

## QUESITI

---

### GIUSEPPE MELCHIORRE NAPOLI

#### **Dal “pregiudizio” attuale al pericolo di “danno”. La funzione preventiva della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e degli internati**

Il contributo mira a ridefinire le condizioni di proponibilità del reclamo ed i poteri cognitori e decisori del Magistrato di sorveglianza, alla luce della funzione preventiva assolta dal rimedio giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute *ex artt. 35-bis e 69, co. 6, lett. b, della legge sull’Ordinamento penitenziario.*

*From the current "injury" to the risk of "damage". The preventive role of judicial protection of the rights of detainees and inmates*

*The contribution aims to redefine the conditions of proposability of the complaint and the powers of cognition and decision of the Supervisory Magistrate, in light of the preventive role performed by the jurisdictional remedy for the protection of the rights of the detained persons pursuant to articles 35-bis and 69, paragraph 6, lett. b, of the Penitentiary Law.*

**SOMMARIO:** 1. Funzione *lato sensu* inibitoria e funzione preventiva della tecnica di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. – 2. L’oggetto della funzione preventiva della tutela giurisdizionale. – 3. Diversità e autonomia delle forme di tutela giurisdizionale, nell’ambito di un sistema rafforzato e organico di protezione dei diritti della persona detenuta. – 4. Funzione preventiva della tutela giurisdizionale e attualità del pregiudizio all’esercizio di un diritto; i rapporti amministrativi di durata. – 5. Funzione preventiva e ambiti di operatività della tutela inibitoria meramente negativa: gli atti ad immediata e completa efficacia lesiva e l’attualità del pregiudizio. – 6. La funzione preventiva del rimedio inibitorio ed i poteri cognitori e decisori del Magistrato di sorveglianza. – 7. Conclusioni. La funzione preventiva presa sul serio: prospettive *de iure condendo*.

1. *Funzione lato sensu inibitoria e funzione preventiva della tecnica di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.* La dottrina prevalente e la giurisprudenza non sembrano mostrare particolari incertezze nell’attribuire una funzione preventiva alla tecnica di tutela giurisdizionale dei diritti delle persone detenute, prevista negli artt. 35-bis e 69, comma 6, lett. b, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (d’ora in avanti, anche o.p.)<sup>1</sup>. Frequentemente, del resto,

<sup>1</sup> In dottrina, si vedano, *ex multis*, *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di Fiorentin, Torino, 2019; BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in questa Rivista, 2014, 2, 568, 581; ID, *Commento all’art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa, Giostra, Padova, 2015, 408; CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 102 ss.; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 139; FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, 255; ROMICE, *L’effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2016, 5 ss.; VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di Caprioli, Scomparin, Torino, 2015, 237 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr., tra le altre, Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 3775, Min.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

l'affermazione secondo la quale, se la tutela risarcitoria ed i meccanismi indennitari guardano al passato (per rimediare ad una lesione già verificatasi), invece, il rimedio giurisdizionale *de quo* mira al futuro, in quanto è volto ad imporre all'amministrazione soccombente la cessazione dell'attività *contra ius*<sup>2</sup>. Non è chiaro, tuttavia, seguendo questa prospettiva, in che modo lo strumento di tutela giurisdizionale *ex art. 35-bis o.p.* esplichi anche una funzione preventiva in senso stretto, dal momento che, puntandosi l'attenzione unicamente sull'imposizione di un determinato comportamento per il futuro (cioè, sul solo, ancorché essenziale, contenuto *lato sensu* inibitorio della pronuncia del giudice), non si chiarisce quale sia, in un'ottica per l'appunto preventiva, quel qualcosa che non è ancora accaduto, ma che è probabile accadrà, sicché è necessario impedirlo o evitarlo<sup>3</sup>.

Per tale ragione, qualche Autore ha messo in dubbio l'assunto che il rimedio giurisdizionale regolato nell'art. 35-bis o.p. abbia anche natura preventiva. Si è osservato, infatti, che se il rimedio in questione è attivabile al ricorrere di un pregiudizio attuale all'esercizio di un diritto della persona ristretta, allora, non

---

giust. c. Tuttolomondo; Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, Costa; Cass., Sez. 7, ord. 6 aprile 2017, nn. 11676 e 11677, Attanasio; Cass., Sez. I, sent. 7 aprile 2015, n. 32470, Bindi; Cass., Sez. I, sent. 12 dicembre 2014, Trigila. Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., sent. n. 279 del 2013, che, con riferimento alla situazione di sovrappollamento carcerario, distingue il «rimedio preventivo interno al sistema penitenziario» dal «rimedio preventivo estremo», vale a dire da un rimedio che permetta la fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario, quando il «rimedio preventivo interno» sia del tutto inidoneo a far cessare le condizioni di detenzione contrarie al senso di umanità (art. 27, comma 3, Cost. e art. 3 C.E.D.U.). Quest'ultima pronuncia, del resto, fornisce lo spunto per meglio definire l'oggetto di questo contributo, che è limitato all'analisi del solo «rimedio preventivo interno al sistema penitenziario». Non sono prese in considerazione, pertanto, quelle situazioni in cui, in ragione della dimensione strutturale delle condizioni lesive del principio di umanità della pena, i «rimedi preventivi interni» potrebbero non essere in grado di operare efficacemente, sicché si pone la questione della necessità di introdurre «una norma di chiusura», di apprestare, cioè, un «rimedio estremo, il quale, quando non sia altrimenti possibile mediante le ordinarie misure dell'ordinamento penitenziario, permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario».

<sup>2</sup> Cfr. Cass., Sez. I, sent. 21 aprile 2017, n. 30702, Regione Veneto.

<sup>3</sup> In effetti, come osserva BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, 1-2 «l'uso dell'espressione tutela preventiva si presta ad un facile giudizio di genericità o di inadeguatezza», dal momento che «non esiste, nel nostro sistema di tutela giurisdizionale, una categoria ad essa corrispondente». La tutela preventiva, infatti, «non risponde ad un *aliud genus* rispetto a quelli tassativamente definiti, ma risulta possibile identificarla solo in un'ottica funzionale». A tal proposito, del resto, è opportuno avvalersi della distinzione tra forme e tecniche di tutela. Mutuando le parole di MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 15, è possibile affermare che le forme di tutela (ad esempio, restitutorie, risarcitorie e satisfattorie) «costituiscono gli schemi generali di risposta ad un bisogno di protezione e quindi introducono una distinzione funzionale incentrata sulla modalità concreta di soddisfacimento del bisogno». Mentre, le tecniche di tutela «rappresentano i meccanismi, processuali o meno, di attuazione delle forme di tutela; la loro fisionomia è solo strutturale ed esse si prestano, quindi, a veicolare in termini funzionali più forme di tutela».

vi è nulla da prevenire, la compromissione della situazione giuridica soggettiva essendosi già verificata, ma vi è soltanto un'attività amministrativa non conforme al diritto da inibire<sup>4</sup>.

Quest'ultima impostazione è corretta nella parte in cui evidenzia come non vi possa essere una tutela giurisdizionale preventiva con riferimento a qualcosa che sia già accaduto (il concetto di prevenzione, invero, indica un'attività volta ad impedire il concretizzarsi del pericolo che accada un certo evento o si produca un certo effetto). Non condivisibile, invece, è la conclusione cui si perviene: l'esclusione che la tecnica di tutela giurisdizionale *ex art. 35-bis* abbia anche natura preventiva. Per confutare siffatta conclusione, però, è necessario individuare, con precisione, l'oggetto della funzione preventiva.

Fermo restando che oggetto del rimedio giurisdizionale in esame è il diritto del detenuto inciso dall'attività amministrativa, diritto a protezione del quale il titolare chiede l'intervento del Magistrato di sorveglianza, e fermo restando che il contenuto *lato sensu* inibitorio della pronuncia di accoglimento del giudice garantisce (tendenzialmente) l'immediata tutela dell'interesse a conservare o a conseguire il “bene della vita” sotteso alla situazione giuridica soggettiva fatta valere<sup>5</sup>, rimane da stabilire se, accanto a tale contenuto inibitorio, volto alla cessazione dell'illecito (all'immediato arresto dell'attività difforme dall'astratta previsione normativa) e all'attribuzione dell'utilità correlata all'interesse giuridicamente protetto (all'immediata cessazione del pregiudizio all'esercizio del diritto), la pronuncia del giudice assolva anche una funzione preventiva, dovendosene, a tal fine, individuare l'eventuale oggetto. Si è già

<sup>4</sup> Cfr. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2015, 10, il quale, rilevando come la dottrina definisca il rimedio *ex art. 35-bis* o.p. come “preventivo”, nota tuttavia come esso presupponga «indubbiamente la sussistenza e attualità del pregiudizio» e non richieda «invece l'attualità e la gravità di un pericolo», fondandosi «dunque su una lesione piena e - ciò nonostante - continuativa di una posizione giuridica soggettiva». Di conseguenza, «poiché tale rimedio ha come oggetto la rimozione del pregiudizio stesso relativamente al futuro, può essere definito rimedio inibitorio [...]. Ed è forse anche questa la ragione per la quale altra parte della dottrina sembra utilizzare i termini “inibitorio” e “preventivo” come se questi facessero riferimento ad una identica “caratteristica” del rimedio giurisdizionale (v. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 291: «Ne discende l'obbligo per il legislatore di mettere al centro del sistema dei rimedi una meccanismo ‘preventivo’ (o, secondo diversa terminologia, ‘inibitorio’), la cui caratteristica essenziale risiede nella capacità di condurre alla rapida cessazione della violazione del diritto [...]»).

<sup>5</sup> Cfr. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 12, secondo cui «con la inibitoria si cerca di conservare e di proteggere una situazione giuridica», essa, pertanto, assolve «finalità di difesa della persona umana» (ivi, 26). Del resto, «la tutela, privatistica, del diritto di libertà tende a realizzarsi anche nel diritto pubblico, o almeno in quei settori di esso in cui si verifica il contrasto fra il principio di autorità e il principio di libertà, in cui maggiore è il pericolo che la libertà del singolo venga arbitrariamente tolta o limitata dai pubblici poteri» (ivi, 127).

detto, però, che gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che qualificano la tecnica di tutela *de qua* come tutela preventiva, o “tutela preventiva/inibitoria”, non indicano mai quale sia l’oggetto di siffatta prevenzione, vale a dire quale sia quell’evento o quell’effetto (diversi dall’illecito e dal pregiudizio già verificatisi) che non sono ancora accaduti, ma, poiché è probabile possano accadere in futuro, devono essere immediatamente impediti o evitati.

**2. L’oggetto della funzione preventiva della tutela giurisdizionale.** Se prevenire vuol dire impedire il verificarsi di qualcosa che non è ancora accaduto, ma che è probabile accadrà, allora, si può affermare, senza temer di smentita, che oggetto della funzione preventiva non può essere l’attività amministrativa non conforme al diritto. Lo stesso legislatore, del resto, ha condizionato l’attivabilità del rimedio giurisdizionale all’avvenuta inosservanza da parte dell’amministrazione delle disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento di esecuzione (art. 69, co. 6, lett. b, o.p.). Ciò vuol dire che l’intervento del Magistrato di sorveglianza non assolve una funzione “assolutamente preventiva”, diretta ad impedire il compimento di una determinata attività amministrativa, soltanto perché potenzialmente illecita, cioè potenzialmente difforme dall’astratta previsione normativa. La tutela giurisdizionale, infatti, è sempre successiva, esigibile soltanto quando l’attività amministrativa *contra ius* abbia già messo in crisi una situazione soggettiva di vantaggio di cui sia titolare la persona detenuta<sup>6</sup>.

L’ordinamento giuridico, d’altra parte, non consente al giudice di vietare o di imporre all’amministrazione pubblica determinati comportamenti, ancor prima che questa abbia manifestato l’intenzione di violare le norme vigenti. Soltanto il diritto sostanziale, infatti, assolve una funzione di prevenzione primaria<sup>7</sup>, giacché le sue norme, nell’attribuire all’amministrazione determinati poteri o compiti in vista del perseguitamento di specifiche finalità connesse alla cura di un interesse pubblico, pongono sempre divieti, limiti e vincoli, al fine di impedire che l’attività amministrativa si risolva in una indebita compromissione della sfera giuridica del destinatario. Ciò significa che, nel momento in cui le norme (regole e principi) impongono limiti e vincoli che cir-

<sup>6</sup> Sull’impossibilità, nel nostro ordinamento, di immaginare «forme di tutela preventiva pura o astratta, atta ad impedire il compimento di una determinata attività, in quanto illecita», v. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 5, 21-22, secondo cui «non può darsi tutela giurisdizionale dell’illecito, se quello non si è ancora verificato in nessuna forma e quindi la situazione sostanziale tutelanda non è in crisi» (ivi, 56).

<sup>7</sup> Cfr. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. anim.*, 2009, 980; BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., p. 11.

coscrivono le modalità di esercizio del potere amministrativo o regolano le specifiche modalità di erogazione di un servizio pubblico - limiti e vincoli dai quali derivano obblighi comportamentali (a contenuto positivo od a contenuto negativo) a carico dell'autorità amministrativa -, esse creano situazioni sostanziali protette, e, in tal modo, mirano a garantire al titolare di queste una tutela immediata dell'interesse al mantenimento o al conseguimento di un determinato "bene della vita", interesse che, pertanto, viene ad essere giuridicamente garantito e, di conseguenza, qualificato<sup>8</sup>.

Detto altrimenti, il diritto sostanziale qualifica le situazioni soggettive meritevoli di tutela, ancorandole a quello che può essere definito come il "contenuto protettivo della norma". Cosicché, l'interesse della persona detenuta a mantenere o ad acquisire un determinato "bene della vita" può dirsi qualificato, proprio quando dal dato normativo emerge la volontà di proteggere il valore connesso a tale interesse, di modo che la protezione di esso costituisce la ragione per porre a carico dell'autorità amministrativa specifici e puntuali obblighi comportamentali<sup>9</sup>. L'esatto adempimento di tali obblighi da parte dell'amministrazione costituisce, dunque, il principale mezzo per soddisfare l'interesse del detenuto. Mentre, soltanto nel caso in cui si intenda far valere l'inadempimento di questi obblighi comportamentali, è possibile attivare il rimedio giurisdizione<sup>10</sup>. In tale situazione, però, non si tratta di impedire, in una logica preventiva, l'attività amministrativa difforme dall'astratta previsione normativa, giacché questa è già stata realizzata e può essere soltanto interrotta. Il che, del resto, è anche in linea con il principio per il quale il giudice non può pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, poiché

<sup>8</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili avanti al Magistrato di sorveglianza*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 161 ss.

<sup>9</sup> In questo senso, MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1, 224-225.

<sup>10</sup> Secondo LUCIANI, *Funzione amministrativa*, cit., 979-980, la tutela giurisdizionale - sebbene sia funzione costituzionalmente necessaria (art. 24, 103 e 113 Cost.) - «non esaurisce lo spazio di tutela della situazione giuridica, che trova innanzi tutto nel diritto sostanziale l'origine della sua disciplina». Invero, «il diritto sostanziale qualifica alcuni interessi come giuridicamente rilevanti e li fa oggetto di situazioni soggettive; ciascuna di queste situazioni esprime bisogni differenziati di tutela, ai quali corrisponde una tipologia differenziata di rimedi protettivi». Il diritto sostanziale, pertanto, «è sede della c.d. garanzia primaria», in quanto «a tutela dell'interesse qualificato in senso giuridico, l'ordinamento impone (*erga omnes* o a soggetti particolari) obblighi di prestazione o divieti di lesione». Soltanto nel caso di fallimento degli strumenti di garanzia primaria, «il processo si presenta come l'ambito della garanzia secondaria», essendo «da sede in cui l'ordinamento applica un uso regolato della forza, nelle forme e nei limiti indicati dalle norme processuali». In definitiva, se «la garanzia primaria di un interesse contrappone la pretesa del titolare all'altrui obbligo di non violare quell'interesse o di cooperare alla sua realizzazione», invece, la garanzia secondaria contrappone «l'onere del titolare di agire a difesa del proprio interesse giuridico al dovere del giudice di adottare il rimedio di protezione».

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

l'amministrazione non può essere anticipata dal giudice nell'adozione delle proprie decisioni (siano esse vincolate o discrezionali)<sup>11</sup>.

Soltanto nel caso di inerzia dell'amministrazione, è consentito al Magistrato di sorveglianza di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, prima che lo faccia l'autorità amministrativa, anticipando, cioè, la decisione o l'azione di quest'ultima. Ciò è consentito, perché il diritto dell'amministrazione di provvedere per prima su quanto è rimesso alla sua competenza sussiste sino a quando la legge consente di farlo<sup>12</sup>. Tale diritto, pertanto, viene meno sia nel caso in cui l'autorità amministrativa non adempia l'obbligo comportamentale di provvedere entro un preciso termine prestabilito dalla legge (si pensi, ad esempio, al termine di sessanta giorni, entro il quale, ai sensi dell'art. 42, comma 3, o.p., l'amministrazione penitenziaria deve provvedere, con atto motivato, sulla richiesta di trasferimento, avanzata dalla persona ristretta per motivi di studio, di formazione, di lavoro, di salute o famigliari), sia quando l'inerzia dell'autorità amministrativa dipenda dall'inadempimento di quegli obblighi comportamentali, sempre a contenuto positivo, che discendono dai principi di correttezza e di buona fede in senso oggettivo<sup>13</sup>. Cosicché, l'inerzia protratta nel tempo – in quanto tale, illegittima

<sup>11</sup> Sul punto, cfr., tra gli altri, TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 330 ss.; CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 201-202.

<sup>12</sup> Così, TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*, cit., 333, secondo cui «il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati opera a protezione del potere amministrativo visto nella sua fisiologia e non nella sua patologia». V., altresì, MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 95-96.

<sup>13</sup> Fuori dei casi di domande normativamente tipizzate, l'art. 75 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, attribuisce alla persona detenuta un più generale diritto di presentare istanze o reclami al provveditore regionale e al direttore dell'istituto penitenziario (art. 75, commi 1-3) e pone, in capo all'amministrazione, un più generale obbligo di provvedere, nella sua duplice configurazione di obbligo di rispondere alla domanda del detenuto con un provvedimento espresso e di obbligo di provvedere (in senso stretto), vale a dire di adottare una decisione sostanziale sulla fondatezza della domanda (ai sensi dell'art. 75, comma 4, infatti, il personale dell'amministrazione penitenziaria informa, nel più breve tempo possibile, la persona ristretta, che abbia presentato istanza o reclamo, «dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento»). Siffatto generale obbligo di provvedere, posto in capo all'autorità amministrativa, deve essere integrato con le regole di condotta estraibili dai principi di ragionevolezza, correttezza e buona fede in senso oggettivo. Ne deriva che, qualora non sia normativamente prefissato un termine certo, entro il quale l'amministrazione è tenuta a rispondere, quest'ultima, in forza dei canoni di comportamento della correttezza e della buona fede, deve provvedere “nel più breve tempo possibile” e, comunque, entro un termine ragionevole.

Ragionevolezza, correttezza e buona fede in senso oggettivo sono principi posti da enunciati normativi che contengono termini o sintagma di natura valutativa (cosiddette “clausole generali”). In ordine ai vincoli derivanti da talune “clausole generali”, vincoli dai quali conseguono precisi obblighi comportamentali a carico dell'amministrazione, v. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*.

e illecita<sup>14</sup> - estingue il diritto dell'amministrazione di pronunciarsi per prima e, di conseguenza, determina l'esigibilità dell'intervento del Magistrato di sorveglianza, che può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale, anche a prescindere dalla decisione dell'amministrazione.

Ad ogni modo, risulta confermato che l'intervento del Magistrato di sorveglianza non può che essere sempre successivo all'attività amministrativa di cui si lamenti la non conformità al diritto (potendo essere tale anche l'inerzia), vale a dire non può che essere successivo all'inadempimento, da parte dell'autorità amministrativa, degli obblighi comportamentali (a contenuto positivo o a contenuto negativo) derivanti dai limiti e dai vincoli normativi che circoscrivono l'esercizio del potere pubblico o regolano l'attività di prestazione di pubblico servizio. In alcun modo, quindi, la pronuncia del giudice può assolvere una funzione preventiva di un'attività amministrativa *contra ius* non ancora posta in essere, neanche qualora sia probabile che tale attività sarà rea-

---

*Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 251 ss. Sul complesso tema delle "clausole generali", cfr., tra gli altri, CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012; Id., *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen" il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. pen.*, giugno 2017; CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. it.*, 2011, VII, 1689 ss.; COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.; CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 473 ss.; FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards valutativi" e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558; Id., *Clausola generale* (voce), in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2012; FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 230; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 351 ss.; LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 302 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 e ss.; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016; Id., *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *La genesi della sentenza*, a cura di Rescigno, Patti, Bologna, 2016, 145 ss.; PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2014; Id., *Ancora sulle "clausole generali". Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2018/2, 107 ss.; PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei poteri pubblici. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.; Id., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 313 ss.; RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu, Nanni, Padova, 1998, 49-50; RESCIGNO, *Le clausole generali: dalla codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *La genesi della sentenza*, cit., 135 ss.; SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 171 ss.; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; VIGNUDELLI, *Why is a raven like a writing desk? Prove di soluzione per l'enigma delle clausole generali*, in *Lo Stato*, 2017, 341 ss.

<sup>14</sup> Evidenziano la necessità di distinguere i piani della illegittimità e della illiceità, CASETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 219 ss.; LUCIANI, *Funzione amministrativa*, cit., 984-985, 1003, 1040.

lizzata<sup>15</sup> (v., tuttavia, *infra*, § 5).

Si è già detto che, al pari dell'illecito, neanche il grave pregiudizio all'esercizio di un diritto del detenuto, che dell'illecito è immediata conseguenza, può costituire oggetto di prevenzione. In effetti, se il concetto di prevenzione fa riferimento, da un lato, ad un qualcosa che non è ancora accaduto, ma che è probabile accadrà, e, dall'altro, all'attività volta ad impedire che quel qualcosa accada, allora, oggetto della tutela preventiva non può essere il pregiudizio all'esercizio di un diritto del detenuto, pregiudizio che, dovendo essere "attuale" sia al momento del reclamo sia al momento della decisione, non può che essersi già verificato. Anche in tal caso, quindi, la pronuncia del giudice non ha natura preventiva, ma soltanto inibitoria, in quanto diretta ad arrestare gli effetti pregiudizievoli nell'immediato presente.

È opportuno chiedersi, tuttavia, se la nozione di "pregiudizio all'esercizio del diritto" sia sovrapponibile a quella di danno arrecato alla sfera giuridica del detenuto, danno risarcibile secondo i tradizionali schemi della responsabilità civile (artt. 2043 e 2059 c.c.)<sup>16</sup>. È opportuno stabilire, cioè, se vi possa essere un pregiudizio attuale all'esercizio di un diritto, senza che si siano ancora verificate conseguenze dannose risarcibili. Se così fosse, infatti, oggetto della funzione preventiva, vale a dire quel qualcosa il cui probabile accadimento va impedito, sarebbe proprio l'effetto dannoso.

Invero, se per pregiudizio all'esercizio del diritto si intende la mera compromissione della possibilità (o, piuttosto, di una delle modalità) di esplicazione della pretesa in cui si concreta un diritto, è ben possibile che detto pregiudizio non si risolva immediatamente in un danno incidente sulla sfera giuridica della persona detenuta<sup>17</sup>. Il "pregiudizio", infatti, pur consistendo nell'incisione di

<sup>15</sup> Cfr. CIAVOLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 141.

<sup>16</sup> Per una efficace sintesi delle questioni interpretative connesse al tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione (questioni relative, ad esempio, alla qualificazione dell'illecito, alla ricostruzione dei profili dell'elemento soggettivo, del nesso di causalità e dell'ingiustizia del danno, nonché all'individuazione del danno risarcibile e alla sua quantificazione), v. MACCHIA, MOLITERNI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1189-1198.

<sup>17</sup> In questo senso, ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva*, cit., 9 ss., secondo cui «la legge, collegando il pregiudizio non solo e semplicemente al diritto in sé, ma al suo esercizio, dovrebbe aver voluto collegare l'intervento del giudice, non tanto alla lesione in sé dell'interesse sostanziale, sotteso al diritto, quanto piuttosto alla pretesa che è manifestazione esplicita del diritto». Sulla nozione di "esercizio del diritto", si vedano, nella dottrina civilistica, FROSINI, *Esercizio del diritto* (voce), in *Nov. dig. ital.*, VI, Torino, 1960, 825, secondo cui «l'esercizio del diritto,rettamente inteso, costituisce il contributo che il soggetto dà costantemente alla vita concreta ed all'incremento dell'esperienza giuridica»; PUGLIATTI, *Esercizio del diritto*, a) *Diritto privato* (voce), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1996, 627, per il quale «sembra non solo legittimo, ma anche opportuno [...], dedicare la trattazione del concetto di "esercizio" allo

un interesse sostanziale giuridicamente rilevante, determina soltanto una mera – non definitiva e, quindi, rimediabile – «alterazione delle condizioni di vita» della persona detenuta, sicché esso è “qualcosa di meno” rispetto al danno *ex artt. 2043 e 2059 del codice civile*<sup>18</sup>. I fenomeni del pregiudizio all’esercizio di un diritto e del danno, quindi, possono non ricondursi ad unità, «in quanto essi corrispondono a momenti ed aspetti diversi» della nozione di illecito, intesa come attività o atto contrario al diritto<sup>19</sup>.

È possibile, pertanto, individuare una sequenza che si compone di tre elementi: l’illecito (vale a dire, l’attività amministrativa non conforme alle norme giuridiche, siano esse regole o principi), il pregiudizio all’esercizio di un diritto (inteso quale incisione di un interesse sostanziale, che determina un’alterazione – non definitiva – delle condizioni di vita della persona detenuta) e il danno (nella sua duplice dimensione di evento lesivo dell’interesse sostanziale sotteso alla situazione giuridica tutelata e di “danno conseguenza” risarcibile<sup>20</sup>). I primi due elementi (illecito e pregiudizio all’esercizio di un diritto) attengono al contenuto *lato sensu* inibitorio della pronuncia del giudice; il terzo elemento (il danno) è l’oggetto della funzione preventiva del *dictum* giudiziale, vale a dire, è quell’evento, non ancora verificatosi, il cui probabile accadimento deve essere impedito<sup>21</sup>.

È ovvio, peraltro, che la funzione inibitoria e la funzione preventiva della pronuncia del giudice non sono scindibili, la seconda dipendendo del tutto dalla prima. La tutela giurisdizionale di natura *lato sensu* inibitoria, infatti, assicura una protezione specifica del diritto azionato, in quanto, attraverso

---

schema di genere della situazione soggettiva, utilizzando l’apporto che la dottrina ha già dato in relazione al diritto soggettivo»; SACCO, *L’esercizio del diritto*, in *La parte generale del diritto civile, 2. Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281; SMORTO, *Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi*, in *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, a cura di Graziadei, Pozzo, Milano, 2015, il quale evidenzia come manchi «la costruzione di una teoria generale dell’esercizio del diritto».

<sup>18</sup> Nella dottrina civilistica, la distinzione tra “pregiudizio” e “danno” risarcibile è proposta – sia pure nell’ambito di un non condivisibile modello “a binari paralleli”, caratterizzato dalle due, diverse e autonome, figure dell’illecito e del fatto illecito (*infra*) – da PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., 25.

<sup>19</sup> Sul punto, v. FRIGNANI, *L’injunction nella common Law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, 413 ss., secondo cui «il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l’illecito soltanto alla presenza del danno».

<sup>20</sup> In ambito di responsabilità aquiliana, il danno rileva sotto due profili diversi: come evento lesivo dell’interesse protetto e come insieme di conseguenze risarcibili (c.d. “danno conseguenza”). Il primo (l’evento dannoso) è retto dalla causalità materiale; il secondo (il danno conseguenza) è retto dalla causalità giuridica. Il danno oggetto dell’obbligazione risarcitoria è esclusivamente il “danno conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l’evento lesivo)”.

<sup>21</sup> Cfr. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 6, 68-70, anche per quanto riguarda il ruolo della nozione di pericolo nella tutela preventiva dei danni (ivi, 74 ss.).

l'ordine del giudice, rivolto all'autorità amministrativa soccombente, di porre rimedio al grave e attuale pregiudizio all'esercizio di un diritto (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.), si mira alla piena soddisfazione - secondo le modalità prefissate dalle norme giuridiche - dell'interesse del detenuto al mantenimento o all'acquisizione del "bene della vita" sotteso alla situazione soggettiva fatta valere<sup>22</sup>. È questa piena e specifica soddisfazione della pretesa sostanziale, quindi, che previene la lesione risarcibile, che impedisce, cioè, il concretizzarsi del pericolo del verificarsi di un danno nella sfera giuridica della persona detenuta<sup>23</sup>. L'intervento del giudice, pertanto, si inserisce tra un'attività amministrativa non conforme al diritto, attività che sta già determinando un pregiudizio all'esercizio di un diritto del detenuto (sicché l'illecito e il pregiudizio vanno arrestati nell'immediato presente) e il pericolo di un danno incidente sulla sfera giuridica del detenuto (sicché il probabile verificarsi dell'evento dannoso deve essere impedito, proprio garantendo la tutela specifica della pretesa sostanziale fatta valere).

Cionondimeno, la soluzione proposta presuppone che l'illecito, il pregiudizio all'esercizio del diritto e il danno giuridicamente rilevante siano elementi sempre distinti. In taluni casi, però, come vedremo in seguito, i tre elementi della sequenza non si pongono come fenomeni distinguibili. Ciò avviene quando un unico atto produca integralmente l'evento lesivo (produce, cioè, un immediato e completo effetto lesivo), sicché la prevenzione di un danno futuro, quale conseguenza di un già verificatosi pregiudizio all'esercizio di un diritto, pretende sempre che sia impedita la reiterazione dell'atto in sé (*infra*, § 5)<sup>24</sup>.

3. *Diversità e autonomia delle forme di tutela giurisdizionale, nell'ambito di un sistema rafforzato e organico di protezione dei diritti della persona detenuta.* La tecnica di tutela giurisdizionale, regolata dalla legge sull'ordinamento penitenziario, assolve una funzione preventiva, perché esigibile quando sussistano le condizioni per il probabile prodursi di un danno incidente sulla sfera giuridica della persona detenuta, sicché l'intervento del giudice, nel momento

<sup>22</sup> L'ordine del Magistrato di sorveglianza non ha per contenuto un obbligo nuovo e diverso da quello inadempiuto dall'amministrazione, ma costituisce un'applicazione o una specificazione al caso concreto di un obbligo preesistente, rinvenibile nella legge penitenziaria e nel relativo regolamento di esecuzione, e che impone all'autorità amministrativa un determinato comportamento.

<sup>23</sup> Come affermato da FRANZONI, *Il danno: qualificazione e quantificazione*, in *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di Bellelli, Padova, 2009, 117, «con l'inibitoria è protetto il diritto violato e con ciò è impedito l'evento dannoso [...]».

<sup>24</sup> Cfr. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 41.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

in cui accorda al diritto azionato una protezione specifica, mira anche ad impedire che si concretizzi il pericolo del verificarsi di un evento lesivo risarcibile. Perché il rimedio giurisdizionale sia attivabile, pertanto, è necessario che sia stata posta in essere un'attività amministrativa asseritamente difforme dalle astratte previsioni normative e che si lamenti una già verificatasi compromissione del diritto del detenuto, nella forma del grave pregiudizio al suo esercizio (art. 69, comma 6, *lett. b*, o.p.). Queste, dunque, sono condizioni necessarie di proponibilità del reclamo, ma sono anche condizioni sufficienti per far sorgere l'interesse del titolare del diritto ad attivare un rimedio giurisdizionale che, assicurando la tutela specifica della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, assolve anche una funzione preventiva, in quanto volta ad impedire il probabile verificarsi di un evento dannoso.

Quando si afferma che la realizzazione di un illecito e il conseguente pregiudizio arrecato all'esercizio del diritto sono condizioni necessarie e sufficienti per attivare il rimedio giurisdizionale, si vuol dire che la forma di tutela in questione prescinde del tutto dagli effetti dannosi il cui probabile verificarsi si vuole impedire. In altri termini, la funzione di prevenzione del danno è mera conseguenza di un rimedio volto essenzialmente alla piena e specifica soddisfazione dell'interesse del detenuto al mantenimento o all'acquisizione del "bene della vita" sotteso alla pretesa fatta valere. Ciò significa che la forma di tutela *de qua*, anche se diretta a prevenire il probabile verificarsi di una lesione nella sfera giuridica del detenuto, è del tutto autonoma e diversa, ancorché preliminare, rispetto alla tutela risarcitoria del danno, assicurata dal giudice civile.

Autonoma e diversa, perché, a differenza di quello risarcitorio, il rimedio *lato sensu* inibitorio è volto a soddisfare, in modo diretto e specifico, la pretesa sostanziale dedotta in giudizio, a prescindere da ogni considerazione relativa al prodursi o al probabile prodursi di un danno risarcibile<sup>25</sup>. La tutela inibitoria, peraltro, è priva di qualsiasi finalità di tipo sanzionatorio, sicché esula dalla decisione del Magistrato di sorveglianza il profilo della responsabilità dell'amministrazione e, in particolare, il profilo della sussistenza del requisito soggettivo della colpa, il giudice dovendo soltanto accettare la sussistenza di

<sup>25</sup> Il rimedio inibitorio prescinde del tutto anche dalla valutazione relativa alla concreta idoneità causale dell'illecito a produrre conseguenze dannose. Non può condividersi, pertanto, la tesi di BIANCA, *L'inibitoria come rimedio preventivo dell'illecito*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005, a cura di Bellelli, Napoli, 2007, 20, secondo la quale sarebbe possibile superare la difficoltà di qualificare come illecito un fatto che non abbia arrecato un danno, proprio ancorando siffatta illiceità ad una concreta valutazione circa «l'idoneità causale del fatto a produrre il danno».

un pregiudizio attuale che necessita di essere rimosso. Può dirsi, dunque, che il rimedio inibitorio è strutturalmente svincolato sia dal (anche solo probabile) evento dannoso, sia da ogni riferimento a criteri soggettivi di imputazione della responsabilità all'amministrazione inadempiente<sup>26</sup>.

In questa prospettiva, tuttavia, la tutela inibitoria è preliminare, proprio perché essa, assicurando la piena e specifica soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, mira anche a prevenire l'evento dannoso, giuridicamente rilevante, e ad escludere, di conseguenza, la necessità di attivare il rimedio risarcitorio. Il carattere preliminare (e, pertanto, preventivo) della tutela inibitoria postula, ovviamente, una nozione unitaria di "illecito", inteso come attività non conforme alle norme giuridiche (regole e principi); illecito che può determinare, innanzitutto, un pregiudizio all'esercizio di un diritto - «antigiuridicità antecedente al (e, comunque, indipendente dal) verificarsi di eventi dannosi»<sup>27</sup> -, ma anche, e di conseguenza, la lesione dell'interesse sostanziale sotteso alla situazione giuridica soggettiva incisa dall'attività amministrativa, in tal caso potendosi configurare, al ricorrere delle altre condizioni richieste dalla legge, la fattispecie del danno risarcibile<sup>28</sup>.

In definitiva, la tutela inibitoria, con funzione preventiva, e quella risarcitoria, pur nella loro autonomia e diversità, sono forme di tutela che («non si esclu-

<sup>26</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 30702 del 2017, cit.

<sup>27</sup> Così RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 109-110.

<sup>28</sup> La costruzione dell'illecito quale figura unitaria, che comprende sia la pura e semplice violazione delle norme giuridiche, tutelata con l'azione inibitoria, sia la fattispecie del fatto illecito sanzionato con il risarcimento del danno (ragion per cui «l'illecito sarebbe sempre il medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell'azione inibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l'obbligo di risarcimento»), non convince PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., 6-7, il quale propone un modello "a doppio binario", in cui dominano due diverse e del tutto autonome figure: l'illecito (che consiste nella pura e semplice violazione di legge e che prescinde da ogni eventuale effetto dannoso); il fatto illecito (per il quale è «determinante il riferimento al danno, cioè all'esito dell'azione [...]»), la cui conseguenza è il risarcimento del danno (ivi, 61 ss.). È ovvio, però, che, costruendo un modello "a binari paralleli", fondato sulle due distinte fattispecie dell'illecito e del fatto illecito, in cui vi sono «due diverse antigiuridicità» (ivi, 63 ss.), la tutela inibitoria non può assolvere alcuna funzione di prevenzione del danno (ivi, 22 ss.).

A questa suggestiva impostazione, si ribatte, tuttavia, che la rilevanza dogmatica della nozione di "illecito" «conferma la necessità di una riconduzione ad unità, come elemento unificante di un sistema che, passando dall'inibitoria per arrivare al risarcimento, offre un apparato completo di tutela contro la violazione dei diritti» (in questi termini, CHECCHI, *Sanzioni inibitorie ed illecito civile. Tesi di dottorato*, Pisa, 2014, 108-109). Un sistema di tutela, quindi, nel quale - come rilevato da BELLELLI, *Introduzione*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 7 - «mentre l'azione risarcitoria interviene, in via successiva e compensativa, dopo che l'illecito si sia verificato e abbia prodotto un danno, l'azione inibitoria, invece, è volta ad impedire, in via preventiva e specifica, proprio la stessa lesione della situazione giuridicamente protetta, a prescindere dalla configurazione di un danno, sia pure potenziale o futuro».

dono a vicenda, ma») si completano, «nell’ambito di un sistema rafforzato e organico di protezione giurisdizionale dei diritti». Del resto, l’introduzione di un rimedio inibitorio appare necessitata, proprio quando la tradizionale e indefettibile tutela risarcitoria si mostri inadeguata a garantire una efficace protezione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio<sup>29</sup>. In altri termini, il rimedio inibitorio, con funzione preventiva, è strumento irrinunciabile al fine di assicurare una effettiva tutela di quei diritti «che non sarebbero adeguatamente difesi mediante la tecnica della monetizzazione risarcitoria»<sup>30</sup>. Tra queste situazioni giuridiche soggettive, che pretendono una effettiva protezione giurisdizionale, anche di tipo inibitorio-preventivo, rientrano tutti i diritti fondamentali di cui è titolare la persona detenuta<sup>31</sup>, per la gran parte dei quali lo strumento del risarcimento del danno non patrimoniale si rileva rimedio successivo, strutturalmente inadeguato ad assicurare, da solo, una tutela effettiva. Invero, a fronte di diritti fondamentali, a contenuto e funzione non patrimoniale (quindi, insuscettibili di immediata valutazione in termini economici), la tutela risarcitoria non può, in alcun modo, soddisfare il bisogno non patrimoniale sotteso a tali diritti, e non riesce a compensare, in modo completo, la lesione arrecata alla sfera personale (psicofisica, morale o esistenziale) del

<sup>29</sup> Oramai da diversi decenni, l’attenzione di una parte della dottrina civilistica si dirige verso lo studio del tema dell’inadeguatezza della tradizionale tutela di tipo risarcitorio. Sull’argomento, v., tra gli altri, RAPISARDA, TARUFFO, *Inibitoria (azione), Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1988, 1. Secondo questi Autori, infatti, le ragioni di tale inadeguatezza possono essere diverse: «può essere che la violazione produca un danno non economicamente valutabile, sicché l’inapplicabilità o l’inefficacia della tutela risarcitoria equivale, in realtà, a mancanza di tutela; può accadere, invece, al di là del risarcimento del danno, che la tutela restitutoria non sia comunque idonea ad eliminare (tutti) gli effetti dell’avvenuta violazione, con la conseguenza di una totale o parziale inadeguatezza della tutela restitutoria; può succedere, infine, che indipendentemente dall’eventuale efficacia concreta delle forme di tutela successive alla violazione del diritto, si ritenga, in ogni caso, più importante una forma di tutela diretta a prevenire l’illecito, piuttosto che a ripararne gli effetti».

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Dalle norme costituzionali, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.) e che vietano il ricorso a pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, Cost.), discende un fondamentale principio di civiltà giuridica, secondo il quale le persone sottoposte a restrizione della libertà personale conservano intatta la titolarità di situazioni giuridiche attive e vedono garantita quella parte di personalità umana che la detenzione in carcere non intacca (v. Corte cost., sent. 25 luglio 1979, n. 114). Invero, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva un residuo che è tanto più prezioso, in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale espandersi la sua personalità individuale» (in questi termini, Corte cost. sent. 28 luglio 1993, n. 349). In definitiva, i diritti inviolabili dell’uomo «trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connesse alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione», dal momento che è estranea all’ordinamento costituzionale “l’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive, attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria» (così, Corte cost., sent. 8-11 febbraio 1999, n. 26).

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

danneggiato<sup>32</sup>. Sicché, il probabile verificarsi di un danno non patrimoniale, giuridicamente rilevante, derivante dalla lesione all'integrità psicofisica del detenuto o alla sua sfera esistenziale (vale a dire, derivante dalla lesione ad interessi non economici, aventi rilevanza sociale), deve essere, innanzitutto, impedito, attraverso una diversa forma di tutela giurisdizionale, qual è quella *lato sensu* inibitoria, che consenta la piena e specifica soddisfazione della pretesa sostanziale incisa dall'attività amministrativa non conforme al diritto<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Nonostante l'evoluzione in chiave non patrimonialistica del sistema della responsabilità civile, il solo rimedio risarcitorio risulta inadeguato a garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali. La stessa dottrina civilistica evidenzia come vi siano ipotesi in cui il rimedio prettamente compensatorio è inadeguato, in quanto il danno sofferto non è affatto o non è integralmente risarcibile. Si pensi proprio alla lesione di un diritto fondamentale, a contenuto e funzione non patrimoniale, dal quale deriva spesso un danno intrinsecamente insuscettibile di essere reintegrato nella sua unità, anche in ragione della refrattività di tale danno a misurazioni oggettive secondo parametri valutativi di una economia di mercato (in questi termini, PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2018, 440; cfr., altresì, BARONE, *Diritti fondamentali*, Acireale-Roma, 2008, 25, 104; BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 147-148, 234 ss.; BELLELLI, *Introduzione*, cit., 7; LUCIANI, *Funzione amministrativa*, cit., 989-990; NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, Napoli, 2017, 75 ss.; ID., *Note in tema di azione inibitoria*, in *Judicium*, 20 febbraio 2013, 4 ss.; PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, V, 1990, 5; RAPISarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 77 ss.).

<sup>33</sup> Sembrerebbe sussistere una sorta di parziale parallelismo tra i caratteri che il pregiudizio all'esercizio del diritto del detenuto deve possedere, ai fini dell'attivabilità della tutela inibitorio-preventiva, e i caratteri che devono connotare la lesione all'interesse inherente alla persona, che abbia rilevanza costituzionale, ai fini dell'integrazione della fattispecie del danno non patrimoniale. Il primo, infatti, oltre ad essere attuale, deve essere "grave" (art. 69, comma 6, lett. b, o.p.). Ma anche la seconda, per costante orientamento giurisprudenziale, deve essere "grave", nel senso che l'offesa deve superare una soglia minima di tollerabilità (cfr. Cass. civ., Sez. un., sent. 11 novembre 2008, n. 26972). È ovvio, però, che, a parte questo limitato parallelismo, la fattispecie di danno non patrimoniale risulta, rispetto a quella di pregiudizio all'esercizio di un diritto, molto più complessa. Invero, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale si configura ed è risarcibile (fuori dei casi di danno derivante dalla commissione di un reato, o dei casi in cui la legge consente espressamente il ristoro di tale danno) al ricorso di tre condizioni: che sia leso un interesse inherente alla persona che abbia rilevanza costituzionale; che, come detto, la lesione di tale interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, dal momento che il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza; che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità, dovendo ritenersi palesemente non meritevoli di tutela risarcitoria i pregiudizi consistenti in detti disagi, fastidi, disappunti, ansie e in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita (in questi termini, Cass. civ., sent. n. 26972 del 2008, cit.).

Nell'ambito del limitato parallelismo cui si è appena fatto cenno, può dirsi che il requisito della "gravità", che deve connotare il pregiudizio all'esercizio di un diritto del detenuto, ai fini dell'attivabilità del rimedio inibitorio, può considerarsi ragionevole soltanto se si assume la prospettiva preventiva. È soltanto in questa logica, infatti, che il requisito della gravità può assolvere una qualche funzione, assumendo il carattere di sintomo (incontrovertibile) del probabile verificarsi di un concreto danno non patrimoniale, giuridicamente rilevante, che va impedito. Resta, tuttavia, da capire come possa ritenersi

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

La tutela inibitoria, con funzione preventiva, è, inoltre, convenzionalmente imposta a protezione dei diritti sanciti nella C.E.D.U. (art. 13 C.E.D.U.)<sup>34</sup>. Con specifico riferimento al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 C.E.D.U.), vale a dire con riferimento a quei diritti assoluti che costituiscono “il nucleo centrale della Convenzione” (art. 15 C.E.D.U.), la Corte Edu, proprio in ragione dell’inadeguatezza della tutela compensativa ad assicurare, da sola, una protezione effettiva, pretende che le autorità nazionali introducano rimedi giurisdizionali inibitori e preventivi, idonei a fare cessare rapidamente la violazione di questi diritti. Secondo la Corte Edu, quindi, i rimedi che assicurano una protezione ‘diretta’ dei diritti fondamentali (vale a dire, che eliminano il fatto lesivo) e i rimedi che assicurano una protezione ‘indiretta’ (che attribuiscono, cioè, una riparazione equivalente al danno subito dalla persona detenuta) devono necessariamente coesistere, giacché soltanto un ricorso o una combinazione di ricorsi, che abbiano effetti realmente preventivi e compensativi, possono garantire una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione<sup>35</sup>. In definitiva, anche in questo caso, il rimedio compensativo si rivela, da solo, insufficiente, giacché – come evidenziato dalla Corte europea – la sola prospettiva di ottenere, in futuro, una compensazione per il trattamento subito, finirebbe per giustificare gravi sofferenze in violazione dell’art. 3 C.E.D.U.<sup>36</sup>. Da qui, la necessità di un rimedio inibitorio, idoneo a porre fine immediatamente ad un trattamento inumano e

---

non “grave”, o lieve, un pregiudizio all’esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e la sua eventuale lesione, in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore, proprio sulla base di una attenta valutazione dell’importanza dei valori in gioco, abbia espressamente ritenuto meritevole di protezione un determinato interesse, ponendo, in capo all’autorità amministrativa, obblighi comportamentali il cui corretto adempimento ne assicura il soddisfacimento. Non sfugge, invero, che se il legislatore ha qualificato un interesse del detenuto come meritevole di tutela, ancorandolo a quello che può essere definito come il “contenuto protettivo” di una norma, ciò vuol dire che ha considerato la violazione di quell’interesse come grave, sicché il pregiudizio all’esercizio del diritto che quell’interesse esprime e la sua eventuale lesione non possono mai considerarsi lievi, futili, tollerabili.

<sup>34</sup> Come affermato dalla Corte di Strasburgo: «La carcerazione non far perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato» (in questi termini, Corte EDU, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, § 65)

<sup>35</sup> Cfr., tra le altre, Corte EDU, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit. Sul tema della tutela “diretta” e “indiretta”, da parte dello Stato, dei diritti fondamentali sanciti dalla C.E.D.U., cfr. DE RUBEIS, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 439 e ss.; MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi ‘compensativi’: prospettive de iure condendo*, ivi, 591 ss.; VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2013, 8 ss.

<sup>36</sup> Cfr., tra le altre, Corte EDU, sent. 10 gennaio 2012, Ananyev e altri c. Russia, § 98.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

degradante; rimedio inibitorio esperibile a prescindere da ogni considerazione relativa ai probabili effetti dannosi derivanti dall'illecito<sup>37</sup>. Tuttavia, ove si ritenga che «la valutazione circa la non compatibilità della detenzione con l'art. 3 ingenera [...] una non obiettabile presunzione, in base alla quale le autorità hanno causato dei danni di natura non pecuniaria alla persona danneggiata»<sup>38</sup>, una siffatto rimedio, che si limiti a porre fine ad un già verificatosi trat-

<sup>37</sup> Nell'ordinamento interno, la combinazione di ricorsi con effetti preventivi e compensativi è ora assicurata dall'art. 35-bis, che regola un rimedio inibitorio ad ampio spettro, e dall'art. 35-ter, che prevede uno specifico rimedio, di natura indennitaria, per il solo pregiudizio all'esercizio dei diritti derivante dalla violazione dell'art. 3 C.E.D.U., così come interpretato dalla Corte EDU (sulla natura del rimedio compensativo, cfr. Cass. pen. Sez. un., sent. 21 dicembre 2017, n. 3775, Min. giust. c. Tuttolomondo, che individua la peculiarità del rimedio ex art. 35-ter o.p. nella sua «ispirazione solidaristica e nella connotazione pubblicistica», trattandosi di istituto introdotto nell'ordinamento con finalità non risarcitorie [...]», Cass. civ., sez. un., sent. 8 maggio 2018, n. 11018, Min. giust. c. Cellini, secondo cui, «nonostante la terminologia utilizzata dal legislatore [...], deve concordarsi con quanto già più volte affermato dalle sezioni penali circa il fatto che si è in presenza di un mero indennizzo»; in dottrina, si vedano, tra gli altri, CIAVOLA, *Ambito di operatività e natura dei rimedi compensativi per le violazioni dell'art. 3 C.E.D.U.*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 421 ss.; DEGL'INNOCENTI, *Caratteristiche della domanda*, ivi, 448 ss.; MAGI, *La giurisprudenza di legittimità*, ivi, 601 ss.; PASSIONE, *I rimedi "compensativi" (art. 35-ter legge n. 354 del 1975), la giurisprudenza di merito*, ivi, 569 ss.; GIOSTRA, *Commento all'art. 35-ter, in Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 417). È ovvio, del resto, che, se l'attività amministrativa non conforme all'art. 3 C.E.D.U. abbia determinato una grave lesione di un interesse personale del detenuto, questi potrà esperire anche l'ordinaria tutela risarcitoria, «secondo le consolidate categorie civilistiche». Ciò vuol dire che anche il rimedio regolato nell'art. 35-ter - al di là del lessico utilizzato dal legislatore, che impiega erroneamente il sintagma "risarcimento del danno" - prescinde del tutto dalla (prova della) sussistenza di conseguenze dannose, sicché esso si limita a garantire un indennizzo - in forma *lato sensu* specifica o nella forma del ristoro monetario (sulle due tipologie di rimedi compensatori, v. Menghini, *La tipologia dei risarcimenti concedibili. I casi di applicazione del ristoro in forma specifica e del ristoro pecuniario dopo la sentenza costituzionale n. 204 del 2016*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 531 ss.) - al fine di riparare il solo "pregiudizio" derivante dalla violazione degli obblighi comportamentali discendenti dall'art. 3 C.E.D.U. Riparando soltanto il "pregiudizio", senza risarcire il "danno" giuridicamente rilevante, anche il rimedio di natura indennitaria si muoverebbe nell'ambito del binomio illecito-pregiudizio (passato), sicché esso non inciderebbe sul riconoscimento di una funzione preventiva alla tutela inibitoria. Questa, infatti, anche nel caso di inadempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi derivanti dall'art. 3 C.E.D.U., sarebbe volta all'immediata cessazione dell'illecito e del pregiudizio attuale (quello passato sarebbe, comunque, indennizzabile) e mirerebbe, di riflesso, ad impedire il verificarsi di effetti dannosi.

<sup>38</sup> In questi termini, con specifico riferimento al sovraffollamento carcerario, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Il sovraffollamento carcerario e i diritti umani*, in *La tutela preventiva e compensativa* cit., XI; in senso analogo, DEGL'INNOCENTI, *Caratteristiche della domanda*, ivi, 448. Deve ribadirsi, tuttavia, come il sistema interno della responsabilità civile si fonda sulla distinzione tra "evento dannoso" e "danno conseguenza", quest'ultimo da allegare e provare. Non è accettabile, pertanto, «la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, ovvero come danno-evento, e parimenti da disattendere è la tesi che colloca il danno appunto *in re ipsa*, perché così si snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo». Cosicché, se è ben vero che la prova del danno sofferto a causa della lesione di un diritto fondamentale può - e anzi normalmente non potrà che - essere fornita attraverso presunzioni, cionondimeno, «una cosa è dire che il danno è presunto (con inversione dell'onere della prova, addossandosi

tamento inumano e degradante, avrebbe solo un contenuto inibitorio, senza assolvere alcuna funzione preventiva. In altri termini, per essere anche preventivo, il rimedio inibitorio deve essere idoneo a far cessare l'attività amministrativa *contra ius*, prima che questa determini conseguenze di tale gravità da concretizzare il pericolo di un trattamento inumano o degradante<sup>39</sup> e, di conseguenza, il pericolo del prodursi di effetti dannosi. Anche assumendo questa prospettiva di analisi, però, la tutela giurisdizionale *ex art. 35-bis o.p.* sarebbe capace di assolvere la sua funzione preventiva, in quanto il rimedio inibitorio (attivabile al fine di far cessare immediatamente il pregiudizio all'esercizio di un diritto), se realmente tempestivo, efficace ed effettivo, potrebbe essere idoneo anche a prevenire il pericolo che si concretizzi la violazione dell'art. 3 C.E.D.U. e ad impedire l'effetto dannoso che ne consegue (v., *infra*, § 7).

Per le altre situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, prive di fondamento costituzionale o convenzionale, il legislatore è libero di scegliere - nel rispetto del principio di ragionevolezza - se apprestare o no tecniche di tutela con funzioni inibitorie e preventive. Si tratta, quindi, di valutazioni non necessitate, ma discrezionali, connesse ad un giudizio, concreto e funzionale, circa l'opportunità di introdurre forme di tutela diverse, da affiancare a quella risarcitoria<sup>40</sup>. Tuttavia, considerato il tenore letterale degli artt. 35-bis e 69, comma 6, *lett. b*, o.p., i quali si riferiscono unicamente ai "diritti" del detenuto, senza alcuna altra specificazione o connotazione, deve ritenersi che il legislatore - all'esito di una valutazione concreta e funzionale, nonché tenuto conto della giurisprudenza costituzionale<sup>41</sup> - abbia considerato inadeguata la

---

al danneggiante quello di provare il contrario), altra è dire che può essere provato per presunzioni» (cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. VI, sent. 18 luglio 2019, n. 19434, Pagano).

<sup>39</sup> Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, infatti, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 C.E.D.U., un maltrattamento deve raggiungere un minimo di gravità. La valutazione di tale minimo è relativa, dipendendo «dall'insieme dei dati della causa, in particolare dalla durata del trattamento, e dai suoi effetti fisici o mentali» (elementi oggettivi di apprezzamento), «nonché talvolta dal sesso, dall'età, dalle condizioni di salute della vittima» (elementi soggettivi di valutazione). Così, tra le tante, Corte EDU, sez. II, sent. 10 giugno 2008, Scoppola *c.* Italia.

<sup>40</sup> In questo senso, RAPISARDA, TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, cit., 8. V., inoltre, Corte cost., sent. 25 giugno 2019, n. 160, secondo cui «la limitazione della protezione giurisdizionale al risarcimento per equivalente non è un'opzione sconosciuta al nostro ordinamento». Al contrario, si tratta «di una scelta che corrisponde a una tecnica di tutela assai diffusa e ritenuta pienamente legittima in numerosi e delicati comparti, tra i quali l'ambito lavoristico» [...]. In diversi settori, pertanto, si riconosce che «il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza (sentenza n. 194 del 2018)».

<sup>41</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 26 del 1999, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354, quest'ultimo come sostituito dall'art. 21 della legge 10 ottobre

sola forma risarcitoria, ai fini di una tutela effettiva di tutti i diritti di cui sia titolare la persona detenuta, a prescindere dal loro fondamento costituzionale e convenzionale, ed abbia ritenuto “ragionevole” l’introduzione di un rimedio inibitorio, nell’ambito di un sistema rafforzato di protezione giurisdizionale delle situazioni soggettive dei detenuti nei confronti dell’autorità amministrativa<sup>42</sup>. Non sfugge, peraltro, che nel caso di diritti privi di fondamento costituzionale, la funzione preventiva della tecnica di tutela inibitoria ha ad oggetto unicamente il probabile verificarsi di un danno patrimoniale nella sfera giuridica del detenuto<sup>43</sup>, dal momento che il danno non patrimoniale può realizzarsi solo nei casi previsti dalla legge, oppure nei casi di grave lesione arrecata ad un interesse, inerente alla persona detenuta, che abbia rilevanza costituzionale.

---

1986, n. 663, nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale. Nella motivazione della sentenza, la Consulta ha affermato quanto segue: «La presente questione di legittimità costituzionale riguarda invece specificamente la tutela giurisdizionale dei diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell’amministrazione a esso preposta. Occorre precisare, in contrasto con l’impostazione data alla questione dal giudice rimettente: di tutti i diritti rientranti in questo ambito, non essendo possibile, considerando la portata generale degli artt. 24 e 113 della Costituzione, distinguere, per assicurare la garanzia giurisdizionale solo ai primi, tra diritti aventi e diritti non aventi fondamento costituzionale».

<sup>42</sup> In senso contrario, tuttavia, si muove la giurisprudenza di legittimità, secondo cui devono definirsi in termini «di diritto soggettivo», suscettibili di essere lesi da comportamenti (attivi o omissivi) dell’Amministrazione, «esclusivamente gli interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell’individuo riconosciuti nella Carta fondamentale o in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato [...]» (in questi termini, Cass. pen., sez. I, sent. 14 giugno 2017, n. 54117, Costa; Cass. pen., sez. I, sent. 25 giugno 2019, n. 38937, Amato).

<sup>43</sup> Si pensi all’esempio costruito, sia pure con altre finalità, da GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35bis e 35ter ord. penit.*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 92: «Il detenuto ha messo in vendita la propria abitazione. Oggi non è facile vendere casa. Ha ricevuto qualche offerta, ma sono per lui troppo basse. Ad un certo momento, la moglie lo avvisa che è arrivata l’offerta giusta, ma l’affare si deve concludere in brevissimo tempo. Il possibile acquirente deve partire per un lungo periodo di lavoro. Normale, no? Ad una persona può andare bene comprare un immobile solo entro una certa data, altrimenti non se ne fa nulla. A questo punto, il detenuto domanda la possibilità di incontrare il tutore, al quale spetta di formalizzare l’atto di vendita nel caso di interdizione legale. Possono sorgere dei problemi [...]. L’amministrazione rigetta la richiesta del detenuto. Avverso questo provvedimento, ritenuto non conforme al diritto, il detenuto propone reclamo al Magistrato di sorveglianza. Questi, ove accolga la domanda, ordina all’amministrazione di porre rimedio al grave pregiudizio lamentato dal detenuto. In questa ipotesi, quindi, la pronuncia del giudice ha contenuto *lato sensu* inibitorio, ma ha anche una funzione preventiva, in quanto volta anche ad impedire il concretizzarsi di un danno incidente sulla sfera patrimoniale del detenuto.

Si consideri, peraltro, che, nel caso di pregiudizio non grave all’esercizio di un diritto del detenuto, non sarà possibile attivare il rimedio giurisdizionale ex art. 35-bis o.p. Qualora, tuttavia, da tale pregiudizio lieve derivasse un danno patrimoniale, giuridicamente rilevante, sarà possibile adire il giudice civile per ottenerne il risarcimento.

*4. Funzione preventiva della tutela giurisdizionale e attualità del pregiudizio all'esercizio di un diritto: i rapporti amministrativi di durata.* Due, quindi, sono le condizioni di proponibilità della domanda giudiziale ex art. 69, comma 6, lett. b, della legge sull'ordinamento penitenziario<sup>44</sup>. La prima, compendiata nella formula «inoservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento di esecuzione», esprime l'esigenza che il giudice non si pronunci su poteri amministrativi non ancora esercitati e non anticipi, pertanto, l'autorità amministrativa nell'adozione delle decisioni rimesse dal legislatore alla sua competenza. La seconda, sintetizzata con la locuzione «grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati», esprime l'esigenza che la tutela giurisdizionale inibitoria, ma con funzione preventiva, sia sempre successiva, attivabile, cioè, solo quando l'attività amministrativa - di cui si lamenti la diffidabilità dall'astratta previsione normativa - abbia già messo in crisi il rapporto amministrativo e, di conseguenza, la situazione soggettiva di vantaggio di cui sia titolare la persona detenuta<sup>45</sup>. L'ordine del giudice, rivolto all'amministrazione soccombente, di porre rimedio al grave e attuale pregiudizio (art. 35-bis, comma 3, o.p.) mira, innanzitutto, ad arrestare l'illecito ed i suoi effetti pregiudizievoli e, di riflesso, ad impedire il verificarsi di un evento dannoso incidente sulla sfera giuridica del detenuto.

Tuttavia, la scelta del legislatore di condizionare la proponibilità della domanda al sussistere del connotato dell'attualità del pregiudizio al momento del reclamo (art. 69, comma 6, lett. b, o.p.) e di consentire al giudice di emettere una pronuncia di condanna, a contenuto *lato sensu* inibitorio, soltanto se il requisito dell'attualità persista al momento della decisione (art. 35-bis, comma 3, o.p.), rischia di lasciare prive di tutela giurisdizionale preventiva fondamentali situazioni giuridiche soggettive, meritevoli, per contro, di particolare protezione.

---

<sup>44</sup> In merito al rapporto che sussiste tra l'azione, la domanda e la pronuncia, v. GARGANO, *Rapporto tra azioni e tecniche di tutela: verso un'azione unica ed atipica?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 230, secondo cui «la domanda rappresenta il punto di collegamento tra azione e pronuncia: un rapporto trilaterale, quindi, in cui le azioni rappresentano gli strumenti che sono attribuiti al ricorrente per difendersi; la domanda rappresenta il mezzo mediante il quale si concretizza e qualifica lo strumento che la parte intende utilizzare dando contenuto alle azioni; le pronunce sono lo strumento a disposizione del giudice per rendere la giustizia richiesta».

<sup>45</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 11 aprile 2019, n. 39097, Attanasio, secondo cui non è consentito proporre reclamo, ai sensi dell'art. 35-bis o.p., «in presenza di atti dell'amministrazione, pur assolutamente illegittimi, che non comportino una diretta incidenza su posizioni giuridiche soggettive riferibili al detenuto». Conf. Cass. pen., sez. I, sent. 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano.

Consideriamo la seconda delle situazioni prima delineate, ovverosia, quella in cui il pregiudizio all'esercizio di un diritto sia attuale al momento della proposizione del reclamo, ma non lo sia più al momento della decisione del giudice. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, se «la lesione del diritto soggettivo sia, per qualunque ragione, venuta meno nel periodo intercorso fra il momento della proposizione del reclamo e quello della decisione dello stesso, non vi è spazio per l'esercizio del potere giudiziale impositivo di prescrizioni all'amministrazione penitenziaria previsto dall'art. 35-bis»<sup>46</sup>. Tale orientamento, tuttavia, è condivisibile solo in parte. Di certo, la definitiva cessazione del grave pregiudizio arrecato all'esercizio di un diritto del detenuto preclude al giudice di chiudere il procedimento con una pronuncia di condanna. Ciò si verifica, ad esempio, quando il Magistrato di sorveglianza, nel corso del giudizio, abbia accertato che l'amministrazione ha autonomamente posto rimedio al pregiudizio, adempiendo gli obblighi comportamentali imposti dalla legge o dal relativo regolamento di esecuzione. Ma la cessazione del pregiudizio, prima della pronuncia del giudice, può anche verificarsi a seguito del mero mutamento della situazione di fatto, mutamento che, se si fosse verificato prima della proposizione del reclamo, avrebbe determinato la non azionabilità della pretesa sostanziale fatta valere dal detenuto<sup>47</sup>. In questi casi, la pronuncia del giudice, ancorché non possa avere contenuto ordinatorio, deve comunque contenere sia l'accertamento, in fatto, delle condizioni di proponibilità del reclamo (vale a dire, l'accertamento della sussistenza, al momento del reclamo, di una attività amministrativa non conforme al diritto e del grave pregiudizio da essa determinato), sia l'accertamento del successivo, definitivo venir meno di tali condizioni, a seguito dell'attività integralmente satisfattoria posta in essere dall'amministrazione interessata o del mero mutamento della situazione di fatto, che ha determinato la definitiva cessazione del pregiudizio<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 3 luglio 2017, n. 51627, Zagaria.

<sup>47</sup> In questi casi, se un danno incidente sulla sfera giuridica del detenuto sì è comunque prodotto, a conoscerne sarà il giudice civile, ove il detenuto promuova azione per il risarcimento del danno, ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c.

<sup>48</sup> Il contenuto accertativo della pronuncia del giudice che, decidendo sul merito della controversia, rigetti il reclamo, per avvenuta cessazione della materia del contendere, non trasforma questa pronuncia in una decisione di “accertamento mero”, dovendosi ritenere tali solo quelle pronunce che – accogliendo la domanda del ricorrente, in vista della prevenzione di un danno futuro – si limitano alla mera dichiarazione giudiziale affermativa di una determinata situazione, risolvendo un dubbio o una incertezza. La tutela di accertamento mero, quindi, è tale proprio perché «alla fatispecie dedotta in giudizio non si ricollega né il *quid pluris*, né il *quid novi* che caratterizzano, sul piano sostanziale, la tutela di condanna e la tutela costitutiva». Di conseguenza, la tutela di mero accertamento, con funzione preventiva, non va

Cionondimeno, vi è una situazione particolare che, benché sia anch'essa caratterizzata dal venir meno del requisito dell'attualità del pregiudizio nel tempo intercorrente tra la proposizione del reclamo e la decisione del giudice, non può essere ricondotta alle ipotesi in precedenza delineate, nelle quali il Magistrato di sorveglianza accerta la definitiva cessazione sia dell'attività amministrativa non conforme al diritto, sia dei suoi effetti pregiudizievoli. Si tratta, in particolare, del caso in cui persista, al momento della decisione del giudice, l'inadempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi comportamentali imposti dalle norme penitenziarie, ma, per ragioni contingenti, che hanno determinato una temporanea modifica della situazione di fatto, sia venuto meno il requisito dell'attualità del pregiudizio all'esercizio del diritto, pur essendo certo o probabile che, al rideterminarsi di una situazione di fatto analoga a quella esistente al momento della proposizione del reclamo e persistendo l'illecito, si verificherà di nuovo l'effetto pregiudizievole, ristabilendosi le condizioni per il determinarsi di un probabile danno incidente sulla sfera giuridica del detenuto. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al ristretto che lamenti, con il reclamo, un grave e attuale pregiudizio al suo diritto alla salute, determinato dall'inadempimento di quegli obblighi di comportamento che impongono all'amministrazione di attivarsi, al fine di garantire condizioni detentive essenziali per la tutela del benessere psicofisico della persona detenuta, durante la stagione invernale (artt. 6, comma 1, 8, comma 1, e 10, comma 3, o.p., nonché art. 9, comma 2, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230)<sup>49</sup>. In questa ipotesi, infatti, se - a causa dell'eccessiva durata della procedura - il giudice si pronunci sul reclamo nel mese di maggio, il pregiudizio lamentato, sebbene attuale al momento del reclamo, non lo è più al momento della decisione. Tuttavia, vi è la certezza che, ove l'amministrazione non si conformi alle previsioni normative e continui a non adempiere gli specifici obblighi ad essa imposti, al riproporsi di una situazione di fatto analoga a quella esistente al momento del reclamo (al ritorno, cioè, della stagione invernale), il pregiudizio all'esercizio del diritto riacquisterà il connotato dell'attualità, e porterà con sé il pericolo del verificarsi di un danno, giuridicamente rilevante, incidente sulla sfera personale del detenuto, danno che sarebbe necessario prevenire sin da subito<sup>50</sup>.

---

confusa con l'ineliminabile contenuto accertativo che caratterizza ogni pronuncia giudiziale sul merito della controversia.

<sup>49</sup> Sul cattivo funzionamento dei termosifoni, durante la stagione invernale, cfr., sia pure nell'ambito del diverso rimedio ex art. 35-ter o.p., Cass. pen., sez. I, sent. 20 aprile 2018, n. 46154, Amato; in dottrina, v. GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 509.

<sup>50</sup> Si pensi, inoltre, sempre a titolo esemplificativo, al caso in cui il detenuto - dopo la proposizione del

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

In effetti, l'ipotesi prima delineata pone una fondamentale questione interpretativa. Risulta indispensabile, infatti, pervenire ad una più precisa definizione del requisito dell'attualità del pregiudizio, che tanga conto, anche in una logica preventiva, della differente natura dei rapporti giuridici che si instaurano tra amministrazione e persona detenuta.

Assumendo questa prospettiva di analisi, è possibile rilevare che il rapporto giuridico, che si stabilisce con l'avvio dell'esecuzione penitenziaria, altro non è che un rapporto amministrativo in senso ampio, proiettato nel tempo, nel cui ambito sorgono rapporti di durata in senso stretto, cioè relazioni giuridicamente rilevanti, anch'esse proiettate nel tempo, che si instaurano tra amministrazione pubblica (sia essa penitenziaria o sanitaria) e detenuto, in relazione all'esercizio della funzione amministrativa (consistente nell'esercizio di un determinato potere autoritativo o nello svolgimento di una specifica e concreta attività di pubblico servizio) e alla tutela di ben individuati diritti della persona detenuta<sup>51</sup>. Sicché può affermarsi che il rapporto amministrativo in senso ampio (vale dire, il rapporto che si stabilisce con l'avvio dell'esecuzione della pena carceraria o della misura di sicurezza detentiva o della misura coercitiva della custodia cautelare in carcere) è la somma degli specifici rapporti giuridici in senso stretto che si instaurano, tra amministrazione e persona detenuta, "ad ogni episodio della vita" penitenziaria preso in considerazione dall'ordinamento giuridico<sup>52</sup> (il quale, proprio in relazione ad ogni episodio

---

reclamo e prima della fissazione della data dell'udienza - sia assegnato, solo temporaneamente (ad esempio, dietro sua richiesta, per motivi familiari), ad un istituto penitenziario diverso da quello in cui persiste l'attività amministrativa *contra ius* oggetto della domanda giudiziale, sicché è certo che il lamentato pregiudizio all'esercizio del diritto tornerà ad essere attuale nel momento in cui detto detenuto farà rientro in quest'ultima struttura, una volta soddisfatte le esigenze poste a fondamento del temporaneo trasferimento).

In ordine alla diversa ipotesi in cui il detenuto, dopo la proposizione del reclamo e prima della data dell'udienza, sia assegnato e trasferito, in via definitiva, ad altro istituto penitenziario, v. NAPOLI, *La fase decisionale: i provvedimenti del Magistrato di sorveglianza sul merito della controversia (annullamento, condanna, rigetto) e le pronunce di rito*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 244-245.

<sup>51</sup> Si utilizza, pertanto, la definizione di rapporto amministrativo di durata in senso stretto, elaborata da PROTTO, *Il Rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 6, 105. E ciò, in quanto deve affermarsi il completo e definitivo superamento della logica della «supremazia giuridica speciale», per la quale il rapporto esecutivo penitenziario si risolverebbe in una relazione caratterizzata dalla condizione di completa soggezione della persona detenuta di fronte al potere libero (in quanto non predeterminato legalmente) dell'autorità pubblica (sul tema, cfr. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, 7; FIORENTIN, *Lesione dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, 2814-2815; MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 21 ss.; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 6).

<sup>52</sup> Cfr., sia pure nell'ambito di una più ampia prospettiva di analisi, PROTTO, *Il Rapporto amministrativo*, cit., 110 ss.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

della vita penitenziaria preso in considerazione, stabilisce norme - regole e principi - che, nel circoscrivere le modalità di esercizio dei diversi poteri autoritativi o nel regolare le varie attività di prestazione di pubblico servizio, pongono a carico dell'amministrazione precisi obblighi comportamentali ai quali corrispondono situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, che, pur potendo assumere connotazioni diverse, devono essere qualificate nei termini di diritto soggettivo, trattandosi, per l'appunto, del diritto di ottenere dall'amministrazione un comportamento conforme alle regole e ai principi che mirano a proteggere la pretesa sostanziale del detenuto).

Il rapporto amministrativo in senso stretto, pertanto, esprime la relazione, giuridicamente rilevante, tra amministrazione e detenuto nei singoli episodi dell'attività amministrativa, quali essi appaiono nella loro dimensione giuridica, teleologica, materiale, spaziale e temporale<sup>53</sup>. Si rimane, dunque, nell'ambito di uno stesso rapporto e della sua crisi, quando, tenuto conto della tipizzazione normativa, resti identica la dimensione materiale e spaziale<sup>54</sup>, nonché la continuità temporale dell'attività amministrativa *contra ius*. Di conseguenza, il pregiudizio all'esercizio di un diritto deve considerarsi "attuale", finché, permanendo la medesima relazione amministrativa di durata, non si

---

<sup>53</sup> Ivi, 149-150.

<sup>54</sup> La dimensione spaziale del rapporto amministrativo va attentamente vagliata dal giudice, dal momento che, se la domanda proposta risponde a tutte le condizioni poste dalla legge, il diritto di ottenere una pronuncia sul merito della controversia non viene meno neanche nel caso in cui, dopo la proposizione del reclamo, la persona detenuta sia trasferita, per assegnazione definitiva, ad altro istituto penitenziario, posto sotto la giurisdizione di un Magistrato di sorveglianza diverso da quello adito (situazione, questa, da non sovrapporre a quella dell'assegnazione temporanea ad altro istituto, per particolari esigenze, soddisfatte le quali il detenuto deve far ritorno nel carcere di provenienza). Il trasferimento definitivo ad altra sede, infatti, non è sempre situazione di fatto (sopravvenuta) incompatibile con la permanenza dell'interesse del detenuto reclamante ad ottenere una decisione sul merito della dogliananza. Si tratta, invece, di mero mutamento di talune circostanze fattiuali, che il giudice già adito, ai sensi dell'art. 69, comma 6, lett. b, o.p., deve necessariamente prendere in considerazione, al fine di accettare se il rapporto controverso rimanga il medesimo e se persista, o sia stato rimosso, lo specifico pregiudizio lamentato dal reclamante. Non può condividersi, pertanto, la diversa tesi secondo la quale il trasferimento del detenuto reclamante ad altro istituto penitenziario comporterebbe sempre ("di per sé") la cessazione dell'attività amministrativa non conforme al diritto e, quindi, del pregiudizio all'esercizio del diritto fatto valere in giudizio, sicché, nel caso in cui, nella nuova struttura, l'amministrazione dovesse porre in essere un illecito analogo al precedente, il detenuto «potrà (e dovrà) riproporre un nuovo ed autonomo reclamo giurisdizionale teso ad ottenere l'eliminazione della violazione protrattasi anche nel nuovo penitenziario al quale egli è stato assegnato» (così, DEGLI'INNOCENTI, FALDI, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, 21-22; v., inoltre, CIAVOLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, cit., 142, la quale ritiene che, «ove il detenuto, che abbia proposto il reclamo, venga trasferito in un altro istituto di pena, non sussistendo l'attualità del pregiudizio, il reclamo vada dichiarato inammissibile»). In questo senso, nella giurisprudenza di merito, cfr. Mag. sorv. Cuneo, 12 agosto 2015, pronuncia citata da NATALI, *La giurisprudenza di merito*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 358, nt. 24.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

sia verificata la definitiva cessazione di esso. In altri termini, nell'ambito della crisi del medesimo rapporto amministrativo di durata, il pregiudizio all'esercizio di un diritto deve ritenersi "attuale", anche quando detto pregiudizio si sia già verificato e sia solo temporaneamente cessato, essendo, altresì, certo o probabile che tornerà a verificarsi.

La soluzione proposta è in linea con i caratteri che connotano la tutela giurisdizionale inibitoria, con funzione preventiva. L'intervento del giudice, infatti, è sempre successivo all'attività amministrativa, di cui si lamenti la non conformità alle astratte previsioni normative, ed è successivo anche alla crisi della situazione soggettiva. Questa, infatti, si è già verificata ed è solo momentaneamente cessata, essendo però certo o molto probabile che si verificherà di nuovo, se non vi sarà l'immediato intervento inibitorio da parte del giudice. Del resto, a prescindere da un eventuale evento dannoso che abbia già inciso sulla sfera giuridica del detenuto, il certo o probabile riproporsi del grave pregiudizio, nell'ambito della crisi del medesimo rapporto amministrativo di durata, determina anche il probabile verificarsi di un (nuovo) danno, che, sin da subito, deve essere impedito, pena lo svilimento della funzione preventiva che la tecnica di tutela giurisdizionale in questione deve assolvere.

In definitiva, se, nell'ambito dello stesso rapporto amministrativo di durata, persista la violazione da parte dell'amministrazione delle norme penitenziarie, ma cessi, temporaneamente, il pregiudizio all'esercizio di un diritto del detenuto, siffatto pregiudizio deve comunque considerarsi "attuale", quando il giudice accerti che esso, con certezza o con molta probabilità, tornerà a verificarsi, sicché è già sussistente il pericolo del verificarsi di un danno, giuridicamente rilevante, incidente sulla sfera personale del detenuto. In tal caso, pertanto, il Magistrato di sorveglianza deve ordinare all'amministrazione di porre rimedio alla crisi del rapporto amministrativo di durata, crisi che ha già determinato e tornerà a determinare la crisi della situazione soggettiva di vantaggio, e, in caso di mancata esecuzione del provvedimento del giudice non più soggetto ad impugnazione, sarà possibile richiederne l'ottemperanza, ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 5, o.p.

Riassumendo in breve. In relazione ai rapporti giuridici in senso stretto, che si instaurano tra amministrazione e persona detenuta, nell'ambito del più ampio rapporto esecutivo penitenziario, e che sono riconducibili alla categoria delle relazioni di durata, può affermarsi che il Magistrato di sorveglianza, all'esito della procedura su reclamo, deve ordinare all'amministrazione soccombente di porre rimedio al grave pregiudizio all'esercizio di un diritto, nelle seguenti due situazioni. Innanzitutto, nel caso in cui, al momento della decisione, il

pregiudizio sia ancora attuale, in quanto conseguenza di un illecito i cui effetti lesivi si protraggono nel tempo. In secondo luogo, nell'ipotesi in cui si rimanga nell'ambito della crisi del medesimo rapporto amministrativo di durata, che abbia già determinato la crisi di una situazione soggettiva di vantaggio del detenuto, ma, al momento della decisione, il pregiudizio all'esercizio del diritto sia temporaneamente cessato, in ragione di una momentanea modifica della realtà materiale. Anche in questa seconda ipotesi, infatti, deve consentirsi l'intervento del giudice, qualora sia certo, o probabile, che, persistendo l'inadempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi comportamentali normativamente imposti, al ristabilirsi di una situazione di fatto analoga a quella esistente al momento della proposizione del reclamo, tornerà a verificarsi il pregiudizio all'esercizio del diritto azionato, sicché può dirsi già sussistente il pericolo del prodursi di un danno alla sfera giuridica del detenuto. Di conseguenza, ogni qual volta oggetto del giudizio sia un rapporto amministrativo di durata, il Magistrato di sorveglianza, decidendo sul merito della controversia, può rigettare il reclamo, soltanto quando sia stata accertata la definitiva cessazione dell'illecito e del suo effetto pregiudizievole.

*5. Funzione preventiva e ambiti di operatività della tutela inibitoria meramente negativa: gli atti ad immediata e completa efficacia lesiva e l'attualità del pregiudizio.* La funzione preventiva della tutela giurisdizionale si esplica con l'ordine del giudice, rivolto all'amministrazione soccombente, di porre rimedio al grave e attuale pregiudizio all'esercizio del diritto azionato dal detenuto (art. 35-bis, comma 3, o.p.). La pronuncia del Magistrato di sorveglianza può definirsi "inibitoria" se in questa categoria si fanno rientrare tutte le pronunce che condannano l'amministrazione: sia quelle che ordinano un *facere* specifico (materiale o provvidenziale), sia quelle che ordinano un *non facere*. In effetti, come si è messo in evidenza in altra sede<sup>55</sup>, le pronunce, con le quali il Magistrato di sorveglianza accoglie il reclamo, condannano sempre ed in modo esplicito l'amministrazione ad un *facere* positivo e, talvolta solo implicitamente, ad un *non facere*.

Più nel dettaglio, quando la pretesa dedotta in giudizio consista nell'interesse del detenuto ad acquisire il "bene della vita" oggetto dell'azione amministrativa, la pronuncia con la quale il giudice accoglie il reclamo non può che ordinare all'amministrazione soccombente uno specifico *facere* (materiale o provvidenziale), vale a dire, non può che ordinare - anche nei casi di mera iner-

---

<sup>55</sup> Cfr. NAPOLI, *La fase decisionale*, cit., p. 255.

zia - l'adempimento di tutti quegli obblighi comportamentali, normativamente imposti, che, definendo il rapporto amministrativo, assicurano al detenuto il conseguimento dell'utilità alla quale aspira.

Del resto, anche quando la pretesa azionata dal detenuto consista nell'interesse a mantenere "il bene della vita" inciso dall'esercizio di un potere amministrativo autoritativo, il giudice, una volta accertata la non conformità dell'attività amministrativa alle astratte previsioni normative, non si limita soltanto ad ordinare all'amministrazione soccombente l'immediata cessazione dell'attività *contra ius*, ma la condanna anche ad un *facere* positivo, necessario a rimuovere gli effetti pregiudizievoli prodotti dall'illecito. In altri termini, anche nel caso di accertato inadempimento da parte dell'amministrazione di obblighi comportamentali di carattere negativo, la parte dispositiva dell'ordinanza del giudice ha un duplice contenuto: inibitorio in senso stretto, in quanto volto - anche implicitamente - ad ordinare all'amministrazione la cessazione dell'attività posta in essere in violazione delle norme penitenziarie; di condanna ad un *facere* positivo, in quanto volto ad ordinare, in modo puntuale, il compimento di determinate attività, funzionali alla rimozione degli effetti pregiudizievoli.

Nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, pertanto, non sembra possano trovare spazio pronunce inibitorie meramente negative, consistenti nel solo ordine di cessazione dell'attività amministrativa non conforme al diritto, dal momento che il contenuto inibitorio negativo risulta essere insindibilmente connesso a quel contenuto inibitorio positivo che caratterizza sempre la parte dispositiva dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza<sup>56</sup>.

Per la verità, la possibilità di ammettere pronunce giudiziali inibitorie meramente negative passa, ancora una volta, dal modo in cui sono intese le condizioni di attivabilità del rimedio giurisdizionale, in relazione ai caratteri che possono connotare i diversi rapporti in senso stretto, giuridicamente rilevanti, che si instaurano tra amministrazione e persona detenuta. Se è in crisi un rapporto di durata, infatti, il giudice non può limitarsi, una volta accertati i profili di illegittimità dell'agire pubblico, ad ordinare all'amministrazione la cessazione dell'attività *contra ius*, ma, in una logica ricostruttiva del rapporto giuridico, deve individuare le corrette modalità dell'agire dell'autorità ammi-

<sup>56</sup> Secondo BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 211-212, l'inibitoria vera e propria è soltanto l'inibitoria negativa, sicché con essa non ha nulla a che vedere «quel contenuto ulteriore che l'ordine inibitorio, vero e proprio, può avere, allorché il giudice [...], oltre a sanzionare la cessazione dell'illecito comportamento, imponga pure all'obbligato di compiere determinate attività - ordine in positivo - funzionali alla rimozione [...]» degli effetti pregiudizievoli.

nistrativa e deve ordinare a quest'ultima di adempiere quegli obblighi comportamentali, normativamente imposti, che assicurano al detenuto il mantenimento del “bene della vita” sotteso alla pretesa azionata.

Tuttavia, non tutti i rapporti amministrativi in senso stretto, che si instaurano tra amministrazione e detenuto nell’ambito del più ampio rapporto di esecuzione penitenziaria, sono riconducibili alla categoria delle relazioni giuridiche di durata. Tali non sono quelli che si caratterizzano per il fatto che un unico atto *contra ius* dell’amministrazione produce e consuma il pregiudizio all’esercizio di un diritto del detenuto. Si tratta, quindi, di atti illeciti che producono un immediato e completo effetto lesivo, non destinato a protrarsi nel tempo (o destinato a consumarsi in breve tempo)<sup>57</sup>. In dottrina, si parla di «lesioni c.d. istantanee, caratterizzate da una condotta nociva che si esaurisce in una sola frazione temporale»<sup>58</sup>. Ma, nella stessa categoria, va ricompresa anche la situazione in cui, nell’ambito di un medesimo rapporto in senso stretto di durata, tendenzialmente non in crisi, si verifichi un singolo inadempimento, da parte dell’amministrazione, di un obbligo comportamentale (si pensi, ad esempio, al caso in cui un detenuto di fede musulmana lamenti una sola violazione dell’obbligo, posto in capo all’amministrazione dall’art. 9, comma 1, o.p., di garantire una alimentazione rispettosa del suo credo religioso<sup>59</sup>). In questi casi, invero, non sembra possa ritenersi esigibile la tutela giurisdizionale inibitoria, con funzione preventiva: la condotta difforme dalle astratte previsioni normative e il pregiudizio all’esercizio di un diritto si sono immediatamente verificati e consumati, sicché non vi è nessuno spazio né per inibire né per prevenire alcunché (se un danno alla sfera giuridica del detenuto si è prodotto, questi potrà adire il giudice civile, esperendo l’azione di risarcimento del danno)<sup>60</sup>.

Cionondimeno, un serio problema interpretativo si pone con riferimento alle ipotesi di atti ad efficacia pregiudizievole immediata e completa che, tuttavia,

<sup>57</sup> Alla categoria degli atti che, se *contra ius*, producono un immediato e completo effetto lesivo, non destinato a protrarsi nel tempo (o destinato a consumarsi in breve tempo), sono riconducibili, ad esempio, le misure di coazione personale adottabili dall’amministrazione nei confronti dei detenuti o degli internati, quali le perquisizioni personali (art. 34 o.p.), l’impiego della forza fisica per eseguire un ordine (art. 41, comma 1, o.p.), l’uso dei mezzi di coercizione fisica, per esigenze sanitarie (artt. 41, comma 3, o.p. e 82, d.P.R. n. 230 del 2000).

<sup>58</sup> In questi termini, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1473.

<sup>59</sup> Cfr. DELLA CASA, *Commento all’art. 69*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 824.

<sup>60</sup> Nella dottrina civilistica, v. anche GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1990, 920, secondo cui «la lesione improvvisa e subitanea è morfologicamente esclusa dal raggio di applicazione della tutela inibitoria».

sono destinati alla reiterazione, in quanto è probabile, tenuto conto di precisi indici fattuali, la loro ripetizione. Nel caso in cui, pertanto, vi sia la ragionevole prospettiva di una probabile sequenza di atti identici a quello che ha già determinato un immediato e completo effetto lesivo, non consentire la proposizione del rimedio inibitorio-preventivo significa depotenziare il sistema di tutela dei diritti dei detenuti. Non potendosi sottacere, del resto, che sono proprio queste le situazioni in cui lo strumento di tutela in esame potrebbe assolvere, in modo quanto più completo ed efficace, la sua funzione preventiva. Se, infatti, nei casi in questione, l'atto contrario alle previsioni normative, il grave pregiudizio all'esercizio di un diritto e l'evento dannoso costituiscono un *unicum* inscindibile, allora, con la pronuncia giudiziale, si dovrebbe ordinare all'amministrazione di non reiterare l'illecito, in tal modo impedendosi il verificarsi sia di un nuovo pregiudizio sia di un nuovo pericolo di danno<sup>61</sup>.

Dal punto di vista teorico, non sussistono ragioni contrarie alla tesi che ritiene ammissibile una pronuncia inibitoria meramente negativa, con la quale il giudice ordini all'amministrazione di non reiterare un illecito che abbia già determinato un immediato e completo effetto lesivo. Condizioni necessarie e sufficienti al fine di attivare il rimedio inibitorio meramente negativo, infatti, sarebbero sempre l'avvenuto esercizio di un potere amministrativo e il già verificatosi pregiudizio ad un diritto del detenuto, sicché quello del giudice sarebbe sempre un intervento successivo, ancorché volto ad impedire la reiterazione di un medesimo atto non conforme al diritto. Reiterazione dell'illecito che, secondo quanto prospettato dal detenuto reclamante e accertato dal giudice, dovrebbe assumere il connotato della probabilità, nel senso che vi dovrebbe essere la ragionevole prospettiva della probabile ripetizione di atti dello stesso tipo<sup>62</sup>.

La possibilità di esperire un'azione inibitoria meramente negativa, del resto,

<sup>61</sup> Cfr. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 252-253. Si consideri, peraltro, che, spesso, è proprio con riferimento a questi atti istantanei, dall'immediato e completo effetto lesivo, che si verifica la violazione, da parte dell'amministrazione, di obblighi comportamentali che discendono da quei principi – quali sono, ad esempio, quelli di correttezza, buona fede, proporzionalità – che vincolano l'esercizio dei poteri autoritativi. È, invero, con riferimento a questi atti che può verificarsi quel difetto di congruenza tra le modalità di esercizio del potere e le finalità per le quali questo è attribuito, sicché l'intervento dell'amministrazione può assumere caratteri vessatori o prevaricatori.

<sup>62</sup> Come ben messo in evidenza da RAPISARDA, *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 93, «qualora l'atto illecito sia già stato compiuto, l'utilità della tutela preventiva si manifesta nuovamente nell'ipotesi in cui l'illecito commesso sia suscettibile di ripetizione». In queste «ipotesi, infatti, la concessione di un rimedio meramente riparatorio degli effetti lesivi derivanti dalla violazione già compiuta non vale a proteggere il soggetto leso dalle conseguenze tipiche dell'attività illecita commessa, e cioè dalla sua possibile continuazione in futuro». Nello stesso senso, BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 93, 109 ss.

oltre a porsi in linea con il dettato costituzionale, che pretende la piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (artt. 2, 24 e 113 Cost.), trova conferma in altri settori dell'ordinamento, in cui si prevedono tecniche di tutela giurisdizionale dei diritti con funzione spiccatamente preventiva<sup>63</sup>.

Permane, è ovvio, l'ostacolo posto dal tenore letterale delle disposizioni che disciplinano il procedimento per reclamo. L'art. 69, comma 6, *lett. b*, o.p., infatti, condiziona l'esperibilità del reclamo alla sussistenza di una pregiudizio attuale all'esercizio di un diritto. L'art. 35-bis, comma 3, o.p., consente al giudice di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, purché detto pregiudizio sia ancora attuale al momento della decisione. Nel caso, invece, di atto istantaneo, dall'immediato e completo effetto lesivo, il requisito dell'attualità del pregiudizio (attualità intesa in senso stretto) è assente sia "a monte" sia "a valle". Cionondimeno, anche in questa ipotesi, è necessario pervenire ad una interpretazione del dato normativo che sia quanto più conforme ai principi costituzionali e convenzionali. In special modo, quando il detenuto abbia interesse a salvaguardare "beni della vita" che sono espressione di diritti fondamentali, per i quali la solo tutela risarcitoria risulta del tutto inadeguata ad assicurare una protezione efficace<sup>64</sup>.

Il requisito dell'attualità del pregiudizio, quindi, va inteso in un senso capace di soddisfare l'esigenza costituzionale e convenzionale di apprestare "un sistema rafforzato e organico di protezione giurisdizionale" dei diritti del detenuto. In questa prospettiva, può affermarsi che, nel caso di atto lesivo "che si esaurisce in una sola frazione temporale", si è in presenza o di una crisi di un singolo rapporto giuridico, di natura istantanea, o di un inadempimento di un obbligo comportamentale inerente ad un rapporto di durata tendenzialmente non in crisi. In entrambi i casi, tuttavia, l'atto *contra ius*, benché abbia esaurito i suoi effetti lesivi, può essere reiterato, in quanto si inserisce comunque

---

<sup>63</sup> Per un'analisi dei rimedi inibitori, con funzione preventiva, operanti a tutela dei diritti della personalità, della proprietà, della servitù o del possesso, nonché operanti nei rapporti di lavoro, ovvero, a tutela della concorrenza, del diritto di autore o dei consumatori, v. NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, cit., 145 ss.

<sup>64</sup> Ha ragione CIAVOLA, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, cit., 134, quando, analizzando l'ambito di operatività dell'art. 35-bis o.p., scorge una disciplina legislativa «per certi versi "impacciata", che finisce con "scaricare" sull'interprete un compito ingratto: dare un'esegesi di tipo letterale della normativa e conseguentemente tradire le finalità dell'istituto; oppure, privilegiare una lettura di tipo sistematico, che ampliando le categorie concettuali dei presupposti di legge, finisce, però, col delegare al diritto vivente la determinazione delle posizioni soggettive tutelabili [...]. Tuttavia, nonostante questo condivisibile dilemma, non sfugge come, a fondamento di questo contributo, si ponga la convinzione che sia proprio il secondo percorso («una lettura di tipo sistematico») quello che, con le dovute cautele, vale la pena di sperimentare.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

nell’ambito di quel più ampio rapporto di durata che si instaura con l’avvio della carcerazione (v., *supra*, § 4). Ciò che la tutela inibitoria negativa intende impedire è proprio la reiterazione di specifici atti illeciti dello stesso tipo, atti connotati da identici presupposti fattuali e corrispondenti modalità di compromissione della sfera giuridica del detenuto. In tal caso, dunque, il pregiudizio all’esercizio del diritto deve ritenersi “attuale” (sia al momento della proposizione del reclamo, sia al momento della decisione), quando, una volta posto in essere un illecito avente immediato e completo effetto lesivo, sussista la ragionevole prospettiva di una probabile sequenza di atti identici a quello già posto in essere (sussista, cioè, la ragionevole prospettiva che, nell’ambito della più ampia relazione di durata, si ripetano identici rapporti, in cui atti illeciti dello stesso tipo possano determinare medesime forme di lesione della situazione giuridica soggettiva vantata dal detenuto).

In definitiva, nel caso in cui il pregiudizio all’esercizio di un diritto del detenuto si verifichi e si consumi in un unico atto, il giudice, se, sulla base di una compiuta istruttoria e di un attento esame di tutti gli elementi raccolti, ritenga sussistente la probabilità che l’illecito sia reiterato, deve emettere una pronuncia inibitoria meramente negativa, con la quale ordina all’amministrazione soccombente un *non facere* (ordina, cioè, di non reiterare l’illecito)<sup>65</sup>. Siffatta pronuncia, del resto, assolve una spiccata funzione preventiva, volta ad impedire, al contempo, il verificarsi di un nuovo illecito, di un nuovo pregiudizio e di un nuovo pericolo di danno alla sfera giuridica del detenuto.

Resta, tuttavia, irrisolta una essenziale questione interpretativa, che potrebbe mettere in crisi la ricostruzione appena proposta. Non sfugge, invero, che la pronuncia inibitoria meramente negativa si sostanzia in un ordine di non fare (di non reiterare atti ad immediata e completa efficacia lesiva), ordine che, se non osservato dall’amministrazione, non consente al detenuto di chiederne l’ottemperanza ai sensi dell’art. 35-bis, commi 5-8, o.p. Tale rimedio, invero, sembra essere pensato esclusivamente per ottenere, coattivamente, la diretta

<sup>65</sup> In questa direzione, del resto, si muove anche DELLA CASA, *Commento all’art.69*, cit., 824-825, secondo cui va considerato “attuale” anche il pregiudizio che, pur non essendo tale al momento della proposizione del reclamo, sia comunque prospettato dal detenuto come “imminente” e “abituale”. L’insigne Autore, peraltro, evidenzia come, in altri ordinamenti, l’amministrazione penitenziaria sia sottoposta ad un controllo giudiziale di questo tipo. Ad esempio, «per quanto concerne la Francia», Egli segnala che «gli artt. L 521-1 e L 521-2 del *Code de justice administrative*, sono frequentemente applicati per la tutela, in via di urgenza e anche a futura memoria, delle posizioni soggettive dei detenuti nei confronti dell’amministrazione penitenziaria». Sulla giurisprudenza amministrativa francese in materia di diritti delle persone detenute, v. VIOLA, *Eremita a Parigi: La giustizia amministrativa francese vista da un magistrato italiano*, in *federalismi.it*, 2011, 25, 5 ss.; ID, *La tutela dei diritti dei detenuti in Italia e in Francia: una comparazione*, ivi, 2013, 2, 1 ss.

esecuzione delle pronunce giudiziali che condannano l'amministrazione all'adempimento di quegli obblighi comportamentali, a contenuto positivo, relativi ai rapporti amministrativi di durata, caratterizzati da effetti pregiudizievoli che si protraggono nel tempo. Il giudizio di ottemperanza, in altri termini, è esperibile soltanto quando vi sia la necessità di una attività materiale (di un *facere* specifico) dell'amministrazione in attuazione della pronuncia giudiziale non più soggetta ad impugnazione<sup>66</sup>.

Nessuna disposizione, invece, è riferibile alla diversa ipotesi di inosservanza della pronuncia con la quale il giudice ordini all'amministrazione di astenersi dal porre in essere atti illeciti riconducibili a relazioni di natura istantanea. E questa ipotesi non è regolata, perché non è possibile ricorrere a forme di esecuzione coattiva e diretta di obblighi di non fare connessi a rapporti amministrativi la cui crisi determina un immediato e completo effetto lesivo del diritto del detenuto. Non rientrano, infatti, nel novero delle pronunce di cui è possibile chiedere giudizialmente la coattiva esecuzione quelle che non necessitano di una specifica attività da parte dell'amministrazione "soccombente". Per la verità, il legislatore, in relazione alle prestazioni di non fare, avrebbe potuto percorrere la diversa strada della coercizione indiretta, attribuendo al giudice dell'ottemperanza (o, ancor meglio, a quello della cognizione) il potere di condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva dell'ordine di non reiterare l'illecito. Ma ciò - come è noto - non è avvenuto<sup>67</sup>.

Parte della dottrina civilistica, proprio evidenziando il dato della non coattiva eseguibilità dell'ordine inibitorio meramente negativo, ha messo in dubbio sia la concreta utilità di una simile pronuncia giudiziale, sia la sua qualificazione in termini di pronuncia di condanna. Si è osservato, infatti, che, se l'ordinamento non prevede mezzi per la realizzazione coattiva del risultato

---

<sup>66</sup> L'art. 35-bis, comma 6, o.p., puntualizza i poteri che possono essere esercitati dal giudice in sede di ottemperanza. In particolare, il Magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: *a)* ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; *b)* dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; *d)* nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*.

<sup>67</sup> La vicenda è nota. L'art. 35-bis o.p., come introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, al comma 6, *lett. c)*, prevedeva che, a seguito del giudizio di ottemperanza promosso in caso di mancata esecuzione del provvedimento, il Magistrato di sorveglianza potesse determinare, «su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno». Si stabiliva, inoltre, che tale statuizione costituisse titolo esecutivo. Queste disposizioni, tuttavia, sono state sopprese in sede di conversione del citato decreto legge (art. 1, comma 1, l. 21 febbraio 2014, n. 10). Sul punto, v. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 311-312.

oggetto dell'ordine del giudice, allora la pronuncia che quell'ordine contiene non può essere di condanna, bensì è una pronuncia di mero accertamento<sup>68</sup>. Tale conclusione, però, non ha convinto altra parte della dottrina, che ha messo in luce come nessuna norma dell'ordinamento giuridico leghi inscindibilmente (“in via ontologica”) la natura di condanna di una pronuncia del giudice alla coattiva eseguibilità dell'ordine in essa contenuto. La pronuncia, pertanto, rimane di condanna, anche se l'ordine di non fare non può essere oggetto di diretta coercizione, ben potendo, del resto, la sua esecuzione, da parte dell'amministrazione soccombente, essere assicurata attraverso strumenti di coercizione indiretta<sup>69</sup>.

Un'analogia questione interpretativa si è posta anche in ambito penitenziario, settore nel quale, per diverso tempo (sino all'introduzione dell'art. 35-bis o.p.), la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto confrontarsi con un meccanismo di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto privo di una fase che garantisse la coattiva e diretta esecuzione della pronuncia del giudice nei confronti dell'amministrazione inadempiente<sup>70</sup>. In siffatto contesto normativo, l'orientamento che riconosceva all'ordinanza del Magistrato di sorveglianza la sola natura di pronuncia di mero accertamento<sup>71</sup>, ha ricevuto la ferma smentita da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>72</sup>. La Consulta, infatti, ha precisato come - indipendentemente dalla mancata previsione di una fase esecuti-

<sup>68</sup> Per una più precisa ricostruzione di tale orientamento della dottrina civilistica, che regista, al suo interno, prese di posizione differenziate, cfr. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 216 ss.; CHECCHI, *Sanzioni inibitorie ed illecito civile*, cit., 163 ss.; CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, 684 ss.; FRENDÀ, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 751 ss.; FRIGNANI, *L'injunction nella common Law*, cit., 541 ss.; NASCOSÌ, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019, 237 ss.; NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, cit., 29-60, 107-136; ID, *Note in tema di azione inibitoria*, cit., 6 ss.; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., 151 ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 186 ss.; RAPISARDA SASSOON, *Inibitoria* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 485-486; RAPISARDA, TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, cit., 11 ss.; VECCHI, *Gli strumenti coercitivi della pronuncia inibitoria*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 154 ss.

<sup>69</sup> Per tale impostazione, si vedano gli Autori richiamati nella precedente nota.

<sup>70</sup> Si trattava del procedimento regolato dagli artt. 14-ter, 71 e ss. o.p., ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità idoneo a garantire al detenuto uno strumento di tutela agile e veloce, a fronte della più lunga e complessa procedura del rito camerale ordinario (cfr. Cass. pen., Sez. un., sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni).

<sup>71</sup> Sul tema, cfr., tra gli altri, MARCHESELLI, *Il punto su... La tutela dei diritti dei detenuti. Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca dell'effettività*, in *Giur. merito*, 2006, 23-24; RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, 3786; BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, 5, 49; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 295-296.

<sup>72</sup> Cfr. Corte cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266; Corte cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135.

va - l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza, pronunciata all'esito di una procedura giurisdizionale, contenesse sicuramente l'accertamento dei fatti e dell'eventuale lesione di una situazione soggettiva, ma la sua efficacia andasse ben oltre il mero accertamento, in quanto il *dictum* giudiziale consisteva in prescrizioni o ordini, vincolanti per l'amministrazione soccombente (si trattava, dunque, di un provvedimento che assumeva i caratteri tipici della pronuncia di condanna). È questo, pertanto, un fondamentale arresto giurisprudenziale che - anche dopo l'espressa previsione di uno specifico giudizio di ottemperanza per le decisioni del Magistrato di sorveglianza - continua a mantenere una, sia pur limitata, rilevanza, in quanto riferibile proprio a quei casi in cui non sia possibile prevedere forme di diretta e coattiva esecuzione della pronuncia del giudice<sup>73</sup>.

Ciò significa che l'impossibilità di eseguire coattivamente l'ordine giudiziale di non reiterare atti istantanei del medesimo tipo, aventi immediato e completo effetto lesivo, non deve indurre a ritenere sufficiente l'intervento del Magistrato di sorveglianza, secondo la procedura "deformalizzata" di cui all'art. 35<sup>74</sup>. Infatti, se lo strumento del reclamo c.d. "generico" può ritenersi attivabile nei casi in cui il pregiudizio all'esercizio di un diritto non sia più attuale al momento della richiesta dell'intervento del giudice<sup>75</sup>; per contro, la procedura "deformalizzata" ex art. 35 o.p. appare del tutto inadeguata, quando sia prospettata la probabile reiterazione di un illecito dello stesso tipo, sicché il giudice, all'esito dell'accertamento dell'avvenuta compromissione di un diritto e della probabile reiterazione dell'atto che l'ha prodotta, deve emettere una pronuncia inibitoria meramente negativa, una pronuncia, cioè, con la quale l'amministrazione è condannata ad un *non facere*. In questo caso, infatti, a prescindere dalla questione relativa alla coattiva eseguibilità di tale ordine<sup>76</sup>, è

<sup>73</sup> Secondo FRENDÀ, *Appunti per una teoria dell'inibitoria*, cit., 769, «non residua ormai più alcun dubbio che l'area della tutela di condanna possa essere ben più ampia di quella in cui operano le forme di tutela esecutiva diretta».

<sup>74</sup> L'art. 35 o.p. regola una generica facoltà di proporre reclamo - in forma orale o scritta (anche in busta chiusa) - a determinate autorità amministrative, di garanzia e giudiziarie. Se rivolto al Magistrato di sorveglianza, la decisione del reclamo 'generico' non implica l'esercizio di una potestà giurisdizionale. Il reclamo, infatti, è deciso *de plano*, senza alcuna formalità processuale e senza alcun contraddittorio, e tale decisione è priva di ogni stabilità e di forza giuridica cogente (cfr. tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. 7 marzo 2001, n. 1743, Scarlino; Cass. pen., sez. I, sent. 17 dicembre 2014, n. 314, Aparo). Il Magistrato di sorveglianza, ove ritenga fondato il reclamo, sollecita l'autorità amministrativa all'adozione dei provvedimenti opportuni ai fini della rimozione dell'irregolarità accertata. In ogni caso, il giudice deve informare, nel più breve tempo possibile, l'interessato dei provvedimenti adottati e dei motivi che hanno determinato il mancato accoglimento del reclamo (art. 75, comma 4, d.P.R. n. 230 del 2000).

<sup>75</sup> Sul punto, v. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese*, cit., p. 178.

<sup>76</sup> Sulla possibilità di considerare, quali strumenti di coercizione indiretta del *dictum* giudiziale, la tutela

necessario che operino tutte le garanzie apprestate dalle norme che regolano la procedura giurisdizionale su reclamo (art. 35-*bis* o.p.). Di conseguenza, l'ambito di operatività del reclamo c.d. generico deve essere, se non del tutto escluso, quantomeno fortemente ridotto<sup>77</sup>. E, in questa prospettiva di ridimensionamento, deve comunque ritenersi che la decisione “deformalizzata”, assunta dal Magistrato di sorveglianza ai sensi dell’art. 35 o.p., sia sindacabile da parte della Corte di cassazione, qualora la classificazione del reclamo sia errata, in quanto non sia «del tutto manifesta l’assenza» del carattere dell’attualità, o della gravità, del pregiudizio arrecato all’esercizio di un diritto<sup>78</sup>.

6. *La funzione preventiva del rimedio inibitorio e i poteri cognitori e decisori del Magistrato di sorveglianza.* Riconoscere al rimedio inibitorio per la tutela dei diritti dei detenuti anche una funzione preventiva comporta rilevanti conseguenze sotto il profilo interpretativo; conseguenze che attengono non soltanto – lo si è visto – alla definizione delle condizioni di proponibilità del reclamo, ma anche alla determinazione dei poteri di cognizione e di decisione conferiti al Magistrato di sorveglianza. Se, infatti, la prevenzione dell’evento dannoso è connessa, in modo inscindibile, alla capacità del rimedio inibitorio di assicurare una tutela diretta della pretesa sostanziale vantata dal detenuto, allora, il giudice, con la pronuncia di accoglimento della domanda, deve ordinare all’amministrazione soccombente una *facere* specifico (materiale o prov-

---

penale o quella disciplinare nei confronti del dirigente inadempiente, cfr. FALZONE, *La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale: è innovativa dell’attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?*, in *Rass. penit. crim.*, 2010, 3, 121; RENOLDI, *Una nuova tappa nella “lunga marcia”*, cit., 3788. Tuttavia, il primo Autore rileva come «il ricorso al giudice penale non possa essere considerato un corretto e fisiologico strumento per garantire l’efficacia di un provvedimento giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione»; il secondo Autore, inoltre, mette in evidenza come il rimedio disciplinare sconti «un insuperabile limite di agibilità nel caso in cui l’inerzia sia riferibile ad organi di vertice dell’amministrazione penitenziaria, rispetto ai quali l’iniziativa disciplinare non è chiaramente esperibile o è comunque destinata a rimanere inefficace». Sul tema, cfr., altresì, DOLSO, *La tutela dei diritti dei detenuti: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 53, nt. 39; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 297.

<sup>77</sup> In questo senso, GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità*, cit., 85, che considera il reclamo c.d. ‘generico «antistorico» e «pericoloso».

<sup>78</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 54117 del 2017, cit., Costa, secondo cui la decisione, assunta dal Magistrato di sorveglianza ai sensi dell’art. 35 o.p., è sindacabile da parte della Corte di Cassazione, qualora la classificazione del reclamo sia errata, «in quanto la individuazione della sottostante posizione giuridica, azionata con la domanda, risulti qualificabile in termini di inerenza ad un diritto soggettivo». In dottrina, cfr. DELLA CASA, *Una foto “oversize” nella cella del detenuto? Se latita il buon senso può supplire il reclamo ex art. 35bis ord. penit.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 276-277; MAGI, *La giurisprudenza di legittimità*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 399-400.

vedimentale) che garantisca alla parte vittoriosa il mantenimento o il conseguimento del “bene della vita” sotteso alla situazione giuridica soggettiva fatta valere<sup>79</sup>.

Oggetto del giudizio, pertanto, è il diritto inciso dall’attività *contra ius* dell’amministrazione. Con il reclamo, il detenuto rappresenta la pretesa sostanziale sottesa al diritto, di cui chiede tutela, e domanda al giudice di imporre all’amministrazione l’adempimento di un determinato obbligo comportamentale capace di soddisfare l’interesse al mantenimento o al conseguimento di una determinata “utilità”<sup>80</sup>. Cionondimeno, il Magistrato di sorveglianza, nell’indagine diretta ad individuare il contenuto e la portata della domanda, non è tenuto ad uniformarsi al tenore letterale del reclamo, ma deve avere riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere, come desumibile dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate.

In ogni caso, ciò che il detenuto esprime con la sua domanda è una pretesa rivolta ad una condotta dell’amministrazione, sicché egli tende ad ottenere la sua tutela sempre attraverso una pronuncia giudiziale di condanna (o, nei casi previsti dagli artt. 69, comma 6, *lett. a*, e 35-bis, comma 3, o.p., attraverso una pronuncia costitutiva<sup>81</sup>) e mai attraverso una pronuncia di accertamento me-

<sup>79</sup> Nei casi previsti dall’art. 69, comma 6, *lett. b*, o.p., l’ordine del giudice ex art. 35-bis, comma 3, o.p. ha ad oggetto una determinata attività che si chiede all’amministrazione di porre in essere. Tale attività consiste sempre in un *facere* non provvedimentale, in quanto si chiede all’amministrazione di porre in essere una prestazione fattuale di carattere materiale. Qualora, tuttavia, per soddisfare la pretesa della parte vittoriosa, sia necessario emanare o annullare un provvedimento amministrativo, l’ordine del giudice può avere ad oggetto anche un *facere* provvedimentale. In tal caso, l’amministrazione è tenuta ad emanare, o anche ad annullare o revocare o modificare l’atto amministrativo, in quanto necessario per soddisfare la pretesa dedotta in giudizio. In definitiva, il Magistrato di sorveglianza, ancorché non possa annullare un provvedimento amministrativo illegittimo né possa adottare un provvedimento amministrativo mancante, sostituendosi all’amministrazione, può, però, ordinare a questa di rimuovere l’atto illegittimo e lesivo, adottato in violazione degli obblighi che derivano dalle norme giuridiche che regolano l’esercizio del potere, ovvero può ordinare all’autorità amministrativa di emanare il provvedimento mancante, ponendo così rimedio ad un’inerzia contrastante con specifiche regole comportamentali.

<sup>80</sup> Sulle forme e il contenuto del reclamo, v. FIORENTIN, *L’iniziativa tra principio della domanda e poteri ex officio*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit. 194-195.

<sup>81</sup> La tutela giurisdizionale costitutiva, pertanto, è ammessa come rimedio tipico, dal momento che è riservato esclusivamente al legislatore il compito di determinare «quali organi della giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge» (art. 113, comma 3, Cost.). Sicché, fuori del caso previsto dall’art. 69, comma 6, *lett. a*, o.p., qualora il grave e attuale pregiudizio all’esercizio di un diritto del detenuto sia determinato da comportamenti che danno esecuzione a (o, comunque, presuppongono) un provvedimento illegittimo dell’amministrazione, il Magistrato di sorveglianza può soltanto disporre la disapplicazione di tale provvedimento, privandolo di efficacia per il caso concreto. La disapplicazione presuppone, comunque, l’accertamento giudiziale dell’illegittimità del provvedimento amministrativo. A tale accertamento, però, segue non una pronuncia di annullamento, bensì una declaratoria che ha per effetto la privazione dell’efficacia del provvedi-

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

ramente dichiarativa (fuorché, nella particolare ipotesi prevista dall'art. 35-*bis*, comma 6, *lett. b*, o.p., in cui il giudice, in sede di ottemperanza, dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto non eseguito).

Di fronte ad un rapporto amministrativo, di cui il detenuto lamenta la crisi, il giudice deve pervenire ad un risultato ricostruttivo di esso, accertando la portata dei diritti e degli obblighi comportamentali che lo definiscono. In taluni casi, la pronuncia ordinatoria del giudice è capace di soddisfare pienamente la pretesa sostanziale del detenuto, come quando si accerti che il grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto deriva dall'inosservanza di norme giuridiche (regole e principi) che pongono vincoli all'attività amministrativa, vincoli che si traducono, per l'autorità pubblica, in una rete di obblighi comportamentali il cui corretto adempimento assicura, in modo certo, la conservazione o il conseguimento del bene della vita finale e concreto. In altri casi, invece, la pronuncia del giudice non è pienamente satisfattoria, in quanto il pregiudizio arrecato al diritto del detenuto deriva dall'inosservanza di norme giuridiche che pongono, in capo all'amministrazione, obblighi comportamentali il cui corretto adempimento, pur avendone l'attitudine, non garantisce con certezza la difesa o l'ottenimento del bene della vita ultimo e concreto.

È evidente come, nella seconda delle situazioni appena delineate, la pronuncia del giudice non sia in grado di assicurare una piena tutela della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, dal momento che l'amministrazione, in sede di riedizione del potere, manterrà margini di discrezionalità che non garantiscono la certa soddisfazione dell'interesse del detenuto. In tal caso, pertanto, la procedura su reclamo si concluderebbe con una pronuncia del giudice capace di garantire soltanto una “*chance* di spettanza”, capace, cioè, di assicurare unicamente la possibilità di conseguire “il bene della vita” per effetto del successivo riesercizio del potere amministrativo<sup>82</sup>.

Per la verità, anche in queste ipotesi, il giudice deve sempre mirare all'obiettivo di assicurare all'interessato una tutela giurisdizionale piena del diritto fatto valere. Cosicché, proprio valorizzando la logica della prevenzione del danno, anche quando sia chiesta la tutela di situazioni giuridiche correlate all'esercizio di un potere discrezionale, il Magistrato di sorveglianza - utiliz-

---

mento per il caso concreto.

<sup>82</sup> Sul tema, nella dottrina amministrativistica, v. VERCILLO, *La tutela della “chance”. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 36 ss.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

zando tutti i mezzi istruttori attribuiti dalla legge<sup>83</sup> - dovrebbe pervenire ad una decisione capace di determinare la spettanza del “bene della vita” concreto e finale. Il giudice, quindi, deve utilizzare, nel corso del giudizio, ogni strumento idoneo a fare in modo che l’amministrazione svolga tutte le valutazioni richieste, in quanto necessarie «per chiudere definitivamente il potere, per assenza di alternative nel caso concreto», e, in tal modo, «pervenire ad un risultato idoneo a delineare definitivamente l’assetto degli interessi in gioco»<sup>84</sup>.

In definitiva, il Magistrato di sorveglianza deve sempre tendere «all’azzeramento della discrezionalità» - facendo sì che l’amministrazione compia, durante il giudizio, tutte quelle valutazioni che per loro natura sono ad essa riservate -, in modo tale da pervenire ad una pronuncia che determini, in via definitiva, la spettanza o la non spettanza del “bene della vita” sotto alla pretesa fatta valere<sup>85</sup>. Nel caso di accoglimento del reclamo, quindi, il

<sup>83</sup> Ai sensi dell’art. 666, comma 5, c.p.p., al quale espressamente rinvia l’art. 35-bis, comma 1, o.p., «il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno», e, «se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio». Nell’assumere le prove, il giudice procede senza particolari formalità, anche per quanto concerne la citazione e l’esame dei testimoni e l’esplicitamento della perizia (art. 185 norme att. c.p.p.). Secondo una parte della dottrina, l’elencazione dei mezzi di prova, contenuta negli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 norme att. c.p.p., avrebbe carattere non tassativo, bensì meramente esemplificativo (cfr. ROMBI, *La fase istruttoria nel procedimento per reclamo ex art. 35bis ord. penit.*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 233-234, secondo cui il “catalogo” dei mezzi di prova acquisibili «è molto ampio e ricomprende non solo la testimonianza e la perizia [...], ma anche ogni altro mezzo di prova che occorre alla decisione e che non appaia incompatibile, con l’oggetto e la struttura del procedimento»).

<sup>84</sup> Sul tema dell’esaurimento della discrezionalità, v. CARBONE, *L’azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità d’azioni*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di Carbone, Zampetti, Napoli, 2018, 93 ss.

<sup>85</sup> In questa direzione sembra muoversi Cass. pen., sez. I, sent. 25 settembre 2018, n. 51209, Onda, in un caso in cui un detenuto lamentava un grave pregiudizio al suo diritto alla salute (art. 32 Cost.) determinato dalla violazione, da parte dell’amministrazione penitenziaria, degli obblighi comportamentali imposti dagli artt. 9, commi 1 e 4, o.p. e 11, comma 4, d.P.R. 230 del 2000, secondo cui alle persone ristrette deve essere assicurata un’alimentazione sana e sufficiente, adeguata, tra l’altro, allo stato di salute (in ogni caso, la quantità e la qualità del vitto giornaliero sono determinate da apposite tabelle approvate con decreto ministeriale). Più nel dettaglio, il detenuto era intollerante al pesce “azzurro” e la sua dieta era stata predisposta in modo sì da escludere tale alimento, senza tuttavia comprendere in sostituzione il pesce di diversa tipologia, come avrebbe prescritto il sanitario dell’Istituto, ma solo la carne. La Corte, quindi, dopo una succinta ricostruzione, alla luce del sistema normativo, dei diritti e degli obblighi che connotano lo specifico rapporto amministrativo di durata, ha affermato quanto segue: «Ciò posto, non è certamente lecito al giudice sostituirsi agli organi tecnici ed amministrativi a ciò espressamente deputati e stabilire lui stesso ciò che rientri o non rientri nella nozione di alimentazione sana ed equilibrata. Era viceversa compito del Tribunale quello di accertarsi del contenuto delle tabelle vittuarie; di verificare se, e in che misura, esse includessero effettivamente il pesce nella dieta settimanale, tenuto conto delle indicazioni specifiche eventualmente stabilite per i casi d’intolleranza o allergia alimentare; di far rispettare – in caso affermativo – le relative prescrizioni. La particolare dieta di Onda, nell’escludere taluni alimenti, ricomprende tipi di pesce assolutamente comuni, notoriamente reperibili

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

provvedimento giurisdizionale ha sempre la consistenza materiale dell'ordine e, quindi, della condanna, e tale decisione non deve lasciare «alla successiva azione dell'autorità amministrativa spazi di valutazione in relazione alla pretesa definitivamente accertata, atteggiandosi il conseguente esercizio del potere come attività meramente esecutiva della condanna stessa»<sup>86</sup>.

In questa prospettiva, del resto, anche il giudizio di ottemperanza muta fisionomia: non è più giudizio a composizione mista (di cognizione e di esecuzione), ma assume il carattere di giudizio prettamente esecutivo del *dictum* giudiziale, dal momento che, nel dispositivo dell'ordinanza *ex art. 35-bis* comma 3, o.p., l'obbligo comportamentale posto in capo all'amministrazione deve sempre trovare adeguata “puntualizzazione e formalizzazione”.

Il giudice dell'ottemperanza, pertanto, è rigidamente vincolato al comando contenuto nella pronuncia che definisce il giudizio di merito, sicché, una volta constatata l'inadempimento, non può dar vita a quell'attività di precisazione e integrazione del *dictum* giudiziale che contraddistingue l'attività di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, nell'ambito del cosiddetto

---

sul mercato anche a prezzi economici. A fronte di ciò, e di una tabella vittuaria che dovesse includere una o più porzioni settimanali di pesce nella dieta, l'Amministrazione dovrebbe dare adeguato conto delle contingenti ragioni, di ordine organizzativo, finanziario, o di altra natura, che le impediscono di adeguarsi, imponendo il bando totale dell'alimento dai pasti del detenuto».

<sup>86</sup> In questi termini, CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere*, cit., 111. Può accadere, però, che il giudice non riesca nel suo intento di “azzerare la discrezionalità” e debba ordinare all'amministrazione soccombente di tenere un determinato comportamento, consistente nell'adempimento di un obbligo che non assicura, con certezza, la difesa o l'acquisizione, in tutto o in parte, del bene della vita finale cui aspira la parte “vittoriosa” del giudizio. Si pensi, ad esempio, al caso in cui sia stata accertata la non compatibilità della scelta compiuta dall'amministrazione con il canone della “proporzionalità in senso stretto”. In questa ipotesi, il giudice, qualora non sia riuscito a fare in modo che l'amministrazione compisse, durante il giudizio, tutte quelle valutazioni necessarie per chiudere definitivamente il potere, deve ordinare a questa di procedere ad una nuova ponderazione degli interessi antagonisti, in modo da raggiungere un nuovo equilibrio che comporti l'impiego di uno strumento meno gravoso e, di conseguenza, più proporzionato. Ciò significa però che, nelle situazioni in cui permangono spazi residui di discrezionalità amministrativa, l'accertata inosservanza di un obbligo comportamentale non consente al giudice di spingersi fino al punto di imporre all'autorità amministrativa l'adozione di una ben determinata misura, fino al punto, cioè, di determinare, in via definitiva, la spettanza del “bene della vita” sotto alla pretesa fatta valere. Di certo, però, in questi casi, l'obbligo di conformarsi al *dictum* giudiziale si traduce, se non altro, nel divieto, posto in capo all'amministrazione, di far ricorso ad una nuova misura avente contenuto afflittivo identico o simile a quello che connota la misura giudicata non conforme al diritto. Cionondimeno, anche in questa ipotesi, non è da escludere che il giudice – mirando sempre alla “chiusura del potere” e all’azzeramento della discrezionalità – «detti precise direttive per il susseguente svolgimento dell'attività amministrativa», indicando la via da seguire in sede di riesercizio del potere. In tal modo, pertanto, viene a delinearsi una sorta di «progetto di proporzionalità», che non potrà essere ignorato dall'amministrazione “soccombente” (sul punto, cfr. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 128; ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Renna, Saitta, Milano, 2012, 384-385).

fenomeno del “giudicato a formazione progressiva”. Qualche margine di incertezza, invece, potrebbe residuare in relazione all’individuazione delle specifiche modalità attraverso le quali l’obbligo comportamentale, oggetto dell’ordine, deve essere adempiuto (art. 35-bis comma 6, *lett. a*, ord. penit.). Ciò significa, però, che i momenti di cognizione presenti nel giudizio di ottemperanza attengono non al contenuto dell’ordine (che deve essere sempre assunto come «regola sufficiente e conchiusa della successiva attività amministrativa»), ma soltanto alla puntuale esecuzione di esso e, eventualmente, ai tempi e ai modi di attuazione<sup>87</sup>.

7. *Conclusioni. La funzione preventiva presa sul serio: prospettive de iure condendo.* Le considerazioni sin qui svolte non hanno la pretesa di modificare – in via interpretativa – “la struttura e il funzionamento” imposti dalla legge al rimedio *ex artt. 35-bis e 69, comma 6, lett. b*, o.p. Il tentativo, al contrario, è quello di pervenire a conclusioni capaci di rendere quanto più efficace ed effettiva quella funzione preventiva che costituisce l’essenza della tutela inibitoria.

Per la verità, il tema della tutela preventiva a contenuto inibitorio può essere affrontato utilizzando due “linguaggi” diversi: quello dei “diritti” o quello dei “rimedi”<sup>88</sup>. Impiegando quest’ultimo linguaggio, è possibile affermare «che i diritti esistono dopo la pronuncia del giudice», in quanto «se non esistesse una forma di tutela giurisdizionale, sarebbe una ricerca vana quella di individuare nel sistema il riconoscimento di un diritto»<sup>89</sup>. Utilizzando “il linguaggio

<sup>87</sup> Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. I, sent. 6 giugno 2017, n. 36237, Caiazzo; Cass. pen., Sez. I, sent. 7 ottobre 2016, n. 1124, Attanasio. Identico il principio di diritto enunciato da queste sentenze: «La natura stessa del giudizio di ottemperanza comporta che il Magistrato di sorveglianza non possa mettere in discussione il contenuto decisorio del provvedimento divenuto definitivo, di cui si chiede l’esecuzione, dovendosi limitare a stabilire le modalità e i tempi attraverso cui detto provvedimento debba essere eseguito». Di conseguenza – come precisato da Cass. pen., Sez. I, sent. 13 aprile 2017, n. 39142, Bosco – anche quando la decisione favorevole al reclamante «risulti, nei contenuti, difforme dal prevalente orientamento giurisprudenziale sul tema trattato», il Magistrato di sorveglianza, adito ai sensi dell’art. 35-bis commi 5 e 6, ord. penit., «è tenuto esclusivamente a constatare il presupposto in fatto rappresentato dalla mancata esecuzione di cui si chiede l’ottemperanza». In dottrina, v. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 306-307.

<sup>88</sup> Mutuando le espressioni utilizzate da SMORTO, *Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi*, cit., 185-186, è possibile affermare che, sul tema dell’attuazione dei diritti, si registra il «confronto tra due impostazioni teoriche e soprattutto tra due linguaggi: dei diritti e dei rimedi [...]».

<sup>89</sup> In questi termini, GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità*, cit., 102, per il quale «esistenza e riconoscimento di un diritto sono la stessa cosa». Come affermato da MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 2-3, il linguaggio dei rimedi comporta «un radicale mutamento di prospettiva nell’opera di edificazione del sistema, la cui chiave di volta non è più individuata nel diritto soggettivo, ma nel mezzo di soddisfacimento dell’interesse meritevole di tutela, in altri termini nel

dei diritti”, invece, è possibile pervenire alla conclusione per la quale «al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»<sup>90</sup>. Secondo “il modello dei rimedi”, pertanto, se manca una forma di protezione, il diritto è inesistente; secondo “il modello dei diritti”, invece, l’assenza di tutela è una lacuna dell’ordinamento, da colmare, che rende soltanto inefficace il diritto<sup>91</sup>.

Pur tuttavia, sebbene il sistema di tutela dei diritti delle persone detenute, fondato sugli artt. 35-bis e 69, comma 6, o.p., sia un tipico «sistema di *Civil law*, in cui il riconoscimento della posizione soggettiva da tutelare, cristallizzata dal riconoscimento costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), precede la tutela giurisdizionale»<sup>92</sup>, deve ritenersi che i due linguaggi (dei diritti e dei rimedi) trovino taluni, necessari punti di incontro.

Il primo punto di intersezione si registra nel momento stesso in cui il giudice fa emergere “i bisogni di tutela”. Se è vero, infatti, che il modello dei diritti, che connota i sistemi di *civil law*, presuppone che sia il legislatore a compiere «una valutazione tipica degli interessi in gioco attraverso la formulazione di fattispecie generali, seguendo un processo di astrazione che fa riferimento a situazioni tipizzate e considerate *a priori*»<sup>93</sup>, è altrettanto certo come nessuno dubiti oramai della necessità di pervenire a una riconsiderazione degli interessi in gioco alla luce del singolo caso concreto, dal momento che il bilanciamento di tali «interessi non può darsi del tutto esaurito con l’attribuzione di proprietà normative in astratto»<sup>94</sup>. Nessuna dubita, in altri termini, del fatto che “il linguaggio dei diritti” non sia più, da solo, sufficiente a far emergere “i

---

rimedio». Quest’ultimo, pertanto, «oltre che una categoria concettuale, costituisce una metodologia generale che ripudia il formalismo e fa professione di realismo e di fattualità, in quanto mira a conoscere quale soluzione concretamente l’ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione di un suo interesse». Non va escluso, dunque, che «la protezione possa nascere con il rimedio e non essere già in anticipo predicata (*ubi remedium, ibi ius*)».

<sup>90</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1999, cit.

<sup>91</sup> Sul punto, v. SMORTO, *Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi*, cit., 195.

<sup>92</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. un., sent. 13 giugno 2006, n. 13660. Del resto, come ricorda LUCIANI, *Funzione amministrativa*, cit., 995, «nei sistemi di *Civil law*, di regola, il rimedio di tutela (segnatamente di tipo processuale) presuppone che l’interesse da proteggere sia già stato oggetto di un giudizio di rilevanza giuridica». Più nel dettaglio, «l’esistenza della situazione giuridica precede l’esistenza del rimedio; colui che voglia agire a difesa di un suo interesse deve dimostrare che quell’interesse è stato direttamente giuridicizzato dal legislatore (ad es. i diritti costituzionali di libertà) o si è giuridicamente perfezionato nelle forme previste dall’ordinamento positivo (ad es. il diritto di proprietà che nasce dalla stipulazione di un contratto); occorre in altre parole dimostrare che quell’interesse è al centro di una situazione giuridica soggettiva (*ubi ius, ibi remedium*)».

<sup>93</sup> Così, SMORTO, *Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi*, cit., 188.

<sup>94</sup> Ivi, 202.

bisogni di tutela”, i quali, spesso, «non sono predicati a livello delle proposizioni» legislative<sup>95</sup>.

Il secondo punto di incontro dei due “modelli” si rinviene nell’esigenza di effettività e di pienezza della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Da questa prospettiva, infatti, come proposto da attenta dottrina, è possibile guardare all’interesse che chiede protezione, osservandone «la tutela (soprattutto) dal lato del rimedio protettivo in concreto attivabile dall’interessato, anziché dal (solo) lato dell’astratta definizione della situazione soggettiva protetta»<sup>96</sup>. Questa prospettiva, però, ci consegna un rimedio giurisdizionale per la tutela dei diritti dei detenuti che, in concreto, è spesso privo dei caratteri dell’efficacia e, quindi, dell’effettività, in quanto inidoneo a garantire una celebre definizione della controversia dedotta in giudizio e, in caso di esito favorevole al reclamante, ad assicurare una rapida cessazione del pregiudizio arreca-to all’esercizio del diritto fatto valere. Del resto, non è mancato in dottrina chi ha segnalato come l’eccessiva distensione diacronica della procedura *ex art. 35-bis o.p.*, lungo tre gradi di giudizio (due di merito e uno di legittimità<sup>97</sup>), renda il rimedio inibitorio incapace di garantire l’effettività della sua funzione preventiva, volta ad impedire il concretizzarsi del pericolo di un danno incidente sulla sfera giuridica del detenuto<sup>98</sup>. Il legislatore, infatti, sembra non avere preso seriamente in considerazione l’esigenza che, nelle more del giudizio, possa verificarsi quel pericolo che si mira ad evitare, dal momento che, pur confermandosi che l’ordinanza emessa dal Magistrato di sorveglianza è immediatamente esecutiva e che l’amministrazione soccombente è tenuta a darvi esecuzione (art. 666, comma 7, c.p.p., al quale rinvia l’art. 35-bis, comma 1, o.p.), si è poi stabilito che l’ottemperanza potrà essere richiesta dall’interessato o dal suo difensore soltanto quando il provvedimento giudizia-

<sup>95</sup> Ibidem, 203. Si vedano, altresì, CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 633-634; DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. penit. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, ivi, 350.

<sup>96</sup> In questi termini, LUCIANI, *Funzione amministrativa*, cit., 987.

<sup>97</sup> Ai sensi dell’art. 35-bis, comma 4, o.p., «avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell’avviso di deposito della decisione stessa». Secondo il successivo comma 4-bis, inoltre, «da decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell’avviso di deposito della decisione stessa».

<sup>98</sup> Sull’eccessiva distensione temporale della procedura su reclamo, cfr. CIAVOLA, *L’area di applicazione del nuovo rimedio preventivo*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 141; FIORENTIN, *Conclusioni*, ivi, 670-671; FIORIO, *I diritti fondamentali delle persone detenute*, ivi, 30; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, ivi, 318-319; VICOLI, *La fase d’impugnazione*, ivi, 276-277; PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1218-1219.

le non sia più impugnabile (art. 35-*bis*, comma 5, o.p.). Il tempo necessario a giungere ad una pronuncia definitiva sul merito della domanda, quindi, pone la questione di individuare congegni processuali capaci di impedire che si verifichi un evento dannoso a causa del protrarsi del pregiudizio all'esercizio del diritto fatto valere in giudizio.

In una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe pensare all'introduzione di tecniche anticipatorie, volte alla concessione di una tutela cautelare. Questa soluzione, tuttavia, determina un conflitto tra opposte esigenze: da un lato, quella di effettività del rimedio, per il cui soddisfacimento è spesso indispensabile una tutela tempestiva (anche interinale, a cognizione sommaria e ad effetti provvisori) che impedisca il verificarsi di un danno imminente; dall'altro lato, l'esigenza di stabilità dell'accertamento di merito, la cui realizzazione mira ad impedire che si accordi una qualche forma di tutela in forza di un esame superficiale della *res iudicanda*.

Una diversa soluzione, pertanto, sembra porre minori problemi. Si tratta dell'introduzione di un meccanismo che consenta al Magistrato di sorveglianza di svolgere celermemente la fase di merito, in modo tale da assicurare una tutela tempestiva, completa e tendenzialmente stabile<sup>99</sup>. In particolare, il giudice, qualora ritenga sia sussistente il pericolo di un danno imminente alla sfera giuridica del detenuto reclamante, deve - d'ufficio o su richiesta dell'interessato - procedere all'immediata fissazione della data dell'udienza, facendo sì che tale data di trattazione del merito della controversia sia realmente ravvicinata, pur nel rispetto del termine dilatorio di cui all'art. 666, comma 3, del codice di rito<sup>100</sup>.

Resta confermato che, anche in questo caso, il requisito del "pericolo di danno imminente" non diviene condizione aggiuntiva di proponibilità del reclamo (che prescinde sempre e totalmente da ogni considerazione relativa ad eventuali conseguenze dannose), ma assume rilievo al limitato, ancorché essenziale, fine di assicurare al detenuto una tutela preventiva in tempo utile. Il pericolo di danno imminente, quindi, rileva unicamente al fine di pervenire ad una tempestiva trattazione del merito della domanda e ad una rapida pub-

<sup>99</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, 158.

<sup>100</sup> Il Magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti e ai difensori. L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere depositate memorie in cancelleria. Sui compiti assegnati al Magistrato di sorveglianza nella fase introduttiva del giudizio per reclamo, si vedano NATALI, *La fase introduttiva dell'udienza di reclamo giurisdizionale*, in *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 199 ss.; PISCITELLO, *La fase introduttiva del ricorso*, ivi, 471 ss.

blicazione del provvedimento che definisce il giudizio. Il giudice, pertanto, deve verificare, caso per caso, anche sulla base di quanto prospettato nel reclamo, se l'attività amministrativa (asseritamente) non conforme al diritto possa essere produttiva, oltre che di un grave e attuale pregiudizio all'esercizio del diritto fatto valere in giudizio, anche di un "imminente effetto dannoso". Infatti, sussistendo tale pericolo di imminente realizzazione dell'evento dannoso, l'efficacia preventiva del rimedio inibitorio risulta inscindibilmente connessa alla tempestività dell'intervento del Magistrato di sorveglianza, il quale, pertanto, deve rapidamente fissare una data di udienza che sia quanto più ravvicinata e, nel caso di accoglimento del reclamo, deve stabilire, nel dispositivo della pronuncia, un termine breve entro il quale l'amministrazione "soccombente" è tenuta ad adempiere l'ordine di porre rimedio al grave pregiudizio all'esercizio del diritto fatto valere (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.).

Questa soluzione comporta che, in ambito penitenziario, la tutela preventiva a contenuto inibitorio sia sempre concessa al termine di un procedimento a contraddittorio necessario ed a cognizione piena ed esauriente delle ragioni addotte dalle parti, procedimento che termina con una pronuncia del giudice che statuisce ad ogni effetto sul diritto fatto valere in giudizio. A differenza, dunque, di una eventuale tutela inibitoria cautelare, quella accordata dal Magistrato di sorveglianza, secondo il modello appena proposto, non assume i caratteri né della provvisorietà, in quanto essa mira a fornire un assetto definitivo del rapporto giuridico controverso, né - è ovvio - della strumentalità, poiché non si pone alcun problema di stabilire quale tipo di relazione debba intercorrere tra una misura cautelare e il provvedimento definitivo di merito<sup>101</sup>.

L'efficacia del meccanismo prima delineato, tuttavia, postula altri, fondamentali accorgimenti procedurali. Non è sufficiente, infatti, che il provvedimento del Magistrato di sorveglianza *ex art.* 35-*bis*, comma 3, o.p. sia pubblicato in tempi rapidi ed abbia "immediata" efficacia esecutiva, ma è necessario, altresì, riconoscere al detenuto la possibilità di attivare, anche per tale provvedimento non definitivo, il rimedio del giudizio di ottemperanza, prevedendo non soltanto meccanismi volti alla coattiva e diretta esecuzione del *dictum* giudiziale, ma anche specifiche misure coercitive indirette da attivare nei confronti dell'amministrazione inadempiente. E, in special modo quando oggetto della pronuncia sia un obbligo comportamentale di non fare e, quindi, non suscettibile di diretta coercizione, si dovrebbe attribuire al giudice della cognizione

---

<sup>101</sup> Sul tema della diversità strutturale della tutela inibitoria cautelare rispetto alla tutela inibitoria finale, v. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 128 ss.

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

(e non a quello dell’ottemperanza) la competenza a disporre, sin da subito, misure di coercizione indiretta “con funzione compulsoria”<sup>102</sup>.

In effetti, nel dare attuazione alla legge 23 giugno 2017, n. 103 - con la quale il Governo era stato delegato ad adottare decreti legislativi per la riforma dell’ordinamento penitenziario -, l’art. 4 dello schema di decreto legislativo (501), trasmesso per il parere al Parlamento, conteneva una disposizione che avrebbe dovuto modificare il comma 5 dell’art. 35-bis o.p., attraverso la soppressione delle parole «non più soggetto ad impugnazione». In tal modo, si sarebbe garantito al detenuto “vittorioso” la possibilità di richiedere l’ottemperanza anche delle pronunce emesse dal Magistrato di sorveglianza, ancorché soggette ad impugnazione. Tuttavia, dopo il travagliato *iter* che ha condotto all’esercizio della delega<sup>103</sup>, questa disposizione è stata espunta dall’ultimo schema di decreto legislativo, sicché di essa non è rimasta traccia alcuna nel d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123<sup>104</sup>. È stata questa, però, una scelta censurabile sotto il profilo della violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, perché l’impossibilità di richiedere l’ottemperanza anche del provvedimento non definitivo del Magistrato di sorveglianza, non eseguito dall’amministrazione soccombente, rende il rimedio giurisdizionale *de quo* inidoneo ad assicurare una rapida ed effettiva tutela preventiva dei diritti della persona detenuta.

In conclusione, l’attuale dato normativo ci consegna un rimedio giurisdiziona-

---

<sup>102</sup> In ordine alle misure coercitive indirette, cfr. il recente studio di NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, cit., 97 ss., nonché BINDA, *Le astreintes nel giudizio amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 4 luglio 2019.

<sup>103</sup> Sul punto, v. FIORIO, *I diritti fondamentali delle persone detenute*, cit., 30 ss.

<sup>104</sup> Cfr. FIORENTIN, *Conclusioni*, cit., 672-673; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 309. Peraltro, come ricordato dagli Autori citati, nel d.lgs. n. 123 del 2018 non vi è traccia neanche di quella disposizione - contenuta sempre nell’art. 4 dello schema di decreto legislativo (501) - che, sopprimendo il comma 4 dell’art. 35-bis o.p., avrebbe eliminato il doppio grado di merito, sicché avverso l’ordinanza emessa dal Magistrato di sorveglianza sarebbe stato proponibile soltanto il ricorso per cassazione (ivi, 319). Si consideri, del resto, che, nel parere non ostantivo, approvato dalla Commissione giustizia del Senato il 7 febbraio 2018, si rilevava come tale soluzione suscitasse perplessità «sia in quanto rischiava di squilibrare il rapporto tra potere giudiziario e potere esecutivo, affidando in via esclusiva ad un organo monocratico, diffuso territorialmente, il controllo giurisdizionale di merito su scelte organizzative o provvedimentali dell’Amministrazione penitenziaria; sia perché rischiava alternativamente o di determinare un ulteriore aggravio di lavoro della Corte di cassazione (il ricorso alla quale *sarebbe rimasto* l’unico strumento impugnatorio disponibile) ovvero la sostanziale indisponibilità di un mezzo di impugnazione avverso le decisione in questione (nel caso in cui l’onerosità e la meno agevole praticabilità del ricorso per cassazione *avessero finito* per avere, nei fatti, un prevalente effetto dissuasivo)». Del resto, «anche ammesso e non concesso che fosse più opportuna la scelta di espungere un grado di giudizio, appariva comunque preferibile affidare la relativa determinazione al giudice collegiale anziché ad un organo monocratico».

## ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

le inibitorio che non sempre riesce ad assolvere la sua essenziale funzione di prevenzione del danno incidente sulla sfera giuridica della persona detenuta. Eppure, in una prospettiva *de iure contendo*, sarebbero sufficienti pochi e mirati interventi, al fine di garantire ai ristretti una tutela preventiva dei loro diritti che sia realmente tempestiva, efficace e, quindi, effettiva.