



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di laurea in Giurisprudenza

Tesi in Diritto penitenziario

***Procedimento di sorveglianza e giusto
processo nell'ottica del diritto di difesa***

Relatore

Prof. ssa Lina Caraceni

Laureanda

Sara Brunori

Anno accademico 2012/2013

INDICE

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

PARTE PRIMA

PROCEDIMENTO DI Sorveglianza E COSTITUZIONE

Capitolo 1

Il procedimento di sorveglianza: l'evoluzione della disciplina in correlazione alla rinnovata concezione della pena ex art. 27 comma 3 Cost.

<i>1.1.1. Le funzioni della pena: prima e dopo l'art. 27 comma 3 Cost.</i>	3
<i>1.1.2. Segue. Le ulteriori garanzie costituzionali.</i>	9
<i>1.1.3. La riforma del 1975: un primo passo verso la giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza</i>	12
<i>1.1.4. Lo stato dell'arte: l'approdo finale del procedimento di sorveglianza nel codice di procedura penale.</i>	17
<i>1.1.5. Ambito operativo del procedimento di sorveglianza ex art. 678 c.p.p.</i>	19
<i>1.1.6. Alcuni cenni sulla legislazione emergenziale dei primi anni '90: manifesto di un'involuzione della giurisdizione rieducativa.</i>	23

Capitolo 2

Il procedimento di sorveglianza ed il giusto processo: dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 111 Cost.

<i>1.2.1. Artt. 27 comma 3 e 111 Cost.: scopo e garanzie giurisdizionali imprescindibili per una giusta esecuzione di pena. Aspetti introduttivi</i>	31
<i>1.2.2. La terzietà e l'imparzialità del giudice</i>	34

1.2.3. Il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità.....	38
1.2.4. Art. 6 par. 3 C.e.d.u. ed art. 111 comma 3 Cost.: la trasposizione in Costituzione delle garanzie soggettive per una "giusta" difesa	41
1.2.5. Segue. Precisazioni a proposito del diritto alla prova nel procedimento di sorveglianza.	45
1.2.6. La limitata disponibilità dei mezzi di impugnazione avverso le ordinanze della magistratura di sorveglianza.	50

PARTE SECONDA

LA DIFESA NELLA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA

Capitolo 1

Il diritto di difesa: espressioni e limiti nella fase preliminare del procedimento di sorveglianza

2.1.1. Il diritto di difesa.	55
2.1.2. Il diritto al procedimento e relativa istanza	59
2.1.3. Segue. L'iniziativa ex officio.	61
2.1.4. Segue. La richiesta del pubblico ministero.	66
2.1.5. Segue. Gli altri soggetti protagonisti della fase di avvio.....	68
2.1.6. Il vaglio preliminare dell'istanza e l'attività propedeutica all'udienza camerale: profili introduttivi.	72
2.1.7. Il diritto all'informazione: la vocatio in iudicium	76
2.1.8. Il diritto alla difesa tecnica.....	80
2.1.9. Il diritto al deposito degli atti.....	89
2.1.10. Il diritto all'interprete.....	93

2.1.11. <i>Il regime delle nullità a tutela del diritto di difesa</i>	96
2.1.12. <i>Segue. La qualificazione dei vizi della vocatio in iudicium</i>	98

Capitolo 2

Ulteriori estrinsecazioni del diritto di difesa nell'ambito dell'udienza camerale

2.2.1. <i>Il diritto di partecipare all'udienza: profili costituzionali</i>	105
2.2.2. <i>Segue. Profili normativi (involutivi): dall'art. 71 bis ord. penit. all'art. 678 c.p.p.</i>	108
2.2.3. <i>Un'udienza camerale a contraddittorio rafforzato: spazi partecipativi del difensore</i>	111
2.2.4. <i>Il diritto di partecipazione dell'interessato: profili di incostituzionalità</i> ...	123
2.2.5. <i>Segue. La lettura adeguatrice della Corte costituzionale: una chiave di svolta?</i>	131
2.2.6. <i>Il diritto di autodifendersi provando: l'esame dell'interessato</i>	140
2.2.7. <i>Segue. Le peculiarità della partecipazione a distanza</i>	147
 <i>Bibliografia</i>	 161

INTRODUZIONE

La situazione di emergenza, o più propriamente di urgenza¹ in cui versa il sistema penitenziario, evidenzia come da troppo tempo l'esecuzione penale sia stata accantonata dal legislatore. Eppure si tratta di un momento fondamentale nel quale si dovrebbe mettere in atto l'opera più difficile e problematica dal punto di vista umano: la rieducazione del reo. È su questo valore fondamentale, proclamato dall'art. 27 comma 3 Cost., che ruota l'intera materia, tanto sotto il profilo trattamentale che procedurale. L'accoglimento nei più elevati ranghi normativi della funzione rieducativa della pena ha favorito un'esecuzione flessibile della sanzione penale affinché, suscettibile di variazioni quantitative e qualitative, si adatti al meglio alle peculiarità soggettive del destinatario. La constatazione di un vero e proprio diritto soggettivo del condannato ad una pena individualizzata e l'incidenza che un tale trattamento può avere sul bene primario della libertà personale hanno postulato, in nome di altrettanti principi costituzionali, la predisposizione di adeguati mezzi di tutela.

La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale è stato uno dei traguardi più ambiti dal legislatore italiano sin dal primo significativo riassetto del sistema penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), poi confermato dalle direttive fissate per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale. Non si trattava di delineare semplicemente un modulo procedimentale rispettoso delle «garanzie di giurisdizionalità»², ma di configurare un ingranaggio processuale congeniale alla singolarità della finalità rieducativa.

Malgrado ciò, la disciplina del procedimento di sorveglianza, rimasta invariata dal 1988, non sembra aver raggiunto l'obiettivo: assicurare mezzi giudiziari che fossero al contempo efficienti, in riferimento al principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost., e conformi a quelle garanzie giurisdizionali irrinunciabili definitivamente consacrate dall'art. 111 Cost. Infatti l'art. 678 c.p.p., appiattendosi

¹ S. BUZZELLI, *Il carcere normale*, in *I giorni scontati. Appunti dal carcere*, Sandro Teti Editore, 2012, pag. 31.

² Cfr. direttiva n. 96 ex art. 2, legge delega 16 febbraio 1987, n. 81.

sul modello del rito di esecuzione *stricto sensu* inteso, assume connotati che, oltre a porsi in contrasto con i requisiti basilari del giusto processo, deprimono la peculiarità funzionale della giurisdizione rieducativa. In particolare ciò emerge in riferimento al diritto di difesa: un valore fondamentale da salvaguardare in ogni stadio e grado del processo ma del quale, si perdono i connotati fondamentali nelle varie fasi del procedimento di sorveglianza.

Il diritto di difesa rappresenta un bene inviolabile ed irrinunciabile della persona che, espresso in termini generici dall'art. 24 comma 2 Cost., trova contenuti specifici per mezzo dell'art. 111 comma 3 Cost. il quale ha disposto, accogliendo le garanzie certificate dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un decalogo di regole processuali funzionali alla difesa e imprescindibili per l'instaurazione di un giusto processo. È proprio la stretta interdipendenza che lega i canoni aurei della *iurisditio* di cui all'art. 111 comma 2 Cost. e le specifiche tutele prescritte al comma 3 della medesima norma, quali condizioni attuative del contraddittorio e della parità delle armi, ad imporre la loro piena applicazione anche al procedimento di sorveglianza. Sulla base di queste premesse normative di rango costituzionale e sovranazionale, possono essere delineate le principali prerogative della difesa. Difendersi significa avere tempestiva conoscenza dell'accusa ovvero disporre del tempo e delle condizioni necessarie per giungere preparati all'udienza; significa assistenza tecnica di un difensore di fiducia o in mancanza d'ufficio, nonché di un interprete qualora non si comprenda o non si parli la lingua usata nel processo. Ma la difesa è prima di tutto autodifesa che, in corrispondenza all'udienza, si esplica attraverso il diritto di partecipazione del diretto interessato. Nella duplice forma dell'"essere presso" e del "prendere parte" si attua l'intervento in giudizio della parte privata. Si vuole cioè far riferimento, rispettivamente, al diritto di essere fisicamente presente nella sede giudiziaria e al diritto di contribuire attivamente al libero convincimento del giudice, fornendo un apporto personale dalla duplice valenza dialettica e probatoria.

Nell'ottica di salvaguardare il diritto "di" e "per" la difesa, è giocoforza necessario verificare nella disciplina del procedimento di sorveglianza, le carenze e

le limitazioni di tutela che affiorano lungo tutto l'iter procedurale. Infatti sin dallo stadio preliminare eloquente è il silenzio della normativa la quale, prodotto del rinvio all'art. 666 c.p.p., presenta lacune rilevanti in merito all'assistenza legale, garantita d'ufficio solo a seguito del vaglio d'ammissibilità dell'istanza, nonché in merito ai contenuti della *vocatio in iudicium* ed alla possibilità di una *discovery* del fascicolo processuale prima dell'udienza camerale. Di fronte ad un legislatore inerte, solo adeguate interpretazioni da parte della dottrina o della giurisprudenza consentono di riempire i silenzi legislativi, facendo leva su disposizioni costruite avendo di mira il processo penale di cognizione. Ad esempio si richiama opportunamente l'art. 429 c.p.p. per individuare i requisiti minimi del decreto di fissazione dell'udienza, ed ancora si rinvia agli artt. 96 e ss. c.p.p. in merito alla nomina del difensore di fiducia o, in mancanza, d'ufficio, nonché in materia di assistenza gratuita a favore dei non abbienti, la cui estensione all'ambito della sorveglianza è stata espressamente confermata dal testo unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115). Allo stesso modo occorre qualificare come clausole generali di ampia applicazione altrettante disposizioni che, istituite appositamente per il processo di cognizione, regolamentano mezzi essenziali per seguire ed apprendere gli sviluppi procedurali da parte dell'interessato nonché di rimediare a patologie che, colpendo gli atti processuali, rendono impraticabile il corretto esercizio del diritto di difesa. A titolo meramente esemplificativo si ricorda l'art. 143 c.p.p., espressione di una tutela fondamentale in relazione ad una realtà sociale e penitenziaria popolata in larga misura da persone che, non conoscendo o non parlando la lingua italiana, abbisognano di un interprete, nonché gli artt. 177 e ss. c.p.p., i quali riconoscono determinate forme di sanzione processuale a fronte dell'inosservanza di disposizioni concernenti «l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza»³ dell'interessato.

Se il rinvio operato dall'art. 678 c.p.p. all'art. 666 c.p.p. indebolisce, a causa della sua laconicità, le garanzie utili alla preparazione della difesa nella fase propedeutica all'udienza camerale, nello stesso modo pregiudica anche il diritto

³ Art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.

all'autodifesa nello stadio cruciale del procedimento di sorveglianza, ma questa volta per una regolamentazione della partecipazione all'udienza dell'interessato che non rende giustizia alla natura e alle finalità della giurisdizione rieducativa. Nel configurare una disciplina di maggior rigore rispetto a quella prevista per l'ordinario schema camerale (art. 127 comma 3 c.p.p.), l'art. 666 comma 4 c.p.p. valorizza adeguatamente il contributo dialettico delle parti tecniche, con la prescrizione della loro necessaria partecipazione all'udienza, mentre circoscrive oltremodo gli spazi di intervento del soggetto, prospettandosi così molteplici dubbi di illegittimità costituzionale. Dalla lettera della disposizione si desume, in primo luogo, l'assenza di un vero e proprio diritto di difesa, sotto il profilo dell'"essere presso" la sede del giudizio, che, degradato ad onere, prende vigore solo previa tempestiva presentazione di un'apposita richiesta, in mancanza della quale la partecipazione sarà definitivamente compromessa. La difformità dell'art. 666 comma 4 al dettato costituzionale si aggrava per il soggetto ristretto in luogo posto fuori della circoscrizione del tribunale procedente, il cui intervento in udienza è sostituito da un'audizione mediata dal magistrato di sorveglianza competente *ratione loci*, a meno che il collegio giudicante ritenga opportuna la traduzione in udienza. Il *locus detentionis* è causa pertanto di sperequazioni trattamentali tra i detenuti e svincola il diritto di difesa, che, qualificato diritto inviolabile dall'art. 24 comma 2 Cost., finisce per essere influenzato da scelte amministrative in materia di trasferimenti. Ma l'aspetto che più di altri appare compromesso è la funzionalità del procedimento *de quo*. Le ragioni organizzative e di sicurezza poste a fondamento della cosiddetta rogatoria interna, nonché la scelta di uniformare la disciplina dei riti *post iudicatum* dimostrano una certa noncuranza del legislatore, il quale non sembra aver tenuto conto della particolare rilevanza che il contributo personale del reo acquista nel procedimento di sorveglianza, in virtù delle materie trattate, implicanti valutazioni di tipo personologico. La stessa giurisprudenza costituzionale⁴, intervenuta in un ambito procedurale analogo, ha confermato l'importanza dell'intervento in udienza dell'interessato, riconoscendo altresì un diritto-dovere del giudice di disporre la

⁴ Cfr. Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 45.

traduzione a garanzia dell'efficienza di un giudizio che, investendo profili fattuali, imporrebbe, in forza dei principi dell'oralità ed immediatezza, un confronto diretto di fronte all'organo giudicante (composto oltretutto da esperti nelle scienze umane).

Nonostante la lettura adeguatrice della Corte costituzionale, supportata dalla giurisprudenza di legittimità, abbia recuperato il valore della partecipazione, la prassi sembrerebbe contraddirla. La mole di istanze, pendenti dinanzi la magistratura di sorveglianza, le esigenze di sicurezza, come pure i problemi logistici ed economici connessi alla traduzione disincentivano la disposizione per un intervento concreto del ristretto.

In prospettiva *de iure condendo* si pone il recente progetto di riforma elaborato dalla sesta commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, la quale, attraverso una doppia modifica degli artt. 146 *bis* disp. att. e 666 comma 4 c.p.p. intende incentivare il mezzo del collegamento audiovisivo quale alternativa all'audizione del magistrato territorialmente competente. Sicuramente la prospettiva riformatrice pone attenzione, ridandole valore, alla partecipazione in giudizio la quale, seppur mediata dalle moderne tecnologie, garantirebbe un intervento contestuale all'udienza, "davanti" al tribunale giudicante, e dunque più funzionale per lo sviluppo del giudizio, in vista dell'interesse primario perseguito, nonché per l'effettività del diritto di difesa.

PARTE PRIMA

PROCEDIMENTO DI SORVEGLIANZA E COSTITUZIONE

Capitolo 1

Il procedimento di sorveglianza: l'evoluzione della disciplina in correlazione alla rinnovata concezione della pena ex art. 27 comma 3 Cost.

SOMMARIO: 1.1.1. Le funzioni della pena: prima e dopo l'art. 27 comma 3 Cost. – 1.1.2. *Segue.* Le ulteriori garanzie costituzionali. – 1.1.3. La riforma del 1975: un primo passo verso la giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza. – 1.1.4. Lo stato dell'arte: l'approdo finale del procedimento di sorveglianza nel codice di procedura penale. – 1.1.5. Ambito operativo del procedimento di sorveglianza ex art. 678 c.p.p. – 1.1.6. Alcuni cenni sulla legislazione emergenziale dei primi anni '90: manifesto di un' involuzione della giurisdizione rieducativa.

1.1.1. Le funzioni della pena: prima e dopo l'art. 27 comma 3 Cost.

Il procedimento di sorveglianza è espressione della cosiddetta "giurisdizione rieducativa"¹ la quale già nel nome racchiude le sue peculiarità, sia dal punto di vista dell'oggetto che delle finalità. Infatti esso non è altro che «la proiezione giurisdizionale del principio rieducativo sancito dalla Costituzione»²; costituisce il *modus procedendi* di una magistratura *ad hoc* attenta alla rieducazione, obiettivo che orienta tanto l'azione del giudice, che opera per la tutela dei diritti dei detenuti ed internati, quanto l'attività dell'amministrazione penitenziaria che deve assicurare servizi quali l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività culturali, elementi su cui si fonda il trattamento rieducativo dei ristretti.

La sanzione penale ha da sempre assunto la valenza di castigo, di punizione inflitta quale ristoro sociale per il reato commesso. Nel corso dei secoli, nei vari contesti storici e culturali, si sono sviluppate differenti correnti di pensiero che puntando su aspetti diversi hanno legittimato il ricorso alla pena; tra le più diffuse, la teoria assoluta e quella relativa. Secondo il primo approccio, si attribuisce alla sanzione penale una funzione prettamente retributiva, concepita come

¹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 142.

² G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, pag. 119.

corrispettivo che deve essere pagato dal reo alla collettività a causa dei suoi crimini. L'idea di fondo può essere riassunta nel brocardo *puniter quia peccatum est*.

Sul fronte opposto si collocano quanti puntano sulla prevenzione quale scopo della pena, prevenzione che deve essere distinta in generale e speciale, a seconda dei suoi destinatari. Seguendo la teoria generalpreventiva, la sanzione serve ad impedire la commissione di nuovi reati da parte dei consociati, fungendo da deterrente e guida all'obbedienza; per la concezione specialpreventiva, invece, la pena viene inflitta in modo che lo stesso autore di un crimine non ne commetta di nuovi in futuro³. Proprio con riguardo alla prevenzione speciale, va osservato che per la sua attuazione risponde a due direttrici; la prima punta sull'intimidazione e neutralizzazione del reo, per mezzo di istituzioni penitenziarie completamente distaccate dalla realtà sociale, nelle quali scontare per intero la condanna divenuta irrevocabile; la seconda opta per la rieducazione e risocializzazione del reo, mediante misure che permettano un contatto con l'esterno e quindi consentano una modifica dello *status detentionis* nel corso dell'esecuzione della condanna a pena detentiva⁴.

Nel sistema normativo penale anteriore alla Costituzione (quello che si deve al Guardasigilli Rocco e risalente agli anni '30) vige una regola di tendenziale

³ Promotore della cd. teoria generalpreventiva fu Beccaria. Il suo pensiero fu rivoluzionario sotto il profilo della funzione della pena, che può essere ricavato da questo breve tratto dalla sua opera principale: «Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. [...] Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal fare nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»: C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, 2008, pag. 33. Sulla scia di Beccaria, si affermò il pensiero di G. D. ROMAGNOSI che, nel 1791, con l'opera *Genesi del diritto penale*, scrisse: «Qual cosa la società si può, e deve proporre di ottenere colla pena? [...] Non di tormentare o affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non di revocare dall'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, bensì incutere timore ad ogni facinoroso onde in futuro non offenda la società. E questo è il solo fine giusto della pena» in *Opere di G. D. Romagnosi*, riordinate ed illustrate da A. De Giorgi, Milano, 1841, pag. 127.

La teoria specialpreventiva si sviluppò agli inizi del '900 per mezzo della scuola positivista, i cui principali esponenti furono C. Lombroso, E. Ferri e R. Garofalo. Secondo questi AA., la delinquenza era cagionata da uomini antropologicamente sottosviluppati, con deficienze sotto il profilo psico-fisico e per questo motivo abbisognavano di sanzioni penali che, caricate di una funzione curativa, fossero idonee a neutralizzare la pericolosità sociale del delinquente e, secondo gli sviluppi dottrinali più moderni, ad assicurare una sua risocializzazione.

⁴ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, 2006, pagg. 9 ss.; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010, pagg. 23 ss.

stabilità ed immutabilità della sentenza di condanna del giudice di cognizione⁵. Baluardi di tale regola erano il principio d'intangibilità del giudicato e la funzione prevalentemente retributiva e generalpreventiva della pena. Il compito di vigilare sulla corretta esecuzione dei pronunciamenti del giudice penale fu conferito al giudice di sorveglianza, istituito «presso ciascun tribunale e negli altri luoghi designati con decreto dal ministro della giustizia» (art. 585 c.p.p. 1930). In particolare fu il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con r.d. 18 giugno 1931 n. 787 ad esporre con maggiore precisione le competenze del giudice di sorveglianza, le quali potevano essere suddivise in: ispettive (controllo sulla legalità delle modalità di esecuzione), consultive (formulazione di pareri rispetto alle domande di liberazione condizionale e proposte di grazia) e deliberative (provvedimenti, detti ordini di servizio da trasmettere all'amministrazione penitenziaria e riguardanti l'ammissione al lavoro all'aperto, il trasferimento in sezioni speciali, in casa di cura o manicomio, i reclami dei detenuti in materia di remunerazione per il lavoro prestato e delle spese di mantenimento del liberando infermo). Nonostante tali poteri, compreso quello di applicazione, modifica e revoca delle misure di sicurezza, non si può ritenere che ciò avesse assicurato natura giurisdizionale ai provvedimenti emessi dal giudice di sorveglianza⁶.

⁵ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992, pagg. 19-20. L'A. parte dallo studio del codice di procedura penale del 1930, il quale attribuiva alla pena una funzione di prevenzione generale. Essa era essenzialmente "afflizione". Da questa concezione derivava il «principio dell'inderogabilità dell'attuazione integrale della pena», per cui una volta che la condanna avesse acquisito la qualità di cosa giudicata, la determinazione della sanzione penale sarebbe divenuta immodificabile, salvo i casi di intervento clemenziale (grazia, amnistia, indulto, liberazione condizionale).

Anche F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2011, pag. 3.

⁶ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli Editore, 1995, pagg. 11 e ss.; B. FERRARO – C. DE STEFANIS, *Procedimenti e provvedimenti della magistratura di sorveglianza*, Cedam Editore, 1995, pag. 8 ss.; E. SOMMA, *La «giurisdizionalizzazione» dell'esecuzione. Processo penale e processo di sorveglianza*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti del convegno*, Varese, 1977, pagg. 161-162. L'A. definisce un miraggio la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione attraverso l'introduzione del giudice di sorveglianza: «confinato in compiti marginali e privo di autonome strutture [...] era suddito del "regno della circolare", più che difensore del "regno della legge"».

Conclusione questa che trova conferma nella Relazione ministeriale al r.d. 787/1931, che qualificò come amministrativa l'attività del giudice di sorveglianza⁷. Inoltre, la mancanza di ogni formalità per la deliberazione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza rappresenta un ulteriore elemento che testimonia la natura amministrativa dell'attività: «un procedimento non ha determinate forme perché è giurisdizionale, ma è giurisdizionale perché rispetta determinate forme. La funzione giurisdizionale ha un suo contenuto ed una sua struttura soggettiva ed oggettiva [...]»⁸. La componente soggettiva (la presenza di un giudice) non è sufficiente da sola a rendere un provvedimento giurisdizionale, in quanto deve combinarsi con quella oggettiva (il *modus procedendi*); entrambe, a loro volta, devono necessariamente osservare quelle garanzie minime ricavabili dalla Costituzione, soprattutto dall'art. 111, che sarà oggetto di apposita trattazione nelle pagine che seguono⁹.

Ritornando al percorso evolutivo che ha segnato il tema della pena, fondamentale è stata l'introduzione della Carta costituzionale che, nell'art. 27 comma 3 Cost., fissa il principio per cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Si tratta di due affermazioni indivisibili sia dal punto di vista letterale che logico: «da un lato, infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a un'inerte e passiva indulgenza»¹⁰. Ed un trattamento umano e civile è tale

⁷ B. FERRARO – C. DE STEFANIS, *op. ult. cit.*, pagg. 58 ss. La relazione è richiamata dalla Corte Cost., 20 giugno 1968, n. 72.

⁸ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 55. L'A. critica quella tesi che, incentrandosi sulla garanzia soggettiva «confonde la tutela giurisdizionale con la tutela giudiziaria, ritenendo che l'organo e le garanzie che lo circondano possano informare *ex se* l'attività esplicata».

⁹ A. PENNISI, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo* in *Diritto dell'esecuzione penale; diritto penale; diritto, economia e società*, a cura di G. BELLANTONI – D. VIGONI, LA Tribuna, 2010, pag. 90. Ancora A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Editore, 2002, pag. 214, contrappone le teorie formali, secondo le quali la forma è decisiva per definire un'attività giurisdizionale, a quelle finalistiche, che danno rilevanza alla materia oggetto del procedimento consistente nella tutela di situazioni giuridiche soggettive.

¹⁰ Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12. La Consulta, con tale sentenza, ha affermato che il precetto secondo cui le pene «devono tendere» alla rieducazione del condannato, nel significato letterale e logico della sua espressione, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di

in quanto individualizzato, volto a riconoscere al condannato diritti e facoltà che comportano obblighi a carico dell'amministrazione penitenziaria¹¹.

In un primo momento però, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale hanno interpretato restrittivamente l'art. 27 comma 3 Cost., in quanto, sulla base del verbo "tendere" e dell'articolazione interna della disposizione, hanno ritenuto che lo scopo rieducativo della pena sia solo eventuale¹² e secondario rispetto alla funzione retributiva¹³.

tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre di tutti i mezzi idonei a realizzarla, ove naturalmente la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tal fine. E' da escludere al riguardo che la pena pecuniaria possa, di per sé, adempiere ad una funzione rieducativa.

¹¹ In giurisprudenza, si veda Cass., 1 luglio 1981, *Varone*, in *Rass. pen. crim.*, 1981, pagg. 524 ss. In particolare si evidenzia il riconoscimento da parte della Suprema Corte di un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria a favore del condannato, libero di adeguarsi o meno al trattamento. Così rispetto alla questione oggetto della sentenza, riferita alle modalità di calcolo del periodo da detrarre dalla pena, la valutazione a fondamento della riduzione di pena deve tener conto dell'«impegno mostrato dall'interessato nel trarre profitto dalle opportunità obbligatoriamente avanzate dall'amministrazione penitenziaria».

¹² G. FIANDANCA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, 2001, pag. 650, evidenziano come la dottrina contemporanea all'emanazione della Carta Costituzionale abbia espresso che la retribuzione rimane la finalità essenziale mentre la rieducazione continua ad essere messa in disparte nella fase esecutiva. In particolare B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1950, pag. 593, ritiene che le «pene devono rimanere pene», perché se acquisissero un contenuto esclusivamente rieducativo, lo stesso art. 27 comma 3 Cost. perderebbe di significato nella parte in cui proclama che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Il precetto costituzionale, secondo l'A., «ha inteso disciplinare non un istituto di rieducazione, ma la pena, la vera pena col suo logico e naturale contenuto di afflittività», per cui l'espressione "tendere" è solo un invito a fare il possibile per realizzare la rieducazione, non un vincolo necessario. Nello stesso senso, anche, G. BATTAGLINI, *Diritto penale: parte generale*, III ed., Cedam, 1949, pag 532-533; secondo l'A. la *ratio* della pena non sta nell'emenda, aspetto secondario, ma nell'azione che essa esercita sulla società: la pena funge da corrispettivo al male morale del delitto, in modo da assicurare che «la società riprenda fiducia in se stessa e nell'ordine etico-giuridico turbato». M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, 1966, pag. 154, mette in luce come dalla combinazione delle due parti del comma 3 dell'art. 27 Cost. si ricava la natura essenzialmente retributiva della pena, da eseguire nei limiti del rispetto della dignità umana, e la funzione emendativa, «finalità estrinseca in quanto tale alla funzione della pena ideologicamente giusta e meramente eventuale poi sotto il profilo della sua effettiva realizzazione». L'A. ritiene che il legislatore avrebbe dovuto usare l'espressione "consistono" piuttosto che "devono tendere", perché così si sarebbe potuta concepire la funzione rieducativa come «nota tipica della pena, senza lasciarla nel rango di risultato meramente eventuale» come invece è avvenuto.

¹³ Secondo Corte Cost., sent. 12/1966 «la rieducazione del condannato, pur nell'importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio, poiché è soltanto a questo che il legislatore, con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità": proposizione quest'ultima che altrimenti non avrebbe senso [...]. Il principio rieducativo, dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non può essere interpretato in senso esclusivo ed assoluto, ma nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata [...]. Con la norma di cui all'art. 27 della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di

In realtà il verbo “tendere” esprime la necessità di un trattamento rieducativo libero da costrizioni fisiche o psicologiche, conforme alla libertà di coscienza e volontà del reo¹⁴. Quindi, nel rispetto dell'autodeterminazione del condannato, la pena, affinché concretizzi la sua tendenziale funzione rieducativa, ha bisogno di essere personalizzata in modo che possa aderire alle esigenze psico-fisiche del condannato, riconoscendogli delle vere e proprie situazioni giuridiche soggettive nei limiti della loro compatibilità con lo stato detentivo. Tale riconoscimento è stato avallato dal Giudice delle leggi che ha confessato la mancanza di una «valida e ragionevole» garanzia giurisdizionale come idoneo mezzo di tutela del diritto del condannato ad un costante riesame della disposizione

precetto costituzionale, ma senza con ciò negare l'esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità: e ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale». Così anche con la sentenza n. 264, del 21 novembre 1974 la Consulta ha ritenuto che: «non contrasta con il principio secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" (art. 27, terzo comma, Cost.), la pena dell'ergastolo, (art. 22 c.p.) posto che dissuasione, prevenzione, difesa sociale sono a fondamento delle pene, non meno della sperata emenda». Ancora Corte Cost., 5 maggio 1979, n. 25 afferma che «la fase di esecuzione della pena, invece, risponde all'esigenza della certezza della sua applicazione, che costituisca minaccia tale da indurre a non commettere il reato. Ed è in ragione di questa funzione di contropinta, di inibizione al reato, che la minaccia dell'applicazione è considerata funzione essenziale della pena».

¹⁴ A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet giuridica, 2008, pagg. 6-7; D. MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. pen. e crim.* 2002, pag. 80; vedi anche PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., pag. 111, il quale parla di una libertà di coscienza, che seppur non espressa dalla nostra Costituzione, è comunque ricavabile dal combinato disposto degli art. 2, 19, 21. In tale contesto la libertà di coscienza deve essere intesa come libertà di autodeterminarsi e formare la propria concezione di vita. Inoltre G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 1379, afferma che l'obbligo giuridico del legislatore espresso dall'art. 27 Cost. non è rieducare ma introdurre norme sostanziali e processuali che garantiscano misure e mezzi teleologicamente orientati.

In giurisprudenza Corte Cost. 26 giugno 1990, n. 313 ha evidenziato che «la necessità costituzionale che la pena debba «tendere» a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo «tendere» vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione [...] Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

sanzionatoria «al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»¹⁵.

1.1.2. Segue. Le ulteriori garanzie costituzionali.

La constatazione di un tale diritto soggettivo perfetto e il relativo bisogno di garanzie giurisdizionali non sono legati semplicemente alla rinnovata funzione della pena ex art. 27 comma 3 Cost., ma trovano solide radici in altri principi costituzionali, a cominciare dall'art. 13 comma 2 Cost., il quale in tema di libertà personale impone una riserva di legge e una di giurisdizione¹⁶ per ogni «restrizione della libertà personale», essendo quest'ultima un bene indisponibile. Così, l'ambito della giurisdizione penale non è più circoscritto alla fase cognitiva, ma si estende a tutte le attività che incidono sulle libertà della persona anche nella fase dell'esecuzione, la quale a pieno titolo può essere ricompresa nel concetto di procedimento penale¹⁷.

¹⁵ Corte Cost., 27 giugno 1974, n. 204, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43 r.d. 28 maggio 1931, n. 602 rispetto all'art 24 comma 2 e art. 111 comma 2 Cost., in riferimento alla competenza del Ministro della giustizia di concedere o meno la liberazione condizionale. Anche, Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 110 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 207, terzo comma c.p., nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza, nonché, ai sensi dell'art. 27 legge 87/1953, l'illegittimità costituzionale del secondo comma dello stesso articolo 207 c.p., in quanto non consente la revoca delle misure di sicurezza prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge».

¹⁶ G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare*, cit., pagg. 1355 e ss. Richiamando la teoria sostanzialistica, per la quale la giurisdizione è tale in quanto legata alla lesione di diritti soggettivi o violazione dell'ordine giuridico con il fine di *ius dicere*, l'A. afferma che «in realtà, non esistono materie "sostanzialmente" giurisdizionali» quanto piuttosto «materie coperte da riserva di giurisdizione». Non sussiste quindi un rapporto ontologico tra certe materie e la giurisdizione, ma solo un obbligo del legislatore di predisporre determinate garanzie per l'emanazione di provvedimenti autoritativi su alcune materie.

¹⁷ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 103. L'A., a proposito dell'inclusione del procedimento di sorveglianza nella giurisdizione penale, passa in rassegna diverse tesi. Preliminarmente non condivide quelle impostazioni per cui la natura giurisdizionale del procedimento derivi dalla natura penale dei provvedimenti che dispone, in quanto la giurisdizione penale si rispecchia nelle forme in cui deve articolarsi. Anche se ci sono delle peculiarità che possono fungere da spia dell'appartenenza di un procedimento alla giurisdizione penale, come ad esempio l'azione penale da parte del pubblico ministero ovvero la «costitutività» o l'«esclusività», questi aspetti non possono dirsi essenziali per caratterizzare il procedimento come un procedimento penale. Così come pure nota, a seguito degli interventi legislativi (in particolare a seguito dell'introduzione dell'art. 27 Cost.) la «necessità di affrancare la giurisdizione penale dal diritto penale, abbandonando la concezione per cui la prima si connoterebbe quale veicolo formale della sanzione penale, che ne costituirebbe il fine e lo specchio di identità giuridica». La giurisdizione

Un orientamento, seguito sia dalla Corte costituzionale che dalla dottrina, privilegia un'interpretazione estensiva dell'art. 13 comma 2 Cost.¹⁸, secondo cui l'esigenza imprescindibile di una procedura giurisdizionale vale per ogni provvedimento incidente sulla libertà, sia esso peggiorativo o migliorativo per il condannato¹⁹.

L'esigenza di una giurisdizionalizzazione dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale trova ulteriore conforto nell'art. 25 comma 2 Cost. che fissa il principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*": per cui nessuna pena, comprese le misure alternative, può essere irrogata in mancanza di una legge che la preveda e in assenza di un provvedimento del giudice che la motivi. Quindi la legalità e la connessa garanzia giurisdizionale pretese per l'applicazione di una sanzione da parte del giudice di cognizione rispetto ad una fattispecie di reato accertata, non possono essere ignorate per la modifica dei contenuti della pena *in executivis*. E' doveroso impedire che un intervento discrezionale, come sarebbe quello privo dei caratteri della giurisdizione, vanifichi la funzione del principio di legalità, ovvero « la

penale, superando i settori assegnati al diritto penale, non è più solo strumento per la punizione del reo ma è anche mezzo di garanzia della libertà personale. In questo modo «la giurisdizione penale non (è) più relegata al ruolo di mera strumentalità, bensì imposta quale garanzia imprescindibile nell'accertamento dei presupposti e nell'applicazione di misure individuali particolarmente gravi e limitative della personalità umana [...] focalizzando in definitiva l'attenzione sul bene in predicato di subire restrizioni, anziché sul presupposto (non più soltanto il reato) e sul tipo di misura (non più soltanto la pena), che le determinano».

¹⁸ Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 110 dichiara che la violazione dell'art. 13 comma 2 Cost. «deriva dal fatto che il potere di far cessare la misura limitativa della libertà personale è attribuito (e per un certo periodo di tempo in via esclusiva) ad un organo non giurisdizionale che può provvedere insindacabilmente, e sia a favore che a sfavore dell'interessato, senza obbligo di attenersi ai criteri cui deve invece adeguarsi l'autorità giudiziaria».

¹⁹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 109: «devono ricomprendersi nella giurisdizione penale tutti i procedimenti (giurisdizionali) non solo applicativi, ma anche modificativi o estintivi di un trattamento afflittivo-punitivo»; F. DELLA CASA, *Il progressivo «traghetamento» dell'esecuzione penitenziaria dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizione scientifiche italiane, 2006, pagg. 963-964 afferma come il «colpo d'ala» dato dalla sentenza 204 del 1974 all'orientamento giurisprudenziale impegnato ad interpretare l'art. 27 comma 3 Cost., abbia valorizzato l'art. 13 comma 2 Cost. Anche O. DOMINIONI, *Prevenzione criminale e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1968, pagg. 814-815, ritiene imprescindibile l'intervento giurisdizionale «per statuire su situazioni giuridiche attinenti alla libertà personale». Questo principio può essere desunto dall'art. 111 comma 7 Cost., il quale parlando di «provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali» sta ad indicare che all'interno di tale disposizione possono essere ricompresi solo provvedimenti emessi da organi giurisdizionali, senza voler contrapporre questi con quelli di competenza amministrativa. «Ogni procedimento avente un tale oggetto deve essere giurisdizionale e quindi, serbare in sé tutte le garanzie che siffatta qualifica comporta, tra cui il diritto di difesa».

possibilità (del reo) di conoscere in anticipo le conseguenze penali della propria condotta»²⁰. Ma, nell'ambito della giurisdizione rieducativa, la legalità si fa inevitabilmente più vaga in quanto la legge non può dettagliatamente prevedere i singoli comportamenti che provocano l'applicazione o revoca di una misura alternativa. Così si ricorre a formule generiche, lasciando al giudice il compito di esaminare le situazioni che si prospettano caso per caso, "personalità per personalità". Tale valutazione non può dirsi arbitraria, in quanto egli rimane vincolato all'obiettivo costituzionale della rieducazione e al rispetto dei parametri giurisdizionali²¹.

Ulteriori riferimenti costituzionali importanti, in tema di tutela giurisdizionale, sono ricavabili dagli artt. 24 comma 1 e 113 Cost.: il riconoscimento al condannato del diritto soggettivo di fruire, in presenza dei presupposti, delle misure alternative, vedendosi riesaminata la sua situazione detentiva, esige, ex art. 24 comma 1 Cost., l'ammissione del diritto di agire in giudizio per la sua salvaguardia. Questa garanzia giurisdizionale è rafforzata dall'art. 113 Cost. che prevede la possibilità di invocarla "sempre" avverso atti di natura amministrativa, disposti dalla pubblica amministrazione o autorizzati *de plano* dal magistrato di

²⁰ G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, pag. 64; vedi anche M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2009, pagg. 10-11; sempre M. RUARO, *Art. 678 c.p.p.*, in Giostra-Grevi-Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, a cura di Della Casa, Cedam Editore, tomo II, 2011, pag. 1084, afferma che forme procedurali di tipo giurisdizionali sono imprescindibili tanto per la legittima applicazione *ab initio* della sanzione penale che per ogni regolare modifica quantitativa e qualitativa della pena. In giurisprudenza, Corte Cost., 14 luglio 1976, n. 192, ha dichiarato che sono costituzionalmente illegittimi - per contrasto con gli artt. 13, 24, secondo comma, e 111, primo e secondo comma, Cost. - gli artt. 34 e 35 del r.d. 9 settembre 1941, n. 1023 (contenente disposizioni di coordinamento, transitorie e di attuazione dei codici penali militari), nella parte in cui attribuiscono la decisione sulla domanda di liberazione condizionale al Ministro da cui dipendeva il militare condannato al momento del commesso reato, anziché ad un organo giurisdizionale di adeguato livello. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'applicazione, in questo caso, della liberazione condizionale presupponga un obbligo tassativo del legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle. Con la conseguenza che il condannato avrebbe diritto a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma sostanziale, venisse riesaminata la sua situazione in ordine alla prosecuzione della esecuzione della pena, al fine di accertare se quella già scontata abbia o no assolto il suo fine rieducativo e quindi se il suo ulteriore protrarsi sia o no giustificabile. Ma un simile riesame, comportando una rivalutazione dei presupposti, con conseguenze modificative sul giudicato (sotto il profilo punitivo), non potrebbe essere conferito ad organi dell'esecutivo, ma dovrebbe essere affidato ad un organo giurisdizionale, che fosse, peraltro, di adeguato livello.

²¹ G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, pag. 137; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 11

sorveglianza. La giurisdizione è lo strumento necessario per la tutela dei diritti, non solo come difesa da una pretesa lesione, ma anche come mezzo esclusivo per farli valere²².

1.1.3. La riforma del 1975: un primo passo verso la giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza.

Su queste premesse costituzionali è stata costruita la riforma penitenziaria attuata con la legge 26 luglio 1975, n. 354, che ha dato avvio alla concretizzazione del principio rieducativo della pena mediante la previsione di un trattamento personalizzato, definito sulla base dell'osservazione scientifica della personalità²³, e attraverso l'introduzione delle prime misure alternative al carcere (l'affidamento in prova ai servizi sociali, il regime di semilibertà e la liberazione anticipata). Per la prima volta una fonte primaria ha riconosciuto il diritto ad una modifica qualitativa e quantitativa della pena, in corso di esecuzione, ed ha istituito, presso i tribunali presenti nelle sedi di cui alla tabella allegata alla legge stessa, gli uffici di sorveglianza. Questi uffici furono affidati ad un magistrato di sorveglianza, sostituto dell'ex giudice di sorveglianza, ed alla sezione di sorveglianza, organo collegiale situato presso ciascun distretto di Corte d'Appello.

Le competenze dell'organo monocratico e dell'organo collegiale sono state ripartite dall'ordinamento penitenziario ai sensi dell'art. 71. Attraverso un'elencazione tassativa, il legislatore ha specificato le materie per le quali il magistrato di sorveglianza deve operare nel rispetto di un contraddittorio camerale, che caratterizza i cosiddetti procedimenti di sorveglianza "tipo". L'elenco comprende le seguenti attività: la rateizzazione e la conversione delle pene pecuniarie, la remissione del debito, i ricoveri ex art. 148 c.p., il riesame della pericolosità sociale del soggetto per l'esecuzione, la modifica o revoca delle misure di sicurezza, l'esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, la

²² G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, pag 51.

²³ Art. 1 comma 6 ord. penit. «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere. Per definire, invece, le materie proprie dell'organo collegiale, si deve rinviare alle norme di riferimento di cui agli artt. 70 e 71 ord. penit., le quali attribuiscono al collegio il potere di concedere, revocare e far cessare la misura alternativa, nonché di ridurre la pena per la liberazione anticipata. Il tribunale è inoltre competente per il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive ai sensi degli articoli 146 e 147, numeri 2) e 3) c. p.

Il conferimento ad un giudice collegiale della competenza per la concessione o revoca delle misure alternative, poteri incidenti sullo *status libertatis* del reo, è stato fin da subito ritenuto «un'operazione tecnicamente giusta»²⁴.

Si manifestò la preferenza per un organo collegiale con poteri decisivi in materia di misure alternative, ritenuti di eccessiva responsabilità per il giudice monocratico, che, essendo in contatto costante con i detenuti, avrebbe potuto subire condizionamenti diretti o indiretti per la loro concessione.

Altra novità fu la scelta di assicurare nella sezione di sorveglianza la presenza di due esperti, specializzati in psicologia, pedagogia o criminologia, idonei ad offrire un contributo determinante per la valutazione dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto²⁵. Alla sezione appartenevano anche due giudici togati ai quali il legislatore riconobbe, ex art. 68 comma 4 ord. penit., la loro esclusiva dedizione alla giurisdizione rieducativa. Se da un lato si preferì conferire questa materia all'organo collegiale, dall'altro fu riconosciuta, ex art 70 comma 6 ord. penit., l'importanza della presenza al suo interno del magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione era posto il condannato o l'internato, in quanto capace di fornire agli altri componenti del collegio elementi utili per la valutazione della condotta del ristretto avendo una conoscenza diretta dello stesso²⁶.

²⁴ On. MAZZOLA, seduta 1 ottobre 1974, in contrapposizione l'On. GIOMO che, nella seduta del 2 ottobre 1974, aveva mostrato delle perplessità sulla capacità di un organo collegiale di far fronte con tempestività alla mole di lavoro a cui sarebbe andato incontro; v. anche Ministro ZAGARI seduta 25 settembre 1974: www.camera.it)

²⁵ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 188; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli Editore, 1998, pagg. 31 ss.

²⁶ V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento*

L'introduzione con l'art. 71 ord. penit., di un apposito procedimento per la sezione di sorveglianza²⁷, seppur abbia rappresentato l'avvio del processo di giurisdizionalizzazione, fu giudicato negativamente dalla dottrina, soprattutto a causa delle numerose lacune riscontrabili nella regolamentazione del rito e difficili da colmare per via interpretativa, a causa dell'assenza di clausole di rinvio e della peculiarità di questo procedimento²⁸. Di fatto, rappresentava ancora un'illusione, la

*storico. Atti del convegno, Varese, 1977, pag. 106 s. Egli manifestò come l'apporto del magistrato di sorveglianza del *locus custodiae* fosse importante ai fini della decisione della sezione, per l'insieme di notizie e conoscenze direttamente assunte sul ristretto ma d'altro canto il collegio era organo necessario per impedire il pericolo di «iniziative avventate o eccessivamente disinvolve da parte dei singoli magistrati di sorveglianza nell'applicazione delle misure alternative».*

²⁷ Il testo della norma così recitava: «*Procedimento di sorveglianza.*

Il presidente della sezione o il magistrato di sorveglianza, a seguito della richiesta o della proposta previste dall'art. 57 ovvero d'ufficio, fissa con decreto il giorno della deliberazione e ne fa pervenire avviso al pubblico ministero ed all'interessato almeno cinque giorni prima di quello stabilito, avvertendoli che possono partecipare personalmente alla discussione e presentare memorie.

L'interessato nomina un difensore. Ove non vi provveda, il difensore è nominato d'ufficio dal presidente della sezione o dal magistrato di sorveglianza.

Le disposizioni di cui ai due commi precedenti si applicano anche in tutti i casi in cui la sezione o il magistrato di sorveglianza procedono d'ufficio.

La competenza spetta alla sezione o al magistrato di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di prevenzione o di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta o della proposta previste dall'art. 57 od all'inizio d'ufficio del procedimento di sorveglianza.

L'ordinanza che conclude il procedimento di sorveglianza è comunicata al pubblico ministero e all'interessato nel termine di dieci giorni dalla data della deliberazione.

Avverso l'ordinanza della sezione o del magistrato di sorveglianza il pubblico ministero e l'interessato possono proporre ricorso in Cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Le comunicazioni all'interessato degli avvisi e dei provvedimenti previsti nei commi precedenti sono effettuate ai sensi dell'art. 645 del codice di procedura penale.

La sezione e il magistrato di sorveglianza emettono i loro provvedimenti avvalendosi della consulenza di tecnici del trattamento operanti negli stabilimenti della loro circoscrizione e possono svolgere le investigazioni previste dall'art. 637 del codice di procedura penale.

Alla revoca delle riduzioni di pena, ai sensi del terzo comma dell'art. 54 quando la condanna è intervenuta successivamente alla liberazione anticipata, la sezione di sorveglianza provvede secondo le modalità stabilite per gli incidenti di esecuzione.».

²⁸ V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative*, cit., pag. 114-115. Il legislatore, abbandonando il modello del procedimento per le misure di sicurezza, a cui si faceva riferimento nel primo disegno di legge per disciplinare il procedimento di sorveglianza, volle assicurare ad esso autonomia ed indipendenza. Nonostante tale novità, l'art. 71 ord. penit. presentava molte lacune (come ad esempio in materia di nullità) non superabili da clausole di rinvio, in quanto assenti, e neppure dall'uso della tecnica interpretativa dell'analogia, a causa della difficoltà di trovare un procedimento, per materia e *ratio*, simile a quello di sorveglianza. Così l'A. definì la riforma del '75 «un'operazione affrettata, imprecisa e disorganica forse motivata dall'esigenza di strutturare un nuovo procedimento anche in rapporto alla prevista istituzione della sezione di sorveglianza». Così anche B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet Editore, 1995, pag. 410, osservarono che non bastavano «un giudice qualsiasi» ed «un procedimento giurisdizionale qualsiasi» per intervenire su specifiche situazioni giuridiche soggettive.

realizzazione di una giusta correlazione tra «giustiziabilità», intesa come “materia della garanzia”, e «giurisdizionalità», concepita come “forma della garanzia”²⁹, ovvero di un sistema fondato, da un lato, sul riconoscimento di una sfera di diritti a cui corrispondono, dall’altro, adeguate forme giurisdizionali cui ricorrere per azionarli.

Un tale iato interessava primariamente il diritto di difesa, a causa dell’eccessiva genericità di alcune disposizioni dell’art. 71 ord. penit. Al primo comma era collocato l’obbligo del presidente della sezione di comunicare, almeno cinque giorni prima di quello stabilito, l’avviso della data dell’udienza, insieme all’avvertimento del contestuale diritto dell’interessato di partecipare personalmente e di presentare memorie. Ma l’art. 71 ord. penit. nulla diceva sul diritto di prendere preliminarmente visione degli atti e di estrarne copia: il solo richiamo del comma 8 all’art. 637 c.p.p. 1930, concernente le attività istruttorie eseguite d’ufficio (anche prima dell’udienza), fu inteso come indiretto riconoscimento del diritto di conoscenza di atti importanti, fondamentale per il corretto sviluppo di un successivo contraddittorio³⁰, nel quale le parti “potevano” partecipare. La norma era carente anche sotto il profilo della garanzia della difesa tecnica, in quanto, il secondo comma affermava semplicemente la nomina, da parte dell’interessato, del difensore di fiducia, che, in mancanza, sarebbe stato disegnato dal giudice³¹. Siccome assente era la specificazione nell’avviso della data dell’udienza della facoltà di nominare un difensore di fiducia, succedeva che questa, soprattutto nei casi di procedimenti instaurati d’ufficio, venisse esercitata dall’autorità giudiziaria. Inoltre sulla nomina d’ufficio del difensore, non era precisato il momento in cui sarebbe dovuta avvenire, «sicché non resta(va) che

²⁹ E. SOMMA, *La «giurisdizionalizzazione» dell’esecuzione*, cit., pag. 174. Interessante è il timore che l’A. esprime in merito alla tendenza di un parallelismo tra i diritti del cittadino libero e i diritti del cittadino condannato, in quanto ciò rischierebbe di vanificare il principio dell’uguaglianza sostanziale, che non si risolve in una semplice uguaglianza di tipo formale: «La ragionevolezza di discriminazioni a svantaggio del condannato deve essere controbilanciata dalla ragionevolezza di discriminazioni a vantaggio dello stesso, sia dal punto di vista dei diritti che delle tutele». V. anche A. GAITO, *La «lunga marcia» dell’esecuzione penale (frammenti di giurisprudenza costituzionale)*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pagg. 967 e ss.

³⁰ V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative*, cit., pag. 136

³¹ Per il testo dell’originaria previsione dell’art. 71 ord. penit., v. *supra*, nota 27.

affidarsi alla sensibilità del magistrato competente per la nomina»³². Anche se logicamente, l'incarico fosse stato conferito subito dopo la comunicazione della data dell'udienza, non sarebbe stata comunque idonea ad assicurare una congrua preparazione della difesa.

Con la legge n. 1 del 12 gennaio 1977, l'art. 71 fu sostituito da sei articoli (artt. 71-71 *sexies* ord. penit.) attraverso i quali si tentò di chiarire gli interrogativi prodotti dalla laconicità della disciplina originaria. Seppur la normativa del procedimento fu così distribuita in diversi articoli, essi si presentarono disconnessi da un punto di vista di successione logica ed ancora insoddisfacenti sotto il profilo della completezza³³.

Ulteriore passo in avanti per la giurisdizione rieducativa e per il processo di flessibilità della pena fu compiuto dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, la quale, oltre a ribattezzare l'organo collegiale in tribunale di sorveglianza, ribadendo così la sua autonomia dalla corte d'appello, aumentò le opportunità di uscita anticipata dal carcere, attraverso la previsione di nuove misure alternative e la modifica dei presupposti delle preesistenti. Sicuramente la riforma del 1986 (cd. legge Gozzini) ha assicurato una maggiore sistematicità alla disciplina del procedimento di sorveglianza e alle tutele dell'interessato, con particolare riferimento al diritto di difesa³⁴.

³² V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative*, cit., pag. 129

³³ A. A. DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli Editore, 1982, pag. 239. L'A. esprime perplessità sia per la collocazione finale della regolamentazione dell'inammissibilità dell'istanza (art.71 *sexies*) sia per la disorganicità della disciplina delle comunicazioni, per la quale l'art. 71 *quater* rinvia al codice di procedura penale 1930, disponendo la sua applicabilità anche per le comunicazioni dei provvedimenti ed avvisi «previsti negli articoli precedenti». Il richiamo degli "articoli precedenti" porterebbe ad escludere l'estensione della normativa del codice di procedura penale allora in vigore sulle comunicazioni al provvedimento di inammissibilità, in quanto collocato dopo l'art 71 *quater*. Cfr. B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., pag. 410

³⁴ Per quanto concerne il diritto di difesa, bisogna riconoscere alla legge Gozzini il merito di aver rimediato alle lacune dell'art. 71 ord. penit. assicurando maggiori tutele all'interessato sotto il profilo della difesa e dei termini dilatori utili per la preparazione della stessa. In particolare il rinnovato art. 71 ord. penit. ha disposto che il presidente del tribunale o il magistrato di sorveglianza inviti l'interessato a designare un difensore, il quale, altrimenti, verrà nominato d'ufficio entro il preciso termine di cinque giorni a decorrere dalla comunicazione dell'invito stesso. Deve seguire la comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza «almeno cinque giorni prima da quello stabilito», a favore del pubblico ministero, dell'interessato e del difensore, la cui partecipazione

1.1.4. Lo stato dell'arte: l'approdo finale del procedimento di sorveglianza nel codice di procedura penale.

Dal punto di vista processuale, un traguardo importante fu raggiunto nel 1988 con il nuovo codice di procedura penale, per mezzo del quale si è potuto definitivamente ricondurre il procedimento di sorveglianza nell'ambito della giurisdizione penale³⁵. Infatti l'art. 678 c.p.p., intitolato "procedimento di sorveglianza", fu il prodotto della trasposizione della disciplina dalla legge penitenziaria nel codice di rito, eseguita secondo le due principali direttive della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81. La direttiva n. 96 esprime il bisogno di «garanzie di giurisdizionalità nella fase della esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza», cui si aggiungono le prescrizioni relative alla «necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali di esecuzione» e all'«impugnabilità dei provvedimenti del giudice». Simile direttiva fu solo apparentemente diversa rispetto a quella della legge delega 3 aprile 1974, n. 108³⁶, la quale parlava di «giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti le modificazioni e l'esecuzione della pena [...]».

La formulazione meno incisiva della legge delega 81/1987, tuttavia, sarebbe giustificata dal diverso momento storico in cui operò e dall'obiettivo che le venne assegnato di completare quel percorso di giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione, già avviato a partire dal '75, del quale faceva parte il procedimento di sorveglianza³⁷.

risulta, ai sensi dell'art. 71 *bis* ord. penit., non più eventuale quanto necessaria, fissando così la premessa per un contraddittorio effettivo tra la parti dinanzi la magistratura di sorveglianza.

³⁵ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pagg. 107 ss.: la giurisdizione penale non è semplicemente il *modus procedendi* del diritto penale, per l'accertamento di un reato o l'applicazione di una sanzione penale, ma si allarga a ricomprendere tutte quelle attività incidenti sui diritti fondamentali dell'uomo, sia in negativo che in positivo.

³⁶ Prima delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, rimasta inattuata.

³⁷ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 19; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 76. La tesi così sostenuta in via maggioritaria si contrappone ad una minoritaria secondo cui le «garanzie di giurisdizionalità [...] con riferimento ai provvedimenti [...]» esprimevano il ricorso ad una forma di tutela giurisdizionale solo successiva ed eventuale rispetto ai provvedimenti per la cui emanazione la direttiva sembrava non richiedere le stesse garanzie. Per tale dottrina minoritaria cfr. F. MAISTO, *Giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza. Questioni*

Questo obiettivo doveva essere raggiunto, secondo la direttiva n. 98 della legge delega 81/1987, attraverso un «coordinamento con i principi della presente delega dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza» attuando i «caratteri del sistema accusatorio» richiamati dalla stessa legge delega, nel rispetto dei «principi della Costituzione» e delle «norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale». Così il legislatore del 1988, all'art 666 c.p.p. ha regolato il procedimento di esecuzione a cui fa rinvio l'art. 678 c.p.p. Seppur sia stata conferita al procedimento di sorveglianza un'ubicazione nella sede codicistica autonoma e distinta rispetto al rito di esecuzione, il rinvio operato dall'art. 678 c.p.p. ha determinato l'assunzione da parte del primo di «un aspetto morfologicamente speculare»³⁸ a quello dell'art. 666 c.p.p. Tale soluzione normativa ha progressivamente mortificato la giurisdizione rieducativa e le materie di cui questa si occupa, le quali, data la divergenza rispetto a quelle del procedimento esecutivo, richiederebbero tratti procedurali distintivi, più conformi alle peculiari finalità perseguite con il rito di sorveglianza³⁹. Pertanto la scelta legislativa di omologare la disciplina di cui all'art. 678 c.p.p. a quella dell'art. 666 c.p.p., scelta che deriva dalla convinzione della necessaria uniformità dei due procedimenti, in quanto simili sono le materie ad oggetto, è stata valutata negativamente dalla dottrina. Infatti, partendo dal presupposto della diversità delle finalità perseguite dalle due procedure⁴⁰, si è ritenuto che il rinvio dell'art. 678 c.p.p. all'art. 666 c.p.p. non abbia potuto valorizzare appieno il procedimento di

emerse dopo la legge Gozzini e col nuovo c.p.p. Effetti della sentenza 4-7-1989 della Corte Costituzionale, in Quaderni del C.S.M., Roma, 1991, n. 46, pag. 141 (www.csm.it).

³⁸ K. MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. Disc. Pen.*, III agg., 2005, Utet, pag. 1114.

³⁹ G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, pag. 411, il quale sottolinea il peggioramento che il rito di sorveglianza ha subito a seguito della sua introduzione nel libro X del codice di procedura penale a causa della «prevalenza funzionale» del procedimento di esecuzione, in quanto «esso costituisce ora la base su cui viene modellato, quale figlio illegittimo e mal tollerato, il processo di sorveglianza».

⁴⁰ Mentre la giurisdizione esecutiva in senso stretto ha ad oggetto il titolo esecutivo, di cui accerta la validità e l'efficacia, la giurisdizione rieducativa, occupandosi della concreta esecuzione penale, pone al centro del giudizio la persona in espiazione di pena, al fine di assicurare la funzionalità della pena in chiave rieducativa.

sorveglianza, che ha subito dei regressi dal punto di vista dei mezzi idonei a soddisfare le esigenze tipiche di un giudizio «sull'uomo»⁴¹.

1.1.5. Ambito operativo del procedimento di sorveglianza ex art. 678 c.p.p.

L'inserimento nel codice di rito della regolamentazione del procedimento di sorveglianza ha inevitabilmente comportato l'abrogazione della disciplina del capo II *bis* del titolo II della legge n. 354 del 1975 per mezzo dell'art. 236 comma 2 delle norme di coordinamento del codice di procedura penale⁴². Esso ha previsto l'ultravigenza delle disposizioni processuali dell'ordinamento penitenziario, diverse da quelle degli artt. 71-71 *sexies*, rispetto alle materie di competenza del tribunale⁴³. Pertanto la regola fissata dall'art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p. assicura un ridimensionamento di quanto si sarebbe potuto desumere dalla lettera dell'art. 678 comma 1 c.p.p. il quale, avendo disposto che «il tribunale di sorveglianza (procede) nelle materie di sua competenza», avrebbe comportato un'applicazione indiscriminata del nuovo modello procedurale ad ogni materia di competenza dell'organo collegiale e, di conseguenza, avrebbe travolto le procedure semplificate

⁴¹ Art. 666 comma 4 c.p.p. *versus* art. 71 *bis* ord. penit., in riferimento alla possibilità del condannato di partecipare personalmente all'udienza qualora sia ristretto in un istituto al di fuori della circoscrizione territoriale del giudice procedente: sarà questo uno dei punti chiave della presente trattazione, nell'ottica della tutela del diritto di difesa. Sul punto, sin d'ora si segnalano F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 95; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè Ed., 2002, pagg. 77-78; A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Ed., 2005, pagg. 238-239; R. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, 1994, pagg. 539-540.

⁴² Le norme di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale sono state introdotte dal d. lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

⁴³ I limiti del presente lavoro non consentono una disamina più approfondita dell'argomento. Pertanto, si rinvia al contributo di M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli Editore, 2002, pagg. 189 ss.; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 27 e ss. In particolare l'A. specifica come il richiamo dell'art. 236 comma 2 norme di coordinamento del c.p.p. al solo organo collegiale, abbia originato opinioni diverse sulla questione dell'abrogazione delle disposizioni degli artt. 71-71 *sexies* ord. penit. anche per le materie di competenza del magistrato di sorveglianza. Inoltre sorge il problema di come leggere la persistenza, in alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario, del richiamo al capo II *bis* del titolo II ord. penit., ormai abrogato. È il caso dell'art. 14 *ter* comma 4 ord. penit., rispetto al quale la lettura più logica è quella che opta per un rinvio "mobile", ovvero che si indirizza alla normativa vigente di cui all'art. 678 c.p.p. Si veda A. PRESUTTI, *Art. 236*, in *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, a cura di G. Uberty, Giuffrè Editore, 1990, pagg. 238-239. In giurisprudenza, cfr. Cass. sez. un., 27 giugno 2006, *Passamani*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 3976.

disposte dall'ordinamento penitenziario. Sono dunque rimaste in vigore per il tribunale di sorveglianza le regole dei procedimenti atipici con riferimento a quelle situazioni per le quali «la tutela giurisdizionale piena è parsa sovrabbondante»⁴⁴. Si tratta cioè di materie concernenti il regime di detenzione in senso stretto ovvero il trattamento intramurario, rispetto alle quali l'organo collegiale procede in sede di reclamo avverso le decisioni di competenza, a seconda dei casi, dell'amministrazione penitenziaria o del magistrato di sorveglianza⁴⁵.

L'atipicità degli schemi procedurali ubicati nell'ordinamento penitenziario è tale in quanto essi presentano una semplificazione delle garanzie giurisdizionali. Infatti questi sono caratterizzati da un alleggerimento delle formalità prescritte per l'instaurazione del contraddittorio, aspetto che più di altri risulta contratto, data l'impossibilità dell'interessato di partecipare personalmente all'udienza. La previsione di un intervento del condannato esclusivamente cartolare, limitato alla presentazione di memorie, costituisce la principale differenza rispetto al procedimento di sorveglianza tipo. Una differenza, in realtà, che «si è un poco attenuata»⁴⁶ con l'introduzione della nuova normativa del rito di sorveglianza nel codice di procedura penale, la quale, diversamente da quella abrogata (garante di una generalizzata possibilità di intervento del reo), sembra subordinare il diritto di partecipazione in udienza alla condizione che il condannato sia ristretto nella stessa circoscrizione del tribunale procedente⁴⁷. Ciò nonostante rimane evidente la distanza che separa, soprattutto sotto il profilo delle garanzie difensive, i due modelli procedurali. Una distanza che «slanci di sensibilità garantistica»⁴⁸ hanno cercato di superare per mezzo di un'estensione della sfera applicativa del rito

⁴⁴ A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pag. 136.

⁴⁵ Si restringe il richiamo al reclamo cosiddetto di «base» ex art. 14 *ter* ord. penit., che trova applicazione in materia di «sorveglianza particolare» di cui all'art. 14 *bis* ord. penit. e avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza dispositivi le «limitazioni e controlli della corrispondenza» ex art. 18 *ter* ord. penit.

⁴⁶ F. DELLA CASA, *L'incostituzionalità del procedimento di reclamo ex art. 53-bis comma 2 ord. penit. Un restyling determinato da un «eccesso di delega» (o dalle eccessive aperture della Consulta nei confronti della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione?)*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 1420.

⁴⁷ Cfr. art. 71 *bis* ord. penit. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*, parte II, capitolo 2, § 2.2.2.

⁴⁸ K. MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 1119.

ordinario a svantaggio di quello atipico. Infatti è intervenuta la Consulta che, dichiarando l'incostituzionalità di alcune ipotesi per le quali è previsto dall'ordinamento penitenziario il procedimento per reclamo, ha assicurato una più ampia operatività di quello tipico *ex art. 678 c.p.p.* In particolare, si vuole far riferimento alla significativa pronuncia della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata «l'incostituzionalità rispetto all'art. 76 Cost. degli artt. 236 comma 2 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale), 14 *ter*, primo, secondo e terzo comma, e 30 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non consentono l'applicazione degli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale nel procedimento di reclamo avverso il decreto del magistrato di sorveglianza che esclude dal computo della detenzione il periodo trascorso in permesso-premio»⁴⁹. Il dispositivo rappresenta il risultato di un ragionamento che ha preso come punto di riferimento la direttiva n. 96 di cui all'art. 2 della legge delega 81/1987. Infatti muovendo dal contenuto di questa disposizione che impone «garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione», consistenti nella «necessità del contraddittorio» e «nell'impugnabilità dei provvedimenti» concernenti le pene e le misure di sicurezza, il Collegio costituzionale coglie l'esigenza di allineare alcuni schemi procedimentali alle garanzie minime di giurisdizionalità, trattandosi di meccanismi in grado di incidere sulla libertà dell'individuo. Questo è il caso del procedimento di reclamo proposto avverso il provvedimento di mancato computo dei permessi nella durata della pena, il quale, avendo ad oggetto un decreto comportante un prolungamento dello *status detentionis* e dunque una modifica quantitativa della sanzione penale, richiede il recupero delle garanzie essenziali proprie di un processo penale.

La necessità di assicurare «il rispetto integrale [...] delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e della tutela della libertà personale anche nella fase esecutiva della pena, in coerenza con il progetto rieducativo»⁵⁰ dovrebbe coinvolgere anche un'altra forma di procedimento atipico di competenza del tribunale di sorveglianza, ovvero il reclamo proponibile avverso il rigetto del

⁴⁹ Corte cost., 8 febbraio 1993, n. 53.

⁵⁰ Corte cost., 8 febbraio 1993, n. 53.

permesso. Infatti la funzione rieducativa⁵¹, esercitata dall'istituto per mezzo di una modifica, seppur temporanea, dello *status detentionis* del condannato, costituisce la premessa per accogliere il recupero delle ordinarie garanzie giurisdizionali⁵². Sono soprattutto i mezzi della difesa personale a dover essere rivendicati all'interno di una procedura in cui ampio spazio deve essere dedicato alla valutazione della personalità dell'interessato, vale a dire di quelle «situazioni, circostanze, episodi che traggono la loro origine da momenti effettuali e non meramente “tecnici” della vita e degli atteggiamenti del condannato e dell'ambiente che lo circonda»⁵³. Simili considerazioni, alla luce della suddetta pronuncia costituzionale, sono estese da una parte della dottrina anche nella materia della sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* ord. penit., data la maggiore afflizione che tale regime determina in merito alle modalità di esecuzione della sanzione penale⁵⁴.

Potrebbe apparire lodevole quell'orientamento indirizzato verso un'applicazione generalizzata di schemi procedurali che presentano migliori garanzie difensive per l'interessato, ma ciò comporterebbe una «“pangiurisdizionalizzazione” dell'esecuzione»⁵⁵, contraria alla funzionalità del sistema *post iudicatum* ed alla *voluntas* sia del legislatore penitenziario che di quello delegato all'emanazione del nuovo codice di procedura penale. Infatti la molteplicità e frammentarietà degli schemi procedurali, modulati e conservati (non senza inconvenienti) nell'ordinamento penitenziario in relazione all'entità del provvedimento da contestare, esprimono l'opportunità di adottare forme di tutela diverse, di minore o maggiore garanzia per l'interessato a seconda della natura del

⁵¹ In dottrina si veda A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, pag. 530. In giurisprudenza, cfr. Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349; Corte cost. 2 giugno 1995, n. 227.

⁵² M. MARGARITELLI, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 372; T. DELLA MARRA, *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sent. n. 53 del 1993 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 2338; S. F. VITELLO, *Significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi premio*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 1907.

⁵³ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 412.

⁵⁴ A favore di un'interpretazione estensiva della pronuncia Corte cost. n. 53/1993 nell'ambito della sorveglianza particolare, travolgendo così il procedimento di reclamo ad esclusivo vantaggio di quello tipico, cfr. M. MARGARITELLI, *I requisiti minimi della giurisdizionalità*, cit., pag. 370; T. DELLA MARRA, *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio*, cit., pagg. 2336-2337.

⁵⁵ F. DELLA CASA, *L'incostituzionalità del procedimento di reclamo*, cit., pag. 1425.

diritto colpito. La consistenza dei provvedimenti e, dunque, degli interessi in gioco, può essere calibrata sulla base di una fondamentale distinzione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale tra le decisioni concernenti «le modalità di esecuzione della pena che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna» e i provvedimenti che «incidono sulla quantità e qualità della pena», i quali comprendono tutte le «misure che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere»⁵⁶. Questa linea di demarcazione, inaugurata dalla Consulta, è stata confermata da successivi interventi legislativi, i quali hanno assicurato un reclamo cosiddetto «integrato»⁵⁷ dalle garanzie difensive del procedimento di sorveglianza ex art. 678 c.p.p. nei confronti di provvedimenti rilevanti sotto il profilo della misura o della qualità della pena⁵⁸.

1.1.6. Alcuni cenni sulla legislazione emergenziale dei primi anni '90: manifesto di un'involuzione della giurisdizione rieducativa.

Il percorso di progressiva evoluzione della giurisdizione rieducativa, nella fase successiva all'emanazione del codice di procedura penale, ha subito delle retrocessioni. Agli inizi degli anni '90, attraverso una serie di leggi, è stata infatti attuata una controriforma che ha determinato una «degiurisdizionalizzazione»⁵⁹ ovvero un'«amministrativizzazione»⁶⁰ dell'esecuzione.

Il motivo che ha indotto il legislatore a stravolgere le scelte di politica penitenziaria fu lo stato di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica che, agli inizi

⁵⁶ Corte Cost., 24 giugno 1993, n. 349.

⁵⁷ C. CONTI, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 296.

⁵⁸ Si fa riferimento in particolare a due interventi legislativi: la l. 19 dicembre 2002, n. 277 e la l. 23 dicembre 2002, n. 279. La prima istituisce un reclamo «integrato» nella materia della liberazione anticipata, un beneficio che, capace di incidere sul *quantum* di pena, poggia su un apprezzamento della personalità del soggetto. Mentre il secondo intervento applica le regole procedurali dell'art. 678 c.p.p. in merito all'impugnazione dei provvedimenti che, sospensivi delle regole ordinarie di trattamento, condizionano la qualità dell'esecuzione penale attraverso il divieto di concessione delle misure alternative ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 bis ord. penit.

⁵⁹ A. GAITO, *La «lunga marcia» dell'esecuzione penale*, cit., pag. 970.

⁶⁰ F. DELLA CASA, *Le «magistrature di sorveglianza» fra consolidazione ed esautorazione*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 528.

del '90, si fece sempre più allarmante a causa del susseguirsi incessante di reati particolarmente gravi quali i reati di criminalità organizzata. La legge Gozzini, nell'opera di incentivazione delle misure alternative al carcere, non aveva fissato alcun criterio che tenesse conto del tipo di reato sanzionato per limitare l'applicabilità dei benefici penitenziari. Ecco che, data l'emergenza criminale di quegli anni, con due decreti legge, il n. 152 del 13 maggio 1991 ed il n. 306 dell'8 giugno 1992, convertiti rispettivamente nelle leggi 12 luglio 1991, n. 203 e 7 agosto 1992, n. 356, il legislatore ha posto un freno all'accesso indifferenziato all'esecuzione *extra moenia* attraverso l'istituzione del doppio binario, disponendo una serie di deroghe al regime penitenziario ordinario e al trattamento extramurario per i condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., per la gran parte riconducibili (quantomeno nella prima applicazione della disciplina) a fattispecie di tipo associativo. Infatti sono stati i cosiddetti reati "di mafia" a costituire, sin dall'inizio, il principale bersaglio di questa speciale normativa, la quale ha inglobato nel corso del tempo ulteriori crimini di pari pericolosità ed emergenza sociale (come quelli concernenti la sfera sessuale)⁶¹.

Di fronte ad una realtà di disordine ed insicurezza determinata dall'avvicinarsi di tali fattispecie delittuose, il legislatore ha disposto un duplice rimedio nell'ambito del sistema penitenziario: gli artt. 4 *bis* e 41 *bis* ord. penit. Si

⁶¹ L'art. 4 *bis* ord. penit. ha subito nel corso del tempo ripetuti interventi di modifica che hanno determinato un ampliamento del campo di applicazione del divieto di concessione dei benefici penitenziari. Inizialmente l'art. 4 *bis* ord. penit., introdotto con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, rubricato "Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni reati", faceva riferimento a due fasce di reato: i reati di mafia, di terrorismo o di eversione, ed altri e diversi delitti particolarmente pericolosi a livello sociale (individuati tassativamente in un'apposita elencazione contenuta nella norma). Mentre per la prima categoria la concedibilità dei benefici era subordinata alla prova negativa circa l'assenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», per la seconda solo la prova positiva avrebbe impedito la concessione di benefici penitenziari. Seguì il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, che, oltre a dare il titolo attuale alla norma, introdusse come ulteriore condizione indispensabile per l'accesso alle misure alternative la collaborazione. Ulteriore intervento, particolarmente rilevante per l'art. 4 *bis* ord. penit., è stato realizzato dal d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, il quale ha dato avvio ad un processo espansivo dell'ambito applicativo della norma andando a comprendere talune fattispecie di reato riguardanti la sfera sessuale. Per ultimo il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38, che, ritoccando quest'ultima fascia di reati, ha disposto quale presupposto per la concessione dei benefici lo svolgimento di un anno di osservazione scientifica della personalità del reo in istituto.

tratta di due disposizioni complementari tra loro, strettamente connesse in quanto accomunate dall'intento legislativo di reprimere attività delittuose particolarmente gravi per l'ordine e la sicurezza pubblica, un intento emerso tanto nella fase processuale di cognizione quanto in quella di esecuzione della pena. Così nell'ambito del sistema penitenziario, l'art. 4 *bis* ord. penit. attua un restringimento della possibilità di beneficiare delle misure alternative, rispetto alle quali la chiave di accesso diviene la collaborazione con la giustizia. In questo modo il legislatore sembra voler incentivare, anche nella fase *post iudicatum*, l'adozione da parte dell'interessato di condotte idonee ad offrire agli organi inquirenti elementi utili a scardinare l'organizzazione criminale⁶². La centralità della collaborazione quale presupposto essenziale per la concessione dei benefici penitenziari esprime la controtendenza di un sistema ispirato alla funzione rieducativa della pena dove le misure alternative divengono, per tali categorie di condannati, soprattutto una forma di ricompensa per l'apporto fornito alla giustizia. L'esecuzione della pena finisce dunque per essere usata come strumento di pressione, diretto

⁶² Così recitava il testo originario dell'art. 4 *bis* ord. penit. contenuto nel d.l. 152/1991:

«Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti.

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI possono essere concessi ai condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416- bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416- bis e 630 del codice penale e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, solo se sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Quando si tratta di condannati per i delitti di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, del codice penale e all'articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del predetto testo unico, approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali».

all'ottenimento di una condotta collaborativa, trasformando l'apparato carcerario in «ingranaggio attivo dell'azione investigativa»⁶³. Questa pressione si manifesta, oltre che nei limiti di accesso ai benefici penitenziari, anche nel regime particolarmente rigoroso che deve essere applicato ai non collaboratori. Il trattamento detentivo riservato a tale categoria di condannati costituisce una deroga alle regole ordinarie che sono così sostituite da quelle speciali di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. La norma dispone infatti un regime carcerario di massima sicurezza la cui severità possa, oltre che incentivare atteggiamenti di apertura verso l'autorità giudiziaria, spezzare ogni possibilità di contatto tra il ristretto e la realtà criminale di appartenenza. Pertanto nel tentativo di offrire una soluzione necessitata dallo stato di emergenza e dalle politiche di contrasto a forme di delinquenza organizzata in grado di compromettere su larga scala la sicurezza e l'ordine pubblico, la riforma penitenziaria ha previsto limitazioni più incisive sullo *status detentionis* dei condannati ritenuti, presuntivamente in base al titolo di reato, socialmente pericolosi e per questo inidonei alla concessione di misure alternative ad eccezione del caso in cui essi decidano di collaborare.

Il rigore che contraddistingue la normativa sul trattamento penitenziario riservato ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. appare fortemente affievolito sotto il profilo dei mezzi di tutela giurisdizionale: si potrebbe parlare di un rapporto inversamente proporzionale intercorrente tra misure restrittive sempre più forti e strumenti difensivi sempre più blandi. La legislazione del biennio '91 – '92 ha influito particolarmente sia sui poteri della magistratura di sorveglianza, la quale si è vista man mano limitare la propria autonomia decisionale, sia sui diritti difensivi dell'interessato facendo sorgere dei dubbi di legittimità costituzionale sulla base,

⁶³ F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 117; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 14, il quale definisce la riforma come «strumento di neutralizzazione» e «strumento di orientamento di tali condannati verso scelte di collaborazione con la giustizia»; L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'unione delle camere penali ed una proposta che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 30; C. A. ESPOSITO, *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Cedam, 2004, pag. 35.

rispettivamente, degli artt. 101 comma 2 e 24 comma 2 Cost. Si tratta di una serie di precetti costituzionali che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., con le interpolazioni operate dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, assicuravano nell'ambito della giurisdizione penale l'attuazione del principio del contraddittorio tra le parti di fronte ad un giudice terzo e imparziale⁶⁴. Le disposizioni in questione sono quelle dei commi 2 e 3 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit., le quali hanno previsto l'acquisizione obbligatoria da parte del giudice di sorveglianza di informazioni dettagliate, provenienti rispettivamente dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza e dal procuratore nazionale antimafia sullo stato di pericolosità sociale del reo. Se, per il comma 2, la documentazione, seppur necessaria, non ha effetto vincolante e può essere liberamente valutata dal giudice⁶⁵, allo stesso modo non sarebbe stato interpretato il comma 3 *bis* dello stesso art. 4 *bis* ord. penit. che, inserito con il successivo d.l. 306 dell'8 giugno 1992, ha conferito al procuratore antimafia il potere di intervenire presso la magistratura di sorveglianza, ogni qual volta ritenga sussistenti collegamenti tra il detenuto o internato e l'organizzazione criminale. L'interpretazione letterale della disposizione in questione, privilegiata da alcuni, conferirebbe al procuratore «una vera e propria

⁶⁴ A. GAITO, *Il controllo sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1992, II, pag. 700: «Alla luce degli artt. 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost. sarebbe anacronistico sostenere che un giudice sia pure in materia penitenziaria possa essere vincolato alle valutazioni di un'autorità amministrativa»; C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, in *Giusto proc.*, 1992, pagg. 174-175; C. FIORIO, *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1993, II, pagg. 314-315, secondo cui se il legislatore consentisse un'intromissione dell'esecutivo, si formerebbe un'evidente contraddizione al processo di progressiva giurisdizione dell'esecuzione penale. Dubbi di incostituzionalità sono espressi anche da: S. PRESTIPINO, *Nuovi condizionamenti e limiti per i benefici penitenziari a condannati pericolosi*, in *Giust. pen.*, 1993, pag. 254; F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 1265-1266; A. A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. (Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975, n. 354)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 906; V. GREVI, *op. ult. cit.*, pag. 11; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 19.

⁶⁵ Si veda Cass. Sez. I, 20 gennaio 1992, *Forte*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 1550, sentenza con la quale è stato accolto il ricorso contro l'ordinanza di rigetto dei benefici penitenziari del tribunale di sorveglianza di Ancona. La Cassazione ha motivato ritenendo che le informazioni sull'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, seppur obbligatori, non sono vincolanti in quanto, oltre al fatto di non essere previsto un tale effetto dall'art. 4 *bis* ord. penit., si comprometterebbe la natura giurisdizionale dell'esecuzione.

facoltà di veto»⁶⁶, capace di limitare la libertà decisionale dell'autorità giudiziaria. La giurisprudenza, principalmente, per impedire che la norma incorresse in una declaratoria di incostituzionalità, ha ritenuto che l'avviso del procuratore avesse lo stesso carattere liberatorio delle informazioni del comitato provinciale⁶⁷, facendo sì che la magistratura di sorveglianza potesse decidere in piena autonomia, in posizione di terzietà ed imparzialità, sulla base di ulteriori e diversi elementi probatori frutto del contraddittorio tra le parti.

La perdita di centralità della giurisdizione rieducativa a favore di un'amministrativizzazione dell'esecuzione di pena è invece evidente in materia di applicazione del regime penitenziario di alta sicurezza in quanto il comma 2 *bis* dell'art. 41 *bis* ord. penit. assegna al Ministro della giustizia la competenza ad adottare il provvedimento per la sospensione delle regole ordinarie di trattamento. Si tratta dunque di una procedura amministrativa nella quale l'autorità ministeriale decide acquisendo necessariamente un parere del pubblico ministero nonché ogni altra informazione da parte di appositi organi investigativi (come la Dna o la Dia), senza l'instaurazione di alcuna sorta di contraddittorio con l'interessato, prospettandosi di conseguenza una violazione del diritto di difesa⁶⁸. Violazione resa più grave, tanto da prospettare forti dubbi di legittimità costituzionale, a causa della mancanza, nella versione originaria dell'art. 41 *bis* ord. penit., di mezzi giurisdizionali adeguati a sindacare il provvedimento ministeriale sospensivo delle ordinarie regole penitenziarie, comprese le misure alternative per i condannati ai reati dell'art. 4 *bis* ord. penit. Seppur le decisioni circa le modalità di trattamento *intra moenia* siano di competenza dell'amministrazione penitenziaria, il condannato rimane titolare di diritti soggettivi la cui tutela spetta, ai sensi dell'art. 24 Cost., al

⁶⁶ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 508.

⁶⁷ Si veda Cass. Sez. I, 10 febbraio 1993, *Palladino*, in *Cass. pen.* 1993, pag. 2385, che, in riferimento all'art. 4 *bis* comma 3 *bis* ord. penit., ha dichiarato: «la prova dell'attualità di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata dovrà essere sempre valutata e apprezzata dal giudice che giammai potrà limitarsi a recepire acriticamente l'informazione fornitagli [...] dall'organo di accusa, il cui parere potrà essere condiviso o disatteso dal giudice stesso che dovrà dare conto del giudizio raggiunto con proposizioni appropriate». In dottrina F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 531.

⁶⁸ L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002*, cit., pag. 31.

giudice dei diritti ovvero al giudice ordinario⁶⁹. È stata per prima la Corte costituzionale ad evidenziare la necessità di prevedere una forma di tutela giurisdizionale a favore del detenuto che subisce «ulteriori restrizioni [...] che comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale»⁷⁰. Un'esigenza che ha condotto la Consulta a riconoscere, sulla base dell'analogia tra il provvedimento dispositivo del regime di sorveglianza particolare ed il provvedimento applicativo del "carcere duro", l'estensione a quest'ultimo ambito della disciplina del reclamo previsto dall'art. 14 *ter* ord. penit. in relazione alla sorveglianza particolare⁷¹. Le indicazioni della giurisprudenza costituzionale hanno trovato una parziale ratifica con la l. 7 gennaio 1998, n. 11, la quale, introducendo all'art. 41 *bis* ord. penit. un nuovo comma 2 *bis*, ha attribuito al tribunale di sorveglianza la competenza a decidere sui reclami avverso tali provvedimenti. Di fatto solo con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, è stato ammesso un preciso mezzo di tutela giurisdizionale attraverso la previsione, ai comma 2 *quinquies* e *sexies* dell'art. 41 *bis* ord. penit., di un reclamo che rinvia alle regole procedurali degli artt. 666 e 678 c.p.p. L'applicabilità del procedimento di sorveglianza tipo ha sicuramente offerto all'interessato garanzie giurisdizionali più adeguate per l'impugnazione di provvedimenti che, a differenza della sorveglianza particolare, impediscono la concessione di misure in grado di modificare qualitativamente lo *status detentionis* del soggetto pericoloso per la sicurezza pubblica.

In verità il legislatore ha disposto dei correttivi alle regole del procedimento di sorveglianza quando si rivolge a condannati sottoposti al regime penitenziario speciale. Infatti la situazione di emergenza sociale è stata la causa di un ridimensionamento dei valori di oralità ed immediatezza, accolti dal nuovo codice di procedura penale, comportando effetti negativi sul contraddittorio. Per evitare che la traduzione dagli stabilimenti carcerari alle sedi giudiziarie potesse consentire collegamenti con le associazioni criminali, vanificando l'efficacia dei provvedimenti

⁶⁹ Corte cost., 5 novembre 1993, n. 410.

⁷⁰ Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349.

⁷¹ Cfr. Corte cost., 5 novembre 1993, n. 410; Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351; Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376.

derogatori delle regole ordinarie di trattamento *ex art. 41 bis* ord. penit., l'intervento dell'interessato veniva generalmente negato dal giudice. Con l'avvento dell'informatizzazione, il legislatore ha recepito i vantaggi che i moderni strumenti tecnologici avrebbero potuto offrire anche nel campo giudiziario ideando una nuova forma di partecipazione "virtuale"⁷². L'intervento dell'interessato all'udienza può essere così eseguito sottoforma di un collegamento a distanza tramite una connessione video tra la sede dell'udienza e la postazione remota⁷³. Si percepisce da queste prime considerazioni come la politica del doppio binario abbia inferto un grave *vulnus* al diritto di difesa, un vuoto che il legislatore ha cercato in parte di colmare per mezzo di ricorrenti interventi modificativi con cui ha inteso assicurare maggiori strumenti di tutela giurisdizionale, capaci di controbilanciare le esigenze di difesa sociale con quelle, altrettanto essenziali, di garanzia dei diritti inviolabili di ogni persona, seppur condannato e sottoposto al regime speciale di detenzione.

⁷² L'obiettivo è stato perseguito dalla l. 7 gennaio 1998, n. 11, intitolata «*disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame al dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*», successivamente modificata dal d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, ed infine stabilizzata all'interno del codice di procedura penale dall'art. 3 comma 1 l. 23 dicembre 2002, n. 279.

⁷³ Per maggiori approfondimenti v. *infra*, parte II, capitolo 2, § 2.2.7.

Capitolo 2

Il procedimento di sorveglianza ed il giusto processo: dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 111 Cost.

SOMMARIO: 1.2.1. Artt. 27 comma 3 e 111 Cost.: scopo e garanzie giurisdizionali imprescindibili per una giusta esecuzione di pena. Aspetti introduttivi. – 1.2.2. La terzietà e l'imparzialità del giudice. – 1.2.3. Il contraddittorio tra le parti, in condizione di parità. – 1.2.4. Art. 6 par. 3 C.e.d.u. ed art. 111 comma 3 Cost.: la trasposizione in Costituzione delle garanzie soggettive per una "giusta" difesa. – 1.2.5. *Segue*. Precisazioni a proposito del diritto alla prova nel procedimento di sorveglianza. – 1.2.6. La limitata disponibilità dei mezzi di impugnazione avverso le ordinanze della magistratura di sorveglianza.

1.2.1. Artt. 27 comma 3 e 111 Cost.: scopo e garanzie giurisdizionali imprescindibili per una giusta esecuzione di pena. Aspetti introduttivi.

Nello studio del procedimento di sorveglianza, lungo il suo percorso di giurisdizionalizzazione, è imprescindibile il richiamo all'art. 111 Cost.¹.

Con la riforma costituzionale operata dalla l. 23 novembre 1999, n. 2, l'ordinamento italiano accoglie il modello del "processo equo" certificato nell'art. 6 dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata dal nostro paese con la legge 4 agosto 1955, n. 848. Il contributo maggiore alla costituzionalizzazione del giusto processo deriva dal definitivo abbandono di una giurisdizione penale di tipo inquisitorio, a favore di una di natura accusatoria, fondata sui principi dell'oralità, immediatezza e concentrazione. In particolare l'art. 111 Cost. richiama i paragrafi 1 e 3 dell'art. 6 C.E.D.U. che riconoscono come veri e propri diritti soggettivi le garanzie dell'equo processo. Ma a differenza della normativa sovranazionale, la

¹ G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2004, pag. 10. Data «l'equazione tra giusto processo e giurisdizione [...] non vi può essere forma di giurisdizione nel nostro ordinamento capace di sottrarsi alla connotazione imposta dalla *Grundnorm*; anzi, nell'esecuzione penale, è proprio la verifica circa la reale incidenza dei principi del giusto processo che consente di misurare l'effettivo grado di penetrazione delle garanzie di giurisdizionalità nel tessuto normativo».

L'art. 111 Cost. è la norma di principio della sezione dedicata alla giurisdizione, che, a differenza della fase anteriore alla legge del '99, non si occupa più solo dei provvedimenti giurisdizionali e della loro impugnazione ma anche del procedimento essendone l'antecedente necessario: cfr. D. BONFIETTI - G. CALVI - G. RUSSO - S. SENESE, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, pag. 70.

nostra Costituzione concepisce le garanzie del giusto processo come connotati oggettivi della giurisdizione che assorbono in sé diritti soggettivi². Tali connotati possono essere suddivisi in due categorie: una prima, dove ricomprendere i caratteri per un giusto processo *tout court*, ed una seconda, che contiene gli aspetti propri di un giusto processo penale. Nel primo insieme possono essere inseriti i principi elencati ai comma 1, 2, 6 e 7 dell'art. 111 Cost., mentre quelli enunciati ai comma 3, 4 e 5 costituiscono le componenti peculiari di un giusto processo penale.

Con il pieno riconoscimento della natura giurisdizionale del procedimento di sorveglianza³, questo deve fare i conti con i requisiti che la Costituzione assegna appunto alla giurisdizione, segnatamente alla giurisdizione penale, quali valori guida fondamentali per la garanzia di un «giusto processo». In verità in questo particolare contesto, la funzionalità del rito è legata ad un altro principio di rango costituzionale: la rieducazione del condannato. Infatti il procedimento di sorveglianza risulta efficiente in quanto capace di conseguire tale finalità, ovvero di assicurare un'esecuzione di pena conforme allo sviluppo personale del reo, modulandola adeguatamente a tutela dell'interesse pubblico e del diritto soggettivo ad un trattamento rieducativo. È proprio la finalità che rende speciale il rito *de quo* per il quale il legislatore ha disposto regole procedurali *ad hoc*, seppur non esclusive ma comuni, nonostante le differenze, al procedimento di esecuzione, mediante il rinvio compiuto dall'art. 678 c.p.p. all'art. 666 c.p.p. Così, se da un lato, lo scopo sarebbe idoneo a giustificare peculiari aspetti procedurali, dall'altro, questi non potrebbero essere tali da derogare alle irrinunciabili garanzie giurisdizionali. Il particolare *modus procedendi* di questo rito dovrebbe, quindi, essere il prodotto di un ricercato bilanciamento tra l'efficienza dei mezzi giudiziari, regolati diversamente secondo le esigenze di scopo perseguite, e le intangibili garanzie di procedura, comuni ad ogni procedimento. Ci sono infatti principi che costituiscono l'essenza della giurisdizione, imprescindibili, dunque, per ogni forma di giudizio (come

² P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli Editore, 2007, pag. 25; A. ANDRONIO, *Commentario Costituzione – Art. 111*, in www.leggiditaliaprofessionale.it. La ricostruzione del giusto processo in senso oggettivistico e soggettivistico è confermata infatti da espressioni quali: «la legge assicura», la persona accusata «sia informata», «disponga», «abbia la facoltà», «sia assistita».

³ Per approfondimenti si veda *supra* § 1.1.3.

l'imparzialità e la terzietà del giudice e la parità delle armi tra le parti); altri che fissano regole procedurali volte ad assicurare il giusto *modus* di accertamento della *res iudicanda* (si fa riferimento al contraddittorio maieutico); infine quelli che garantiscono rimedi sempre esperibili avverso provvedimenti decisori o incidenti sulla libertà personale.

La singolarità del rito di sorveglianza, connessa alla finalità rieducativa quale scopo comune alle parti e al giudice stesso, impedisce una pedissequa trasposizione delle regole processuali ordinarie le quali, ad eccezione di quelle che costituiscono la *conditio sine qua non* per una reale tutela giurisdizionale, possono essere diversamente modulate in ragione dell'oggetto e dello scopo dell'accertamento. Si tende ad utilizzare espressioni quali «esecuzione leale»⁴ o «giusta esecuzione»⁵ o anche «giurisdizione anomala»⁶, per denotare «l'impossibilità (logica e contenutistica) di riprodurre *sic et simpliciter* movenze formali e cadenze proprie della giurisdizione cognitiva»⁷ al procedimento esecutivo e rieducativo. Pertanto «il processo [esecutivo] risulterà compatibile con le nuove forme del processo di cognizione sancite per Costituzione, solo se, per via d'interpretazione, lo specifico modulo verrà adattato, così da assicurare il rispetto minimale di quelli che sono i valori della giurisdizione»⁸. Nonostante il legislatore abbia operato secondo questa logica, la regolamentazione del procedimento di sorveglianza non è rimasta immune da vizi, determinando, per alcuni aspetti, un contrasto con i «canoni aurei»⁹ del giusto processo. Come si potrà desumere da un esame più approfondito della

⁴ S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 51-52. Egli riprende i concetti, tipici del sistema anglosassone, di *just* e *fair* da applicare rispettivamente al nostro processo di cognizione (dominato dall'idea di *justice*) e al nostro procedimento di esecuzione (legato alla *fairness*). Il concetto di "lealtà" (o *fairness*) sta ad indicare quei doveri e quelle garanzie appartenenti al *due process of law* e che, riportato nel nostro sistema e rapportato all'esecuzione, designa l'insieme essenziale dei diritti costituzionalmente riconosciuti a livello giurisdizionale.

⁵ A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Ed., 2005, pag. 4.

⁶ K. MAMBRUCCHI, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002, pag. 277.

⁷ A. GAITO - G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 5.

⁸ A. GAITO - G. RANALDI, *op. ult. cit.*, pag. 5.

⁹ K. MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. Disc. Pen.*, III agg., 2005, Utet, pag. 1118.

disciplina, vi sono disposizioni procedurali che, seppur discutibili per la loro corrispondenza all'art. 111 Cost., sarebbero giustificate, in quanto volte a salvaguardare il principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost. Ve ne sono altre che, invece, non sembrano in grado di rispondere né allo scopo del rito *de quo* né alle tutele tipiche del giusto processo, depotenziando *in toto* la funzionalità della giurisdizione rieducativa.

1.2.2. La terzietà e l'imparzialità del giudice.

Nell'opera di adeguamento dei principi della giurisdizione con il principio di rieducazione del reo attraverso la pena, prerogativa quest'ultima del procedimento di sorveglianza, si incontrano delle difficoltà, in particolare quando il bilanciamento tocca i comma 2, 3 e 4 dell'art. 111 Cost. Il comma 2 dell'art. 111 Cost. enuncia tre valori primari di giustizia: il contraddittorio tra le parti processuali in condizione di parità, la terzietà e l'imparzialità del giudice ed infine la ragionevole durata del processo. Nonostante tale comma esordisca con «ogni processo si svolge [...]», l'uso del termine "processo" non escluderebbe l'applicabilità della disposizione anche al di fuori di questo ambito, in quanto si può desumere che qui tale espressione sia estesa fino a ricomprendere ogni attività giurisdizionale (civile, penale, amministrativa, tributaria), a differenza di quanto dichiarato nei comma 3 e 4 dell'art. 111 Cost., che fanno riferimento al solo processo penale.

È da ritenere, quindi, che le garanzie giurisdizionali del comma 2 della norma costituzionale siano estese ad ogni tipo di procedimento e, richiamando il procedimento penale, a tutte le fasi di cui quest'ultimo si compone, dalle indagini preliminari fino all'esecuzione (deduzione confermata anche dalla direttiva n. 96 della legge delega n. 81 del 1987)¹⁰. Sulla base di tale premessa, occorre valutare la

¹⁰ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, pag. 572: «il processo penale non può più considerarsi esaurito nel momento in cui il giudice di cognizione, accertati fatti e responsabilità, stabilisce l'entità della pena da irrogare, ma si estende alla fase dell'esecuzione che si pone in rapporto strettamente consequenziale a quella di cognizione». Così anche A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet giuridica, 2008, pag. 216. Egli, come ulteriore argomentazione, prende in considerazione il fatto che «anche nel procedimento di sorveglianza vi è una fase di trattazione che, avendo natura sostanziale di processo, si addice perfettamente alla nomenclatura usata dall'art. 111 comma 1 e 2 Cost.». In

misura in cui questi principi generali trovano effettiva attuazione nel contesto della sorveglianza, cercando un giusto compromesso con il valore speciale dell'art. 27 comma 3 Cost. che, rappresentando l'obiettivo del procedimento *post iudicatum*, condiziona il suo *modus procedendi*.

Tralasciando il principio della ragionevole durata, di scarsa rilevanza nell'ambito della sorveglianza, le questioni di maggior interesse concernono la tutela dei valori essenziali propri del sistema accusatorio: la terzietà ed imparzialità dell'autorità giudiziaria davanti alla quale si svolge il contraddittorio tra le parti, in posizione di parità.

I principi di terzietà¹¹ e d'imparzialità¹² del giudice, infatti, lo rendono *super partes*, a garanzia del corretto svolgimento del contraddittorio, instaurato sulla base del principio *ne procedat iudex ex officio* e della domanda di parte per l'ammissione delle prove. Questi aspetti vengono ampiamente derogati nella giurisdizione rieducativa che, in contrapposizione al processo di cognizione, è caratterizzata dalla presenza di un giudice dotato di significativi poteri d'ufficio: acquisizione delle prove ed attivazione del procedimento di sorveglianza. Pertanto ci si chiede se gli ampi poteri concessi al tribunale di sorveglianza possano essere considerati il risultato di un giusto temperamento tra l'art. 111 comma 2 Cost. e l'art. 27 comma 3 Cost. Sicuramente essi rispondono ad una medesima *ratio*, ovvero evitare che l'inerzia delle parti possa compromettere la possibilità di una esecuzione della pena *extra moenia* attraverso la concessione di una misura alternativa, qualora sussistano le

contrapposizione si pone l'idea di chi, in riferimento alla esecuzione in senso stretto, ritiene che essa «non può essere qualificata come un segmento di quel processo cui si rivolge la norma costituzionale sulla giurisdizione», dato che l'avvio della fase esecutiva presuppone la definitiva e irrevocabile chiusura di quella processuale in G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2012, pag. 1061.

¹¹ La terzietà si riferisce allo *status*, al profilo "istituzionale" della funzione giurisdizionale: indica «l'indifferenza del giudice verso le parti del processo», la sua indipendenza funzionale dalle parti e dal potere politico. Si veda G. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002, pag. 11; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., pag. 51; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Utet giuridica, 2004, pagg. 107e ss.

¹² L'imparzialità delinea il profilo "operativo" della funzione giurisdizionale, ossia i caratteri soggettivi-psicologici del giudice, affinché eserciti correttamente e genuinamente il potere decisorio. Egli è imparziale nella misura in cui: 1- non fa propri gli interessi delle parti; 2- non subisce la forza della prevenzione, a causa della ripetitività decisoria; 3- non vanta una personale pretesa nel processo. Si veda G. DEAN, *op. ult. cit.*, pag. 6; G. UBERTIS, *op. ult. cit.*, pag. 107 s.

condizioni per autorizzarla. Esaminando con maggior attenzione il ruolo propulsivo del giudice, questo potere si concretizza nell'instaurazione del procedimento per una modifica tanto *in melius* quanto *in peius* dello *status libertatis* dell'interessato, nelle facoltà di convertire l'istanza inammissibile¹³, di estendere il *petitum*¹⁴ e di individuare il *thema decidendum*¹⁵, ovvero nell'obbligo *ex lege* di procedere¹⁶. Seppur un tale ruolo propulsivo del giudice spinga a riconsiderare in questo ambito il sistema come inquisitorio, non si pongono dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 111 comma 2 Cost.

Questa opinione sembra essere privilegiata da quella parte della dottrina secondo cui dal bilanciamento dei valori costituzionali in gioco l'affievolimento dell'imparzialità del giudice sia da considerarsi legittimo, nella misura in cui serva ad assicurare efficienza ad un principio di pari dignità, come il finalismo rieducativo della pena¹⁷. Infatti, l'attivazione d'ufficio deve essere concepita come uno

¹³ È un potere esercitato in tutti i casi in cui l'istanza presentata dalle parti sia stata rigettata a causa di mere irregolarità formali, come ad esempio il *nomen iuris* della misura richiesta. Più problematica è la possibilità di ricomprensione i casi di inammissibilità per la mancanza di certi presupposti, in particolare quelli cronologici. Se si seguisse puntualmente la normativa, si escluderebbe una tale ipotesi, ma secondo parte della dottrina il giudice potrebbe attivare la procedura e concedere comunque il beneficio una volta maturati i termini, purché sia rimasta invariata la competenza territoriale. Si veda V. LA GIOIA, *Misure alternative e permessi: preparazione, decisione, esecuzione. Problemi relativi ai profili penitenziario, giudiziario, territoriale*, in *Quad. CSM*, n. 46, 1991, pag. 182; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pag. 155, che parla di un potere d'ufficio come di un potere di supplenza. Allo stesso modo A.A. DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli Editore, 1982, pag. 233. In senso critico, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2009, pag. 154.

¹⁴ Delinea la facoltà del giudice di estendere la discussione a misure non richieste, di cui deve essere data indicazione nell'avviso della data dell'udienza. Se il giudice intendesse allargare il *petitum* nel corso della trattazione, secondo una parte della giurisprudenza (si veda Cass. sez. I, 14 ottobre 1978, *Curcio*, in *Cass. pen.*, 1980, pag. 912; Cass. sez. I, 9 ottobre 1981, *Varone*, in *Riv. pen.*, 1982, pag. 484) può farlo purché nel rispetto del contraddittorio. In contrapposizione si pongono altri due orientamenti della Cassazione: uno rinnega al giudice una tale facoltà (Cass. sez. I, 8 febbraio 1995, *Fedeli*, in *Giust. pen.*, 1996, III, pag. 231), l'altro conferma la possibilità di un *petitum* esteso d'ufficio senza la necessità di un contraddittorio (Cass. sez. I, 21 aprile 1997, *Basso*, in *Cass. pen.* 1998, pag. 2715; Cass. sez. I, 21 maggio 1995, *Liviotti*, in *Cass. pen.* 1997, pag. 104).

¹⁵ In particolare fa riferimento all'ipotesi prevista dall'art 656 comma 10 c.p.p.

¹⁶ Si tratta dei casi di instaurazione obbligatoria del procedimento sulla base, non di una richiesta, ma di una trasmissione degli atti da parte del p.m. o del magistrato di sorveglianza.

¹⁷ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 575; R. MAMBRUCCHI, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, cit., pag. 291. In argomento, già G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 241, il quale seppur in epoca antecedente alla riforma costituzionale del giusto processo, si era espresso criticamente nei

strumento idoneo al potenziamento del processo di risocializzazione del soggetto, come un'«estrinsecazione dell'interesse pubblico alla realizzazione del fine costituzionale di rieducazione»¹⁸, il quale rimane pur sempre condizionato dall'autodeterminazione dell'interessato.

In merito sia al rifiuto di un sistema apparentemente persecutorio che alla giustificazione conciliatrice dei principi costituzionali esaminati, sembrano sorgere dei dubbi quando l'iniziativa del giudice è rivolta specificamente alla revoca di una misura alternativa già concessa. Infatti, nei casi di presunta violazione delle prescrizioni fissate dalla legge, o impartite dall'autorità giudiziaria, o di sopravvenuta decadenza dei presupposti per la concessione dei benefici penitenziari, si ristabilisce un rapporto conflittuale tra le parti, ovvero una contrapposizione tra l'interesse del soggetto a proseguire il trattamento rieducativo extramurario e la pretesa del pubblico ministero di limitare la libertà concessa con la misura alternativa. Di conseguenza, il giudice dovrebbe riacquistare appieno il ruolo di «imparziale compositore di un conflitto di pretese»¹⁹, facendo riaccendere, in tali ipotesi, peraltro più vicine alla logica della giurisdizione cognitiva²⁰, il contrasto con il principio stesso d'imparzialità del giudice²¹. Per questo motivo, in modo da evitare l'incostituzionalità della norma, si intende rafforzare il potere della parte accusatoria, a sfavore di quello *ope iudicis* per l'instaurazione della procedura di revoca²².

confronti di quanti definivano il giudice di sorveglianza «il difensore dei diritti del detenuto», ribattezzandolo «giudice della funzione rieducativa».

¹⁸ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli Editore, 1995, pag. 116

¹⁹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 242

²⁰ Il giudizio, avente ad oggetto la revoca della misura alternativa, è incentrato, più che sulla personalità, sul fatto che viene contestato al possibile beneficiario.

²¹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 242; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 576; K. MAMBRUCCHI, *Giusto processo ed esecuzione penitenziaria*, cit., pag. 292; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 161.

²² A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 156; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992, pag. 384; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedere*, Giappichelli Editore, 1998, pag. 116. Gli AA. precisano che, nonostante si preferisca lasciare, al solo pubblico ministero, il potere di avviare la procedura di revoca, nell'ordinamento penitenziario permangono delle disposizioni, come l'art. 51 *ter* ord. penit., che prevedono la competenza del magistrato di sorveglianza di sospendere cautelativamente la misura alternativa e di trasmettere gli atti all'organo collegiale, affinché decida

A questa visione si contrappone quell'orientamento che considera pressoché inconcepibile un avvio d'ufficio del procedimento di sorveglianza, sia esso rivolto alla concessione che all'annullamento dei benefici penitenziari²³. Sebbene tale attribuzione sia motivata dalla particolarità del fine rieducativo, secondo questa opposta opinione sembrerebbe assurdo, in confronto ai valori essenziali di ogni dinamica giurisdizionale, «che sia il medesimo soggetto a dare l'avvio al procedimento ed a giudicare sull'iniziativa presa»²⁴. Infatti, la convergenza degli interessi delle parti è un aspetto che riguarda lo scopo del procedimento ma non anche il mezzo per raggiungerlo, il quale, trattandosi di una procedura giurisdizionale, non può prescindere dai valori di terzietà ed imparzialità, connotati strutturali ed oggettivi della giurisdizione²⁵.

1.2.3. Il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità.

Il contraddittorio tra le parti in posizione di parità (detto con una formula latina "*audiatur et altera pars*") suggella la struttura triadica propria di ogni procedimento, a garanzia del confronto dialettico²⁶ tra i contendenti davanti ad un giudice terzo ed imparziale. Prima della riforma costituzionale del '99, il principio del contraddittorio trovava sempre una tutela nella Carta costituzionale, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 24 e 3 Cost.²⁷. Il passaggio da un sistema

sulla revoca. In questo modo si mantiene un promovimento *ex officio* da parte del giudice monocratico, in quanto con il decreto sospensivo e con la trasmissione degli atti al tribunale, non sembra trovare spazio un intervento del pubblico ministero.

Per un'analisi più approfondita della questione, v. *infra*, parte II, cap. 1, § 2.1.3.

²³ L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2011, pag. 380.

²⁴ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 230. Cfr. anche A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 243-244, i quali evidenziano come, in realtà, la corrispondenza degli interessi possa mancare anche nei casi di intervento migliorativo per il condannato, qualora egli non intenda sottoporsi alla misura alternativa alla detenzione. Così come pure la convergenza non giustificherebbe l'obbligo di partecipazione all'udienza del pubblico ministero e del difensore.

²⁵ A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 226-227.

²⁶ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Treccani, 2001, pag. 1. Nello studio di tale principio, l'A. riconosce il confronto dialettico come nucleo indefettibile dell'idea di «giustizia procedurale minima».

²⁷ M. CHIAVARO, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè Ed., 2000, pagg. 23 e ss. L'A. in occasione del convegno organizzato in onore di Vincenzo Cavalleri, richiamò le parole dello stesso nel definire il contraddittorio il mezzo fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa, desumibile, prima del rinnovato art. 111 Cost., dall'art. 24 comma 2 Cost.

inquisitorio ad un sistema accusatorio, attuato con il nuovo codice di procedura penale del 1988, ha reso il contraddittorio ad armi pari un mezzo irrinunciabile per lo svolgimento di qualunque procedimento, nel rispetto del libero convincimento del giudice.

La presenza effettiva del pubblico ministero e della difesa tecnica in udienza al fine di garantire un confronto dialettico, rappresenta un connotato che caratterizza solamente alcuni procedimenti camerati, tra cui il procedimento di sorveglianza. È questa infatti la nota distintiva di alcuni riti in camera di consiglio, suddivisibili in due categorie a seconda della presenza di un cosiddetto contraddittorio "debole" o un contraddittorio "forte". La norma di riferimento per approntare tale distinzione è contenuta nell'art. 127 c.p.p., che si presenta come modello generale delle procedure camerati "deboli", caratterizzate dalla partecipazione delle parti attraverso il solo contributo cartolare. Questo schema procedimentale è stato integrato, di volta in volta, da maggiori garanzie giurisdizionali assicurando un rafforzamento del contraddittorio nelle ipotesi in cui, oltre l'esigenza di celerità, è forte il bisogno di tutelare valori primari costituzionali: questo è il caso dei procedimenti camerati *post iudicatum*, nei quali vengono assunte decisioni coinvolgenti i diritti di libertà e dirette all'attuazione dello scopo della pena sancito in Costituzione²⁸.

Se, da un lato, il contraddittorio costituisce una garanzia imprescindibile per la giurisdizione, che richiede «l'assegnazione alle parti di tempi e condizioni necessari per preparare la dialettica processuale, nonché adeguate forme partecipative dinanzi al giudice»²⁹, dall'altro esso rischia di rendere il procedimento di sorveglianza dispendioso, in contrasto con l'esigenza di celerità, tanto più avvertita in un contesto dove in gioco si pongono il valore della libertà personale, legato al bisogno di risocializzazione, e l'interesse al contenimento del sovraffollamento carcerario. Per questi motivi, negli uffici di sorveglianza si è consolidata la prassi di una trattazione sostanzialmente burocratica delle udienze,

²⁸ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Giuffrè Editore, 1994, pag. 325.

²⁹ F. CASSIBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, pag. 2.

nelle quali, seppur la partecipazione sia sempre formalmente tutelata in quanto necessaria, «la dialettica tra le parti è sostanzialmente assente [..]. Il convincimento del giudice si forma quasi esclusivamente su materiale cartaceo, spesso inadeguato a fornire un quadro effettivo della situazione che meglio potrebbe essere delineata attraverso l'audizione degli operatori penitenziari o di altri soggetti»³⁰. Pertanto, nonostante la partecipazione, concepita come mezzo di tutela per un confronto dialettico tra pubblico ministero e difensore, sia il contrassegno del procedimento camerale di sorveglianza, nella prassi sembra divenire una mera formalità. Ancora più ridotta è la tutela offerta alla partecipazione personale del soggetto interessato che, lasciata ad una scelta del giudice priva di parametri³¹, rimane sostanzialmente inattuata proprio per le medesime esigenze di celerità, a cui si aggiungono quelle di sicurezza. Questa forma limitata di partecipazione nel procedimento di sorveglianza, a differenza di quello esecutivo, incide negativamente sul contraddittorio, «la cui dimensione personalistica [..] può rilevarsi, talora risolutiva»³². In relazione alla scelta di uniformare la disciplina di procedimenti funzionalmente diversi, considerata irragionevole secondo la logica per cui la forma debba essere adeguata allo scopo³³, si potrebbe qui introdurre un ulteriore problema relativo proprio alla ridotta possibilità dell'interessato di presenziare all'udienza. Se si considera, infatti, il contraddittorio in condizioni di parità, che richiede il conferimento alle parti di strumenti omogenei o diversi, e comunque idonei ad assicurare un loro equilibrio, ne consegue che la presenza obbligatoria del pubblico ministero e del difensore sia adeguata a rendere effettivo, almeno formalmente, un tale principio portante per ogni procedimento giurisdizionale. Invece, la forma contratta del volontario intervento del diretto interessato pone degli interrogativi circa la sua legittimità costituzionale. Posto che la presenza del

³⁰ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 582.

³¹ Per opera del processo di omogeneizzazione delle procedure di esecuzione e di sorveglianza, l'art. 666 comma 4 c.p.p. stabilisce per i soggetti detenuti o internati in luoghi posti fuori della circoscrizione del giudice, la possibilità di essere sentiti il giorno prima dell'udienza dal magistrato del luogo «salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione»

³² C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, 2002, pag. 270

³³ A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 239 s.; F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 385.

condannato rappresenta un mezzo di difesa, in certi casi fondamentale per un efficace confronto dialettico, si pone la questione se il “contraddittorio in condizioni di parità” ed il diritto di difesa siano effettivamente tutelati ogni volta che la partecipazione sia esclusa per motivi di efficienza procedurale o di sicurezza. Così sorge il dubbio se possa costituire ancora un’illusione la realizzazione di un sistema in cui «1tanti bus1ale41n» e «giurisdizionalità»³⁴ corrispondono. Tale problema è ancor più accentuato nei casi di contrapposizione degli interessi delle parti, ad esempio nei procedimenti aventi ad oggetto una modifica *in peius* dello *status detentionis*, ipotesi in cui risulta naturalmente spiccato l’interesse del condannato a partecipare personalmente ad un giudizio nel quale, oltretutto, gli viene rivolto un addebito³⁵.

1.2.4. Art. 6 par. 3 C.e.d.u. ed art. 111 comma 3 Cost.: la trasposizione in Costituzione delle garanzie soggettive per una “giusta” difesa.

Le novità più significative apportate dalla legge costituzionale 2/1999 sono contenute nei commi 3, 4 e 5 dell’art. 111 Cost. Mettendo da parte il quinto comma del suddetto articolo, non adeguato al procedimento di sorveglianza poiché di stretta correlazione con le caratteristiche dell’accertamento penale di cognizione³⁶, l’attenzione si concentra sui commi 3 e 4. In particolare il terzo comma dell’art. 111 Cost. specifica, elencandoli, i singoli diritti di difesa della «persona accusata» che, fino alla modifica costituzionale, potevano essere tratti dal principio generale di inviolabilità della difesa, ex art. 24 comma 2 Cost.

L’art. 111 Cost. ha sostanzialmente recepito il paragrafo 3 art. 6 C.e.d.u.³⁷, assicurando delle garanzie difensive imprescindibili per un giusto contraddittorio tra

³⁴ Per la definizione dei due concetti, v. *supra*, § 1.1.3.

³⁵ Per un’analisi più approfondita della questione, v. *infra*, parte II, cap. 2, § 2.2.3.

³⁶ La disposizione costituzionale sancisce il potere del legislatore ordinario di determinare le ipotesi di deroga alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, individuate nel consenso dell’imputato, nella provata condotta illecita, nell’impossibilità di natura oggettiva di assumere la prova secondo lo schema dialettico. Per approfondimenti, v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., pagg. 142 e ss.

³⁷ La norma stabilisce:
«In particolare ogni accusato ha diritto di:

le parti coinvolte nel «processo penale». Il preciso riferimento al processo penale potrebbe confinare tali tutele soggettive alla sola fase cognitiva, ma per mezzo del significato allargato ad esso riconosciuto (comprendente in sé ogni procedimento che abbia ad oggetto materie penali) ne viene assicurata l'estensione anche al procedimento di sorveglianza³⁸. Superata questa prima barriera, se ne incontrano tuttavia altre, sempre riferite al lessico usato dal legislatore che si affida a espressioni quali «persona accusata» ed «imputato», non facilmente 42 tanti bus42al nel campo della giurisdizione rieducativa.

Nell'ambito del procedimento di sorveglianza, infatti, il termine «persona accusata» va tradotto. Indubbiamente può essere assimilato a quello del condannato, ammesso ad un regime esecutivo *extra moenia*, al quale venga contestato un addebito (una trasgressione alle prescrizioni impartite con l'accesso alla misura alternativa) che, se accertato, potrebbe determinare una modifica peggiorativa dello suo *status libertatis* (revoca della misura e rientro in carcere). Più difficile adattare la locuzione alla condizione dei detenuti che attivano la procedura di sorveglianza per la concessione di un beneficio o per tutti i casi in cui si controverte "sull'autore". In queste fattispecie è assai difficile delineare un conflitto che possa portare alla formulazione di un'accusa; piuttosto si assiste ad una

-
- a) *essere informato, nel più breve tempo possibile, nella lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*
 - b) *disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*
 - c) *difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigono gli interessi della giustizia;*
 - d) *esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;*
 - e) *farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.».*

³⁸ Cfr. *supra* § 1.1.2.; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 572: «il processo penale non può più considerarsi esaurito nel momento in cui il giudice di cognizione, accertati fatti e responsabilità, stabilisce l'entità della pena da irrogare, ma si estende alla fase dell'esecuzione che si pone in rapporto strettamente consequenziale a quella di cognizione». Così anche A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 216. L'A., come ulteriore argomentazione, prende in considerazione il fatto che «anche nel procedimento di sorveglianza vi è una fase di trattazione che, avendo natura sostanziale di processo, si addice perfettamente alla nomenclatura usata dall'art. 111 comma 1 e 2 Cost.». In senso contrario si pone quell'impostazione la quale, in riferimento alla esecuzione in senso stretto, ritiene che essa «non può essere qualificata come un segmento di quel processo cui si rivolge la norma costituzionale sulla giurisdizione», dato che l'avvio della fase esecutiva presuppone la definitiva e irrevocabile chiusura di quella processuale in G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., pag. 1061.

confluenza degli interessi delle parti, tutti volti al perseguimento della finalità rieducativa. Seppure in queste ultime ipotesi la natura contenziosa risulti visibilmente affievolita tanto da giustificare un'attenuazione delle garanzie difensive, da una valutazione più attenta è possibile riscontrare una non perfetta convergenza di interessi idonea a rendere manifesta una benché minima contrapposizione tra le parti e di conseguenza l'affermazione di un andamento dialettico del rito. In particolare prendendo in considerazione l'interesse del condannato, «il risultato a cui aspira non è (tanto) l'affermazione del principio rieducativo, ma più concretamente, la mitigazione *quam maxime* del regime punitivo attraverso il riacquisto dello *status libertatis*»³⁹. Tra l'obiettivo egoistico del reo e l'interesse pubblico alla rieducazione non vige sempre e necessariamente un rapporto di totale sovrapposizione ma, al contrario, esso potrebbe subire delle deviazioni qualora il pubblico ministero intenda dimostrare che il soggetto non sia ancora meritevole della misura alternativa. D'altro canto, lo stesso procedimento di sorveglianza ha assunto nuovi connotati: «da mero strumento di verifica ovvero di prognosi della risocializzazione del condannato, il rito si atteggia oggi a strumento di individuazione del trattamento sanzionatorio più adeguato al caso specifico in considerazione di una molteplicità di situazioni che attengono sì alla sua personalità ma anche alla sua condotta meramente fattuale»⁴⁰. È possibile che, di fronte alla pluralità degli aspetti, personologici e fattuali, che devono essere presi in considerazione per giudicare la personalità del singolo e stabilire la modalità di esecuzione della pena più appropriata, si sviluppi una contrapposizione come nel caso in cui l'amministrazione penitenziaria dia un "responso" negativo della conduzione della pena da parte del reo. Pertanto oltre ai procedimenti di revoca, in

³⁹ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, pag. 504. L'A. evidenzia come, anche nel caso di procedimento con oggetto la concessione di un beneficio penitenziario, gli interessi delle parti non possono essere considerati pienamente convergenti. Egli ritiene così che tra gli obiettivi delle parti vi è un nesso di continenza, per cui l'interesse ad una modifica in *melius* dell'esecuzione della pena non è altro che un sottoinsieme dell'interesse pubblico alla rieducazione. Tra questi interessi strettamente connessi l'A. non esclude l'ipotesi occasionale di un'interferenza se il pubblico ministero valuti negativamente la concessione della misura.

⁴⁰ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 574. Si veda anche: F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2009, pag. 12; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 237.

cui il conflitto appare fisiologico, non è esclusa la possibilità, nonostante l'autorevole e comune scopo perseguito, l'insorgere di contrapposte prospettive in merito alla concedibilità della misura alternativa.

Il ripristinarsi, in tali ipotesi, di un contesto conflittuale, analogo a quanto avviene in sede di processo penale, implicherebbe la piena applicazione delle tutele di cui all'art. 111 comma 3 Cost., applicazione che potrebbe già dedursi dall'incontestabile garanzia del principio del contraddittorio da tutelare in «ogni processo», ai sensi del comma 2 art. 111 Cost. In un certo senso, si potrebbe definire simbiotico il rapporto che lega i due commi appena citati, in quanto il contraddittorio presuppone la parità delle armi, la quale, per essere effettiva, implica a sua volta che «ciascuna parte sia posta al corrente delle attività processuali dell'altra parte e sia messa nelle condizioni di poter replicare. Trattasi dei diritti di conoscenza degli atti processuali e di partecipazione, indispensabili per poter esplicitare un'effettiva e compiuta difesa»⁴¹.

Proprio in merito al diritto alla conoscenza, va aggiunto che questo deve presentare le seguenti caratteristiche: tempestività, riservatezza e specificità dell'oggetto della controversia⁴². Questi connotati costituiscono il presupposto necessario per dare correttamente inizio alla preparazione della difesa dell'interessato, la cui costruzione avviene nel rispetto di certi termini ragionevoli e di precise condizioni.

Riguardo invece al diritto di presenziare al processo, esso rappresenta una garanzia cruciale per l'autodifesa dell'interessato e un requisito necessario per assicurare il *fairness* processuale. Tale forma di tutela difensiva potrebbe essere desunta dall'utilizzo ripetuto nell'art. 111 Cost. dell'avverbio «davanti», come se questo rafforzasse il bisogno della presenza effettiva di tutte le parti, compreso il diretto interessato, avendo egli la facoltà di essere sentito in presenza dell'organo giudicante, oltre a quella di sentire, per mezzo del suo difensore, «persone a sua

⁴¹ G. BIONDI, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, in *Fatto e diritto*, Giuffrè Ed., 2011, pag. 77.

⁴² G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pag. 137.

difesa, nelle stesse condizioni dell'accusa», ovvero di acquisire ogni altro mezzo di prova a suo favore⁴³.

In certe occasioni, per rendere effettive la partecipazione attiva e la cognizione degli atti processuali da parte della persona a cui si rivolge il procedimento, occorre l'intervento di un interprete che garantisca la comprensione a chi, alloglotta, non conosce o non parla la lingua nazionale. Per tali motivi è proclamato dall'ultimo periodo del comma 3 art. 111 Cost., il diritto all'assistenza di un interprete, la cui gratuità è espressamente riconosciuta dalla C.e.d.u., a differenza della Carta costituzionale, la cui omissione è stata colmata da una espressa previsione da parte del codice di procedura penale *ex art. 143 comma 1*⁴⁴.

Sulla base di queste linee essenziali sulle garanzie difensive, interessante e problematico diviene l'esame (approntato nei successivi capitoli) di come la disciplina codicistica abbia cercato di concretizzare tali diritti costituzionali, tenendo conto delle peculiari funzionalità del procedimento di sorveglianza, strutturato secondo la forma camerale.

1.2.5. Segue. Precisazioni a proposito del diritto alla prova nel procedimento di sorveglianza.

Nell'elencazione delle garanzie difensive offerte alla «persona accusata», il comma 3 dell'art. 111 Cost. include il diritto alla prova, come diritto di «interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogazione di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova». Si tratta cioè dei diritti di ammissione dei mezzi di prova precostituiti e di assunzione di quelli costituendi, nonché di procedere all'esame e al controesame delle persone citate

⁴³ A. ANDRONIO, *Commentario Costituzione - Art. 111*, cit.; G. UBERTIS, *op. ult. cit.*, pag. 141; F. GIUNCHEDI, «Equo» processo europeo, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam, 2002, pagg. 89 e ss. Per approfondimenti sul diritto di partecipazione nei procedimenti *post iudicatum*: S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pagg. 204 e ss.; G. BIONDI, *Il procedimento penale*, cit., pagg. 129 e ss.

⁴⁴ Aspetto questo rilevante per la tutela dei diritti di difesa in una realtà sociale e penitenziaria, in cui elevata è la percentuale degli stranieri, che non parlano o non conoscono la lingua italiana.

rispettivamente a scarico e a carico dell'«accusato». Richiamando sommariamente la disciplina codicistica del procedimento di sorveglianza, si apprendono, dagli artt. 678 comma 2, 666 comma 5 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., due aspetti caratteristici della fase probatoria del suddetto rito. Il primo riguarda la preminenza delle prove precostituite rispetto alle prove costituende, alle quali è riconosciuto «carattere sussidiario e soltanto eventuale»⁴⁵; il secondo, invece, concerne il conferimento al giudice di un autonomo potere di iniziativa probatoria, attraverso cui egli acquisisce d'ufficio «tutti i documenti e le informazioni di cui ha bisogno» per mezzo delle autorità amministrative competenti. Il ruolo centrale dell'autorità giudiziaria nella fase probatoria, seppur metta in dubbio la sostenibilità del sistema accusatorio nei giudizi *post iudicatum*, non esclude il potere delle parti di richiedere l'ammissione di mezzi di prova. L'interesse delle parti a difendersi provando è sicuramente più avvertito nell'ambito dei cosiddetti giudizi “sul fatto” i quali, in fase esecutiva, sono compiuti tutte le volte in cui un singolo accadimento sia capace di fondare una modifica peggiorativa dello *status libertatis* del soggetto. Al contrario, il diritto alla prova risulta ridimensionato in un semplice «diritto “ad aggiungere”»⁴⁶ rispetto a quanto sia stato già acquisito dal giudice, nei casi in cui il giudizio è svolto “sull'autore”, cioè nelle ipotesi in cui la magistratura di sorveglianza valuta i progressi personali del reo per decidere sulla concessione dei benefici penitenziari.

La diversa natura dell'oggetto dei giudizi di sorveglianza si riflette nei metodi utilizzati per la formazione della prova. Il principio costituzionale di riferimento è ricavabile dal comma 4 dell'art. 111 Cost. che ordina lo svolgimento di un

⁴⁵ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 144; la stessa terminologia è usata da R. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 569; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 164.

⁴⁶ F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, pag. 143. L'A., nel valutare i poteri probatori delle parti nel procedimento di sorveglianza, si rifà ad una definizione formulata precedentemente dalla dottrina seppur per ambiti diversi. In particolare cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, pag. 121.

Nei casi di richiesta in *bonam partem* proposta direttamente dall'interessato, il diritto ad aggiungere si traduce in un onere di semplice allegazione degli elementi addotti a fondamento dell'istanza.

contraddittorio per la formazione della prova nel «processo penale»⁴⁷; viene così assicurata una forma di garanzia oggettiva per mezzo della quale «il metodo dialettico si cala, per così dire, all'interno del processo formativo della prova esercitando una forza maieutica in grado di farle sprigionare risultati diversi da quelli che si produrrebbero a seguito di un interpello monologante della medesima fonte»⁴⁸. A seconda delle peculiari esigenze perseguite dai procedimenti di sorveglianza, il principio del contraddittorio “per la prova” non trova piena applicazione. Parte prevalente della dottrina, premessa la differenza tra giudizio sull'autore e giudizio sul fatto, legittima l'adozione di un metodo probatorio basato sulla “non dispersione della prova”, che privilegia la quantità alla qualità delle prove stesse, in quanto risulterebbe dispendioso ed inutile lo svolgimento di un contraddittorio maieutico nei casi in cui unico è l'interesse delle parti, nonché l'obiettivo di acquisire ogni elemento utile per una “prognosi” completa sulla personalità e rieducabilità del reo. Diversamente, nelle ipotesi in cui si deve ricostruire analiticamente un determinato fatto sulla base del quale decidere per la revoca o meno dei benefici penitenziari, ecco riemergere la contrapposizione tra le parti e, di conseguenza, riacquista rilevanza il contraddittorio ex art. 111 comma 4 Cost.⁴⁹. Infatti tutte le volte in cui risulti dubbia la meritevolezza della misura già concessa, si accentua effettivamente il contrasto tra le parti e pertanto diviene più forte l'interesse del condannato a difendersi provando⁵⁰.

⁴⁷ L'applicabilità di questa disposizione nel rito di sorveglianza sembrerebbe trovare un impedimento nel fatto che, a differenza del terzo comma, il secondo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost. appare limitarne l'ambito applicativo al solo processo penale diretto ad accertare la responsabilità dell'«imputato». L'utilizzo del condizionale è giustificato in quanto se si osservasse meglio il dato letterale, risulterebbe che il principio generale del contraddittorio nella formazione della prova è racchiuso in una disposizione autonoma che richiama unicamente il processo penale e pertanto, conformemente alle logiche suddette, lo stesso troverebbe applicazione anche al procedimento di sorveglianza. Cfr. A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., pag. 219; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 432. In senso contrario si pone A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Ed., 2002, pag. 97 e 219.

⁴⁸ G. GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., pag. 2.

⁴⁹ G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2011, pag. 293; M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 512; A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza “tipo” e art. 111 della Cost.*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Cedam, 2004, pag. 15; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 581.

⁵⁰ Opposta è l'opinione di chi ritiene l'impossibilità assoluta di estendere il principio del contraddittorio ai fini della formazione della prova al procedimento di sorveglianza. Tale

Il diritto alla prova, affinché possa essere efficacemente esercitato, presuppone, in primo luogo, il previo deposito in cancelleria della documentazione probatoria precostituita, in modo che l'interessato e il difensore ne possano prendere visione ed estrarre copia. Solo così potrà essere assicurata una preparazione consapevole della difesa del condannato⁵¹. Tale cognizione è importante per il compimento di eventuali attività di indagine difensiva, nonché per la formulazione della richiesta dell'interessato di presenziare in udienza affinché sia ascoltato alla presenza del giudice. Analizzando con maggiore attenzione questo secondo aspetto, occorre precisare la natura e, conseguentemente, gli effetti che il mezzo dell'audizione, dal punto di vista probatorio, potrebbe assicurare ai fini della decisione. Si potrebbe così procedere partendo dalla logica premessa secondo la quale la presenza dell'interessato, al di là del rilievo difensivo, «assume estrema importanza anche sul piano più strettamente probatorio», in quanto idoneo a formare un'analisi «più diretta e più vera della personalità del soggetto, allontanando il rischio [...] che il procedimento di sorveglianza degeneri in un procedimento cartolare»⁵². Sulla base di questa considerazione preliminare si può avanzare che la partecipazione attiva del condannato nel procedimento di sorveglianza abbia natura probatoria, in quanto mezzo di assunzione diretta di

orientamento valuta inutile e dispendioso lo svolgimento di un esame incrociato nell'ambito della giurisdizione rieducativa in quanto il giudice, avendo piena cognizione degli atti processuali, è in grado «di padroneggiare il materiale probatorio oggetto di escussione». Cfr. F. DELLA CASA, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. pen. crim.*, 2002, pag. 148;

⁵¹ Per un maggior approfondimento, v. *infra*, parte II, capitolo 1, § 2.1.9.

⁵² G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 218-219. Le medesime considerazioni sono riprese da: A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 169. Sulla rilevanza probatoria della partecipazione ed audizione si veda anche G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, cit., pag. 338 e ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Ed., 2002, pag. 278-279; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 232 e ss.

È nel confronto orale ed immediato tra le parti che si sviluppa la migliore valutazione della personalità da parte dell'autorità giudiziaria. Il confronto è completo quando il diritto alla prova si esplica anche nella forma del diritto alla controprova. La giurisprudenza ha ritenuto impossibile l'esercizio di un tale diritto nell'ambito della giurisdizione rieducativa, a differenza di quanto avviene nel processo di cognizione, in quanto la diversità tra la posizione dell'imputato e quella del reo giustificerebbe, *ex art. 3 e 24 Cost.*, una disparità normativa nell'esercizio delle facoltà difensive (cfr. Cass. sez. I, 24 settembre 1993, *Pezzoni*, in *Cass. pen.* 1994, pag. 3034). La dottrina ha criticato tale orientamento, ritenendolo frutto di un insensato pregiudizio che considera il procedimento di sorveglianza "parente povero" del processo di cognizione. Il giudizio prognostico sulla personalità dell'interessato non può essere considerato meno impegnativo di un giudizio sulla responsabilità penale. In questa direzione si pone M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 337.

elementi in grado di verificare gli esiti del trattamento rieducativo. Pertanto mutuando dal processo di cognizione, sarebbe ammissibile anche nel rito *post iudicatum* l'esame dell'interessato. Questo strumento garantirebbe l'acquisizione di informazioni fondamentali per la valutazione della personalità, tra cui, oltre alle dichiarazioni orali, vi sono i gesti e le reazioni emotive del soggetto, che solo l'audizione e l'osservazione immediata sono capaci di fornire.

A questo orientamento si contrappone quello che esclude l'escussione dell'esame nel procedimento di sorveglianza, in quanto tale mezzo di prova presuppone il diritto di partecipazione dell'interessato all'udienza; diritto che, nel rito *de quo*, non è da considerarsi assoluto, in quanto condizionato dallo *status libertatis* e dal *locus detentionis*. Pertanto si considera che la partecipazione ed il relativo ascolto del condannato rappresentano semplicemente uno strumento di difesa, limitato ad integrare il contraddittorio argomentativo⁵³. Ulteriore giustificazione a sostegno di siffatto orientamento potrebbe essere offerta dall'impossibilità di estendere al suddetto rito le regole della *cross examination*, che costituiscono la disciplina ordinaria per la formazione delle prove costituenti nel processo di cognizione. In realtà anche per quest'ultimo profilo si è sviluppata un diatriba dottrinale, della quale ci si limita a segnalare l'esistenza⁵⁴.

Utilizzando come criterio di valutazione il pensiero, poco sopra espresso, che conferisce al procedimento di sorveglianza, a seconda del suo *petitum*, la doppia qualifica di "giudizio sull'autore" e di "giudizio sul fatto", si potrebbe dare, per ciascuno dei casi, una particolare valenza all'esame dell'interessato.

Nei casi in cui il rito assuma la forma del "giudizio sull'autore", caratterizzato da un contraddittorio affievolito dal metodo della non dispersione della prova, risulterebbe ingiusto escludere tra le fonti di prova l'esame del reo, che, in tale

⁵³ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 431; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2003, pag. 205.

⁵⁴ Per approfondimenti si faccia riferimento a: S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 253; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 269; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 575; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pagg. 432- 439. In contrapposizione a questi AA. che affermano l'applicabilità anche nel procedimento di sorveglianza della tecnica della *cross examination*, si veda: F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 148; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 177; G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 242.

contesto, potrebbe essere più propriamente qualificato come audizione diretta dell'interessato da parte del giudice, al fine di garantire un'acquisizione completa di elementi idonei a valutarne la personalità. La completezza della piattaforma probatoria su cui si forma il convincimento del giudice, non può essere limitata semplicemente da ragioni logistiche dovute alla traduzione del ristretto, quando in gioco vi è il recupero dello *status libertatis*, nonché l'opportunità di iniziare un nuovo percorso di vita al di fuori del carcere che consenta all'interessato di completare il processo rieducativo. Oltretutto la diretta audizione dello stesso non potrebbe non assumere un certo rilievo se non in un procedimento nel quale la decisione viene maturata da un organo giudicante composto da esperti in psicologia, pedagogia e criminologia.

Anche nelle ipotesi di "giudizio sul fatto" non sussisterebbe un legittimo motivo tale da impedire l'esame del condannato, che potrebbe svolgersi secondo le ordinarie modalità di escussione, nonché nel rispetto di un contraddittorio maieutico, contraddittorio che riacquista vigore e funzionalità in un ambito in cui contrapposti sono gli interessi delle parti. Infatti quando l'obiettivo è accertare un determinato fatto sulla base del quale giudicare se l'interessato sia o meno ancora meritevole dello *status libertatis* precedentemente concesso, non avrebbe senso escludere tra i mezzi di prova l'esame stesso, che potrebbe fornire elementi ulteriori ed utili alla decisione finale.

1.2.6. La limitata disponibilità dei mezzi di impugnazione avverso le ordinanze della magistratura di sorveglianza.

A completamento della carrellata delle garanzie difensive offerte dalla Costituzione anche alla giurisdizione rieducativa, non si può non accennare al diritto inderogabile di impugnazione e, più precisamente, alla facoltà di ricorrere in cassazione contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale ex art. 111 comma 7 Cost. Questa tutela costituzionale rende il ricorso un mezzo di impugnazione sempre esperibile contro i suddetti provvedimenti giurisdizionali anche qualora non sia espressamente previsto dalla legge ordinaria.

Nonostante la direttiva n. 96 della legge delega 81/1987 abbia genericamente prescritto l'«impugnabilità dei provvedimenti del giudice», il ricorso in cassazione è stato riconosciuto come unico strumento utilizzabile per contestare l'ordinanza pronunciata dalla magistratura di sorveglianza, ad eccezione delle decisioni del giudice di sorveglianza monocratico in materia di misure di sicurezza o delinquenza qualificata, appellabili al tribunale di sorveglianza⁵⁵. La limitazione dei mezzi esperibili è stata determinata dalla scelta del legislatore di uniformare la disciplina del procedimento di sorveglianza a quella del procedimento esecutivo⁵⁶, compreso il regime di impugnazione. In questo modo il legislatore ha pregiudicato la possibilità di richiedere una riesaminabilità *in facto* della questione, trascurando il fatto che il doppio grado di giurisdizione di merito risulterebbe più adeguato a tutelare i diritti di difesa della parte interessata nell'ambito di un giudizio, come quello di sorveglianza, in cui ampi sono i poteri d'ufficio del giudice e dominanti i profili di merito da valutare. Seppur, per tali motivi, la dottrina sia concorde a ritenere necessario l'esperibilità dell'appello avverso le ordinanze del tribunale di sorveglianza, la cassazione⁵⁷, dal canto suo, ha considerato legittime le scelte restrittive del legislatore. Rispetto all'eccezione di illegittimità costituzionale dell'ex art. 71 *ter* ord. penit. nella parte in cui escludeva il doppio grado di giurisdizione,

⁵⁵ Sulla base degli artt. 680 e 579 comma 2 c.p.p., e dell'art. 70 comma 2 ord. penit., il Tribunale di sorveglianza è competente a giudicare in appello avverso i provvedimenti disposti dal magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 679 c.p.p. e 69 comma 4 ord. penit., sempre in appello, giudica anche sulle impugnazioni contro le sentenze di condanna o proscioglimento nei limiti del capo relativo alle misure di sicurezza.

La disponibilità del mezzo dell'appello, limitata a tali casi, costituisce una deroga alla regola del ricorso in cassazione, la quale appare discriminatoria in quanto simile è la forma di valutazione richiesta per giungere alla decisione e medesima è la sfera di interesse coinvolta nei procedimenti aventi ad oggetto la concessione o revoca di una misura alternativa rispetto a quelli inerenti ad una misura di sicurezza. L'ingiustificata discrepanza tra giurisdizione rieducativa e giurisdizione di sicurezza è stata da alcuni legittimata dal fatto che l'appellabilità dei provvedimenti di competenza del magistrato di sorveglianza, a differenza di quelli propri del Tribunale, intende impedire che ricada nell'esclusiva responsabilità del giudice monocratico la gestione di strumenti particolarmente inflittivi. In questo senso A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 175.

⁵⁶ Cfr. direttiva n. 98 della legge delega n. 81 del 16 febbraio 1987.

⁵⁷ Cass. sez. I, 22 giugno 1988, *Michi*, in *Giust. pen.*, 1990, III, pag. 347, la quale dichiara la manifesta infondatezza, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 *ter* ord. penit. nella parte in cui, non prevedendo un secondo grado di giurisdizione di merito in materia di provvedimenti del tribunale di sorveglianza lederebbe il diritto di difesa ed il principio di uguaglianza tra imputati e condannati, in quanto la diversa situazione che caratterizza quest'ultimi può giustificare trattamenti differenziati.

non assicurando così una piena tutela del diritto di difesa, la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, in quanto, il secondo grado di merito non trova alcun diretto riconoscimento costituzionale, non desumibile neppure indirettamente dai principi della legge fondamentale. L'unica differenza rilevante tra il regime odierno e quello abrogato è data dall'estensione dei motivi sulla base dei quali può essere disposto il ricorso. Difatti l'art. 71 *ter* ord. penit. si limitava a concedere l'impugnabilità in cassazione dell'ordinanza della magistratura di sorveglianza per le sole violazioni di legge. Diversamente l'attuale disciplina codicistica, *ex art. 666 comma 6 c.p.p.*, estende la possibilità di ricorrere al giudice di legittimità per i motivi di cui all'art. 606 c.p.p. secondo le forme del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 611 c.p.p., il quale assicura esclusivamente un contraddittorio cartolare tra le parti, senza la partecipazione del difensore in udienza⁵⁸.

⁵⁸ Nonostante sia stata messa in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 611 c.p.p. nella parte in cui non esclude espressamente, come per il difensore, l'intervento del procuratore generale all'udienza camerale comportando una presunta violazione degli artt. 3 e 24 Cost., la Cassazione ha precisato che tale procedimento camerale non conferisce alcun privilegio al pubblico ministero, che, allo stesso modo del difensore, partecipa solo per via cartolare all'udienza camerale. Si veda Cass. sez. I, 12 gennaio 1999, *De Filippis*, in *Cass. Pen.*, 1999, pag. 2559; Cass. sez. V, 1 febbraio 2001, *Manfredi*, in *Cass. Pen.*, 2001, pag. 3081.

PARTE SECONDA

LA DIFESA NELLA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA

Capitolo 1

Il diritto di difesa: espressioni e limiti nella fase preliminare del procedimento di sorveglianza.

SOMMARIO: 2.1.1. Il diritto di difesa. – 2.1.2. Il diritto al procedimento e relativa istanza. – 2.1.3. *Segue*. L'iniziativa *ex officio*. – 2.1.4. *Segue*. La richiesta del pubblico ministero. – 2.1.5. *Segue*. Gli altri soggetti protagonisti della fase di avvio. – 2.1.6. Il vaglio preliminare dell'istanza e l'attività propedeutica all'udienza camerale: profili introduttivi. – 2.1.7. Il diritto all'informazione: la *vocatio in iudicium*. – 2.1.8. Il diritto alla difesa tecnica. – 2.1.9. Il diritto al deposito degli atti. – 2.1.10. Il diritto all'interprete. – 2.1.11. Il regime delle nullità a tutela del diritto di difesa. – 2.1.12. *Segue*. La qualificazione dei vizi della *vocatio in iudicium*.

2.1.1. Il diritto di difesa¹.

«La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»: così recita la Costituzione all'art. 24 comma 2. Questa rappresenta «una norma cardine del nostro ordinamento intesa a garantire 55tanti bus55ale55nte l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento giurisdizionale»², in quanto diritto inviolabile ed irrinunciabile della persona riconducibile a quelli dell'art. 2 Cost. L'art. 24 comma 2 Cost. enuncia semplicemente il valore generale senza precisare le concrete modalità di esercizio del diritto stesso, lasciando così al legislatore l'obbligo di predisporre tutti gli strumenti utili a renderlo effettivo. Si tratta dunque di una norma a struttura «aperta»³ che permette di riempire il diritto de quo di contenuti diversi e variabili nel tempo a seconda del tipo di assetto processuale prescelto dal legislatore ordinario⁴. Ciò è quanto avvenuto con il

¹ G. P. VOENA, *Difesa. III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, pagg. 1 e ss; P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, III, Utet, 1989, pagg. 467 e ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Utet giuridica, 2004, pagg. 134 e ss.; M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli Editore, 1981, pagg. 82 e ss.; S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008, pagg. 201 e ss.

² Corte Cost., 3 ottobre 1979, n. 125.

³ G. P. VOENA, *Difesa*, cit., pag. 6.

⁴ «[...] la norma costituzionale non è in grado, di per sé, di fornire nessuna indicazione circa la misura o, come si usa dire, il quantum delle garanzie difensive che debbono essere assicurate

passaggio del sistema processuale da inquisitorio ad accusatorio, passaggio che ha condizionato la qualità e la quantità delle garanzie difensive assicurando un incremento delle facoltà e dei mezzi adeguati all'esercizio del diritto di difesa. I nuovi contenuti di questo valore fondamentale hanno trovato una maggiore tutela grazie alla riforma del '99, la quale, oltre a costituzionalizzare i caratteri propri del modello accusatorio, ha introdotto al terzo comma dell'art. 111 Cost. un decalogo di specifici diritti funzionali alla difesa e al contraddittorio stesso⁵. Il diritto di difesa prima di costituire, ex art. 111 Cost., una garanzia oggettiva del processo rivolta ad assicurare la parità delle armi dei contendenti per il corretto svolgimento del contraddittorio⁶, rappresenta, ai sensi dell'art. 24 comma 2 Cost., una garanzia soggettiva, un diritto inviolabile della persona, che si esprime nella duplice forma della difesa materiale e della difesa formale e che, sul piano della legislazione processuale, si traduce in tante specifiche garanzie riconducibili alle categorie generali dell'intervento, assistenza e rappresentanza.

Il profilo della difesa materiale o autodifesa concerne il complesso degli strumenti volti ad assicurare un contributo attivo e personale dell'interessato (indagato, imputato, condannato) alla propria difesa. L'intervento di tale soggetto al procedimento presuppone la ricognizione di un complesso di facoltà e poteri a suo vantaggio affinché sia reso effettivo il diritto dello stesso di essere fisicamente presente all'udienza, ma anche di ascoltare e di seguire gli sviluppi del giudizio⁷.

Il diritto inviolabile di cui al secondo comma dell'art. 24 Cost. include inoltre l'imprescindibile esigenza della difesa tecnica, alla quale fanno riferimento le garanzie da ricondurre nelle categorie dell'assistenza e della rappresentanza. Esso si concreta nel diritto ad un difensore: persona che si presta a rappresentare

all'imputato, prescrivendo solamente che la difesa deve, comunque, trovar spazio all'interno di ogni stato e grado.» G. P. VOENA, *op. ult. cit.*, pag. 12.

⁵ Si rinvia alla parte I, capitolo 2, § 2.1.1.

⁶ P. FERRUA, *Difesa*, cit., pag. 468.

⁷ Corte Eur., 23 febbraio 1994, *Stanford c. Regno Unito*, § 26, in www.echr.coe.int; Corte Eur., 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, § 27, in www.echr.coe.int. In particolare in quest'ultima sentenza la Corte Eur. ha dichiarato che sebbene non sia menzionato nell'art. 6 C.e.d.u. il diritto dell'accusato di partecipare all'udienza, questo dovrebbe essere comunque ricavato dall'oggetto e dallo scopo della norma di riferimento. Risulterebbero infatti inconcepibili i diritti dell'interessato di «difendersi da sé», di «interrogare e far interrogare i testimoni» e di «farsi assistere gratuitamente da un interprete» senza la sua effettiva presenza all'udienza.

tecnicamente l'interessato, nel senso di assisterlo mettendo al servizio dello stesso le proprie competenze tecnico giuridiche per il compimento di attività processuali, senza mai comprimere i poteri dell'autodifesa. È dunque indispensabile che l'interessato sia affiancato da un legale di fiducia o in mancanza d'ufficio, la cui attività processuale (in particolare investigativa e probatoria) svolge la duplice funzione di garanzia soggettiva, strettamente connessa agli interessi del singolo, e di garanzia oggettiva, utile ad assicurare la parità dialettica tra le parti. Parità che presuppone il riconoscimento in capo al difensore di poteri e facoltà processuali analoghi a quelli della controparte o, anche se diversi, comunque adatti a rendere equilibrato il contraddittorio⁸. La previsione di tempi adeguati per la preparazione di una strategia difensiva, il riconoscimento della facoltà di comunicare riservatamente con l'assistito e la concessione di sussidi (come il gratuito patrocinio a spese dello Stato) affinché qualsiasi persona, seppur non abbiente, possa munirsi di un legale costituiscono le principali garanzie che il legislatore ha previsto a favore della difesa tecnica.

Nella categoria dell'assistenza occorre inoltre richiamare tutte quelle disposizioni che conferiscono a figure professionali diverse dal difensore, quali l'interprete e il consulente tecnico, la facoltà di intervenire nel procedimento al fine di salvaguardare, in vario modo, gli interessi dell'assistito⁹.

Diversa è la funzione della rappresentanza, istituto che riconosce al rappresentante il potere di agire in nome e per conto del rappresentato, sostituendosi a quest'ultimo nel compimento di determinati atti processuali, purché questi siano specificati nella procura. Ipotesi consueta di rappresentanza diversa

⁸ Cfr. Corte Cost., 3 ottobre 1979, n. 125, la quale ha rilevato che la presenza del difensore «risponde all'aspirazione a fondare l'intero processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra accusa e difesa» e che «nessuno ha mai dubitato o dubita che alla specifica capacità professionale del pubblico ministero fosse e sia ragionevole contrapporre quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi ed assista l'imputato». Corte Cost., 16 dicembre 1997, n. 421 conferma che «nel codice di procedura penale vigente, ispirato ai principi del sistema accusatorio, le norme che assicurano la difesa tecnica sono funzionali alla realizzazione di un "giusto processo", garantendo l'effettività di un contraddittorio più equilibrato e una più sostanziale parità delle armi tra accusa e difesa».

⁹ L'interprete così come il consulente tecnico ed il difensore concorrono a fornire un contributo tecnico all'attività difensiva, in quanto ognuno mette a disposizione rispettivamente le conoscenze linguistiche, tecniche e giuridiche per una piena tutela del diritto di difesa. Si veda: M. CHIAVARO, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè Editore, 1984, pag. 166.

dalla convenzionale è quella legale, che concerne tutte quelle garanzie imposte *ex lege* allo scopo di salvaguardare la posizione di chi sia impossibilitato ad esercitare i diritti e le facoltà connesse alla qualità di indagato, imputato, condannato, in quanto incapace e quindi non in grado di partecipare coscientemente al procedimento¹⁰.

È da precisare inoltre il fatto che il diritto di difesa, seppur sia stato riconosciuto dalla Legge fondamentale quale valore inviolabile, ha subito nel tempo delle restrizioni per la protezione di altrettanti interessi di rilievo costituzionale. La stessa giurisprudenza del giudice delle leggi in passato, sotto l'influenza di un sistema processuale di tipo inquisitorio, ha legittimato in varie occasioni la possibilità di restrizioni ed adattamenti del principio de quo da parte del legislatore ordinario «qualora si appalesino giustificate da altre norme o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale»¹¹. Tra i valori limite al diritto di cui all'art. 24 comma 2 Cost. è stato ravvisato quello prioritario dell'incolumità e sicurezza pubblica. Seppur in nome di tale interesse la Corte costituzionale ha legittimato una restrizione delle garanzie difensive nella fase investigativa del procedimento penale¹², il problema di un giusto equilibrio tra queste esigenze di pari rilievo costituzionale conserva una sua attualità, riaffermandosi più che mai in tutte quelle situazioni procedurali che hanno a che fare con reati particolarmente gravi per l'integrità pubblica, il cui allarme sociale sia tale da spingere il legislatore a disporre un regime di tutele differenziato sotto il profilo delle categorie difensive¹³.

¹⁰ G. Riccio, *Rappresentanza processuale*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXV, 1991, pag. 6: «si ha assistenza quando al soggetto si accompagna il difensore in funzione di copertura tecnica; si ha invece rappresentanza volontaria quando le parti [...] ricorrono per il compimento di uno o più atti all'ausilio di un procuratore speciale, fosse anche il difensore, e rappresentanza legale quando la legge impone o consente che il difensore o altro soggetto partecipi al giudizio in vece del titolare del diritto. In sintesi: nella funzione di assistenza del difensore è sempre individuabile l'aspetto dello "stare con"; in quella di rappresentanza dello "stare per"»

¹¹ Corte Cost., 4 febbraio 1965, n. 55

¹² Corte Cost., 2 maggio 1974, n. 123 e Corte Cost. 23 aprile 1976, n. 110 concernono la limitazione della garanzia del diritto di difesa nel corso del compimento di atti istruttori, quali le perquisizioni ed ispezioni, a fronte dell'esigenza di tutela della incolumità e sicurezza pubblica.

¹³ V. *infra* capitolo 2, § 2.2.7.

2.1.2. Il diritto al procedimento e relativa istanza.

Il progressivo processo di giurisdizionalizzazione della fase *post iudicatum* ha preso le mosse da una nuova valorizzazione dei principi costituzionali, esattamente da una nuova interpretazione data alla finalità rieducativa verso cui deve tendere l'esecuzione della pena, ex art. 27 comma 3 Cost. Il riconoscimento del «diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo» richiede una «valida e ragionevole garanzia giurisdizionale»¹⁴. La ricognizione, quindi, a favore del detenuto di un tale diritto, volto ad assicurare un trattamento rieducativo coinvolgente la possibilità di una modifica qualitativa e quantitativa dello status detentionis, presuppone, a sua volta, un diritto ad agire in giudizio per la tutela della suddetta situazione giuridica soggettiva, in conformità al principio costituzionale per cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24 comma 1 Cost.).

Il bisogno di un mezzo giurisdizionale, a difesa del generale interesse alla rieducazione, è stato definitivamente soddisfatto con il nuovo codice di procedura penale che ha regolato il procedimento di sorveglianza conformemente al procedimento esecutivo. Procedendo ad un esame più dettagliato della disciplina contenuta nell'art. 678 c.p.p. e, per rinvio, all'art. 666 c.p.p., si comprende il funzionamento del procedimento de quo che si compone di tre momenti principali: la fase di avvio, lo stadio preliminare a cui segue l'udienza.

L'attribuzione al ristretto di un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere un trattamento rieducativo ha comportato il necessario riconoscimento in capo allo stesso del potere di accedere autonomamente ai mezzi processuali per far valere le proprie pretese. L'interessato è solo il primo di altrettanti soggetti legittimati a dare avvio al procedimento di sorveglianza, identificati dall'art. 678 comma 1 c.p.p. nel difensore, pubblico ministero e magistratura di sorveglianza. La norma ammette una legittimazione ad agire tanto estesa, in quanto ritenuta condizione favorevole per assicurare una tutela effettiva dello scopo rieducativo della pena ed

¹⁴ Corte Cost., 27 giugno 1974, n. 204.

indirettamente dei diritti ed interessi del soggetto “svantaggiato”. I legittimati indicati nella suddetta disposizione fungono quindi da collaboratori che cooperano (ovvero operano) per il perseguimento dell’interesse pubblico della rieducazione del reo. Ma il potere ad essi conferito non può mai essere tale da comprimere l’autodeterminazione di chi sia formalmente il titolare del diritto o dell’interesse controverso, al quale è sempre riconosciuta la facoltà di rinunciare al giudizio instaurato. In particolare nell’ambito della giurisdizione rieducativa, il detenuto o internato può bloccare l’istanza da altri proposta per la concessione di misure alternative, la cui adesione è presupposto necessario per assicurare lo scopo rieducativo del trattamento extramurario. Quindi l’assoluta disponibilità da parte del condannato del proprio diritto soggettivo a provvedimenti incidenti sul suo stato di libertà comporta che l’azione dei legittimati sussidiari funga da stimolo o semplicemente da offerta del suddetto trattamento rieducativo¹⁵.

Tra i soggetti dotati del potere di avanzare l’istanza per la concessione dei benefici penitenziari spicca dunque il dominus della situazione, più precisamente il diretto interessato: colui che detenuto desidera un graduale recupero dello stato di libertà mediante conferimento di misure alternative, ovvero colui che condannato non ancora ristretto intenda, nei casi ex art. 656 c.p.p.¹⁶, mantenere lo *status libertatis* evitando il passaggio all’esecuzione in istituto. A suo carico non sussistono particolari oneri per una corretta ed efficace proposizione dell’istanza ad eccezione dell’obbligo per il condannato non detenuto, ai sensi dell’art. 677 comma 2 *bis* c.p.p., in conformità all’art. 161 c.p.p., di dichiarare o eleggere domicilio nella richiesta stessa di misura alternativa e di comunicare ogni sua eventuale modifica, al fine di assicurare una semplificazione del meccanismo delle notificazioni. L’istanza così proposta dovrà essere presentata presso la cancelleria del tribunale di

¹⁵ A. A. DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli Editore, 1982, pag. 245; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli Editore, 1995, pagg. 116 e s.

¹⁶ In generale l’art. 656 c.p.p. costituisce una deroga rispetto alle ordinarie modalità di concessione delle misure alternative dallo *status detentionis*, in quanto prevede la sospensione dell’esecuzione dell’ordine di carcerazione affinché venga data la possibilità all’interessato o difensore di proporre istanza di misura alternativa direttamente dallo *status libertatis*, nei casi in cui la pena comminata nella sentenza definitiva di condanna non sia superiore a tre anni o sei anni nelle ipotesi di reato di cui agli art. 90 e 94 del testo unico in materia di stupefacenti (d.p.r. 309/1990).

sorveglianza territorialmente competente. Qualora il reo sia ristretto la richiesta è consegnata, ai sensi dell'art. 123 c.p.p., al direttore dell'istituto penitenziario il quale provvede a trasmetterla all'autorità giudiziaria.

2.1.3. *Segue. L'iniziativa ex officio.*

L'avvio *ex officio* del rito *de quo* costituisce il principale aspetto di divergenza rispetto al procedimento d'esecuzione, a cui l'art. 678 c.p.p. fa rinvio. È proprio la peculiare funzione attribuita alla magistratura di sorveglianza a giustificare l'attribuzione di un tale potere: la finalità rieducativa della pena rappresenta un interesse pubblico primario a favore del quale l'autorità giudiziaria si fa garante, «difensore»¹⁷. L'esercizio di un tale potere a tutela del principio costituzionale di cui all'art. 27 comma 3 Cost. presuppone la cognizione della situazione personale dell'interessato, la quale appare favorita dall'esposizione del magistrato di sorveglianza all'ambiente carcerario. In questo modo egli riceve *input* utili per dare avvio al procedimento di concessione di benefici penitenziari, fungendo da supplente al ristretto inerte che, straniero o affetto da malattie e privo di validi sostegni esterni, non sia in grado di proporre una richiesta di misura alternativa¹⁸. Allo stesso modo il giudice provvede in funzione suppletiva rispetto ad istanze già proposte da altri soggetti legittimati qualora queste risultino formalmente viziate.

Questa forma di avvio rimane incapace di vincolare l'interessato, il quale, in ogni momento, è libero di sottrarsi secondo la logica per cui la finalità rieducativa della pena sia raggiungibile senza costrizioni con la sua piena condivisione¹⁹. In direzione opposta volge il *motus iudicis* qualora l'autorità giudiziaria venga informata di condotte tali da prospettare la possibilità di una revoca del beneficio precedentemente conferito. Sull'eccezionale potere promozionale della magistratura di sorveglianza tanto in materia di concessione quanto di revoca delle misure alternative sorgono dei dubbi di legittimità costituzionale rispetto alle

¹⁷ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 241.

¹⁸ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 562.

¹⁹ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pagg. 116 e ss.

qualità di terzietà ed imparzialità che devono appartenere ad ogni organo con funzioni giudicanti.

In contrapposizione a quell'orientamento che ritiene pregiudicato il principio di cui all'art 111 comma 2 Cost. in tutti i casi in cui, «senza distinzioni di sorta», la magistratura di sorveglianza sia portatrice della proposta stessa su cui deve andare a giudicare²⁰, si è affermata una tesi che distingue invece tra l'ipotesi di attivazione d'ufficio volta ad una modifica *in melius* rispetto a quella rivolta ad una modifica *in peius* della situazione detentiva del condannato. Nel primo caso, tale modalità di avvio della giurisdizione rieducativa non costituisce una compressione dell'imparzialità della magistratura di sorveglianza, la quale si limita a dare inizio ad un procedimento che assicuri concretezza al valore costituzionale della rieducazione del condannato. Seppur l'azione d'ufficio possa rappresentare un mezzo per supplire all'inerzia del condannato, ciò non significa che il giudice faccia proprio l'interesse della parte pregiudicando la sua imparzialità ma, in nome del ruolo rivestito di difensore della funzione rieducativa, egli si fa portavoce dell'interesse pubblico generale di cui all'art. 27 comma 3 Cost. Questo tipo di ragionamento è valido nei casi in cui il procedimento abbia come petitum il possibile conferimento di un beneficio penitenziario. Più problematica risulta invece l'ipotesi della revoca, rispetto alla quale la questione sorge sia sotto il profilo della terzietà che dell'imparzialità del giudice.

Il procedimento ablatorio «ripropone la logica del fatto negativo addebitato ad un soggetto e delle conseguenze pregiudizievoli che a questo possono derivare dall'accertamento giurisdizionale della sussistenza del fatto e della sua responsabilità»²¹, comportando una riaffermazione della divergenza degli interessi tra parte pubblica e privata. La magistratura di sorveglianza sembra così assumere il ruolo proprio del pubblico ministero, cumulando alla funzione giudicante quella requirente ogni volta in cui il giudizio nasce dall'accusa di una condotta contraria

²⁰ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 230; A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2005, pag. 245; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet giuridica, 2008, pag. 227; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2011, pag. 380.

²¹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 242.

alle prescrizioni fissate per la fruizione della misura alternativa. In tali ipotesi l'interesse del giudice di perseguire ed accertare condotte negative "imputate" al beneficiario di misura alternativa si sostituisce a quello costituzionale della rieducazione, rendendo di conseguenza meno netti i confini che separano il magistrato di sorveglianza dall'organo di pubblica accusa.

Tali procedimenti di revoca sono solitamente instaurati secondo le modalità di cui all'art. 51 ter ord. penit., disposizione che autorizza la divisione del procedimento in una prima fase definita pre-processuale, dinanzi al magistrato di sorveglianza, a cui segue quella processuale in senso stretto, di competenza dell'organo collegiale. Data la vicinanza del giudice monocratico alle figure professionali che seguono l'interessato nel corso dell'esecuzione di pena in misura alternativa, egli è informato delle condotte tenute dal reo e, qualora queste siano tali da determinare la revoca del beneficio penitenziario, dispone con decreto motivato la sospensione provvisoria del medesimo, ordinando l'accompagnamento del trasgressore in istituto. Gli atti vengono poi immediatamente trasmessi al tribunale di sorveglianza affinché si pronunci in via definitiva sulla revoca o prosecuzione della misura alternativa. Tale disposizione non tiene conto della partecipazione al collegio giudicante dello stesso magistrato che ha emesso il provvedimento cautelare, facendo sorgere dei dubbi sulla effettiva tutela dell'imparzialità del tribunale di sorveglianza, nel quale il giudice monocratico acquista il ruolo di presidente. Il problema centrale è legato alla forza di prevenzione che il decreto cautelare potrebbe esercitare sulla decisione definitiva del collegio giudicante, prospettandosi così un'ipotesi di incompatibilità endoprocessuale ex art. 34 c.p.p.

L'istituto dell'incompatibilità è strumento preordinato a garantire la neutralità ed autonomia decisionale dell'organo giudicante, impedendo che il medesimo giudice, una volta compiuta una valutazione nel merito della questione, partecipi a fasi successive del procedimento concernente la stessa questione. Di qui l'incompatibilità del magistrato di sorveglianza a far parte del collegio in quanto egli, avendo deciso preliminarmente e provvisoriamente sulla pericolosità di un

utilizzo distorto della misura alternativa e avendo ordinato in via cautelare la reintroduzione in carcere del beneficiario, sarebbe portatore di una determinata convinzione capace di condizionare la decisione definitiva rischiando di compromettere il libero convincimento dell'organo collegiale²².

Un'ipotetica soluzione alla condivisa opinione di una parte della dottrina dell'inosservanza dei valori di terzietà ed imparzialità del giudice è quella di incentivare il potere di avvio del pubblico ministero e contemporaneamente di toglierlo al giudice limitatamente ai casi in cui l'intervento attacchi il singolo al quale venga addebitata una certa condotta determinante la revoca del beneficio penitenziario anteriormente esperito²³. In realtà il potere di avvio del pubblico ministero, dopo l'art. 678 c.p.p., invece di trovare rafforzamenti è stato indebolito dall'art. 51 *ter* ord. penit. che, costituendo la modalità ordinaria di avvio dei procedimenti ablatori, non pare offrire spazi d'intervento all'organo di pubblica accusa, data la stretta connessione tra l'attività del magistrato di sorveglianza e quella del tribunale a cui devono essere direttamente trasmessi gli atti compiuti dal primo²⁴. Neppure il diritto vivente ha permesso di dare la giusta importanza al bisogno di rafforzare l'opera della pubblica accusa nell'ambito dei suddetti tipi di rito a causa di un orientamento giurisprudenziale opposto a quello dottrinale. Sulla disposizione di cui all'art. 51 *ter* ord. penit., la Suprema Corte ha ripetutamente dichiarato insussistente l'ipotesi dell'incompatibilità del giudice *ex art.* 34 c.p.p.²⁵,

²² F. DELLA CASA, *I riflessi del nuovo art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. penit. crim.*, 2002, pag. 150. L'A. dichiara la sussistenza di una causa d'incompatibilità in quanto nell'art. 51 *ter* ord. penit. «si è in presenza di un giudice che si è pronunciato sul merito della regudicanda [...] sfuggendo (così) gli elementi di diversità rispetto alle incompatibilità sancite dagli artt. 30 bis comma 5, 53 bis comma 2 e 70 comma 2 ord. penit.». Simili sono le opinioni di F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2009, pagg. 15, 338 e 365-366; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2009, pagg. 162-163.

²³ A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pag. 156.

²⁴ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli Editore, 1998, pag. 116.

²⁵ C. Cost., 24 novembre 1997, n. 364. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità: Cass. sez. I, 15 novembre 2007, *Bersi*, in *Riv. pen.*, 2008, pag. 1086; Cass. sez. I, 13 ottobre 2000, *Castagno*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 1797; Cass. sez. I, 8 gennaio 1997, *Ciccarone*, in *Cass. pen.* 1998, pag. 259; Cass., 14 marzo 1997, *Morleo*, CED rv. 207738. La Suprema Corte ha ripetutamente escluso la violazione dell'art. 34 comma 1 c.p.p. ritenendo che il decreto di sospensione del magistrato di sorveglianza costituisca un atto meramente propedeutico, volto ad investire della questione l'organo

sull'assunto che il decreto di sospensione del magistrato di sorveglianza costituisca un atto meramente propedeutico, volto ad investire della questione l'organo collegiale e caratterizzato da una natura puramente cautelativa e non decisoria, essendo diretto ad evitare che la situazione irregolare si protragga ulteriormente. Si tratta di posizione indirettamente condivisa dalla Corte costituzionale che, in un caso analogo, ha ritenuto integro il principio di imparzialità del tribunale di sorveglianza rispetto alla previa e provvisoria decisione del magistrato monocratico, in quanto la sua valutazione «rimane incentrata sulla necessità di immediatezza di un provvedimento idoneo ad evitare che risulti irreparabilmente pregiudicata, nell'attesa del giudizio, l'efficacia in concreto della decisione di merito che potrà essere adottata» dall'organo collegiale²⁶.

Tali valutazioni giurisprudenziali non sembrano consonanti con quelle adottate dalla stessa Corte costituzionale rispetto ai provvedimenti cautelari disposti nel corso del processo nei confronti dell'imputato e dell'indagato. Seppur il contesto sia diverso, la valutazione per la disposizione del provvedimento cautelare poggia sempre sui requisiti del *fumus boni iuris* (la ragionevole verosimiglianza che i fatti imputati comporteranno la revoca della misura alternativa) e del *periculum in mora* (l'urgenza del provvedere) rispetto ad una condotta negativa. Rapportando così i provvedimenti cautelari del processo penale a quelli di sospensione cautelativa della misura alternativa, apparirebbe ingiustificato escludere rispetto ai secondi un problema di incompatibilità del magistrato di sorveglianza quando nei confronti dei primi la Corte costituzionale ha dichiarato l'impossibilità del giudice che li ha emanati di partecipare alle fasi successive del giudizio per incompatibilità determinata dal fatto che la valutazione compiuta «non è di mera legittimità ma di merito (sia pure prognostico e allo stato degli atti)»²⁷.

collegiale e caratterizzato da una natura puramente cautelativa e non decisoria, essendo diretto ad evitare che la situazione irregolare si protragga ulteriormente.

²⁶ C. Cost., 24 novembre 1997, n. 364.

²⁷ Corte Cost., 6 settembre 1995, n. 432. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 189, il quale concorda sull'incompatibilità del magistrato di sorveglianza a partecipare all'organo collegiale tanto nei termini del procedimento *in peius* che in quello *in melius*.

2.1.4. *Segue. La richiesta del pubblico ministero.*

Il pubblico ministero nella fase *post iudicatum* si occupa dell'esecuzione della sentenza di condanna divenuta definitiva. Una volta disposto l'ordine di carcerazione, la pubblica accusa si eclissa, perde il controllo e la cognizione della situazione del condannato nel corso della detenzione a vantaggio del magistrato di sorveglianza, al quale è stato affidato il compito di vigilare sul trattamento *intra moenia* attraverso un contatto diretto con l'ambiente detentivo. Nonostante il pubblico ministero sia organo non coinvolto nella fase 66tanti bus66ale del ristretto, la disciplina codicistica gli ha conferito un nuovo potere processuale rispetto al rito giurisdizionale che interviene durante il percorso rieducativo del reo. L'art. 678 comma 1 c.p.p. riconosce infatti un generale potere promozionale del procedimento di sorveglianza a favore del pubblico ministero, rispetto al quale occorre specificare i termini in cui esso si esprime. In conformità al ruolo di garante dell'esercizio della potestà punitiva dello Stato che la pubblica accusa svolge nel processo penale, è affidato a tale organo il compito di avviare il rito di sorveglianza nei casi in cui l'istanza intenda conseguire un provvedimento di revoca della misura alternativa sulla base di violazioni addebitate al condannato²⁸. Diversamente sarebbe impossibile prospettare un'istanza del pubblico ministero volta ad una modifica migliorativa della condizione detentiva dell'interessato, in quanto privo della conoscenza della situazione personale del ristretto, fondamentale per erigere l'istanza stessa. Il pubblico ministero assume dunque un ruolo marginale nel procedimento di sorveglianza provocato da una sua estromissione dalle problematiche legate al trattamento rieducativo dei condannati, estraneazione favorita dalla scelta legislativa di non istituire appositi uffici della procura presso la magistratura di sorveglianza. Come per l'instaurazione del giudizio, anche l'intervento in udienza del pubblico ministero, seppur sia sempre necessario, apparirebbe evanescente nei casi in cui il contraddittorio sia ridimensionato dalla convergenza tra l'interesse pubblico alla rieducazione e quello privato ad una

²⁸ In realtà le modalità ordinarie di instaurazione del procedimento di revoca della misura alternativa limitano il potere di avvio da parte del pubblico ministero a vantaggio dell'iniziativa del magistrato di sorveglianza. Per questi aspetti si rinvia § 2.1.2.

modifica *in melius* dello *status detentionis*. Non è da escludere il fatto che in quest'ultima e, nonostante i forti poteri ufficiosi del giudice, la contrapposizione tra le parti si riaffermi qualora il pubblico ministero non approvi la concessione della misura alternativa ritenendo assenti nella fattispecie concreta i requisiti fissati dalla legge penitenziaria²⁹.

Rispetto alla categoria dei procedimenti rivolti all'emanazione di un provvedimento migliorativo, occorre segnalare un'ipotesi particolare concernente un intervento *ab initio* della parte pubblica. Si fa riferimento ai collaboratori di giustizia, a favore dei quali la procura può proporre l'assegnazione di determinati benefici penitenziari percepiti come una forma di ricompensa per il contributo fornito. In questo modo l'organo d'accusa si fa portavoce non tanto delle esigenze rieducative, quanto piuttosto degli interessi investigativi a tutela dei quali incentiva l'interessato a contribuire in cambio di un recupero dello *status libertatis*³⁰.

Diversa è la natura dell'impulso fatto valere dal pubblico ministero affinché il tribunale di sorveglianza provveda all'eventuale applicazione di misure alternative nei confronti del soggetto agli arresti domiciliari e condannato a pena detentiva non superiore a 3 anni (o 6 anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 t.u. 309/1990). Si tratta del caso di cui all'art. 656 comma 10 c.p.p., il quale prevede l'obbligo del pubblico ministero di sospendere e di trasmettere gli atti al tribunale. A differenza di quanto previsto nel comma 5 dell'art. 656 c.p.p., nel quale la parte pubblica funge da intermediario tra l'istanza presentata dall'interessato o dal suo difensore e l'autorità giudiziaria, il comma 10 dello stesso articolo sembra conferire al pubblico ministero il compito di stimolare l'avvio del procedimento di sorveglianza per un'esecuzione alternativa della pena *ab initio*, a vantaggio di soggetti il cui passaggio in carcere possa produrre effetti negativi purché mostrino l'intenzione di partecipare ad un trattamento rieducativo e di recupero³¹. In realtà si tratta di

²⁹ A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pagg. 159 e 244.

³⁰ Si rinvia alla parte I, capitolo 1, § 1.1.6.

La proponibilità di istanze per l'ammissione di determinati benefici penitenziari a vantaggio del condannato collaboratore di giustizia è prevista dall'art. 16 nonies, norma introdotta con la l. 13 febbraio 2001 n. 45 che, in modifica del d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, ha inserito un nuovo capo intitolato "nuove norme per il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia".

³¹ F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 338.

un'attività automatica del pubblico ministero, disposta *ex lege* al verificarsi di determinate condizioni; l'instaurazione del procedimento non deriva da una vera e propria richiesta quanto da una semplice trasmissione di istanza redatta dall'interessato o dal suo difensore.

2.1.5. Segue. Gli altri soggetti protagonisti della fase di avvio.

Congiuntamente all'interessato, difensore, pubblico ministero e giudice, concorrono all'instaurazione del procedimento di sorveglianza altresì il tutore, il curatore, i prossimi congiunti ed il consiglio di disciplina, rispetto ai quali la legittimazione ad agire non trova espresso riconoscimento nell'art. 678 comma 1 c.p.p. Infatti occorre rinviare all'art. 666 comma 8 c.p.p. per avere una conferma normativa del potere di iniziativa conferito al tutore ed al curatore ai quali «competono gli stessi diritti dell'interessato» in modo da poterlo sostituire nel compimento di atti volti a tutelare l'interesse di chi infermo di mente sia inidoneo a provvedervi autonomamente. Il ricorso alle figure del tutore e del curatore costituisce un mezzo fondamentale per la difesa degli interessi del ristretto incapace riconducibile nella categoria generale della rappresentanza. Diversamente dalle regole proprie del processo penale, l'incapacità dell'interessato e quindi l'impossibilità dello stesso di difendersi coscientemente nel corso del procedimento non appare un motivo di sospensione del giudizio quando si tratta di giurisdizione *post iudicatum*. Il comma 8 dell'art. 666 c.p.p. specifica infatti che la notifica della *vocatio in iudicium* debba essere compiuta «anche nei confronti del tutore o del curatore», potendo così dedurre che i rappresentanti legali dell'incapace siano competenti a sostituirlo processualmente tanto nella fase di avvio quanto in quella successiva dell'udienza. Come giustamente si precisa, se da un lato la citata disposizione derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria degli artt. 71 e 72 c.p.p. possa ritenersi adeguata per un tipo di procedimento rivolto prevalentemente a questioni di diritto concernenti il titolo esecutivo, come è appunto quello dell'art. 666 c.p.p., dall'altro essa apparirebbe non pienamente tollerabile in un rito in cui la personalità e le condotte del ristretto si pongono al centro della valutazione per la

concessione o revoca dei benefici penitenziari. Il mezzo dell'autodifesa sarebbe così annullato ragionevolmente a causa della condizione di infermità mentale dell'interessato ed irragionevolmente in presenza di una disposizione che, pensata specificatamente per i giudizi esecutivi e contraria alla regola della sospensione ex art. 71 c.p.p., farebbe sorgere dubbi di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., soprattutto nei casi in cui dal procedimento di sorveglianza possa derivare una modifica in peius dello stato di libertà parzialmente raggiunto³². Ma allo stesso tempo l'eccezione alla regola della sospensione potrebbe qui trovare una specifica ragione nel fatto di evitare che il soggetto riacquistando una capacità processuale solo al termine della pena non possa godere del beneficio penitenziario che gli sarebbe spettato.

L'art. 666 comma 8 c.p.p. dispone inoltre che sia il giudice o il presidente del collegio a nominare un curatore provvisorio qualora l'interessato ne sia sprovvisto. Di fatto questa garanzia della nomina d'ufficio di un rappresentante legale a favore dell'incapace trova attuazione solo al momento della *vocatio in iudicium*; di conseguenza se l'interessato non fosse in grado di agire autonomamente e non fosse dotato di sostegni esterni diverrebbe il giudice l'unico soggetto a cui affidare la possibilità di un'attivazione del procedimento di sorveglianza operando in funzione di supplenza³³.

Nell'elenco dei legittimati occorre aggiungere i prossimi congiunti³⁴ e il consiglio di disciplina³⁵, i quali trovano un riconoscimento nell'art. 57 ord. penit.,

³² M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 204-205. Sulla inapplicabilità degli artt. 71 e 72 c.p.p. al procedimento esecutivo e a quello di sorveglianza si è pronunciata la Cassazione: Cass. sez. I, 9 marzo 2007, *Bencivenga*, in CED rv. 236770, 2008; sez. I, 29 aprile 1993, *Ferro*, in Cass. pen., 1994, pag. 2143.

³³ M. RUARO, *op. ult. cit.*, pag. 204.

³⁴ Per definire con precisione quali siano i prossimi congiunti, occorre far riferimento all'art. 307 comma 4 c.p. il quale ricomprende: gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti. Agli effetti della legge penale, non si considerano prossimi congiunti gli affini qualora sia morto il coniuge e non vi sia prole. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 223. Tra i prossimi congiunti dovrebbe essere incluso anche il convivente, in quanto la legge penitenziaria nel disciplinare altri aspetti (in particolare i colloqui) ha riconosciuto l'importanza del vincolo tra convivente e condannato. Così l'inserimento della famiglia di fatto in categoria dei congiunti dovrebbe valere anche per l'art. 57 ord. penit. Si veda S. GIAMBRUNO, *Diritto penitenziario: per esami universitari e concorsi pubblici*, Giuffrè Editore, 2006, pag. 227.

³⁵ Organo interno all'istituto penitenziario composto da figure professionali come il direttore, l'educatore e l'assistente sanitario, i quali intervengono per l'applicazione di sanzioni

norma che conferisce loro la possibilità, rispettivamente, di richiedere e di proporre «il trattamento e i benefici di cui agli articoli 47, 50, 52, 53, 54» ord. penit.³⁶. L'ultravigenza delle disposizioni processuali dell'ordinamento penitenziario diverse da quelle contenute nel capo II *bis* del titolo II della legge 26 luglio 1975 n. 354, garantita dall'art. 236 comma 2 disp. att. c.p.p., ha permesso di mantenere salva la concorrente operatività dell'art. 57 ord. penit., in quanto disposizione inserita nel capo VI del titolo I³⁷. Di segno opposto si pone una parte minoritaria della dottrina la quale ritiene inapplicabile la legittimazione di cui all'art. 57 ord. penit., in quanto «la disposizione costituiva parte integrante del (vecchio) procedimento» e di conseguenza sarebbe stata abrogata, secondo l'art. 15 delle preleggi, per incompatibilità con la nuova disciplina dell'art. 678 c.p.p.³⁸. In ossequio all'interpretazione maggioritaria della dottrina, a sostegno di tale orientamento non è semplicemente l'argomento relativo al profilo sistematico quanto piuttosto quello concernente il profilo funzionale di una legittimazione estesa ai prossimi congiunti e al consiglio di disciplina.

Diversamente dalla categoria del tutore e del curatore, ai prossimi congiunti non competono gli stessi diritti dell'interessato; essi non agiscono come rappresentanti in funzione di sostituti processuali, ma si attivano limitatamente alla proposizione della richiesta di determinati benefici penitenziari esercitando un diritto «autonomo e sussidiario (in quanto concorrente ma non sostitutivo) riconosciuto dall'ordinamento in considerazione di un interesse pubblico

disciplinari o, viceversa, per la proposta di concessione di benefici a seconda che il ristretto abbia adottato rispettivamente comportamenti negativi o positivi.

³⁶ Il richiamo dell'art. 57 ord. penit. solo ad alcuni dei benefici riconosciuti dalla legge penitenziaria (affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, licenze e liberazione anticipata) non è giustificato dalla volontà del legislatore di voler restringere l'ambito applicativo della norma quanto piuttosto appare determinato da un mero difetto di coordinamento tra l'art. 57 ord. penit. e le disposizioni introduttive nuove misure alternative: E. FASSONE – T. BASILE – G. TUCILLO, *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla L. 663-1986*, Napoli, 1987, pag. 144, nota n. 5.

³⁷ A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 158; R. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam Editore, 1994, pag. 554; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 109; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 220; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 560; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2011, pag. 277.

³⁸ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pagg. 88.

costituzionalmente rilevante, con funzione suppletiva dell'inerzia dell'interessato»³⁹. È quindi il valore primario, costituzionale, della rieducazione del reo a giustificare, secondo la tesi prevalente, un'estensione della legittimazione ad agire a favore dei prossimi congiunti, il cui potere rimane limitato, sulla base del dato normativo, alla sola presentazione dell'istanza⁴⁰. L'esclusione dei prossimi congiunti dalle fasi successive del procedimento potrebbe avere effetti negativi in quanto il contributo diretto di persone vicine al condannato faciliterebbe la valutazione del giudice su «come e con chi l'interessato potrà ricominciare, fuori del carcere, a ricostruirsi un'esistenza». In realtà questo tipo di apporto utile per il giudice può essere sempre fornito da tali soggetti, per i quali non appare esclusa una loro partecipazione in qualità di testimoni⁴¹.

Analoga è l'impostazione adottata per giustificare il potere riconosciuto al consiglio di disciplina di presentare una proposta per la concessione dei benefici di cui all'art. 57 ord. penit. Si tratta di una legittimazione residuale, sussidiaria volta a favorire lo scopo rieducativo della pena rispetto ai soggetti ristretti dei quali l'organo amministrativo, data la sua appartenenza all'istituto penitenziario, ha piena conoscenza. In questi casi il consiglio non opera come organo disciplinare: appare infatti scorretto percepire la proposta di cui all'art. 57 ord. penit. come un premio a chi abbia tenuto una buona condotta perché significherebbe ridurre il trattamento rieducativo extramurario ad una grazia, quando piuttosto esso rappresenta un diritto dell'interessato di cui il titolare ha piena disponibilità e rispetto al quale l'organo penitenziario opera semplicemente come mezzo di tutela sia dell'interesse pubblico ex art. 27 comma 3 Cost., sia implicitamente del singolo, qualora rimanga inattivo⁴².

Dubbi sulla legittimità del potere di questo organo di avviare il procedimento di sorveglianza sono sorti a livello formale in quanto, nonostante l'ultravigenza

³⁹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 225.

⁴⁰ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 206-207. Stesse opinioni sono affermate dagli AA. indicati nella nota n. 137.

⁴¹ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 335.

⁴² A sostegno della natura premiale della proposta del consiglio di disciplina si faccia riferimento a: G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, pag. 227; R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 555. In senso opposto si pone M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 175.

dell'art. 57 ord. penit. sulla base dell'art. 236 comma 2 *bis* disp. att. c.p.p., la norma dell'ordinamento penitenziario utilizza il termine «proposta» per indicare l'iniziativa del consiglio di disciplina, termine non presente nell'art. 678 comma 1 c.p.p. ma rintracciabile nell'art. 677 comma 1 c.p.p. Di conseguenza, essendo quest'ultima disposizione strettamente connessa con il procedimento di sorveglianza poiché regolatrice della competenza territoriale del giudice, si escluderebbe che l'omessa indicazione della proposta al primo comma dell'art. 678 c.p.p. comporti l'estromissione del consiglio di disciplina dai legittimati ad agire⁴³.

2.1.6. Il vaglio preliminare dell'istanza e l'attività propedeutica all'udienza camerale: profili introduttivi.

Alla proposizione dell'istanza segue la cosiddetta fase degli atti preliminari all'udienza che racchiude una molteplicità di attività, le quali possono essere suddivise a loro volta in due sottofasce. La prima concerne il controllo di ammissibilità della richiesta che è mezzo funzionale all'economicità del processo, in quanto rimuove quelle istanze che, inammissibili, costituiscono solo sovrabbondanti ed inutili carichi all'attività della giurisdizione rieducativa. A quest'ultima succede la seconda sottofase, la quale comprende una serie di operazioni propedeutiche alla regolare instaurazione del contraddittorio in vista dell'udienza camerale. La disciplina per tali attività deve essere ricavata dall'art. 666 commi 2 e 3 c.p.p. a cui l'art. 678 c.p.p. fa rinvio. La normativa di riferimento di cui all'art. 666 c.p.p. risulta in vari punti carente delle tutele giurisdizionali idonee ad assicurare uno sviluppo processuale consono ai principi costituzionali. Di conseguenza, a causa del rinvio, la laconicità normativa del procedimento esecutivo si riflette negativamente sul rito di sorveglianza, rispetto al quale il legislatore sembra non aver tenuto conto della sua peculiare funzione di "giudizio sull'uomo", per la cui tutela l'art. 678 c.p.p. avrebbe bisogno di autonomi ed effettivi mezzi di garanzia a vantaggio della parte privata.

⁴³ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 109. C'è chi ritiene che data la mancata riproduzione nell'art. 678 della "proposta", questa, una volta pervenuta alla magistratura di sorveglianza, comporterebbe un'attivazione d'ufficio. In questo modo la proposta del consiglio di disciplina viene inquadrata nell'ambito dell'iniziativa *ex officio*. Si veda F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 384.

Un tale *deficit* si manifesta fin dallo stadio preliminare del rito *de quo* regolato dal secondo comma dell'art. 666 c.p.p. La disposizione, dopo aver individuato le cause di inammissibilità dell'istanza nei casi di «manifesta infondatezza per difetto delle condizioni di legge» e di «riproposizione della richiesta già rigettata basata sui medesimi elementi», prevede l'obbligo per il giudice di sentire il pubblico ministero prima della decisione. Sono le modalità procedurali attraverso cui è compiuto il vaglio di ammissibilità a determinare dei dubbi circa la loro validità e legittimità costituzionale. Il legislatore ha disposto per questa fase preliminare un intervento giurisdizionale *de plano*, senza contraddittorio tra le parti, giustificato dal fatto che il magistrato deve qui limitarsi a compiere un vaglio sulla legittimità dell'istanza senza mai spingersi sul merito della stessa poiché altrimenti ciò provocherebbe un'anticipazione della fase successiva in udienza camerale e la conseguente una violazione dei principi costituzionali di imparzialità dell'organo giudicante e del contraddittorio tra le parti⁴⁴. Nonostante questa doverosa precisazione interpretativa sui limiti del vaglio di ammissibilità dell'istanza, permane un nodo critico al secondo comma dell'art. 666 c.p.p. determinato dalla previsione di un parere scritto che il giudice deve richiedere al pubblico ministero. Nella disposizione nulla si dice invece sulla possibilità dell'interessato di essere sentito prima dell'emanazione del decreto, creandosi così una vistosa disparità di poteri tra le parti. L'obbligo del magistrato di sorveglianza di sentire la pubblica accusa prima della decisione sull'ammissibilità dell'istanza e il mancato riconoscimento di un uguale potere di intervento a favore della parte privata, sia del condannato che del difensore di fiducia (in quanto quello d'ufficio è nominato dal giudice solo dopo il vaglio preliminare), contrastano con la qualifica attribuita a tale valutazione la quale più che *de plano* risulta essere una procedura *inaudita altera parte*⁴⁵: da un lato, presenta alcune formalità di rito (si veda il parere scritto del pubblico ministero), ma dall'altro non lascia alcuno spazio di intervento

⁴⁴ F. CORBI, *op. ult. cit.*, pag. 204; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè Editore, 1994, pag. 328; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 183.

⁴⁵ Così si esprimono: M. G. COPPETTA, *Il controllo sull'ammissibilità delle misure rieducative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 295; G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, pag. 414.

sia al condannato che al suo difensore. Entro questi termini si delineano dubbi sulla legittimità costituzionale della suddetta disposizione rispetto alle garanzie giurisdizionali espresse ai commi 2 e 3 dell'art. 111 Cost. Richiamando i valori del secondo comma dell'art. 111 Cost., è la parità tra le parti (principio volto ad assicurare un equilibrio tra i poteri dei contendenti) ad essere pregiudicata dall'impossibilità dell'interessato di essere sentito dal giudice della fase preliminare. Da un punto di vista sostanziale si potrebbe dire che il reo, privo delle competenze tecnico giuridiche, non possa fornire, anche se ne avesse la facoltà, alcun parere personale al giudice per il vaglio di ammissibilità della richiesta che concerne esclusivamente aspetti normativi. Apporto che, invece, potrebbe essere offerto a sostegno dell'interessato dalla difesa tecnica, avendo le capacità per intervenire su tali materie. Ma in questa fase la presenza del difensore, a meno che non sia un legale di fiducia, non è pienamente assicurata, dato che la nomina d'ufficio dello stesso viene compiuta dal giudice solo successivamente al vaglio di ammissibilità dell'istanza con il decreto di fissazione dell'udienza. Questa carenza sotto il profilo difensivo implicherebbe così una doppia illegittimità costituzionale in quanto, da un lato, apparirebbe visibilmente contraria al diritto inviolabile della difesa «in ogni stato e grado del procedimento» ex art. 24 comma 2 Cost. e, dall'altro, costituirebbe una violazione del principio della parità delle armi tra le parti, parità che viene a mancare tutte le volte in cui l'interessato sia privato dell'assistenza tecnica di un difensore, il quale rappresenta una garanzia fondamentale per la difesa dell'assistito e per la corretta instaurazione di un contraddittorio tra soggetti dotati di pari cognizioni tecnico giuridiche.⁴⁶

⁴⁶ Prima della riforma dell'art. 111 Cost., considerano ingiustamente disparitario le facoltà riservate dall'art. 666 comma 2 c.p.p. alla parte pubblica a sfavore di quella privata: M. G. COPPETTA, *op. ult. cit.*, pag. 296; B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, 1995, pag. 448; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pag. 330. Dopo la riforma dell'art. 111 Cost.: S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 185; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 220; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 398.

Di contro si affermano varie opinioni che sostengono la validità dell'art. 666 comma 2 c.p.p. sulla base di diverse argomentazioni: F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 128, il quale esclude che la fase intercorrente tra il momento della presentazione dell'istanza e l'emissione dell'avviso abbia carattere giurisdizionale, di conseguenza il problema delle garanzie di assistenza e difesa sorge solo con la fissazione dell'udienza. C'è chi cerca di mitigare il problema della disparità di intervento delle parti concependo l'obbligo del giudice di sentire l'organo dell'accusa più come

L'assenza di un difensore in questa prima fase preliminare si ripercuote negativamente sul diritto di difesa del condannato non solo rispetto alla sconosciuta possibilità di fornire un parere allo stesso modo del pubblico ministero ma anche con riguardo alla facoltà, al contrario espressamente dichiarata, di proporre ricorso in cassazione avverso il decreto che dichiara l'inammissibilità dell'istanza. Nonostante i dubbi infondati sull'adeguatezza di tale forma d'impugnazione (il cui vaglio è limitato ad un giudizio di legittimità)⁴⁷, la questione centrale riguarda la perdita di *chances* dell'interessato di ottenere un annullamento del decreto di inammissibilità da parte della Suprema Corte dinanzi alla quale potrebbe operare solo il difensore dello stesso. Ma se il condannato è sprovvisto di un legale di fiducia, questo vuoto non potrà essere colmato da un difensore d'ufficio, la cui nomina avverrà solo nel momento di fissazione della data dell'udienza, lasciando l'interessato inerme. Il ricorso in cassazione diviene così un rimedio «puramente teorico», di fatto inutilizzabile soprattutto da quei soggetti che

strumento volto ad informarlo dell'intenzione già formata di dichiarare l'inammissibilità dell'istanza che come mezzo per raccogliere l'opinione di tale parte processuale, giustificata dalla mancanza di una specifica previsione sulla comunicazione del decreto anche al pubblico ministero. Così si esprime F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 205.

Avverso quest'ultime due opinioni, si contesta, rispetto alla prima, la natura giurisdizionale del procedimento sin dal momento della sua instaurazione, in quanto si tratta di una fase preliminare che appartiene ad un tutto giurisdizionalizzato; mentre, rispetto alla seconda tesi, è discutibile il fatto che l'obbligo di chiedere il parere al pubblico ministero funga da comunicazione di una decisione già sostanzialmente accettata poiché l'uso del verbo "sentire" implicherebbe un ruolo attivo della pubblica accusa non limitato alla mera cognizione. Inoltre l'interpretazione anzidetta conserverebbe una disparità di trattamento a svantaggio del condannato che godrebbe di tempi più ridotti per la preparazione del ricorso in cassazione rispetto a quelli assicurati alla pubblica accusa qualora il suo diritto di intervento venisse espresso nei termini del diritto ad essere informato dell'intenzione del giudice. Così sostiene PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 230; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pagg. 299-300.

⁴⁷ F. CORBI, *op. ult. cit.*, pag. 206; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 160; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 121. Ancora prima G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 327, il quale criticando il rimedio dell'opposizione disposto dalla previgente disciplina del procedimento di sorveglianza (ex art. 71 sexies ord. penit.) in quanto causa di pregiudizio della funzione stessa del vaglio preliminare, ritenne più coerente come scelta legislativa il ricorso in Cassazione. Contraria è l'opinione di P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, pag. 576 che considera più appropriato l'uso del rimedio dell'opposizione poiché il ricorso dinanzi al giudice di legittimità costituisce uno strumento inadeguato rispetto a decreti fondati su valutazioni di merito discrezionali, opinabili. Così anche R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 557.

«avendo formulato la richiesta senza il supporto del difensore, appaiono come i più probabili destinatari del provvedimento preclusivo emesso *in limine iudicii*»⁴⁸.

2.1.7. Il diritto all'informazione: la *vocatio in iudicium*.

Quando il giudice valuta positivamente l'ammissibilità dell'istanza di concessione o revoca della misura alternativa, si procede al compimento di una serie di atti propedeutici all'udienza per assicurare la corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti dinanzi alla magistratura di sorveglianza. Questo secondo passaggio della fase preliminare del rito *de quo*, che diviene il primo e l'unico nei casi di avvio *ex officio*, è regolato dal comma 3 dell'art. 666 c.p.p., in conformità alla disciplina prevista per il modello camerale ex art. 127 c.p.p. Si tratta di una fattispecie processuale complessa, riconducibile alla categoria concettuale di «citazione»⁴⁹, che si caratterizza per una serie di «adempimenti a carico dell'ufficio con i quali l'imputato, l'indagato o il condannato vengono posti in condizione di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione, fase anche antecedente, successiva e diversa rispetto al giudizio in senso stretto [...] intendendosi per "partecipare" l'essere parte in contraddittorio con il pubblico ministero dinanzi ad un giudice terzo»⁵⁰.

L'art. 666 comma 3 c.p.p. prescrive in primo luogo la nomina di un difensore d'ufficio, qualora l'interessato ne sia ancora privo⁵¹, nomina che, contenuta nello stesso decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificata alle parti almeno dieci giorni prima della data fissata per l'udienza stessa. Nel termine non superiore di cinque giorni anteriori alla data stabilita è concessa facoltà di deposito di memorie in cancelleria.

In questa fase preparatoria all'udienza si coglie una particolare attenzione ai contenuti del decreto, alle modalità e ai termini di comunicazione dello stesso in

⁴⁸ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 121.

⁴⁹ Cass. sez. un., 22 dicembre 1995, *Carlutti*, in CED rv. 203771. Si noti che nella sentenza la Suprema Corte abbia indicato tra i titolari del diritto alla *vocatio in iudicium* non solo l'indagato e l'imputato ma anche il condannato, facendo così riferimento anche ai procedimenti camerali *post iudicatum*.

⁵⁰ Cass. sez. un., 9 luglio 2003, *Ferrara*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3705.

⁵¹ Si rinvia al successivo § 2.1.8.

quanto si tratta di aspetti fondamentali per la preparazione della difesa e per la corretta instaurazione del contraddittorio obbligatorio tra le parti dinanzi all'organo giudicante, in conformità alle disposizioni dell'art. 111 comma 3 Cost., secondo cui la persona accusata deve essere «informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» e disporre «del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa».

Data la funzione di *vocatio in iudicium* assegnata all'atto con cui viene fissata l'udienza, si è concordi nell'attribuirgli la forma del decreto assimilandolo a quello con cui si dispone il rinvio al giudizio *ex art. 429 c.p.p.*⁵². Nel silenzio della normativa in tema di procedimento di sorveglianza, il richiamo al decreto che dispone il giudizio emesso in esito all'udienza preliminare permette di precisare il contenuto del decreto di fissazione dell'udienza camerale ovvero di individuare i requisiti minimi indispensabili per attuare la sua peculiare funzione di chiamata in giudizio. Risulta così imprescindibile, oltre alla nomina del difensore d'ufficio in mancanza di quello di fiducia, l'indicazione dell'autorità giudiziaria procedente, della data, ora e luogo dell'udienza, ed infine della materia oggetto della trattazione⁵³. In riferimento a quest'ultimo aspetto si discute dei limiti contenutistici entro i quali deve essere specificata la *res iudicanda*, più precisamente la questione concerne la trasferibilità all'avviso di cui all'art. 666 c.p.p. del requisito prescritto dall'art. 429 comma 1 lett. c) c.p.p. che impone, a pena di nullità, l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto e degli articoli di legge di riferimento. L'interpretazione prevalente ritiene non essenziale l'indicazione nel decreto del procedimento di sorveglianza della *causa*

⁵² In dottrina: F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pagg. 208-209; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 193; G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 240.

In giurisprudenza: Cass. sez. un., 22 dicembre 1995, *Carlutti*, cit.; Cass. sez. un., 9 luglio 2003, *Ferrara*, cit., pag. 3702; Cass. sez. I, 19 maggio 1998, *Romeo*, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 1306 per cui l'avviso di udienza «è equiparabile, attesa la natura giurisdizionale del procedimento di sorveglianza, al decreto che dispone il giudizio previsto per il procedimento penale di cognizione»; analogamente Cass. sez. I, 15 aprile 1991, *Sandari*, in *Cass. pen.* 1992, I, pag. 982 e Cass. sez. I, 19 maggio 1993, *D'Arpino*, in *Cass. pen.* 1993, pag. 2730 che equipara l'avviso di cui al comma 3 dell'art. 666 c.p.p. al decreto di citazione nel procedimento ordinario.

⁵³ Cass. sez. I, 12 giugno 1991, *Bocchini*, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 982.

A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 165.

petendi giustificata dalla particolare materia oggetto del rito *de quo*⁵⁴. In verità per valutare correttamente questo requisito sarebbe bene separare i giudizi di concessione di misura alternativa da quelli di revoca. L'opinione dominante potrebbe essere condivisa in riferimento ai casi di giudizio "sull'autore", in quanto si tratta di un procedimento che, concentrandosi sull'evoluzione della personalità del condannato, non sorge da un fatto specifico, ma si fonda su una valutazione d'insieme dei singoli comportamenti ed episodi di vita della persona. Appare così impossibile specificare in forma chiara e precisa nel decreto di fissazione dell'udienza camerale tali fatti in quanto tutti, compresi i più marginali, «rilevano quali indici della capacità di reinserimento sociale» del reo⁵⁵. Diversa la questione della contestazione del fatto per i procedimenti di sorveglianza concernenti la revoca dei benefici. Questi giudizi, cosiddetti "sul fatto", prendono le mosse da un preciso accadimento addebitato al condannato in misura alternativa che consiste generalmente nella violazione delle prescrizioni fissate in sede di concessione del beneficio o nella commissione di un reato. Anche in tali ipotesi è compiuto un esame del comportamento complessivamente tenuto dall'interessato nel corso dell'esecuzione di pena in misura alternativa, affinché possa essere valutata in maniera approfondita l'inidoneità del soggetto a mantenere il beneficio; ma qui, diversamente dai giudizi di concessione, la valutazione sulla personalità presuppone in primo luogo l'accertamento dello specifico addebito mosso al reo. Sotto quest'ultimo profilo sembra evidente la somiglianza che unisce il procedimento per

⁵⁴ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pagg. 130; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2003, pag. 193; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 194, il quale sembra adeguarsi all'orientamento più rigoroso espresso dalla giurisprudenza. Infatti, in varie pronunce, la Corte di cassazione ha escluso la *contestatio facti* nei procedimenti di sorveglianza sia concessivi che ablatori, ritenendo sufficiente l'indicazione del *petitum* ossia della concessione o revoca di un determinato beneficio penitenziario: Cass. sez. I, 12 giugno 1991, *Bocchini*, cit., pag. 982; Cass. sez. I, 28 marzo 2001, *Sarcone*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 1509; Cass. sez. I, 30 ottobre 2007, *Murano*, in CED rv. 239501, che richiama la Cass. sez. I, 12 dicembre 2003, *Argentea*, in CED rv. 227221 per cui è sufficiente l'indicazione in forma succinta dell'oggetto del procedimento.

A tali opinioni sembrano conformarsi ulteriori AA., i quali non indicano, tra i requisiti minimi del contenuto dell'avviso di fissazione dell'udienza, la *causa petendi*. Si fa riferimento a: A. PRESUTTI, *op. ult. cit.*, pag. 165; B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., pag. 452; B. FERRARO – C. DE STEFANIS, *Procedimenti e provvedimenti della magistratura di sorveglianza*, Cedam Editore, 1995, pag. 102.

⁵⁵ F.P.C. IOVINO, *op. ult. cit.*, pagg. 130-131.

la revoca della misura alternativa al processo penale: entrambi originano dall'accusa di un fatto determinato costitutivo di una violazione. Così assimilando la posizione del condannato a quella dell'imputato, dovrebbe essere esteso al decreto di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p. l'obbligo di enunciazione in maniera analitica del fatto storico su cui si fonda l'istanza di revoca, in quanto il requisito della *contestatio facti* costituisce per entrambi i modelli procedurali una condizione essenziale per la preparazione della difesa. Questo aspetto contenutistico garantirebbe infatti la cognizione puntuale del fatto contestato e di conseguenza permetterebbe al difensore di orientare efficacemente l'attività investigativa⁵⁶, al fine di costruire la migliore linea difensiva per l'interessato⁵⁷.

Ai fini della preparazione della difesa in vista del contraddittorio necessario in udienza, oltre al profilo contenutistico dell'avviso di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p., acquistano particolare rilevanza le ulteriori condizioni prescritte dalla medesima disposizione. In primo luogo la previsione di un termine dilatorio di dieci giorni che deve intercorrere tra la data della comunicazione e notificazione dell'avviso e la data dell'udienza. Si tratta di un termine che, raddoppiato rispetto alla disciplina previgente contenuta all'art. 71 comma 2 ord. penit. e strettamente connesso con quello previsto per il deposito delle memorie⁵⁸, permette alla parte privata di «prendere conoscenza degli atti, di estrarne copia e di approntare una congrua e informata difesa in ordine all'oggetto della richiesta, anche mediante la presentazione delle memorie, che fino a cinque giorni prima possono essere depositate nella cancelleria del giudice», così da assicurare «la realizzazione di un

⁵⁶ Si rinvia al successivo § 2.1.8.

⁵⁷ A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 237; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 271-272; l'A. mette in discussione la costituzionalità dell'art. 666 comma 3 c.p.p. a seguito del rafforzamento delle garanzie difensive desumibili dall'art. 111 comma 3 Cost. Diversamente F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pagg. 134: «nel processo di sorveglianza manca la fase accertativa delle indagini preliminari, non è prevista un'attività preudienza del pubblico ministero, non esiste, di conseguenza, il relativo fascicolo, ma solamente un fascicolo d'ufficio dal contenuto limitato, magari alla sola domanda per cui alle parti v'è poco da comunicare. [...] Al pubblico ministero non potrebbe comunicarsi di più che il tale ha chiesto una certa misura alternativa; all'interessato che il pubblico ministero ne ha chiesto la revoca; [...] Il procedimento sembra essere il prototipo del giudizio accusatorio in quanto prevede la sola fase del giudizio. È in essa che i fatti si accertano; l'assunzione della prova in contraddittorio assolve anche alla funzione di contestazione e fissa nel contempo i limiti del giudizio».

⁵⁸ V. *infra* § 2.1.9.

contraddittorio effettivo e non di mera presenza, tanto nel procedimento in generale che nell'udienza in particolare»⁵⁹. In secondo luogo rilevano le modalità di trasmissione dell'avviso dell'udienza per le quali deve essere richiamata la disciplina generale di cui agli artt. 153 comma 2 e 156 c.p.p., rispettivamente per la comunicazione al pubblico ministero e la notificazione all'interessato, sostituito dal difensore ai sensi dell'art. 165 c.p.p. se il reo sia latitante o abbia assunto condotte che integrano gli estremi del reato di evasione⁶⁰. L'art. 666 comma 3 c.p.p. indica le «parti» e i «difensori» come destinatari dell'avviso dell'udienza, dove il termine «parti» include i soggetti processuali del pubblico ministero, del condannato a cui è rivolta l'istanza compreso, ai sensi dell'art. 666 comma 8 c.p.p., il rappresentante legale, nominato d'ufficio qualora l'interessato ne sia privo al fine di tutelare la persona che inferma di mente non sia in grado di poter prendere autonomamente cognizione del contenuto della *vocatio in iudicium*⁶¹.

2.1.8. Il diritto alla difesa tecnica.

La difesa tecnica rappresenta uno dei profili fisionomici del principio di cui all'art. 24 comma 2 Cost. che si esplica in ogni stato e grado del procedimento come diritto inviolabile dell'interessato di essere assistito e rappresentato da un difensore, ovvero da un persona abilitata che abbia le cognizioni tecnico giuridiche necessarie per affrontare il giudizio nell'interesse della parte.

⁵⁹ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pagg. 212-213. Si veda anche A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 164. Seppur sia stato assicurato il termine intercorrente tra la notifica dell'avviso e la data dell'udienza, la normativa manca di precisare altrettanti importanti termini capaci di cadenzare opportunamente la fase propedeutica all'udienza lasciando così nella discrezionalità del giudice il compimento dei singoli atti tipici della fase preliminare. Di conseguenza sorge la preoccupazione che la giurisdizione rieducativa perda la sua funzionalità, in quanto la mancanza di un prescrizione temporale entro cui svolgere tali attività comporterebbe periodi di stasi processuale impedendo la concessione di misure alternative a favore di condannati a pene di breve durata. Unica eccezione è data dall'art. 51 *ter* ord. penit. che prevede uno specifico termine di trenta giorni tra la sospensione temporanea della misura alternativa e la decisione finale sulla revoca definitiva della stessa, in mancanza della quale il provvedimento di sospensione decade decorso il termine massimo. Tale disposizione influenza così il giudice nel fissare la data dell'udienza evitando tempi di stasi processuale sfavorevoli per il reo che potrebbe beneficiare di una misura alternativa. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 123.

⁶⁰ L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione procedimento di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2010, pagg. 346 ss.

⁶¹ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pag. 335.

Il difensore assume tale ruolo per mezzo di uno specifico atto di nomina con il quale l'interessato dà mandato di rappresentarlo e assisterlo per la tutela dei suoi interessi. Anche per i procedimenti *post iudicatum* occorre richiamare la disciplina sull'assistenza difensiva prevista in via generale dagli artt. 96 e ss. c.p.p. In questo particolare contesto, dato il prevalente *status detentionis* in cui si trova il condannato, la dichiarazione di nomina deve essere trasmessa al direttore dell'istituto penitenziario; questa, ai sensi dell'art. 123 c.p.p., assume efficacia immediata come se fosse depositata direttamente presso l'autorità giudiziaria, alla quale il direttore dovrà dare comunicazione secondo le modalità di cui all'art. 44 disp. att. c.p.p.⁶².

Rispetto alla normativa generale sulla nomina del difensore di fiducia occorre rilevare alcuni aspetti che nei procedimenti *post iudicatum* acquistano una certa problematicità. In primo luogo si discute sulla possibilità del condannato di avvalersi dello stesso legale di fiducia del processo di cognizione, senza dover provvedere ad un nuovo atto di nomina. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono prevalentemente orientate a considerare inammissibile una *prorogatio* automatica del mandato difensivo dal procedimento di cognizione alle fasi successive così come pure dal procedimento sul titolo esecutivo a quello sullo *status detentionis*, in quanto ogni fase (cognitiva, esecutiva e rieducativa) del procedimento penale è caratterizzata da una propria autonomia procedurale che provoca, all'esaurirsi di ciascuno di questi stadi, una perdita di efficacia del mandato

⁶² L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative*, cit., pag. 311. In giurisprudenza: Cass. sez. un., 26 marzo 1997, *Procopio*, in *Giur. it.* 1998, pag. 2146. «La legge di rito considera l'ufficio del direttore dello stabilimento di detenzione come una "propaggine" dell'ufficio di cancelleria o segreteria dell'autorità giudiziaria, parificando, quanto alla possibilità pratica di esercitare il diritto di difesa, la situazione dell'imputato detenuto, privato della libertà personale, a quella dell'imputato (indagato) libero, così attuando concretamente l'enunciato dell'art. 24 comma 2 della Costituzione». Nonostante il riferimento nella sentenza all'imputato, l'estensione applicativa dell'art. 123 ai riti *post iudicatum* determinerebbe pertanto la possibilità di trasmettere la massima delle sezioni unite a quest'ultime forme di procedimenti. Essa afferma che «la dichiarazione di nomina del difensore di fiducia effettuata dall'imputato (indagato) detenuto con atto ricevuto dal direttore dello stabilimento di custodia, a norma dell'art. 123 c.p.p., ha efficacia immediata, come se fosse ricevuta direttamente dall'autorità giudiziaria destinataria e deve essere a questa comunicata con urgenza con le modalità e gli strumenti previsti dall'art. 44 disp. att. c.p.p.».

difensivo⁶³. Di contro si è sviluppata una tesi minoritaria che ritiene ammissibile la *perpetuatio* della nomina del legale di fiducia compiuta per il processo penale al procedimento di sorveglianza sulla base di un principio generale desumibile dall'art. 656 comma 5 c.p.p., norma che dichiara che l'istanza di misura alternativa possa essere presentata dal «difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio»⁶⁴. In verità questa disposizione si riferisce a casi specifici rispetto ai quali si legittima la sospensione dell'ordine di esecuzione della sentenza di condanna definitiva per dar spazio, qualora la pena detentiva non superi certi limiti quantitativi, alla proposizione di una richiesta per la concessione *ab initio* di misura alternativa che può essere presentata anche dal difensore di fiducia del processo di cognizione. La suddetta norma non assurge al rango di regola generale quanto piuttosto, occupandosi di ipotesi particolari, rappresenta una deroga al principio generale secondo cui la nomina del legale di fiducia fatta nel corso del processo di cognizione non estende i suoi effetti ai procedimenti seguenti⁶⁵.

⁶³ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 375; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pagg. 157-158; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 83; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 110; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pagg. 305-306.

In giurisprudenza: Cass. sez. I, 30 novembre 2004, *Minarelli*, in *Cass. pen.* 2006, pag. 602 la quale conferma il principio secondo cui la nomina del difensore intervenuta nel procedimento di esecuzione non può avere efficacia con riferimento a quello di sorveglianza; Cass. sez. I, 10 maggio 1994, *Insolia*, in *Cass. pen.* 1995, pag. 2202 confermata recentemente da Cass. sez. I, 6 marzo 2009, *De Santis*, in *De jure*, Giuffrè Editore, secondo le quali il mandato difensivo conferito per il procedimento di sorveglianza concernente la concessione di una misura alternativa non conserva la sua efficacia per il procedimento volto alla revoca della stessa misura, per il quale si dovrà provvedere ad un nuovo atto di nomina.

⁶⁴ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 130; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2004, pag. 107.

⁶⁵ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 560; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 197; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative*, cit., pag. 351. In giurisprudenza: Cass. sez. I, 22 giugno 2003, *Carraro*, in *Cass. pen.* 2004, pag. 3657; Cass. sez. un., 17 dicembre 2009, *Mammoliti*, in *Dir. pen. proc.* 2010, pag. 803 nella quale si afferma l'eccezionalità dell'ipotesi prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p. rispetto alla prassi generale per quanto riguarda la notificazione al condannato ed al difensore del giudizio di merito. «Tale eccezione trova la sua logica giustificazione proprio nella necessità di pervenire in tempi brevi alla esecuzione della condanna, sia disponendo la carcerazione, momentanea sospesa, sia rendendo possibile l'applicazione di una delle misure alternative, per cui si presume, proprio per la quasi contemporaneità della irrevocabilità della sentenza con la sua esecuzione, che la notificazione presso i luoghi indicati nel procedimento di cognizione possa accelerare la complessa procedura di esecuzione delle pene "brevi"».

Ulteriore dibattito in merito alle modalità di nomina del difensore di fiducia nel procedimento di sorveglianza concerne la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 96 c.p.p. e la possibilità di estenderla alla giurisdizione rieducativa. La norma concede ai prossimi congiunti la possibilità di provvedere al mandato difensivo a vantaggio dell'interessato che a causa della restrizione della sua libertà personale, potrebbe non essere in grado di occuparsene autonomamente. La questione non è risolta univocamente: da un lato, si suppone l'inapplicabilità della suddetta disposizione nei confronti del condannato in quanto contiene un riferimento espresso alla persona «fermata, arrestata o in custodia cautelare»⁶⁶; dall'altro si ammette la legittimazione sussidiaria dei prossimi congiunti di nominare il difensore di fiducia a favore del ristretto, giustificata dalla stretta connessione che lega questa facoltà al potere di proposizione dell'istanza riconosciuto all'art. 57 ord. penit.⁶⁷. Seppur in ragione della libertà di scelta del difensore si privilegi un'applicazione della norma circoscritta alla categoria degli imputati che, a causa dell'improvvisa e temporanea restrizione della loro libertà personale, abbiano

⁶⁶ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 84, nota n. 202; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 110, il quale ritiene che un tale potere sarebbe idoneo a condizionare la libertà di scelta del difensore di fiducia tanto quanto le indicazioni che potrebbero essere date dal personale dell'amministrazione penitenziaria espressamente vietate dall'art. 25 disp. att. c.p.p.; M. RUARO, *op. ult. cit.*, pag. 208, il quale pur non negando «le difficoltà materiali che il soggetto privato della libertà personale può incontrare al momento di scegliere il professionista cui affidare la difesa tecnica» ritiene che la norma rimanga inapplicabile al procedimento di sorveglianza non solo per la natura tassativa dell'art. 96 comma 3 c.p.p., ma anche perché la situazione del condannato ristretto non è assimilabile a quella dell'imputato in custodia cautelare, mancando nel primo caso «sia la temporaneità della condizione sia soprattutto il carattere improvviso del provvedimento restrittivo della libertà personale». Ma l'A. non manca di evidenziare «un'incongruenza» qualora il condannato subisca un'ordinanza di custodia cautelare per fatto diverso da quello accertato con sentenza di condanna definitiva, ipotesi questa che rientrando nell'ambito dell'art. 96 comma 3 c.p.p. lascerebbe la garanzia subordinata alla circostanza accidentale della custodia cautelare. In giurisprudenza si veda Cass. sez. VI, 7 marzo 2006, Spaija, in C.e.d. Cass. 234271 la cui massima dichiara: «La facoltà dei prossimi congiunti di nominare, ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p., un difensore nell'interesse dell'indagato riguarda esclusivamente le persone *in vinculis* e non i latitanti, essendo la citata norma di carattere eccezionale e, come tale, non suscettibile di interpretazione analogica».

⁶⁷ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 561; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative*, cit., pag. 311, nota n. 36, che afferma come conseguenza della mancata notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale al difensore nominato ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p. una nullità assoluta e insanabile. Così pure la Cass. sez. I, 15 marzo 1993, *Schiavone*, in *Cass. pen.* 1995, pag. 1277 la quale prevede una nullità assoluta del provvedimento conclusivo del procedimento di sorveglianza qualora non sia stata omessa la notificazione dell'avviso di udienza al difensore nominato dai prossimi congiunti.

difficoltà nel provvedere autonomamente alla nomina del difensore, si potrebbe avanzare l'idea di piegare un tale rimedio alla giurisdizione rieducativa, al fine di colmare quel vuoto di garanzia difensiva che connota la fase preliminare del procedimento di sorveglianza. Tale carenza è evidente tutte le volte in cui l'interessato non abbia provveduto alla nomina di un legale di fiducia ritrovandosi così privo dell'assistenza tecnica necessaria per il compimento di atti giudiziari, in particolare per la proposizione del ricorso in cassazione avverso il decreto preliminare che dichiara l'inammissibilità dell'istanza di misura alternativa⁶⁸.

La legge in verità prevede uno strumento capace di riempire quei vuoti difensivi determinati dalla mancanza del legale di fiducia, che consiste nella nomina d'ufficio di un difensore. Ma non sempre di fronte all'assenza dell'assistenza tecnica è assicurata la designazione di un legale da parte del giudice, come dimostra la normativa sul procedimento di sorveglianza. È nella fase preliminare del suddetto rito che la tutela difensiva appare precaria, in quanto alla nomina del difensore d'ufficio si provvede solo a seguito del positivo superamento della delibazione di ammissibilità dell'istanza. Il fatto che l'art. 666 comma 3 c.p.p., a cui fa rinvio l'art. 678 c.p.p., posticipi l'obbligo della nomina d'ufficio al momento della fissazione dell'udienza camerale, lascia senza copertura difensiva l'interessato e riduce l'unico mezzo di tutela a disposizione del condannato (il ricorso in cassazione avverso il decreto di inammissibilità) ad una pura formalità⁶⁹. Al di là della difficile possibilità di estendere l'applicazione della disposizione di cui all'art. 96 comma 3 c.p.p. al

⁶⁸ Si veda § 2.1.6.

⁶⁹ La scelta del legislatore di disporre la nomina del difensore d'ufficio solo dopo il vaglio di ammissibilità dell'istanza di un beneficio penitenziario è stata, sin da tempi meno recenti, giustamente criticata in quanto la previsione normativa, situata prima nell'ordinamento penitenziario poi nel codice di procedura penale, seppur sia efficace a soddisfare esigenze di snellezza procedurale non appare in grado di offrire una garanzia effettiva al bisogno prioritario del diritto di difesa. Si veda G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 329.

Per le medesime esigenze di celerità la nuova normativa codicistica ha eliminato la regola del doppio avviso prevista dalla previgente disciplina situata nell'ordinamento penitenziario, la quale imponeva al giudice, dopo il vaglio positivo di ammissibilità dell'istanza, di avvertire l'interessato della facoltà di nominare un difensore di fiducia entro cinque giorni dalla notifica di tale invito. Decorso quest'ultimo termine, l'autorità giudiziaria doveva provvedere ad eseguire il secondo avviso concernente il decreto di fissazione dell'udienza al quale veniva allegata la nomina di un difensore d'ufficio qualora il reo non avesse provveduto di per sé. Si veda A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 163; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 122.

procedimento di sorveglianza, la soluzione più adeguata alla palese carenza difensiva nella fase preliminare sarebbe l'anticipazione a tale stadio del mezzo ordinariamente previsto per dare effettività alla difesa, ovvero l'obbligo del giudice di provvedere alla nomina di un legale⁷⁰. La procedura per l'investitura del difensore d'ufficio, a prescindere dal momento in cui sia compiuta, avviene in conformità alle disposizioni generali dell'art. 97 c.p.p., lasciando sempre libero l'interessato di farsi assistere da una persona di fiducia.

A tutela del diritto di difesa la legge prevede un ulteriore strumento che, in conformità al principio di cui all'art. 24 comma 3 Cost., intende assicurare a tutti l'assistenza di un difensore anche qualora siano insufficienti le risorse economiche necessarie a ricompensare la prestazione professionale. Questo è l'obiettivo del patrocinio a spese dello Stato, apposito istituto a vantaggio dei non abbienti regolato attualmente dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sulle spese di giustizia approvato con d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. All'art. 75 comma 2 si riconosce l'applicabilità del gratuito patrocinio anche nella fase dell'esecuzione compresi i processi di competenza del tribunale di sorveglianza⁷¹. Nonostante questa garanzia sia stata estesa ad ogni procedimento giurisdizionale in

⁷⁰ La difesa d'ufficio, così come ha precisato la stessa Corte Costituzionale, è parte integrante del diritto di difesa il quale «comprende in sé, oltre la facoltà di difendersi riconosciuta al cittadino, anche, l'obbligo dello Stato di provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio» per la difesa di chi non si avvalga di tale facoltà. (C. Cost., 6 giugno 1970, n. 69).

⁷¹ Sulla disciplina del gratuito patrocinio a favore dei non abbienti è intervenuta la Corte Costituzionale, il 23 maggio 1998, n. 139: sentenza con cui sono stati precisati i confini applicativi di tale garanzia. Il giudice delle leggi ha dichiarato l'applicabilità di tale normativa anche ai procedimenti di competenza del magistrato di sorveglianza il quale, seppure non sia espressamente indicato, deve intendersi racchiuso nel termine «fase dell'esecuzione», espressione che «non identifica un organo piuttosto che l'altro, ma che comprende tutti gli organi della giurisdizione penale chiamati a compiere, oggettivamente, attività di esecuzione». Nella stessa sentenza la Corte, richiamando il principio di riferimento di cui all'art. 24 comma 3 Cost., ha confermato l'estensione applicativa del gratuito patrocinio al procedimento di sorveglianza in quanto la stessa norma costituzionale impone una garanzia difensiva ai non abbienti «davanti ad ogni giurisdizione».

Il patrocinio a carico dello Stato deve essere così esteso anche ai procedimenti di competenza tanto del tribunale di sorveglianza quanto dell'organo monocratico, senza distinzioni in merito al tipo di procedimento in quanto a prescindere dalla natura contenziosa del rito (con o senza la partecipazione delle parti all'udienza camerale) l'unico elemento che conta ai fini dell'applicazione dell'art. 75 d.P.R. 115/2002 è il riconoscimento del diritto dell'interessato di farsi assistere da un difensore. Così è stata riconosciuta l'estensione applicativa della norma al procedimento concernente la richiesta di liberazione anticipata di competenza del magistrato di sorveglianza sulla quale decide in camera di consiglio senza la presenza delle parti. Si veda Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2011, *Di Cagno, inedita*.

cui «l'interessato debba o possa essere assistito da un difensore o da un consulente tecnico»⁷², si verifica una perdita dell'effettività di tale istituto a causa di un'incongruenza tra la circoscritta validità del patrocinio al singolo procedimento in cui è stato ammesso e la decorrenza degli effetti irretroattivi che hanno inizio solo con la presentazione della relativa richiesta. La necessità di eseguire per ogni procedimento di sorveglianza un'apposita e distinta istanza di ammissione al gratuito patrocinio⁷³ che acquista efficacia solo «dalla data in cui (l'istanza) è stata presentata o è pervenuta all'ufficio del magistrato»⁷⁴ sembrerebbe di fatto privare l'interessato del sostegno economico per la liquidazione degli onorari che competono al difensore per quelle attività da compiere prima della presentazione dell'istanza stessa, ovvero rispetto a quegli atti prodromici «consistenti in colloqui in carcere, contatti con consulenti o con assistenti sociali, al fine di giungere al confezionamento dell'istanza da presentare al magistrato o al tribunale di sorveglianza»⁷⁵.

Questo sostegno economico a favore del non abbiente presenta, oltre alle suddette carenze, delle deroghe che escludono certe categorie di soggetti dalla possibilità di usufruire di tale beneficio. L'eccezione più precisamente concerne i condannati per reati di criminalità organizzata rispetto ai quali, ai sensi dell'art. 76 comma 4 bis d.P.R. 115/2002, «il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti». Si tratta di una presunzione relativa: la legge suppone assente il presupposto necessario per l'ammissione del beneficio dato il lucro che deriva dalle attività di

⁷² Art. 75 d.P.R. 30 giugno 2002, n. 115.

⁷³ Cass. sez. I, 4 luglio 2001, *Cerutti*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 2420. «La richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato deve contenere l'indicazione del processo cui fa riferimento, poiché la stessa ha effetto solo nell'ambito di un singolo, specifico procedimento, essendo diversi gli interessi sottesi ad eventuali differenti istanze, seppur proposte dallo stesso soggetto al medesimo giudice nel corso di procedure aventi eguale contenuto». Pertanto, la presentazione di una ulteriore domanda di ammissione al gratuito patrocinio in seno a rito di sorveglianza relativo alla concessione di una misura alternativa già rigettata, non fa cessare l'interesse dell'istante ad ottenere una decisione sull'analoga domanda avanzata in precedenza.

Cass. sez. V, 23 giugno 1998, *Curto*, in *Cass. pen.* 2000, pag. 664 che esclude l'estensione automatica del gratuito patrocinio ammesso per il procedimento di concessione di misura alternativa a quello successivo concernente la revoca della medesima misura.

⁷⁴ Art. 109 d.P.R. 115/2002.

⁷⁵ D. S. PUTIGNANO, *Il gratuito patrocinio si applica anche alle richieste di liberazione anticipata*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, 5 aprile 2011, n. 27757, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; G. PAVICH, *Il gratuito patrocinio*, Giuffrè Editore, 2012, pag. 10.

criminalità organizzata, a meno che sia fornita un'idonea prova contraria, capace di superare la presunzione stessa⁷⁶.

In via generale il passaggio dal sistema processuale inquisitorio a quello accusatorio ha favorito un incremento dei mezzi volti a dare effettività al diritto di difesa, assicurando, sotto il profilo della difesa tecnica, il conferimento al legale di nuovi poteri fondamentali per espletare la sua attività difensiva. Nell'ambito del procedimento di sorveglianza, risalta il riconoscimento da parte dell'art. 678 c.p.p. della facoltà del difensore di presentare istanza di misura alternativa. In realtà la dottrina e la giurisprudenza, già da prima dell'introduzione del nuovo codice di procedura penale, avevano individuato a capo del difensore il potere di agire dinanzi alla magistratura di sorveglianza, legittimazione dedotta indirettamente dai nuovi diritti conferiti al difensore dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 12 gennaio 1977, n. 1. Infatti nonostante la legge avesse riconosciuto al legale il diritto alla comunicazione dell'avviso del giorno dell'udienza, il diritto di prendere parte all'udienza stessa e di ricevere la comunicazione dell'ordinanza conclusiva del procedimento di sorveglianza, la riforma aveva tralasciato lo *ius postulandi* del difensore, la cui omissione fu addebitata «più ad un'involontaria dimenticanza che ad una precisa scelta politica»⁷⁷. Affinché questo potere suppletivo del difensore di proporre istanza di misura alternativa sia esercitato correttamente, risulta necessario assicurare un previo contatto con l'assistito per mezzo del colloquio

⁷⁶ C. Cost., il 16 aprile 2010, n. 139 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 24 commi 2 e 3 Cost., dell'art. 76 comma 4 *bis* d.P.R. 115/2002 nella parte in cui non viene ammessa la prova contraria alla presunzione legale di inammissibilità del patrocinio a carico dello Stato. In verità già parte della dottrina aveva manifestato dei dubbi sulla legittimità costituzionale della presunzione *iuris et de iure* di abbenza della specifica categoria dei criminali menzionati dall'art. 76 d.P.R. 115/2002. Si veda P. SECHI, *Le innovazioni in materia di patrocinio a spese dello Stato: alla ricerca di un difficile equilibrio tra efficienza processuale e tutela dei non abbienti*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Cedam, 2008, pagg. 197-198; S. CORBETTA, *Modifiche al T.U. in materia di spese di giustizia*, in "Decreto sicurezza": tutte le novità, Ipsoa, 2008, pag. 294. N. RUSSO, *Modifiche alle disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, pag. 29.

In merito all'estensione applicativa della preclusione al procedimento di sorveglianza emergono contrapposte opinioni: in senso positivo si pone M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 201; diversamente F. CASSIBBA, *Le modifiche al d.p.r. n. 115 del 2002 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza – F. Viganò, Torino, 2008, pag. 406.

⁷⁷ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 220.

difensivo, strumento volto a rendere effettivo il diritto del condannato di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. Il riconoscimento di quest'ultimo (senza che l'amministrazione penitenziaria possa discrezionalmente ostacolarne l'esercizio) sottolinea come l'attività difensiva sia fondamentale già da prima dell'instaurazione del procedimento, in quanto da un lato aiuta l'interessato rendendolo edotto dei diritti e dei mezzi che l'ordinamento dispone a suo vantaggio, e dall'altro favorisce l'avvio della predisposizione di una strategia da parte del difensore⁷⁸.

Sempre a garanzia di un'adeguata preparazione della difesa la legge conferisce al difensore il potere di svolgere attività di indagine al fine di ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito. L'art. 327 *bis* comma 2 c.p.p. elimina qualsiasi dubbio in materia riconoscendo esplicitamente la facoltà di investigare in ogni stato e grado del procedimento, compresa dunque la fase dell'esecuzione⁷⁹. Si tratta di una garanzia capace di dare effettiva soddisfazione a quelle esigenze giurisdizionali richieste dall'art. 111 Cost.: «il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità» e «le condizioni necessarie per la preparazione della difesa». La legittimazione riconosciuta alla difesa tecnica di procedere alle indagini difensive costituisce pertanto un mezzo fondamentale per favorire un contributo

⁷⁸ Si ricordi la C. Cost., 17 giugno 1997, n. 212, che ha valorizzato l'importanza del colloquio del detenuto con il difensore in quanto strumentale «rispetto all'esercizio del diritto di difesa, anche in vista di procedimenti instaurandi anziché di procedimenti già instaurati». Le norme di riferimento per la disciplina dei colloqui sono l'art. 18 ord. penit. e l'art. 37 reg. esec., i quali affidano «all'autorità carceraria - dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e dunque in ogni caso per il condannato "definitivo" - il compito di ammettere discrezionalmente i detenuti ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, in base all'apprezzamento di "ragionevoli motivi". Ma l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strumentale al diritto inviolabile del diritto di difesa non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione». Poiché nessuna norma sembra offrire una concreta garanzia a questo specifico diritto, la Corte Costituzionale ha pronunciato una sentenza additiva disponendo l'incostituzionalità dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In questo modo il Giudice della legge ha inteso assicurare ai condannati ristretti una tutela simile a quella prevista dall'art. 104 c.p.p. per gli imputati in custodia cautelare, lasciando all'amministrazione penitenziaria la competenza a disporre le modalità pratiche di svolgimento dei colloqui col difensore (orari e luoghi del colloquio), senza possibilità di apprezzamento discrezionale sulla frequenza e sulla durata degli stessi. Si veda il commento alla sentenza di F. DELLA CASA, *Il colloquio del difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 1998, pagg. 208 ss.

⁷⁹ G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., pag. 111; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 428.

attivo della parte privata sotto il profilo probatorio nell'ambito di un procedimento dove risulta preponderante il ruolo del giudice. Infatti, nonostante gli ampi poteri probatori riconosciuti alla magistratura di sorveglianza, impregiudicato deve rimanere il diritto di difesa che, ai sensi dell'art. 111 comma 3 Cost., si traduce nei diritti alla prova e alla controprova delle parti in funzione dei quali rileva la facoltà del difensore di compiere investigazioni utili alla raccolta di elementi di prova a sostegno della richiesta di misura alternativa o a discarico del fatto addebitato all'interessato.

2.1.9. Il diritto al deposito degli atti.

La conoscenza rappresenta un presupposto necessario ai fini di un'adeguata preparazione della difesa ed è in funzione della conoscenza che dovrebbe operare la fase preliminare del procedimento di sorveglianza per mezzo di una dettagliata *vocatio in iudicium* idonea a precisare la *res iudicanda* tanto nel suo *petitum* quanto nelle ragioni fondanti l'istanza⁸⁰.

Al medesimo scopo dovrebbe volgere il deposito degli atti, attività che permette alle parti una *discovery* del fascicolo processuale prima dell'inizio dell'udienza camerale. In verità tale operazione non trova alcun riconoscimento esplicito nella normativa regolante il procedimento di sorveglianza la quale, piuttosto, la si potrebbe trarre, indirettamente, dalla facoltà delle parti di presentare memorie fino a cinque giorni prima della data di udienza ai sensi dell'art. 666 comma 3 c.p.p. Da questa disposizione sembra infatti desumersi la necessità del deposito in cancelleria del fascicolo processuale da compiersi entro un congruo termine prima dell'udienza, così da offrire tanto all'accusa che alla difesa il tempo utile per prendere visione degli atti e predisporre le memorie. La cognizione del contenuto del fascicolo costituisce dunque il presupposto necessario per dare concretezza al diritto sancito al comma 3 dell'art. 111 Cost., ovvero il diritto dell'interessato ad una «difesa preparata (cioè approntata con anticipo rispetto alla trattazione *apud iudicem*) nelle condizioni più idonee (cioè con il massimo di

⁸⁰ Si rinvia alla questione concernente il contenuto essenziale del decreto di fissazione dell'udienza camerale approfondita al § 2.1.7.

conoscibilità degli elementi probatori [...]»⁸¹. Una tutela che si ripercuote su un altro fondamentale valore costituzionale espresso al comma 2 dell'art. 111 Cost.: il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità⁸². Nel lasso di tempo che va dall'avviso all'inizio dell'udienza le parti mettono in atto un contraddittorio di tipo cartolare attraverso la predisposizione di memorie con cui illustrare elementi a sostegno delle pretese rispettivamente vantate ed alle quali affiancare la proposizione di richieste istruttorie per l'acquisizione in udienza di mezzi di prova⁸³. Ma questa prima forma di contraddittorio non potrebbe essere efficacemente compiuta se le parti non fossero messe nella condizione di conoscere il contenuto del fascicolo. Il diritto fondamentale a disporre di termini e condizioni per la formazione di una difesa *ex informata conscientia* che assicuri l'instaurazione di un utile contraddittorio, rappresenterebbe dunque una valida ragione per apprezzare quel consolidato orientamento che sostiene l'opportunità di un anticipato deposito del fascicolo processuale, tanto da essere prospettata una censura di illegittimità costituzionale se la norma fosse interpretata nel senso opposto⁸⁴.

⁸¹ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4, 2005, pag. 503. Conformemente all'idea di un obbligo di deposito del fascicolo processuale si attestano le posizioni di: G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 342; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 165; R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pagg. 560-561; B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., pag. 451; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 126; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, 2002, pag. 109; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., pag. 195; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 239; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 306; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *op. ult. cit.*, 2011, pag. 406; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 281.

⁸² Per esprimere il rapporto inscindibile tra il principio del contraddittorio ed il valore di una difesa preparata che disponga del tempo e delle condizioni necessarie per essere idoneamente predisposta si richiama alla C. Cost., il 15 gennaio 1976, n. 5. Seppur si tratti di una sentenza datata, la massima espressa potrebbe essere efficacemente utilizzata per valorizzare principi oltretutto rafforzati dalla Carta Costituzionale. Essa dispone: «il diritto di difesa è, in primo luogo, garanzia del contraddittorio; pertanto, pur potendo variamente atteggiarsi in funzione delle peculiari caratteristiche dei diversi tipi di procedimento, può dirsi assicurato solo quando l'interessato abbia la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale».

⁸³ Sulla possibilità delle parti di avanzare, con il deposito delle memorie, richieste istruttorie si veda F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 214.

⁸⁴ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 577, la quale sottolinea la necessità di colmare la lacuna normativa «alla luce del doveroso rispetto del contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost.»; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 287; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 406, che richiamano gli artt. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost.

Su quale sia l'oggetto del diritto alla conoscenza è presto detto: si tratta di quella documentazione che, ai sensi dell'art. 678 comma 2 c.p.p., deve essere richiesta da parte dell'autorità giudiziaria quando il procedimento sia stato instaurato nei confronti di una persona sottoposta ad osservazione scientifica della personalità⁸⁵.

L'acquisizione al fascicolo della necessaria documentazione da parte dell'autorità giudiziaria nella fase precamerale del rito è stata valutata come l'inizio di una vera e propria attività istruttoria disposta *ex officio*⁸⁶.

Il conseguimento da parte del giudice del materiale documentale con la relativa *discovery* a favore delle parti non comporta un'assunzione probatoria per la quale, in un sistema processuale penale caratterizzato dal principio del contraddittorio per la formazione della prova, non si potrebbe prescindere dalla lettura in udienza, conformemente a quanto prescritto dall'art. 511 c.p.p. Infatti, rispetto ai documenti oggetto di acquisizione d'ufficio già dalla fase precamerale, si impone l'esigenza di assicurare in udienza un minimo di oralità per mezzo della lettura: un meccanismo necessario affinché gli atti già presenti nel fascicolo acquistino pieno valore probatorio così da poter essere usati dal giudice a fondamento della decisione⁸⁷. Pertanto, nonostante l'opposto orientamento

⁸⁵ Tra gli atti privilegiati per la formazione del fascicolo processuale si annoverano la cartella personale (atto onnicomprensivo che, ai sensi dell'art. 13 comma 4 ord. penit., svolge un *excursus* del comportamento complessivamente tenuto nel corso del trattamento penitenziario), le inchieste sociali compiute dall'ufficio per l'esecuzione penale esterna ex art. 72 ord. penit. e i documenti di cui all'art. 236 c.p.p. Il giudice inoltre assume le informazioni provenienti da organi della polizia e, nei casi di cui all'art. 4 *bis* comma 2 ord. penit., dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica o dal questore ai quali è affidato il compito di fornire i dati fattuali da cui risulti l'attualità di collegamenti dell'interessato con la criminalità organizzata. Questa acquisizione precamerale serve tanto al giudice per la proposizione dell'istanza d'ufficio che alle parti per la preparazione della difesa.

⁸⁶ L. FILIPPI – G. SPANGHER, *op. ult. cit.*, 2011, pag. 405.

A sostegno della tesi per cui il giudice dia avvio ad un'istruzione precamerale potrebbe essere adoperata un'ulteriore argomentazione formale data dalla mancata riproduzione nella nuova disciplina dell'art. 678 comma 2 c.p.p. del riferimento all'«acquisizione in udienza» dei documenti relativi all'osservazione e al trattamento, come invece era previsto dall'*ex art.* 71 *bis* comma 3 ord. penit.: F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 325.

⁸⁷ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 145; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 581; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *op. ult. cit.*, pag. 434: «per i documenti e le informazioni l'acquisizione (probatoria) deve avvenire in udienza nelle forme dell'art. 511 c.p.p. [...] salva la possibilità di assumere la testimonianza dell'autore dell'atto». Gli AA. sostengono la possibilità, al momento dell'acquisizione mediante lettura dei documenti, di un contraddittorio sulla

giurisprudenziale⁸⁸, il deposito in cancelleria del fascicolo è atto che permette esclusivamente una preventiva *discovery* del materiale documentale raccolto nel corso della fase preliminare, al fine di assicurare alle parti una conoscenza fondamentale per la preparazione di una strategia difensiva.

Una volta riconosciuto l'obbligo del deposito precamerale del fascicolo, l'assenza di una specifica normativa che lo regoli fa sorgere ulteriori questioni. Si fa riferimento alla possibilità delle parti di estrarre copia della documentazione secondo il principio generale di cui al primo comma dell'art. 116 c.p.p. Dal combinato disposto dell'art. 43 disp. att. c.p.p. e dell'art. 116 comma 2 c.p.p. emerge la necessità di un'apposita autorizzazione dell'autorità giudiziaria per ottenere copia degli atti nei casi in cui non sia espressamente riconosciuto al richiedente il diritto al rilascio di copie, estratti o certificati degli atti. Data la mancanza nella normativa del rito di sorveglianza di esplicite previsioni in tale materia, conseguirebbe che il condannato e il suo difensore possano estrarre copia soltanto a seguito di un'autorizzazione discrezionale del giudice pregiudicando così il diritto delle parti alla predisposizione di una difesa informata entro un congruo termine prima dell'udienza. Si rischia perciò che il termine dilatorio di dieci giorni prescritto a tutela della difesa risulti più stringato a causa di una ritardata o negata

prova, vale a dire un confronto dialettico tra le parti sulla prova acquisita, e di un contraddittorio per la prova con l'esame dell'autore del documento stesso. M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 510: in contrapposizione all'orientamento giurisprudenziale, la dottrina estende al rito di sorveglianza il meccanismo delle letture di cui all'art. 511 c.p.p. in quanto strumento fondamentale «per passare dalla semplice allegazione al fascicolo di uno scritto alla sua utilizzazione probatoria». L'A. specifica inoltre una distinzione tra i documenti confenzionati in funzione dell'accertamento giudiziale e quelli elaborati in sede *extra* processuale: mentre per la prima categoria deve trovare applicazione il meccanismo delle letture, per la seconda l'acquisizione probatoria è compiuta con la semplice allegazione del documento al fascicolo d'udienza, previa concessione alle parti di un adeguato termine per la consultazione dei materiali probatori precostituiti. Tale ripartizione è precisata anche da F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. ult. cit.*, pag. 324.

⁸⁸ Cass. sez. I, 28 marzo 2001, *Sarcone*, cit., pag. 1590. Nel caso specifico, la Suprema Corte ha ritenuto legittima l'ordinanza del tribunale di sorveglianza fondata su relazioni del servizio sociale le quali, seppur contenute nel fascicolo, non hanno formato oggetto di discussione orale. Il diritto di difesa rimane salvaguardato dalla possibilità delle parti di conoscere ed esaminare gli elementi risultanti dal fascicolo i quali potranno essere utilizzati dal giudice per la decisione *de plano*, senza la necessità di operazioni acquisitive che assicurino un minimo di attività critico argomentativa delle parti.

autorizzazione al rilascio delle copie⁸⁹. In verità per sopperire a tale inconveniente potrebbe essere richiamata una pronuncia della Corte costituzionale secondo la quale il deposito degli atti in cancelleria presuppone il diritto di prenderne visione ed inscindibilmente la facoltà di estrarne copia in quanto solo una disposizione diretta e materiale degli atti contenuti nel fascicolo consentirebbe al difensore di preparare adeguatamente la difesa e depositare le memorie come prevede l'art. 666 comma 3 c.p.p.⁹⁰.

2.1.10. Il diritto all'interprete.

I mezzi di garanzia disposti dall'art. 111 comma 3 Cost. a tutela della difesa e per la corretta instaurazione del contraddittorio in condizioni di parità tra le parti, rischierebbero di perdere tutto il loro valore se la norma stessa non avesse previsto nell'ultimo periodo l'assistenza di un'interprete qualora l'interessato non comprenda o non parli la lingua impiegata nel processo. L'importanza di tale strumento è desumibile dal riconoscimento che trova a livello europeo ed internazionale, rispettivamente dall'art. 6 comma 3 lett. a) C.e.d.u.⁹¹ e dall'art. 14 comma 3 lett. a) del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁹², come paradigma fondamentale del *fair trial*. Prima della riforma costituzionale del 1999, il Giudice delle leggi, richiamando le fonti sovranazionali, aveva conferito natura di diritto soggettivo perfetto al diritto della persona accusata di essere informata nella lingua

⁸⁹ F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, pag. 127; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 284 (nota n. 261).

⁹⁰ Corte Cost., 17 giugno 1997, n. 192.

⁹¹ In nome del principio di cui all'art. 6, paragrafo 3, lett. e) secondo cui «ogni accusato ha diritto [...] di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza», il Parlamento europeo ha emanato la direttiva 20 ottobre 2010, n. 64. È una direttiva che, trattando di un ambito mediato dalla fonte interposta quale la Carta E.d.u., intende rafforzare ed uniformare gli ordinamenti nazionali in merito alla tutela del diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Questa funge, infatti, da veicolo per l'applicazione diretta delle disposizioni di fonte sovranazionale a sfavore di quelle nazionali qualora quest'ultime siano in contrasto con le prime.

⁹² Il Patto internazionale dei diritti civili e politici è un Trattato delle Nazioni Unite entrato in vigore per gli Stati firmatari nel 1976. L'art. 14 del Trattato enuclea i principi guida del processo (penale) ed in merito al diritto all'assistenza di un'interprete dispone al comma 3 lett. a) che «ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, [...] ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta».

a lei nota degli atti processuali. Si trattava di un diritto che, seppur espresso da atti aventi forza di legge ordinaria, trovava un'implicita garanzia nei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 comma 2 Cost. in quanto volto a concretizzare il valore della difesa nel significato di «reale partecipazione dell'imputato al processo attraverso l'effettiva comprensione dei distinti atti e dei singoli momenti di svolgimento dello stesso». La Corte continuava affermando che la norma di legge ordinaria di cui all'art. 143 c.p.p., prevedendo l'assistenza di un interprete a favore dell'imputato, «assicura una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa [...] (che) va interpretata come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano, quali il tipo di atto cui la persona sottoposta a procedimento deve partecipare ovvero il genere di ausilio di cui la stessa abbisogna»⁹³. Nonostante la Corte costituzionale abbia in questo modo evidenziato la rilevanza della garanzia di cui all'art. 143 c.p.p. in quanto estrinsecazione del diritto di difesa, la disposizione appare costruita nei limiti dell'ambito del processo penale di cognizione in quanto essa fa esclusivo richiamo all'imputato. Una tale delimitazione applicativa sembrerebbe sostanzialmente difforme al diritto di difesa la cui tutela ne assicura l'inviolabilità «in ogni stato e grado del procedimento» (conclusione che si ricava dal combinato disposto degli artt. 24 comma 2 e 111 comma 3 Cost.). Ma nonostante si concepisca il novellato art. 111 Cost. come una garanzia volta a rafforzare la tutela del diritto *de quo* per tutto il corso del procedimento penale⁹⁴, il titolare del diritto rimane all'art. 111 comma 3 Cost. la «persona accusata». Richiamando le considerazioni espresse sopra sulla riferibilità della disposizione costituzionale ad ogni procedimento giurisdizionale, rispetto al rito di sorveglianza il riferimento all'art. 111 Cost. alla persona accusata sembrerebbe assicurare la garanzia ai solo riti *in malam partem* nei quali è rivolto un addebito al condannato. In verità sarebbe illogico lasciare

⁹³ C. Cost., 12 gennaio 1993, n. 10 la quale, optando per un'interpretazione estensiva della garanzia di cui all'art. 143 c.p.p., ha determinato un'applicazione allargata della stessa ad ogni atto processuale sia scritto che orale, la cui traduzione assicura il diritto ad una partecipazione effettiva dell'interessato allo svolgimento del procedimento.

⁹⁴ A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pagg. 14-15.

l'interessato privo dell'assistenza di un interprete per la traduzione degli atti nei casi opposti di procedimenti *in bonam partem*, in quanto tale mezzo opera allo scopo di garantire la comprensione di ogni atto processuale, affinché la parte privata possa intervenire consapevolmente ed efficacemente nel procedimento, sia esso ablatorio che concessivo. L'assistenza linguistica costituisce dunque, in ogni momento processuale, uno strumento indispensabile per ripristinare lo stato di capacità processuale dell'alloglotta il quale, non avendo conoscenza della lingua nazionale sarebbe, come l'infermo di mente, incapace di intendere il contenuto degli atti processuali e di conseguenza di partecipare coscientemente per la propria difesa⁹⁵. Pertanto, imprescindibile l'esigenza di dare all'art. 111 comma 3 Cost. una lettura costituzionalmente orientata che assicuri in ogni stato e grado del procedimento i mezzi attraverso cui dare concretezza al diritto di difesa, senza distinzioni in ordine al rito giurisdizionale in corso e al soggetto al quale questo si rivolge⁹⁶. A conferma si potrebbe richiamare una recente sentenza con la quale il Giudice delle leggi, avendo operato un intervento additivo a garanzia del diritto all'interprete dello straniero ammesso al gratuito patrocinio, sembra aver voluto far riferimento tout court al soggetto straniero, sia egli indagato, imputato o condannato⁹⁷.

⁹⁵ D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2002, pagg. 305-307.

⁹⁶ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 263-264 che prospetta un possibile contrasto dell'art. 143 comma 1 c.p.p. con gli artt. 3, 24 comma 1 e 2 e 27 comma 3 Cost. In senso difforme si pone una recente sentenza della Suprema corte che ritiene non obbligatoria la traduzione a favore dell'alloglotta dell'atto con cui viene fissata l'udienza camerale in questo caso la citazione non contiene elemento di accusa da essere conosciuto dall'interessato. Cass. sez VI, 14 aprile 2010, *Mengouchi*, CED rv. 248240.

A parte l'esclusione (irragionevole) dal contenuto del decreto di citazione della *contestatio facti*, tale avviso costituisce uno degli atti fondamentali per un adeguato intervento dell'interessato al giudizio nel quale è imprescindibile la cognizione della data, ora e luogo dell'udienza oltre all'oggetto del procedimento, in funzione della quale l'atto dovrebbe essere opportunamente tradotto al soggetto che non conosce la lingua nazionale.

⁹⁷ C. Cost., il 6 luglio 2007, n. 254: ha dichiarato l'incostituzionalità «dell'art. 102 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) nella parte in cui non prevede la possibilità per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete». Si veda il commento di P. SECHI, *Straniero non abbiente e diritto all'interprete*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2007, pag. 2534.

2.1.11. Il regime delle nullità a tutela del diritto di difesa.

La laconicità normativa che il legislatore riserva alla disciplina del procedimento esecutivo con ripercussioni sul rito di sorveglianza, incide negativamente sulla chiarezza ed effettività dei rimedi esperibili a fronte dell'inosservanza delle disposizioni a tutela del diritto di difesa. L'assenza di precise e dettagliate disposizioni favorisce l'affermarsi di letture diverse, spesso contrastanti tra loro e non tutte idonee ad assicurare pienamente lo scopo principale della fase stessa: la *vocatio in iudicium*. La normativa della fase preliminare così come appare carente sotto il profilo della corretta composizione e trasmissione dell'atto processuale, allo stesso modo essa manca di precisi riferimenti circa le conseguenze processuali derivanti dalle patologie che potrebbero colpire l'atto medesimo. Per superare questo limite occorre inevitabilmente richiamare la disciplina generale delle nullità di cui agli artt. 177 ss. c.p.p.

Si tratta di un istituto che il codice di procedura penale pone a presidio degli atti processuali, in presenza di violazioni che mettono in discussione valori essenziali del procedimento penale. Nonostante l'art. 177 c.p.p. enunci il principio per cui la condizione della nullità sussiste nei casi previsti dalla legge, il legislatore, per ragioni di economia normativa, ha individuato delle categorie generali di nullità suddivise a seconda della gravità del vizio processuale, stimata sulla base dell'importanza del valore leso. Questa tecnica legislativa consentirebbe così di estendere l'istituto della nullità anche alle ipotesi in cui questo non sia espressamente previsto dalla legge, ovvero in tutti i casi in cui la violazione di certe prescrizioni pregiudichi determinati valori strettamente connessi al ruolo e alla funzione espletati dai soggetti del procedimento penale ed elencate nell'art. 178 c.p.p.

Sebbene sia assicurata la possibilità di ricorrere estensivamente alla categoria delle nullità generali anche per i vizi processuali incidenti sul rito di sorveglianza, non mancano problemi di coordinamento della normativa, la quale appare costruita dal legislatore avendo di mira il processo penale di cognizione in quanto fa uso di categorie terminologiche proprie del procedimento *ante iudicatum*

come il riferimento dell'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. al solo imputato per l'inosservanza delle prescrizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dello stesso⁹⁸. Oltre a questo limite formale superato dalla Suprema Corte⁹⁹, permangono dei problemi di adeguamento della disciplina di nullità alla giurisdizione rieducativa, con particolare riguardo ai termini cronologici per la rilevazione o deduzione dei vizi. Occorre ricordare che questi termini variano a seconda della tipologia di nullità esistente: mentre quella assoluta, per la gravità del difetto procedurale, è rilevabile o deducibile in ogni momento fino al passaggio in giudicato del provvedimento, la nullità a regime intermedio ottiene la sanatoria se non eccepita entro la deliberazione di sentenza di primo grado o dei gradi successivi qualora si siano verificate nel corso del giudizio. A causa della peculiare struttura del procedimento di sorveglianza, risulta difficile rinviare *sic et simpliciter* ai limiti temporali di cui agli artt. 179 e 180 c.p.p. Per quanto riguarda le nullità assolute, il termine massimo disposto per eccepirle non può essere rinvenuto in un rito nel quale l'ordinanza conclusiva non assume mai qualità di cosa giudicata mantenendo piuttosto un'efficacia *rebus sic 97tanti bus*¹⁰⁰, variabile al variare delle condizioni a fondamento dell'ordinanza stessa¹⁰¹. Allo stesso modo sorge una difficoltà di individuazione dei termini per la rilevazione delle nullità a regime intermedio. Se la scansione temporale di cui all'art. 180 c.p.p. fosse applicata al procedimento di

⁹⁸ Alcuni precisano come pure il termine "procedimento" utilizzato dall'art. 17 possa costituire un ostacolo formale all'estensione applicativa della normativa di cui agli artt. 177 c.p.p. In verità il procedimento penale, come già si riferisce nella prima parte dell'elaborato, include tutte le attività giudiziarie che vanno dalle indagini preliminari alla fine dell'esecuzione della condanna. Ciò che invece potrebbe nel rito di sorveglianza non si possa giungere ad un provvedimento definitivo ma sempre revocabile la facilità di cambiamento della personalità e delle condizioni a fondamento della decisione, possibilità sempre non può include ai riti *post iudicatum* in quanto rende difficile l'individuazione del termine ultimo entro cui rilevare quelle nullità deducibili fino al passaggio in giudicato del provvedimento finale ovvero le nullità assolute

⁹⁹ Cass. sez. V, 19 gennaio 1994, *Gallinaro*, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 615, secondo cui nella fase *post iudicatum* devono considerarsi «estese al soggetto interessato tutte le garanzie previste dall'ordinamento per l'imputato nel procedimento di cognizione».

¹⁰⁰ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 440.

¹⁰¹ S. LORUSSO, *In tema di nullità conseguenti all'inosservanza delle disposizioni che regolano il procedimento d'esecuzione*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 1276. L'A. rileva il rischio determinato dalla difficoltà di configurare il limite cronologico estremo entro cui poter rilevare le nullità assolute in sede di procedimenti *post iudicatum* cosicché «le stesse finiscano *de facto* per assumere connotati di nullità insanabili in senso stretto», presentando analogie a quelle invalidità sempre eccepibili senza alcun limite preclusivo.

sorveglianza sarebbe fortemente limitata la possibilità dell'interessato di dedurre le nullità intermedie avvenute prima del "giudizio" ovvero nella fase preliminare del rito de quo, nella quale egli, in mancanza di un difensore di fiducia, rimarrebbe privo di quell'assistenza tecnica più abile a compiere tali deduzioni. Di conseguenza si preferisce interpretare i termini di cui all'art. 180 c.p.p. senza distinzione tra prima e nel corso dell'udienza camerale affinché le nullità verificatesi nel rito di sorveglianza, a prescindere dal momento, siano intese come vizi del giudizio e pertanto siano rilevabili anche dopo il provvedimento conclusivo, per mezzo del ricorso in cassazione¹⁰².

2.1.12. *Segue. La qualificazione dei vizi della vocatio in iudicium.*

Il rinvio alla disciplina delle nullità di cui agli artt. 177 ss. c.p.p. comporta, così come accade per il processo di cognizione, la necessità di operare una previa valutazione del vizio processuale affinché possa essere precisato il tipo di nullità a cui esso appartiene. La classificazione delle nullità, costruita sulla gravità del vizio che è misurata dal valore implicito sotteso alla disposizione violata, è rilevante sotto il profilo delle conseguenze che esse comportano. Così all'insanabilità del vizio e dunque all'inefficacia dell'atto processuale nel caso di nullità assoluta si contrappone la possibilità di rimediare le nullità a regime intermedio o le relative (elenco fatto per ordine decrescente di gravità), assicurando all'atto processuale un'efficacia pari a quella che avrebbe avuto se fosse stato conforme alla legge.

Così nella fase preliminare del procedimento di sorveglianza i valori emergenti sono quelli ordinariamente perseguiti dall'attività di *vocatio in iudicium*: vale a dire il contraddittorio, affinché sia correttamente instaurato, e la difesa, affinché possa essere adeguatamente predisposta. Tali valori trovano una protezione nelle categorie generali di cui all'art. 178 comma 1 lett. b) e c) c.p.p., le quali prescrivono la sanzione della nullità per i casi di inosservanza delle disposizioni concernenti, rispettivamente, la partecipazione del pubblico ministero al procedimento e l'intervento, l'assistenza, la rappresentanza del condannato. Per

¹⁰² F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pagg. 218-219; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pagg. 224 ss.; S. LORUSSO, *In tema di nullità*, cit., pag. 1276.

mezzo del combinato disposto tra l'art. 178 c.p.p. e gli artt. 179 e 180 c.p.p. si potrà precisare il grado di gravità della violazione ed il regime di nullità applicabile.

Alla lett. b) dell'art. 178 comma 1 c.p.p. è pacificamente compresa l'ipotesi in cui sia rimasta inosservata dal giudice la disposizione di cui all'art. 666 comma 2 c.p.p., nella parte in cui è disposta l'acquisizione del parere formulato dal pubblico ministero prima della deliberazione sull'ammissibilità dell'istanza. Si tratta dunque di una violazione che, incidendo sul diritto espresso della pubblica accusa di partecipare con un parere scritto alla fase preliminare del rito de quo, comporta una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.¹⁰³. Allo stesso modo è qualificabile la nullità che derivi dall'omissione o dalla irregolare comunicazione dell'avviso dell'udienza a favore del pubblico ministero che abbia causato la mancata partecipazione dello stesso al contraddittorio prima scritto poi orale¹⁰⁴.

Diversamente debbono essere qualificate le ipotesi di nullità determinate dall'inosservanza delle tutele che, appartenenti alla fase preliminare del procedimento di sorveglianza, concernono i diritti di difesa, ovvero l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'interessato. Tra i mezzi a garanzia di questi valori fondamentali si colloca l'atto di fissazione dell'udienza, la cui omissione è causa di una nullità assoluta insanabile, in quanto, data la funzione di *vocatio in iudicium*, il mancato avviso coinciderebbe, ai sensi dell'art. 179 comma 1 c.p.p. con l'omessa citazione in giudizio dell'imputato, da un lato, e con l'assenza del difensore nei casi in cui è obbligatoria la presenza, dall'altro¹⁰⁵. La medesima violazione e di conseguenza lo stesso tipo di vizio si riscontrano nelle ipotesi di notificazione mancante o di avviso irregolare nel quale non siano stati precisati quegli elementi

¹⁰³ Cass. sez. I, 3 aprile 2000, *Pischedda*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 927 riconosce una nullità a regime intermedio deducibile soltanto dal pubblico ministero per violazione del contraddittorio cartolare alla cui realizzazione è finalizzata l'audizione di tale organo.

¹⁰⁴ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 217, il quale evidenzia come la non tempestiva comunicazione dell'avviso privi il pubblico ministero della facoltà di presentare memorie nei termini impedendogli un'effettiva partecipazione al contraddittorio scritto.

¹⁰⁵ Cass. sez. I, 19 maggio 1993, *D'Arpino*, cit., pag. 2730; Cass. sez. I, 21 settembre 1993, *Anaclerio*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 2730; Cass. sez. I, 22 marzo 1996, *Prugni*, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 765; Cass. sez. I, 24 maggio 1998, *Pepitoni*, in CED rv. 210773. Qualora il mancato avviso o l'omessa notificazione dello stesso colpisca solo uno dei due difensori di fiducia di cui potrebbe avvalersi l'interessato, il difetto è riconducibile ad una nullità generale a regime intermedio, da considerarsi sanata se il difensore correttamente chiamato in giudizio si presenti in udienza senza nulla eccepire al riguardo: Cass. sez. II, 19 dicembre 1996, *Favazzo*, in *Cass. pen.* 1998, pag. 899.

contenutistici fondamentali ad esperire la funzione propria dell'atto di citazione, come l'indicazione dell'autorità giudiziaria competente o della data, ora e luogo dell'udienza¹⁰⁶.

Più generica è stata la qualificazione della nullità rispetto alle ipotesi in cui manchi o sia errata la precisazione dell'oggetto del procedimento¹⁰⁷: trattandosi chiaramente di una violazione idonea a pregiudicare tanto l'interesse ad un'adeguata predisposizione della difesa che ad un effettivo contraddittorio cartolare ed orale tra le parti, questa dovrebbe essere ricondotta alla lett. c) dell'art. 178 comma 1 c.p.p., applicando la sanzione più grave della nullità assoluta¹⁰⁸. Infatti appare opportuno configurare l'assenza o l'errata indicazione del *petitum* come ipotesi di omessa o invalida citazione in quanto presenterebbe una deficienza contenutistica che renderebbe l'avviso incapace di svolgere la sua funzione preminente di corretta instaurazione del contraddittorio. Inoltre la mancata o inesatta cognizione dell'oggetto del procedimento potrebbe pregiudicare l'interesse

¹⁰⁶ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 124.

In giurisprudenza: sul vizio di omessa notifica dell'avviso si veda Cass. sez. I, 9 dicembre 2002, *Camporotondo*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 154 ritiene che l'omessa notificazione dell'avviso all'interessato integri «una nullità assoluta ed insanabile anche se quest'ultimo sia presente all'udienza, qualora non risulti che l'avviso non esista o che il destinatario sia conoscenza del suo contenuto». Mentre sulla mancanza dei requisiti contenutistici essenziali per l'avviso si è pronunciata la Cass. sez. I, 15 maggio 1991, *Sandari*, cit., pag. 982 che prevede una nullità di ordine generale di cui all'art. 178 comma 1 lett. c) nel caso di erronea indicazione del luogo in cui sarà tenuta l'udienza camerale in quanto preclude l'intervento e l'assistenza del condannato. Più precisa è la Cass. sez. I, 22 febbraio 2001, *Tavernaro*, in CED rv. 21892 secondo cui: «L'inesatta indicazione del luogo di comparizione integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c) e 179 comma 1 c.p.p., in quanto la trattazione della causa in un luogo diverso da quello fissato per la comparizione nel decreto di citazione impedisce l'intervento dell'interessato e l'esercizio del suo diritto di difesa, equivalendo ad omessa citazione».

¹⁰⁷ Nelle ipotesi di omessa, erronea o incompleta indicazione del *petitum* la Suprema Corte è rimasta vaga nel delineare il tipo di nullità sussistente, così la Cass. sez. I, 15 maggio 1998, *Romeo*, cit., pag. 1306; Cass. sez. I, 12 dicembre 2003, *Argentea*, cit.

¹⁰⁸ T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Il agg., Milano, 1999, pag. 608, il quale dà una lettura ampia al concetto di "citazione" di cui all'art. 179 comma 1 c.p.p. il quale «tutela, non soltanto la citazione dell'imputato per l'udienza dibattimentale, ma anche le formalità da cui dipende la possibilità della sua partecipazione all'udienza preliminare o alle udienze camerale da svolgersi in contraddittorio». Si veda anche M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 275; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 280.

Diversa è l'opinione della giurisprudenza che ha valutato il vizio concernente il *petitum* come causa di una nullità a regime intermedio ai sensi degli artt. 179 comma 1 lett. c) e 180 c.p.p. si veda: Cass. sez. III, 14 febbraio 2003, *Bellagamba*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 2065 che richiama la Cass. sez. I, 21 ottobre 1996, *Ruggiero*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 860; Cass. sez. , 22 agosto 1996, *Zinco*, in CED rv. 206463.

del ristretto ad intervenire in udienza per la cui soddisfazione occorre anticipatamente presentare apposita richiesta. Per le stesse ragioni dovrebbe essere qualificato il vizio determinato dall'omessa enunciazione dell'addebito rivolto al condannato nel caso di citazione a giudizio instaurato per la revoca di una misura alternativa. Nei limiti di quest'ultima ipotesi la contestazione dell'addebito appare un requisito essenziale per la predisposizione di un'efficace contraddittorio tra le parti e per un consapevole intervento in udienza da parte dell'interessato¹⁰⁹.

Tra le possibili inosservanze processuali idonee a viziare la *vocatio in iudicium* in maniera insanabile occorre menzionare altri due casi. In primo luogo può essere equiparata all'omessa citazione di cui all'art. 179 c.p.p. la mancata traduzione dell'avviso qualora il destinatario non conosca la lingua italiana. È chiaro che tale operazione rappresenti una condizione imprescindibile per rendere edotto l'interessato del contenuto della citazione assicurandogli così una consapevole presenza in udienza¹¹⁰. In secondo luogo integra una nullità ai sensi dell'art. 179 c.p.p. la violazione della disposizione normativa di cui all'art. 666 comma 8 c.p.p. che impone all'ufficiale giudiziario di provvedere alla notifica dell'avviso «anche» al tutore o al curatore qualora l'interessato sia infermo di mente. Seppur si tratti di una notifica aggiuntiva a quella disposta a favore del diretto interessato, la previsione intende assicurare un intervento cosciente di colui che potrebbe operare

¹⁰⁹ M. RUARO, *op. ult. cit.*, pag. 275.

La giurisprudenza nega che sia requisito della *vocatio in iudicium* l'indicazione dei fatti addebitati al condannato nel procedimento per la revoca del beneficio penitenziario. Cass. sez. I, 20 maggio 1991, *Bocchini*, cit., pag. 982 e Cass. sez. I, 28 marzo 2001, *Sarcone*, cit., pag. 1590: la Suprema Corte chiarisce la sussistenza di un onere a capo dell'interessato e del suo difensore di informarsi attraverso la consultazione presso la cancelleria del giudice procedente degli atti relativi al procedimento. Si veda anche Cass. sez. I, 3 febbraio 2005, *Caterino*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 988 in cui il giudice di legittimità ha escluso che, in mancanza di un espressa previsione, l'avviso debba contenere la specificazione del fatto costitutivo della trasgressione così come invece deve essere indicato nel decreto che dispone il giudizio, stante la diversità di struttura e funzione dell'avviso rispetto a quest'ultimo.

¹¹⁰ D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue*, cit., pag. 397. L'orientamento prevalente manifestato dalla giurisprudenza di legittimità è quello di non ritenere necessario la traduzione dell'atto processuale finalizzato a chiamare in giudizio l'alloggiato. Si veda Cass. sez. VI, 14 maggio 2010, *Mengouchi*, cit.; Cass. sez. IV, 15 dicembre 1999, *Vernedas*, *inedita*. Rilevante una pronuncia del tribunale di sorveglianza di Milano, 8 luglio 1999, in *F. ambr.*, 2000, pag. 32: «l'avviso costituisce l'atto fondamentale per l'instaurazione di un corretto rapporto processuale e la violazione del diritto dell'interessato di vedersi notificato il decreto di citazione a giudizio nella lingua a lui nota integra una nullità assoluta e insanabile che travolge l'intero procedimento di sorveglianza».

solo per mezzo del rappresentante in un giudizio in cui non trova applicazione l'istituto della sospensione processuale¹¹¹.

All'elenco dei suindicati vizi processuali connessi al contenuto e alle operazioni di notificazione dell'atto di citazione a giudizio, non si può non includere il caso di avviso intempestivo. Si tratta dell'inosservanza del termine dilatorio di dieci giorni prescritto dall'art. 666 comma 3 c.p.p., che deve intercorrere tra la data della comunicazione o notificazione della *vocatio in iudicium* e quella dell'udienza camerale, assicurando alle parti un tempo sufficiente per acquisire la cognizione degli atti depositati in cancelleria e predisporre una strategia difensiva. Rispetto a tale vizio si sono sviluppati diversi e contrapposti orientamenti, sia in dottrina che in giurisprudenza. Esso comporta un *vulnus* tanto per la difesa che per la pubblica accusa in quanto limiterebbe la possibilità degli stessi di compiere attività preliminari utili ad un'effettiva ed efficace partecipazione all'udienza. Pertanto è indubbio che la notificazione intempestiva integri una nullità generale ex art. 178 comma 1 lett. b) e c) c.p.p. inerendo alle modalità di partecipazione della parte pubblica e a quelle di intervento, assistenza e rappresentanza della parte privata. L'opinione prevalente traccia una nullità a regime intermedio, in quanto il ritardo della notifica o della comunicazione dell'avviso non sarebbe configurabile come omessa citazione, quanto piuttosto come tardiva *vocatio*, così da non lasciare il dovuto spazio alle parti per la predisposizione di un contributo attivo al contraddittorio camerale¹¹².

¹¹¹ Si veda § 2.1.7.

A conferma della configurabilità di una nullità assoluta nel caso di omessa notifica al tutore o al curatore del decreto di citazione o di un qualsiasi altro atto ad esso equiparabile si pone la Cass. sez. I, 25 febbraio 2000, *Dondero*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 966.

In dottrina si veda F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 212; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 198. Gli AA. specificano come il caso di omessa notificazione dell'atto al tutore e al curatore determinante una nullità di cui all'art. 178 comma 1 lett. c) debba essere riscontrata anche nell'ipotesi di mancata notifica del decreto di inammissibilità dell'istanza ex art. 666 comma 2, seppur il comma 8 della medesima norma faccia rinvio al solo avviso di fissazione dell'udienza di cui al comma 3 dell'art. 666 c.p.p.

¹¹² In dottrina: F. CORBI, *op. ult. cit.*, pag. 218; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 125; S. LORUSSO, *op. ult. cit.*, pag. 196; A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 186; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 307; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 277; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative*, cit. pag. 347.

In giurisprudenza: Cass. sez. I, 18 novembre 1999, *Sculli*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 1890; Cass. sez. I, 6 aprile 2000, *De Nardi*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 919.

Ai fini della sanatoria emergono due diversi indirizzi: mentre il primo ritiene sufficiente la concessione di un termine non inferiore a quello a cui l'avente diritto avrebbe usufruito se l'avviso fosse stato trasmesso regolarmente¹¹³, la seconda opinione valuta necessaria la rinnovazione dell'atto di citazione¹¹⁴. La nullità a regime intermedio determinata dalla violazione del termine di cui all'art. 666 comma 3 c.p.p. è senz'altro prospettabile qualora il ritardo della comunicazione o notificazione dell'avviso pregiudichi la partecipazione al giudizio del pubblico ministero ed incida negativamente sull'assistenza ma non sulla presenza all'udienza del difensore, previsione quest'ultima che, altrimenti, rientrerebbe nell'art. 179 comma 1 c.p.p. Più problematica è la definizione della nullità nei casi in cui l'avviso intempestivo colpisca l'interessato. La conoscenza "all'ultimo momento" dell'atto di citazione priverebbe il condannato di un tempo utile per preparare la propria difesa e per valutare l'opportunità di presenziare in giudizio attraverso la proposizione di una previa richiesta in merito. Pertanto tale irregolarità potrebbe inficiare la citazione dell'interessato (soprattutto se detenuto) tanto quanto il caso di omissione della stessa integrando così una nullità assoluta¹¹⁵.

¹¹³ M. RUARO, *op. ult. cit.*, pag. 279.

In giurisprudenza si veda Cass. sez. I, 27 aprile 2005, *Oriunto, inedita*: nelle ipotesi di nullità a regime intermedio determinate dalla violazione del termine dilatorio previsto per l'avviso dell'udienza camerale, essendo questo, per costante giurisprudenza della Suprema Corte, equiparabile alla citazione a comparire al dibattimento, troverebbe applicazione il rimedio di cui all'art. 184 comma 3 c.p.p., vale a dire la concessione di un termine per la difesa non inferiore a quello di cui l'avente diritto avrebbe usufruito se la citazione fosse stata regolare.

¹¹⁴ Cass. sez. I, 1 ottobre 2009, *Licciardello, inedita*: «il mancato rispetto del termine libero ed integro tra l'udienza e la notifica dell'avviso al difensore, attenendo all'intervento ed alla difesa di parte, comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio, la cui efficacia invalidante, se tempestivamente eccepita, si estende al provvedimento che definisce il procedimento. Ne consegue che, ove venga eccepito il mancato rispetto di detto termine, il giudice deve disporre la rinnovazione dell'atto nullo, sempre e comunque garantendo il rispetto del termine libero e consecutivo previsto dalla legge, non essendo sufficiente la concessione di un termine ad integrazione di quello originario».

¹¹⁵ In dottrina: KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 561; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 280; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 402.

In giurisprudenza: Cass. sez. I, 22 settembre 1999, *Esposito*, in *Giust. pen.*, 2000, pag. 607.

Capitolo 2

Ulteriori estrinsecazioni del diritto di difesa nell'ambito dell'udienza camerale

SOMMARIO: 2.2.1. Il diritto di partecipare all'udienza: profili costituzionali. – 2.2.2. *Segue*. Profili normativi (involutivi): dall'art. 71 *bis* ord. penit. all'art. 678 c.p.p. – 2.2.3. Un'udienza camerale a contraddittorio rafforzato: spazi partecipativi del difensore. – 2.2.4. Il diritto di partecipazione dell'interessato: profili di incostituzionalità – 2.2.5. *Segue*. La lettura adeguatrice della Corte costituzionale: una chiave di svolta? – 2.2.6. Il diritto di autodifendersi provando: l'esame dell'interessato. – 2.2.7. *Segue*. Le peculiarità della partecipazione a distanza.

2.2.1. Il diritto di partecipare all'udienza: profili costituzionali.

L'udienza rappresenta il momento cruciale di ogni procedimento penale avente natura giurisdizionale, in quanto appartengono a tale stadio tutte le attività volte all'accertamento e alla discussione dell'oggetto in questione, tra le quali rileva principalmente l'istruzione probatoria. Per un efficace svolgimento di tali operazioni, la Carta Costituzionale, nel recepire i requisiti del giusto processo, ha riconosciuto all'art. 111 Cost. il contraddittorio come uno dei principi portanti della giurisdizione, in quanto solo un confronto paritario permetterebbe alle parti di partecipare attivamente alla formazione della prova e di concorrere alla maturazione del libero convincimento del giudice.

La garanzia di un contraddittorio in condizione di parità tra le parti si ripercuote inevitabilmente sulla tutela del diritto di difesa. Infatti qualora la legge sia priva di mezzi adeguati all'instaurazione di un confronto paritario ovvero idonei ad un bilanciamento delle posizioni e dei poteri degli antagonisti, risulterebbe compromesso tanto il principio del contraddittorio che il diritto di difesa in quanto quest'ultimo si estrinseca in quella stessa serie di tutele indispensabili a rendere effettiva la parità delle armi e dunque a realizzare un contraddittorio equilibrato¹.

¹ «Contraddittorio e difesa sono entità concettualmente autonome ma intimamente avvinte: ove il diritto di partecipare all'udienza subisca irragionevoli limitazioni, la partecipazione paritaria e l'esercizio del contraddittorio non possono dirsi assicurati»: F. CASSIBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, pag. 8. Conformemente «effettività del contraddittorio vuol dire effettività della difesa»: M.

Tra gli strumenti predisposti dal legislatore per uno svolgimento dell'udienza rispondente alla duplice esigenza di tutela del contraddittorio in condizioni di parità e del diritto di difesa, assume rilievo essenziale la partecipazione delle parti alla fase centrale del giudizio². La partecipazione costituisce infatti l'aspetto primario, strutturale e dunque necessario per l'avvio di un efficace contraddittorio, tanto più in un sistema processuale di tipo accusatorio fondato sui principi dell'oralità e dell'immediatezza. Questi ultimi fungono da criteri guida per una "giusta" trattazione della questione in udienza, in quanto solo un confronto dialettico e diretto delle parti dinanzi all'autorità giudicante è in grado di assicurare efficacemente lo scopo preminente dell'udienza stessa, vale a dire l'acquisizione degli elementi di prova attraverso i quali il giudice assumerà la decisione in merito alla questione oggetto del procedimento. Il contraddittorio acquista pertanto concretezza assicurando la partecipazione, un intervento orale, diretto e soprattutto «in condizioni di parità» delle parti dinanzi al giudice procedente.

Per la parte privata, in particolare, la partecipazione assume il valore di uno strumento principe per l'esplicazione della difesa sia tecnica che materiale. Infatti per un'adeguata tutela del diritto di cui all'art. 24 comma 2 Cost., la legge deve assicurare tanto al difensore che all'assistito un intervento in udienza, attraverso il quale gli interessati possono prendere parte attivamente al giudizio per sostenere efficacemente le loro ragioni³. La rilevanza teleologica della partecipazione della

CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 33.

² La stessa legge delega al codice di procedura penale, n. 81/1987, sanciva, all'art. 2 n. 3, il bisogno di una «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento».

A conferma si potrebbe far riferimento ad una fonte sovranazionale quale il Patto internazionale sui diritti civili e politici che, all'art. 14 comma 3 lett. d), garantisce il diritto della persona interessata di essere presente al giudizio «e di difendersi personalmente o mediante un difensore di fiducia». Allo stesso modo si esprime l'art. 6 C.e.d.u. comma 3 lett. c): «ogni accusato ha diritto di [...] difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta». Le due normative sovranazionali intendono così attribuire un significato teleologico alla presenza dell'interessato in udienza, rispondente all'esigenza di consentirgli un'adeguata partecipazione alle attività processuali senza ridurlo a spettatore passivo dell'accertamento dei fatti.

³ C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 76. L'A. evidenzia la differenza terminologica tra la presenza e la partecipazione. La prima, dal latino *prae-sum* ("sono presso") «ha all'evidenza un significato materiale: si può essere presenti al dibattimento se ci si trova

parte privata all'udienza è confermata da fonti sovranazionali quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che, rispettivamente all'art. 14 comma 3 lett. d) e all'art. 6 paragrafo 3 lett. c), sanciscono il diritto della persona di essere presente al dibattimento e di difendersi personalmente o mediante un difensore di fiducia, in modo tale da consentirgli un'adeguata partecipazione alle attività processuali senza ridurlo a spettatore passivo nell'accertamento dei fatti. Anche la Costituzione assicura implicitamente il diritto di intervento in giudizio per mezzo del riconoscimento all'interessato della «facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore» (art. 111 comma 3 Cost.). Si tratta di un inciso che, garantendo all'accusato il diritto di confrontarsi con chi rende dichiarazioni a suo carico di fronte al giudice procedente, conferisce una dimensione soggettiva al contraddittorio⁴. A parte la rilevanza della disposizione sotto il profilo probatorio, si vuole evidenziare soprattutto come l'esercizio della suddetta facoltà implichi logicamente una partecipazione in udienza del soggetto interessato. Pertanto la norma, assicurando all'accusato il diritto di contrapporsi all'accusatore, tutela a sua volta il diritto di partecipare al giudizio in quanto premessa necessaria del primo.

"fisicamente" nell'aula di udienza». Mentre il secondo termine, dal latino *partem capere* ("prendere parte") «ben può essere inteso in senso figurato: un soggetto prende parte se interviene attivamente in un determinato contesto a tutela della sua posizione sostanziale».

G. SABATINI, *Principii costituzionali del processo penale*, Napoli, 1976, pagg. 74 ss. Seppur in un'epoca in cui il processo presentava ancora i connotati tipici del sistema inquisitorio, l'A. manifesta la rilevanza costituzionale della partecipazione in quanto «partecipare significa in definitiva estrinsecare la dignità della persona umana; quindi nel processo penale il problema si concentra nell'individuare le situazioni ed i mezzi, più idonei per l'esplicazione della personalità dei soggetti privati direttamente implicati nell'esercizio della funzione di giustizia»

⁴ P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 1388; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 197; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli Editore, 2007, pag. 88.

2.2.2. *Segue. Profili normativi (involutivi): dall'art. 71 bis ord. penit. all'art. 678 c.p.p.*

Le forme e le modalità garantite dalla legge in funzione della partecipazione delle parti in udienza sono differenti e non sempre adeguate ad offrire una tutela rispondente al dettato costituzionale. Così accade nel procedimento di sorveglianza che la normativa, rinviando a quella propria del rito esecutivo, alterna disposizioni di piena garanzia ad altre che appaiono rasentare il limite dell'illegittimità costituzionale. Sicuramente la nuova disciplina codicistica, sotto il profilo della partecipazione, ha subito un'evidente involuzione con riferimento ai mezzi disposti a garanzia del diritto dell'interessato di intervenire direttamente in giudizio.

Per mezzo del rinvio dell'art. 678 c.p.p. all'art. 666 c.p.p., è possibile precisare le forme secondo le quali si sviluppa la fase centrale del giudizio e cioè l'udienza. Dalla suddetta disposizione si ricava infatti la scelta del legislatore di preferire per i riti *post iudicatum* lo svolgimento di un'udienza in camera di consiglio, vale a dire un modello delineato in via generale all'art. 127 c.p.p., caratterizzato da una semplificazione delle forme e dei mezzi ordinari di garanzia giurisdizionale, giustificata da esigenze di flessibilità e celerità per la soluzione di questioni incidentali che prevedono l'adozione della decisione in camera di consiglio. L'aspetto che più di altri appare "alleggerito" è il contraddittorio in quanto l'art. 127 comma 3 c.p.p., rimettendo al pubblico ministero e al difensore la scelta di presenziare all'udienza, rende precaria l'instaurazione di un confronto orale ed immediato tra le parti tecniche, limitandosi ad uno di tipo cartolare⁵.

La mancanza di una tutela stabile dei principi di oralità ed immediatezza tipici del contraddittorio non appartiene ad ogni procedimento svolto in camera di consiglio, in quanto vi sono riti camerale la cui normativa presenta disposizioni specifiche, in deroga a quanto previsto dalla disciplina-modello dell'art. 127 c.p.p. Si fa riferimento a procedure che, data la loro peculiare funzione, assumono connotati diversi, più vicini a quelli propri del processo penale in senso stretto. È il caso dei riti *post iudicatum*, rispetto ai quali il nuovo codice di procedura penale del 1988 ha valorizzato la necessità di un contraddittorio orale ed immediato tra gli antagonisti

⁵ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè Editore, 1994, pagg. 159-160, 177 ss.

dinanzi all'autorità giudiziaria procedente, prescrivendo la partecipazione necessaria in udienza del difensore e del pubblico ministero. Infatti l'art. 666 comma 4 c.p.p. rappresenta la conseguenza diretta di quanto espresso nelle direttive della legge delega 81/1987, laddove si affermava la «necessità del contraddittorio» insieme alla generale «previsione di garanzie di giurisdizionalità» nella fase dell'esecuzione. Sulla base di tali istruzioni, il legislatore, nonostante abbia deciso di utilizzare per i procedimenti *post iudicatum* il modello celere dell'udienza camerale, ha pertanto assicurato forme procedurali più rigorose rispetto a quelle previste dall'art. 127 c.p.p.

In verità la forma del contraddittorio rafforzato trovava già una specifica tutela nelle peculiari disposizioni dell'ordinamento penitenziario regolanti il procedimento di sorveglianza. Infatti l'art. 71 *bis* comma 1 ord. penit. assicurava già prima della nuova disciplina codicistica una partecipazione obbligatoria delle parti tecniche all'udienza e, nel contempo, riconosceva al condannato un vero e proprio diritto di intervenire personalmente nel giudizio ogni qualvolta ne avesse fatto richiesta. Così, dal confronto tra la vecchia e nuova normativa, differenze non se ne rilevano per quanto riguarda la presenza necessaria dei "tecnici" all'udienza essendo stata tale garanzia riconfermata espressamente dall'art. 666 comma 4 c.p.p. ed implicitamente dall'art. 678 c.p.p. mediante clausola di rinvio alla suddetta disposizione. Al contrario appare evidente un regresso dell'odierna disciplina del rito di sorveglianza rispetto alla facoltà dell'interessato di partecipare attivamente nel giudizio. Mentre l'art. 71 *bis* ord. penit. si esprimeva in termini di possibilità concessa a tutti i ristretti di presenziare, previa apposita richiesta, all'udienza⁶, l'art. 666 c.p.p. limita la facoltà di intervento dell'interessato prevedendo un trattamento di svantaggio nei confronti dei detenuti o internati in istituti posti fuori della circoscrizione del giudice procedente, ai quali è concessa la sola opportunità di essere sentiti prima dal magistrato di sorveglianza territorialmente competente. La disposizione codicistica nega, dunque, a priori la possibilità del ristretto di

⁶ V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti del convegno*, Varese, 1977, pag. 131; A. FAVI, *Diritto di difesa e procedimento di sorveglianza*, in *Cass. pen.*, 1987, pag. 1016.

intervenire direttamente dinanzi all'autorità giudicante qualora il *locus detentionis* non corrisponda all'ambito territoriale di competenza della stessa, attribuendo in questo modo esclusiva rilevanza ad un fattore contingente ed indipendente dalla volontà del detenuto. Si tratta di una preclusione che, distante dal «“codice genetico” della giurisdizione rieducativa»⁷, si conforma alla vecchia normativa relativa all'incidente esecutivo di cui all'art. 630 del c.p.p. del 1930. Nonostante sin da quel momento fossero emersi dubbi di illegittimità costituzionale a causa della presunta violazione dell'art. 24 comma 2 Cost.⁸, il legislatore del 1988 ha riproposto all'art. 666 c.p.p. analoga restrizione giustificata da «esigenze organizzative e di sicurezza che sarebbero rimaste gravemente compromesse ove si fosse optato per

⁷ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2009, pag. 291

⁸ Cfr. Corte Cost., 15 gennaio 1970, n. 5 confermata dall'ordinanza del 14 dicembre 1972, n. 208, nelle quali il Giudice delle leggi dichiarò infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. 1930 in relazione agli artt. 24 comma 2 e 3 Cost. sotto il profilo della difesa. La Corte considerò la norma idonea a tutelare il diritto dell'interessato di partecipare al giudizio assicurando la possibilità dello stesso di essere ascoltato da un'autorità giudiziaria seppur diversa da quella giudicante. Mentre relativamente alla presunta violazione dell'art. 3 Cost., si ritenne che il diversificato trattamento riservato ai condannati non era inconciliabile con il principio di uguaglianza ma si fondava su una comprensibile giustificazione legata alle difficoltà pratiche di traduzione dei reclusi che chiedevano di presenziare all'udienza di sorveglianza, difficoltà considerate prevalenti rispetto al diritto all'audizione diretta del detenuto dinanzi all'organo giudicante, poiché tale diritto sarebbe stato comunque garantito dagli altri mezzi offerti dalla legge.

In direzione opposta sembrò porsi la Corte Cost., 7 maggio 1982, n. 98, la quale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. 1930 nella parte in cui non disponeva il rinvio dell'udienza qualora il condannato non fosse comparso per legittimo impedimento dopo aver formulato apposita richiesta di intervento. Siccome la pronuncia riguardò il caso di un condannato detenuto presso un istituto situato nella stessa circoscrizione dell'organo giudicante, si dubitò circa la possibilità di far valere la rilevanza riconosciuta dalla Corte al diritto del condannato di essere sentito personalmente dal giudice precedente anche ai ristretti posti fuori della circoscrizione del tribunale competente. Una possibilità smentita dal nuovo codice di procedura penale che riproponendo all'art. 666 c.p.p. le vecchie restrizioni mantiene ancora oggi una sua tenuta costituzionale. Infatti, nella vigenza dell'odierno codice di rito, fu promossa in varie occasioni una questione di legittimità costituzionale sulla normativa del rito esecutivo, in particolare avverso l'art. 666 comma 4 c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 24 comma 2 Cost. E tutte le volte la Consulta ha eluso il merito della questione dichiarandone l'inammissibilità per difetto di legittimazione del giudice *a quo*, trattandosi del magistrato di sorveglianza delegato all'ascolto del ristretto fuori della circoscrizione del tribunale competente, e, dunque, di un giudice «privo di ogni potere decisorio in materia, esplicando, nella specie, una funzione acquisitiva di elementi utili per la decisione». Cfr. Cort. Cost., 28 gennaio 1991, n. 86; 11 giugno 1990, n. 290 e 4 aprile 1990, n. 207. Per alcuni spunti in merito alla negazione della funzione giurisdizionale del magistrato di sorveglianza delegato all'ascolto, v. *infra* § 2.2.4.

In dottrina: G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 216; A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2005, pag. 189.

un indiscriminato diritto dei detenuti alla traduzione»⁹ presso il tribunale procedente. Pertanto la riconferma nel nuovo codice di procedura penale di una limitazione del diritto del condannato di essere presente all'udienza, condizionata dal fattore accidentale del *locus detentionis*, ha implicato la riaffermazione della questione sulla conformità della disposizione al valore costituzionale della difesa personale del soggetto nel procedimento di esecuzione.

In verità il problema ha assunto dimensioni più ampie: l'utilizzo della disciplina del rito esecutivo come archetipo per la regolamentazione di quello di sorveglianza ha determinato inevitabilmente un "contagio" delle deficienze di tutela del primo a svantaggio del secondo. Infatti la scelta del legislatore del 1988 di uniformare la normativa dei due procedimenti *post iudicatum* ha rappresentato sicuramente un pregiudizio evidente per la giurisdizione rieducativa, privata, così, delle specifiche e più adeguate garanzie partecipative previste dall'abrogato art. 71 *bis* ord. penit.¹⁰.

2.2.3. Un'udienza camerale a contraddittorio rafforzato: spazi partecipativi del difensore.

La scelta del legislatore di applicare una forma di contraddittorio rafforzato, conformato ai principi dell'oralità e dell'immediatezza, risponde al sentito bisogno di assicurare più intense garanzie a riti che, toccando la fase esecutiva della pena, incidono sui diritti fondamentali della persona. Seppur il bene inviolabile della libertà sia stato legittimamente ristretto dall'autorità giudiziaria per mezzo della sentenza di condanna, la pena da questa irrogata potrebbe subire successivamente

⁹ *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, in Gazz. uff., 24 ottobre 1988, n. 250 (suppl. ord. n. 2), pag. 147; AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1424.

¹⁰ G. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990, pag. 412, il quale ha valutato l'omologazione normativa del procedimento di sorveglianza a quello di esecuzione come «un gravoso regalo» di cui la giurisdizione rieducativa «non aveva assolutamente bisogno». Conformi sono le opinioni di: F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992, pagg. 227 ss.; A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pagg. 167-168; R. KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, 1994, pag. 562; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli Editore, 1995, pag. 147.

una variazione quantitativa o di qualità circa le modalità di espiazione della stessa, modifica che, *in melius* o *in peius*, va di nuovo a colpire la sfera della libertà personale. Sicuramente l'esigenza di adeguate tutele giurisdizionali è particolarmente avvertita nei procedimenti di sorveglianza per mezzo dei quali si compie una trasformazione qualitativa della pena, in grado di incidere sullo *status libertatis* del condannato, il quale ha il diritto, in considerazione della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., di beneficiare di misure in grado di determinare una progressiva riapertura verso il godimento pieno della libertà¹¹. Pertanto la rilevanza costituzionale dei valori sottesi alle questioni trattate nel rito di sorveglianza ha determinato l'adozione di modalità procedurali diverse, più appropriate alla funzione del rito stesso. Nonostante il legislatore abbia per tali ragioni riconosciuto l'instaurazione di un contraddittorio "rafforzato" in udienza, da un esame più approfondito emerge come la normativa disposta per il procedimento di sorveglianza mediante rinvio all'art. 666 c.p.p. presenti strumenti inadeguati allo scopo specifico perseguito, anche in riferimento a quegli aspetti generalmente valutati come segno di più incisiva garanzia giurisdizionale. Infatti nonostante la normativa riconosca la forma ottimale di contraddittorio per un giusto ed equilibrato svolgimento dell'udienza, si ritiene che l'obbligo delle parti tecniche di intervenire in giudizio assuma una rilevanza diversa rispetto a quella che avrebbe sul procedimento omologo di esecuzione.

L'apporto cognitivo che il pubblico ministero e il difensore possono offrire all'autorità giudiziaria è prevalentemente di tipo tecnico-giuridico, corrispondente alla natura delle questioni ordinariamente trattate in sede esecutiva. Così mentre la garanzia della partecipazione dei "tecnici" in udienza risulta senza dubbio appropriata per un corretto ed efficace svolgimento del contraddittorio nel procedimento di esecuzione, non sembrerebbe parimenti essenziale per la decisione delle questioni tipiche della giurisdizione rieducativa le quali richiederebbero cognizioni di tipo psico-criminologico. La mancanza di queste specifiche competenze extragiuridiche lascerebbero tanto il pubblico ministero che

¹¹ F. CORBI, *op. ult. cit.*, pag. 411.

il difensore incapaci di interloquire efficacemente su tali materie, con il rischio che la loro partecipazione si riduca ad una mera presenza fisica, senza produrre alcun effetto rilevante per il convincimento del giudice¹². In verità, l'importanza data a tale forma di preparazione per l'instaurazione di un efficace contraddittorio tra le parti tecniche dovrebbe essere adeguatamente riconsiderata, prospettandola semplicemente come un merito personale accessorio rispetto alle fondamentali competenze tecnico-giuridiche. Infatti la carenza di cognizioni utili per comprendere il percorso evolutivo del condannato risulterebbe agevolmente vanificata dalla presenza, nel collegio giudicante, di due esperti nelle scienze umane, oltre alla possibilità di nominare figure professionali (periti e consulenti tecnici) in grado di offrire un contributo qualificato. Anzi, per le parti, saranno principalmente le capacità tecnico-giuridiche a guidarle nello svolgimento del contraddittorio per il conseguimento dei risultati auspicati.

Altri sono i fattori significativi a cui occorre far riferimento per valutare se il mezzo del contraddittorio rafforzato, generalmente disposto per una migliore tutela giurisdizionale, sia di fatto adeguato per uno svolgimento dell'udienza camerale rispettoso delle garanzie costituzionali di difesa. Volgendo l'attenzione allo spazio partecipativo del difensore, è doveroso per prima cosa rilevare l'importanza della disposizione che, prescrivendo l'obbligo di presenziare al giudizio, rappresenta una risposta alla doppia esigenza di tutela dei valori della difesa e del contraddittorio di cui agli artt. 24 e 111 Cost. In altre parole l'intervento del difensore costituisce la principale estrinsecazione di quel profilo, cosiddetto formale, di cui si compone il diritto di difesa che a sua volta si traduce per il procedimento nella garanzia di un equilibrato contraddittorio tra parti dotate di una pari qualificazione tecnico-

¹² F. CORBI, *op. ult. cit.*, pag. 386, il quale precisa come la partecipazione obbligatoria delle parti tecniche in un procedimento, tutto incentrato sull'udienza camerale, si risolva «nella prassi essenzialmente in una presenza di tipo meramente formale e del tutto irrilevante sul piano della dialettica delle prove e dell'effettiva influenza sulla decisione». Simili le considerazioni precedentemente espresse da G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 212 e G. NESPOLI, *Note sui profili processuali dell'ordinamento penitenziario*, in *Rass. pen e crim.*, 1980, pagg. 219-220. Problematica richiamata recentemente da F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2009, pag. 310.

giuridica¹³. Di fatto non basta riferirsi alla presenza materiale del legale per considerare la partecipazione effettivamente funzionale alla difesa dell'assistito e al corretto sviluppo del contraddittorio. Occorre riempirlo di contenuti specifici che diano concretezza al concetto di partecipazione inteso nel senso più incisivo di "prendere parte". È proprio dalla tipologia dei poteri e dei rimedi riconosciuti che si misura l'ampiezza e il grado di tutela assicurati all'intervento del difensore e di conseguenza al diritto di difesa (relativamente alla categoria dell'assistenza).

Sicuramente tra i poteri in grado di dare pienezza alla partecipazione della parte privata spicca quello probatorio, che, ai sensi dell'art. 111 comma 3 Cost., si esprime nel diritto alla prova, quale diritto all'ammissione, all'acquisizione e alla valutazione dell'elemento conoscitivo. Ma dalla normativa specifica di cui agli artt. 666 comma 5, 678 comma 2 e 185 disp. att. c.p.p., l'iniziativa probatoria del difensore, e più generale delle parti, appare ridimensionata a favore del potere riconosciuto al giudice di procedere d'ufficio. Infatti dalle suddette disposizioni si desumerebbe un ruolo dominante dell'autorità giudiziaria giustificato dalla peculiare funzione della giurisdizione rieducativa, finalità dalla rilevanza costituzionale (art. 27 comma 3 Cost.) a tutela della quale il riconoscimento al giudice di un ampio potere istruttorio servirebbe ad impedire «una precipitosa e superficiale concessione delle misure alternative o, peggio ancora, un improvvido rigetto dell'istanza, che mantenga inalterata la valenza retributiva della pena»¹⁴. Sembra dunque l'interesse generale del finalismo rieducativo a giustificare un potere forte della magistratura di sorveglianza nella fase istruttoria del rito *de quo*. Di conseguenza il diritto alla prova delle parti apparirebbe inesistente, in quanto schiacciato da una discrezionalità valutativa del giudice circa l'opportunità di

¹³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, pag. 213: «la difesa più che un diritto della parte privata è una condizione di regolarità del processo».

¹⁴ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 330 ss.

La valorizzazione di una preminente ed arbitraria iniziativa probatoria della magistratura di sorveglianza risponderebbe all'esigenza di tutela della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost. poggiando sulla stessa ratio giustificatrice del potere di avvio d'ufficio del procedimento. Si veda G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 357.

ricorrere a determinati mezzi di prova¹⁵. La conferma può essere data dalle generiche locuzioni «di cui abbia bisogno» e «se occorre», utilizzate al quinto comma dell'art. 666 c.p.p., ad eccezione dell'art. 678 comma 2 c.p.p., vale a dire il caso in cui «occorre acquisire la relativa documentazione» qualora l'interessato sia sottoposto ad osservazione scientifica della personalità.

Seppur non si discuta sul ruolo centrale affidato alla magistratura di sorveglianza, il potere probatorio deve essere adeguatamente ridimensionato affinché si impedisca una riaffermazione delle ideologie tipiche di un sistema inquisitorio il cui superamento è stato ancora di più rafforzato dalla nuova configurazione dell'art. 111 Cost.¹⁶. Per un'analisi corretta del dato normativo occorre infatti richiamare le coordinate costituzionali di cui all'art. 111 Cost., contenute, specificatamente, ai commi 3 e 4 i quali enunciando, rispettivamente, la facoltà di acquisire ogni mezzo a sostegno della difesa e la necessità di un confronto (orale e immediato) per la formazione della prova, impongono il riconoscimento di un diritto alla prova a favore delle parti sia privata che pubblica¹⁷. Appare inoltre imprescindibile il riferimento al comma 2 dell'art. 111 Cost., e cioè al principio di imparzialità del giudice, il quale risulta pregiudicato tutte le volte in cui la magistratura assume «la veste di arbitro esclusivo nella selezione degli elementi su

¹⁵ A. A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria (il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975, n. 354)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 889, il quale afferma: «non esiste per le parti alcun diritto alla prova poiché l'ammissione delle prove non è consequenziale alla richiesta di parte formulata nel rispetto delle norme di legge, ma piuttosto dipende dalle valutazioni insindacabili del tribunale, che, del tutto discrezionalmente, e persino arbitrariamente, potrebbero ammettere o escludere i mezzi di prova richiesti». A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Editore, 2002, pag. 273; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet giuridica, 2008, pag. 261, il quale, ponendo l'attenzione sulle peculiari caratteristiche del procedimento di sorveglianza in tema di oggetto e funzione dello stesso, ritiene che il diritto alla prova non assume una propria autonomia, «non opera in modo originario, ma vive in una dimensione secondaria, nel senso che le richieste dell'interessato e del pubblico ministero si inseriscono nell'articolazione del ragionamento giudiziale innalzandone l'onere motivazionale».

¹⁶ A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 192.

¹⁷ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè Editore, 2002, pagg. 241 e ss.; P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, pagg. 580 e ss.; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2011, pag. 427.

cui fondare la decisione»¹⁸. La stessa specialità funzionale della giurisdizione rieducativa posta a fondamento del potere di attivazione officiosa del procedimento, non è concepibile come fonte di legittimazione di un'iniziativa probatoria *ex officio*¹⁹. Anzi il riconoscimento alle parti di autonomi spazi probatori costituirebbe un aspetto fondamentale volto a contrastare quella forza di prevenzione che il magistrato di sorveglianza eserciterebbe sul collegio giudicante nell'ipotesi *ex art. 51 ter ord. penit.* Infatti il principio di imparzialità, messo in dubbio da un tale potere, imploderebbe alla presenza di un'autorità giudiziaria che, condizionata dalla presenza del giudice monocratico, assumendo le redine della fase probatoria, sia psicologicamente contaminata nella ricerca ed acquisizione degli elementi probatori. Pertanto al fine di assicurare un'udienza costituzionalmente orientata che, conformemente ai principi tipici del sistema accusatorio, non sia dominata da un potere arbitrario del giudice, è doveroso salvaguardare una partecipazione concreta delle parti al giudizio, una partecipazione che si esprime essenzialmente in un intervento attivo nella formazione della prova. Mediante un adeguato bilanciamento tra le esigenze pretese dal principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena e quelle determinate dai valori tipici del processo equo, si può assicurare alla normativa di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. un'interpretazione che dia giusto spazio al potere probatorio del giudice senza che questo possa legittimamente pregiudicare la partecipazione della difesa e del pubblico ministero per la formazione del materiale probatorio. Infatti secondo una lettura conforme ai valori costituzionali, appare insostenibile escludere, a causa del ruolo attivo della magistratura di sorveglianza, il

¹⁸ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4, 2005, pag. 508.

¹⁹ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pagg. 126 e 239. L'A. esclude che l'azione d'ufficio possa «alterare i termini del diritto alla prova», ovvero «i rapporti tra le parti». Di fatti «il potere probatorio del giudice non è un aspetto del suo potere di promovimento officioso del procedimento, ma del suo potere di ammissione della prova, potere sussidiario e subordinato all'ipotesi di inerzia delle parti o di carenza delle prove da loro richieste». F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pagg. 439-440.

diritto alla prova alle parti in quanto espressione massima di una partecipazione al giudizio, capace di incidere sul libero convincimento del giudice²⁰.

Amnesso dunque un tale diritto, la sua configurazione, in riferimento al rapporto di interferenza dei poteri tra le parti e il giudice, non risulta univoca. Una parte della dottrina riduce la partecipazione delle parti, sotto il profilo probatorio, ad un diritto "ad aggiungere" alla piattaforma precostituita dal giudice, elementi conoscitivi rimasti inesplorati, ovvero concernenti aspetti già esplorati ma rilevanti per la decisione in quanto capaci di modificare l'esito prospettabile dai resoconti informativi acquisiti²¹. Più ampia è la concezione adottata da altra parte della dottrina, la quale, fatta salva la disposizione di cui all'art. 678 comma 2 c.p.p., prende in considerazione l'intervento del giudice rispetto a quello delle parti in una chiave accessoria, supplementare²². Si tratta di un'opinione che intende rimettere l'iniziativa probatoria all'impulso delle parti, facendo defluire le prescrizioni circa l'intervento officioso dell'autorità giudiziaria di cui agli artt. 666 comma 5 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p. alla fase di assunzione piuttosto che quella di ammissione dei mezzi di prova²³. Tra gli argomenti impiegati a sostegno del riconoscimento, «a pieno titolo», di un tale diritto delle parti vi è il richiamo dell'art. 327 *bis* comma 2 c.p.p., il quale legittima il difensore a svolgere attività investigative per l'esercizio del diritto di difesa anche nella fase dell'esecuzione penale²⁴. Di conseguenza non avrebbe senso «consentire al difensore di raccogliere le dichiarazioni dei soggetti in grado di riferire informazioni rilevanti ai fini della decisione (come i familiari

²⁰ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 580; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pagg. 245-251 e ss.; M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 508; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, 2002, pag. 272; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2004, pag. 111 e L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 428.

²¹ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione competenze procedure*, II edizione aggiornata, Giappichelli Editore, 1998, pag. 143; A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Cost.*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Cedam, 2004, pagg. 15-16.

²² F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 126.

²³ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pagg. 243; A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., pag. 192; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2011, pag. 294.

²⁴ C. FIORIO, *Libertà personale*, cit., pag. 272; G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., pag. 111; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 428.

dell'interessato, il suo *ex* datore di lavoro, i codetenuti) per poi limitarne l'acquisibilità nel procedimento» qualora domini una insindacabile discrezionalità valutativa del tribunale²⁵.

Per assicurare tutela piena al diritto di difesa ed al principio del contraddittorio, non si può prescindere da uno degli aspetti più rilevanti del diritto probatorio nella prospettiva dell'equo processo, vale a dire il diritto alla controprova: come la parte privata per assistere validamente l'interessato ha diritto di richiedere l'acquisizione di mezzi di prova a sostegno della propria istanza, così dovrebbe essere dotata del potere di contraddire l'accusa fornendo mezzi di prova a discarico sui fatti oggetto di prova a carico. Tale diritto trova espresso riconoscimento solo nella disciplina concernente il processo di cognizione, all'art. 495 comma 2 c.p.p. Nonostante tale profilo non sia specificato nella normativa del procedimento di sorveglianza, esso costituisce un mezzo fondamentale capace di dare effettività alla partecipazione, rispondendo alla doppia esigenza costituzionale di garanzia della difesa e del principio del contraddittorio. Infatti la *chance* di contestare l'accusa, fornendo mezzi di prova a discarico sullo stesso fatto oggetto del giudizio, permette di «consacrare il canone dell'equilibrio tra le parti inteso quale "diritto di difendersi provando" anche mediante la possibilità per l'accusato di ottenere "l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore"»²⁶. Il riconoscimento del diritto alla controprova è chiaramente funzionale per la difesa nei giudizi in cui dalla formulazione di una specifica accusa deriva, inevitabilmente ed analogamente al processo di cognizione, un contrapposizione tra le parti. In fase esecutiva questa contrapposizione si rinviene in maniera peculiare nei procedimenti instaurati ai fini della revoca di un beneficio penitenziario, in tutti quei contesti nei quali è in gioco un aggravamento dello *status detentionis* del condannato. Ma la rilevanza di un confronto dialettico non è esclusa nemmeno nelle ipotesi opposte di modifica *in melius* per il condannato, qualora il pubblico ministero valuti una

²⁵ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 340.

²⁶ A. GAITO, *La prova penale*, Utet giuridica, 2008, pag. 171.

difformità tra i presupposti richiesti dalla legge e quelli a cui si affida la parte privata a sostegno dell'istanza di accesso ad un beneficio²⁷.

Il grado di effettività della partecipazione delle parti tecniche ed in particolare del difensore in udienza non si misura semplicemente sulla base dei poteri riconosciuti quali contenuto essenziale per un intervento attivo nel giudizio, ma occorre far riferimento, per una valutazione completa, al tipo dei rimedi applicabili a tutela della partecipazione necessaria all'udienza. Le conseguenze derivanti dalla violazione della prescrizione di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p. variano a seconda delle cause che le hanno determinate. Così se l'assenza sia dovuta a vizi procedurali concernenti il decreto di fissazione dell'udienza o la sua notificazione, il giudice, per impedire che si formi una nullità assoluta, deve interrompere il giudizio ordinando la formazione o la rinnovazione degli atti processuali assenti o difettosi²⁸. Qualora, invece, il difensore, ritualmente avvisato, non presentandosi, non abbia addotto alcuna giustificazione al riguardo, il rimedio applicato è quello previsto

²⁷ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pagg. 440, per il quale deve affermarsi la presunzione di ammissibilità della controprova, derivante dall'art. 495 comma 2 c.p.p., «dovendosi sempre ritenere pertinente e rilevante la richiesta di prova diretta a contrastare quanto addotto a sostegno di una richiesta rispettivamente rivolta al giudice o dall'interessato o dal pubblico ministero»; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 322; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 429. Anomala è la posizione espressa da A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pagg. 262-263, il quale attribuisce al diritto alla controprova una rilevanza diversa, maggiore, rispetto a quella esercitata dal diritto alla prova (che manca di una propria autonomia). Tale differenza emerge dai diversi esiti di *deficit* probatorio determinati dalla mancata ammissione di una prova tesa ad integrare il materiale probatorio acquisito d'ufficio rispetto al caso di mancata assunzione di una prova contraria a quella principale utilizzata dal giudice per la decisione. Mentre nella prima ipotesi, il *deficit* probatorio «rileva nella misura in cui sia in grado di compromettere l'intero apparato argomentativo della motivazione», nel secondo caso si ha un vizio di «illogicità della motivazione *in re ipsa*, non potendosi pretendere dal ricorrente di dimostrare l'astratta decisività del risultato probatorio mancante».

Diverso è l'orientamento adottato dalla giurisprudenza, la quale ha sempre escluso la possibilità di estendere il diritto alla controprova di cui all'art. 495 comma 2 c.p.p. al procedimento di sorveglianza. Si ricorda della Cass. sez. III, 12 agosto 1993, *Cova*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 3033; Cass. sez. I, 24 settembre 1993, *Pezzoni*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 3034, la quale ritiene infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 678 c.p.p. sollevata rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. per l'inapplicabilità dell'art. 495 comma 2 c.p.p. al procedimento di sorveglianza. Si esclude una disparità di trattamento tra imputato e condannato in quanto «la differenza ravvisabile tra la posizione dell'imputato e quella della parte privata nel procedimento di sorveglianza giustifica la lamentata disparità normativa nell'esercizio di facoltà difensive», così come pure non c'è violazione del diritto di difesa, il quale è sufficientemente garantito dalla presenza in udienza del difensore.

²⁸ Si rinvia *supra* § 2.1.12.

dall'art. 97 comma 4 c.p.p. che dispone la designazione d'ufficio di un sostituto immediatamente reperibile.

Sin dalle origini del nuovo codice di procedura penale, è emersa una divergenza di opinioni tra la giurisprudenza e la dottrina in merito ai rimedi utilizzabili nelle ipotesi di legittimo impedimento del difensore di fiducia. Il punto nodale riguarda la possibilità di sospendere e rinviare l'udienza quando risulta che l'assenza del difensore sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per causa a lui non imputabile. Nell'impianto originale del codice di procedura penale, tale prescrizione era contenuta nell'art. 486 comma 5 c.p.p. la cui applicazione fu circoscritta dalla giurisprudenza maggioritaria al dibattimento, escludendo la possibilità di una sua estensione applicativa all'udienza preliminare del giudizio di cognizione ed ai riti camerali, tra i quali il procedimento di sorveglianza. La Corte di cassazione giunse, infatti, a tale conclusione facendo leva sul tenore letterale della disposizione e sulla sua collocazione topografica²⁹. Sulla stessa scia anche la Corte costituzionale la quale privilegiò un'interpretazione restrittiva deducibile dalla dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità dell'art. 420 comma 3 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva il rinvio dell'udienza preliminare in caso di assenza del difensore per legittimo impedimento³⁰. Nonostante il codice abbia previsto la partecipazione obbligatoria del difensore anche in scenari diversi da quello dibattimentale, il Giudice delle leggi esclude che la difformità dei rimedi applicabili a casi analoghi comportasse una menomazione del diritto di difesa perché «l'effettività di tale diritto non esige che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase

²⁹ Cass. sez. I, 18 novembre 1993, *Foresta*, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 311; Cass. sez. I, 23 febbraio 1995, *Siniscalchi*, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 3409; Cass. sez. I, 21 marzo 1996, *Salvatore*, in *Cass. pen.* 1997, pag. 755; Cass. sez. un., 8 aprile 1998, *Cerroni*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 3219, che, accogliendo l'orientamento prevalente, ritiene che: «nei procedimenti camerali di esecuzione, il legislatore ha optato, stante il carattere essenzialmente "tecnico" dell'attività difensiva da essi richiesta, per la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero (art. 666 comma 4 c.p.p.), ma non dell'interessato che, peraltro, viene sentito personalmente quando ne faccia richiesta. Sicché già sulla base della lettera della norma risulta evidente quanto sia ardito sostenere la necessità di rinviare l'udienza per impedimento del difensore, quando neppure l'impedimento dell'interessato ne costituisce ragione».

³⁰ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 175. Si tratta di una pronuncia antecedente alla riforma legislativa del '99 con la quale si accettò di allargare il meccanismo del rinvio anche ai casi di assenza del difensore in udienza preliminare.

processuale; anzi la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti o delle varie fasi processuali è stata costantemente ritenuta da questa Corte legittima espressione della discrezionalità legislativa». La Corte aggiunse, inoltre, che la rilevanza data dal legislatore al ruolo del difensore nel dibattimento, per mezzo dell'art. 486 comma 5 c.p.p., «non è influenzata dalla particolare natura – fiduciaria od officiosa – della difesa tecnica», in quanto il rinvio dell'udienza «opera quale che sia la derivazione – privata o pubblica – della investitura difensiva» desumendosi, di conseguenza, «che la *ratio* di tale istituto si identifica esclusivamente nella esigenza di assicurare un'assistenza difensiva "informata"».

Tale soluzione è stata confermata da un recente intervento della cassazione, pronunciatasi a sezioni unite, malgrado nel frattempo il legislatore, con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, abbia deciso di estendere l'istituto del rinvio anche all'ipotesi di assenza del difensore in udienza preliminare determinata da legittimo impedimento. La Suprema Corte si è orientata per una posizione restrittiva, affermando che «i procedimenti di esecuzione e di sorveglianza non hanno subito alcuna trasformazione tale da giustificare un'assimilazione con la nuova configurazione dell'udienza preliminare» ex art. 420 *ter* c.p.p. Anzi la mancanza di un'analoga modifica nella disciplina dei riti camerale ha rappresentato «il segno che (il legislatore) ha inteso lasciare inalterata la regolamentazione vigente» degli stessi³¹.

È innegabile che tali interpretazioni costituiscono un grave ostacolo per la tutela della partecipazione materiale del difensore di fiducia nei procedimenti in camera di consiglio. Infatti le considerazioni giurisprudenziali privano il diritto di difesa tecnica della sua principale forma di espressione, vale a dire la partecipazione in udienza del difensore scelto liberamente dall'interessato e a questo legato da un rapporto di personale fiducia ed assistenza. La peculiarità e la delicatezza delle questioni trattate nei procedimenti camerale di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.

³¹ Cass. sez. un., 27 giugno 2006, *Passamani*, in *Cass. pen.*, 1996, pagg. 3978-3979. Si veda il commento di A. MONTAGNA, *Procedimento di esecuzione e sorveglianza e impedimento del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pagg. 1333 e ss.

esigerebbero anch'essi strumenti idonei ad assicurare un intervento difensivo che, per mezzo del rapporto fiduciario con il condannato, abbia acquisito una conoscenza approfondita della vicenda del proprio assistito. Non si comprende il motivo per cui nei riti *de quibus*, nei quali la rilevanza della materia trattata impone la partecipazione necessaria del difensore, non trovi applicazione lo stesso rimedio di cui all'art. 420 *ter* c.p.p. Così, data l'analogia tra l'udienza preliminare e l'udienza di sorveglianza, entrambe camerale con contraddittorio rafforzato, aderire al prevalente orientamento giurisprudenziale significherebbe tollerare un'illegittima disparità di tutela della difesa tecnica. Infatti la designazione d'ufficio di un difensore immediatamente reperibile, in sostituzione di quello impossibilitato per legittimo impedimento a presenziare l'udienza, implicherebbe una vanificazione del rapporto personale instaurato tra l'interessato ed il legale di fiducia, con ripercussioni negative sul principio di cui all'art. 111 Cost., il quale, a garanzia dell'effettività del contraddittorio, richiede una difesa preparata «*ratione materiae*» e «*ratione temporis*», cioè, rispettivamente, istruita sulla questione processuale ed organizzata con adeguato anticipo in modo da sostenere efficacemente la fase di trattazione³².

³² In dottrina: M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 294; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2011, pag. 311; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pagg. 243-244; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2003, pag. 199; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pagg. 203-204; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 132; B. GUAZZALOCCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, 1995, pag. 457; E. RANDAZZO, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze camerale e preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, pag. 2221-2222. Sull'importanza del rimedio del rinvio quale mezzo di tutela dell'insostituibile rapporto personale che lega l'interessato al legale di fiducia: V. PINI, *L'impedimento del difensore di fiducia nei procedimenti di esecuzione*, in *Giur. it.*, 1994, pagg. 34 e ss. la quale conclude affermando che «solo garantendo una reale difesa vengono assicurate le condizioni per un regolare svolgimento del processo: ciò non risponde solo agli interessi della parte, ma al complessivo sistema generale, che è costantemente chiamato a misurarsi sugli indici di riconoscibilità di un sistema civile»; L. FILIPPI, *Legittimo impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pagg. 467 e ss. Oltre ai casi in cui la presenza del difensore all'udienza è necessaria, L'A. estende l'applicazione dell'istituto del rinvio alle ipotesi di partecipazione eventuale, purché il legale abbia manifestato la volontà di intervenire in udienza. G. LEO, *Procedimento in camera di consiglio e legittimo impedimento del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pagg. 1472-1473.

In giurisprudenza: Cass. sez. I, 15 maggio 1992, *Falcone*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 1746; Cass. sez. I, 11 dicembre 1995, *Pirro*, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 431; Cass. sez. II, 23 gennaio 1997, *Bussolino*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 858.

2.2.4. Il diritto di partecipazione dell'interessato: profili di incostituzionalità.

Il duplice significato della partecipazione accolto per definire gli spazi di intervento delle parti tecniche al giudizio dovrebbe valere tanto più nei confronti del diretto interessato del procedimento di sorveglianza. Ma dalla disposizione concernente questo aspetto sembra desumersi che neppure il profilo più formale ovvero materiale della partecipazione trovi una piena tutela per il condannato, destinatario della giurisdizione rieducativa. Infatti il comma 4 dell'art. 666 c.p.p., richiamato dall'art. 678 c.p.p., dopo aver prescritto l'intervento necessario del difensore e del pubblico ministero all'udienza, prevede la possibilità dell'interessato di essere sentito «personalmente», purché ne abbia fatto apposita richiesta. La disposizione prosegue precisando che «se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione». Si tratta di una formula analoga a quella adoperata per disciplinare, all'art. 127 comma 3 c.p.p., l'intervento dell'interessato al procedimento in camera di consiglio. Se il legislatore, servendosi di questo modello procedurale per regolamentare i riti *post iudicatum*, ha deciso, da un lato, di apportare delle modifiche con l'intento di rafforzare le garanzie giurisdizionali a favore di procedimenti che hanno a che fare con i diritti inviolabili della persona, dall'altro ha lasciato inalterata la normativa. Così appare illogico non aver disposto, a vantaggio del titolare stesso dei diritti, una garanzia piena, simile a quella offerta alle parti tecniche. Infatti nessun diritto è riconosciuto al condannato detenuto di intervenire all'udienza, se non dopo la formulazione di un'apposita richiesta. Si tratta di una condizione fondamentale ma non sufficiente per coloro che sono ristretti in una circoscrizione diversa da quella a cui appartiene l'autorità giudiziaria competente a decidere. Infatti per tale categoria, la possibilità di intervenire in udienza si annulla, poiché condizionata dalla discrezionalità del giudice di autorizzare la traduzione nei casi in cui la ritenga opportuna³³.

³³ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pag. 367

È evidente come tali prescrizioni normative rappresentino un notevole pregiudizio alla dimensione materiale della difesa e, di conseguenza, alla partecipazione personale dell'interessato al giudizio, aspetto connaturale alla stessa autodifesa. Occorre rendere partecipe il diretto interessato dell'attività processuale: una partecipazione che, nella fase centrale del rito stesso, si configura nei modi dell'“essere parte” e del “prender parte”³⁴. Infatti, l'autodifesa, quale contributo personale della parte alla formazione delle determinazioni processuali, non può che raggiungere la sua massima effettività per mezzo di una partecipazione dal significato ontologico, che non si fermi alla presenza fisica ma, inglobandola, si orienti sul concetto di intervento attivo in udienza. In questa duplice veste, la difesa personale è completa, espressione sia di un diritto soggettivo che di una garanzia oggettiva a vantaggio, rispettivamente, del singolo e del procedimento. Il modello accusatorio impone che la difesa non rimanga “semplicemente” un valore inviolabile della parte privata, ma costituisca la condizione di regolarità del processo. Essa non risponde solo all'interesse personale del soggetto ma al sistema processuale nel suo complesso, svolgendo «il ruolo servente di assicurare la parità delle armi» e dunque un contraddittorio equilibrato³⁵. Se questa interdipendenza tra difesa, parità e contraddittorio sembrava vivere in rapporto al solo art. 24 comma 2 Cost., oggi trova maggiori certezze per mezzo dell'art. 111 Cost. Così, sulla base del combinato disposto di queste due norme costituzionali, si deve valutare se i mezzi riconosciuti a tutela dell'autodifesa offrano garanzie partecipative tali da assicurare l'instaurazione di un contraddittorio, rispondente ai requisiti della parità delle parti e dell'oralità-immediatezza, quale metodo migliore per la formazione del convincimento dell'autorità giudiziaria. Infatti l'art. 111 Cost. prescrive che «davanti al giudice» sia svolto il contraddittorio in condizioni di parità e sia esercitata dalla parte privata la facoltà di acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore³⁶.

³⁴ Si rinvia *supra* § 2.2.1.

³⁵ G. RICCIO – A. DE CARO – S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale: una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991, pagg. 151 e ss.; V. DENTI, *La difesa come diritto e garanzia*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli Editore, 1977, pagg. 48 e ss.

³⁶ Analizzando letteralmente l'art. 111 Cost., l'espressione «davanti al giudice» è utilizzata al secondo comma in riferimento al contraddittorio, e ripetuta al comma 3, precisamente al secondo

Sulla base di tali premesse e richiamando la normativa ordinaria di cui al comma 4 dell'art. 666 c.p.p. si evidenzia come l'esigenza costituzionale di garanzia della difesa sia fortemente limitata nel procedimento di sorveglianza a causa del rinvio al rito esecutivo, il quale ha depotenziato la funzionalità che la partecipazione della parte privata dovrebbe assumere nella giurisdizione rieducativa. Se il contributo personale del condannato non risulta così rilevante in un procedimento che affronta prevalentemente questioni tecnico-giuridiche, al contrario, assume una rilevanza fondamentale in giudizi incentrati su profili fattuali per la verifica della progressione 125tanti bus125ale del condannato, ovvero per l'accertamento della sua pericolosità³⁷. Pertanto, nel rito di cui all'art. 678 c.p.p., l'intervento diretto del ristretto all'udienza dovrebbe trovare una tutela piena³⁸ in quanto, oltre a rappresentare il miglior mezzo di garanzia per la difesa cosiddetta materiale, costituisce per il giudice la «fonte di convincimento più genuina ed immediata», assicurandogli una valutazione completa, «più diretta e più vera della personalità del soggetto»³⁹.

periodo, inserendola nella parte iniziale del periodo stesso, come se tutte le facoltà successivamente elencate richiedano, per il loro regolare esercizio, la presenza della parte privata dinanzi l'organo giudicante.

³⁷ Cfr. Corte cost., 17 gennaio 1991, n. 45. Per approfondimenti *sub* § 2.2.3.2.

³⁸ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 233. L'A. avverte la gravità dell'appiattimento del rito di sorveglianza a causa della sua omologazione a quello esecutivo ed esprime l'esigenza di dettare una disciplina *ad hoc* che sia, se non del tutto autonoma, almeno integrativa a quella delineata nell'art. 666 c.p.p. In particolare l'A. invita il legislatore a prevedere come regola generale il diritto dell'interessato, pur se detenuto fuori della circoscrizione, a partecipare all'udienza e, al contempo, a subordinare ad un provvedimento motivato-sulla base di parametri normativamente predeterminati-l'eventuale compressione di tale garanzia.

³⁹ Cfr. G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 219. Simile pensiero era stato espresso già da V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative*, cit., pag. 133, secondo il quale la citazione in giudizio del detenuto dovrebbe diventare «una prassi costante, sia ai fini di un più alto grado di effettività del contraddittorio, sia allo scopo di offrire all'organo giudicante l'opportunità di un'esperienza dialettica diretta per la formazione del suo convincimento, essendo del tutto ingiustificato che la sorte di un uomo, detenuto o internato, nella delicatissima ottica prognostica delle misure alternative, possa venir decisa senza passare attraverso un sia pur minimo rapporto personale dei giudici con il medesimo».

Cariche di significato sono le parole usate in commento alla pronuncia della Cass. sez. un., 22 dicembre 1995, *Carlutti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pagg. 1180 e ss. le quali, pur avendo ad oggetto il rito *de libertate*, possono essere rivolte, data l'analogia, anche al procedimento di sorveglianza. Così si esprime K. MAMBRUCCHI, *Rispetto del diritto di difesa e alchimie interpretative sull'efficacia della decisione invalida*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 1187: «se soltanto il contatto diretto ed orale con l'organo giudicante sprigiona impressioni e fattori di convincimento non surrogabili, è evidente il pregiudizio che subisce chi, ascoltato da un giudice non naturale, prima

L'intervento in udienza consente, dunque, all'interessato di dare un personale contributo al giudizio, funzionale tanto alla sua posizione difensiva che alla decisione dell'autorità giudiziaria. Infatti per mezzo dell'ascolto il reo esprime le proprie difese, contestando l'accusa del fatto addebitatogli nel caso di revoca della misura alternativa, ovvero, integrando o confutando i contenuti della documentazione acquisita d'ufficio ai sensi dell'art. 678 comma 2 c.p.p. nelle ipotesi contrarie di concessione. Invero, il detenuto stesso, inserito nell'istituzione ma estraneo all'amministrazione penitenziaria, rappresenterebbe il principale soggetto capace di completare, confermare o contraddire le risultanze provenienti dall'ambiente carcerario, a sostegno della propria difesa⁴⁰. Pertanto, dal punto di vista dell'autorità giudiziaria, dovrebbe essere sempre ammesso l'ascolto diretto in presenza di una richiesta del ristretto, data la sua «presunzione di rilevanza e non superfluità»⁴¹. L'utilità dell'audizione diretta sarebbe rafforzata dalla composizione del tribunale di sorveglianza. Infatti la presenza, oltre ai due giudici togati, di due esperti che, specializzati nelle scienze umane, sono in grado di fornire un personale apporto valutativo, perderebbe di significato ove non fossero messi in condizione di conoscere direttamente l'interessato⁴².

Di fatto, questa impostazione crolla di fronte al dato normativo dell'art. 666 comma 4 c.p.p., creando una condizione di svantaggio nei confronti del ristretto al di fuori della circoscrizione del tribunale procedente.

In primo luogo, emerge chiaramente come il legislatore, disponendo per i rei "fuori sede" un ascolto da parte del magistrato di sorveglianza competente nel luogo di detenzione prima del giorno dell'udienza⁴³, abbia legittimato una forma di

e al di fuori dell'udienza camerale, vede filtrate e disperse la forza persuasiva delle proprie argomentazioni, l'immediatezza delle sensazioni e quindi l'efficacia maieutica del contraddittorio».

⁴⁰ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 135; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 579.

⁴¹ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 503.

⁴² V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative*, cit., pag. 132; R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 564, nota 92; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 579.

⁴³ S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 208, il quale comprende come un giusto contemperamento tra le esigenze difensive e quelle di sicurezza avrebbe dovuto condurre alla garanzia di una partecipazione diretta dell'interessato all'udienza camerale, comprimibile solo da un provvedimento motivato, sulla base di parametri normativamente predeterminati.

partecipazione mediata, ritenendola sufficiente a fronte dei pericoli di sicurezza e costi organizzativi che l'operazione di traduzione implicherebbe⁴⁴. In questo modo la partecipazione, quale strumento per esprimere la personale difesa, perde la qualità di diritto soggettivo inviolabile ex art. 24 comma 2 Cost., in quanto non può definirsi tale una forma alternativa di intervento che, giustificata da esigenze di ordine pratico, dipende oltretutto da fattori causali, legati alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria⁴⁵. Sulla base del criterio del *locus detentionis* fissato dall'art. 677 comma 1 c.p.p. per definire il tribunale territorialmente competente, sembrerebbe impossibile il verificarsi della fattispecie di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p. In verità tale ipotesi accade ogni volta che l'amministrazione penitenziaria disponga un trasferimento, anche provvisorio, del condannato a seguito dell'instaurazione del procedimento e della fissazione della competenza del giudice. Pertanto si lascia che una scelta di natura amministrativa ed indipendente dalla volontà dell'interessato determini una quasi totale compressione della possibilità di partecipare direttamente al giudizio, che sopravvive solo grazie ad una scelta di opportunità dell'organo giudicante⁴⁶.

Il caso della cosiddetta "rogatoria interna" mostra un'incongruenza costituzionale anche sotto il profilo dei tempi e dell'organo competente a disporre l'audizione dell'interessato. Il fatto che l'ascolto debba essere compiuto prima dell'udienza camerale consente un esercizio parziale del diritto di difesa, in quanto il condannato, in tale sede, può esprimersi solo in merito agli elementi già conoscibili per mezzo del deposito del fascicolo processuale in cancelleria. Conformandosi al consolidato orientamento che considera necessario ed opportuno l'anticipato

⁴⁴ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 226; T. DELLA MARRA, *Sulla partecipazione dell'imputato all'udienza di riesame*, in *Giur. it.*, 1992, pag. 725; K. LA REGINA, *Partecipazione all'udienza di riesame: scelta del detenuto o del giudice?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pagg. 1134 e ss.

⁴⁵ F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 149, secondo il quale, nel procedimento di sorveglianza, si verifica una degradazione del diritto di partecipazione a semplice interesse rispetto al detenuto in luogo diverso da quello dell'autorità giudiziaria competente. Più precisamente: «alla discrezionalità dell'amministrazione prima, del giudice poi, è demandato il potere di degradare il diritto ad interesse, di riconoscere al soggetto la difesa materiale e tecnica o solo quella tecnica».

⁴⁶ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 579; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 135-136.

deposito del fascicolo⁴⁷, questo contiene al massimo quei documenti di cui l'autorità giudiziaria deve disporre d'ufficio l'acquisizione, per la quale non è prescritto di fatto alcun termine perentorio. Di conseguenza potrebbe succedere che l'interessato non abbia il tempo di conoscere tale documentazione qualora la sua audizione sia fissata prima del deposito della stessa, avendo la norma genericamente ordinato un ascolto prima del giorno dell'udienza. In questo modo il soggetto, oltre ad essere privato della possibilità di avere "l'ultima parola" in udienza sulla base di un quadro probatorio completo e definitivo, sarebbe sfornito di quelle condizioni che, ai sensi dell'art. 111 comma 3 Cost., risultano necessarie per assicurare un'adeguata preparazione della sua personale difesa⁴⁸.

L'altro aspetto di dubbia legittimità concerne l'attribuzione al magistrato di sorveglianza competente *ratione loci*, il compito di ascoltare il ristretto che si trovi fuori della circoscrizione del collegio giudicante. L'organo monocratico individuato dall'art. 666 comma 4 c.p.p. risulta incapace di operare un'audizione attiva ed interessata del soggetto. Si direbbe, sotto un profilo personale, che data l'ordinaria esposizione del magistrato di sorveglianza all'ambiente carcerario, egli non potrebbe ignorare la situazione personale del detenuto, ma in questo caso non si deve dimenticare che si tratta di un condannato appena trasferito nell'istituto di sua competenza, rispetto al quale ancora non può detenere adeguate conoscenze circa la sua condizione. Ciò è confermato, sotto il profilo processuale, dalla mancanza di disposizioni che consentono al giudice delegato una cognizione degli atti del procedimento instaurato. Egli si limita così a «raccolgere "passivamente" le dichiarazioni del detenuto»⁴⁹, con evidenti difficoltà, al momento della trasmissione del verbale, di rendere partecipe il collegio giudicante di tutte le informazioni provenienti dall'audizione. Si fa riferimento a quegli aspetti indescrivibili (gesti, atteggiamenti, cadenze) che solo una partecipazione diretta dell'interessato in

⁴⁷ Si rinvia *supra* capitolo 1, § 2.1.6.

⁴⁸ A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., pag. 278; A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pagg. 248-249.

⁴⁹ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 298.

udienza, sotto l'occhio di esperti, è in grado di fornire e valorizzare⁵⁰. Una "passività" del magistrato di sorveglianza indirettamente riconosciuta ed accettata dalla stessa Corte costituzionale che, in varie occasioni, sembra aver declassato il ruolo dell'organo giudiziario, il quale, privato di ogni potere decisorio, si limita al compimento di «un'attività meramente strumentale» al procedimento⁵¹. Un tale orientamento, che qualifica il magistrato di sorveglianza come mero esecutore di un'attività delegata dal tribunale precedente, spogliato della funzione giurisdizionale, spingerebbe a considerare qualsiasi mezzo o persona idonea a fungere da intermediario tra il ristretto fuori della circoscrizione e l'autorità giudiziaria delegante, andando a compromettere la giurisdizionalità del procedimento rispetto ad uno dei suoi snodi fondamentali.

Sulla base di tali precisazioni, è chiaro come la normativa, nel prescrivere gli strumenti partecipativi per il ristretto "fuori sede", si ponga "fuori" dei canoni costituzionali. La configurazione di una partecipazione indiretta al giudizio, oltre a sminuire il diritto di autodifesa che, in violazione dell'art. 24 comma 2 Cost., rimane ristretto alla fase preliminare con possibilità di rinnovazione solo previa disposizione del giudice, va a compromettere la funzionalità del procedimento di sorveglianza. Infatti se il contraddittorio "giusto" si esprime «nella partecipazione dialettica delle parti»⁵², la privazione all'interessato della facoltà di operare attivamente in udienza, rimpiazzata dalla possibilità di un ascolto mediato, dà forma, nel rito di sorveglianza, ad un contraddittorio squilibrato, incompatibile con l'art. 111 comma 2 Cost.⁵³. Il contrasto della normativa *de quo* con gli artt. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., si estende inevitabilmente anche all'art. 3 Cost. Il criterio del *locus custodiae*, da cui dipende il livello delle garanzie partecipative, oltre a pregiudicare l'integrità del

⁵⁰ A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., pag. 279; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 236.

In questo modo la partecipazione al giudizio dell'interessato sembra assumere le sembianze dell'intervento mediante presentazione di memorie scritte, ossia di quella forma di intervento disposta per i procedimenti atipici di competenza della magistratura di sorveglianza.

⁵¹ Cfr. Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 86; 11 giugno 1990, n. 290; 4 aprile 1990, n. 207.

⁵² P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli Editore, 2012, pag. 100.

⁵³ P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., pag. 579; S. LORUSSO, *Contraddittorio e giurisdizione esecutiva alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè Editore, 2002, pag. 209; G. DEAN, *Ideologie e modelli*, cit., pag. 110; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2009, pag. 314.

diritto di difesa ed a squilibrare il contraddittorio, diversifica il trattamento determinando un'irragionevole disparità tra chi è detenuto "fuori sede" e chi appartiene ad un istituto interno alla circoscrizione del tribunale procedente, ma anche tra il ristretto e il soggetto che, *in status libertatis*, può incondizionatamente presenziare all'udienza⁵⁴.

La triplice incompatibilità costituzionale della disposizione di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p. potrebbe trovare ulteriore conferma nell'art. 27 comma 3 c.p.p. Richiamando infatti la funzione per la quale è stato istituito il procedimento di sorveglianza, la previsione di una forma di intervento mediato costituirebbe un ostacolo evidente al raggiungimento di una valutazione piena ed appropriata della personalità dell'interessato, fondamentale per giudicare l'ammissibilità di misure finalizzate alla rieducazione del reo, ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost.

I profili di incostituzionalità dell'art. 666 comma 4 c.p.p. rispetto ai principi di cui agli artt. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost., potrebbero essere estesi anche al soggetto ristretto all'interno della circoscrizione del tribunale di sorveglianza procedente, il quale, seppur beneficiario di un trattamento di favore a confronto del detenuto "fuori sede", rimane vincolato ad un'apposita istanza per l'esercizio di un diritto che dovrebbe essere incontestabile: il diritto di "essere parte" nel giudizio. La richiesta di presenziare all'udienza costituisce, infatti, la condizione necessaria affinché l'interessato, in qualunque luogo detenuto, acquisti tale diritto. Lo *status detentionis* del condannato, diversamente dal reo libero, degrada così il diritto di partecipazione ad un onere, imponendo al ristretto la presentazione tempestiva di una richiesta, in mancanza della quale la sua presenza all'udienza sarà definitivamente compromessa. Il contatto diretto, a prescindere dalla volontà del

⁵⁴ R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 563; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 136; G. DEAN, *op. ult. cit.*, pag. 110; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pagg. 285-286. La medesima opinione è espressa da M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 301, il quale non comprende per quale motivo le esigenze di sicurezza, utilizzate per limitare la partecipazione in udienza, «debbono essere tutelate così "a monte" attraverso un arretramento generalizzato – e perciò discriminatorio – delle facoltà autodifensive». Piuttosto che disporre un'applicazione generalizzata della rogatoria, derogabile per mezzo di graziose concessioni da parte del giudice, la normativa dovrebbe riconoscere il diritto di partecipazione personale all'udienza quale principio generale, salvo la possibilità dell'autorità giudiziaria, nei casi tassativamente indicati ed indipendenti dal *locus custodiae*, di ordinare l'audizione per rogatoria, specificandone i motivi.

soggetto di rendere dichiarazioni, può avere di per sé una sua rilevanza all'interno di un procedimento che, valutando la personalità e le potenzialità rieducative dell'individuo, deve scrollarsi da un sistema eccessivamente burocratizzato. Ma è soprattutto dal valore intrinseco del diritto di difesa, come diritto di essere assistito e di assistere in prima persona ad un giudizio dove in gioco è lo *status libertatis* dell'interessato, che si dovrebbe trarre la necessità di ripristinare la regola per cui il diritto di presenziare all'udienza è garantito incondizionatamente, a meno che non lo si voglia esercitare.

2.2.5. Segue. *La lettura adeguatrice della Corte costituzionale: una chiave di svolta?*

Di fronte ai molteplici dubbi di incostituzionalità dell'art. 666 comma 4 c.p.p. e di conseguenza dell'art. 678 c.p.p., in più di un ventennio dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il Giudice delle leggi non ha mai valutato il merito della questione relativa alla legittimità della prescrizione che, fissando come ordinario l'ascolto per rogatoria del ristretto fuori della circoscrizione del tribunale competente, lederebbe il suo diritto di intervento in udienza, di fronte al tribunale di sorveglianza procedente. Infatti nessuna sentenza è rinvenibile, ad eccezione di alcune semplici ordinanze che si sono limitate a dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di legittimazione del giudice che l'aveva sollevata⁵⁵.

Occorre far riferimento ad un ambito procedurale diverso per trovare una pronuncia che potrebbe essere concepita come una sentenza "pilota" in grado di fornire un monito, una linea guida sulla corretta, in quanto costituzionalmente orientata, interpretazione della norma in questione. Si allude ad una sentenza interpretativa di rigetto con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 309 comma 8 e 127 comma 3 c.p.p. rispetto all'art. 24 comma 2 Cost.⁵⁶. Dai suddetti riferimenti normativi si desume che la Corte ha preso in esame una disposizione il cui contenuto, concernente la partecipazione del detenuto "fuori sede", è analogo a

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 28 febbraio 1991, n. 86; Corte cost., 14 giugno 1990, n. 290; Corte cost., 12 aprile 1990, n. 209.

⁵⁶ Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 45.

quello dell'art. 666 comma 4 c.p.p. Inoltre la questione è trattata con riguardo particolare al rito *de libertate*, vale a dire un rito camerale che, più di altri, si avvicina a quello di sorveglianza, in quanto entrambi, seppur operanti in momenti e per oggetti e funzioni diversi, incidono qualitativamente sullo *status libertatis* dell'individuo. Di conseguenza l'affinità delle due procedure camerali consentirebbe di riproporre il ragionamento del Giudice delle leggi nei riti *post iudicatum* per fronteggiare le perplessità di incostituzionalità provenienti dall'art. 666 comma 4 c.p.p.⁵⁷

Due sono gli aspetti sui quali la Corte ha posto l'accento per valorizzare la partecipazione diretta dell'interessato all'udienza. Il primo, già affermato in una precedente pronuncia⁵⁸, riguarda la materia oggetto del giudizio: ogni qualvolta nel procedimento si debbano valutare «questioni di fatto concernenti la condotta dell'interessato [...] è evidente l'interesse dell'imputato a comparire personalmente per contrastare – se lo voglia – le risultanze probatorie e indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli»⁵⁹. Il secondo dato si riferisce al *modus procedendi* per la migliore trattazione delle questioni di fatto. Sotto tale profilo il Giudice delle leggi si esprime nei seguenti termini: «è evidente l'importanza che il contraddittorio abbia a svolgersi innanzi al giudice che dovrà poi assumere la decisione», in ossequio ai principi generali di immediatezza e di oralità. Dopo aver (ri)affermato l'evidenza di questi due dati, la Corte, sollecitando un'interpretazione adeguatrice della normativa, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni esaminate, in quanto in queste non è rinvenibile alcun espresso divieto del ristretto in luogo fuori del circondario di essere tradotto nell'aula del

⁵⁷ A. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 170, il quale auspica che «nella prassi applicativa la magistratura di sorveglianza recuperi come essenziale la presenza dell'interessato ai fini della decisione intendendo la traduzione in udienza come diritto per il detenuto e adempimento sempre necessario per il giudice». A favore di un'influenza «liberalizzante» della sentenza n. 45/1991 nei confronti del rito di sorveglianza si pongono anche: F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pagg. 136-137; G. SACCONI, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, in *Nuove strategie particolari per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 121.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 7 maggio 1982, n. 98.

⁵⁹ Diversamente accade nei procedimenti aventi ad oggetto questioni di solo diritto, per le quali l'interesse del ristretto di partecipare per fornire il proprio apporto personale perde rilievo, data la competenza tecnico-giuridica richiesta dalla diversa materia del *petitum* ed appositamente fornita dal difensore.

tribunale, traduzione che non sembra impedita neppure dalla previsione della delega rogatoria al magistrato di sorveglianza, non rappresentando una condizione ostativa all'intervento in udienza dello stesso detenuto "fuori sede". Pertanto quando l'interessato ne faccia richiesta oppure il tribunale competente, data la materia oggetto del giudizio, lo ritenga *ex officio* opportuno sarà assicurato l'intervento diretto in udienza, sussistendo un «diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo»⁶⁰.

A livello della giurisprudenza costituzionale, tale pronuncia rimane, per ora, l'unico punto di riferimento per il riconoscimento all'interessato, in qualunque luogo detenuto, di un diritto soggettivo di intervento in udienza. Dalle affermazioni per cui «di regola il legislatore, per ragioni di sicurezza e di economia processuale, abbia previsto la delega rogatoria al giudice di sorveglianza quando l'imputato sia detenuto in luogo esterno al circondario, non esclude che, ove l'imputato ne abbia fatto espressa richiesta, o il giudice lo ritenga necessario, possa ordinarne la traduzione innanzi a sé», il Giudice delle leggi non pare aver detto nulla di più di quanto espresso dalla normativa. Anzi la Corte, rifacendosi alla formulazione della prescrizione di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p., la quale, a differenza del comma 3 art. 127 c.p.p., prevede espressamente la possibilità di una traduzione per volontà del giudice, non sembra aver risolto il problema, lasciando che l'audizione del ristretto "fuori sede", anziché un atto dovuto, rimanga un atto possibile, condizionato «dallo scrupolo e dalla deontologia professionale» dell'autorità giudicante⁶¹. Occorre piuttosto far leva sulle espressioni adoperate nel proseguo della motivazione. Si fa riferimento al «diritto-dovere del giudice di sentire personalmente» l'interessato ed al «diritto di quest'ultimo di essere ascoltato». In questo modo quella che appariva una mera possibilità discrezionale ed arbitraria del

⁶⁰ Cfr. Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 45.

⁶¹ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pag. 367, il quale ritiene debole l'iter argomentativo percorso dalla Corte costituzionale. La sentenza n. 45/1991 non assicura al detenuto un diritto soggettivo perfetto di partecipare all'udienza ma degrada l'intervento «ad una sorta di interesse affievolito, rimesso alla scelta discrezionale ed insindacabile del giudice»; P. P. PAULESU, *Procedimento in camera di consiglio e autodifesa dell'imputato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 1232; K. LA REGINA, *Partecipazione all'udienza di riesame*, cit., pag. 1131.

giudice diviene un vero e proprio dovere in grado di assicurare la traduzione del detenuto “fuori sede” anche qualora, per negligenza o per ignoranza, non sia stata presentata l'apposita richiesta⁶². Tale diritto-dovere non può che essere guidato dai principi dell'oralità e dell'immediatezza, i quali assicurano la funzionalità di un contraddittorio che abbia ad oggetto questioni di fatto concernenti la condotta dell'interessato⁶³. Pertanto l'interpretazione adeguatrice adottata dalla Corte fa perdere rilevanza alle ragioni organizzative e di sicurezza quali impedimenti per la traduzione, a garanzia dell'autodifesa e dell'efficienza di un procedimento il quale, investendo profili fattuali, richiede una diretta audizione del soggetto affinché il convincimento del giudice si formi nel modo più diretto e completo possibile. Se la natura del *petitum* fonda il criterio guida per la valutazione dell'opportunità di un intervento del ristretto “fuori sede” dinanzi la stessa autorità giudicante, il medesimo ragionamento appare pienamente adatto a trovare applicazione nel rito di sorveglianza, in cui prevale una valutazione di tipo fattuale, inerente alla personalità del reo. In questo modo l'intervento indiretto, per rogatoria, dinanzi al magistrato di sorveglianza del luogo in cui il soggetto è ristretto rimarrebbe confinato alle sole ipotesi in cui il ruolo della difesa personale è obiettivamente marginale, e cioè ai casi in cui la natura della questione oggetto del giudizio sia prevalentemente tecnica⁶⁴.

⁶² Ipotesi consueta data l'assenza dell'obbligo di specificare nell'avviso di fissazione dell'udienza camerale l'avvertimento circa l'onere dell'interessato, ristretto fuori della circoscrizione del tribunale procedente, di presentare previa apposita istanza per l'ascolto da parte dello stesso collegio giudicante. Cfr. Cass. sez. I, 15 marzo 1993, *Degau*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 1282; Cass. sez. I, 11 aprile 1994, *Belmonte*, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 2204.

⁶³ P. P. PAULESU, *Procedimento in camera di consiglio e autodifesa*, cit., pag. 1233; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 417, i quali puntano proprio sul principio del contraddittorio di cui all'art. 111 comma 2 Cost. quale valore cardine dal quale dedurre la necessità della traduzione in udienza del detenuto che ne abbia fatto richiesta.

⁶⁴ In dottrina: M. POLVANI, *Le impugnazioni de libertate. Riesame, appello, ricorso*, Cedam, 1998, pag. 305. Analoghe considerazioni sono estese al procedimento di sorveglianza da parte di: A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., pag. 281; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica*, cit., pag. 312; A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., pag. 252; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 305; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 288.

A livello giurisprudenziale, anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo attribuisce alla partecipazione dell'interessato un valore diverso a seconda della natura delle questioni trattate. Così mentre per le questioni di diritto l'intervento non appare indispensabile, per quelle di fatto il giudice ha bisogno, per una valutazione completa delle stesse, di sentire direttamente la parte privata. Si veda: Corte Eur., 18 novembre 2006, *Hermi c. Italia*, § 62, in www.echr.coe.int.

L'interpretazione costituzionalmente orientata della suddetta normativa è stata successivamente valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità, che, operando in funzione nomofilattica, ha riconosciuto e ribadito, con maggior forza, la sussistenza, per il detenuto in luogo esterno alla circoscrizione del tribunale competente, di un diritto pieno ed indiscutibile a presenziare all'udienza in camera di consiglio a condizione di una esplicita richiesta in tal senso⁶⁵. Pertanto «mediato dalla Corte costituzionale e reinterpretato dalle sezioni unite»⁶⁶ l'intervento in udienza per il soggetto *in vinculis*, in qualunque luogo ristretto, costituisce una vera e propria situazione giuridica soggettiva la quale, pur rimanendo condizionata dalla formulazione di un'apposita richiesta di intervento, depotenzierebbe il metodo dell'ascolto mediato, riducendolo a strumento sussidiario, confinato alle ipotesi in cui il soggetto non chieda di presenziare all'udienza o il contraddittorio sia esclusivamente "tecnico"⁶⁷.

Un diritto è tale non solo in quanto riconosciuto ma anche in quanto effettivamente tutelato. Sulla scia delle «"buone prassi" interpretative»⁶⁸ avviate dalla giurisprudenza costituzionale e proseguite da quella di legittimità, occorre

⁶⁵ Cfr. Cass. sez. un., 22 novembre 1995, *Carlutti*, in *Cass. pen.*, 1996, pagg. 2125 e ss.; Cass. sez. un., 25 marzo 1998, *D'Abramo*, in *Cass. pen.*, 1998, pagg. 2874 e ss. L'orientamento assunto dalle sezioni unite è stato consolidato da altrettante sentenze della cassazione a sezione semplice, tra le quali: Cass. sez. II, 16 dicembre 2002, *Bello*, in *Cass. pen.* 2003, pagg. 3129 e ss.; Cass. sez. II, 25 febbraio 2004, *Mini*, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 2309-2310; Cass. sez. I, 16 aprile 2004, *Assinnata*, in *Cass. pen.*, 2005, pagg. 2310-2311. Precedente all'intervento delle sezioni unite, si veda Cass. sez. V, 16 marzo 1994, *Piras*, in *Cass. pen.*, 1994, pagg. 3053 e ss. con nota di N. TRIGGIANI, *Sul diritto dell'imputato detenuto (internato) di partecipare all'udienza di riesame*, pagg. 3054 e ss., il quale, a sostegno dell'orientamento assunto dal giudice di legittimità, ritiene che la soluzione, oltre ad essere preferibile, è «l'unica conforme all'art. 24 comma 2 Cost. ed a una corretta "lettera" della sentenza costituzionale n. 45 del 1991» (cfr. pag. 3056).

La capacità delle pronunce della giurisprudenza di legittimità di valorizzare la sussistenza di un diritto soggettivo ad intervenire in giudizio, a prescindere dal *locus detentionis*, è messa in dubbio da G. LEO, *Le perduranti incertezze sull'attuazione del contraddittorio nel procedimento di riesame*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pag. 560, il quale considera le affermazioni delle sezioni unite sul diritto di intervento in udienza «incidentali, prive di un effettivo valore di indirizzo rispetto allo specifico tema in considerazione» in quanto, mentre la prima toccava principalmente il problema della sanzione connessa alla violazione del diritto al contraddittorio, la seconda mirava a stabilire il contenuto minimo dell'avviso di fissazione dell'udienza.

⁶⁶ G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 289.

⁶⁷ M. BORDIERI, *La garanzia del diritto dell'imputato alla partecipazione dell'udienza di riesame anche mediante videoconferenza*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3134; K. LA REGINA, *Partecipazione all'udienza di riesame*, cit., pag. 1133; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 305-306; G. DI CHIARA, *op. ult. cit.*, pag. 289.

⁶⁸ F. CASSIBA, *Parità delle parti*, cit., pag. 10.

assicurare adeguati rimedi per contrastare eventuali violazioni che colpiscano ciò che ormai appare come una vera e propria situazione giuridica soggettiva.

Come afferma chiaramente l'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., «è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti [...] l'intervento dell'imputato». Data l'estensione della norma all'intero arco processuale⁶⁹, non possono che rientrare in tale categoria i casi di trasgressione del diritto di partecipazione all'udienza in camera di consiglio, qualora sia stata correttamente presentata l'apposita istanza. Le ipotesi più interessanti sono due: l'assenza per mancata traduzione e quella per legittimo impedimento. La certezza della loro appartenenza alla categoria della nullità generale di cui all'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. viene a sfumare quando si procede all'attribuzione di una specifica qualifica. Dall'esame delle pronunce del giudice di legittimità con specifico riferimento ai procedimenti *post iudicatum*, la mancata traduzione del soggetto *in vinculis*, che ne abbia fatto legittima richiesta, integra una nullità a regime intermedio⁷⁰. L'orientamento privilegiato nell'ambito dei riti *de quibus* potrebbe perdere vigore rispetto all'opinione più garantista manifestata dalle sezioni unite della cassazione le quali hanno invece prospettato una nullità assoluta *ex art. 179 c.p.p.*⁷¹. La configurazione di una tale sanzione processuale deriva dalla convergenza dell'omessa traduzione all'ipotesi di «omessa citazione» espressa al comma 1 dell'art. 179 c.p.p. Se la *vocatio in iudicium* rappresenta una fattispecie processuale complessa, caratterizzata da una serie consequenziale di atti ed adempimenti necessari, in quanto funzionali per la partecipazione al giudizio dell'interessato, l'ordine di traduzione e la sua esecuzione, insieme all'avviso dell'udienza camerale e alla sua notificazione, vanno a costituire «gli atti indefettibili» per una regolare citazione e, a sua volta, per una corretta instaurazione del contraddittorio. La *vocatio* non può definirsi perfetta in presenza di un avviso ed una notificazione

⁶⁹ Si veda *supra* § 2.1.8.2.

⁷⁰ Cass. sez. I, 22 settembre 1993, *Ragusa*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 3035; Cass. sez. I, 21 febbraio 1994, *Garilli*, in *Cass. pen.*, 1995, pagg. 1278-1279; Cass. sez. I, 14 novembre 2007, *G., inedita*.

In dottrina: F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 125; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 313.

⁷¹ Cass. sez. un., 22 novembre 1995, *Carlutti*, cit., pagg. 2125 e ss.

regolarmente disposti nei confronti del soggetto detenuto. Tali atti assicurano all'interessato la conoscenza del giudizio ma, se non affiancati alla traduzione, perderebbero la propria funzionalità rispetto alla citazione, «che può definirsi tale solo in quanto rivolta a chi ad essa sia in grado di rispondere»⁷². Infatti non avrebbe senso garantire al soggetto *in vinculis* la cognizione della data, ora e luogo dell'udienza camerale se poi, a fronte della richiesta di intervento, non vengono assicurati a chi, impossibilitato "a causa" del suo *status detentionis*, gli adempimenti necessari a carico dell'autorità giudiziaria ed amministrativa. Tra l'avviso e la traduzione sussiste un rapporto simbiotico, un'interconnessione per cui senza l'avviso, l'interessato non sarebbe nella condizione di formulare la richiesta di partecipazione all'udienza e, viceversa, in assenza della traduzione, l'avviso perderebbe il suo carattere propulsivo di *vocatio*. Pertanto questi costituiscono le componenti essenziali e consequenziali «di una fase composita volta a sostanzializzare la volontà partecipativa, legittimamente espressa» del ristretto⁷³. Di conseguenza, come il mancato avviso dell'udienza o notificazione dello stesso integra una nullità assoluta per omessa citazione, così dovrebbe essere qualificato il vizio determinato dall'omessa traduzione, la quale, oltre a determinare una lesione evidente del diritto di difesa, crea una disfunzione dello stesso iter procedimentale, in quanto rende sterile l'obiettivo della citazione, ovvero «la sollecitazione delle parti alla dialettica processuale»⁷⁴. La stessa rilevanza dei valori in gioco, la cui garanzia dipende dall'esecuzione delle suddette attività processuali, può confermare la configurazione di una nullità assoluta, secondo quella logica adottata dall'ordinamento per cui la gravità della sanzione corrisponde alla gravità del vizio, comportando l'applicazione di soluzioni più garantiste rispetto a situazioni patologiche attinenti a valori essenziali⁷⁵.

⁷² Cass. sez. un., 22 novembre 1995, *Carlutti*, cit., pag. 2127.

⁷³ K. MAMBRUCCHI, *Rispetto del diritto di difesa*, cit., pag. 1187.

⁷⁴ K. MAMBRUCCHI, *op. ult. cit.*, pag. 1189.

⁷⁵ Questa linea interpretativa è confermata da: Cass. sez. I, 20 febbraio 1996, *Grandieri*, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 105; Cass. sez. IV, 10 dicembre 2002, *Asola*, in *Cass. pen.*, 2004, pagg. 157-158; Cass. sez. III, 10 maggio 2006, *Mema*, in CED rv. 234693. In dottrina si veda: A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 247; P. P. PAULESU, *Procedimento in camera di consiglio e autodifesa*, cit., pag. 1235.

In direzione opposta si pone quell'orientamento che, distinguendo tra la fattispecie di omessa citazione e quella di omessa audizione, valuta la mancata traduzione quale causa di una nullità a regime intermedio ex art. 180 c.p.p., in quanto questa appartiene ad un momento successivo rispetto all'avviso dell'udienza camerale, atto, la cui regolarità insieme alla notificazione, è sufficiente a perfezionare la citazione⁷⁶. In verità la categoria della mancata audizione appare meglio combaciare con la diversa ipotesi in cui il detenuto, dopo essere stato regolarmente tradotto, non venga sentito dall'autorità giudicante. È questo il solo caso in cui la sanzione della nullità a regime intermedio dovrebbe essere riconosciuta⁷⁷.

Risulta invece concorde l'opinione secondo la quale nell'ipotesi di assenza dell'interessato per legittimo impedimento, il mancato rinvio dell'udienza da parte del giudice integra una nullità di cui agli artt. 178 comma 1 lett. c) e 180 c.p.p.⁷⁸. Infatti per mezzo di un'applicazione analogica degli artt. 127 comma 4 e 420 *ter* c.p.p., si pone a carico del tribunale di sorveglianza l'obbligo di disporre il rinvio dell'udienza⁷⁹. Tale adempimento è applicabile ai soli casi in cui il soggetto

⁷⁶ In giurisprudenza: Cass. sez. V, 16 marzo 1994, *Piras*, in *Cass. pen.*, 1994, pagg. 3053 e ss.

In dottrina: G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pag. 183; N. TRIGGIANI, *Sul diritto dell'imputato detenuto (internato) di partecipare*, cit., pag. 3057; P. COMUCCI, *In tema di nullità per violazioni del diritto di difesa nelle impugnazioni de libertate*, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 2308; R. A. RUGGIERO, *La videoconferenza nell'udienza camerale di riesame*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3144.

⁷⁷ Cfr. Cass. sez. I, 22 settembre 1993, *Ragusa*, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 3035; Cass. sez. I, 21 febbraio 1994, *Garilli*, in *Cass. pen.*, 1995, pagg. 1278-1279; Cass. sez. VI, 23 maggio 1995, *Esposito*, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 3367; Cass. sez. I, 18 giugno 2008, *Ribisi*, *inedita*.

⁷⁸ R. KOSTORIS, *Linee di continuità*, cit., pag. 565; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 137; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 313; G. BIONDI, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, in *Fatto e diritto*, Giuffrè Editore, 2011, pag. 207.

La rilevanza del legittimo impedimento quale causa di sospensione con successivo rinvio dell'udienza è manifestata anche dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. sez. I, 2 marzo 1988, *Bazzurro*, in *Cass. pen.*, 1989, pag. 678, la quale, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dichiarò la sussistenza di una nullità «insanabile» che affligge il procedimento di sorveglianza ogni qualvolta il giudice abbia disatteso l'istanza di differimento dell'udienza per legittimo ed «assoluto» impedimento a comparire; Cass. sez. I, 26 marzo 1990, *Zappalà*, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1621; Cass. sez. I, 17 aprile 2001, *Ferrara*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 2813; Cass. sez. I, 23 novembre 2000, *Desiderio*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 1091, esprime la necessità di una nuova notificazione dell'avviso dell'udienza camerale rinviata per legittimo impedimento a comparire del condannato.

⁷⁹ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 308; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 423. In giurisprudenza si veda: Cass. sez. I, 26 marzo 1990, *Zappalà*, cit., pag. 1621; Cass. sez. I, 23 novembre 2000, *Desiderio*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 1091.

detenuto, che abbia previamente formulato apposita richiesta di intervento, si trovi in una condizione di assoluta ed attuale impossibilità a comparire dinanzi al giudice, impossibilità che deve essere attestata dallo stesso interessato⁸⁰. Ma dal rinvio all'art. 127 comma 4 c.p.p. si desume una chiara disparità di trattamento tra il soggetto ristretto in un istituto interno alla circoscrizione del tribunale procedente rispetto a quello detenuto al di fuori della stessa, in quanto pare dalla lettera della suddetta disposizione che solo nei confronti del primo sia possibile l'applicazione della sospensione con successivo rinvio dell'udienza, qualora sia provato il legittimo impedimento. Così dall'interpretazione letterale della norma si ripristinerebbero quei dubbi di legittimità costituzionale che il Giudice delle leggi, prima, e le sezioni unite della cassazione, poi, hanno cercato di superare offrendo la giusta, in quanto costituzionalmente orientata, chiave di lettura all'intervento in udienza del soggetto *in vinculis*, in qualunque luogo ristretto. Pertanto, alla luce del riconoscimento di un diritto di partecipazione all'udienza (a prescindere dal *locus detentionis*) a capo dell'interessato che ne abbia fatto richiesta, dovrebbe valere anche per il detenuto "fuori sede", colpito da legittimo impedimento, la tutela di cui all'art. 127 comma 4 c.p.p., così come nel caso in cui la traduzione sia stata ordinata *ex officio* perché necessaria ai fini della valutazione della *res iudicanda*⁸¹. Si tratta di una lettura probabilmente forzata, rispetto ad una formulazione che non lascia molti spazi di intervento all'interprete, ma tuttavia doverosa, in quanto l'unica in grado di assicurare la conformità della disposizione al principio costituzionale del giusto processo, in una parola al diritto di intervento dell'interessato, un diritto da

⁸⁰ Cass. sez. I, 3 aprile 1996, *Fusco*, in CED rv. 204894; Cass. sez. I, 9 giugno 2009, *Martino*, *inedita*; Cass. sez. I, 19 novembre 2008, *Guglielmi*, *inedita*.

⁸¹ G. BIONDI, *Il procedimento penale*, cit., pag. 155. Si veda anche: A. PROCACCINO, *art. 127*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, 2001, pag. 429, la quale afferma che «non può trascurarsi come l'interpretazione fornita dalle sezioni unite in tema di omessa traduzione in udienza dell'interessato istante (indipendentemente dall'ubicazione del medesimo), possa ritenersi influente anche su tale profilo, data la disuguaglianza cui un'interpretazione letterale del quarto comma darebbe luogo». Allo stesso modo T. DELLA MARRA, *Procedimento in camera di consiglio*, in *Dig. Disc. Pen.*, Utet Editore, 2005, III agg., pag. 1154. L'A. individua due alternative in merito all'interpretazione dell'art. 127 comma 4 c.p.p.: la prima, di tipo letterale, che «porterebbe ad escludere la possibilità per il detenuto altrove di intervenire all'udienza»; la seconda, costituzionalmente orientata, che, alla luce della sentenza costituzionale n. 45/1991, «renderebbe possibile anche per il detenuto fuori sede ottenere il rinvio dell'udienza qualora sia legittimamente impedito e abbia chiesto d'interloquire».

riconoscere e tutelare in un procedimento, come quello di sorveglianza, in cui il contatto ed il confronto diretto in udienza rappresentano un aspetto funzionale allo scopo peculiare del rito stesso.

2.2.6. *Il diritto di autodifendersi provando: l'esame dell'interessato.*

La partecipazione all'udienza dell'interessato è funzionale all'autodifesa, intesa come diritto di essere fisicamente presente e di prendere parte (attivamente) al rito. È solo in questi termini che la partecipazione funge da strumento di difesa, in quanto permette al soggetto di dare un personale contributo nel giudizio, un apporto dalla duplice valenza dialettica e probatoria⁸².

Nonostante le cospicue prerogative istruttorie conferite al tribunale di sorveglianza e la netta preponderanza del «compendio documentale»⁸³ quale forma preferenziale di conoscenza della *res iudicanda* nel rito *de quo*, è inammissibile l'esclusione della facoltà delle parti, «e, più in particolare, di quella privata»⁸⁴, di concorrere al processo probatorio per mezzo di richieste di assunzione di fonti dichiarative che, ai sensi dell'art. 190 c.p.p., non siano né illegali, né manifestamente superflue o irrilevanti⁸⁵. Anzi nel procedimento di sorveglianza la prova dichiarativa, in particolare quella rappresentata dall'audizione dell'interessato, sarebbe assistita da una presunzione di rilevanza e non superfluità, una prova sempre ammissibile in un giudizio su questioni di merito concernenti la personalità stessa dell'interessato. Infatti in un rito finalizzato all'individualizzazione dell'esecuzione della pena e, perciò, fondato sulla ricostruzione del profilo personologico del reo, l'ascolto del diretto interessato appare il mezzo che, più di altri, è in grado di fornire al collegio giudicante, ed in particolare ai componenti non togati elementi conoscitivi sulla persona (e non solo) nella maniera più adeguata in quanto diretta ed immediata⁸⁶.

⁸² G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pagg. 216-218.

⁸³ K. MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. Disc. Pen.*, Utet Editore, 2005, III agg., pag. 1138.

⁸⁴ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 142.

⁸⁵ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 440; F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, pag. 143; S. LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa*, cit., pag. 256.

⁸⁶ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 503.

A dispetto di queste premesse ideali, la prassi costantemente le contraddice, manifestandosi una frattura tra l'essere e il dover essere della fase probatoria del procedimento di sorveglianza, sia in riferimento ai mezzi di prova che alle modalità di assunzione degli stessi. Seppur il rito *de quo* rappresenti un giudizio incentrato sulla personalità dell'individuo, il giudice sembra tralasciare l'importanza di un contatto diretto con l'interessato, privilegiando strumenti di conoscenza indiretta che vanno dai documenti ed informazioni alle perizie e consulenze. Alla tendenza "bulimica" del tribunale di abbracciare tutto ciò di cui abbia bisogno o ritenga opportuno ai fini del giudizio, non si può non tener conto del contributo che l'interessato può direttamente offrire al processo di formazione del convincimento del collegio giudicante. Tale apporto, affinché espliciti una tangibile incidenza, non può limitarsi a strumento di difesa personale, ma deve configurarsi anche come mezzo di prova di cui l'interessato può beneficiare in conformità al principio costituzionale che riconosce «la facoltà, davanti al giudice, di ottenere [...] l'acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore» (art. 111 comma 3 Cost.). Infatti qualora si circoscrivesse l'intervento del reo a semplice mezzo di autodifesa, significherebbe concedere allo stesso solo la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee, dichiarazioni aventi cioè un valore probatorio limitato in quanto semplice elemento di prova, di per sé incapace di fondare la decisione del giudice. Acquistano, invece, diverso peso probatorio quelle asserzioni espresse in occasione dell'assunzione del mezzo istruttorio dal quale discende una vera e propria prova di cui l'autorità giudiziaria non può non prenderne in considerazione, gravato dall'obbligo di specificare in motivazione le ragioni per cui abbia disatteso tale risultato, qualora non sia posto a fondamento della decisione. Il punto nodale riguarda, infatti, la possibilità di ammettere nel rito *de quo* un intervento attivo dell'interessato, escusso secondo le modalità idonee a produrre esiti dal valore probatorio. Si fa riferimento alla possibilità di accedere al mezzo istruttorio dell'esame, regolato per il giudizio di cognizione agli artt. 208 e ss. c.p.p. In verità l'opinione prevalente in dottrina considera inconcepibile, in quanto incompatibile con la struttura del procedimento *post iudicatum*, tale fonte di cognizione, poiché

questa presupporrebbe la presenza dell'interessato all'udienza, un diritto che, in tali casi, sarebbe ipotizzabile solo per il soggetto in stato di libertà o ristretto nella medesima circoscrizione del tribunale procedente⁸⁷. Una tale ragione di esclusione dell'esame quale mezzo di prova appare irragionevole se ricostruiamo il diritto di intervento del condannato secondo la lettura adeguatrice adottata dalla Consulta e dal giudice di legittimità con riferimento all'art. 127 comma 3 c.p.p. e, per affinità, estensibile all'art. 666 comma 4 c.p.p.⁸⁸. Di conseguenza, la presenza del ristretto in un luogo diverso dalla circoscrizione del tribunale competente non può essere motivo sufficiente per liquidare l'esame come mezzo di prova non compatibile con il rito di sorveglianza. Anzi con la stessa richiesta di traduzione, a cui è subordinato l'esercizio del diritto di partecipazione in udienza, l'interessato potrebbe manifestare la volontà di essere esaminato.

Purtuttavia, il problema dell'incompatibilità di questo mezzo istruttorio con le peculiarità del procedimento di sorveglianza acquista una maggiore consistenza in riferimento alle modalità di assunzione delle fonti di prova dichiarative. Il fatto che la normativa si esprima nei termini dell'ascolto, diretto e condotto dal giudice, priverebbe lo stesso della qualità di prova, restringendolo a mezzo di difesa⁸⁹. Sicuramente, nel rito *de quo*, l'assenza della regola della separazione dei fascicoli processuali e gli ampi poteri probatori d'ufficio consentono all'autorità giudiziaria di acquisire una ricca cognizione della questione, così da guidare lo svolgimento della fase di assunzione attraverso la formulazione diretta delle domande rivolte all'interessato che abbia richiesto di essere sentito personalmente in udienza. Infatti «le ragioni di celerità, la disponibilità giudiziale del “fascicolo”, insieme alla possibilità per l'organo giudicante di “padroneggiare” il materiale probatorio

⁸⁷ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 431; F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio*, cit., pag. 237; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica*, cit., pag. 205; S. LA ROCCA, *La prova nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza*, in *La prova penale*, Utet giuridica, 2008, pag. 851; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione procedimento di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 359.

⁸⁸ Si rinvia alle pronunce espresse *supra* § 2.2.3.2.

⁸⁹ F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 431; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica*, cit., pag. 205; S. LA ROCCA, *La prova nel procedimento di esecuzione*, cit., pag. 851; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative*, cit., pag. 359.

oggetto di escussione»⁹⁰ ispirerebbero la perdita di rilevanza ed efficacia dell'esame incrociato⁹¹ come metodo per l'audizione dell'interessato⁹², senza che ciò comporti necessariamente una violazione dell'art. 111 comma 4 Cost. Lo stesso processo di cognizione ammette deroghe al principio del contraddittorio per la prova in merito all'escussione di fonti dichiarative che per la loro "fragilità" o per la "delicatezza" della questione non dovrebbero essere esposte all'asprezza di tale metodo, giustificazione che, per *ratione materiae*, potrebbe essere ripresa nel procedimento di sorveglianza⁹³.

Di fatto la modalità di "ascolto" del reo appare più appropriata nell'ambito di giudizi nei quali gli interessi in gioco si uniformano a quello costituzionale della rieducazione del soggetto *in executivis*. La perdita di conflittualità tra le parti ed il perseguimento di un obiettivo comune alle stesse legittimerebbero il conferimento di un «ruolo "paternalistico" del giudice sul terreno probatorio»⁹⁴, senza togliere alle parti la possibilità di porre, anche indirettamente, domande all'interessato⁹⁵. Diversamente qualora l'oggetto del procedimento comporti l'insorgere di uno scontro di interessi e, conseguentemente, il riaccendersi di una tensione dialettica tra difensore e pubblico ministero, riemergerebbe la necessità di riconsiderare l'esame quale «metodo più affidabile per la ricostruzione del fatto»⁹⁶ e da questo partire per la valutazione dell'idoneità personologica del soggetto a beneficiare

⁹⁰ S. LA ROCCA, *op. ult. cit.*, pag. 859.

⁹¹ Esclude in via generale l'applicabilità al procedimento di sorveglianza delle regole ordinarie di formazione per la prova il giudice di legittimità: Cass. sez. I, 24 novembre 2010, *Saracino*, in *Cass. pen.*, 2012, pag. 1058.

⁹² A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pag. 264.

⁹³ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 409. Diversamente ritengono applicabile l'esame incrociato qualora ricorrano situazioni di particolare delicatezza e complessità: F. CORBI, *L'esecuzione*, cit., pag. 447; F. CASSIBA, *Il contraddittorio "negletto" nel procedimento di sorveglianza*, in *I giorni scontati*, Sandro Teti Editore, 2012, pag. 70.

⁹⁴ F. CASSIBA, *op. ult. cit.*, pag. 68.

⁹⁵ Si riproduce una situazione analoga a quella che accade nell'udienza preliminare, un'udienza in camera di consiglio, nella quale, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., il giudice sembrerebbe acquisire quel ruolo "paternalistico" nei confronti, in questo caso, dell'imputato, determinato dall'assunzione d'ufficio di mezzi probatori che siano decisivi per l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere. Tra questi è prevista la possibilità dell'autorità giudiziaria di eseguire l'interrogatorio dell'imputato a seguito di una sua istanza, a meno che il soggetto abbia richiesto un interrogatorio secondo le forme di cui agli artt. 498 e 499 c.p.p.

⁹⁶ F. CASSIBA, *op. ult. cit.*, pag. 68.

della misura alternativa precedentemente concessa⁹⁷. Il metodo della *cross-examination*, riconosciuto dal sistema accusatorio quale strumento epistemologico ideale per il conseguimento dell'accertamento dei fatti, avrebbe ragione di valere anche nel procedimento di sorveglianza, ogni qual volta venga in gioco la revoca di un beneficio: in queste situazioni si può riaccendere quella tensione tra le parti in grado di riprodurre quell'agone dialettico del processo di cognizione⁹⁸, terreno fertile per l'esame incrociato. Di conseguenza ciò potrebbe fondare la premessa di un'applicazione del regime dell'esame ordinariamente previsto dagli artt. 208 e ss. c.p.p., con i relativi avvertimenti espressi dall'art. 64 c.p.p. i quali, a seguito della interpretativa di rigetto della Consulta, trovano applicazione anche nell'esame, il quale, insieme all'interrogatorio, è inquadrabile «nel novero degli strumenti difensivi» a contenuto dichiarativo e caratterizzato «dalla identica garanzia del *nemo tenetur se detegere*»⁹⁹.

Il metodo dell'esame incrociato per l'audizione dell'interessato applicabile ai procedimenti di sorveglianza contraddistinti da una contrapposizione di interessi tra le parti, potrebbe comportare un'estensione degli effetti probatori dell'atto assunto nell'ambito della giurisdizione rieducativa al parallelo processo di cognizione. Immaginiamo un procedimento di revoca di una misura alternativa per condotte incompatibili con la prosecuzione dell'esecuzione *extra moenia*: quando il fatto contestato al beneficiario di misura alternativa non si limiti ad una violazione delle prescrizioni fissate in concomitanza con la concessione della misura stessa ma integri una fattispecie di reato, la condotta del soggetto assume contemporaneamente rilevanza sul piano sia della giurisdizione penale che di quella rieducativa. Si instaura così un duplice percorso processuale caratterizzato da scopi analoghi ma non coincidenti: mentre il processo di cognizione si limita all'accertamento della responsabilità penale, il rito di sorveglianza va oltre, compiendo, sulla base degli elementi fattuali verificati, una prognosi personologica

⁹⁷ M. RUARO, *La (diversificata) compatibilità*, cit., pag. 513; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 294.

⁹⁸ F. DELLA CASA, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. pen. crim.*, 2002, pagg. 142-143.

⁹⁹ Cfr. Corte cost., 23 maggio 2003, n. 191.

del reo, ovvero una valutazione sulla compatibilità o meno dei comportamenti accertati con la prosecuzione della misura alternativa¹⁰⁰. I due procedimenti, nonostante condividano il nodo legato alla *cognitio* del fatto penalmente rilevante, mantengono ognuno una propria autonomia, in quanto lasciare che la decisione del giudice di sorveglianza dipenda da quella del giudice di cognizione significherebbe sospendere un giudizio che esige, invece, tempestività rispetto alla particolare finalità perseguita¹⁰¹. Rimane comunque imprescindibile la stretta connessione che li lega per la medesima contestazione da cui questi hanno preso avvio. Pertanto è possibile che atti processuali compiuti nell'uno possano assumere rilevanza nell'altro o viceversa¹⁰².

Sicuramente un ruolo rilevante per l'accertamento della fattispecie di reato è dato dall'apposito giudizio di cognizione, rispetto al quale il procedimento di sorveglianza opera in via incidentale, nel senso che accerta solo *rebus sic 145tantibus* la violazione della legge penale¹⁰³. Per una tale valutazione incidentale del fatto,

¹⁰⁰ Proprio per la diversità di scopo che «occorre evitare che il procedimento di sorveglianza venga inquinato e snaturato dalle suggestioni del (pregresso) giudizio di accertamento del fatto e della responsabilità»: G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., pag. 376.

¹⁰¹ Cfr. Corte cost., 31 maggio 1996, n. 181: «possono essere valutati fatti storici costituenti ipotesi di reato riferibili al condannato, senza necessità di attendere la definizione del relativo procedimento, indipendentemente dalla circostanza che dal comportamento contestato possa derivare o no una condanna penale; perché ciò che conta è la valutazione della condotta del condannato al fine di stabilire se lo stesso - prescindendo dall'accertamento giudiziale della sua responsabilità - sia meritevole dei benefici penitenziari alternativi alla detenzione. [...] l'inidoneità al trattamento determinata da addebiti non costituenti reato assume i medesimi connotati finalistici rispetto all'inidoneità determinata dall'elevazione di un'imputazione per un fatto costituente reato. Quelli che divergono sono, però, almeno in taluni casi, i poteri cognitori spettanti al tribunale di sorveglianza. Nel primo caso, infatti, ci si troverà in presenza di una *cognitio plena*, destinata a coinvolgere il fatto addebitato in tutta la sua rilevanza funzionale; nel secondo caso, invece, non potrà scaturire che un giudizio meramente incidentale sull'effettiva consistenza del fatto contestato; ma in entrambi i casi in relazione ad esigenze che appartengono esclusivamente alle finalità del trattamento».

¹⁰² I limiti del presente lavoro non consentono una trattazione approfondita in merito alla questione relativa alla trasmigrazione dei verbali di prove dalla sede del procedimento di sorveglianza a quella del giudizio di cognizione.

¹⁰³ Corte cost. 27 maggio 1996, n. 181: «quando la revoca è determinata da una causa "generica", la questione, assumendo per il tribunale di sorveglianza carattere principale, comporta, almeno di norma, il passaggio in giudicato della relativa statuizione ove avverso di essa non venga proposto ricorso per cassazione. Quando, invece, la revoca derivi da un comportamento costituente reato e il tribunale la disponga solo per la gravità e le caratteristiche di esso in relazione alle esigenze del trattamento, la statuizione, considerata la sua natura incidentale, viene resa soltanto *rebus sic stantibus*, donde la successiva incidenza della decisione sul fatto-reato ove questa si sostanzi in una

la magistratura *de quo* potrebbe trovare appoggio nei materiali conoscitivi del parallelo procedimento di cognizione, a partire dal giudice che ha disposto la sospensione della misura *ex art. 51 ter ord. penit.* Di tutti gli atti che potrebbero assumere efficacia dimostrativa per la ricostruzione del reato, parte della dottrina limita l'attendibilità solo alle decisioni giudiziali, seppur non definitive, adottate nel rito *a quo*, per le quali sia stata garantita la partecipazione del difensore¹⁰⁴. Si potrebbe dubitare del fatto che questa condizione sia sufficiente per la tutela del diritto di difesa rispetto ad una ricostruzione acquisita «acriticamente»¹⁰⁵ dal giudice di sorveglianza. La concessione di spazi di intervento al diretto interessato nel rito *de quo* perfezionerebbe la garanzia della difesa e la funzionalità del procedimento stesso, sia sotto il profilo dell'accertamento della violazione penale sia sotto il profilo della valutazione della compatibilità della condotta con la misura *extra moenia* precedentemente concessa. L'escussione, secondo le regole ordinarie, di mezzi istruttori nell'udienza del procedimento di sorveglianza consentirebbe al collegio giudicante di valutare criticamente, in assenza di un accertamento definitivo della responsabilità penale, gli atti acquisiti dal giudizio di cognizione. Il passaggio ulteriore e peculiare del rito *de quo*, riguardante la compatibilità della misura con la condotta dell'individuo, confermerebbe l'opportunità di ammettere l'ascolto dell'interessato che, assunto secondo le forme della *cross examination*, costituirebbe un mezzo adeguato ad assicurare ed ampliare la conoscenza del profilo fattuale e personologico dell'interessato.

Dal progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario, elaborato dalla sesta commissione del Consiglio superiore della magistratura, si apprende il proposito di oltrepassare automatismi che potrebbero compromettere la valutazione libera

pronuncia proscioglitrice e sempre ferma restando per il tribunale di sorveglianza la possibilità di ponderare il fatto in tutte quelle connotazioni che possano incidere sul trattamento».

¹⁰⁴ M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 380, il quale ammette la possibilità per il giudice di sorveglianza di ritenere «intrinsecamente attendibile, senza la necessità di ulteriori acquisizioni, la ricostruzione del fatto che sia contenuta in un provvedimento giudiziale (ancorché promanante dal g.i.p. o dal g.u.p.)».

Diversamente altra parte considera che una tale possibilità implicherebbe «dar peso nel giudizio di sorveglianza al sospetto di una responsabilità penale dell'interessato ancora non (definitivamente) accertata»: G. GIOSTRA, *Prognosi rieducativa e pendenze penali nell'affidamento al servizio sociale*, in *Cass. pen.*, 1983, pag. 1437.

¹⁰⁵ M. RUARO, *op. ult. cit.*, pag. 380.

dell'autorità giudiziaria in merito alla personalità ed alle potenzialità rieducative dell'interessato su cui fondare la decisione circa l'opportunità di sospendere e/o revocare la misura alternativa. Lasciare che l'acquisizione di atti, comprese le denunce, determinino automaticamente il ripristino dello *status detentionis* significherebbe ostruire ogni forma di accertamento giudiziale e negare all'interessato il diritto di difendersi. Già la Corte costituzionale aveva condannato automatismi normativi che legittimassero una sospensione immediata dello *status libertatis* sulla base di atti privi di qualsiasi autorevolezza accertativa, in quanto non fondati su «un completo accertamento giudiziale quanto meno sull'esistenza del reato in tutti i suoi estremi oggettivi e soggettivi, e sulle eventuali cause di giustificazione o di scusa»¹⁰⁶. Il suddetto progetto di riforma va oltre, manifestando una disapprovazione dei dispositivi che comportano una revoca meccanica del beneficio a seguito di condanna, al fine di riconsegnare alla magistratura di sorveglianza l'incombenza di svolgere una prudente valutazione circa la compatibilità della persona a mantenere un'esecuzione alternativa della pena detentiva¹⁰⁷. Impedire un'acquisizione acritica degli atti di maggiore o minore spessore provenienti dal procedimento di cognizione significa, pertanto, valorizzare il ruolo del giudice e la funzionalità del giudizio *de quo* implicando, di conseguenza, una rivalutazione di quei mezzi difensivi ed istruttori in grado di fornire adeguati apporti all'autorità giudiziaria per la valutazione della personalità e delle prospettive rieducative.

2.2.7. Segue. *Le peculiarità della partecipazione a distanza.*

Alla luce delle interpretazioni costituzionalmente orientate, il riconoscimento di un diritto di intervento diretto dell'interessato in giudizio ha implicato l'insorgere di preoccupazioni legate al verificarsi di inconvenienti nella

¹⁰⁶ Corte cost., 6 giugno 1997, n. 173.

¹⁰⁷ Si fa riferimento precisamente alla proposta di riforma dell'art. 47 *ter* ord. penit., la quale dispone una totale abrogazione del comma 9, e dunque una soppressione del doppio automatismo normativo concernente la sospensione e la revoca della misura della detenzione domiciliare in presenza, rispettivamente, di una denuncia e di una condanna per il reato di evasione di cui all'art. 385 c.p. (cfr. Relazione della "Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza" presentata il 12 novembre 2012).

gestione delle traduzioni, sia sotto un profilo economico che di sicurezza sociale. Sono state soprattutto le esigenze di tutela della collettività, rispetto a detenuti particolarmente pericolosi, a richiedere l'adozione di mezzi in grado di neutralizzare *ab origine* tali rischi. Il legislatore ha individuato nelle moderne tecnologie gli strumenti adeguati a venire incontro alle menzionate urgenze. Così apparecchiature di telecomunicazione, capaci di instaurare un collegamento audiovisivo a distanza tra la sala dell'udienza e la postazione remota, hanno invaso il campo processualpenalistico, incidendo sul *modus procedendi* nella fase centrale del giudizio, vale a dire l'udienza dibattimentale.

Questa forma di contatto virtuale, disciplinata per la prima volta con la l. 7 agosto 1992 n. 356 per l'esame dei cosiddetti collaboratori di giustizia, è stata ridisegnata ed estesa, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, con la l. 7 gennaio 1998, n. 11. Si trattava di una normativa precaria con un'efficacia temporale limitata, stabilizzata solo con la l. 23 dicembre 2002, n. 279. Questi interventi legislativi, se da un lato hanno perfezionato la tecnica dell'esame a distanza (art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.), dall'altro hanno configurato una vera e propria modalità di partecipazione a distanza di soggetti detenuti che versino in particolari situazioni, tanto nel corso del dibattimento che nelle ipotesi di udienza camerale, rispettivamente agli artt. 146 *bis* e 45 *bis* disp. att. c.p.p. Per mezzo di quest'ultima disposizione, il riconoscimento della possibilità dell'utilizzo di collegamenti audiovisivi ai procedimenti in camera di consiglio implicherebbe la sua applicazione anche ai riti *post iudicatum*, un'applicazione oltretutto confermata dal riferimento, insieme all'imputato, del «condannato» quali destinatari dell'istituto¹⁰⁸. Ma da altre prescrizioni dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p., l'estensione della normativa al procedimento di sorveglianza apparirebbe impraticabile. In primo luogo, il richiamo all'art. 127 c.p.p. compiuto dal comma 2 dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. indurrebbe a ritenere impossibile l'applicazione di tale norma a riti che, pur svolgendosi in camera di consiglio, sono forniti di una disciplina propria. In realtà, come

¹⁰⁸ G. CONTI, *La tecnologia va in aiuto del «doppio binario» e il codice di rito perde la sua stabilità*, in *Guida dir.*, 1998, n. 7, pag. 30; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2006, pag. 213.

giustamente e pacificamente rilevato, si tratta di un'imprecisione normativa, legata alla percezione dell'art. 127 c.p.p. quale archetipo dei procedimenti camerale e, pertanto, il suo richiamo deve essere scomposto nei termini generali di «avviso della data di fissazione dell'udienza in camera di consiglio» mediante il quale comunicare il provvedimento dispositivo della partecipazione a distanza¹⁰⁹. Inoltre una seconda ragione di esclusione applicativa dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. al procedimento di sorveglianza farebbe riferimento ai presupposti fissati dalla specifica normativa. L'art. 146 *bis* comma 1 disp. att. c.p.p., a cui l'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. rinvia per definire il suo ambito applicativo, prevede che la partecipazione in videoconferenza possa essere disposta «quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 *bis*, nonché nell'art. 407, comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p., nei confronti di persona che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere». Da un'interpretazione letterale, rimarrebbero fuori dalla specifica normativa tutti quei riti che non hanno «per oggetto alcuna pretesa punitiva»¹¹⁰, tra cui il procedimento di sorveglianza¹¹¹. Sulla base invece di una valutazione teleologica della disposizione, non avrebbe senso escludere procedimenti che, pur non operando in funzione punitiva, a tali reati sono legati¹¹².

Di fatto la linea che distingue l'ipotesi di cui al comma 1 da quella del comma 1 *bis* dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. sembra assottigliarsi nel rito *de quo*. Infatti, data la condizione dello *status detentionis* del soggetto condannato per uno dei reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis* nonché dell'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4, il comma 1 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. richiede inoltre la presenza di almeno uno

¹⁰⁹ M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41 bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pag. 169.

¹¹⁰ Cass. sez. VI, 8 febbraio 2000, *Sbeglia ed altri*, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 2782.

¹¹¹ L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pag. 421. Gli AA. ritengono concepibile l'applicazione della partecipazione a distanza solo nelle ipotesi di reclamo avverso l'applicazione o la proroga del regime speciale dell'art. 41 bis, a sensi del suo ultimo comma, introdotto dall'art. 2 comma 25 lett. i) della l. 15 luglio 2009, n. 94.

¹¹² Da una valutazione d'insieme delle due disposizioni, risulterebbe logico che il legislatore, prevedendo come destinatario dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. il condannato, non abbia fatto riferimento a quello detenuto per i reati indicati al comma 1 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.

Cfr. M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 312; I. IAI, *Partecipazione di persone detenute al procedimento di prevenzione «a distanza»*, in *Giur. it.*, 2000, pag. 2139.

dei seguenti presupposti: «gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico»¹¹³ oppure «particolare complessità» dell'udienza. Il difficile verificarsi della seconda evenienza restringe l'applicabilità dell'istituto al primo caso, ovvero alla presenza di esigenze di ordine e di sicurezza pubblica, più consuete nel procedimento di sorveglianza. Tale ipotesi, seppur non coincida, somiglia a quella indicata al comma 1 *bis* dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., il quale ordina una partecipazione a distanza, svincolata dai presupposti del comma 1, per i sottoposti alle misure di cui all'art. 41 *bis* comma 2 ord. penit. Infatti tra le fattispecie di reato indicate al comma 1 e quelle indirettamente desumibili dal comma 1 *bis* dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. mediante il richiamo all'art. 41 *bis* comma 2 ord. penit., c'è uniformità, così come pure tra le esigenze di ordine e sicurezza pubblica perseguite, con la differenza che il pericolo è presunto *ex lege* nel caso di condannato sottoposto a regime detentivo speciale.

La possibilità di utilizzare collegamenti audiovisivi tra la postazione remota e l'aula del tribunale di sorveglianza precedente desta rilevanti perplessità sotto il duplice profilo della difesa formale e materiale.

Dal rinvio dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. ai commi 3, 4 e 6 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si evincono le regole di attivazione della partecipazione a distanza. In particolare, al comma 4 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si riconosce al difensore la facoltà di scegliere se intervenire al giudizio dalla postazione remota, accanto all'interessato, oppure essere fisicamente presente nell'aula dinanzi all'autorità giudiziaria ed alla controparte. Pertanto «al difensore si presenta una “scelta tragica”»¹¹⁴. Rispetto alla prima ipotesi, l'impossibilità del difensore di avere un pieno e diretto controllo della situazione processuale potrebbe incidere negativamente sullo svolgimento efficace del contraddittorio in condizione di parità tra le parti, alla presenza dell'autorità giudicante. La seconda scelta implicherebbe, invece, una compromissione del diritto all'assistenza dell'interessato, impedendo il

¹¹³ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pagg. 134-135. L'A. spiega che le ragioni di ordine pubblico include tutti i casi in cui il procedimento abbia suscitato tensioni ed allarme sociale, mentre le ragioni di sicurezza richiamano situazioni di pericolo per l'incolumità del soggetto, legate a possibili reazioni della collettività.

¹¹⁴ C. CONTI, *Partecipazione e presenza*, cit., pag. 80.

contatto diretto tra questo ed il difensore¹¹⁵. Si tratterebbe di una riduzione della garanzia dell'assistenza tecnica che oltrepassa quella, al contrario, assicurata nel caso di ascolto mediante rogatoria, nella quale l'interessato è affiancato, a pena di nullità assoluta, dal difensore¹¹⁶. Di fronte al vuoto difensivo determinato dalla presenza del legale nell'una o nell'altra postazione, il legislatore piuttosto che disporre una doppia difesa (soluzione economicamente gravosa per l'interessato) ha istituito la figura «anomala» del sostituto, che, nominato dal difensore, interviene nel luogo non prescelto dal legale «titolare»¹¹⁷. Il problema della lacuna difensiva, colmata dalla previsione del sostituto, si ripropone in caso di legittimo impedimento del difensore a partecipare in uno dei suddetti luoghi. Pur adeguando l'art. 420 *ter* c.p.p. al procedimento di sorveglianza¹¹⁸, la norma stessa dispone l'inapplicabilità del rinvio dell'udienza quando «il difensore impedito ha disegnato un sostituto». Di fronte a questo nuovo limite al pieno esercizio della funzione difensiva, è stata prospettata un'eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 24 comma 2 Cost. qualora non si prediliga il rimedio del rinvio per le particolari ipotesi di partecipazione in videoconferenza¹¹⁹.

La nomina del sostituto da parte del legale non impedisce all'interessato di provvedere alla designazione di un secondo difensore di fiducia, possibilità garantita anche al soggetto non abbiente per mezzo di una doppia copertura economica. Si tratta di una deroga alla normativa generale del gratuito patrocinio a spese dello Stato che, introdotta con il d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, ha offerto maggiori tutele

¹¹⁵ C. CONTI, *op. ult. cit.*, pagg. 76 e ss.

¹¹⁶ Cfr. Cass. sez. I, 15 aprile 1997, *Balistreri*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 860.

¹¹⁷ G. P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, Cedam Editore, 2010, pag. 227; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pag. 182. L'anomalia risiede nel fatto che la nomina del sostituto, a differenza di quello tradizionalmente previsto dall'art. 102 c.p.p., non presuppone l'impedimento del difensore ma «è funzionale al rafforzamento dell'esercizio della funzione difensiva».

¹¹⁸ Si rinvia, per approfondimenti, alla diatriba dottrinale e giurisprudenziale in merito all'estensione applicativa dell'art. 420 *ter* c.p.p. al rito di sorveglianza, richiamata *supra* § 2.2.3.

¹¹⁹ L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 90.

ai soggetti economicamente svantaggiati in ossequio ai principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.¹²⁰.

Il contatto tra ristretto e difensore, nonché, tra quest'ultimo e il sostituto (seppur tale rapporto non sia espressamente indicato dal comma 4 dell'art. 146 bis disp. att. c.p.p.)¹²¹ è assicurato da strumenti tecnici che devono consentire agli interessati di interloquire riservatamente. «La partecipazione a distanza non deve limitare in alcun modo la possibilità di un dialogo efficace e continuativo» tra gli interessati, il quale, in effetti, viene a dipendere dalla qualità ed effettiva idoneità dei mezzi di contatto adoperati¹²². Perplessità sono state inoltre espresse in merito alla garanzia della riservatezza dei contatti, a causa della presenza nella postazione remota dell'ausiliario del giudice o, comunque, dell'ufficiale di polizia giudiziaria, insieme alle difficoltà che il difensore incontrerebbe qualora debba collegarsi con il sito remoto e seguire contemporaneamente lo svolgimento dell'udienza¹²³. In verità la questione della riservatezza è stata in parte risolta dalla collocazione di cabine telefoniche fonoassorbenti sia presso il sito della custodia che dell'udienza, assicurando così un rapporto di continuità e di *privacy* più intenso rispetto ai casi in cui il soggetto, pur presente, sia «ristretto nelle gabbie d'udienza, che poco lasciano alla riservatezza dei loro contenuti»¹²⁴.

Il comma 3 dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 45 *bis* comma 3 disp. att. c.p.p., nel delineare il metodo della "videoconferenza", precisa che il collegamento audiovisivo deve assicurare una visibilità ed un ascolto contestuali, effettivi e reciproci¹²⁵ ovvero un «realismo partecipativo»¹²⁶. Nonostante tali requisiti cerchino di rendere il più possibile il

¹²⁰ P. SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Giuffrè Editore, 2006, pag. 70; G. P. VOENA, *Atti*, cit., pag. 227.

¹²¹ G. P. VOENA, *op. ult. cit.*, pag. 228; L. KALB, *La partecipazione a distanza*, cit., pagg. 91-92.

¹²² D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pagg. 186-187.

¹²³ D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1999, pagg. 511-512.

¹²⁴ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pag. 372.

¹²⁵ Per approfondimenti sui concetti di contestualità, effettività e reciprocità quali requisiti del collegamento audiovisivo, si rinvia a D. CURTOTTI NAPPI, *op. ult. cit.*, pagg. 173 e ss.

¹²⁶ Cfr. Corte cost., 14 luglio 1999, n. 342. Con tale espressione, il Giudice delle leggi ha dichiarato che, in presenza di strumenti tecnici capaci di riprodurre nel modo più verosimilmente

contatto virtuale reale, permane una differenza ineliminabile tra una partecipazione fisica rispetto quella a distanza¹²⁷. Parte della dottrina pertanto esprime forti dubbi circa la legittimità dell'art. 146 bis disp. att. c.p.p. e di conseguenza dell'art. 45 bis disp. att. c.p.p., sotto il profilo del diritto all'autodifesa¹²⁸. Evidente che tale normativa, essendo il prodotto di ponderazioni tra valori costituzionali e fini di politica criminale, abbia comportato una compressione del diritto di difesa a tutela delle esigenze di ordine e sicurezza. Malgrado le perplessità manifestate sulla ragionevolezza delle scelte legislative compiute a partire dal 1998¹²⁹, nell'ambito del procedimento di sorveglianza, più che un difetto, lo strumento della partecipazione a distanza potrebbe essere concepito come un pregio, o meglio come un male minore rispetto alla prescrizione dell'audizione per rogatoria del condannato ristretto fuori della circoscrizione del tribunale competente. In confronto all'irragionevole compressione del diritto di autodifesa determinata dalla previsione di cui all'art. 666 comma 4 c.p.p., l'art. 45 bis disp. att. c.p.p. offrirebbe, qualora

possibile la realtà processuale dell'aula di udienza dalla postazione remota, con possibilità di interloquire efficacemente con essa, la partecipazione a distanza può considerarsi effettiva ovvero concreta e dunque essere equiparata a quella personale. Infatti ad avviso della Corte, nonostante l'interessato non sia fisicamente presente all'udienza, la sua partecipazione e dunque la sua difesa può ritenersi assicurata se vengono offerti strumenti tecnici efficienti ovvero conformi al «sistema dei risultati» (contestualità, reciprocità ed effettività) delineati dalla normativa quali garanzie minime di tutela del diritto di «partecipazione personale e consapevole» al giudizio. Per tali motivi è stata dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. 11/1998 rispetto all'art. 24 comma 2 Cost.

Anche la Corte Eur. ha ritenuto legittima la normativa di cui all'art. 146 bis disp. att. c.p.p., rispetto all'art. 6 par. 3 C.e.d.u. La partecipazione a distanza si conforma al diritto di difesa, in quanto la videoconferenza permette una visione e un ascolto reciproci, compresa la possibilità di fare dichiarazioni dal posto della detenzione e di mantenere un contatto confidenziale con il difensore. Inoltre questa forma di partecipazione costituisce un'adeguata misura volta a proteggere altrettanti interessi previsti dalla Convenzione, quali l'ordine e la sicurezza pubblica oltre alla ragionevole durata del procedimento. Cfr. Corte Eur., 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 310.

¹²⁷ G. P. VOENA, *Atti*, cit., pag. 222.

¹²⁸ Critica alla pronuncia della Corte cost. 342/1999 si pone C. CONTI, *Partecipazione e presenza*, cit., pagg. 76 e ss. L'A. ritiene impossibile perseguire il fine della partecipazione con il mezzo alternativo della videoconferenza: «ci sono casi in cui un fine può essere perseguito con un unico mezzo». La presenza e la partecipazione effettiva costituiscono «i termini di una endiadi», sono «due parole tra loro complementari, la cui unione esprime un unico concetto», il quale rimarrebbe, pertanto, incompleto in mancanza di una di queste componenti essenziali.

¹²⁹ Mentre risulta pacifica l'opinione della ragionevolezza della partecipazione a distanza rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica, diversamente viene valutata la compressione del diritto di difesa in riferimento al bisogno di speditezza processuale, in quanto in questo secondo caso sarebbe irragionevole far ricadere sull'interessato un bisogno di efficienza dell'amministrazione della giustizia. Si veda: M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., pag. 168; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pagg. 376 e ss.

sussistano i presupposti, un mezzo di partecipazione all'udienza capace di realizzare una relazione, seppur virtuale, tra il reo ed il giudice. Infatti, sebbene la videoconferenza non possa instaurare un contatto reale, materiale tra i due, garantirebbe, data la contestualità, reciprocità ed effettività del collegamento audiovisivo, un intervento dell'interessato "davanti" all'autorità giudiziaria giudicante sicuramente più adeguato e funzionale rispetto a quello compiuto alla presenza del magistrato di sorveglianza competente *ratione loci*¹³⁰.

L'utilizzo di apparecchiature di telecomunicazione, quali validi sostituti della partecipazione fisica dell'interessato all'udienza, risulta incentivato anche dal recente progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario elaborato dalla sesta commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, appositamente istituita per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza. Infatti il progetto suggerisce una contestuale modifica degli artt. 146 *bis* disp. att.¹³¹ e 666 comma 4 c.p.p.¹³², diretta ad estendere l'istituto della partecipazione a distanza, in quanto in grado, grazie agli attuali progressi tecnologici, di soddisfare efficacemente, senza notevoli sacrifici, tanto le esigenze di sicurezza, comprese quelle più strettamente economiche, quanto il diritto alla partecipazione dell'interessato al procedimento.

¹³⁰ F. CASSIBA, *Il contraddittorio "negletto"*, cit., pag. 65. L'A. esprime, *de iure condendo*, l'opportunità di un'applicazione estesa del collegamento audiovisivo nella fase esecutiva, in quanto, così, «si eviterebbero le difficoltà logistiche e i costi della traduzione, assicurando forme partecipative idonee a tutelare l'effettività del diritto di difesa». I moderni mezzi tecnologici sono, infatti, capaci di «assottigliare» quella distanza, seppur ineliminabile, tra il processo virtuale e quello reale, assicurando «la contestuale presenza delle parti dinanzi al giudice».

¹³¹ Il progetto della sesta commissione del Csm modifica nei seguenti termini l'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.: «Partecipazione al dibattimento a distanza.

Quando si procede nei confronti di persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3 bis, nonché nell'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 del codice, la partecipazione al dibattimento, anche per fatti diversi, avviene a distanza nei seguenti casi:

a) *[idem]*

b) *[idem]*

b-bis) *quando sussistano ragioni di sicurezza anche connesse alla traduzione dall'istituto penitenziario, segnalate dall'amministrazione penitenziaria.*

[...]».

¹³² L'art. 666 comma 4 c.p.p. è così riformulato:

«L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. L'interessato che ne fa richiesta è sentito personalmente; tuttavia, se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza del magistrato di sorveglianza del luogo, ovvero, se ne fa richiesta, mediante collegamento audiovisivo, ove possibile, ai sensi dell'art. 146 bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7, disp. att. c.p.p., e salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione».

Nello specifico, la commissione del C.s.m. propone, all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., la modifica del comma 1: da un lato, allarga la categoria dei destinatari, estendendola ai soggetti in stato di detenzione (non più solo in carcere) «anche per fatti diversi» da quelli specificati; dall'altro, inserisce, con la lett. *b-bis*), una nuova ipotesi di “telepresenza”, applicabile qualora sussistano specifiche ragioni di sicurezza che, segnalate dall'amministrazione penitenziaria, possono essere compromesse con la traduzione dell'interessato dall'istituto penitenziario alla sede giudiziaria. Appare così l'intento di incrementare l'applicazione del collegamento audiovisivo ogniqualvolta emergano rischi di sicurezza «anche» legati all'operazione della traduzione, a prescindere dalla fattispecie di reato per il quale il soggetto è in *status detentionis*. In correlazione alla proposta di modifica dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. si pone quella relativa al comma quarto dell'art. 666 c.p.p. nel quale si prospetta il rinvio ai meccanismi della partecipazione a distanza per consentire l'intervento, seppur virtuale, del soggetto detenuto fuori della circoscrizione del giudice precedente. Infatti la nuova disposizione autorizzerebbe, l'instaurazione di un collegamento audiovisivo qualora sia stata presentata una richiesta di intervento in udienza dell'interessato «e» il giudice non intenda disporre la traduzione. Si desume così il riconoscimento di una sorta di partecipazione intermedia, in quanto interposta, sotto il profilo delle garanzie difensive, tra quella diretta dinanzi al collegio giudicante e quella mediata dal magistrato di sorveglianza competente *ratione loci*. Infatti la “telepresenza” rappresenta la migliore soluzione, in grado di armonizzare efficacemente il diritto alla difesa personale, per mezzo di un contatto (seppur irrealistico) con il collegio giudicante, con le esigenze organizzative, di sicurezza e di contenimento della spesa pubblica, connesse alla traduzione.

Malgrado il favore espresso nei confronti del collegamento audiovisivo, in alternativa all'audizione mediata del magistrato di sorveglianza territorialmente competente, il diritto di partecipare al giudizio secondo tali forme conserva alcuni limiti. Infatti, nella nuova formulazione dell'art. 666 comma 4 c.p.p., la specificazione «ove possibile» lascia che il contatto, seppur virtuale, del ristretto “fuori sede” con l'aula dell'udienza sia condizionato dalla disponibilità di adeguate

apparecchiature presso la postazione remota. In questo modo, di nuovo, il diritto di partecipazione al giudizio dipende da fattori meramente organizzativi, indipendenti dalla volontà del soggetto interessato. Senza contare poi che la disposizione, nonostante l'occasione di una sua riformulazione, mantiene a carico del detenuto l'onere di formulare apposita richiesta di intervento come condizione necessaria per acquisire un diritto, che, pertanto, ancora tale non è.

Una volta accertate le condizioni di legge, l'applicazione dell'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p. ai riti camerale *post iudicatum* potrebbe determinare una situazione paradossale. In questi termini si esprime chi ritiene che la garanzia di un *modus participationis* migliore per i detenuti etichettati come i più pericolosi arrechi un'ingiustificata disparità di trattamento a sfavore dei ristretti ordinari che, situati al di fuori della circoscrizione del tribunale, possono beneficiare di un intervento per rogatoria, a meno che l'organo collegiale ordini la traduzione¹³³. Per questi motivi, i limiti posti dal comma 4 dell'art. 666 c.p.p. dovrebbero essere estesi anche alle ipotesi di cui all'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p., comportando così la sostituzione della partecipazione mediante videoconferenza con un'audizione mediata dal magistrato di sorveglianza del *locus detentionis*¹³⁴. Di segno opposto e prevalente è quell'orientamento che considera, nei limiti delle condizioni soggettive ed oggettive previste dalla legge, la partecipazione a distanza sempre applicabile, a prescindere dal luogo in cui si trova il reo¹³⁵.

¹³³ A. SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo"*, cit., pag. 14.

¹³⁴ In dottrina: A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., pagg. 253-254; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pag. 316.

In giurisprudenza: Cass. sez. I, 14 novembre 2001, *Schiavone*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 2019, nella quale si riconosce la necessità di interpretare il sistema delle videoconferenze «alla luce della disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 127 c.p.p. e di quella, perfettamente analoga, contenuta nel comma 4 dell'art. 666 dello stesso codice».

¹³⁵ G. SACCONI, *La partecipazione a distanza*, cit., pag. 125; L. SCOMPARIN, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Giappichelli Editore, 2001, pag. 148; M. BORDIERI, *La garanzia del diritto dell'imputato alla partecipazione*, cit., pag. 3137; G. P. VOENA, *Atti*, cit., pag. 230; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 313. In via generale, gli AA. ritengono che, qualora sussistano i presupposti di legge, la partecipazione a distanza sia disponibile tutte le volte in cui il giudice ritenga opportuno l'intervento del condannato, anche a seguito di una sua richiesta, anziché un ascolto per rogatoria. A differenza della delega, il collegamento audiovisivo è un mezzo di audizione più garantista, capace di instaurare, seppur virtualmente, una comunicazione diretta tra il ristretto ed il

In verità quella tesi che ritiene illogico il trattamento di maggior favore assicurato con la videoconferenza ai detenuti più pericolosi, appare essa stessa illogica una volta accolta la lettura adeguatrice espressa dalla Corte costituzionale sulla partecipazione per rogatoria del ristretto sito al di fuori della circoscrizione dell'organo giudiziario precedente. Infatti in ossequio al riconoscimento di un vero proprio diritto d'intervento in capo al soggetto *in vinculis* in qualunque luogo detenuto, l'ascolto mediante rogatoria da parte del magistrato di sorveglianza competente *ratione loci* diverrebbe uno strumento secondario, limitato ai casi in cui non sia opportuno l'intervento in udienza per la tecnicità della *res iudicanda*. Di conseguenza, assicurando la partecipazione diretta quale modalità ordinaria di esplicazione della difesa del ristretto, anche "fuori sede", la disparità di trattamento sussiste, ma a svantaggio dei soli condannati sottoposti al regime speciale di detenzione, nei confronti dei quali la presunzione assoluta di legge impedisce, in ogni caso, la traduzione dinanzi al tribunale giudicante. Pertanto nell'ipotesi di cui all'art. 146 *bis* comma 1 *bis* disp. att. c.p.p., la partecipazione in videoconferenza, a causa di una presunzione legale, diviene l'unica ed esclusiva forma di partecipazione all'udienza, senza alcuna possibilità del giudice di consentire la traduzione¹³⁶. Così, sulla base di tali considerazioni, condividere l'impostazione che estende ai soggetti sottoposti al regime speciale e "fuori sede" il meccanismo della rogatoria interna, significherebbe giustificare una grave menomazione del diritto di partecipazione dei detenuti di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., i quali, oltre a subire i limiti derivanti dalla presunzione assoluta di legge, sarebbero quasi sempre "condannati" all'ascolto mediato del giudice monocratico, essendo riconosciuta al solo tribunale di sorveglianza di Roma la competenza a decidere sui reclami avverso il regime di detenzione speciale.

La semplificazione delle garanzie difensive, sotto il profilo partecipativo, del soggetto sottoposto al regime dell'art. 41 *bis* ord. penit., è la conseguenza di un automatismo normativo giustificato dalla presunzione di pericolosità

collegio giudicante e di soddisfare efficacemente sia le esigenze di sicurezza che organizzative. A conferma Cass. sez. II, 6 novembre 2002, *Bello*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3129.

¹³⁶ L. SCOMPARIN, *op. ult. cit.*, pag. 149, la quale parla di «parziale compensazione» la garanzia della videoconferenza ai soggetti sottoposti al regime dell'art. 41 *bis* ord. penit.

dell'interessato, una presunzione che blocca ogni valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria sul *quomodo* del contatto con l'interessato. Appare alquanto irragionevole impedire qualsiasi possibilità di apprezzamento dell'intervento del ristretto da parte del giudice quando, nei suoi confronti, sia stato disposto in via amministrativa il regime differenziato di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. Pertanto succede che lo stesso provvedimento di competenza del Ministro della giustizia, oltre ad incidere restrittivamente sul trattamento penitenziario, colpisce, modulando in senso riduttivo, i mezzi di garanzia difensiva nel procedimento instaurato presso il tribunale di sorveglianza di Roma e finalizzato all'accertamento della legittimità del regime imposto dal medesimo decreto ministeriale¹³⁷.

In presenza della richiesta di intervento da parte dell'interessato, il giudice, accertati i presupposti di cui all'art. 45 *bis* disp. att. c.p.p., dispone la partecipazione in videoconferenza con decreto motivato, mentre provvede con ordinanza collegiale qualora sia autorizzata in sede di udienza. In entrambi i casi, ai sensi dell'art. 146 *bis* comma 2 disp. att. c.p.p., il provvedimento applicativo del collegamento audiovisivo deve essere notificato entro dieci giorni prima dell'udienza. Si tratta di un termine minimo «a difesa» in quanto teso a consentire l'organizzazione dell'assistenza difensiva dalla postazione remota, la cui violazione comporta una nullità *ex art. 178* comma 1 lett. c) c.p.p. con conseguente rinvio dell'udienza camerale¹³⁸. Qualora, pur sussistendo le condizioni, la partecipazione a distanza non sia disposta, ne derivano conseguenze processuali analoghe a quelle prodotte dalla violazione della partecipazione personale all'udienza, essendo la presenza virtuale assimilata a quella fisica. Avendo a riguardo il diritto di intervento in giudizio dell'interessato, la mancata instaurazione del collegamento audiovisivo rientra chiaramente nella lett. c) di cui all'art. 178 comma 1 c.p.p. Più incerta è la

¹³⁷ L. KALB, *La partecipazione a distanza*, cit., pag. 58; G. PIERRO, *La competenza a decidere sui reclami*, in *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 249; C. CONTI, *Partecipazione e presenza*, cit., pagg. 76 e ss., la quale mostra come il legislatore, piuttosto che rafforzare le garanzie difensive nei casi in cui più grave è il trattamento che può essere irrogato all'interessato, abbia attenuato il diritto di difesa; L. SCOMPARIN, *op. ult. cit.*, pag. 145; M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., pag. 313.

¹³⁸ M. BORDIERI, *La garanzia del diritto dell'imputato alla partecipazione*, cit., pag. 3140; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi*, cit., pagg. 230-231.

qualificazione di tale nullità generale. È configurata come assoluta ex art. 179 c.p.p. dalla giurisprudenza che, sulla scia dell'orientamento assunto dalle sezioni unite¹³⁹, ingloba nella fattispecie complessa della *vocatio in iudicium* non solo l'avviso ma anche la dichiarazione di volontà dell'interessato detenuto di comparire e la sua successiva traduzione ovvero il «collegamento video nei casi di legge»¹⁴⁰. Sicuramente la configurazione della sanzione processuale più grave è segno di maggiore tutela rispetto ad un diritto che, seppur modulato nel *quomodo*, dovrebbe essere indefettibile nell'*an* ogni qualvolta il soggetto manifesti la volontà di intervenire all'udienza. In termini di minor gravità si esprime la dottrina, la quale considera l'omessa attivazione della partecipazione in videoconferenza sanzionabile con una nullità a regime intermedio ex art. 180 c.p.p., in quanto il vizio non riguarda né l'avviso dell'udienza né la sua notificazione ma un momento ad esso successivo, presupponendo, data la richiesta di intervento, la conoscenza dell'avviso stesso da parte dell'interessato¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. Cass. sez. un., 22 novembre 1995, *Carlutti*, cit., pagg. 2125 e ss.

¹⁴⁰ Cass. sez. II, 6 novembre 2002, *Bello*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3130. In dottrina si veda G. BIONDI, *Il procedimento penale*, cit., pagg. 203-204, il quale, adeguandosi all'orientamento giurisprudenziale, riconosce una nullità assoluta qualora di fronte all'omissione della videoconferenza, il soggetto non sia stato neppure tradotto, nonostante l'avvenuta richiesta. Allo stesso modo è configurato il vizio di mancata audizione dell'interessato "fuori sede" da parte del magistrato di sorveglianza competente *ratione loci*, nel caso in cui il tribunale abbia respinto la richiesta di intervento, anche mediante videoconferenza, in udienza.

¹⁴¹ R.A. RUGGIERO, *La videoconferenza nell'udienza*, cit., pag. 3144; E. RANDAZZO, *Il diritto "apre" alla tecnologia ma l'avvocato rischia la solitudine nel processo*, in *Guida dir.*, n. 7, 1998, pag. 41; G. FRIGO, *Quella "fragile" disciplina eccezionale contraria ai principi di diritto internazionale*, in *Guida dir.*, n. 7, 1998, pag. 54; A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, Utet, 1998, pag. 179.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti del convegno*, Varese, 1977.

AA.VV., in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli Editore, 1977.

AA.VV., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli Editore, 1981

AA.VV., in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli Editore, 1982.

AA.VV., in *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla L. 663-1986*, Napoli, 1987.

AA.VV., in *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, Giuffrè Editore, 1990.

AA.VV., in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, IV, Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990.

AA.VV., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale: una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991.

AA.VV., in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam Editore, 1994.

AA.VV., in *Commento al codice di procedura penale*, Utet Editore, 1998.

AA.VV., in *Nuove strategie particolari per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè Editore, 1998.

AA.VV., in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè Editore, 2000.

AA.VV., in *Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000.

AA.VV., in *Codice di procedura penale ipertestuale*, Utet Editore, 2001.

AA.VV., in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, Giappichelli Editore, 2001.

AA.VV., in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Cedam Editore, 2002.

AA.VV., in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Cedam Editore, 2004.

AA.VV., in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizione scientifiche italiane, 2006.

AA.VV., *Commentario breve della Costituzione*, Cedam Editore, 2008.

AA.VV., in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam Editore, 2008.

AA.VV., in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008.

AA.VV., in *“Decreto sicurezza”: tutte le novità*, Ipsoa Editore, 2008.

AA.VV., in *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008.

AA.VV., in *La prova penale*, Utet giuridica, 2008.

AA.VV., in *Diritto dell'esecuzione penale; diritto penale; diritto, economia e società*, La Tribuna Editore, 2010.

AA.VV., in *Compendio di procedura penale*, Cedam Editore, 2010.

AA.VV., in *Ordinamento penitenziario*, Cedam Editore, 2011.

AA.VV., in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2011.

AA.VV., in *Compendio di procedura penale*, Cedam Editore, 2012.

AA.VV., *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Sandro Teti Editore, 2012.

ANDRONIO, *Commentario Costituzione – Art. 111*, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41 bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 1998.

BATTAGLINI, *Diritto penale: parte generale*, Cedam Editore, 1949.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori Editore, 2008.

BIONDI, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, in *Fatto e diritto*, Giuffrè Editore, 2011.

BORDIERI, *La garanzia del diritto dell'imputato alla partecipazione dell'udienza di riesame anche mediante videoconferenza*, in *Cass. pen.*, n. 10, 2003.

CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2010.

- CAPRIOLI – VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2009.
- CAPRIOLI – VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore, 2011.
- CASSIBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.
- CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2002.
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè Editore, 1984.
- COMUCCI, *In tema di nullità per violazioni del diritto di difesa nelle impugnazioni de libertate*, in *Cass. pen.*, n. 9, 1995.
- COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002.
- CONTI, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2006.
- CONTI, *La tecnologia va in aiuto del «doppio binario» e il codice di rito perde la sua stabilità*, in *Guida dir.*, n. 7, 1998.
- CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2000.
- CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2000.
- COPPETTA, *Il controllo sull'ammissibilità delle misure rieducative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 1996.
- CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli Editore, 1992.
- CORBI – NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli Editore, 2003.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987.
- CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, n. 2, 1999.
- CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2002.
- CURTOTTI NAPPI, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet Editore, 2005.

CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2006.

DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè Editore, 1994.

DE GIORGI, *Opere di G. D. Romagnosi*, Milano, 1841.

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

DEGL'INNOCENTI – FALDI, *Misure alternative alla detenzione procedimento di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2010.

DELLA CASA, *L'incostituzionalità del procedimento di reclamo ex art. 53-bis comma 2 ord. penit. Un restyling determinato da un «eccesso di delega» (o dalle eccessive aperture della Consulta nei confronti della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione?)*, in *Giur. cost.*, 1993.

DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli Editore, 1998.

DELLA CASA, *Il colloquio del difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 1998.

DELLA CASA, *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass. pen. crim.*, n. 1-2, 2002.

DELLA MARRA, *Sulla partecipazione dell'imputato all'udienza di riesame*, in *Giur. it.*, 1992.

DELLA MARRA, *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sentenza n. 53 del 1993 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994.

DELLA MARRA, *Procedimento in camera di consiglio*, in *Dig. Disc. Pen.*, III agg., Utet Editore, 2005.

DOMINIONI, *Prevenzione criminale e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1968.

FAVI, *Diritto di difesa e procedimento di sorveglianza*, in *Cass. pen.*, n. 5, 1987.

FERRARO – DE STEFANIS, *Procedimenti e provvedimenti della magistratura di sorveglianza*, Cedam Editore, 1995.

FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Utet Editore, 1989.

FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli Editore, 2007.

- FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli Editore, 2012.
- FIANDANCA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore, 2001.
- FILIPPI, *Legittimo impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4, 1998.
- FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'unione delle camere penali ed una proposta che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2003.
- FILIPPI – SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, 2011.
- FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, in *Giusto proc.*, 1992.
- FIORIO, *In tema di verifica sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, n. 2, 1993.
- FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam Editore, 2002.
- FRIGO, *Quella "fragile" disciplina eccezionale contraria ai principi di diritto internazionale*, in *Guida dir.*, n. 7, 1998.
- GAITO, *Il controllo sulle informazioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. It.*, n. 2, 1992.
- GAITO – RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Editore, 2005.
- GIAMBRUNO, *Diritto penitenziario: per esami universitari e concorsi pubblici*, Giuffrè Editore, 2006.
- GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 1981.
- GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè Editore, 1983.
- GIOSTRA, *Prognosi rieducativa e pendenze penali nell'affidamento al servizio sociale*, in *Cass. pen.*, n. 6, 1983.
- GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 2001.
- GUAZZALOCA – PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet Editore, 1995.

IAI, *Partecipazione di persone detenute al procedimento di prevenzione «a distanza»*, in *Giur. it.*, n. 11, 2000.

IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, n. 5, 1993.

IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Giappichelli Editore, 1995.

LA GIOIA, *Misure alternative e permessi: preparazione, decisione, esecuzione. Problemi relativi ai profili penitenziario, giudiziario, territoriale*, in *Quad. Csm*, n. 46, 1991.

LA REGINA, *Partecipazione all'udienza di riesame: scelta del detenuto o del giudice?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2005.

LEO, *Procedimento in camera di consiglio e legittimo impedimento del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12, 2002.

LEO, *Le perduranti incertezze sull'attuazione del contraddittorio nel procedimento di riesame*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 2005.

LORUSSO, *In tema di nullità conseguenti all'inosservanza delle disposizioni che regolano il procedimento d'esecuzione*, in *Cass. pen.*, n. 5, 1994.

LORUSSO, *Giudice, p.m. e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè Editore, 2002.

MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. pen. crim.*, n. 1-2, 2002.

MAISTO, *Giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza. Questioni emerse dopo la legge Gozzini e col nuovo c.p.p. Effetti della sentenza 4-7-1989 della Corte costituzionale*, in *Quad. Csm*, n. 46, Roma, 1991.

MAMBRUCCHI, *Rispetto del diritto di difesa e alchimie interpretative sull'efficacia della decisione invalida*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 1996.

MAMBRUCCHI, *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Utet Editore, 2005.

MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Quest. giust.*, 1986.

MARGARITELLI, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1993.

- MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, 2006.
- MONTAGNA, *Procedimento di esecuzione e sorveglianza e impedimento del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11, 2006.
- NESPOLI, *Note sui profili processuali dell'ordinamento penitenziario*, in *Rass. pen e crim.*, n. 1-2, 1980.
- NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989.
- PAULESU, *Procedimento in camera di consiglio e autodifesa dell'imputato detenuto*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2003.
- PAVICH, *Il gratuito patrocinio*, Giuffrè Editore, 2012.
- PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Editore, 2002.
- PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950.
- PINI, *L'impedimento del difensore di fiducia nei procedimenti di esecuzione*, in *Giur. it.*, n. 2, 1994.
- POLVANI, *Le impugnazioni de libertate. Riesame, appello, ricorso*, Cedam Editore, 1998.
- PRESTIPINO, *Nuovi condizionamenti e limiti per i benefici penitenziari a condannati pericolosi*, in *Giust. pen.*, n. 2, 1993.
- PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 1993.
- PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Utet Editore, 2008.
- PUTIGNANO, *Il gratuito patrocinio si applica anche alle richieste di liberazione anticipata*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Il agg., Milano, 1999.
- RANAZZO, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze camerale e preliminari*, in *Cass. pen.*, n. 12, 1990.
- RANAZZO, *Il diritto "apre" alla tecnologia ma l'avvocato rischia la solitudine nel processo*, in *Guida dir.*, n. 7, 1998.

RICCIO, *Rappresentanza processuale*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4, 2005.

RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè Editore, 2009.

RUGGIERO, *La videoconferenza nell'udienza camerale di riesame*, in *Cass. pen.*, n. 10, 2003.

RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli Editore, 2002.

SABATINI, *Principii costituzionali del processo penale*, Napoli, 1976.

SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria. (Il procedimento di sorveglianza ex artt. 4 bis e 58 ter l. 26 luglio 1975, n. 354)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 1994.

SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Giuffrè Editore, 2006.

SECHI, *Straniero non abbiente e diritto all'interprete*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2007.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, 1966.

TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2000.

TRIGGIANI, *Sul diritto dell'imputato detenuto (internato) di partecipare all'udienza di riesame*, in *Cass. pen.*, n. 12, 1994.

UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Utet Editore, 2004.

VITELLO, *Significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi premio*, in *Cass. pen.*, n. 8, 1993.

VOENA, *Difesa. III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giust. pen.*, 1990.

RINGRAZIAMENTI

Al termine di ogni percorso o esperienza di vita tornano alla mente tutti i vari momenti che lo hanno caratterizzato. Inevitabilmente il pensiero si allarga alle persone che hanno contribuito a renderlo sereno, nonostante le ansie ed insicurezze. Non è facile citare e ringraziare tutti coloro che con un supporto costante o con consigli, suggerimenti o semplici parole di incoraggiamento mi hanno aiutato lungo questo cammino di alti e bassi.

Ringrazio così la mia famiglia che, con il suo supporto economico e morale, mi ha permesso di raggiungere questo traguardo.

Essenziali sono state le amiche, quelle che, con affetto sincero, mi hanno confortato ed incoraggiato a proseguire sempre, le stesse con cui ho trascorso periodi splendidi di estrema allegria a Macerata e non solo. Includo le mie colleghe e compagne di questa avventura universitaria, con le quali ho condiviso giornate cariche da lezioni e studio, senza dimenticare quei momenti di sostegno reciproco prima di ogni esame. A tutte voi dico grazie!

Un ringraziamento speciale lo dedico a Riccardo che mi ha sopportato e supportato costantemente, senza mai mollare di fronte ai miei sbalzi d'umore e paranoie.

Vorrei esprimere la mia stima e gratitudine alla prof.ssa Lina Caraceni, relatrice della tesi, per la grande disponibilità e cortesia dimostratemi, per l'aiuto e l'attenzione con la quale ha seguito il lavoro.