altre fondamentali garanzie di cui all'art. 6 CEDU. Nessuna disposizione interna, infatti, riconosce il diritto del detenuto di essere informato, in una lingua che comprende, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui, né il diritto dell'incolpato di farsi assistere gratuitamente da un interprete, qualora non comprenda o non parli la lingua usata in udienza.

Alcuno spazio di operatività, inoltre, può trovare la regola per la quale la fase del giudizio deve rivestire un carattere contraddittorio e deve garantire la parità delle armi tra l'accusa e la difesa. E ciò, per la semplice ragione che nella fase del giudizio disciplinare non è contemplata la presenza di tre parti distinte, due delle quali poste in posizione di parità e in rapporto dialettico avanti ad un organo decidente terzo e imparziale, ma è previsto soltanto che l'accusato si difenda al cospetto di un'autorità pubblica che accusa e decide. Sicché, ove anche fosse previsto (ma, ovviamente, non lo è) che gli elementi di prova debbano essere formati davanti all'accusato in udienza, non muterebbe la struttura di un procedimento privo di contraddittorio ed in cui l'incolpato subisce la posizione di sovraordinazione in cui si trova l'organo che accusa e, al contempo, giudica.

Del resto, lo si è già messo in evidenza, prive di reali funzioni di tutela sono le garanzie difensive, limitate – sia nella fase immediatamente successiva alla contestazione dell'addebito, sia nel corso dell'udienza – al riconoscimento del mero diritto dell'accusato di esporre le proprie discolpe (art. 81, commi 2 e 5, d.P.R. cit.). Si tratta, invero, di un'arma del tutto spuntata, giacché in alcun modo il diritto alla difesa personale può dirsi garantito allorché l'incolpato non si veda riconosciuto anche il diritto di accedere, senza limitazioni, al fascicolo contenente gli elementi di prova a carico, il diritto di ricevere una comunicazione idonea a renderlo edotto di tutti gli atti rilevanti per la sua difesa, il diritto di chiedere e ottenere la comparizione in udienza dell'operatore penitenziario che ha redatto il rapporto disciplinare o di altri testimoni, al

²⁰⁷ In questa prospettiva d'analisi, che guarda ai principi sopranazionali e alla loro reale funzione di tutela dell'accusato, non sembra possa continuarsi a sostenere che, in ambito carcerario, la natura amministrativa dei procedimenti disciplinari non consenta di far valere la violazione degli artt. 6 CEDU e 111, commi 1 e 2, Cost., sotto il profilo della mancanza di terzietà dell'organo giudicante, giacché il principio di terzietà sarebbe irrimediabilmente dettato con riferimento all'attività di giurisdizione e non di amministrazione, ancorché quest'ultima sia finalizzata all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi (cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. un., sent. 30 settembre 2009, n. 20935; Cass. civ., sez. II, sent. 24 febbraio 2016, n. 3656; Cass. civ., sez. un., sent. 17 settembre 2010, n. 19702).

fine di interrogarli o controinterrogarli, nonché il diritto di fornire le prove necessarie a confutare la tesi accusatoria. Al più, l'interessato, che non ha neanche il diritto di ricorrere alla difesa tecnica, può sollecitare i poteri istruttori dell'organo disciplinare, il quale potrebbe disporre, nel corso dell'udienza, l'assunzione di mezzi di prova decisivi per emettere il provvedimento finale. La decisione di procedere all'integrazione del quadro probatorio, pur potendo essere sollecitata dall'accusato, sarebbe comunque rimessa all'insindacabile scelta dell'autorità amministrativa.

In definitiva, proprio guardando al procedimento disciplinare "con gli occhiali" del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, è possibile evidenziare l'inidoneità e l'inadeguatezza di tale strumento. La compressione dei diritti dell'accusato di partecipare consapevolmente a tutte le attività del procedimento e di difendersi dall'accusa avanti ad un organo giudicante terzo e imparziale, non soltanto appare eccessiva, ingiustificata e inutile, ma — ancor prima — rende la procedura inidonea al raggiungimento dello scopo cui è preordinata, giacché essa risulta tecnicamente incapace di pervenire al compiuto accertamento del fatto e ad una decisione sufficientemente ponderata. In tal modo, però, si arreca un grave pregiudizio, in primo luogo, alle situazioni giuridiche soggettive del detenuto, giacché la previsione di un pieno ed effettivo contraddittorio e il riconoscimento di efficaci diritti di difesa sono innanzitutto espressione di un interesse proprio dell'incolpato "e dell'esigenza di una sua tutela già nella sede amministrativa"; poi, anche all'efficienza dell'azione amministrativa, che risulta incapace di giungere ad una corretta realizzazione degli interessi pubblici perseguiti²⁰⁸.

Cionondimeno, a fronte di procedimenti amministrativi relativi ad illeciti meno gravi che, come quello disciplinare, sono assai lontani dal modello del "giusto processo penale", la giurisprudenza della Corte europea ha adottato un approccio non rigido, ma, al contrario, assai "flessibile", volto cioè a non ravvisare un contrasto con la Convenzione, allorché l'interessato abbia avuto comunque l'opportunità di impugnare la decisione assunta nei suoi confronti avanti ad un 'tribunale' che offra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU²⁰⁹. In altri termini, pur rimanendo fermo che le garanzie convenzionali devono sempre operare anche nei procedimenti amministrativi che possono concludersi con l'irrogazione di sanzioni di natura sostanzialmente penale, tuttavia, secondo il "principio compensativo", ad una fase amministrativa, che non sia pienamente rispettosa delle regole del contraddittorio, della parità delle parti e dell'imparzialità dell'organo decidente, è possibile porre rimedio, entro certi limiti, con una successiva fase giurisdizionale conforme alle garanzie prescritte dall'art. 6 CEDU.

Non può condividersi, invece, il diverso orientamento giurisprudenziale che, non riconoscendo alla successiva fase giurisdizionale la mera capacità di determinare una sorta di sanatoria dell'originaria illegittimità di un procedimento amministrativo non in linea con i parametri fissati dall'art. 6, considera quest'ultimo procedimento "ab origine conforme alle prescrizioni" convenzionali, proprio perché "destinato a

²⁰⁸ Come rilevato da F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, p. 206.

²⁰⁹ Cfr. M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 73 ss.; F. GOISIS, *op. ult. cit.*, p. 69.

concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo"²¹⁰. Il legislatore, pertanto, anche a fronte di una sanzione solo formalmente disciplinare, ma di natura sostanzialmente penale, sarebbe totalmente libero di scegliere in quale fase le garanzie di cui all'art. 6 debbano essere necessariamente offerte, potendole anticipare alla fase amministrativa in cui il potere punitivo è "più direttamente in gioco" (nel qual caso – si afferma – una successiva fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria), oppure rinviarle alla successiva, nonché soltanto eventuale (in quanto legata all'esclusiva iniziativa dell'interessato), fase giurisdizionale, mediante l'assoggettamento del provvedimento punitivo, emesso all'esito di un procedimento non connotato dalle garanzie convenzionali, ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso una procedura conforme alle prescrizioni dettate dall'art. 6 CEDU. In tal modo, però, ci si muoverebbe nell'ambito di una logica non tanto ispirata dal condivisibile intento di stabilire, entro certi limiti, una continuità tra la fase amministrativa e la fase giurisdizionale, bensì ispirata dalla più radicale idea di una completa sovrapposibilità tra la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale, tra loro non più distinguibili²¹¹. Logica che, peraltro, potrebbe condurre a conseguenze ancor più inaccettabili, ove si ritenesse che la scelta del legislatore di introdurre un rimedio di piena giurisdizione comporterebbe sempre l'assoluta irrilevanza di tutte le violazioni procedurali verificatesi nella precedente fase amministrativa (fase già di per sé scarna di garanzie difensive), e ciò in ragione unicamente della mera previsione della possibilità di attivare un successivo riesame giurisdizionale pieno e completo della pretesa punitiva (sul punto, tuttavia, *infra*, § 5.1.).

4.4. La funzione compensativa assolta dal sindacato di "full jurisdiction".

In forza del principio compensativo cui si è prima fatto cenno, alcune delle garanzie procedurali previste dalla Convenzione possono risultare spostate, con funzione di rimedio *ex post*, dal momento in cui è adottata la decisione disciplinare, alla successiva fase del controllo giurisdizionale, che diviene il momento fondamentale da esaminare al fine di stabilire se l'esercizio del potere punitivo possa considerarsi, nel complesso, conforme ai parametri convenzionali.

Tuttavia, perché l'effetto compensativo si realizzi, sia pure entro certi limiti, è necessario che l'organo di controllo sia dotato di piena giurisdizione, sia dotato, cioè, del "potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo" controllato. In effetti, autorevole dottrina osserva che, sebbene sia dubbia la reale capacità di un controllo di piena giurisdizione di rimediare *ex post* ad

²¹⁰ V. Cass. civ., sez. II, sent. 28 settembre 2016, n. 19219.

²¹¹ Cfr. M. TRIMARCHI, "Problema dell'amministrazione" e "problema del giudice": principio della separazione dei poteri ed effettività della tutela nel pensiero di Franco Ledda, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, pp. 177-178.

ogni contrasto tra il “modello tradizionale” di procedimento amministrativo sanzionatorio (e, nel nostro caso, tra il modello di procedimento disciplinare prefigurato dalla normativa interna) e i principi del “giusto processo”, cionondimeno, non può negarsi che “una effettiva pienezza di successivo sindacato (specie se assistito da un effetto sospensivo) quantomeno mitigherebbe il complessivo grado di inadempimento (in sede procedimentale amministrativa) degli obblighi convenzionali”²¹².

Un controllo di piena giurisdizione implica, però, che il giudice sia dotato di peculiari poteri di cognizione, di istruzione e di decisione, nell’ambito di una procedura idonea ad assicurare una tutela effettiva delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere dall’interessato. Ciò vuol dire che, per quanto riguarda i poteri cognitori, il giudice deve poter condurre un’analisi, punto su punto, su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell’irrogazione della sanzione. La cognizione del giudice, pertanto, non può essere limitata ai soli profili di illegittimità della decisione impugnata, ma deve estendersi anche alle valutazioni e alle scelte di opportunità e di convenienza compiute dall’autorità amministrativa. Gli eventuali elementi relativi al ‘merito’ del provvedimento punitivo, quindi, non possono costituire ostacolo al pieno controllo del giudice²¹³.

Sotto il profilo dei poteri istruttori, il sindacato di piena giurisdizione comporta che il giudice debba poter impiegare tutti gli strumenti probatori previsti dalla legge, al fine di pervenire ad un riesame completo del processo decisionale amministrativo. In alcun modo, quindi, il giudice deve ritenersi vincolato agli accertamenti compiuti dall’autorità controllata, potendo invece conoscere direttamente dei fatti controversi, a prescindere dal ‘diaframma’ costituito dagli atti del procedimento amministrativo. Sicché, tali atti non possono mai acquisire valore di prova documentale, con efficacia privilegiata, sui presupposti di fatto della decisione disciplinare oggetto del sindacato, poiché, se così fosse, sarebbe fortemente limitato il potere del giudice di apprezzare liberamente, e di analizzare nei suoi aspetti più intimi, la fattispecie dedotta in giudizio, venendo meno quella pienezza di cognizione e di valutazione del fatto (e del diritto) che deve necessariamente connotare il sindacato di piena giurisdizione.

Quanto all’aspetto delle tecniche decisorie, la funzione di compensazione *ex post*, assolta dal sindacato di piena giurisdizione, non può prescindere dal riconoscimento al giudice, oltre che del potere di riesame completo della pretesa punitiva, anche, e soprattutto, del potere di sostituire la propria valutazione a quella, contestata, dell’autorità amministrativa. Ciò significa che, allorquando nella fase amministrativa si siano verificate gravi violazioni dei diritti di difesa dell’incolpato, violazioni alle quali il sindacato di piena giurisdizione non è in grado di porre rimedio, il giudice non potrà che disporre l’annullamento, senza rinvio, del provvedimento illegittimo, non

²¹² In questi termini, F. GOISIS, *op. ult. cit.*, p. 110.

²¹³ Il potere del giudice di ingerirsi nel merito dell’azione amministrativa, in quanto dotato di una competenza cognitoria piena, è compatibile anche con il principio processuale della domanda, “non essendo condizione necessaria della funzione curativa della fase giurisdizionale” che il giudice debba prescindere dalle specifiche doglianze sollevate dal ricorrente, in modo da valutare sempre e comunque “la controversia nella sua interezza” (così, F. GOISIS, *op. ult. cit.*, p. 112).

residuando alcuno spazio per l'esercizio di un potere pienamente sostitutivo. Allorché, invece, il sindacato riguardi unicamente le valutazioni e le scelte discrezionali compiute dall'autorità amministrativa, al giudice deve essere riconosciuto un potere di decisione pienamente sostitutivo, e non un mero potere di annullamento, con rinvio all'organo amministrativo per il riesame del merito del provvedimento disciplinare. Il meccanismo dell'annullamento con rinvio, infatti, vanificherebbe gli effetti compensativi derivanti dal controllo giurisdizionale pieno e completo sull'oggetto della controversia.

D'altro canto, di funzione compensativa assoluta dal sindacato di *full jurisdiction* non si potrebbe neanche discutere, ove l'autorità amministrativa potesse dare esecuzione al provvedimento amministrativo prima della conclusione della successiva fase di controllo. In tal caso, invero, ad essere compromessa sarebbe la stessa effettività della tutela giurisdizionale, risultando priva di reale consistenza la previsione di forme di sindacato pieno, completo e finanche di natura tendenzialmente sostitutiva. Da ciò, quindi, deriva che, intanto un effetto di compensazione *ex post* può operare, in quanto sia prevista l'immediata e automatica sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato; sospensione che deve protrarsi sino all'avvenuta definizione della successiva fase di controllo (o sino all'inutile decorso del termine entro il quale è possibile per l'interessato adire il giudice).

4.5. *La procedura su reclamo ex art. 35-bis o.p. e il tentativo (fallito) di introdurre un controllo di piena giurisdizione.*

Tenuto conto delle considerazioni appena svolte, è possibile ora valutare la capacità del sindacato sulla decisione disciplinare di assolvere, in quanto controllo di *full jurisdiction*, una funzione di compensazione *ex post* dei deficit di garanzia che connotano la fase amministrativa. L'esito di tale verifica, tuttavia, non può che essere negativo, alla luce anche degli argomenti addotti in precedenza (*supra*, §§ 3.1, 3.4-3.5), in cui si è messo in evidenza come il potere decisorio riconosciuto al giudice, il quale può soltanto annullare il provvedimento impugnato, non è in linea con un modello di giurisdizione piena, completa e di tipo tendenzialmente sostitutivo. Ancor più, del resto, l'effetto compensativo andrebbe escluso, ove si accogliesse la tesi, sostenuta da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale il provvedimento punitivo sarebbe immediatamente esecutivo, non essendo stata prevista dal legislatore l'immediata e automatica sospensione dell'esecuzione della decisione disciplinare, nell'attesa che si concluda la fase del controllo giurisdizionale. Senza dimenticare, infine, che secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'accesso diretto da parte del giudice ai fatti posti a fondamento del provvedimento oggetto di reclamo troverebbe un limite nell'efficacia probatoria privilegiata *ex art. 2700 c.c.* riconosciuta agli atti formati e versati in giudizio dall'autorità amministrativa.

L'unica, vera novità introdotta dalla legge n. 10 del 2014, dunque, riguarda i poteri di cognizione del Magistrato di sorveglianza, il quale può ora estendere il suo controllo anche ai profili di 'merito' del provvedimento sanzionatorio impugnato. Si tratta di una scelta che, al netto delle carenze prima evidenziate, non può che essere

apprezzata, poiché garantisce al detenuto la possibilità di attivare un controllo giurisdizionale pieno (ma non completo, né di tipo sostitutivo, né effettivo) sull'esercizio del potere punitivo. Il procedimento per reclamo, dunque, assicura ora un controllo giurisdizionale non soltanto sull'oggetto della contestazione, ma anche sulle scelte sanzionatorie, attraverso l'accesso diretto (ma non del tutto incondizionato) e la nuova valutazione di tutte le circostanze di fatto: non soltanto di quelle contemplate dalle norme quali condizioni legali dell'esercizio del potere disciplinare, ma altresì di tutte quelle che — pur se non attinenti alla fattispecie legale — sono essenziali ai fini dell'irrogazione della sanzione.

Pur tuttavia, anche nel limitato ambito della definizione dei poteri di cognizione del giudice, il legislatore non è riuscito a compiere una scelta netta, rivolta ad estendere il sindacato pieno a tutte le forme di estrinsecazione del potere punitivo di natura disciplinare. Lascia, infatti, assai perplessi la decisione di limitare il controllo di merito ai soli provvedimenti che irrogano una delle due sanzioni considerate più gravi. È questo, invero, un inaccettabile compromesso²¹⁴, al quale si è approdati al fine di conciliare due opposte tendenze: quella secondo la quale il reclamo dovrebbe essere sempre circoscritto ai soli profili di legittimità, soltanto in tal modo potendosi evitare un'eccessiva ingerenza del giudice nell'esercizio del potere punitivo di natura disciplinare; l'altra, per la quale la piena tutela dei diritti della persona *in vinculis* pretenderebbe che il reclamo in materia disciplinare riguardasse sempre anche i profili di merito.

La soluzione mediana alla quale si è pervenuti appare, tuttavia, irragionevole. E ciò, anche perché, sotto il profilo della concreta carica di afflittività, è tutta da dimostrare la maggiore gravità della sanzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (art. 39, comma 1, n. 4, o.p.), rispetto alla forzata privazione di ore di svago, di attività agonistiche, di intrattenimento e di relax, in cui si sostanzia la sanzione dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive (art. 39, comma 1, n. 3, o.p.). Sanzione, quest'ultima, in ordine alla quale la tutela giurisdizionale è limitata ai soli profili di legittimità.

Ma, ancor prima, non è dato comprendere quale sia la ragione per cui, rispetto alle tre sanzioni ritenute meno gravi, l'organo disciplinare debba continuare a mantenere margini di "valutazione riservata" dei fatti, ai fini della determinazione e della commisurazione della risposta punitiva; mentre, rispetto alle due sanzioni considerate più afflittive, non residuerebbero spazi di insindacabilità, il Magistrato di sorveglianza potendo estendere il controllo anche ai profili di merito del provvedimento punitivo, senza incontrare particolari limiti sotto l'aspetto processuale. Non sfugge, invero, come l'esigenza di compensare (in modo pieno e completo), nella sede giurisdizionale, le minori garanzie offerte dalla fase amministrativa permanga identica a prescindere dall'esito sanzionatorio del procedimento disciplinare. D'altronde, lo si è già detto, la Corte europea, allorquando adopera, ai fini del riconoscimento della natura sostanzialmente penale di una sanzione, il criterio della severità della risposta punitiva,

²¹⁴ Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 819; E. MARZADURI, *Una crescita della tutela dei diritti del detenuto accompagnata dall'inserzione di svariate novità nella disciplina delle ipotesi applicative e del procedimento delle misure alternative*, in *Leg. pen.* 2014, p. 363.

considera non il livello di afflittività della sanzione concretamente irrogata dall'autorità decidente, "bensì la gravità della sanzione che l'Autorità medesima avrebbe potuto potenzialmente comminare"²¹⁵.

In una prospettiva di riforma, dunque, ci si dovrebbe muovere verso la realizzazione di una *full jurisdiction* in relazione a qualsivoglia tipologia di sanzione disciplinare irrogata alla persona detenuta, dovendosi consentire al giudice un controllo sempre pieno, completo e di tipo tendenzialmente sostitutivo sull'esercizio del potere amministrativo di natura punitiva. Così facendo, infatti, i limiti che il sindacato di sola legittimità impone al giudice (ai suoi poteri di cognizione, di istruzione e di decisione) sarebbero destinati a soccombere definitivamente, e non soltanto a subire un più o meno significativo ridimensionamento.

5. 'Legittimità' e 'merito' nel sindacato giurisdizionale sulla decisione disciplinare: profili ricostruttivi e applicativi (verso un sindacato sempre pieno e completo sulle circostanze di fatto poste a fondamento dell'esercizio del potere punitivo).

Ad una conclusione capace, sia pure solo in parte, di garantire un controllo più incisivo su qualsivoglia modalità di esplicazione del potere punitivo di natura disciplinare, si potrebbe pervenire ridefinendo i confini del sindacato di legittimità alla luce dei principi costituzionali e convenzionali. Mantenendo fermo il profilo sostanziale della distinzione legittimità-merito, si tratterebbe di superare gli ingiustificati limiti posti ai poteri istruttori del giudice chiamato a rivedere il momento del processo decisionale amministrativo rivolto alla ricostruzione delle circostanze di fatto poste a fondamento del provvedimento sanzionatorio. In tal modo, il sindacato di legittimità sarebbe sempre pieno e completo con riferimento ai 'momenti intellettivi' dell'iter decisionale amministrativo e solo in parte limitato per ciò che riguarda il 'momento volitivo'.

A tal proposito, autorevole dottrina rileva che "la conoscenza dei fatti da parte del giudice è un elemento essenziale (*e ineliminabile*) di qualsiasi giudizio, soprattutto del giudizio di legittimità: non è possibile applicare la legge senza che il giudice accerti in modo autonomo se esistono i presupposti di fatto per l'applicazione di quella legge"²¹⁶. Il Magistrato di sorveglianza, pertanto, nell'ambito della sua potestà di piena conoscenza del fatto, deve avere anche la possibilità di procedere ad una istruttoria sovrapposta a quella condotta dall'autorità amministrativa, potendo prescindere del tutto dalle risultanze probatorie del procedimento disciplinare. Il giudice, in altri termini, "deve poter conoscere tutto quello che serve per poter decidere, tutti i fatti e gli elementi; se non ne dispone, se li deve potere procurare"²¹⁷. In effetti, se il fatto costituisce il punto

²¹⁵ Sull'argomento, v. P. PROVENZANO, *op. cit.*, p. 866.

²¹⁶ In questi termini, F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., p. 117.

²¹⁷ Così, SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013.

d'avvio di qualsivoglia vicenda giuridica, essendo ovvio che ogni qualificazione in base ad una norma concerne sempre un fatto, allora esso non può che assumere preminente rilievo, anche nella fase del controllo giurisdizionale sulla sola legittimità della decisione disciplinare, poiché riservare il fatto all'autorità amministrativa equivarrebbe ad "amputare la giurisdizione" di un suo contenuto essenziale. Si evidenzia, infatti, che un giusto equilibrio tra giurisdizione e amministrazione pretende che il fatto sia sempre conoscibile da parte del giudice: "la ricostruzione del fatto deve essere verificata, e non può rappresentare un postulato demandato all'amministrazione"²¹⁸. In gioco, d'altra parte, vi sono i 'valori' fondamentali che orientano il nostro ordinamento, dal momento che riservare il fatto all'autorità amministrativa, che è una delle parti del giudizio, comporterebbe la violazione di diversi principi costituzionali e convenzionali (artt. 111 e 113 Cost., nonché art. 6 CEDU)²¹⁹.

Insindacabilità nel 'merito', pertanto, non vorrebbe "affatto significare che al giudice sia precluso di verificare e di accertare, avvalendosi dei mezzi di prova appositamente previsti, la sussistenza o meno dei fatti nei termini che l'amministrazione ha assunto come presupposto per l'adozione dei provvedimenti impugnati". Infatti, a parte che nessuna norma pone limiti al giudice quanto all'accertamento dei fatti, "deve sempre tenersi presente che il suo sindacato in sede di giudizio di legittimità è necessariamente esteso al procedimento". Ne discende che "l'amministrazione deve rimanere soccombente sia tutte le volte in cui non riesca a dimostrare in giudizio la sussistenza dei fatti come accertati nel procedimento stesso ed assunti come presupposti ai fini dell'emanazione del provvedimento impugnato, sia quando, avvalendosi del sistema probatorio a sua disposizione, il giudice accerti che i fatti sono diversi da quelli affermati dall'amministrazione"²²⁰. Anche la giurisdizione di legittimità, pertanto, dovrebbe divenire una giurisdizione piena, "tendenzialmente aperta all'accertamento e all'autonoma valutazione del fatto"²²¹.

In questa prospettiva, inoltre, il sindacato di sola 'legittimità' non dovrebbe incontrare alcun (intollerabile) limite neanche rispetto al momento discrezionale dell'attività amministrativa di scelta del tipo e dell'entità della sanzione, qualora tale momento sia regolato da norme giuridiche. Anche in tal caso, infatti, il sindacato giurisdizionale non dovrebbe incontrare il limite segnato da ciò che emerge dal provvedimento punitivo e dalle risultanze dell'istruttoria condotta dall'Amministrazione, ma dovrebbe comportare un controllo assai penetrante della decisione disciplinare. Più nel dettaglio, si dovrebbe riconoscere al giudice sia il potere di verificare la correttezza delle valutazioni compiute e del processo logico posto in

²¹⁸ Sui rapporti tra giurisdizione e amministrazione, v. A. TRAVI, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁹ Cfr. G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, 2002; VAIANO D., *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, pp. 49-50.

²²⁰ Cfr. V. CAIANIELLO, *Relazione di sintesi*, in V. PARISIO (a cura di), *cit.*, pp. 248-249.

²²¹ Così, F. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 197. In senso analogo, E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1416.



6/2017

essere dall'autorità decidente, sia il potere di procedere ad una autonoma ricostruzione dei dati di fatto posti a fondamento della scelta di irrogare un determinato tipo e una determinata misura di sanzione (si pensi, ad esempio, ai dati fattuali presi in considerazione dall'organo disciplinare al fine di stabilire quali siano le "condizioni personali" del trasgressore, dati rilevanti – ai sensi dell'art. 38, comma 4, o.p. – in vista di una graduazione della risposta punitiva che tenga conto anche delle peculiari esigenze special-preventive che assumono rilievo nel caso concreto).

La soluzione interpretativa appena tratteggiata, sebbene comporti la definitiva espunzione della nozione processuale di 'merito' dal controllo giurisdizionale sui 'momenti intellettivi' del processo decisionale amministrativo (dovendosi riconoscere al giudice un potere di piena e completa cognizione di tutti i fatti posti a fondamento della decisione disciplinare, anche di quelli che hanno orientato la scelta del come e del quanto della punizione), non apporta invece, sotto il profilo sostanziale, alcuna significativa modifica al sindacato sulle valutazioni di mera opportunità amministrativa, vale a dire al controllo su quella parte del momento discrezionale del processo decisionale non regolata da norme giuridiche.

5.1. Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione disciplinare.

Una volta definita l'ampiezza dei poteri istruttori da riconoscere al Magistrato di sorveglianza, è ora possibile individuare l'oggetto del sindacato di legittimità sul provvedimento punitivo, sindacato che la legge penitenziaria circoscrive alla verifica sull'osservanza delle disposizioni normative concernenti le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta (art. 69, comma 6, lett. a, o.p.). Il legislatore, pertanto, non ha elencato, con precisione, singole disposizioni normative la cui inosservanza determina l'illegittimità del provvedimento punitivo, ma ha indicato, con formule generiche, classi di disposizioni la cui violazione, incidendo anche sulla regolarità del procedimento disciplinare e sulle garanzie difensive, giustifica il controllo in sede giurisdizionale. In tal modo, si evita il rischio di lasciare senza tutela gravi violazioni della legge o del regolamento di esecuzione, sol perché il legislatore non le ha inserite, in modo espresso, tra quelle che consentono di proporre il reclamo²²².

Sotto il profilo appena considerato, l'assetto normativo è rimasto pressoché immutato anche a seguito dell'ultima modifica legislativa (d.l. n. 146 del 2013, convertito nella l. n. 10 del 2014), a conferma del fatto che neanche la nuova procedura su reclamo è idonea a garantire un controllo di piena giurisdizione, vale a dire un sindacato capace di correggere *ex post* tutti i vizi procedurali verificatisi nella fase amministrativa. Ciò vuol dire che, nel settore disciplinare in esame, non può trovare ingresso l'orientamento giurisprudenziale²²³ che propone una "radicale e generale svalutazione dei vizi

²²² Cfr. G.M. NAPOLI, *Il Regime penitenziario*, cit., p. 429.

²²³ V. Cass. civ., sez. un., sent. 28 gennaio 2010, n. 1786.

procedimentali (anche ove direttamente incidenti sul contraddittorio e sulla sostanza del diritto di difesa) in ragione di una pretesa disponibilità di un rimedio di *full jurisdiction*“ sanante²²⁴. Per la verità, anche a ritenere che la procedura per reclamo sia idonea ad assicurare un sindacato di piena giurisdizione, tale orientamento giurisprudenziale non può essere condiviso, poiché, se il legislatore ha investito l’amministrazione e non la giurisdizione del potere di irrogare le sanzioni, allora “questa scelta presuppone che il ‘problema’ sia davvero affrontato dall’amministrazione, tramite i passaggi procedimentali che la stessa legge disciplina”. Se così non fosse, non avrebbe senso attribuire all’amministrazione, piuttosto che al giudice, il potere di irrogare sanzioni, l’autorità amministrativa potendo sempre “nella sostanza ‘scaricare’ l’esame della vicenda sanzionatoria sull’autorità giudiziaria, in palese contraddizione con la scelta politico-istituzionale di attribuire quel problema ad un diverso apparato dello Stato (l’amministrazione, appunto)”²²⁵.

Altra parte della giurisprudenza di legittimità²²⁶, pur non pervenendo ad una “radicale e generale svalutazione dei vizi procedimentali”, propone comunque una “lettura sostanzialistica” del diritto al contraddittorio e delle garanzie difensive. Si ritiene, infatti, che la violazione di tali diritti e garanzie determini “l’annullamento dell’atto adottato al termine del procedimento amministrativo soltanto se, in mancanza di tale *violazione*, detto procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso” (sicché, spetterebbe a chi propone impugnazione l’onere di specificare quale concreto *vulnus* la lesione del contraddittorio avrebbe arrecato alla possibilità di far valere le proprie ragioni nella fase amministrativa). Non è chiaro, tuttavia, se in siffatta prospettiva il provvedimento punitivo viziato per motivi procedimentali sia comunque illegittimo, ma non annullabile dal giudice in forza di una particolare forma di sanatoria, di tipo processuale, basata sulla carenza di interesse a ricorrere²²⁷, oppure se si configuri una “situazione sostanziale” di non annullabilità presente in un momento precedente e non condizionata dalla successiva vicenda processuale²²⁸, ovvero se la violazione delle norme procedimentali determini soltanto la mera irregolarità del provvedimento punitivo e non la sua illegittimità.

Comunque sia, tale lettura delle regole procedimentali non può essere condivisa, poiché le garanzie difensive riconosciute dal legislatore hanno valore in se stesse, indipendentemente dall’influenza che possono avere avuto sull’esito della fase amministrativa. È pur vero che – come si vedrà in seguito – l’assenza di tali irrinunciabili garanzie (in particolare, di quelle che mirano ad assicurare quel ‘simulacro’ di contraddittorio che connota la procedura disciplinare) non determinano un vizio di

²²⁴ Sul tema, v. l’approfondita analisi di F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 80 ss. (il passo citato nel testo è tratto da p. 82).

²²⁵ In questo senso, CERBO P., *Giudice ordinario e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in MANGANARO-ROMANO TASSONE-SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, pp. 103-105.

²²⁶ Cfr., tra le altre, Cass. civ., sent. n. 19219 del 2016, cit.

²²⁷ V. Cons. St., sent. 17 ottobre 2006, n. 6194, con riferimento alla natura del meccanismo di cui all’art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

²²⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 19 marzo 2007, n. 1307.

legittimità del provvedimento punitivo, qualora sia stato raggiunto lo scopo che la regola procedimentale mirava a perseguire. Secondo il “principio di strumentalità delle forme”, infatti, i comportamenti procedimentali sono “previsti e imposti in relazione a scopi di rilievo sostanziale, per cui l’effetto viziante si ha soltanto nel caso in cui tale scopo non venga raggiunto”²²⁹. Tuttavia, una cosa è la valutazione relativa al raggiungimento dello scopo che la regola violata mirava ad assicurare, altra cosa è la lettura del tutto “sostanzialistica” delle garanzie procedimentali. Ragion per cui, ove si accerti che lo scopo non è stato raggiunto, l’inosservanza delle regole relative al diritto al contraddittorio e alle garanzie difensive determina sempre un vizio di legittimità e l’annullabilità della decisione disciplinare, non assumendo alcun rilievo la circostanza che, in mancanza di tale violazione, il procedimento disciplinare non avrebbe potuto comportare un risultato diverso.

Prima di procedere all’analisi dei diversi motivi di reclamo, è opportuna una preliminare notazione. In linea teorica, l’accertamento della sussistenza di un vizio procedimentale, derivante dalla violazione di una disposizione concernente la costituzione o la competenza dell’organo disciplinare, ovvero la contestazione degli addebiti o la facoltà di discolpa, dovrebbe assorbire le censure di carattere sostanziale, relative alla fondatezza della pretesa punitiva, cioè relative alle condizioni di esercizio del potere disciplinare. Cionondimeno, deve riconoscersi al detenuto la possibilità di graduare l’ordine d’esame dei motivi di reclamo, privilegiando i motivi sostanziali rispetto ai vizi procedimentali. Soltanto l’accoglimento del reclamo in ragione dell’assoluta infondatezza della pretesa punitiva, infatti, è in grado di soddisfare pienamente le ragioni fatte valere dall’interessato, anche, e soprattutto, nell’ottica di neutralizzare quegli effetti che, sebbene indiretti e solo eventuali, possono derivare dall’accertamento di una condotta irregolare (v., ad esempio, l’art. 30-ter, ult. comma, nonché gli artt. 54 o.p. e 103, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000).

5.1.1. (segue): La violazione delle disposizioni concernenti la costituzione dell’organo disciplinare.

I concetti di irregolare costituzione e di incompetenza dell’organo disciplinare, quali vizi di legittimità del provvedimento punitivo, si caratterizzano in ragione della particolare natura delle norme di legge violate, le quali, da un lato, sono volte a preconstituire gli organi amministrativi ai quali è conferito il potere punitivo, fissando in anticipo (prima che il fatto illecito sia commesso) i criteri generali della loro regolare istituzione; dall’altro, mirano a determinare l’assegnazione ai diversi organi dell’attribuzione di compiere determinati atti. Si tratta, dunque, di disposizioni che garantiscono all’accusato il diritto di conoscere preventivamente l’autorità amministrativa che dovrebbe giudicarlo, qualora commettesse un’infrazione

²²⁹ Sul principio di “strumentalità delle forme”, v. R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 962.

disciplinare, avendo questi comunque la certezza che a giudicarlo dovrà essere non un organo appositamente costituito dopo la commissione del fatto illecito, bensì sempre e soltanto il direttore dell'istituto o il Consiglio di disciplina (art. 40 o.p.).

Più nel dettaglio, la regolare costituzione dell'organo disciplinare dipende dal rispetto delle norme contenute sia nella legge sull'Ordinamento penitenziario, sia nelle altre disposizioni che regolano i diversi profili professionali degli operatori penitenziari²³⁰. Cosicché, mentre le sanzioni del richiamo e dell'ammonizione devono essere deliberate soltanto dal dirigente penitenziario al quale siano state assegnate le funzioni di direttore di un determinato istituto penitenziario, anche se in sostituzione del titolare dell'ufficio (si pensi, ad esempio, al caso della reggenza), o le funzioni di direttore aggiunto; invece, le sanzioni più gravi devono essere irrogate dal Consiglio di disciplina. Quest'ultimo organo deve essere composto esclusivamente da quegli operatori penitenziari che rivestono la qualifica di dirigente penitenziario (con funzioni di direttore dell'istituto o di direttore aggiunto), di educatore (ora, funzionario della professionalità giuridico-pedagogica) e di sanitario²³¹.

Dal momento che il Consiglio di disciplina è riconducibile alla categoria dei collegi perfetti (o reali) – essendo necessaria, ai fini della validità della seduta e della legittimità delle attività che si compiono (cosiddetto *quorum* strutturale), la presenza e la partecipazione di tutti i componenti previsti dalla legge –, deve affermarsi che il provvedimento disciplinare è affetto da vizio di legittimità, derivante per l'appunto dalla non corretta costituzione dell'organo collegiale, allorquando la sanzione sia stata deliberata nonostante l'assenza dell'educatore o del sanitario, ovvero nonostante l'irregolare sostituzione del direttore, che sia legittimamente impedito, o degli altri componenti del collegio²³². L'organo disciplinare, infatti, “deve ritenersi validamente costituito quando ne facciano parte le figure professionali previste dalla legge, che non possono essere sostituite discrezionalmente da altre figure”²³³.

²³⁰ Sull'argomento, v. G.M. NAPOLI, *Il Regime penitenziario*, cit., pp. 360-361.

²³¹ In ordine alla composizione dell'organo collegiale, da un lato, la dottrina ritiene che bisognerebbe assolutamente evitare che dell'organo disciplinare facessero parte “operatori carcerari che partecipano attivamente al trattamento rieducativo” (cfr. M. RUARO, *I diritti dei detenuti e le misure alternative alla detenzione*, in COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, p. 103), dall'altro lato, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura rileva come sia inopportuna la partecipazione del medico al processo decisionale che conduce all'irrogazione di una sanzione disciplinare, poiché, in tal modo, si rischia di pregiudicare la possibilità di instaurare quel positivo rapporto tra medico e paziente che è fattore indispensabile nella tutela della salute e del benessere dei detenuti (v. il rapporto annuale del CPT pubblicato il 10 novembre 2011).

²³² Nel caso di legittimo impedimento, il direttore può essere sostituito dall'impiegato più elevato in grado, dovendosi, tuttavia, circoscrivere la portata della disposizione di legge nel senso che il dirigente penitenziario, il quale svolga le funzioni di direttore dell'istituto o di direttore aggiunto, può essere sostituito solo dal dirigente penitenziario al quale siano state attribuite le funzioni di vicedirettore (art. 40, comma 2, o.p.).

²³³ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 29 ottobre-10 dicembre 2004, n. 47875, in *Giust. pen.*, 2006, III, c. 145.

5.1.2. (segue): La violazione delle disposizioni concernenti la competenza dell'organo disciplinare.

La legge non si limita a definire i criteri generali di istituzione degli organi disciplinari, ma attribuisce a ciascuno di essi lo specifico compito di adottare determinati provvedimenti punitivi. È previsto, infatti, che il direttore sia competente a deliberare le sanzioni del richiamo e dell'ammonizione, mentre il Consiglio di disciplina sia competente a deliberare le sanzioni dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive, dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione dalle attività in comune (art. 40, commi 1 e 2, o.p.). Il riparto di competenza tra i due organi, quindi, dipende non dal tipo di illecito contestato al ristretto, bensì dalla gravità della sanzione che dovrebbe essere irrogata, qualora il fatto fosse accertato.

Si discute se tra i criteri di riparto della competenza operi, oltre a quello basato sulla severità della risposta sanzionatoria, anche un criterio territoriale. Tuttavia, se si considera che il potere punitivo è conferito ad una pluralità di organi che hanno un'identica competenza per materia (ogni istituto penitenziario, infatti, è dotato degli organi disciplinari previsti dalla legge), non sembra possa escludersi, *a priori*, che sia operante anche un criterio territoriale di ripartizione della competenza, connesso non al luogo in cui l'illecito è stato commesso, bensì al luogo in cui si trova l'accusato al momento del compimento dell'attività procedimentale. A tale criterio, ad esempio, dovrebbe farsi ricorso quando il detenuto, immediatamente dopo la commissione di un fatto illecito, sia trasferito ad altro istituto penitenziario. In questa situazione, infatti, l'inviolabilità del diritto di discolpa, nonché la necessità di garantire la consapevole partecipazione dell'accusato a tutte le attività del procedimento (art. 38, comma 2, o.p.), determina lo spostamento della competenza dagli organi disciplinari costituiti nell'istituto in cui il fatto è stato commesso a quelli operanti nel carcere in cui il ristretto si trova²³⁴. Ovvio, del resto, che lo slittamento della competenza presupponga l'adempimento del dovere di trasmissione di tutti quegli atti dai quali emerga la necessità di proseguire o di dare impulso al procedimento disciplinare. Cosicché, qualora il direttore dell'istituto in cui l'accusato si trova non riuscisse ad ottenere – pur

²³⁴ Secondo una parte della giurisprudenza di merito, la competenza territoriale si radica sempre nell'organo disciplinare costituito nell'istituto penitenziario nel quale l'illecito è stato commesso, non essendo ammissibile deroga alcuna attraverso il conferimento – mediante delega – dell'esercizio del potere punitivo ad un diverso organo disciplinare. Sicché, nel caso di trasferimento dell'incolpato ad altro carcere, prima della conclusione del procedimento disciplinare, alcuna autorità amministrativa avrebbe la competenza a giudicare sull'accusa, poiché anche l'organo disciplinare operante nell'istituto in cui il fatto è stato commesso non potrebbe procedere nonostante l'assenza dell'incolpato, se non ledendo il suo diritto al contraddittorio e le fondamentali garanzie difensive riconosciute dal legislatore. (cfr. Mag. sorv. Nuoro, 27 febbraio 2007, in FIORENTIN-MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza, La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, pp. 14-16). Per la verità, nel caso in esame, si è in presenza non di un'ipotesi di delega del potere disciplinare, certamente vietata dalla legge, bensì di una ripartizione della competenza territoriale, che discende da una corretta interpretazione del sistema normativo. Tale criterio di riparto, d'altronde, impedisce che si determini una inammissibile conseguenza pratica, qual è quella di assicurare un'impunità di fatto a tutti quei detenuti che abbiano commesso una grave infrazione disciplinare poche ore prima del già programmato trasferimento ad altro istituto penitenziario.

avendoli richiesti – gli esiti degli accertamenti istruttori già compiuti, o comunque non fosse in grado di acquisire direttamente i necessari elementi di valutazione, l'irrimediabile carenza della piattaforma probatoria non potrebbe che condurre all'archiviazione del procedimento disciplinare.

Una volta osservate le disposizioni normative relative alla regolare costituzione e alla competenza dell'organo disciplinare, il direttore o il Consiglio di disciplina possiedono tutti i requisiti di capacità generale, necessari al fine di esercitare legittimamente il potere-dovere punitivo. Ciononostante, non è da escludere che, in relazione ad un determinato procedimento, l'organo disciplinare non abbia i requisiti di capacità cosiddetti in concreto, poiché taluno dei membri del Consiglio di disciplina (o il direttore) non si trova in una condizione di terzietà rispetto all'oggetto del giudizio, a causa, ad esempio, dell'esistenza di un rapporto di inimicizia grave tra accusato e decidente. Qualora si verifichi tale situazione, l'accusato può ricusare il componente dell'organo collegiale e, ove si ravvisino specifiche ragioni di inimicizia grave con riguardo a rapporti personali estranei al procedimento, si deve procedere alla sostituzione del membro del Consiglio di disciplina incompatibile. Si osserva, infatti, che la situazione di incompatibilità, che impedisce la partecipazione all'organo collegiale nello svolgimento di una determinata funzione, prevale sulle condizioni di capacità generale, vale a dire "sul titolo e sullo stesso dovere di partecipazione e di assolvimento delle funzioni, che ne rimangono impediti"²³⁵.

In conclusione, il concetto di incompetenza, quale vizio di legittimità del provvedimento disciplinare, comprende non soltanto i casi di incompetenza per materia, allorché il direttore abbia irrogato una delle tre sanzioni più gravi (e non anche quando l'organo collegiale abbia irrogato una delle due sanzioni meno afflittive), ma anche i casi di incompetenza per territorio²³⁶. Inoltre, costituisce vizio di legittimità del provvedimento punitivo, la mancata sostituzione di un componente dell'organo disciplinare che, con riferimento ad uno specifico procedimento, si trovi in una evidente situazione di incompatibilità, purché l'accusato abbia tempestivamente proceduto ad avanzare istanza di ricusazione²³⁷.

²³⁵ Così, VERBARI, *Organi collegiali (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, p. 79.

²³⁶ D'altra parte, la mancata osservanza del criterio territoriale di riparto della competenza determina anche una grave violazione delle disposizioni riguardanti il diritto di discolpa, qualora l'accusato sia stato giudicato, in sua assenza, dall'organo disciplinare costituito nell'istituto penitenziario in cui l'infrazione è stata commessa e non da quello operante nel diverso carcere in cui il detenuto si trova, per esservi stato trasferito subito dopo la commissione del fatto illecito.

²³⁷ Secondo la giurisprudenza di legittimità, non si prospetta una situazione di incompatibilità, nell'ipotesi in cui il detenuto abbia, in precedenza, denunciato uno dei componenti del Consiglio di disciplina, qualora non si adducano elementi dai quali emergano "specifiche ragioni di inimicizia con riguardo a rapporti personali" estranei al procedimento. Si ritiene, infatti, che "la denuncia presentata contro uno dei componenti del Consiglio di disciplina, oltretutto per motivi non personali, ma attinenti soltanto alla qualità delle cure mediche ricevute in carcere, non costituisca un vizio della composizione dell'organo disciplinare così da determinare la illegittimità del provvedimento disciplinare adottato all'esito del procedimento" (cfr. Cass. pen., sent. n. 47875 del 2004, cit.).

5.1.3. (segue): La violazione delle disposizioni concernenti la contestazione degli addebiti.

Il Magistrato di sorveglianza deve poi accertare che la decisione disciplinare sia stata adottata dall'autorità decidente all'esito di un procedimento che si sia svolto nel rispetto delle disposizioni normative relative alla contestazione degli addebiti. Il sindacato giurisdizionale, dunque, riguarda l'osservanza di un gruppo di disposizioni la cui violazione, comportando una grave lesione dei diritti di difesa dell'accusato, dà luogo a vizi della procedura che determinano sempre l'illegittimità del provvedimento punitivo, non essendo ammessa, in un'ottica sanante, alcuna verifica dell'avvenuto raggiungimento dello scopo cui la regola procedimentale violata era preordinata.

Innanzitutto, il provvedimento disciplinare è affetto da un vizio di legittimità, nel caso in cui il direttore, dopo avere ricevuto il rapporto disciplinare, abbia ommesso di contestare l'addebito all'incolpato (art. 38, comma 2, o.p. e art. 81, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000). Non può condividersi, infatti, la "lettura sostanzialistica", data alla garanzia difensiva in questione dal prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui "l'omissione della previa contestazione dell'addebito al detenuto nelle forme previste dalla normativa regolamentare spiega effetti sulla validità del provvedimento adottato solo quando sia stata pregiudicata la conoscenza del fatto addebitato o l'esplicazione dei diritti difensivi, e resta assorbita dalle comunicazioni eventualmente date a proposito *in limine* dell'udienza disciplinare dal Consiglio di disciplina"²³⁸. Nel caso di mancata contestazione dell'addebito all'accusato, infatti, non è applicabile il meccanismo sanante del raggiungimento dello scopo, poiché è del tutto impossibile ottenere la prova certa della circostanza che la regola procedimentale violata ha comunque raggiunto l'obiettivo cui era preordinata, al pari, ad esempio, dell'ipotesi in cui sia invalida la convocazione avanti all'organo disciplinare e l'accusato sia ugualmente comparso.

Il provvedimento disciplinare, inoltre, deve ritenersi illegittimo, laddove la contestazione dell'addebito sia stata effettuata da persona diversa dal direttore dell'istituto (art. 81, comma 2, d.P.R. cit.). Di differente – non condivisibile²³⁹ – avviso è, invece, la giurisprudenza di merito e di legittimità, che considera valida la contestazione dell'addebito effettuata dal comandante del reparto²⁴⁰ o da altro operatore penitenziario²⁴¹, su delega del direttore, non ravvisando, in questa prassi, alcuna lesione del diritto o degli interessi del ristretto, ovvero ragioni di incompatibilità o di inopportunità. Si afferma, infatti, che "è principio generale la delegabilità di funzioni in seno alle amministrazioni dall'organo superiore a quello sotto ordinato, salvo che vi sia

²³⁸ In questi termini, tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. 26 giugno-10 luglio 2008, n. 28583, in *Riv. pen.*, 2009, p. 742; Cass. pen., sez. I, sent. 11 luglio-17 settembre 2008, n. 35562, *ivi*, p. 1015; Cass. pen., sez. I, sent. 21 novembre 2001, n. 41700, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1639.

²³⁹ Cfr. G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., pp. 371-372.

²⁴⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 5 febbraio-28 febbraio 2008, n. 8986, in *Cass. pen.*, 2009, p. 345. Tuttavia, v. Cass. pen., sez. I, sent. 14 novembre 2007, in *Ced. Cass.* n. 238424, che richiede, per la legittimità della contestazione dell'addebito effettuata dal comandante del reparto di polizia penitenziaria, su delega del direttore dell'Istituto, la garanzia ulteriore della presenza di un altro funzionario.

²⁴¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 25 gennaio-10 maggio 2005, n. 17643, in *Riv. pen.*, 2006, p. 580.

uno specifico divieto normativo, ovvero vi siano ragioni sostanziali che sconsiglino la delega”²⁴².

Ed ancora, costituiscono vizi di legittimità del provvedimento disciplinare sia le ipotesi in cui la contestazione sia stata formulata in maniera così generica da non consentire la chiara e precisa individuazione del fatto addebitato²⁴³, sia i casi di mancata concessione di un ragionevole lasso di tempo (qualche giorno) che separi il momento della contestazione da quello dell’udienza davanti all’organo disciplinare, in modo da consentire all’incolpato di predisporre un’adeguata strategia difensiva. Tale termine dilatorio, infatti, è implicitamente riconosciuto dall’art. 38, comma 2, o.p., giacché l’attribuzione all’accusato del diritto di esporre le proprie discolpe presuppone necessariamente il riconoscimento del diritto di essere messo nelle condizioni di predisporre una strategia difensiva. Non sfugge, del resto, come anche le *Regole penitenziarie europee* (reg. 59), cit., stabiliscano che i detenuti accusati di una infrazione disciplinare debbano avere tempo e mezzi adeguati per la preparazione della loro difesa²⁴⁴. Per tale ragione, non appare fondato il diverso orientamento giurisprudenziale che riconosce ai termini introdotti dall’art. 81 d.P.R. cit. una esclusiva funzione acceleratoria e non dilatoria, sicché, non valendo la preventiva contestazione ad assicurare alcun termine per predisporre la difesa, la convocazione dinanzi all’organo disciplinare potrebbe avvenire in qualsiasi momento²⁴⁵.

Determina, infine, l’illegittimità del provvedimento punitivo l’inosservanza delle disposizioni regolamentari che disciplinano le ipotesi in cui, nel corso del procedimento disciplinare, emerga che il fatto è diverso da quello contestato, perché taluni dei suoi elementi (quali, ad esempio, il tempo o il luogo della condotta, ovvero il nesso causale o l’elemento psicologico) sono difformi da quelli delineati nel verbale *ex art. 81, comma 2, d.P.R. cit.* Più nel dettaglio, sebbene l’art. 81, comma 6, d.P.R. cit. regoli un mero meccanismo di rimessione del procedimento al Consiglio di disciplina, qualora il fatto diverso rilevato dal direttore comporti l’irrogazione di una sanzione di competenza dell’organo collegiale, deve ritenersi che configuri vizio della procedura non soltanto il mancato slittamento della competenza nel caso previsto dal regolamento di esecuzione, ma anche la rimessione avvenuta senza che il direttore abbia provveduto alla contestazione del fatto diverso *ex art. 81, comma 4, d.P.R. cit.*, ovvero senza che sia stato concesso un ragionevole lasso di tempo tra il momento della contestazione e la nuova

²⁴² Così, Mag. sorv. Sassari, 19 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 491.

²⁴³ V. Cass. pen., sez. I, sent. 12 novembre-21 dicembre 2009, n. 48828, in *Riv. pen.*, 2011, p. 94

²⁴⁴ In questa direzione, si muove parte della più recente giurisprudenza di legittimità. Infatti, secondo Cass. pen., sez. I, sent. 24 marzo 2017, n. 14670, l’art. 81 del d.P.R. n. 230 del 2000 e l’art. 59 delle *Reg. pen. eur.*, cit., (regole che, ancorché non vincolanti, richiamano principi ai quali si deve ispirare l’interpretazione delle norme interne) “evidenziano l’esigenza di uno iato temporale, non superiore a dieci giorni, tra contestazione dell’addebito disciplinare ed udienza davanti al Consiglio di disciplina, al fine di consentire all’accusato la preparazione della sua difesa”.

²⁴⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 3 luglio-17 luglio 2008, n. 29940, in *Riv. pen.*, 2009, p. 742.

udienza davanti all'organo collegiale, al fine di consentire all'accusato di predisporre un'adeguata strategia difensiva e di discolparsi con riferimento al fatto diverso²⁴⁶.

Non è regolata, invece, l'ipotesi in cui il Consiglio di disciplina, una volta accertato che il fatto è diverso e meno grave di quello contestato, ritenga opportuna l'irrogazione di una delle più lievi sanzioni di competenza del direttore. L'organo collegiale, infatti, avendo la competenza ad irrogare le sanzioni più gravi, può deliberare anche quelle meno gravi, senza che ciò determini la violazione delle disposizioni concernenti la competenza. Tuttavia, anche in tal caso, deve ritenersi che il Consiglio di disciplina debba contestare il fatto diverso e rinviare l'udienza, in modo che l'accusato abbia un ragionevole lasso di tempo per predisporre le proprie difese.

5.1.4. (segue): La violazione delle disposizioni concernenti la facoltà di discolpa.

La validità del provvedimento punitivo deve essere vagliata anche in relazione al rispetto delle disposizioni procedurali concernenti la facoltà (*rectius*, il diritto) di discolpa. Sono, infatti, vizi di legittimità, che devono sempre condurre all'annullamento della decisione disciplinare, sia il mancato rinvio dell'udienza avanti all'autorità decidente, nel caso in cui il ristretto, correttamente convocato, abbia addotto un legittimo impedimento a comparire, sia l'impossibilità, per l'accusato comparso in udienza, di esporre personalmente le proprie discolpe (art. 81, comma 5, d.P.R. cit.).

Negli altri casi, invece, l'annullamento del provvedimento punitivo deve essere disposto soltanto all'esito della verifica in ordine al non avvenuto raggiungimento dello scopo che la regola procedimentale violata mirava ad assicurare. Cosicché la decisione disciplinare è illegittima, nell'ipotesi di omessa informazione in ordine al diritto di esporre le proprie discolpe, purché, in concreto, l'accusato non abbia esercitato tale diritto, ovvero nel caso di omessa o di irregolare convocazione dell'accusato davanti all'organo disciplinare, a condizione che il detenuto non sia comparso in udienza (art. 81, comma 2, d.P.R. cit.).

Quest'ultima situazione, tuttavia, merita di essere approfondita, poiché il d.P.R. cit. regola in modo diverso le due ipotesi di convocazione dell'accusato avanti al

²⁴⁶ In ordine al meccanismo procedimentale della rimessione, è opportuna una precisazione. Un fatto può considerarsi diverso da quello contestato, soltanto quando vi sia una modifica radicale della struttura della contestazione, vale a dire quando la condotta realizzata, a causa della sostituzione di un elemento del fatto tipico o dell'elemento psicologico, risulti completamente diversa da quella contestata e tale da essere incompatibile con le difese apprestate dall'accusato per discolparsi. Non può parlarsi, invece, di "immutazione del fatto", allorché il fatto tipico rimanga identico a quello contestato nei suoi elementi essenziali, cambiando solo, in taluni dettagli, le modalità di realizzazione della condotta. In quest'ultimo caso, quindi, non realizzandosi uno dei presupposti di operatività del meccanismo regolato dall'art. 81, comma 6, d.P.R. cit., il direttore non può disporre che il procedimento sia rimesso all'organo collegiale. Ammettere il contrario, infatti, significherebbe riconoscere al direttore un non previsto potere di revoca della precedente decisione di convocare l'accusato avanti a sé (art. 81, comma 4, d.P.R., cit.). Tale decisione, infatti, deve considerarsi irretrattabile, a meno che non si verifichi la situazione descritta dal comma 6 dell'art. 81, giacché soltanto la modifica radicale della struttura della contestazione legittima l'esercizio del potere di rimettere il procedimento disciplinare al Consiglio di disciplina.

direttore o avanti al Consiglio di disciplina. Nel primo caso, infatti, la convocazione può essere effettuata senza che sia necessario ricorrere a particolari formalità e in qualsiasi momento, essendo legittima anche una convocazione “*ad horas*”²⁴⁷, purché si rispetti il termine massimo di dieci giorni, decorrente dalla contestazione degli addebiti (art. 81, comma 4, prima parte, d.P.R. cit.), e si garantisca all’ accusato un ragionevole lasso di tempo tra la contestazione e l’udienza, in modo da consentirgli di apprestare un’ adeguata strategia difensiva²⁴⁸.

Nel secondo caso, invece, ancorché la giurisprudenza di legittimità sia di diverso avviso²⁴⁹, deve ritenersi che la convocazione non possa avvenire senza formalità e in qualsiasi momento (anche “*ad horas*”), giacché della convocazione davanti all’ organo collegiale deve darsi notizia all’ interessato qualche giorno prima della data dell’udienza, dovendosi riconoscere all’ accusato il diritto di predisporre un’ adeguata strategia difensiva, in vista di un giudizio che potrebbe concludersi con l’ irrogazione di una sanzione particolarmente afflittiva. Il dato normativo, del resto, conferma tale assunto, essendo previsto che il direttore fissi il giorno e l’ora della convocazione dell’ accusato davanti al Consiglio di disciplina e che l’atto di convocazione, da lui sottoscritto, sia sollecitamente comunicato all’ interessato (art. 81, comma 4, d.P.R. cit.).

Di conseguenza, un problema di violazione delle disposizioni regolamentari concernenti la convocazione dell’ accusato avanti all’ organo disciplinare (e, quindi, concernenti il diritto di discolpa) si pone unicamente nell’ ambito dei procedimenti disciplinari che si concludono con la decisione adottata dal Consiglio di disciplina. In ogni caso, l’ eventuale vizio di legittimità dell’ atto di convocazione deve considerarsi sanato dalla comparizione dell’ accusato all’udienza, avendosi, in tal caso, la prova certa della circostanza che l’atto procedimentale, omesso o irregolare, ha raggiunto lo scopo cui era preordinato²⁵⁰.

Sotto altro aspetto, deve rilevarsi che la fase del giudizio davanti all’ autorità decidente deve essere instaurata entro il termine massimo di dieci giorni, decorrente

²⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sent. n. 41700 del 2001, cit.

²⁴⁸ *Contra*, tuttavia, Cass. pen., sez. I, sent. 3 luglio-17 luglio 2008, n. 29940, in *Riv. pen.*, 2009, p. 74; Cass. pen., sez. I, sent., 19 febbraio-13 marzo 2008, n. 11267, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1384.

²⁴⁹ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sent. n. 28583 del 2008, cit.; Cass. pen., sent. n. 35562 del 2008, cit.; Cass. pen., sent. n. 41700 del 2001, cit.

²⁵⁰ Tuttavia, allorché l’ accusato dichiara che la comparizione è determinata dal solo intento di far rilevare i vizi di legittimità dell’ atto di convocazione, l’ organo disciplinare deve riconoscergli “un termine per la difesa”, rinviando il giudizio ad altra udienza, la quale può tenersi anche oltre il decimo giorno successivo alla data della contestazione dell’ addebito, dal momento che il regolamento di esecuzione richiede che il giudizio abbia inizio, e non anche che si concluda, entro il termine previsto dall’ art. 81, comma 4, d.P.R. cit. Assunto, questo, che, sebbene trovi conforto nel dato testuale, non sembra convincere parte della giurisprudenza di legittimità, per la quale, entro il termine di dieci giorni, decorrente dalla data di contestazione degli addebiti, si deve non soltanto procedere alla convocazione dell’ accusato davanti all’ organo disciplinare, ma anche adottare il provvedimento di irrogazione della sanzione (cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 19 maggio-23 giugno 2010, n. 24180, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2363; Cass. pen., sez. I, sent., 21 settembre-3 ottobre 2007, n. 36246, in *Riv. pen.*, 2008, p. 825; a tal proposito, in dottrina, v. N.O. MASCHERPA, *L’ applicazione delle sanzioni disciplinari in carcere: il rispetto dei termini del procedimento tra esigenze istruttorie e onere di motivazione*, in *Giur. pen. (web)*, 2017, 4, p. 5).



6/2017

dalla data di contestazione dell'addebito all'accusato. Se poi si considera che tale contestazione deve avvenire non oltre dieci giorni dal rapporto disciplinare (art. 81, comma 2, d.P.R. cit.), risulta confermato che il procedimento disciplinare deve svolgersi e concludersi in tempi assai rapidi, giacché la fase del giudizio deve essere avviata non oltre il ventesimo giorno successivo al rapporto. Tuttavia, dalla natura non perentoria dei termini del procedimento, dovrebbe farsi discendere che il mancato rispetto della scansione temporale rilevi unicamente come indizio di un uso non corretto del potere disciplinare. Ove, però, si evidenzi che "la sollecita definizione del procedimento" garantisce sia l'interesse dell'Amministrazione penitenziaria al rapido ripristino dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario, sia il diritto del ristretto "di potersi difendere nell'immediatezza del fatto contestatogli", appare maggiormente in linea con il sistema normativo l'orientamento giurisprudenziale che considera sempre illegittimo il provvedimento di irrogazione di una sanzione disciplinare adottato senza l'osservanza delle modalità e dei termini previsti dalla legge e dal regolamento di esecuzione, "a nulla rilevando la non perentorietà dei predetti termini"²⁵¹.

In definitiva, le disposizioni che regolano i termini procedurali (art. 81, commi 1 e 4, d.P.R. cit.) devono ricondursi nell'ambito della categoria delle disposizioni concernenti il diritto di discolpa, dal momento che "la sollecita definizione del procedimento disciplinare" è rivolta anche, e soprattutto, a garantire il diritto dell'accusato "di potersi difendere nell'immediatezza del fatto contestatogli".

5.1.5. (segue): La violazione delle disposizioni concernenti le condizioni di esercizio del potere disciplinare.

Nell'ambito del sindacato di legittimità sul provvedimento punitivo, il Magistrato di sorveglianza deve anche accertare se siano state osservate le disposizioni legislative e regolamentari riguardanti "le condizioni di esercizio del potere disciplinare". L'attuale formulazione dell'enunciato normativo è frutto di una modifica apportata, con la l. n. 663 del 1986, all'originario testo, che utilizzava il più conciso sintagma "esercizio del potere disciplinare". Per la verità, sebbene qualche Autore attribuisca un significato sostanziale a tale interpolazione²⁵², altra parte della dottrina

²⁵¹ Sulla perentorietà dei termini del procedimento disciplinare, cfr., *ex multis*, Cass. pen., sent. n. 14670, 12 aprile 2007; Cass. pen., sez. I, sent. n. 13685, 14 marzo-1 aprile 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 100 (con specifico riferimento al termine di cui all'art. 81, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000); Cass. pen., sez. I, sent. n. 24180, 19 maggio-23 giugno 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2363, nonché Cass. pen., sez. I, sent. n. 36246, 21 settembre-3 ottobre 2007, e Cass. pen., sez. I, sent. n. 404709, 18 ottobre-15 novembre 2007, in *Riv. pen.*, 2008, p. 825 (in ordine al termine di cui all'art. 81, comma 4, d.P.R. cit.).

²⁵² In tal senso, F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza, fra ristrutturazione e ricostruzione*, in *Grevi (a cura di), L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova, 1988, p. 362.

ritiene che il legislatore non abbia avuto altro obiettivo, se non quello di introdurre “una più puntuale precisazione terminologica”²⁵³.

Comunque sia, se si assume la prospettiva che guarda ai poteri decisorî conferiti al Magistrato di sorveglianza, è possibile distinguere i casi in cui la violazione delle disposizioni normative in questione comporta l’annullamento del provvedimento punitivo illegittimo, con rinvio all’organo disciplinare che lo ha emesso, perché rieserciti il potere punitivo, dai casi in cui la violazione delle medesime disposizioni determina l’annullamento, senza rinvio, della determinazione illegittima. In linea del tutto generale, sembrerebbe che in questi ultimi casi siano da ricomprendere le violazioni che incidono sui momenti ‘intellettivi’ del processo decisionale amministrativo, mentre ai primi siano da ricondurre le violazioni che inficiano il momento discrezionale della scelta relativa al tipo e alla misura della sanzione.

In particolare, quanto al momento ‘intellettivo’ relativo alla ricostruzione del fatto illecito, perché si possa disporre l’annullamento, senza rinvio, del provvedimento disciplinare, è sufficiente che il giudice, sulla base dell’istruttoria da lui condotta, accerti che non vi sono ragioni adeguate per ritenere che siano vere le proposizioni espresse dagli enunciati assertivi posti dall’autorità amministrativa a fondamento della decisione disciplinare, vale a dire che non siano vere le proposizioni concernenti la sussistenza di una condotta attiva od omissiva ascrivibile all’incolpato, la sussistenza di un nesso causale tra la condotta e uno specifico evento, l’insussistenza di situazioni capaci di giustificare tale condotta, la presenza di un determinato coefficiente soggettivo di imputazione del fatto al suo autore, nonché l’assenza di situazioni idonee a determinare la non punibilità dell’accusato.

Rimanendo sempre nell’ambito dei momenti intellettivi del processo decisionale che conduce all’irrogazione della sanzione, vengono in rilievo anche le operazioni di interpretazione dell’enunciato normativo e di qualificazione del fatto storico. Cosicché, ad esempio, il Magistrato di sorveglianza deve disporre l’annullamento, senza rinvio, del provvedimento disciplinare, allorché accerti che la sanzione è stata irrogata per punire una condotta che non integri gli estremi di alcuna delle fattispecie di infrazione descritte dall’art. 77, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000²⁵⁴, oppure è stata irrogata per punire una condotta qualificata come infrazione tentata *ex art. 77, comma 2, d.P.R. cit.*, ma in relazione ad una fattispecie di illecito disciplinare per la quale non sia configurabile il tentativo²⁵⁵.

Una volta accertata la correttezza dell’incolpazione disciplinare, il sindacato giurisdizionale può investire anche il momento discrezionale dell’iter decisionale

²⁵³ Cfr. G. BORSINI, *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Leg. giust.*, 1988, p. 126; L. PEPINO, *Riforma penitenziaria, Commento sub art. 21 della legge 663/86*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 217.

²⁵⁴ Nella giurisprudenza di merito, si vedano Mag. sorv. Nuoro, 26 giugno 2007, in FIORENTIN-MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza, La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, p. 14; Mag. sorv. Vercelli, 17 aprile 2003, in *www.diritto.it*. In dottrina, cfr. F. DELLA CASA, *Magistratura di sorveglianza fra consolidazione ed esautorazione*, in GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 505; G. LA GRECA, *Magistratura di sorveglianza (voce)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Tomo II, Milano, 2008, p. 764.

²⁵⁵ Sul tema del tentativo d’infrazione, v. G.M. NAPOLI, *Il regime disciplinare*, cit., pp. 290 ss.

amministrativo, relativo alla scelta del tipo e della quantità della sanzione disciplinare. Tale controllo va condotto alla luce dei principi di completezza, di ragionevolezza, di logicità e di proporzionalità; principi dai quali è possibile estrarre specifici parametri di valutazione che devono guidare il Magistrato di sorveglianza nel giudizio sulla legittimità della decisione adottata dall'autorità amministrativa.

Più nel dettaglio, in base al principio di completezza, rileva, innanzitutto, il difetto di istruttoria, che si verifica allorché l'autorità decidente sia pervenuta alla sua scelta senza aver proceduto al completo accertamento degli elementi necessari a tal fine, vale a dire senza aver proceduto alla verifica degli elementi relativi alla natura e alla gravità del fatto, nonché al comportamento e alle condizioni personali del soggetto (art. 38, comma 3, o.p.). Rileva, poi, la mancata valutazione e ponderazione, da parte dell'organo disciplinare, di interessi che sarebbe stato necessario considerare ai fini della decisione disciplinare.

Tenuto conto, invece, dei principi di ragionevolezza e di logicità, quali limiti intrinseci del potere discrezionale dell'organo disciplinare, il controllo del giudice può condurre a rilevare l'illegittimità del provvedimento punitivo, quando sia assente (o sia carente) un nesso di consequenzialità tra le circostanze di fatto ritenute esistenti, l'accertata rilevanza dei diversi interessi presi in considerazione e le conclusioni cui è pervenuta l'autorità decidente. Infatti, la scelta relativa al tipo e alla misura della sanzione deve ritenersi illogica, quando, in ragione delle circostanze di fatto accertate e degli interessi apprezzati, non sarebbe stato ragionevole attendersela in nessuna caso²⁵⁶.

Sotto il profilo della ragionevolezza e della logicità, inoltre, il sindacato giurisdizionale deve essere diretto a verificare che la motivazione del provvedimento disciplinare non sia affetta da difetti tali da rivelare la mancata valutazione di quegli interessi che sarebbe stato necessario considerare (art. 38, comma 2, o.p.). Cosicché, deve ritenersi che la mancanza, l'insufficienza, l'approssimazione, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione siano chiari indici rivelatori di un uso non corretto del potere discrezionale²⁵⁷. La motivazione del provvedimento, infatti, costituisce "il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile"²⁵⁸.

Infine, il principio di proporzionalità, quale principio di giustizia sostanziale, opera nella sua duplice direzione 'verticale' e 'orizzontale'²⁵⁹. Nella direzione 'verticale', il controllo del giudice è rivolto ad accertare che la risposta punitiva non sia manifestamente ingiusta, vale a dire che non vi sia una palese (o, secondo alcuni, una 'abnorme') sproporzione, in eccesso, tra la severità della sanzione irrogata in concreto e

²⁵⁶ Cfr. P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 213.

²⁵⁷ Analogamente, Mag. sorv. Padova, 27 giugno 2002, cit. In dottrina, v. L. CESARIS, *Fumo passivo e tutela della salute in ambiente carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, 1-2, p. 341.

²⁵⁸ Cfr. Corte cost., ord. 17 marzo 2017, n. 57.

²⁵⁹ Tuttavia, sui limiti che incontra il sindacato giurisdizionale di proporzionalità, nei casi in cui, come nel settore disciplinare penitenziario, manchi un sistema differenziato di disposizioni e definizioni normative, che sia in grado di fornire diverse indicazioni sulle circostanze di fatto e dell'autore che devono essere prese in considerazione dall'organo disciplinare, v., *supra*, § 2.3.

la gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto illecito accertato dall'organo disciplinare. Nella prospettiva orizzontale, invece, il sindacato giurisdizionale è rivolto a verificare che non ricorra un caso di trattamento punitivo diverso di due o più soggetti che si trovano in una identica o analoga condizione. In tal caso, quindi, si tratta di accertare l'osservanza del criterio d'azione secondo cui il diverso trattamento sanzionatorio riservato ad un detenuto deve essere sempre rapportato "alla misura della distanza esistente" tra le differenti posizioni messe a confronto. Tuttavia, perché ricorra un'ipotesi di disparità di trattamento, è necessario non soltanto che i soggetti fra i quali la disparità si delinea versino in una situazione identica o analoga e che il trattamento più favorevole riservato ad alcuni di essi sia comunque legittimo, ma altresì che non vi sia alcuna ragione idonea a giustificare la diversità di risposta punitiva, acquisendo, questa, carattere discriminatorio.

È ovvio, del resto, che il provvedimento punitivo debba essere annullato, ove l'organo disciplinare abbia irrogato una sanzione non prevista o non consentita dalla legge. Sono tali, ad esempio, le situazioni in cui sia stata deliberata una sanzione che non corrisponda ad alcuna di quelle tassativamente previste dal legislatore (art. 39 o.p.), ovvero sia stata irrogata la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per una delle infrazioni descritte nei numeri da 1 a 8 del comma 1 dell'art. 77 del d.P.R. cit.

5.2. Il sindacato giurisdizionale esteso anche al merito del provvedimento disciplinare.

Fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, qualora l'autorità amministrativa abbia rispettato le regole di legittimità che presiedono al potere esercitato, "non potrà esserle rimproverato di aver adottato un provvedimento (legittimo ma) inopportuno, solo perché esisteva una possibile soluzione alternativa, altrettanto legittima"²⁶⁰. Nella valutazione discrezionale dell'organo disciplinare, pertanto, sussiste un'area pienamente sindacabile dal Magistrato di sorveglianza, nell'ambito della sua giurisdizione di mera legittimità, e un'area, coincidente con il "merito amministrativo", non sindacabile in quella sede²⁶¹.

È pur vero che, in virtù dell'espandersi della forza normativa dei principi generali, l'area delle valutazioni e delle scelte insindacabili, basate su considerazioni di opportunità, sembra restringersi, ampliandosi, di contro, lo spazio riservato al sindacato di legittimità²⁶². Tuttavia, ancorché, sotto il profilo sostanziale, l'area della 'legittimità'

²⁶⁰ Cfr. G. DE ROSA, *op. cit.*, p. 521.

²⁶¹ Sul punto, v. P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 353.

²⁶² L'assunto in esame, per cui il concetto di 'legittimità' si espande in virtù dell'affermarsi dei principi generali, non sembra essere messo in discussione neanche seguendo la diversa impostazione dottrinale secondo la quale i principi generali hanno natura di precetti sul contenuto delle decisioni amministrative, consentendo un vero e proprio sindacato sul merito, dal momento che, in tal modo, al giudice si attribuisce "il potere di rivedere le scelte amministrative alla luce della propria prospettazione dell'interesse pubblico". Si sostiene, infatti, che "da tempo l'insindacabilità della scelta vera e propria demandata all'amministrazione, cioè il merito amministrativo, viene erosa dalle regole che disciplinano le modalità della scelta stessa", dal momento che il sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità, spesso, "arriva a

sia in continua espansione, persistono aspetti del potere disciplinare non assoggettati al sindacato di legittimità, in quanto relativi a quel nucleo del provvedimento punitivo che è frutto di una decisione ispirata unicamente a considerazioni di opportunità. Continuano a permanere, pertanto, spazi di insindacabilità conseguenti anche “alla carenza di quel minimo di obiettività necessaria perché possa esplicarsi la funzione terziaria del giudice; è carente, quindi, il parametro normativo che consente il sindacato giurisdizionale, talché la scelta dell’amministrazione non è ripetibile dal giudice, salvo che non vi sia un’espressa disposizione normativa che lo preveda”²⁶³.

Nel settore disciplinare in esame, tale espressa previsione normativa ora esiste, sicché il ‘merito’ del provvedimento disciplinare può essere oggetto del sindacato del giudice, nel caso in cui sia stata irrogata una delle due sanzioni più gravi. Possono, pertanto, considerarsi definitivamente superati quegli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi, che ravvisavano un eccesso di potere giurisdizionale, nel caso in cui il sindacato del Magistrato di sorveglianza si fosse spinto sino al punto di compiere una valutazione di merito sulla congruità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata²⁶⁴. Adesso, infatti, l’espressa previsione di un sindacato esteso anche al ‘merito’ del provvedimento disciplinare consente al giudice di valutare la scelta della sanzione applicata in relazione alla condotta del detenuto, anche quando, in ragione degli spazi lasciati liberi dal legislatore, permanga una componente di soggettività nell’attività discrezionale di valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, attività che precede la scelta relativa al tipo e alla misura della punizione. In altri termini, la mancanza di predeterminati e specifici parametri legali di scelta e di commisurazione della sanzione, sebbene infici la verifica giudiziale sulla sola legittimità del provvedimento punitivo condotta alla stregua dei principi di completezza, di ragionevolezza, di logicità e di proporzionalità, non assume particolare rilievo nel controllo sul ‘merito’ della decisione disciplinare. Quest’ultimo controllo, infatti, deve essere sempre rivolto sia alla verifica della sussistenza di quel rapporto di consequenzialità logica, di congruità e di proporzione per il quale può affermarsi che la sanzione riflette esattamente il livello di gravità dell’offesa arrecata dall’infrazione e il grado della colpevolezza dell’autore; sia al riesame di quel momento discrezionale del provvedimento disciplinare che è espressione di un “giudizio di valore guidato da considerazioni di opportunità” nell’ampia valutazione e ponderazione degli interessi contrapposti.

In conclusione, nell’ambito del sindacato esteso al merito del provvedimento che irroga una delle due sanzioni disciplinari più afflittive, il momento discrezionale del

valutare l’essenza delle scelte compiute dall’amministrazione, sino al merito” (in questo senso, R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2011, p. 174). Anche in questa prospettiva, pertanto, come osserva altra dottrina, si “pone in evidenza che il riconoscimento della sindacabilità del merito in sede di legittimità per il tramite del controllo per principi non sia altro, ma nulla di più, che un ulteriore tassello del processo di riduzione dei confini del merito” (così, B. GILIBERTI, *op. cit.*, p. 89).

²⁶³ In questi termini, A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 413.

²⁶⁴ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. 5 settembre 2015, n. 37232; Cass. pen., sez. I, sent. 2 agosto 2013, n. 33793.



6/2017

processo decisionale amministrativo può essere sottoposto al controllo giurisdizionale sotto ogni suo aspetto. In primo luogo, sotto il profilo dell'eventuale presenza di vizi di legittimità, derivanti dall'inosservanza delle regole e dei principi giuridici che disciplinano l'esercizio del potere punitivo. In secondo luogo, sotto il profilo della presenza di eventuali vizi di 'merito', derivanti dall'inosservanza dei criteri non giuridici di opportunità, che orientano l'organo disciplinare nell'attività di valutazione e ponderazione degli interessi contrapposti.

Il sindacato esteso al 'merito del provvedimento disciplinare, pertanto, costituisce una mera "intensificazione" del controllo di legittimità²⁶⁵, il Magistrato di sorveglianza potendo in tal caso mettere in discussione e disapprovare anche le valutazioni compiute dall'autorità amministrativa secondo criteri di opportunità, al fine di apprezzare la bontà delle sue scelte discrezionali e l'utilità del provvedimento punitivo rispetto alle finalità che è chiamato a perseguire. Cosicché, dovendosi ritenere "inopportuno un atto suscettivo di miglioramento rispetto ad un contenuto che, di per sé, non integra alcuna illegittimità sostanziale"²⁶⁶, il controllo esteso al 'merito' ha come "compito funzionale", per l'appunto, quello del "miglioramento" (nel raggiungimento degli interessi perseguiti) della decisione adottata dall'organo disciplinare.

In definitiva, il sindacato del giudice esteso al 'merito' deve spingersi fino al "miglioramento" del provvedimento sanzionatorio, dovendosi senz'altro configurare come vizio "qualunque contenuto ottimizzabile" della decisione disciplinare²⁶⁷, qualunque contenuto, cioè, la cui modifica comporti un cambiamento a favore della posizione soggettiva del trasgressore senza per questo incidere sulla corretta realizzazione degli altri interessi perseguiti dell'autorità amministrativa.

²⁶⁵ Così, P. COTZA, *Il "merito amministrativo"*, cit., p. 107.

²⁶⁶ Ivi, p. 121.

²⁶⁷ Ivi, p. 197