

PROCEDURA PENALE

Collana diretta da

M. Bargis - G. Giostra - G. Illuminati - R.E. Kostoris - R. Orlandi

STUDI

ROSSELLA MASTROTOTARO

IL “GIUSTO PROCEDIMENTO” DI SORVEGLIANZA ANATOMIA DEL MODELLO TIPICO

Seconda edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO I

LA FISIONOMIA
DELLA GIURISDIZIONE RIEDUCATIVA

SOMMARIO: 1. Il procedimento di sorveglianza: quale modello di giurisdizione? – 2. La nascita della giurisdizione rieducativa: le ragioni della differenziazione. – 3. I tratti distintivi della giurisdizione rieducativa. – 4. L'evoluzione del rito di sorveglianza. – 5. *Segue*. All'origine della trasformazione. – 6. Giusto processo e giurisdizione rieducativa: ambito dell'indagine.

1. *Il procedimento di sorveglianza: quale modello di giurisdizione?*

L'obiettivo di incrementare l'effettività della funzione rieducativa della pena – *leitmotiv* dell'ultimo progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario¹ – dà reviviscenza al dibattito sul modello di giurisdizione da accreditare nell'esegesi del procedimento tipico di sorveglianza². L'alternativa è tra l'archetipo cristallizzato nell'art. 111 Cost. ovvero una sua versione connotata da una specificità funzionale al paradigma rieducativo della sanzione.

Che la presente indagine sia attratta nell'orbita della giurisdizionalizzazione della fase esecutiva è oramai approdo consolidato, considerata la riserva di giurisdizione in materia di libertà personale sancita dall'art.

¹ Avviato con la legge 23 giugno 2017, n. 103 recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, in *G.U.*, 4 luglio 2017, n. 154, serie gen., p. 1 s.

² Tra tutti i procedimenti previsti in corrispondenza delle materie di competenza dei giudici di sorveglianza, il rito disciplinato dagli artt. 666 e 678 comma 1 c.p.p. (d'ora in avanti procedimento tipico) presenta i caratteri giurisdizionali più marcati.

13 comma 2 Cost. e l'inedita funzione della pena inaugurata dall'art. 27 comma 3 Cost.

La prima delle norme invocate in verità non basterebbe, da sola, a giustificare la natura giurisdizionale del procedimento, perché non è sufficiente devolvere una materia alla cognizione di un organo giudiziario per imprimere il sigillo della giurisdizionalità alle forme con cui le relative questioni sono trattate³.

Il codice di rito del 1930 d'altra parte devolveva al giudice dell'esecuzione il compito di intervenire nelle controversie sull'eseguibilità del titolo e riservava al giudice di sorveglianza circoscritte competenze in materia di misure di sicurezza⁴, accanto ad una più generale funzione di vigilanza durante l'esecuzione delle pene detentive prevista dal codice penale⁵.

Tuttavia, non potrebbe dubitarsi del fatto che in quel sistema la fase esecutiva conservasse la sua tradizionale natura amministrativa⁶. Prova ne è la presenza preponderante *in executivis* del pubblico ministero, con il compito di portare a compimento il comando contenuto nella sentenza e, pur con un raggio di azione più ristretto, del Ministro di

³ «Se, per il nostro sistema costituzionale, non vi è giurisdizione senza giudice, non basta che l'attività sia espletata da un giudice perché possa dirsi giurisdizionale»: così G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Giuffrè, 1983, p. 55.

⁴ V. art. 635 comma 1 c.p.p. abr.: «I provvedimenti con i quali, fuori dell'istruzione e del giudizio, si applicano, si modificano, si sostituiscono o si revocano le misure di sicurezza e quelli relativi all'accertamento dell'identità personale ai fini delle dette misure sono di competenza del giudice di sorveglianza del luogo in cui si trova la persona da sottoporre o sottoposta a misura di sicurezza, quando la legge non stabilisce la competenza di un altro giudice».

⁵ V. art. 144 c.p.: «L'esecuzione delle pene detentive è vigilata dal giudice. Egli delibera circa l'ammissione al lavoro all'aperto e dà parere sull'ammissione alla liberazione condizionale». La norma è stata abrogata dall'art. 89 legge 26 luglio 1975, n. 354.

⁶ Secondo G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004, p. 2, la «reviviscenza della giurisdizione» era soltanto apparente, non fosse altro per essere la «funzione giudicante esercitata in forma autocratica all'interno di uno schema procedimentale nemmeno lontanamente commisurabile agli omologhi meccanismi della fase di cognizione». G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 52, dal canto suo, evidenzia che le garanzie tipiche della giurisdizione riguardano sia l'organo demandato a *ius dicere* sia il suo *modus procedendi*.

Grazia e Giustizia⁷: entrambi erano istituzionalmente deputati ad esercitare funzioni amministrative in ambito giudiziario.

Decisivo per la metamorfosi del segmento esecutivo è stato piuttosto il precetto contenuto nell'art. 27 comma 3 Cost., che ha segnato il superamento del modello di sanzione penale di tipo repressivo-retributivo attuato nel Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena contenuto nel r.d. 18 giugno 1931, n. 787⁸, integrato e completato dalla legge 9 maggio 1932, n. 547 (recante Disposizioni sulla riforma penitenziaria), a favore di un sistema di pene tendenti alla rieducazione; con passaggio di consegne delle principali funzioni dal potere esecutivo a quello giudiziario⁹, quale effetto secondario della nuova fisionomia funzionale della pena.

Vigente il primo modello, uno dei principi cardine del sistema di esecuzione penale nel codice Rocco è stata la tendenziale intangibilità del giudicato che assicurava, da un lato, la cristallizzazione di una pena proporzionata al disvalore della condotta accertata, in funzione retributiva, dall'altro, la certezza della punizione stessa, indispensabile alla funzione general-preventiva della norma penale incriminatrice. Erano esclusi interventi postumi sulla quantità/qualità della sanzione inflitta dal giudice della cognizione, prevedendo la fase *post iudicatum* solo un'attività di custodia e di vigilanza sul condannato. Donde la natura tipicamente amministrativa delle "incombenze" riservate agli organi preposti all'esecuzione.

L'avvento della nuova fisionomia costituzionale della pena, stravol-

⁷ Al rappresentante del Governo spettava la revoca anticipata delle misure di sicurezza (art. 207 c.p.), la concessione della liberazione condizionale (art. 43 disp. att. c.p.p. abr.), il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti del condannato che aveva domandato la grazia (art. 589 commi 2 e 5 c.p.p. abr.).

⁸ Secondo la *Relazione di accompagnamento al regio decreto*, in *G.U.*, 27 giugno 1931, n. 147, suppl. ord., p. 2, il regolamento contiene norme di vita carceraria «idonee ad emendare il condannato», che non tolgono «alla pena il carattere afflittivo e intimativo».

⁹ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 207 c.p. (Corte cost. 23 aprile 1974, n. 110, in *Giust. pen.*, 1974, p. 173), 43 disp. att. c.p.p. abr. (Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1707) e 589 comma 5 c.p.p. abr. (Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 313), esautorando il Ministro dalle sue competenze negli affari penali.

gendo gli obiettivi del magistero punitivo, ha imposto al legislatore di rivedere il dogma dell'inflessibilità del giudicato¹⁰, ammettendo spazi di apertura della sanzione detentiva verso l'esterno, onde rimuovere gli ostacoli, a cominciare da quelli frapposti dalle sbarre del carcere, che impediscono al reo di essere reintegrato nella società libera.

Tali aperture, lungi dal rappresentare "graziose" concessioni da parte degli organi preposti alla fase esecutiva, poggiavano sul riconoscimento, suggellato dalla Corte costituzionale¹¹, di un diritto del condannato in espiazione di pena ad un periodico «riesame» in ordine al protrarsi della pretesa punitiva al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo.

Un secondo corollario della rinnovata veste costituzionale della pena è stato il riconoscimento di una soggettività attiva dei condannati anche nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, superando quella concezione di subalternità che aveva giustificato fino a quel momento l'assenza di qualunque controllo sulla legalità dell'operato degli organi penitenziari.

Allargato l'orizzonte operativo della fase esecutiva, la decisione di giurisdizionalizzare un segmento del processo penale tradizionalmente considerato a vocazione amministrativa era oramai indifferibile¹²; in caso contrario, mantenendo intatta la morfologia della fase ma non il tipo di attività ivi svolta, idonea ad incidere in modo sostanziale sul nucleo originario della pena, non più immodificabile, sarebbe stato eluso il principio *nulla poena sine iudicio* desumibile dall'art. 25 Cost.¹³.

¹⁰ È sempre valido il pensiero di G. DEAN, *Ideologie*, cit., p. 1-2, secondo cui le «finalità attribuite alla pena», da un lato, e le «valenze assegnate al giudicato», dall'altro, rappresentano «due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam*».

¹¹ V. Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, cit.

¹² Le attività affidate agli organi della fase esecutiva evocano i tipici tratti della giurisdizione: «la Carta costituzionale affida alla giurisdizione essenzialmente un compito di tutela degli interessi e dei diritti del singolo (...) nei confronti di possibili prevaricazioni provenienti tanto da un altro soggetto privato, quanto dalla pubblica amministrazione; ma anche tutela di quei diritti ad una modificazione giuridica sostanziale, il cui esercizio non presuppone necessariamente un'offesa del bene protetto: offesa che, anzi, in molti casi, non è neppure configurabile»: così G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 48, 51.

¹³ Il principio *nulla poena sine iudicio* costituisce la proiezione sul piano processua-

La breccia d'altronde era stata già aperta da una serie di interventi della Corte costituzionale¹⁴.

Il legislatore ordinario aveva innanzi a sé diverse alternative: investire il giudice della cognizione dell'onere di assolvere alla funzione rieducativa della pena, nel momento di commisurazione della stessa nella sentenza di condanna¹⁵; oppure affidare al giudice dell'esecuzione il compito di incidere sul trattamento sanzionatorio in funzione delle esigenze di riabilitazione del condannato, abbandonando il suo tradizionale ruolo di «fedele custode del giudicato»¹⁶; infine, coniare un giudice specializzato che attuasse la nuova ideologia della pena con un procedimento *ad hoc*.

Premesso che ognuna delle soluzioni prospettate avrebbe soddisfatto il requisito della riserva di giurisdizione *ex art. 13 Cost.*, determinante

le del principio di legalità sostanziale: «la garanzia della precostituzione per legge della fattispecie incriminatrice rimarrebbe sostanzialmente vanificata se non si accompagnasse all'esigenza di un accertamento giurisdizionale che salvaguardasse, in sede applicativa, da quelli abusi che con essa si vorrebbero evitare. A nulla varrebbe la possibilità di conoscere in anticipo le conseguenze penali della propria condotta, se poi queste potessero essere arbitrariamente ed incontrollabilmente applicate»: in questi termini, G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 64.

¹⁴ V. *supra*, nota 9.

¹⁵ Una soluzione di questo genere era prevista per le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: l'art. 58 commi 1 ultimo periodo e 3 legge 24 novembre 1981, n. 689 imponeva al giudice di applicare la pena sostitutiva più idonea al reinserimento sociale del condannato. Tale impostazione è stata ribadita in occasione della recentissima riforma organica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (rinominate "pene sostitutive"), attuata dall'art. 71 comma 1 lett. *f* d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, nell'ambito di un più ampio disegno di riforma per l'efficienza della giustizia penale. Nella versione riformata, l'art. 58 stabilisce che tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo. Rispetto alla versione originaria, dunque, è confermato che, tra le pene sostitutive, il giudice deve applicare quella più idonea al "reinserimento sociale" del condannato, fornendo adeguata motivazione al riguardo. La disciplina viene tuttavia integrata con un significativo riferimento all'idoneità della pena sostitutiva alla rieducazione del condannato, oltre che al suo reinserimento sociale. La valutazione della idoneità rieducativa è compiuta dal giudice, dapprima, in rapporto alla scelta tra pena detentiva e pena sostitutiva; successivamente, nell'ambito della comparazione tra le pene sostitutive.

¹⁶ La definizione è di G. DEAN, *Ideologie*, cit., p. 2.

sulla scelta definitiva è stato l'art. 27 Cost. che ha ragionevolmente suggerito di coniare una inedita giurisdizione rieducativa affidata alla magistratura di sorveglianza¹⁷, distinta dalla giurisdizione esecutiva in senso stretto e dall'omonimo giudice – il quale sostanzialmente coincide con il giudice della cognizione¹⁸ –, abilitata ad intervenire con forme processuali calibrate sulla natura dei provvedimenti di sua competenza.

2. *La nascita della giurisdizione rieducativa: le ragioni della differenziazione*

Il solco in cui si è mosso il legislatore penitenziario, il primo ad aver delineato un procedimento *ad hoc*¹⁹ che racchiude le forme “tipiche” degli interventi giurisdizionali concernenti la modificazione e l'esecuzione della pena, in funzione delle esigenze rieducative del condannato, in qualche modo era stato tracciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 1974.

¹⁷ Istituito nel 1930, il giudice di sorveglianza fino al varo della riforma penitenziaria del '75 è stato relegato a incombenze tipicamente amministrative, coerenti con la funzione retributiva della pena: v. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, II ed., Giappichelli, 1998, p. 2.

¹⁸ La scelta appare razionale: il giudice dell'esecuzione, avendo emesso il provvedimento da eseguire, può, al più, assicurarne l'attuazione, risolvendo ogni questione controversa o rimuovendo ogni eventuale ostacolo alla sua eseguibilità. Sarebbe inimmaginabile una rivisitazione “distaccata” e “indifferente” dell'iniziale convincimento, in corrispondenza dell'evoluzione della personalità del condannato. Per le stesse ragioni, una parte della dottrina ha criticato la scelta di identificare il giudice dell'esecuzione con il giudice della cognizione, in un quadro processuale in cui al primo non spetta più il ruolo di mero «interprete autentico» delle decisioni emesse dal secondo, svolgendo il giudice dell'esecuzione compiti che non di rado incidono sull'accertamento compiuto nella fase antecedente. Per alcuni approfondimenti sul tema, si rinvia a A. GAITO, *Esecuzione penale e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 606 s.; A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2000, p. 7 s., nonché S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, 2002, p. 55 s.

¹⁹ Il legislatore penitenziario si è fatto carico di attuare l'istanza di giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e l'esecuzione della pena e l'applicazione delle misure di sicurezza, contenuta nella direttiva n. 79 della legge delega 3 aprile 1974, n. 108.

È stato osservato che di essa non rileva tanto la rivendicazione alla sfera della giurisdizione di certe materie, incidenti sulla libertà personale, sottratte alla competenza dell'esecutivo²⁰, quanto piuttosto il monito a prevedere non una qualunque garanzia giurisdizionale, pur che sia, per la trattazione di certi temi, occorrendo invece una garanzia giurisdizionale «valida e ragionevole», s'intende in rapporto alle rinnovate finalità della sanzione²¹.

Quando nei lavori parlamentari della riforma penitenziaria del '75 è stato annunciato in modo perentorio il carattere «spiccatamente giurisdizionale del procedimento di sorveglianza», è apparso subito chiaro che il legislatore aveva avuto in mente una procedura tagliata ad arte sui tratti funzionali tipici della neonata giurisdizione rieducativa²², tratti differenti dai connotati del giudice della cognizione e quello dell'esecuzione. Diversamente, alcuni vistosi scollamenti dai tradizionali capisaldi delle teorie classiche sul processo sarebbero apparsi inspiegabili, a cominciare dalla deroga al principio *ne procedat iudex ex officio*²³.

Ebbene, tra le principali funzioni della magistratura di sorveglianza introdotte dalla riforma del '75 e dalla successiva legge n. 663 del 1986, spiccano il «programma di trattamento rieducativo del condannato» e la concessione delle «misure alternative alla pena detentiva»²⁴.

²⁰ V. *supra*, nota 9.

²¹ Sul tema, P.M. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Cedam, 1979, p. 137 s.

²² Accanto al magistrato di sorveglianza, responsabile della «attività di trattamento» del condannato-detenuto, viene istituita, con funzioni di supporto, la «sezione» di sorveglianza, ribattezzata tribunale di sorveglianza dalla successiva legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. «legge Gozzini»).

²³ Una delle più autorevoli voci elevatesi a difesa dell'originaria fisionomia del procedimento di sorveglianza è stato G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 22 s., 61: secondo l'Autore, non esistono caratteri giurisdizionali indefettibili enucleabili in una concezione universale e storicamente sempre valida di giurisdizione, ma solo caratteri indefettibili in base alla legge costituzionale di un determinato momento storico; perfino la terzietà del giudice, che sembrerebbe storicamente intramontabile, non è un valore assoluto della giurisdizione. Rispetto al quadro normativo vigente al momento di approvazione della legge penitenziaria, la «preoccupazione del legislatore costituente (...) è stata quella di assicurare un minimo insopprimibile di garanzie, lasciando impregiudicato il problema della struttura processuale concretamente adottabile: un'unica filigrana su cui disegnare le diverse forme procedurali».

²⁴ Per completezza, si segnalano anche i provvedimenti che incidono sulla misura e sulla qualità della pena, come i permessi, le licenze, l'ammissione al lavoro all'esterno,

Al centro di entrambi gli istituti vi è la persona del condannato in rapporto alla pena da spiare, sebbene in modo differente da come quel rapporto rileva sia nel giudizio di cognizione, sia in quello di esecuzione in senso stretto.

Al giudice dell'esecuzione sono affidati interventi idonei ad incidere su quel rapporto, estinguendo, sostituendo o modificando il titolo che lo giustifica per cause che involgono l'esecutività o la legittimità dello stesso, ma nulla hanno a che vedere con la persona del condannato, se non la sua percezione circa la “ingiustizia” del titolo medesimo.

Viceversa, alla magistratura di sorveglianza competono quei provvedimenti che determinano l'estinzione, la sostituzione e la modificazione della pena in chiave rieducativa della persona, oppure adottati per far fronte alla sua pericolosità sociale.

Il rapporto tra autore del reato e punizione ha una diversa incidenza anche nel giudizio di cognizione ove l'indagine sui profili sottesi alla commisurazione della sanzione in relazione al fatto del condannato, al di là dei proclami (art. 187 c.p.p.), è marginale rispetto all'accertamento in sé della commissione del fatto e della sua attribuibilità all'imputato.

Del resto, il giudice della cognizione dispone di scarni strumenti per commisurare la pena ai criteri previsti dall'art. 133 comma 2 c.p., tra i quali spicca l'assenza del principale misuratore della pericolosità criminale, la perizia criminologica, consentita solo nella fase esecutiva, dopo che la presunzione di non colpevolezza, operante nelle more del giudizio di cognizione, è superata da un accertamento irrevocabile di segno contrario (art. 220 comma 2 c.p.p.)²⁵.

nonché i provvedimenti che risolvono le controversie insorte in ordine alla violazione dei diritti soggettivi dei detenuti in espiazione di pena. Per una panoramica, v. F. CARIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2009, p. 6 s.

²⁵ Considerato il frequente ricorso a motivazioni stereotipate in punto di commisurazione della pena nelle sentenze di condanna, una parte della dottrina (P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, 2000, p. 131; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 42 s.; G. DEAN, *Ideologie*, cit., p. 16; A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione*, cit., p. 35; S. LORUSSO, *Giudice*, cit., p. 78 s., 90 s.; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo*, in *Rass. penit. crim.*, 2002, (1-2), p. 158 s.) sarebbe favorevole all'introduzione di un processo penale bifasico: al giudice della cognizione spetterebbe il compito di accertare la sussistenza del fatto e la sua attribuibilità all'imputato, mentre il giudice dell'esecuzione dovrebbe occuparsi di determinare la

Come è stato da tempo scritto, nel giudizio cognitivo i profili sul fat-

pena da irrogare al condannato. Al riguardo, si è fatto notare che, mentre la direttiva n. 96 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 imponeva l'adozione di «garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza», la direttiva n. 79 della legge delega n. 108 del 1974, imponendo la «giurisdizionalizzazione dei procedimenti concernenti la modificazione e la esecuzione della pena», presupponeva una pena già irrogata dal giudice della cognizione. L'idea di realizzare un processo bifasico è stata caldeggiata in due lavori ufficiali: dapprima in occasione del progetto preliminare di codice di procedura penale del 1978 (art. 518); successivamente con la riforma del codice penale a firma della Commissione presieduta da Carlo Federico Grosso (cfr. i lavori della Commissione ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 574 s.). Esistono almeno due varianti di processo bifasico, ciascuna delle quali, però, presta il fianco a censure difficilmente superabili, che spiegano la difficoltà di recepire nel sistema italiano un modello che è tipico degli ordinamenti processuali anglosassoni (per una descrizione delle due varianti e delle relative criticità, si rinvia a F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale*, cit., p. 17 s.). Un'apertura al modello bifasico, però, si è di recente registrata in occasione della riforma organica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla legge n. 689 del 1981, attuata con il d.lgs. n. 150 del 2022. I nuovi artt. 58 legge n. 689 del 1981 e 545-*bis* c.p.p. (introdotto dall'art. 31 comma 1 d.lgs. n. 150 del 2022) delineano una fattispecie a formazione progressiva – ispirata al *sentencing* anglo-americano –, che prevede, in un primo momento, la decisione del giudice della cognizione sull'*an* della sostituzione della pena detentiva e, in una seconda fase, l'eventuale decisione sul *quomodo* della sostituzione. Nello specifico, il giudice, quando ritiene di non disporre degli elementi necessari per decidere immediatamente, sospende il processo, fissando un'apposita udienza non oltre sessanta giorni, con avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente. Una sospensione di pari durata è prevista nell'ambito del patteggiamento (art. 448 comma 1-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 25 comma 1 lett. e d.lgs. n. 150 del 2022); analoghe scadenze temporali sono stabilite per l'eventuale applicazione del lavoro sostitutivo nell'ambito del procedimento per decreto (art. 459 comma 1-*ter* c.p.p., introdotto dall'art. 28 comma 1 lett. a d.lgs. n. 150 del 2022). All'udienza fissata per la decisione sulla sostituzione della pena detentiva, il giudice – lo stesso che ha condannato – valuta se (e come) sostituire la pena detentiva, avendo acquisito dall'ufficio di esecuzione penale esterna gli elementi utili per individuare il trattamento sanzionatorio più adeguato (anche alla luce della volontà manifestata dall'imputato in ordine alla sostituzione con una pena diversa dalla pena pecuniaria sostitutiva, secondo quanto previsto dall'art. 545-*bis* comma 1 secondo periodo c.p.p.): se il giudice opta per la sostituzione, integra il dispositivo della sentenza, «indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti»; diversamente, conferma il dispositivo. In argomento, v. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *www.sistemapenale.it*, 30 agosto 2022, p. 18 s.

to prevalgono su quelli relativi alla persona responsabile del fatto²⁶, la cui valutazione è pertanto demandata al giudice della fase successiva, specificamente al giudice di sorveglianza, incaricato di valorizzarli nell'azione di risocializzazione del reo.

3. I tratti distintivi della giurisdizione rieducativa

L'incidenza della funzione assegnata ai giudici di sorveglianza sull'omonimo procedimento rende a questo punto necessaria una disamina, per sommi capi, dei connotati del trattamento rieducativo, che costituisce il parametro per la verifica di congruità delle opzioni processuali²⁷ sottese al rito introdotto dalla legge n. 354 del 1975²⁸, sistemato e razionalizzato con la riforma dell'86, ribadito con il varo del codice di rito dell'89, messo in discussione, quantomeno dalla dottrina, dopo la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, semplificato con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, in attuazione della delega di cui all'art. 1 commi 82, 83 e 85 lett. *a, d, i, l, m, o, r, t e u*, legge n. 103 del 2017, e attinto dal recente d.lgs. n. 150 del 2022, attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

Come noto, la Costituzione repubblicana è attraversata da una tensione solidaristica che investe lo Stato del compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e

²⁶ È sempre efficace la definizione di «processo sul fatto» contrapposta a quella di «processo sull'autore» elaborata da A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Utet, 1972, p. 74 s.

²⁷ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 3 s., 119, sottolinea la fallacia di un approccio al tema che tenga disgiunte l'analisi delle norme di carattere processuale dalla ricerca dei loro stretti legami con gli aspetti sostanziali della materia: «questo procedimento rappresenta tendenzialmente la proiezione giurisdizionale del principio rieducativo sancito dalla Costituzione».

²⁸ A distanza di soli due anni, la legge 12 gennaio 1977, n. 1 ha integrato l'originaria disciplina penitenziaria (art. 71 ord. penit.), introducendo gli artt. 71-bis-71-sexies nel “nuovo” capo II bis dedicato al procedimento di sorveglianza.

l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». L'impegno è imprescindibile per garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini, inclusi i soggetti non liberi²⁹, come proclama l'art. 3 Cost.

Rispetto ai condannati, tale dovere richiede di predisporre misure sostanziali e processuali che, in attuazione dell'art. 27 Cost., attestino lo sforzo compiuto per tendere al loro reinserimento nella società libera.

Ecco che con la riforma penitenziaria nascono le misure rieducative, concetto più ampio e comprensivo delle misure alternative al carcere, quali esempi di misure penali positive contrapposte alle classiche misure penali negative, tradizionalmente rivolte ad evitare l'inosservanza di una norma di comportamento.

Le misure rieducative sono volte a stimolare l'adozione di comportamenti uniformi alle regole di convivenza sociale, attraverso la prospettiva di un beneficio consistente in un miglioramento, sotto il profilo della durata o del grado di afflittività, dello *status subiectionis* del condannato³⁰.

La loro concessione presuppone l'osservazione della personalità che, attraverso la rilevazione dei deficit psicologici e comportamentali alla base delle condotte anti giuridiche, consente di praticare un trattamento rieducativo individualizzato.

²⁹Non di rado il crimine affonda le sue radici nella cabala oscura dei bisogni del reo, indotto a delinquere da una situazione di de-privazione culturale, economica e sociale che limita di fatto il principale tra i diritti alla libertà, ossia la libertà dal bisogno. Per un collegamento tra il principio rieducativo della pena *ex art. 27 comma 3 Cost.* e il principio di uguaglianza materiale *ex art. 3 Cost.*, si rinvia alle riflessioni di F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, 1978, p. 363 s.

³⁰Così G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 131. L'idea che la prospettiva di un premio sia in grado di orientare i comportamenti umani non meno della minaccia di una punizione – idea che deve i suoi natali a F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 40 – permea di sé anche l'istituto del c.d. “regime disciplinare”, impiegato per assicurare l'ordine e la disciplina all'interno del carcere. Invero, il riferimento nell'art. 36 ord. penit. al senso di responsabilità e alla capacità di autocontrollo, stimolati sia attraverso la concessione di una ricompensa sia per effetto dell'irrogazione di una punizione, induce a considerare lo strumento disciplinare un mezzo aggiuntivo di controllo dei processi di modificazione degli atteggiamenti dei condannati: in questi termini, C. BRUNETTI-M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, La Tribuna, 2004, p. 394.

Il vincolo costituzionale impresso alla sanzione criminale impone una costante verifica del trattamento «al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto al suo intento rieducativo»³¹: in questa prospettiva, anche il mero decorso del tempo diventa un fattore significativo in grado di rimettere in discussione la pena inflitta dal giudice della cognizione³².

Partendo da questo veloce affresco sulla *mission* dei giudici di sorveglianza, è possibile delineare i tratti identificativi della giurisdizione rieducativa, individuati anche per differenza con il modello di giurisdizione per antonomasia, quella di cognizione.

Mentre il giudice della cognizione volge lo sguardo a fatti del passato, alla magistratura di sorveglianza competono giudizi prognostici sulle potenzialità riabilitanti delle misure educative, formulati a partire dai dati rivenienti dall'osservazione della personalità.

Le sue valutazioni involgono connotazioni personologiche e comportamentali che non si prestano ad essere tipizzate se non attraverso nozioni elastiche come «meritevolezza», «pericolosità», «affidabilità», «rieducabilità», compendiate in fattispecie penitenziarie dalla spiccata natura discrezionale, applicate ad un quadro personologico *in fieri*.

Gli accertamenti sulla personalità e le connesse decisioni sul trattamento sono immodificabili *rebus sic stantibus*, in quanto destinati ad essere superati in corrispondenza della evoluzione o involuzione dell'interessato.

Qualunque automatismo nella concessione o diniego delle misure penali positive è agli antipodi di un programma rieducativo dinamico ed individualizzato.

La natura dei comportamenti tipizzati dalla legge penitenziaria (valutabili dal punto di vista criminologico, psichiatrico, psicologico, giuridico) richiede eclettismo culturale e professionale dei giudici di sorveglianza e strumenti conoscitivi congeniali all'accertamento affidato a questi ultimi, quali il contributo degli esperti responsabili dell'attività di

³¹ Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, cit.

³² Il notevole lasso di tempo che potrebbe intercorrere tra la commissione del fatto ed il momento in cui il condannato è chiamato ad espiare la pena per quel fatto è idoneo a vanificare qualunque tentativo del giudice della cognizione di applicare una pena che tenga conto dell'evoluzione della personalità del condannato.

osservazione scientifica della personalità, dei periti nominati dal giudice e dei consulenti delle parti, l'osservazione diretta del soggetto sulla cui posizione il giudice deve provvedere, nonché la prova documentale che, più di ogni altro mezzo di prova, è in grado di fotografare la personalità dell'interessato prima e fuori del processo.

Le istanze di risocializzazione del condannato sono sottratte alla disponibilità delle parti e affidate al giudice di sorveglianza che ne assicura il raggiungimento ben oltre i limiti consentiti dal principio dispositivo, tipico dei procedimenti aventi ad oggetto interessi privati; tuttavia il fine rieducativo è perseguibile solo con la partecipazione attiva del condannato, o quantomeno la sua adesione all'offerta trattamentale³³, e la collaborazione leale del pubblico ministero nella ricerca della soluzione più consona all'obiettivo comune³⁴.

I corollari processuali del modello di giurisdizione descritto possono riassumersi nei seguenti: centralità del dossier sull'osservazione della personalità del condannato e del contributo degli esperti; assenza del principio dispositivo e dei suoi corollari concernenti la titolarità dell'azione (attribuita in via esclusiva all'interessato) ed i poteri di acquisizione probatoria (sottratti al giudice, tenuto ad attestarsi alle allegazioni di parte); specializzazione dell'organo giudicante; modificabilità della decisione all'evolversi della personalità dell'interessato; obbligo di motivazione rafforzata, in funzione di garanzia contro il rischio di abusi nell'esercizio di iniziative officiose.

³³ G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 124 s., fa notare che l'imperativo implicito al precetto contenuto nell'art. 27 comma 3 Cost. non cade sulla rieducazione in sé, bensì sul vincolo finalistico che il legislatore è tenuto ad imprimere al trattamento sanzionatorio. In ogni caso, la rieducazione di che trattasi è quella «all'esercizio ed al rispetto di quei diritti» che la Costituzione stessa «riconosce e della cui inviolabilità si fa garante».

³⁴ La volontarietà della misura oggetto della *regiudicanda* funge da spartiacque tra ciò che attiene alla risocializzazione del condannato e pertanto va trattato con le forme del procedimento di rieducazione per antonomasia (il procedimento tipico ex artt. 666 e 678 c.p.p.), e ciò che, invece, non presentando quei tratti, può e deve essere deciso con forme giurisdizionali "non qualificate" sotto il profilo funzionale, se non proprio relegato nell'alveo dell'attività amministrativa *in executivis*. L'osservanza di questo confine è fondamentale per assicurare coerenza ed efficienza all'azione pubblica in questo specifico segmento della giurisdizione: per queste riflessioni, si rinvia a G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 149 s.

Entro queste coordinate il legislatore del '75 ha disegnato il primo modello di giudizio incentrato sull'uomo e non più sul fatto, adempiendo, in forma perfettibile, ma comunque apprezzabile, all'obbligo prescritto dall'art. 27 comma 3 Cost. «di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle»³⁵.

4. *L'evoluzione del rito di sorveglianza*

La coerenza interna del modello testé descritto è stata incrinata da una serie di fattori che nel tempo sembrerebbero aver inciso sulla fisionomia della magistratura di sorveglianza.

Da più parti si è prospettata l'idea di una vera e propria crisi di identità.

È noto che almeno negli ultimi quarant'anni della storia del nostro Paese, sostanzialmente da quando ha visto la luce la legge penitenziaria del '75, una delle più drammatiche emergenze da fronteggiare è stata la condizione di sovraffollamento carcerario, riconducibile in buona parte ad un diritto penale carcerocentrico.

Il problema è affrontato per la prima volta con la legge n. 663 del 1986, consentendo l'accesso alle misure alternative direttamente dallo stato di libertà, senza trascorrere alcun periodo in carcere³⁶.

L'osservazione *intra moenia* della personalità è sostituita dalle indagini socio-familiari condotte dagli uffici di esecuzione penale esterna,

³⁵ Corte cost. 4 luglio 1974, n. 204, cit.

³⁶ Inizialmente l'accesso alle misure alternative senza osservazione in istituto è stato consentito soltanto all'affidato in prova al servizio sociale e al condannato che, trascorso un periodo di restrizione a titolo esecutivo o cautelare, tornato in libertà assumeva una condotta tale da consentire una prognosi di rieducabilità. Successivamente, Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 569, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1442, ha esteso tale possibilità a coloro che, dopo la commissione del reato, avevano tenuto in libertà un comportamento tale da consentire una prognosi favorevole di reinserimento e di non recidivanza. Solo a partire dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. "legge Simeone-Saraceni"), l'accesso diretto alle misure alternative è stato previsto in modo sistematico, attraverso il meccanismo sospensivo dell'esecuzione *ex art.* 656 comma 5 c.p.p.

incentrate, più che sulla condizione umana del condannato, sulla condizione ambientale in cui si svolge la sua vita lavorativa e familiare.

Ai fini della concedibilità della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, ad esempio, il tribunale di sorveglianza si preoccupa di accertare se l'istante ha un'occupazione lavorativa; ove la misura invocata sia la detenzione domiciliare, rileva la disponibilità di un domicilio facilmente accessibile per i controlli³⁷.

Anche nel trattamento dei condannati *in vinculis* si rinuncia all'apporto delle indagini personologiche, impraticabili in un ambiente carcerario sovraffollato, limitando l'osservazione ai tratti esteriori della condotta carceraria.

Il baricentro del giudizio, insomma, si sposta dall'uomo al fatto, avvicinando in modo progressivo la giurisdizione di sorveglianza al giudizio di cognizione.

D'altro canto, la possibilità per il tribunale di sorveglianza di sostituire la pena comminata dal giudice della cognizione prima che abbia inizio la sua esecuzione, mediante concessione delle misure *ex art. 656 comma 5 c.p.p.*, farebbe sì che il collegio praticamente si sostituisca al giudice che ha inflitto la condanna³⁸.

A tal proposito è stato scritto che il giudice di sorveglianza è chiamato ormai a «completare» il lavoro del giudice della fase cognitiva, «determinando concretamente la qualità della pena che il condannato deve

³⁷ Della stessa natura è l'accertamento che il magistrato di sorveglianza compie ai fini della concessione della detenzione domiciliare per pene fino a diciotto mesi (legge 26 novembre 2010, n. 199), misura eccezionale germogliata nell'ambito di quella fiillante proliferazione di leggi ribattezzate simbolicamente "svuotacarceri".

³⁸ Sia la pena detentiva che la misura alternativa alla detenzione sono sanzioni penali applicate nell'esercizio della medesima funzione giurisdizionale penale: così L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena*, cit., p. 161. Del resto, tra le pene irrogabili dal giudice della cognizione esistono sanzioni simili alle misure alternative: si pensi all'obbligo di permanenza domiciliare disposto dal giudice di pace a norma dall'art. 53 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, nonché, con un grado di somiglianza ancora più marcato, alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva – recentemente introdotte nella legge n. 689 del 1981 dal d.lgs. n. 150 del 2022 –, concepite quali "pene" (diverse da quelle edittali) applicabili dal giudice della cognizione in sostituzione della reclusione o dell'arresto di durata non eccedente i quattro anni e destinate ad essere eseguite immediatamente, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

espiare» e ad effettuare – sulla base di parametri valutativi non dissimili da quelli impiegati dal giudice della cognizione³⁹ – quella che non si esita a definire «la vera commisurazione della pena»⁴⁰.

Di fronte alla progressiva osmosi tra i due giudizi (di cognizione e di sorveglianza), attestata da una crescente tendenza legislativa⁴¹ e giurisprudenziale⁴² all’oggettivazione dell’accertamento, i dubbi sulla perdurante plausibilità dell’originaria fisionomia del rito sull’uomo si sono infittiti⁴³, a causa dell’assenza, in esso, della tipica struttura triadica del pro-

³⁹ Si tratta dei parametri previsti dall’art. 133 c.p. Secondo L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena*, cit., p. 159, gli ideali rieducativi operano solo quando il tribunale di sorveglianza provvede dopo un periodo di detenzione in carcere, durante il quale dovrebbero essersi esaurite le istanze retributive della pena.

⁴⁰ Così L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena*, cit., p. 158 s.

⁴¹ Ad esempio, con riguardo alla liberazione anticipata, il riferimento «all’atteggiamento» del condannato, contenuto nel vecchio regolamento carcerario (r.d. 18 giugno 1931, n. 787), è sostituito, nell’art. 103 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, con il richiamo ai «corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, con i compagni, con la famiglia e la comunità esterna», quali parametri oggettivi e fattuali per valutare il grado di partecipazione del condannato all’opera rieducativa. Per ulteriori esempi, si rinvia all’analisi di L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l’identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1408 s.

⁴² Nella giurisprudenza è sempre più ricorrente, e talvolta assorbente, il riferimento a parametri oggettivi, quali la natura e la gravità dei reati commessi, costituenti la base dell’analisi del comportamento dell’interessato (Cass., Sez. I, 12 marzo 1998, n. 1501, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2982); i precedenti penali (Cass., Sez. I, 9 maggio 1994, n. 2130, in *C.e.d.*, n. 197881); il risarcimento del danno a favore della vittima, la cui omissione impedisce al tribunale di sorveglianza di concedere l’affidamento in prova al servizio sociale (*ex plurimis*, Cass., Sez. I, 25 settembre 2007, n. 39474, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1199, con nota di F. FIORENTIN, *Uscito dalla porta, rientra dalla finestra l’obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell’affidamento in prova al servizio sociale*; in senso critico nei confronti di una giurisprudenza definita «reattiva», v., anche, F. DELLA CASA, *La crisi di identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperimenti di diritto «pretorio» e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3283; Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, n. 39266, in *C.e.d.*, n. 271226).

⁴³ F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2933-34, preso atto dell’«avvicinamento della giurisdizione rieducativa a quella cognitiva», osserva che, o si è in grado di “aggiornare” la spiegazione delle “anomalie” che la fisionomia del giudizio di sorveglianza presenta rispetto all’oggetto del suo attuale accertamento, oppure «si è costretti a propendere per l’arbitrarietà di una gran parte di esse». Con toni più critici,

cesso, cui corrisponde l'assenza delle garanzie di terzietà del giudice e della condizione di parità tra le parti, impegnate in un confronto dialettico.

Una brusca virata rispetto agli originari ideali rieducativi si registra con l'avvento della stagione dell'emergenza, ciclicamente emersa negli anni, che ha comportato l'introduzione di meccanismi ispirati alla logica del "doppio binario"⁴⁴, accelerando sulla strada dei tipici giudizi fattuali e di tipo cognitivo.

Si affacciano, in contrasto con il principio di individualizzazione del trattamento, presunzioni legali di pericolosità che imbrigliano i poteri del giudice di sorveglianza, ancorando la concessione dei benefici penitenziari a comportamenti esteriori standardizzati⁴⁵ (la collaborazione con la giustizia), solo fittiziamente apprezzabili sul piano della risocializzazione⁴⁶, ovvero, in alternativa, all'assenza di collegamenti attuali

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1991, p. 258, 407, evidenzia i fisiologici risvolti inquisitori, anticognitivi ed autoritari del modello di giurisdizione rieducativa, al punto da mettere in discussione la natura giurisdizionale della funzione svolta dai giudici di sorveglianza che sembrano esercitare piuttosto una funzione amministrativa per l'oggetto e la materia delle loro decisioni.

⁴⁴L'idea dello "scambio penitenziario" che è alla base delle misure penali positive (adozione di comportamenti responsabilizzanti in cambio di un premio: v. *supra*, cap. I, § 3) è stata piegata a logiche tutt'affatto riconducibili al superiore interesse alla risocializzazione del reo. Si allude, in particolare, all'inasprimento della disciplina contenuta nell'art. 4-*bis* ord. penit., introdotto con d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, ad opera del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356, per effetto del quale i condannati per i delitti di criminalità organizzata sono ammessi alle misure alternative solo "a patto" che abbiano collaborato con la giustizia, subendo un diverso trattamento per la loro pericolosità criminale. In argomento, v. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, 1994, p. 89 s.

⁴⁵L'adozione di automatismi in corrispondenza di comportamenti rinserrati «in schematiche tipizzazioni normative» comporta il rischio di favorire «opportunistici atteggiamenti intesi a ricalcare quella specifica condotta a cui la norma subordina l'attenuazione o l'eliminazione del trattamento punitivo»: così G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 137-138, spiega il bisogno di allargare «le maglie del principio di legalità», *rectius* di tassatività in relazione alle fattispecie normative su cui opera la giurisdizione rieducativa.

⁴⁶La «certezza del premio per la collaborazione», contrapposta all'alea dell'apprez-

con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché del pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, ricavabile da un'indagine giudiziale di tipo empirico.

Anche rispetto a questo genere di accertamenti, desta perplessità l'assenza, nel rito di sorveglianza⁴⁷, dei tipici connotati di un processo ispirato alla logica *adversary*: contraddittorio, diritto di difesa, terzietà ed imparzialità del giudice.

Assenza che in verità fin dall'origine era stata criticata anche in relazione ai provvedimenti di revoca: mentre il procedimento concessivo è incentrato sull'uomo, quello ablatorio ruota intorno al fatto e in esso le caratteristiche del rito tipico di sorveglianza (assenza di terzietà, mancanza del contraddittorio, assenza di pubblicità e di oralità, omessa previsione di un riesame nel merito della decisione di primo grado) si traducono in una «perdita secca di garanzie»⁴⁸ per il destinatario della decisione ablatoria⁴⁹.

zamento discrezionale del giudice, disincentiva nei condannati per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit. comportamenti più strettamente connessi alla dimensione interiore della persona: cfr. L. CARACENI-C. CESARI, *Commento all'art. 4-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, p. 53. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 19 febbraio 2004, n. 12982, in *Riv. pen.*, 2005, p. 92; Cass., Sez. I, 18 gennaio 1993, n. 170, in *C.e.d.*, n. 193514.

⁴⁷ L'accertamento della condotta collaborativa a norma dell'art. 58-ter comma 2 ord. penit., essendo incidentale rispetto alla concessione di una misura alternativa altrimenti non ammissibile, è eseguito nelle stesse forme del procedimento principale regolato dall'art. 678 c.p.p.: v. L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di esecuzione penitenziaria annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2003, p. 314-315. In giurisprudenza, sul carattere incidentale dell'accertamento, v. Cass., Sez. I, 5 febbraio 2014, n. 9301, in *C.e.d.*, n. 259471; Cass., Sez. I, 13 febbraio 1997, n. 973, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3570.

⁴⁸ Le parole sono di F. DELLA CASA, *Prossimità/terzietà*, cit., p. 2929.

⁴⁹ Anche i convinti sostenitori del modello giurisdizionale rieducativo riconoscono che l'iniziativa d'ufficio estesa ai procedimenti ablatori comporta quella concentrazione di funzioni di accusa e di giudizio in capo allo stesso organo tipica dei sistemi inquisitori e, pertanto, ne ammettono l'anomalia. Soprattutto se si considera l'assenza, nel vecchio rito di sorveglianza, di un potere d'impulso in capo al pubblico ministero. In argomento, v. G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P.M. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2013, p. 285; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., p. 279 s. Sul tema, diffusamente, v. *infra*, cap. II, § 1.

Tutte queste considerazioni in definitiva sono all'origine di una diffusa tendenza a rimeditare le specificità morfologiche del rito di sorveglianza, quale prototipo di giudizio sull'uomo, che, in modo evidente, fa ormai fatica a riscuotere approvazione⁵⁰.

I passaggi "storici" da cui l'interprete certamente non può prescindere in questa riflessione sono due: la legge delega n. 81 del 1987, per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, nonché la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 sul giusto processo.

La legge n. 81 del 1987, oltre a riprendere le aspirazioni della delega n. 108 del 1974⁵¹ a favore dell'introduzione di «garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza» (direttiva 96), prevede il «coordinamento dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza» con i principi generali della legge delega (direttiva 98); «l'adeguamento di tutti gli istituti processuali ai principi e criteri innanzi enunciati» (direttiva 104), tra cui la partecipazione di accusa e difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento; nonché (si cita per completezza espositiva), la «possibilità di valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione, sempre che non siano stati precedentemente esclusi nel giudizio di cognizione» (direttiva 97).

Il monito al «coordinamento» e «adeguamento» ai principi generali della riforma del processo penale, di cui l'esecuzione è parte integrante, sembrerebbe non lasciare spazio a quella libertà di forme, rispetto al prototipo cognitivo⁵², rivendicata, invece, dal legislatore penitenziario

⁵⁰ Secondo L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale*, cit., p. 1408 s., la tendenza legislativa e giurisprudenziale alla oggettivazione degli accertamenti devoluti alla magistratura di sorveglianza tradisce una certa sfiducia nell'effettivo funzionamento dei meccanismi valutativi soggettivizzati.

⁵¹ La legge n. 108 del 1974 dedica tre direttive alla fase dell'esecuzione: la n. 78 impone l'obbligo di notificare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti del giudice dell'esecuzione; la n. 79 impone di assicurare il contraddittorio, l'impugnabilità delle decisioni e un giudizio effettivo sulla pericolosità; la n. 82 impone che la riabilitazione sia concessa nel contraddittorio, prescrive un giudizio senza formalità e in camera di consiglio, prevede l'acquisizione d'ufficio della documentazione.

⁵² Ragioni di coerenza sistematica hanno imposto di riproporre anche nella fase *post rem iudicatum* l'elaborazione di un modello giurisdizionale che rechi inequivocamente «le stimmate accusatorie proprie dell'intera riforma», ossia struttura triadica del rito,