

Capitolo I

Il reclamo giurisdizionale in materia disciplinare

SOMMARIO: 1. Le modifiche apportate all'art. 69 comma 6 ord. penit. – 2. Il procedimento disciplinare. – 3. La cognizione del magistrato di sorveglianza. – 4. I presupposti per sottoporre a reclamo il provvedimento disciplinare: «le condizioni di esercizio del potere disciplinare». – 5. *Segue*: gli altri motivi di reclamo. – 6. Rilievi critici: l'inapplicabilità dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. alle sanzioni para-disciplinari. – 7. *Segue*: *matière pénale*?

1. *Le modifiche apportate all'art. 69 comma 6 ord. penit.*

Nella sua veste originaria, figlia della riforma penitenziaria del 1975, la disciplina dei reclami al magistrato di sorveglianza era contenuta nell'art. 69 comma 5 ord. penit., che assegnava al giudice monocratico un sindacato sull'osservanza delle «norme riguardanti: [da un lato] *a*) l'attribuzione della qualifica lavorativa, le questioni concernenti la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; [e dall'altro] *b*) l'esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa». Le pretese azionabili con il meccanismo del reclamo afferivano, dunque, unicamente all'ambito lavorativo e a quello disciplinare. La procedura volta a verificare la fondatezza dell'istanza presentata dal detenuto o dall'internato sfociava nell'emanazione di un ordine di servizio: una scelta che, «per quanto discutibile, rifletteva la natura di una decisione assunta dal magistrato di sorveglianza senza la benché minima garanzia giurisdizionale e, in particolare, senza il rispetto del diritto di difesa delle parti interessate alla decisione del reclamo»¹.

¹F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra ristrutturazione e ricostruzione*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Cedam, Padova, 1988, p. 357.

Benché ricollocata nel comma 6 dell'art. 69 ord. penit.², tale disposizione rimase in gran parte identica – sotto il profilo sostanziale³ – anche a seguito della legge 10 ottobre 1986, n. 663. Con l'emanazione della legge Gozzini, infatti, il legislatore si era concentrato soprattutto sulle modifiche di tipo procedurale, prevedendo per i reclami in materia di lavoro e disciplina un accertamento da effettuare nelle forme di cui all'art. 14-ter ord. penit.⁴.

Con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, la normativa in tema di reclamo contenuta nell'art. 69 ord. penit. ha acquisito una nuova fisionomia. Il reclamo al magistrato di sorveglianza è stato promosso a rimedio “ordinario” per dirimere due macro-categorie di controversie: *a*) le contestazioni in materia disciplinare; *b*) quelle scaturite da un pregiudizio, grave ed attuale, cagionato dall'amministrazione all'esercizio dei diritti di detenuti e internati. In questa duplice proiezione funzionale, la procedura decisoria ha assunto le forme garantite descritte nell'art. 35-bis ord. penit., sotto la rubrica «reclamo giurisdizionale».

Oltre a riscrivere l'*incipit* della disposizione di legge penitenziaria⁵, la riforma ha eliminato dal comma 6 dell'art. 69 ord. penit. la previgente lett. *a*, che, così come modificata dalla legge n. 663 del 1986, assegnava al magistrato di sorveglianza la cognizione sui reclami concernenti «l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali». Va detto che l'intervento ha valenza «meramente formale, e non di sostanza»⁶. Sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, infatti, il rito *ex art. 14-ter* ord. penit. era risultato inidoneo a soddisfare il nucleo minimo di garanzie necessarie in tema di controversie lavorative⁷. Pertanto, già a seguito di tale pronuncia, questa particolare tipologia di giudizi instaurati tra il detenuto lavoratore e la sua con-

²Lo slittamento nel comma 6 dell'art. 69 ord. penit. dipendeva dall'inserimento di un nuovo comma 4 (in tema di misure di sicurezza) nel testo della disposizione da parte dell'art. 21 comma 1 legge 10 ottobre 1986, n. 663.

³Quanto alle modifiche operate dalla legge del 1986 in ordine ai presupposti del reclamo in materia disciplinare, si veda *infra*, nota 49. Circa gli interventi sulla dicitura dell'originaria lett. *a*, *infra*, in questo paragrafo.

⁴*Infra*, parte seconda, *Premessa*.

⁵Diversamente dalle versioni precedenti, infatti, il nuovo art. 69 comma 6 ord. penit. non limita la cognizione del magistrato di sorveglianza ai «reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti» le materie contemplate nelle lett. *a* e *b* della disposizione.

⁶E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI-L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 215; nello stesso senso, L. FILIPPUCCI, *Sub Art. 69 ord. penit.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., tomo III, Wolters Kluwer, Assago, 2017, p. 2679.

⁷Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341.

troparte venivano assegnati al giudice del lavoro e non più al magistrato di sorveglianza⁸.

Il vuoto normativo lasciato nell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. dall'abrogazione della disposizione riguardante le controversie lavorative è oggi occupato dal contenzioso in materia disciplinare, e segnatamente dai reclami concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa». Pur essendone stata modificata la collocazione – dalla lett. *b* alla lett. *a* dell'art. 69 comma 6 ord. penit. –, si tratta della medesima dicatura che figurava nel testo precedente la novella: ma il d.l. n. 146 del 2013 ha aggiunto un importante elemento di novità, consegnando al magistrato di sorveglianza, in alcune ipotesi, poteri accertativi e decisionali che trascendono la mera legittimità dell'esercizio del potere disciplinare. E infatti, stando all'odierna versione dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., «nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati» nei confronti di detenuti e internati.

2. Il procedimento disciplinare

Il provvedimento sanzionatorio reclamabile ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit. è emesso al termine di una procedura decisionale che viene tradizionalmente ricondotta alla materia amministrativa, ma le cui affinità con la giurisdizione penale sono alquanto evidenti⁹. Governato dalle regole contenute nell'art. 81 reg. esec.¹⁰, il rito disciplinare è articolato in ridotti segmenti proce-

⁸ Sul punto, F. DELLA CASA, *Sub Art. 69 ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5^a ed., Wolters Kluwer, Vicenza, 2015, pp. 816-817; A. PULVIRENTI, *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 1553-1576. Si veda anche Cass., Sez. I, 6 dicembre 2006, El Khadali, in *C.e.d.*, 235586.

⁹ Le sottolinea, tra gli altri, R. TURRINI VITA, *Potere disciplinare ed amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1169: «i procedimenti amministrativi sanzionatori sembrano piccoli processi penali, affidati all'autorità amministrativa per reprimere le infrazioni di minor importanza, per le quali non conviene ricorrere al giudice penale. Del processo penale, ricordano la struttura base (accertamento dell'illecito e applicazione della sanzione amministrativa), ma tutte le moventi evocano la potestà punitiva, di cui lo Stato è titolare in quanto sovrano». Secondo G. LANDI, voce *Disciplina*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 19, illecito penale e illecito disciplinare conserverebbero tuttavia autonomi connotati strutturali. Vedi anche, E. D'ALTERIO, *Il sistema amministrativo penitenziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 369 ss., nonché *infra*, § 7.

¹⁰ *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà*, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

durali che dalla rilevazione di una infrazione conducono all'applicazione di una sanzione tra quelle indicate all'art. 39 comma 1 ord. penit., ossia il richiamo del direttore (n. 1), l'ammonizione (n. 2), l'esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni (n. 3), l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni (n. 4) e, infine, l'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni (n. 5)¹¹.

L'esercizio del potere disciplinare presuppone un comportamento del recluso che appaia sussumibile, in tutti i suoi estremi, in una fattispecie tra quelle tipizzate all'art. 77 comma 1 reg. esec. Detenuti e internati, infatti, «non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento» (art. 38 comma 1 ord. penit.). Valgono dunque anche in questo ambito i principi di legalità e tassatività in ordine ai comportamenti sanzionabili da parte dell'autorità amministrativa. Rimane qualche preoccupazione circa la tecnica normativa utilizzata, che concretamente ammette un'eterointegrazione della disciplina ordinaria tramite fonte secondaria. Per ampliare il novero delle fattispecie di illecito previste dall'art. 77 comma 1 reg. esec. – «per sua natura [*numerus*] *clausus*» – è infatti sufficiente un «qualsiasi esercizio d[ella] potestà regolamentare»¹².

L'elencazione dei comportamenti rilevanti in sede disciplinare si connota in termini di crescente gravità; un *climax* che va dalla «negligenza nella pulizia e nell'ordine della persona o della camera» (n. 1 dell'art. 77 comma 1 reg. esec.) sino al compimento di «fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, di operatori penitenziari o di visitatori» (n. 21). A suscitare più di un dubbio è l'elasticità delle condotte descritte nella disposizio-

¹¹ Nel *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena* (r.d. 18 giugno 1931, n. 787) le sanzioni disciplinari applicabili al detenuto erano quelle contemplate nell'art. 153: all'«ammonizione, fatta a voce dall'Autorità dirigente, alla presenza di un impiegato o del comandante o capoguardia» si aggiungeva, tra le altre, «la privazione del passeggio in comune» (da uno a dieci giorni), sino alla più invasiva punizione della «cella con letto ordinario con trattamento a pane ed acqua per i giorni di lunedì, mercoledì e venerdì di ogni settimana», applicabile «da uno a tre mesi» (durata che diminuiva per le donne, per le quali era ammessa sino a un massimo di due mesi). Ai sensi dell'art. 155 reg. esec. 1931, la «punizione della cella [aveva inoltre] sempre per effetto la privazione del sopravvitto, delle visite e della facoltà di scrivere».

¹² Così, M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 431. Lamentano la medesima criticità, tra gli altri, anche F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Ann., II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 811; V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 30-31; M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare: ricompense e punizioni*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti*, cit., p. 232; S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 927; E. LOI-N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 88.

ne regolamentare: «il principio di tassatività dei fatti punibili è abbondantemente annacquato dalla constatazione che le infrazioni sono bensì tipizzate, ma con contorni di grande ampiezza e genericità»¹³. L'evanescenza delle fattispecie disciplinari assottiglia notevolmente il confine tra lecito e illecito; e ad aggravare la situazione contribuisce la possibilità, prevista dal comma 2 dell'art. 77 reg. esec., di infliggere sanzioni disciplinari anche per comportamenti compiuti nella forma del tentativo¹⁴.

In ogni caso, può pretendersi l'osservanza solo delle regole di condotta conosciute o conoscibili dal singolo soggetto *in vinculis*. Da questo angolo visuale, assume rilievo centrale l'art. 32 comma 1 ord. penit., in cui si prevede che, all'atto di ingresso in istituto penitenziario – ma anche successivamente, ove necessario –, detenuti e internati devono essere informati «delle disposizioni generali e particolari attinenti ai loro diritti e doveri, alla disciplina e al trattamento»¹⁵. Al precetto fornisce attuazione il combinato disposto degli artt. 23 comma 5 e 69 comma 2 reg. esec., che impone alla direzione l'obbligo di consegnare a ciascun ristretto la *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*¹⁶.

¹³ Pur riferendosi al regolamento previgente, sul punto non così dissimile dall'odierno, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 177. Sullo stesso versante, recentemente, M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 431.

¹⁴ La punibilità anche per tentativo ha condotto parte della dottrina a giudicare solo “apparente” la diminuzione del numero delle condotte vietate rispetto al regolamento del 1931. E questo, nonostante si sia passati dalla previsione di cinquantacinque infrazioni (artt. 161-167 reg. esec. 1931) a ventidue nel regolamento del 1976 (art. 72 d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) e a ventuno in quello attuale: si veda, da ultimo, R. MASTROTOTARO, *Sub Art. 38 ord. penit.*, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 494; M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 431.

¹⁵ Tali prescrizioni si pongono sulla scia di quanto sancito dalla Risoluzione O.N.U. del 30 agosto 1955 sulle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* (regola 35.1), in cui si stabilisce che «[a]l momento dell'ammissione, ogni detenuto deve ricevere comunicazione scritta relativa al trattamento dei detenuti della categoria cui è assegnato, alle norme disciplinari dello stabilimento, ai mezzi autorizzati per ricevere informazioni e formulare reclami [...]». Gli obblighi informativi a favore del soggetto *in vinculis* sono stati successivamente specificati anche dalle *Regole penitenziarie europee* (Raccomandazione R(2006)2, adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006, regola 30). Non si tratta, invero, di principi sconosciuti ai previgenti regolamenti penitenziari. Quanto al regolamento n. 787 del 1931, il legislatore aveva stabilito che a «tutti i detenuti ammessi negli stabilimenti di custodia preventiva e di pena, il comandante o il capoguardia [dovesse] consegna[re] un estratto delle disposizioni regolamentari concernenti le norme di condotta del detenuto». Comunicazioni, queste, che se rese a detenuti analfabeti venivano effettuate «oralmente» (art. 71). «L'estratto delle disposizioni regolamentari, concernenti il funzionamento e la disciplina degli stabilimenti carcerari e gli obblighi dei detenuti» era in ogni caso «affisso, oltre che nelle celle, nelle sale di lavoro e di riunione e in quelle destinate ai colloqui» (art. 92 reg. esec. 1931). Tali adempimenti erano poi stati confermati anche sotto la vigenza del regolamento n. 431 del 1976 (si veda, in particolare, l'art. 64).

¹⁶ G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 262-265.

Rilevata una condotta punibile ai sensi dell'art. 77 reg. exec., gli operatori penitenziari hanno il potere-dovere di redigere un atto formale (il rapporto) che deve essere «trasMESSO al direttore [dell'istituto] per via gerarchica» (art. 81 comma 1 reg. exec.). Benché la legge non indichi un termine per la segnalazione al dirigente, si ritiene che i due adempimenti (redazione e trasmissione) debbano avvenire tempestivamente. E in effetti, il regolamento di esecuzione sembra predisporre un «meccanismo in base al quale l'operatore penitenziario redige il rapporto immediatamente dopo la constatazione diretta o la conoscenza del presunto fatto illecito, risultando palese la volontà di far coincidere la data del rapporto con la data in cui il fatto è stato commesso ed è stato appreso, ovvero con il momento in cui si è avuta altrimenti conoscenza del fatto»¹⁷.

A tale proposito va osservato che la formula utilizzata dall'art. 81 comma 1 reg. exec. – in cui si impone ai soggetti in possesso della qualifica di “operatore penitenziario” la constatazione-trasmissione della notizia rilevante ai fini disciplinari – mal si concilia con altre disposizioni del regolamento, in cui si ricostruisce la figura dell'operatore includendovi anche professionalità che non sono alle dirette dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Si pensi, ad esempio, all'art. 22 comma 7 reg. exec. che, nell'elencare i soggetti che possono entrare in contatto con il recluso in isolamento giudiziario, menziona il «personale, nonché gli *altri* operatori penitenziari anche non appartenenti al personale dell'amministrazione, incaricati, autorizzati o delegati dal direttore dell'istituto» (corsivo aggiunto). O ancora, all'art. 3 reg. exec., che, nel definire i compiti delle direzioni degli istituti penitenziari e dei centri di servizio sociale, assegna ai direttori il potere di «imparti[re] direttive agli operatori penitenziari, anche non appartenenti all'amministrazione»¹⁸.

Qualora si leggesse l'art. 81 reg. exec. alla luce della definizione offerta dagli artt. 3 e 22 comma 7 reg. exec., pertanto, risulterebbero obbligati a riferire e trasmettere la notizia disciplinare tutti coloro che – a vario titolo e a prescindere da un legame di dipendenza con l'amministrazione penitenziaria – si trovino immersi nella vita del carcere (quindi, ad esempio, anche insegnanti e volontari) ed in capo ai quali non potrebbe ascriversi un dovere di comunicazione vero e proprio, salvo quanto previsto dalla legge penale. La «particolare rilevanza assunta dall'esercizio dell'azione disciplinare, capace di incidere sui diritti del ristretto», pare tuttavia «giustific[are] la scelta interpretativa di riservare il potere-dovere di redigere il rapporto unicamente agli operatori peni-

¹⁷ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., pp. 368-369.

¹⁸ Per un'esauriente rassegna dei soggetti che operano nel contesto penitenziario si rimanda a L. SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in G. NEPPI MODONA-D. PETRINI-L. SCOMPARIN, *Giustizia penale e servizi sociali*, Laterza, Bari, 2009, p. 208 ss.

tenziari appartenenti al personale» dell'amministrazione dell'istituto (art. 80 ord. penit.)¹⁹. Gli altri operatori carcerari, pur non avendo obblighi al riguardo, potranno comunque attivarsi comunicando la presunta condotta illecita a un dipendente dell'amministrazione, il quale poi la trasmetterà *ex art.* 81 reg. esec. per via gerarchica al direttore.

Venuto a conoscenza del fatto di rilievo disciplinare, il direttore, «sollecitamente e [comunque] non oltre dieci giorni dal rapporto», deve contestare l'addebito all'accusato, «informandolo contemporaneamente del diritto ad esporre le proprie discolpe» (art. 81 comma 2 reg. esec.). Come vedremo meglio in seguito²⁰, la normativa non precisa i contenuti della comunicazione, limitandosi a stabilire che essa è resa al cospetto del comandante del reparto di polizia penitenziaria. La presenza di entrambi i soggetti – direttore e comandante del reparto di polizia – non è tuttavia considerata indispensabile da parte della dottrina, che ritiene essenziale unicamente l'attività realizzata dal dirigente penitenziario. Solo «la comunicazione dell'addebito [...] effettuata da un soggetto il quale non rivesta la qualifica di direttore [...] determina l'illegittimità dell'atto, che – se non sanata con la ripetizione della contestazione entro il termine previsto dal regolamento – invalida il provvedimento finale»²¹.

Benché non pacificamente condiviso dalla giurisprudenza²², tale orientamento, degradando a mera irregolarità della procedura l'assenza del comandante nel momento in cui si informa l'accusato dell'addebito, ribadisce al contempo, opportunamente, la necessaria presenza del dirigente penitenziario. L'atto contestativo, in altre parole, non è delegabile. Del resto, quando il legislatore ritiene «che il compimento di un atto possa essere delegato dal titolare della situazione giuridica [...] ad altro soggetto, lo dic[e] espressamente»²³: come avviene nell'ipotesi di cui all'art. 81 comma 3 reg. esec., che legittima allo svolgimento di accertamenti istruttori il «direttore, personalmente o a mezzo del personale dipendente».

Informato dell'addebito l'accusato – adempimento essenziale per consenti-

¹⁹ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 359. In capo al personale dell'amministrazione, tale onere è posto a pena di responsabilità disciplinare, ovvero, ricorrendone i presupposti, penale. Si veda in particolare l'art. 24 comma 2 del d.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82, che sancisce sia il dovere del «personale del Corpo di polizia penitenziaria» di fare rapporto su «ogni fatto che possa comportare pericolo per la disciplina, l'ordine o la sicurezza dell'istituto» (n. 3), sia il dovere di «vigilare affinché i detenuti e internati osservino tutte le disposizioni che li riguardano e, nel caso in cui essi commettano infrazioni disciplinari, redigere rapporto [...] a loro carico, da trasmettere al direttore per via gerarchica» (n. 4).

²⁰ Più approfonditamente *infra*, cap. I, § 5.

²¹ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 371.

²² Sul punto *infra*, cap. I, § 5.

²³ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 372.

re a quest'ultimo di allestire le proprie difese –, il dirigente penitenziario svolge gli accertamenti sul fatto (comma 3 dell'art. 81 reg. esec.)²⁴, e, qualora dall'istruttoria emergano elementi a sostegno dell'accusa, entro ulteriori dieci giorni dalla data della contestazione convoca l'interessato davanti a sé o «fissa, negli stessi termini, il giorno e l'ora della convocazione» davanti al Consiglio di disciplina (comma 4): organo collegiale che è composto dal direttore – ovvero, in caso di suo legittimo impedimento, dall'impiegato più elevato in grado – con funzioni di presidente, dall'educatore (oggi funzionario della professionalità giuridico-pedagogica) e da un professionista esperto nominato ai sensi dell'art. 80 ord. penit. (art. 40 comma 2 ord. penit.)²⁵.

Quest'ultima disposizione è stata recentemente novellata dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, che ha ridisegnato l'assetto del Consiglio di disciplina espungendo dalla platea dei partecipanti la figura del sanitario²⁶. Si è rilevato, infatti, che «il medico, oltre a non costituire una figura impegnata direttamente nell'osservazione e nel trattamento penitenziario dei detenuti, riveste nei confronti di questi ultimi una posizione professionale che, implicando aspetti di riservatezza e un rapporto fiduciario con gli assistiti, mal si concilia con un suo coinvolgimento in dinamiche inerenti all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari»²⁷. Al fine di irrobustire «l'imparzialità dell'organismo che giudica sulla responsabilità dell'incolpato», e «nella prospettiva di contrastare il più possibile la tendenziale separatezza del carcere dalla società»²⁸, il legisla-

²⁴ Quanto all'individuazione dei mezzi istruttori, il direttore può richiedere informazioni a operatori e a reclusi (benché nell'esercizio di tale attività non siano previsti né poteri di coercizione in capo all'autorità né l'obbligo di verità dei dichiaranti), ovvero compiere accertamenti sui luoghi e prendere visione «del materiale sequestrato e degli oggetti danneggiati» (M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 433); così anche G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 373, secondo il quale «[a]i fini della documentazione dell'attività di indagine compiuta, [...] il direttore può disporre (con il consenso delle persone sentite) la redazione di un processo verbale, contenente le dichiarazioni rese, e può disporre che lo stato dei luoghi o degli oggetti esaminati sia descritto in un verbale d'ispezione».

²⁵ Al tempo del regolamento del 1931, il Consiglio di disciplina era composto dal direttore, dal funzionario di grado immediatamente inferiore, dal cappellano e dal medico (art. 149 reg. esec. 1931). Le sedute, considerate valide alla presenza di «almeno tre dei suoi componenti», si chiudevano con una deliberazione «presa a maggioranza [...], con prevalenza del voto del presidente nel caso di parità di voti» (art. 150 reg. esec. 1931).

²⁶ La modifica – promossa dall'art. 11 comma 1 lett. o del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 – attua il criterio indicato nella delega penitenziaria di cui all'art. 1 comma 85 lett. m della legge 23 giugno 2017, n. 103, in cui si incoraggiava il Governo a prevedere l'«esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l'istituto penitenziario». In ordine alla necessaria partecipazione del sanitario in costanza della normativa previgente, si veda Cass., Sez. I, 29 ottobre 2004, Russo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1562 (reperibile anche in *C.e.d.*, 230582).

²⁷ F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 81.

²⁸ Così, la *Relazione illustrativa* di accompagnamento al d.lgs. n. 123 del 2018. Nello stesso

tore ha ritenuto di sostituire il sanitario con un soggetto esterno al personale di ruolo dell'amministrazione penitenziaria, nominato ai sensi dell'art. 80 ord. penit.: un professionista che sia «dotat[o] delle necessarie competenze ed esperienza» ed assicuri «terzietà e imparzialità rispetto ai fatti e alle persone oggetto del procedimento disciplinare»²⁹.

Si è detto che, se il fatto contestato appare rilevante in sede disciplinare, il direttore deve convocare l'accusato davanti a sé o fissare l'udienza innanzi al Consiglio. Il combinato disposto degli artt. 40 ord. penit. e 81 comma 4 reg. esec. distribuisce la competenza a decidere sull'addebito disciplinare a seconda della sanzione che si presume applicabile al detenuto (o all'internato). Ne segue che il riparto di competenza tra i due organi non dipende dalla fattispecie di illecito contestata, ma dalla gravità della sanzione che potrebbe essere irrogata³⁰. La prognosi è affidata al direttore dell'istituto, al quale, dunque, compete non solo un giudizio sulla rilevanza e sulla commissione del fatto da parte del recluso, ma anche sul tipo di sanzione che sarà in concreto irrogabile. Qualora ritenga adeguata alla presunta infrazione una delle sanzioni più lievi – il richiamo o l'ammonizione (art. 39 comma 1 nn. 1 e 2 ord. penit.) –, il dirigente penitenziario convocherà il ristretto davanti a sé per la decisione disciplinare, mentre in caso contrario – ossia quando la gravità della condotta appaia tale da giustificare una risposta sanzionatoria più severa (art. 39 comma 1 nn. 3, 4 e 5 ord. penit.) – fisserà l'udienza dinnanzi al Consiglio di disciplina.

Si apre così l'ultima fase del procedimento disciplinare, quella dedicata al giudizio in senso stretto. In sede di udienza, il comma 5 dell'art. 81 reg. esec. riconosce al detenuto e all'internato la facoltà di essere sentito e di esporre le proprie discolpe³¹, ma tale diritto appare sensibilmente attenuato dalla mancanza di difesa tecnica e dalle limitate possibilità probatorie concesse all'incolpato. Quest'ultimo, infatti, non solo non può avvalersi del patrocinio di un difensore³², ma

senso, M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *www.questionegiustizia.it*, 9 novembre 2018; F. FIORENTIN, *La riforma*, cit., p. 81.

²⁹ F. FIORENTIN, *La riforma*, cit., 81. Quanto alla figura del professionista esperto, C. RENOLDI, *Sub Art. 80 ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 1047 ss.

³⁰ G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, f. 6, p. 180.

³¹ In ordine alla previgente disciplina (art. 76 reg. esec. 1976, di contenuto sostanzialmente analogo all'odierno art. 81 comma 5 reg. esec.), si veda S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 928, nota 56, per il quale appare tecnicamente «impreciso [...] il riferimento ad una mera "facoltà" dell'accusato [di esporre le proprie discolpe], trattandosi di un vero e proprio "diritto di difesa"».

³² R. MASTROTOTARO, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 497; M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434; F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 811.

neppure ha diritto di richiedere l'assunzione di mezzi di prova a discarico, «potendo, semplicemente, sollecitare i poteri istruttori dell'organo disciplinare, al quale è rimessa ogni insindacabile decisione sulla completezza del quadro probatorio»³³.

I limiti appena evidenziati all'esercizio dei diritti difensivi si amplificano ove si consideri che, di regola, il sistema normativo non collega a ogni singola infrazione una specifica sanzione da applicare³⁴. Ne consegue che, accertata l'illiceità della condotta, l'accusato può vedersi addebitare dal direttore o dal Consiglio qualsiasi sanzione tra quelle previste dall'art. 39 ord. penit., pur nel rispetto del riparto di competenze tra i due organi³⁵. L'unica eccezione che si registra è quella prevista dall'art. 77 comma 3 reg. esec., in cui si precisa che la «sanzione dell'esclusione dalle attività in comune non può essere inflitta per le infrazioni previste nei numeri da 1) a 8) del comma 1, salvo che l'infrazione sia stata commessa nel termine di tre mesi dalla commissione di una precedente infrazione della stessa natura». Ispirata al principio di proporzionalità tra illecito e sanzione, la norma è volta a impedire l'irrogazione di pene troppo afflittive in relazione all'entità dei comportamenti antidoverosi. Vero è che il divieto cade in caso di recidiva infratrimetrale specifica, ma la legge non prevede automatismi applicativi: anche in questa ipotesi l'organo disciplinare dovrà valutare la sanzione più adeguata tra quelle previste dalla legge, tenendo conto, come vedremo, dei parametri dettati dall'art. 38 comma 3 ord. penit., ossia «della natura e della gravità del fatto, del comportamento e delle condizioni personali del soggetto».

Detto ciò, uno dei profili più delicati del procedimento previsto all'art. 81 reg. esec. è quello che attiene alle scarse garanzie di imparzialità offerte dall'organo disciplinare, sia esso il direttore o il Consiglio di disciplina³⁶. Il diret-

³³ G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 357. Rileva che non è riconosciuta all'interessato la facoltà di citare testimoni, M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434. In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. I, 26 giugno 2017, Agrippa, in *www.cortedicassazione.it* – servizio online, in cui la Corte ha precisato che «rientra nella discrezionalità del consiglio di disciplina valutare e decidere sulla necessità degli approfondimenti istruttori sollecitati dall'incolpato».

³⁴ Il sistema era parzialmente diverso nel regolamento del 1931, che istituiva alcune precise correlazioni tra l'infrazione commessa e la sanzione irrogabile. Si veda, ad esempio, l'art. 161 reg. esec. 1931, in cui si prevedeva la possibilità di applicare la sanzione dell'ammonizione «per ogni prima infrazione non grave, e specialmente per le infrazioni seguenti: 1) trascuratezza nella pulizia della persona o della cella, o del cubicolo o del posto assegnato nel dormitorio o nel laboratorio; 2) negligenza nel lavoro o nella scuola; 3) infrazione dell'obbligo del silenzio».

³⁵ Si veda, M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434.

³⁶ F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 811. Riferisce che al «fine di evitare la commistione in capo al Direttore della doppia funzione di organo inquirente e giudicante, la funzione istruttoria e la funzione di presidente dell'organo di disciplina possono essere svolte dal vice direttore, rispettivamente nei casi di irrogazione di sanzioni di competenza del

tore, infatti, «assume [...] un ruolo in qualche modo contrapposto rispetto all'accusato, non foss'altro per la sua appartenenza a quella stessa amministrazione penitenziaria dai cui operatori sono di regola redatti i rapporti che danno avvio al procedimento disciplinare»³⁷. A farne le spese è il principio *nemo iudex in causa sua*: detenuti e internati sono chiamati a difendersi davanti alla medesima autorità da cui sono stati accusati. In un simile contesto, anche la facoltà di discolta attribuita all'interessato si rivela un'arma spuntata³⁸: il «contraddittorio resta una formale liturgia se non si innesta in un procedimento dialettico nel quale il decidente è distinto dalle parti»³⁹.

Il regolamento contempla infine un'ipotesi particolare. Può accadere che il fatto per cui si sta procedendo in sede disciplinare si riveli, nel corso del giudizio, diverso rispetto a quello precedentemente contestato. Quando l'accertamento è incardinato davanti al dirigente penitenziario, l'art. 81 comma 6 reg. esec. prevede che, se la successiva ricostruzione del fatto è idonea a determinare l'applicazione di una sanzione più invasiva nella sfera di libertà del recluso – e cioè una di quelle previste all'art. 39 comma 1 nn. 3, 4 e 5 ord. penit. (di competenza dell'organo collegiale) –, il direttore deve disporre la rimessione del procedimento al Consiglio di disciplina⁴⁰. Nulla è detto, invece, circa l'ipotesi contraria, relativa all'eventualità che il fatto si dimostri meno grave di quello contestato, tanto da giustificare l'applicazione di una tra le punizioni assegnate al solo direttore (art. 39 comma 1 nn. 1 e 2 ord. penit.). In questo caso, come vedremo meglio in seguito, la decisione da parte del Consiglio di disciplina – in luogo di quella del competente organo monocratico – non compromette i diritti difensivi del detenuto o internato: dunque «l'organo collegiale, [...] avendo la competenza ad irrogare le sanzioni più gravi, può deli-

l'organo monocratico [...], ovvero collegiale», R. MASTROTOTARO, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 497.

³⁷ M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 234; e recentemente, R. MASTROTOTARO, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 497. Quanto al Consiglio di disciplina si veda S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 927, in cui si evidenzia come «la natura dei soggetti che sono chiamati a» far parte dell'organo disciplinare «tende indubbiamente ad esaltare il ruolo del direttore (che lo presiede), vero *leader* del gruppo».

³⁸ Cfr. M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 234: l'«essenza del contraddittorio, infatti, si coglie, non solo e non tanto, con riferimento alla possibilità accordata all'accusato di difendersi, quanto, prima ancora, con riguardo alle posizioni delle parti di fronte all'organo titolare del potere di decisione, che deve trovarsi nella situazione più favorevole a riceverne con serena equidistanza le rispettive argomentazioni».

³⁹ Così E. FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 178, che definisce «inevitabilmente parziale» il giudice disciplinare penitenziario; negli stessi termini V. GREVI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 32.

⁴⁰ Con la precisazione che «il direttore d[ovrà] contestar[e] [all'accusato] il fatto diverso» (M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434). Negli stessi termini, R. MASTROTOTARO, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 498; G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari*, cit., pp. 183-184.

berare anche quelle meno gravi, senza che ciò determini la violazione delle disposizioni concernenti la competenza»⁴¹. Va da sé che, per garantire all'accusato il diritto di discolpa, e pur in assenza di un'esplicita disposizione normativa, si dovrà comunque contestare il fatto diverso all'interessato⁴².

Quanto alle regole decisorie, l'unico monito rivolto all'organo disciplinare è quello di «tenere conto, [nell'applicazione delle sanzioni,] oltre che della natura e della gravità del fatto, [anche] del comportamento e delle condizioni personali del soggetto» (art. 38 comma 3 ord. penit.)⁴³. Tali elementi – versione stringata dei criteri di commisurazione della pena dettati dall'art. 133 c.p. – devono essere presi in considerazione dall'autorità disciplinare congiuntamente al «programma di trattamento in corso»⁴⁴. Essi, inoltre, devono emergere dal relativo provvedimento, che, adeguatamente motivato⁴⁵, è tempestivamente comunicato al magistrato di sorveglianza e all'interessato (art. 81 comma 8 reg. esec.)⁴⁶. È questo provvedimento che, entro dieci giorni, può formare oggetto di reclamo giurisdizionale nelle forme di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

3. La cognizione del magistrato di sorveglianza

Velocemente richiamate le caratteristiche salienti dell'accertamento disciplinare, occorre stabilire quando e in quale misura il provvedimento emesso ai

⁴¹ G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 184; ID., *Il regime*, cit., p. 382; ID., *Il regime disciplinare negli istituti penitenziari*, in *www.diritto.it*, 29 marzo 2007, p. 14. Sul punto, si veda anche *infra*, cap. I, § 5.

⁴² G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 184; ID., *Il regime*, cit., p. 382.

⁴³ Per M.G. COPPETTA, *Sub Art. 38 ord. penit.*, cit., p. 434, i parametri indicati nell'art. 38 comma 3 ord. penit. – «che permettono di apprezzare anche gli elementi del dolo e della colpa» – sono funzionali alla decisione della sanzione da applicare; mentre sarebbero irrilevanti ai fini della «configurazione dell'illecito [...], il quale necessita soltanto del requisito della volontarietà». *Contra*, G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 278, per cui all'organo disciplinare s'imporrebbe di accertare l'infrazione nei termini della tipicità, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità.

⁴⁴ La previsione è stata introdotta nel comma 2 dell'art. 36 ord. penit. dall'art. 11 comma 1 lett. *n* del d.lgs. n. 123 del 2018. Nella *Relazione illustrativa* di accompagnamento al d.lgs. n. 123 del 2018, cit., si precisa che l'intervento è funzionale a «chiarire che la sanzione disciplinare nella fase esecutiva deve tenere conto del trattamento penitenziario in corso, al fine di non ostacolare il processo di recupero».

⁴⁵ M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 165. La prassi dominante vede la sanzione motivata *per relationem* agli atti del procedimento: G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 383.

⁴⁶ Si tenga presente che, se l'*iter* sanzionatorio si è svolto a carico di un soggetto indagato o imputato, la comunicazione è data anche all'autorità giudiziaria che procede (art. 77 comma 4 reg. esec.).

sensi dell'art. 81 reg. esec. può essere sottoposto a reclamo giurisdizionale. Il magistrato di sorveglianza di regola non è ammesso a conoscere tutti i profili dell'atto disciplinare ma può saggiare unicamente le istanze *ex art. 35-bis* ord. penit. concernenti alcune patologie del procedimento amministrativo: segnatamente, quelle che hanno ad oggetto un vizio riguardante «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo [che ha irrogato la sanzione], la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa» (art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit.). Il sindacato giurisdizionale è più ampio solo «nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5» ord. penit., ossia quando il provvedimento oggetto di reclamo abbia irrogato una sanzione particolarmente afflittiva: l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (art. 39 comma 1 n. 4 ord. penit.) ovvero l'esclusione dalle attività in comune (art. 39 comma 1 n. 5 ord. penit.). In queste ipotesi, l'*explicit* dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. estende l'area di operatività del rimedio, permettendo all'organo di sorveglianza di valutare «anche il merito dei provvedimenti adottati» dal Consiglio di disciplina⁴⁷.

La specificazione si deve al legislatore del d.l. n. 146 del 2013, il quale, adoperandosi attivamente per dirimere il contrasto formatosi sul punto, ha tentato di delineare definitivamente lo spettro d'intervento assegnato all'autorità giurisdizionale. Nel dibattito precedente alla riforma del 2013, infatti, si erano contrapposte autorevoli posizioni volte ad ammettere o a negare che vi fossero spazi per operare *ex post* un controllo interno all'atto disciplinare: e la questione aveva coinvolto in particolare l'*incipit* dell'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. (oggi, lett. *a*)⁴⁸, nella parte in cui evocava quale motivo di reclamo «le condizioni di esercizio del potere disciplinare»⁴⁹.

⁴⁷ Il riferimento è unicamente all'organo collegiale dell'amministrazione penitenziaria (e non al direttore dell'istituto) poiché i casi in cui è ammesso in sede di reclamo giurisdizionale un vaglio nel merito del provvedimento disciplinare riguardano sanzioni – l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione dalle attività in comune – che possono essere irrogate, ai sensi dell'art. 40 ord. penit., solo dal Consiglio di disciplina (sul punto si veda *supra*, § 2). Va osservato che, limitando questa particolare tipologia di sindacato alle sole sanzioni di cui all'art. 39 comma 1 nn. 4 e 5 ord. penit., il legislatore ha costruito un impianto normativo disarmonico rispetto alle regole sul riparto di competenze tra l'autorità collegiale e monocratica: l'applicazione della sanzione di cui all'art. 39 comma 1 n. 3 ord. penit. – relativa all'esclusione dalle attività ricreative e sportive –, infatti, pur di competenza del Consiglio di disciplina, non rientra tra i provvedimenti sindacabili nel merito dal magistrato di sorveglianza.

⁴⁸ Sulla collocazione della disposizione relativa al reclamo in materia disciplinare *ante* riforma del 2013, *supra*, § 1.

⁴⁹ Nella sua versione originaria, l'art. 69 ord. penit. consentiva la proposizione del reclamo per far valere l'inosservanza delle disposizioni concernenti «l'esercizio del potere disciplinare». Solo con la legge n. 663 del 1986 il testo è giunto all'attuale formulazione («condizioni di esercizio del potere disciplinare»). Una parte della dottrina aveva negato valenza sostanziale alla modifica (L. PEPINO, *Sub Art. 21, Commento alla L. 10/10/1986 n. 663*, in *Legisl. pen.*, 1987, p.

Dal momento che «tutte le altre voci dell'elenco riguardavano profili di carattere procedurale», la genericità della locuzione contenuta nel primo periodo della disposizione aveva indotto la dottrina a chiedersi se attraverso tale formula il legislatore avesse inteso consentire «anche un sindacato sul merito» della sanzione⁵⁰; e la risposta era stata – seppure con diverse sfaccettature – per lo più affermativa⁵¹. Del resto, la gran parte delle violazioni procedurali connesse all'emanazione del provvedimento *ex art.* 81 reg. esec. poteva essere dedotta come inosservanza delle previsioni concernenti la costituzione dell'organo disciplinare, la sua competenza, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa; vizi, questi, già contemplati dalla seconda parte dell'art. 69 comma 6 lett. *b* ord. penit. (oggi, lett. *a*). Ammettere un vaglio interno all'atto amministrativo dunque appariva necessario anche per conferire alla dicitura «condizioni di esercizio del potere disciplinare» un'effettiva rilevanza pratica, altrimenti difficilmente ravvisabile⁵².

218): giudicava invece rilevante l'intervento normativo F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994, p. 505. In generale, sul tema, G. BORSINI, *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Leg. e giust.*, 1988, p. 115 ss. e in particolare p. 126.

⁵⁰ F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, cit., p. 504.

⁵¹ Prima dell'intervento normativo operato attraverso la legge Gozzini, il riferimento ai vizi concernenti l'esercizio del potere disciplinare veniva letto dalla dottrina nel senso di attribuire al magistrato di sorveglianza un sindacato esteso al merito del provvedimento disciplinare. I sostenitori di tale opzione interpretativa affermavano la sussistenza di un collegamento tra la locuzione in esame e l'art. 38 comma 3 ord. penit., in cui erano indicati i criteri che dovevano guidare l'amministrazione nell'applicazione delle sanzioni disciplinari, ammettendo, conseguentemente, una verifica da parte dell'autorità giurisdizionale in ordine alla «natura e [a]lla gravità del fatto, [al] comportamento e [al]le condizioni personali del soggetto» (V. GREVI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 31; E. FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 179; nonché, criticamente, G. NESPOLI, *Ciò che resta allo Stato-amministrazione dopo la legge sull'ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, I, c. 260). A seguito della riforma del 1986 (*supra*, nota 49) alcuni autori avevano continuato a promuovere tale impostazione, seppure con alcune precisazioni. A chi rimaneva convinto che il giudice potesse sindacare l'applicazione dei parametri dettati dall'art. 38 comma 3 ord. penit., si contrapponeva chi circoscriveva la cognizione in ordine alle «condizioni di esercizio» del potere disciplinare all'accertamento della corrispondenza tra la condotta del recluso e l'infrazione *ex art.* 77 reg. esec. contestata (sul punto si veda F. DELLA CASA, *Le "magistrature di sorveglianza" fra consolidazione ed esautorazione*, cit., p. 505). Cfr. anche G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 431, il quale, pur ammettendo che il vaglio del magistrato di sorveglianza non potesse estendersi al merito del provvedimento, negava che ciò comportasse una limitazione del «sindacato di legittimità ai soli vizi procedurali, che attengono a fatti esterni al provvedimento disciplinare, poiché il tenore letterale della disposizione di legge, oltre che la coordinata interpretazione delle norme che la compongono, giustifica la conclusione secondo cui, con il reclamo, si possono far valere anche i vizi interni all'atto amministrativo»: «il provvedimento che infligge una sanzione [...], come ogni provvedimento amministrativo di natura discrezionale, p[uo] essere affett[o] dal vizio di legittimità dell'eccesso di potere».

⁵² G.M. NAPOLI, *Il regime*, cit., p. 431.

Su posizioni più rigide si era assestata la giurisprudenza di legittimità. Pur tacendo (colpevolmente)⁵³ sull'esatto significato da attribuirsi alla suddetta dicitura, la Suprema Corte escludeva che il legislatore avesse inteso riconoscere al magistrato di sorveglianza il potere di sindacare il merito dell'illecito disciplinare contestato e della sanzione irrogata, che rimanevano materie «affidate alla discrezionale valutazione degli organi preposti alla direzione degli istituti penitenziari»⁵⁴. Per la Corte, il giudice poteva operare solo un controllo di legalità sulle procedure seguite, mentre era bandita una verifica sull'opportunità della sanzione disciplinare, nonché sulla condotta tenuta in concreto dal detenuto⁵⁵.

La portata delle argomentazioni su cui si avvitava il dibattito si è oggi notevolmente ridotta a seguito della riforma del 2013, e segnatamente dell'aggiunta della parte finale dell'art. 69 comma 6 lett. a ord. penit., in cui il legislatore ha precisato che solo «nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5, è valutato *anche* il merito dei provvedimenti adottati». L'ampiezza del sindacato *ex art. 35-bis* ord. penit. assume così una geometria variabile, modulata in ragione della sanzione concretamente applicata al detenuto o all'internato dall'autorità penitenziaria⁵⁶. Nei casi descritti dall'art. 39 comma 1 nn. 4 e 5 ord.

⁵³F. DELLA CASA, Sub Art. 69 ord. penit., cit., p. 819, in cui l'Autore evidenzia che «se ci si limita a considerare l'uniforme orientamento della S. C., sembra non esserci spazio per alcun dubbio: la locuzione in esame è come se non fosse scritta, nel senso che di essa non è mai stata chiarita la portata». Nello stesso senso, N. BARABINO, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all'udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2474.

⁵⁴Cass., Sez. I, 17 ottobre 1988, Adamo, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 155-156. Adesive, Cass., Sez. I, 25 gennaio 2011, Zanetti, in *C.e.d.*, 249561; Cass., Sez. I, 4 novembre 2004, Gangi, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1251; Cass., Sez. I, 29 ottobre 2004, Russo, cit.; Cass., Sez. I, 16 dicembre 2003, Repotez, in *C.e.d.*, 227130; Cass., Sez. I, 9 febbraio 2000, Alberti, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 1016-1017; Cass., Sez. I, 3 maggio 1996, Armenio, *ivi*, 1997, p. 1153; Cass., Sez. I, 20 marzo 1995, Molinari, *ivi*, 1996, p. 1477; Cass., Sez. I, 2 giugno 1992, Baldi, in *Riv. pen.*, 1993, p. 763.

⁵⁵N. BARABINO, *Il reclamo*, cit., p. 2474.

⁵⁶Secondo la *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione* (di seguito *Commissione Giostra*), la scelta di assegnare al magistrato di sorveglianza un controllo attinente al merito del provvedimento disciplinare solo in relazione alle sanzioni di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 39 comma 1 ord. penit. trova la sua giustificazione nella volontà di «esercitare una indiretta efficacia dissuasiva nei confronti dell'Amministrazione, che sarà verosimilmente indotta a ricorrere alle sanzioni più gravi solo quando i presupposti di fatto potranno resistere al controllo, anche nel merito, dell'autorità giurisdizionale» (così la *Relazione di sintesi* di accompagnamento al *Documento conclusivo* redatto dalla *Commissione Giostra*, reperibile in www.penalcontemporaneo.it, 20 dicembre 2013, p. III). Invero, anche in seno alla *Commissione Giostra* l'adozione di un sindacato modulabile in ragione del provvedimento sanzionatorio emanato era stata oggetto di riflessione, e si era dovuto ricercare un compromesso «tra chi riteneva che la tutela giurisdizionale dovesse riguardare anche i profili di merito al fine di assicurare la più piena protezione ai diritti dei detenuti e degli internati e chi viceversa rite-

penit. l'organo di sorveglianza può esaminare ogni aspetto del provvedimento disciplinare impugnato⁵⁷, mentre se oggetto di reclamo è una delle sanzioni più lievi – richiamo del direttore, ammonizione, esclusione da attività ricreative e sportive – potranno essere saggiati solo alcuni profili dell'atto amministrativo⁵⁸: ossia «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo [che ha irrogato la sanzione], la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa».

4. *I presupposti per sottoporre a reclamo il provvedimento disciplinare: «le condizioni di esercizio del potere disciplinare»*

Resta da indagare l'esatto perimetro delle categorie individuate nell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit., a cominciare dalla voce che consente la presentazione dell'istanza di reclamo giurisdizionale a seguito di violazioni concernenti «le condizioni di esercizio del potere disciplinare».

Inserita nel contesto della disposizione novellata, tale formula, già un poco ambigua in partenza, parrebbe oggi svuotata dei significati tradizionalmente assegnategli. La specificazione operata dal d.l. n. 146 del 2013 circa la natura del sindacato relativo alle controversie disciplinari impedisce al magistrato di sorveglianza di avvalersi dell'*incipit* dell'art. 69 comma 6 lett. *a* ord. penit. per esercitare un controllo sul «merito» dell'atto amministrativo: controllo, quest'ultimo, che risulta riservato ai «casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5». La latitudine assegnata all'ipotesi di reclamo in esame deve quindi essere ripensata escludendo dal bacino dei vizi sindacabili dall'autorità giurisdizionale tutti i profili che attengono al merito del provvedimento amministrativo, i quali, a seguito delle novazioni del 2013, non possono più essere ricondotti, neppure indirettamente, alle «condizioni di esercizio del potere disciplinare».

neva che il reclamo *in subiecta materia* potesse riguardare soltanto profili di legittimità, onde evitare una eccessiva ingerenza della magistratura di sorveglianza nell'esercizio del potere disciplinare spettante all'autorità penitenziaria» (sul punto si veda il *Documento conclusivo*, cit., pp. 39-40).

⁵⁷ G.M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 191. Sul punto, anche *infra*, § 4.

⁵⁸ Ancora oggi tuttavia si registrano alcuni tentativi di aggirare la distinzione: cfr. Mag. Sorv. Sassari, 23 novembre 2015, *inedita*, in cui si afferma che «poiché la sanzione contestata (EARS) è più grave del richiamo e dell'ammonizione di cui ai nn. 1) e 2) dell'art. 39 O.P., può essere valutato [...] anche il merito del provvedimento impugnato, non solo la correttezza formale del relativo procedimento». La giurisprudenza di legittimità si dimostra tuttavia fedele alla distinzione promossa dalla disposizione: Cass., 30 maggio 2019, Gallico, in *C.e.d.*, 276605; Cass., 25 gennaio 2019, Carolei, *ivi*, 276351.