1/2017

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SULLA PROPORZIONALITÀ DELL'AZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

di Giuseppe Melchiorre Napoli

Abstract. *Il contributo affronta i temi dell'incisività e dell'effettività del sindacato giurisdizionale sull'azione dell'Amministrazione penitenziaria e, in particolare, analizza le modalità operative della proporzionalità quale parametro di controllo sui limiti legali degli interventi che intaccano la sfera giuridica delle persone ristrette in carcere. Più nel dettaglio, nell'articolo si delinea lo "schema teorico-sistematico" del controllo di proporzionalità e se ne appura la capacità di adattamento alla mutevole natura del potere amministrativo esercitato.*

SOMMARIO: 1. La natura 'bivalente' del principio di proporzionalità. – 2. Il controllo giurisdizionale sull'uso del potere pubblico. – 3. La tutela giurisdizionale e il parametro di giudizio della proporzionalità. – 3.1. Struttura 'quadripartita' e ambiti di operatività del parametro di controllo della proporzionalità. – 4. Modalità ed esiti del controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura su reclamo di cui all'art. 35-bis o.p. – 4.1. La tutela risarcitoria e il rimedio compensativo ex art. 35-ter o.p. – 5. Conclusioni.

1. La natura 'bivalente' del principio di proporzionalità.

Si può senza dubbio concordare con le costruzioni dottrinali che riconoscono al principio di proporzionalità una pretesa di prescrittività che si riflette nella sua duplice funzione di canone di condotta e di parametro di giudizio dell'azione amministrativa[1]. Come canone di condotta, la proporzionalità si traduce, "in prima battuta", in specifici criteri capaci di guidare lo svolgimento dell'attività amministrativa che costituisce esplicazione dei poteri imperativi conferiti all'autorità pubblica. Come canone di giudizio, la proporzionalità si esprime attraverso parametri tecnici che orientano lo svolgimento dell'attività di controllo demandata, "in seconda battuta", al giudice.

Nei due distinti, ancorché strettamente consequenziali, ambiti dell'attività amministrativa e del sindacato giurisdizionale, la proporzionalità opera in modo coincidente, vale a dire "con analoga sistematicità"[2]. Il giudice, quindi, non impiegherà,

---

[1] Cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 116.

[2] Così, S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 170.

quale parametro di controllo dell'azione amministrativa, il generico e indeterminato contenuto normativo del principio *de quo*, per il quale ogni eventuale limitazione all'esercizio dei diritti della persona *in vinculis* deve avvenire nella maniera meno invasiva possibile, ma ricorrerà a quelle stesse categorie che, dando concretezza "all'esigenza assiologia espressa dal principio di proporzionalità"[3], devono orientare, sin dall'inizio, l'attività dell'autorità amministrativa. Si osserva, infatti, che, "se l'amministrazione è tenuta ad agire utilizzando le categorie della proporzione, lo è in quanto – e nei limiti in cui – i giudici siano provvisti della potestà di esigere l'applicazione di quelle medesime categorie e siano posti nella condizione di verificare in modo concreto e sistematico se tale obbligo sia stato rispettato dall'autorità amministrativa"[4]. Se così non fosse, il principio di proporzionalità rischierebbe di tramutarsi in un mero "principio ombra", incapace di assicurare le prestazioni garantistiche che la tradizione dottrinale gli ha da sempre attribuito.

In definitiva, se è vero che il principio di proporzionalità opera sull'attività amministrativa proprio perché è "sistematicamente adottato dalla giurisprudenza"[5], allora, ove la persona detenuta solleciti la tutela giurisdizionale delle proprie posizioni giuridiche soggettive, lamentandone la lesione ad opera di una determinazione (o dell'attività che dà esecuzione ad una determinazione) assunta nell'ambito della gestione – ordinaria o straordinaria – della vita carceraria, il sindacato di legittimità non deve trascurare la verifica sull'uso proporzionato del potere pubblico. Verifica che deve essere compiuta dal giudice impiegando le medesime categorie utilizzate dall'Amministrazione penitenziaria, vale a dire ricorrendo ai quattro parametri di giudizio dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità in senso stretto[6]. Nel prosieguo della trattazione, pertanto, si guarderà proprio al modo di operare della proporzionalità quale parametro di controllo sui limiti legali dell'attività amministrativa che intacca la sfera giuridica delle persone ristrette in carcere.

2. Il controllo giurisdizionale sull'uso del potere pubblico.

Il controllo giudiziale sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria non può che prendere le mosse da una pregiudiziale verifica in ordine alla liceità dell'azione amministrativa. In questa prospettiva, si tratta di verificare se lo specifico intervento, che incide – comprimendola – su una posizione giuridica di vantaggio del detenuto, sia

---

[3] Cfr. G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 3, p. 561.

[4] In questi termini, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 190.

[5] *Ibid*.

[6] Con specifico riferimento al settore penitenziario, sul fondamento normativo, sulla struttura, sulle funzioni e sugli ambiti di operatività del criterio d'azione della proporzionalità, sia consentito rinviare a G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *questa Rivista*, 6 febbraio 2015.

esplicazione di un potere autoritativo che il legislatore ha conferito, in modo espresso, all'autorità amministrativa, in vista della cura di un predeterminato interesse pubblico. La persona ristretta, infatti, può essere esposta all'azione amministrativa unicamente nell'ambito di quei compiti che il legislatore ha qualificato come interesse generale, e può subire soltanto gli effetti restrittivi o coercitivi derivanti dall'esercizio di poteri che la legge ha espressamente conferito. Ineludibile è, dunque, la verifica giudiziale in ordine alla sussistenza e all'osservanza delle disposizioni che attribuiscono un potere autoritativo e ne definiscono tutti gli elementi essenziali (soggettivo, oggettivo, contenutistico e causale), dal momento che, attraverso tali "norme di relazione", il legislatore ha segnato i confini tra diritti e potere, stabilendo i limiti della tutela offerta dal diritto al suo titolare anche verso l'Amministrazione penitenziaria[7].

In tale ambito, passando dal piano astratto a quello concreto, spetta al giudice il compito di verificare che il potere autoritativo, ancorché espressamente conferito dalla legge, sia stato esercitato dall'Amministrazione penitenziaria al ricorrere dei presupposti di fatto che ne costituiscono la premessa legale. Mancando tali presupposti giustificativi, infatti, le misure restrittive o coercitive adottate si risolvono, di per se stesse, in arbitrarie violazioni dei diritti dei detenuti[8]. Il sindacato sull'azione amministrativa, quindi, deve sempre estendersi "all'esame degli elementi di fatto fissati dalla norma come presupposti all'esercizio del potere, nella loro realtà e verità", e deve comunque estendersi "a tale esame come primario oggetto del sindacato stesso in quanto principalmente inteso ad accertare la conformità dell'azione amministrativa alla legge"[9]. Così, ad esempio, deve considerarsi *contra legem* il ricorso alla forza fisica da parte del personale di polizia penitenziaria, allorché non vi sia la necessità di prevenire o di impedire una condotta del detenuto qualificabile in termini di atto di violenza, ovvero se non sussista la necessità di impedire un tentativo di evasione o di vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti (art. 41, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354, d'ora in avanti, o.p.). E, inoltre, sempre a titolo esemplificativo, deve ritenersi invalido il provvedimento del Ministro della giustizia, con il quale si dispone la sospensione – in un istituto penitenziario o in parte di esso – dell'applicazione delle normali regole di trattamento, qualora non sia ravvisabile "un caso eccezionale di rivolta" o, comunque, "una grave situazione di emergenza" (art. 41-*bis*, comma 1, o.p.).

Gli esempi appena delineati mettono bene in evidenza come il potere del giudice di accertare la sussistenza dei presupposti di fatto, che costituiscono la premessa legale all'esercizio di un potere autoritativo, non venga meno neanche quando tali premesse siano indicate dal legislatore attraverso l'impiego "di concetti giuridici indeterminati"

---

[7] Sull'argomento, cfr., tra gli altri, R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, XV, pp. 618 ss.

[8] In questi termini, F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 365.

[9] Così, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 506, secondo il quale il rilievo dei c.d. presupposti dell'attività amministrativa "è proprio quello d'indicare, in modo implicito e predeterminato, in quali fattispecie concrete sussiste l'interesse che la legge ha inteso proteggere e, conseguentemente, di indicare anche la concreta giustificazione funzionale dell'esercizio della forza giuridica".

(si pensi, per l'appunto, al concetto di "caso eccezionale di rivolta", oppure a quello di "grave situazione di emergenza"). Anche in questa ipotesi, infatti, si deve riconoscere al giudice la capacità di stabilire autonomamente, non soltanto se l'enunciato normativo sia stato correttamente interpretato dall'autorità amministrativa, ma anche se il fatto da sussumere sotto di esso sia stato esattamente accertato (ad esempio, se siano realmente verificati disordini che hanno interessato un istituto penitenziario), e se tale fatto sia stato correttamente apprezzato e ricondotto sotto la previsione astratta (cioè, se sia stato correttamente qualificato in termini "di caso eccezionale di rivolta" o di "di grave situazione di emergenza") quale premessa legale al potere amministrativo di natura autoritativa (quale presupposto, quindi, del potere di sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti).

Il giudice, pertanto, deve sindacare sia l'attività amministrativa di interpretazione della disposizione di legge attributiva del potere (anche quando l'enunciato normativo presenti un elevato grado di indeterminatezza semantica), sia l'attività amministrativa che consiste nell'accertamento, nell'apprezzamento e nella qualificazione dei fatti che costituiscono i presupposti per l'esercizio del potere pubblico (anche dei fatti connotati da intrinseca incertezza e, in quanto tali, suscettibili di apprezzamento opinabile). E siffatto sindacato sul momento "intellettivo" del processo decisionale amministrativo deve essere non di tipo "estrinseco", limitato cioè alla verifica della manifesta illogicità o contraddittorietà o irrazionalità del ragionamento seguito dall'autorità agente, bensì di tipo "intrinseco", vale a dire esteso, senza alcun limite, ad ogni profilo dell'attività di accertamento, apprezzamento e qualificazione dei fatti opinabili. Si tratta, quindi, di un sindacato pieno e di tipo "sostitutivo", nel senso che il giudice deve ripetere, in modo autonomo, le verifiche e le valutazioni compiute dall'Amministrazione penitenziaria e, qualora tale rinnovato apprezzamento porti ad un diverso risultato rispetto a quello ottenuto dall'autorità amministrativa, al giudice "deve essere permesso di far prevalere tale risultato".

3. La tutela giurisdizionale e il parametro di giudizio della proporzionalità.

Se il caso concreto da regolare è stato esattamente accertato, apprezzato e qualificato sotto la fattispecie astratta attributiva del potere, il controllo del giudice deve poi appuntarsi sulle modalità con le quali è stato perseguito il fine specifico imposto dalla legge. Oggetto del sindacato giurisdizionale è, dunque, il rapporto che deve sussistere tra mezzi e scopi legali, non soltanto nel senso che l'amministrazione deve aver esercitato un potere amministrativo conferitole dalla legge per perseguire una finalità anch'essa prestabilita dal legislatore, ma anche nel senso della necessaria proporzione che deve sussistere tra questi due elementi[10]. In tale ambito, pertanto, entra

[10] Sottolinea come la precisazione degli scopi legali si presenti quale condizione per l'effettività del principio di proporzionalità, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e* test *di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 366 ss. In particolare, l'Autrice individua nello scopo legale "l'elemento a partire dal quale si sviluppa l'analisi di proporzionalità"; sicché "è riguardo a questo elemento che possono sorgere

in gioco il principio di proporzionalità, il sindacato del giudice dovendosi spingere oltre il controllo della mera legalità formale dell'intervento amministrativo, e procedere lungo l'itinerario tracciato dai parametri di controllo dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità in senso stretto.

I primi tre parametri di giudizio consentono una verifica, a livello squisitamente tecnico, in ordine al rapporto ottimale che deve esistere tra il mezzo impiegato e il risultato cui tende l'autorità pubblica. Il giudice, infatti, deve stabilire se – nelle circostanze specifiche del caso concreto – l'amministrazione abbia rispettato l'obbligo di adottare la misura restrittiva o coercitiva che, tra quelle di pari efficacia poste a sua disposizione, risultava la meno gravosa per il detenuto. Inoltre, qualora la misura impiegata sia l'unica idonea o sia quella necessaria o sia la sola imposta dalla legge, il giudice deve anche verificare che sia stato rispettato il criterio d'azione dell'adeguatezza tecnica, il quale impone all'amministrazione di non adottare il mezzo che, in concreto, risulti sovradimensionato rispetto all'obiettivo perseguito o intacchi il "contenuto essenziale" di un diritto fondamentale del destinatario dell'intervento. Si rimane, comunque, nell'ambito del sindacato sulle valutazioni tecniche (e non d'opportunità) dell'amministrazione, dal momento che la decisione di quest'ultima di adottare il mezzo necessario e adeguato è il risultato di una attività di mero apprezzamento delle circostanze di fatto relative al livello di idoneità del mezzo e al grado di afflittività dell'intervento, nonché, nel caso di sovradimensionamento della misura, al mero aspetto quantitativo del rapporto tra i benefici attesi a favore dell'interesse pubblico e i sacrifici da imporre alla persona detenuta.

Il parametro di giudizio della proporzionalità in senso stretto, invece, assume profili di maggiore complessità, poiché esso trova applicazione nei casi in cui l'autorità agente abbia avuto la possibilità di scegliere tra diverse misure connotate da differenti caratteri di idoneità e di gravosità. Si tratta, dunque, di una parametro di controllo sui limiti della discrezionalità amministrativa, che consente di valutare la correttezza dell'attività di bilanciamento tra interessi contrapposti, e l'accettabilità del prodotto del bilanciamento, vale a dire di quella "regola del conflitto" che si risolve nella scelta di un mezzo che sia in grado di perseguire la finalità pubblica e sia capace di imporre un sacrificio ai diritti fondamentali dei detenuti proporzionato rispetto alla rilevanza dell'interesse primario da soddisfare[11]. Il giudice, infatti, allorquando sia chiamato a

---

questioni interpretative, che hanno ricadute significative per la verifica di proporzionalità". Invero, lo scopo "potrebbe essere formulato in termini che ammettono una pluralità di ragioni giustificative, diverse tra loro; in tal caso, le valutazioni riguardo all'idoneità e alla necessità degli strumenti attuativi adottati possono, a loro volta, essere diverse, secondo la *ratio legis* individuata dall'interprete". Sull'argomento, v. altresì G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 38-39.

[11] Sul tema della legittima configurazione di poteri amministrativi autoritativi, che tali rimangono, direttamente incidenti sui diritti fondamentali e, in quanto tali, non degradabili, ben potendo il potere discrezionale "dialogare anche con questi diritti", cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 69 ss.; G. IANNI, *Assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali della persona: i limiti alla giurisdizione, assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2811; E. MARINO, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione nell'ordinamento italiano: prime considerazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 250 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione*

pronunciarsi sulla legittimità di una misura amministrativa limitativa dei diritti del detenuto, deve verificare, di volta in volta, che l'intervento non sia stato arbitrario e vessatorio, stante la "congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto"[12]. Egli, quindi, deve valutare se vi sia stato un corretto contemperamento degli interessi contrapposti (si pensi, ad esempio, alle confliggenti esigenze di tutelare la sicurezza all'interno del carcere e di garantire l'esercizio dei diritti del detenuto), al fine di stabilire se l'autorità agente – nell'ambito della propria, più o meno ampia, discrezionalità amministrativa – abbia compiuto una scelta compatibile con il parametro della proporzionalità.

È evidente, pertanto, come il criterio di giudizio della proporzionalità consenta un controllo assai penetrante sull'esercizio del potere pubblico, il giudice dovendo dichiarare la non conformità al diritto dell'attività amministrativa, allorché accerti che l'autorità agente ha adottato una misura inidonea o non necessaria o non adeguata, ovvero qualora risulti che l'intervento amministrativo non possiede il requisito della proporzionalità in senso stretto.

3.1. Struttura 'quadripartita' e ambiti di operatività del parametro di controllo della proporzionalità.

Il controllo di proporzionalità sull'attività amministrativa si articola in quattro differenti, ancorché interferenti, gradi di scrutinio, secondo uno "schema teorico-sistematico" capace di adeguarsi alla diversa natura del potere amministrativo esercitato: vincolato in astratto, vincolato in concreto, discrezionale.

Innanzitutto, atteso che qualsivoglia intervento amministrativo deve possedere il requisito dell'idoneità, il giudice è chiamato a verificare, in modo obiettivo, se il mezzo impiegato dall'autorità agente, non avendo la capacità tecnica di contribuire alla realizzazione del fine specifico perseguito, abbia assunto una concreta portata puramente afflittiva, non riconducibile ad alcuna delle funzioni attribuite dalla legge all'autorità amministrativa[13]. Tale accertamento, peraltro, assume caratteri in parte differenti, a seconda che oggetto del controllo siano interventi amministrativi ad efficacia istantanea, oppure misure i cui effetti restrittivi sono destinati a protrarsi nel tempo.

---

dell'affidamento, in www.federaismi.it, 2011/24, p. 4; F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379 ss. Sulla teoria dei "diritti indegradabili", v. L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, ivi, 2010, pp. 483 ss.; F. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, ivi, 2009, pp. 418-420.

[12] V., tra le altre, Cass. pen., sez. I., sent. n. 46263, 19 novembre-16 dicembre 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1318.

[13] In merito all'ipotesi in cui la misura restrittiva o coercitiva, adottata dall'autorità agente, si riveli inidonea a perseguire lo scopo legale non soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto, ma anche nella sua astratta configurazione, determinando un decremento di tutela di un diritto della persona detenuta senza che ad esso faccia riscontro un corrispondente incremento di tutela dell'interesse pubblico affidato dalla legge in cura all'amministrazione, v., *infra*, nota 24.

Nel caso di una misura amministrativa ad efficacia istantanea, il controllo di idoneità si articola su due fasi sequenziali. Nella prima, il giudice, con valutazione *a posteriori*, che tenga conto di tutti gli aspetti del fatto come realmente verificatosi nella sua consistenza oggettiva, deve accertare se lo specifico intervento dell'autorità amministrativa abbia contribuito, in modo concreto, al raggiungimento della finalità pubblica perseguita. Se così è, *nulla quaestio*: il vaglio di idoneità deve considerarsi positivamente superato. Se invece si perviene alla conclusione che – sulla base di pertinenti e affidabili massime di esperienza (o, di rado, sulla base di leggi scientifiche) – è possibile eliminare mentalmente la misura adottata, senza che ne derivi pregiudizio alcuno alla realizzazione dell'interesse pubblico, si deve passare alla seconda fase del controllo di idoneità. In questa fase, la capacità tecnica del mezzo deve essere accertata, con valutazione *ex ante*, sulla base di un paradigma di giudizio di tipo ipotetico, probabilistico-prognostico. Ciò significa che il giudice deve porsi mentalmente al momento in cui l'autorità pubblica ha assunto la decisione di adottare un determinato mezzo, e, tenuto conto delle circostanze di fatto esistenti in tale momento (non solo, quindi, delle circostanze effettivamente conosciute dall'autorità agente, ma anche di quelle conoscibili mediante l'esercizio di ordinaria diligenza e competenza), nonché facendo ricorso ad appropriate e plausibili massime di esperienza (o, a seconda dei casi, a leggi scientifiche), deve stabilire se fosse corretta la prognosi sulla quale si basava la rappresentazione della capacità tecnica dell'intervento di raggiungere l'obiettivo preso di mira o, comunque, di contribuire al suo raggiungimento. Di conseguenza, una volta stabilito che, al momento della decisione dell'autorità amministrativa, la misura da adottare appariva verosimilmente capace di perseguire il fine prefissato, nessun rilievo ha la constatazione *ex post* che essa si sia rivelata concretamente inefficace. Di converso, è irrilevante che, al momento della decisione, la misura restrittiva risultasse inidonea, se essa – per circostanze non conoscibili dall'autorità agente, preesistenti o imprevedibilmente sopravvenute nel breve lasso di tempo che ha separato l'assunzione della determinazione dalla sua mera esecuzione materiale – si sia poi svelata concretamente capace di contribuire alla realizzazione della finalità presa di mira.

Similmente, quando si tratti di accertare la capacità tecnica di una misura restrittiva ad efficacia (non istantanea, bensì) destinata a protrarsi nel tempo, non ci si può limitare ad una verifica, in chiave meramente prospettica, dell'inziale sussistenza del requisito dell'idoneità dell'intervento. In tal caso, infatti, è essenziale prendere in considerazione anche il successivo e concreto evolversi della situazione fattuale, nell'ambito di un giudizio realistico *a posteriori*, orientato secondo un procedimento di eliminazione mentale della misura amministrativa dallo specifico contesto, all'esito del quale sia consentito affermare che senza il 'mezzo' impiegato non è possibile (o è meno agevole) raggiungere la finalità perseguita[14]. Invero, soltanto attraverso un corretto ragionamento inferenziale è possibile stabilire se la misura adottata abbia mantenuto una reale efficacia condizionante il raggiungimento dello scopo legale preso di mira, o

[14] È ovvio che il procedimento di eliminazione mentale della misura amministrativa dal contesto deve essere integrato dal criterio della sussunzione sotto leggi di copertura, generalizzazioni e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica.

se, al contrario, sia sorto in capo all'amministrazione il dovere di rimodulare l'intervento divenuto inidoneo per il sopraggiungere di nuove evenienze.

Rilevata la capacità tecnica del mezzo oggetto del sindacato giurisdizionale, si può passare al grado successivo dello scrutinio di proporzionalità. In questa seconda fase, oggetto di valutazione è anche la gravosità della misura amministrativa, dovendosi considerare il grado di incisione della sfera giuridica del destinatario dell'intervento. In particolare, si deve stabilire se la misura adottata, ancorché concretamente idonea, non fosse necessaria, giacché era possibile impiegarne una diversa, parimenti efficace e meno gravosa sotto ogni suo aspetto (sostanziale, temporale, spaziale e personale[15]). Il parametro di controllo della necessarietà, pertanto, si applica all'attività amministrativa astrattamente discrezionale (poiché si presuppone che l'autorità agente abbia avuto la possibilità di scegliere tra diverse misure ugualmente idonee), ma vincolata in concreto (poiché il criterio d'azione della necessarietà avrebbe dovuto vincolare l'autorità pubblica all'adozione del mezzo meno gravoso, senza necessità che la decisione fosse preceduta da una procedura di ponderazione dei contrapposti interessi).

Il giudizio sulla necessità di un intervento amministrativo, ancorché sia condotto sulla base di un parametro oggettivo, presenta talune peculiarità rispetto al controllo d'idoneità. Per verificare l'indispensabilità di un mezzo, infatti, il giudice deve ipotizzare, in astratto, "la soluzione migliore per il determinato caso di specie" e deve porla "a confronto con quella adottata, in concreto, dall'amministrazione"[16]. Anche tale accertamento, peraltro, consiste in una valutazione *ex ante*, effettuata sulla base di un paradigma di tipo ipotetico. Il giudice, infatti, deve riportarsi mentalmente al momento dell'avvio dell'attività amministrativa e deve "calars*i* all'interno delle specifiche e peculiari circostanze concrete"[17] (sia di quelle conosciute dall'amministrazione, sia di quelle che l'autorità pubblica avrebbe dovuto conoscere), al fine di stabilire se fosse disponibile un mezzo alternativo a quello adottato, e se tale mezzo alternativo risultasse, verosimilmente, non soltanto meno invasivo della sfera giuridica del detenuto, ma anche non meno efficace al fine del raggiungimento dello scopo legale perseguito. È pur vero che, come osserva autorevole dottrina, siffatta "misurazione del grado rispettivo di efficacia delle alternative poste a confronto non è agevole, perché implica giudizi prognostici e perché include valutazioni che riguardano la praticabilità delle misure, considerate anche sotto il profilo della loro semplicità e controllabilità"[18]. Cionondimeno, tali difficoltà non intaccano il carattere oggettivo del parametro in questione, ma confermano soltanto che "tale carattere non esclude approssimazioni nella misurazione dei fattori dai quali dipende il giudizio sul grado di efficacia delle soluzioni alternative rispetto allo scopo"[19].

---

[15] Sul punto, v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, pp. 54-55.

[16] Così, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 10-11.

[17] Cfr., E. BUOSO, *op. cit.*, p. 55.

[18] In questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 375.

[19] Ivi, p. 376.

In ogni caso, anche in sede di controllo giudiziale dell'indispensabilità di un mezzo, si deve tener conto, attraverso una verifica *a posteriori*, del successivo e concreto evolversi della situazione di fatto, quando il sindacato riguardi una misura restrittiva ad efficacia durevole, sussistendo sempre il dovere dell'amministrazione di adeguare continuamente la sua azione alle esigenze progressivamente derivanti dal mutamento del contesto fattuale. Anche in questa situazione, però, il sindacato sulla necessità dell'intervento amministrativo mantiene una ineliminabile componente di "virtualità"[20], giacché il giudice deve sempre adottare una modello di giudizio ipotetico, probabilistico-prognostico, sulla capacità tecnica e su quelli che sarebbero (o sarebbero stati) gli effetti afflittivi del mezzo alternativo, se impiegato dall'autorità agente.

L'indispensabilità è requisito necessario, ma non sufficiente a rendere il mezzo adottato conforme al canone della proporzionalità. L'esigenza di tutela degli interessi dei destinatari dell'intervento amministrativo pretende infatti che la misura restrittiva presenti un carattere aggiuntivo: l'adeguatezza tecnica. Cosicché, nella terza fase dello scrutinio di proporzionalità, si deve accertare se il mezzo impiegato – benché fosse, concretamente, l'unico mezzo idoneo o quello necessario o il solo mezzo previsto dalla legge – era talmente sovradimensionato, rispetto al fine perseguito, ed imponeva al detenuto un sacrifico talmente sovrabbondante, rispetto al beneficio atteso, che l'autorità amministrativa, tenuto conto del criterio d'azione dell'adeguatezza, non avrebbe dovuto adottarlo.

Al giudice, del resto, spetta anche il compito di stabilire se il mezzo adottato – ancorché fosse l'unico mezzo idoneo o quello necessario o il solo mezzo imposto dal legislatore –, pur non risultando, in concreto, sovradimensionato rispetto all'obiettivo perseguito, abbia intaccato, comunque, "il nucleo essenziale" di un diritto fondamentale, di modo che la legge o altra fonte normativa giuridicamente superiore imponevano all'autorità agente di recedere – totalmente o parzialmente – dal perseguimento del fine pubblico[21].

In proposito, peraltro, appare opportuno puntualizzare che, se oggetto del sindacato giurisdizionale è l'attività amministrativa vincolata al fatto (c.d. vincolatezza in concreto) o al diritto (c.d. vincolatezza in astratto), il controllo di adeguatezza deve appuntarsi unicamente sugli effetti prodotti dall'intervento nel caso concreto, che deve configurarsi quale singolo "accadimento problematico", non riconducibile alla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la previsione normativa[22]. È problematico, dunque, l'accadimento "che solleva la questione di come reagire ad esso, di come risolverlo nei termini del diritto", trattandosi, in genere, di un caso estremo, al quale il legislatore non ha evidentemente pensato, giacché, se vi avesse pensato, di certo, "avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe essere deciso in base alla legge"[23].

---

[20] Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, pp. 10-11.

[21] Sull'adeguatezza tecnica, quale criterio guida dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria, v. G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 49-53.

[22] In proposito, v. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità quale indefettibile criterio guida dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria*, in *questa Rivista*, 13 maggio 2015, pp. 10-21.

[23] In questi termini, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 187.

Qualora, invece, l'unica misura legalmente imposta (o la sola idonea o quella risultata necessaria) sia, già nella sua configurazione astratta, smisuratamente gravosa o, comunque, lesiva del "nucleo essenziale" di un diritto fondamentale della persona *in vinculis*, l'eventuale incisione eccessiva della sfera giuridica del detenuto dovrà farsi valere dinanzi alla Consulta, in sede di sindacato di legittimità costituzionale della disposizione di legge che prevede la misura sproporzionatamente afflittiva[24].

Ad ogni modo, al pari del controllo sull'idoneità dell'intervento amministrativo, l'adeguatezza di una misura ad efficacia istantanea deve essere sempre valutata sulla base di un paradigma di giudizio caratterizzato da una duplice, sequenziale, verifica: realistica *a posteriori* (prima), probabilistica-prognostica ed *ex ante* (dopo). Cosicché, una volta accertato che il mezzo impiegato ha determinato, in concreto, effetti smisuratamente gravosi o ha inciso sul "contenuto essenziale" di un diritto fondamentale del destinatario dell'intervento, è poi necessaria una valutazione *ex ante*, basata su un modello di giudizio a carattere ipotetico, al fine di stabilire se, al momento

---

[24] Cfr., ad esempio, Corte costituzionale, sent. 24 aprile-17 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2164-2175, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b, ultimo periodo, o.p., nella parte in cui imponeva limiti "di cadenza e di durata" ai contatti tra il detenuto e il difensore, poiché il contingentamento, rigido e prolungato, nel tempo, dei momenti di contatto tra detenuto e i suoi difensori intaccava il "nucleo essenziale" del diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost., "non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici, di dieci minuti, consentissero in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive".
Si consideri, peraltro, che le medesime considerazioni vanno estese anche al requisito dell'idoneità della misura amministrativa, giacché l'astratta incapacità tecnica di un mezzo di raggiungere la finalità pubblica perseguita può essere fatta valere unicamente sollevando questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge che prevede la misura inidonea. In proposito, è utile richiamare, ancora una volta, la sentenza della Corte costituzionale prima citata, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p., ha rilevato, non soltanto la violazione del diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost., ma anche l'irragionevolezza delle limitazioni ai contatti tra detenuto e difensore, stante la loro astratta inidoneità a tutelare l'interesse di rango costituzionale perseguito dal legislatore. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, anche quando si materializzi l'eventualità che il difensore si presti a fungere da tramite fra il detenuto e gli altri membri dell'organizzazione, "le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti". Invero, posto che "i colloqui con il difensore – diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone – restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili bensì di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi criminosi" (su tale particolare aspetto, cfr. M.G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni "quantitative"*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2352-2354; P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1195; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale* ex *art. 41* bis *O.P.*, Milano, 2016, pp. 246-248; V. MANES-V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, pp. 346 ss.; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2177-2179; ID., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2016, 3, pp. 24-27).

della decisione assunta dall'autorità agente, fosse formulabile una prognosi sulla quale basare la corretta rappresentazione dell'adeguatezza tecnica della misura da adottare. Infatti, se nella fase decisoria l'intervento amministrativo appariva verosimilmente proporzionato, priva di rilevanza è la verifica *ex post* della sua concreta inadeguatezza, determinata dal concorrere di fattori non conoscibili o non prevedibili dall'autorità agente.

Ciononostante, l'accertata adeguatezza del mezzo al momento della sua adozione è priva di valore dirimente rispetto alle misure restrittive o coercitive i cui effetti si protraggono nel tempo; misure in ordine alle quali assume preminente rilievo il giudizio realistico *a posteriori*. Ciò, perché è un dato di comune esperienza che il requisito dell'adeguatezza tecnica dell'intervento amministrativo può venire meno in seguito alla scoperta o al sopraggiungere di nuovi fattori della realtà, ovvero al mutare delle circostanze di fatto esistenti al tempo in cui è stata assunta la determinazione di esercitare il potere autoritativo. Tali nuove evenienze, infatti, se conoscibili dall'autorità agente, impongono a quest'ultima il dovere di rimodulare l'intervento amministrativo, al fine di attenuare o eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti nella sfera giuridica della persona detenuta, recedendo (in modo parziale o completo) dal perseguimento del fine pubblico.

La quarta fase del controllo di proporzionalità è, in realtà, un grado di scrutinio specifico, riservato a quegli aspetti dell'attività amministrativa che siano espressione dell'esercizio di un potere – astrattamente e concretamente – discrezionale. In tal caso, infatti, il giudice è chiamato a vagliare la scelta compiuta dall'amministrazione (in seguito alla ponderazione dei contrapposti interessi), al fine di stabilire se il mezzo selezionato dall'autorità agente non sia – in modo manifesto ed evidente – eccessivamente e ingiustificatamente sproporzionato rispetto alla rilevanza del fine perseguito, essendosi oltremodo privilegiato il profilo dell'efficacia dell'intervento a detrimento dei diritti della persona detenuta. Si tratta, più nel dettaglio, di verificare che la misura prescelta sia caratterizzata da un plausibile equilibrio tra il coefficiente di intensità di lesione dell'interesse del detenuto e il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico. Il primo coefficiente è dato dal rapporto tra il grado di rilevanza del valore connesso all'interesse intaccato, il livello di capacità lesiva del mezzo adottato e il grado del sacrificio complessivo determinato dall'intervento amministrativo. Il secondo coefficiente, invece, è dato dal rapporto tra il grado di rilevanza del valore connesso all'interesse pubblico che si è inteso realizzare, il livello di idoneità del mezzo impiegato e il grado dell'utilità complessiva fornita dall'intervento dell'autorità agente[25]. La misura adottata, pertanto, può ritenersi proporzionata in senso

[25] In proposito, v. G.M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, cit., pp. 54-55. Si consideri, peraltro, che il parametro di controllo della proporzionalità in senso stretto presenta elementi di maggiore complessità quando il sindacato giurisdizionale cade su misure amministrative a carattere preventivo, le quali sono volte ad evitare o limitare il pericolo che si rechi pregiudizio ad un interesse pubblico. In tal caso, infatti, qualora non si sia concretizzato il pericolo che la norma attributiva del potere mirava ad evitare, nella determinazione del coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, si deve tener conto del grado di rilevanza del valore connesso all'interesse tutelato, del livello di probabilità

stretto, quando essa garantisca un accettabile equilibrio tra i predetti coefficienti, entro il confine invalicabile tracciato dal "nucleo essenziale" del diritto fondamentale inciso[26].

Anche in tal caso, rispetto alle misure ad efficacia durevole, è necessario, ma non sufficiente, il positivo esito del giudizio a carattere ipotetico, *ex ante*, giacché la sussistenza del requisito della proporzionalità in senso stretto deve essere sempre accertata sulla base di un modello di giudizio realistico *ex post*. Deve ribadirsi, infatti, che la carente proporzionalità di un mezzo rispetto al fine, determinata da fatti sopravvenuti, comporta comunque l'insorgere in capo all'amministrazione del dovere di correggere l'intervento originariamente conforme al diritto.

Tuttavia, sotto lo specifico profilo appena considerato (ma l'assunto è estensibile anche alla verifica *ex ante*), lo schema operativo del parametro di controllo della proporzionalità in senso stretto non è del tutto assimilabile allo schema operativo del parametro della necessarietà (che, come detto, presuppone anch'esso un'astratta possibilità di scelta tra mezzi ugualmente idonei). Il primo, infatti, a differenza del secondo, non è connotato da alcun elemento di verifica di tipo ipotetico circa l'efficacia e la gravosità degli interventi alternativi. Il giudice, in altri termini, non deve chiedersi se gli altri mezzi a disposizione dell'autorità agente consentano (o, in una prospettiva *ex ante*, consentissero, al momento della scelta) di raggiungere un più equilibrato rapporto tra le componenti dell'idoneità e della gravosità, ma deve soltanto stabilire se la misura adottata stia comportando (o, se misura ad efficacia istantanea, abbia comportato) un accettabile e tollerabile livello di sacrificio dei diritti del detenuto rispetto al grado del beneficio fornito dal raggiungimento della finalità pubblica perseguita.

Si è esaminato, sin qui, l'ambito di operatività dal parametro di giudizio della proporzionalità in una prospettiva esclusivamente verticale e oppositiva, vale a dire privilegiando la posizione del detenuto che subisce direttamente gli effetti di un'azione amministrativa che intacca specifiche situazioni giuridiche di vantaggio. Non è da escludere però che, in taluni casi, si debbano assumere altre prospettive, quali sono quella verticale-pretensiva e quella orizzontale. Nella prospettiva pretensiva, infatti, è centrale la posizione della persona detenuta non destinataria della misura restrittiva o coercitiva, che lamenti tuttavia di aver subito o di star subendo una lesione ad un diritto fondamentale a causa di un intervento amministrativo che sia ingiustificatamente

---

del verificarsi dell'evento pregiudizievole per l'interesse pubblico, del livello di gravità di tale probabile evento, del livello di idoneità del mezzo adottato e del grado della probabile utilità complessiva fornita dall'intervento amministrativo. Sul punto, v. ID., *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria*, cit., pp. 47 ss.

[26] In merito alla logica delle valutazioni di proporzionalità fondate sul ragionamento quantitativo, anche quando nessuna cifra numerica sia espressamente impiegata, v. l'approfondito studio di G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, pp. 351 ss. Del resto, il ragionamento quantitativo consente di "uscire dal soggettivismo incontrollabile cui sembra condannato il giudizio di bilanciamento" degli interessi contrapposti, sicché occorre prendere atto che "se il principio di proporzionalità deve trovare applicazione, il metodo anzidetto è quello che offre il massimo dell'obiettivizzazione possibile" (in questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pp. 391-392). Dubbi, tuttavia, suscita l'idea "che il calcolo possa rispecchiare anche l'eventuale diverso grado di 'importanza' degli interessi che si confrontano", poiché "se così fosse, il problema del soggettivismo insito nel giudizio di bilanciamento si riproporrebbe" (ivi, p. 392, nota 54).

inefficace. In tal caso, quindi, si fa valere l'incapacità dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria di realizzare l'interesse pubblico prioritario e, quindi, di tutelare il valore connesso a tale interesse[27].

Nella prospettiva orizzontale, invece, il detenuto lamenta l'illegittimità di un intervento amministrativo che, nel differenziare la sua posizione da quella degli altri reclusi, gli ha riservato un trattamento restrittivo ingiustificatamente differente. In tal caso, quindi, si fa valere la mancata osservanza del criterio d'azione secondo cui il diverso trattamento riservato ad un detenuto deve essere sempre rapportato "alla misura della distanza esistente" tra le differenti posizioni messe a confronto. Tuttavia, perché ricorra un'ipotesi di disparità di trattamento è necessario non soltanto che i soggetti fra i quali la disparità si delinea versino in una situazione identica o analoga, ma altresì che l'autorità pubblica abbia esercitato un identico potere discrezionale e che non vi sia alcuna ragione idonea a giustificare la diversità di trattamento, acquisendo, questo, carattere discriminatorio[28]. Il ricorrere di queste condizioni, pertanto, può determinare la situazione in cui una misura restrittiva o coercitiva può risultare proporzionata nella dimensione verticale e, nondimeno, essere non rispondente al diritto, perché non proporzionata nella dimensione orizzontale[29].

4. Modalità ed esiti del controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura su reclamo di cui all'art. 35-*bis* o.p.

In tutte le prospettive considerate in precedenza (verticale-oppositiva, verticale-pretensiva e orizzontale), il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria appare particolarmente esteso e incisivo, investendo profili di fatto, di diritto e il contenuto stesso delle scelte amministrative[30]. L'accertamento relativo alla sussistenza dei requisiti dell'idoneità e della necessarietà,

---

[27] Sul punto, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 228 ss.; ID, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., p. 197 ss. Diversa è invece la prospettiva verticale-pretensiva, relativa "all'esercizio di poteri amministrativi positivi per il destinatario degli stessi, ampliativi della sua sfera giuridica o attribuitivi di vantaggi economici" (sull'argomento, v. BUOSO, *op. cit.*, pp. 56 ss.).

[28] Sull'argomento, v. P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, pp. 199 ss. L'Autrice, peraltro, sottolinea che, qualora la disparità di trattamento non sia conseguenza di provvedimenti amministrativi costituenti esercizio di un potere discrezionale, ma trovi la sua base direttamente nella legge, che vincola l'amministrazione all'adozione di un determinato comportamento, "non è da escludere che venga prospettata dianzi alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge, sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza, ed in particolar modo del principio di ragionevolezza che se ne ricava usualmente".

[29] In ordine alla dimensione orizzontale della proporzionalità, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 73 ss.; V. FANTI, *op. cit.*, pp. 10-11.

[30] In tal senso, P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, cit., p. 117; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 383. V., altresì, G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, p. 171, il quale evidenzia come il *test* di proporzionalità sia "più pervasivo e maggiormente complesso dei tradizionali strumenti di verifica della legittimità amministrativa […]".

nonché dell'adeguatezza e della proporzionalità in senso stretto, non può infatti prescindere da una compiuta conoscenza e da un corretto apprezzamento della concreta situazione di fatto[31], giacché ciascuno di tali requisiti va considerato non in astratto e genericamente, bensì riferito alla contingenza del caso concreto. Ricostruzione del contesto fattuale, nonché concreta valutazione di esso e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'intervento amministrativo, sono pertanto presupposti imprescindibili del sindacato di proporzionalità, poiché soltanto in tal modo è possibile cogliere sia gli eventuali errori commessi dall'amministrazione nell'esperire gli accertamenti e le valutazioni tecniche che hanno condotto all'individuazione di una misura inidonea o non necessaria o inadeguata, sia gli errori di ponderazione dei valori connessi ad interessi antagonisti, che hanno determinato la scelta di un mezzo non proporzionato *stricto sensu*[32].

In particolare, la persona ristretta, la quale lamenti di star subendo un grave pregiudizio all'esercizio di un proprio diritto per effetto dell'esecuzione di una misura restrittiva o coercitiva adottata dall'autorità amministrativa in violazione del criterio d'azione della proporzionalità (art. 69, comma 6, lett. b, o.p.), può attivare la procedura giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* o.p.[33]. In tal modo, la tutela preventiva, volta a rimuovere il pregiudizio lamentato ed a ripristinare le condizioni di legalità, è assicurata dal magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'Istituto penitenziario (o sulla Residenza per l'esecuzione di misure di sicurezza) in cui si trova il detenuto (o l'internato) al momento della presentazione del reclamo (art. 677, comma 1, c.p.p.)[34].

---

[31] Non soltanto della situazione di fatto che costituisce il presupposto legale dell'esercizio del potere, ma altresì di tutte quelle circostanze di fatto che l'amministrazione ha l'onere di prendere in considerazione, poiché sono essenziali al fine dell'individuazione o della scelta di un mezzo proporzionato.

[32] In proposito, tuttavia, non possono sottovalutarsi le difficoltà che discendono da un controllo giurisdizionale che ha ad oggetto un "fare" amministrativo "in un momento temporale dato, che, in quanto trascorso, è assolutamente irriproducibile". Sicché, come rileva C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, Milano, 1998, p. 98, "le valutazioni che si possono fare in epoca successiva ("ora per allora") non sono identiche a quelle che si potevano fare al momento giusto". Invero, "possiamo costruire il procedimento nel modo migliore possibile e possiamo oggettivare nella misura massima possibile il processo decisionale amministrativo, ma non possiamo pensare di eliminare quell'irripetibile carico di dubbi, di intuizioni, di assunzioni di rischio, che possono avere determinato il corso dell'istruttoria e la decisione, o il sistema delle decisioni".

[33] È condivisibile la posizione di quella parte della dottrina secondo la quale, al fine di ottenere la tutela preventiva di cui all'art. 35-*bis* o.p., il requisito dell'attualità del pregiudizio *ex* art. 69, comma 6, lett. b, o.p., ricorre anche nelle situazioni di "pregiudizio imminente". Sono tali quelle situazioni lesive del diritto del detenuto che, sebbene circoscritte nel tempo, sono di certo, o con molta probabilità, destinate a ripetersi, in quanto alimentate da una prassi amministrativa caratterizzata dalla costante adozione di una misura restrittiva o coercitiva sproporzionata (sul concetto di "pregiudizio imminente", v. F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69*, in DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, pp. 824-825.

[34] Non può trascurarsi che la violazione del canone della proporzionalità, nell'adozione di una misura amministrativa particolarmente invasiva della sfera personale del detenuto, può determinare una lesione di un diritto fondamentale in misura talmente grave da superare la soglia di quel *minimum de gravité* oltre la quale il trattamento penitenziario assume i caratteri della inumanità o della degradazione ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (si consideri, ad esempio, il caso del detenuto sottoposto – per un lungo lasso di tempo – ad isolamento continuo o a frequenti e non necessarie

Al di là, dunque, degli specifici rimedi esperibili per sottoporre a controllo del giudice i provvedimenti amministrativi che dispongono o prorogano i regimi detentivi differenziati della sorveglianza particolare (art. 14-*ter* o.p.) e della sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario (art. 41-*bis*, comma 2-*quinquies*, o.p.)[35], per la tutela preventiva delle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute alla persona ristretta e lese da una determinazione o da un comportamento adottati dall'amministrazione in violazione delle disposizioni contenute nella legge penitenziaria o nel relativo regolamento, il procedimento giurisdizionale da attivare è quello previsto dall'art. 35-*bis* o.p.[36]. Si tratta dell'ordinario procedimento di sorveglianza (artt. 666 e 678 c.p.p.), ancorché integrato da taluni elementi di specialità, che "danno vita" ad una procedura a contraddittorio necessario e a cognizione piena e completa delle ragioni addotte dalle parti. Tra questi elementi di specialità, assume

---

perquisizioni corporali mediante denudamento, ovvero si pensi ai casi di impiego non necessario della forza fisica o delle manette ai polsi o di altri strumenti di coercizione fisica). Per tale ragione, si devono garantire ai ristretti adeguati rimedi interni, di natura giurisdizionale, attraverso i quali far valere anche – e soprattutto – la violazione dei diritti garantiti dalla CEDU. Deve trattarsi di rimedi agevolmente accessibili, effettivi e idonei a garantire una tutela piena delle posizioni soggettive, sia sotto il profilo ripristinatorio, dovendosi assicurare l'effettiva cessazione della violazione che sia ancora in atto, sia sotto quello risarcitorio, dovendosi assicurare al detenuto un adeguato ristoro del pregiudizio subito a causa dell'avvenuta violazione di un diritto convenzionale (in proposito, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, trad. it. a cura di R. CARNEVALI-R. PUCCI, in *www.giustizia.it*.). Infatti, in base ai "principi di solidarietà e di sussidiarietà", che informano il sistema di protezione convenzionale, spetta anzitutto agli Stati contraenti l'assolvimento del compito di assicurare il rispetto e la tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dalla Convenzione (art. 13 CEDU). La Corte europea, quindi, ha un ruolo suppletivo, potendo essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU). Ciò significa che è posto a carico degli Stati contraenti l'obbligo positivo di prevenire e porre rimedio – in modo effettivo – alle violazioni dedotte contro i predetti diritti, prima che i relativi ricorsi vengano proposti dinanzi alla Corte di Strasburgo.

[35] Anche nell'ambito di tali procedure, il giudice (segnatamente, il tribunale di sorveglianza) deve procedere al controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa, al fine di verificare la conformità al diritto sia dei provvedimenti che dispongono o prorogano i regimi detentivi differenziati, sia delle singole misure restrittive che discendono dall'applicazione di tali regimi. Tuttavia, in ordine al particolare controllo di adeguatezza che può investire il contenuto restrittivo – minimo e indefettibile – del regime sospensivo di cui art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p., v. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole*, cit., pp. 8 ss. Si consideri peraltro che, ai sensi dell'art. 35-*ter* e 69, comma 6, o.p., nonché dell'art. 677, comma 1, c.p.p., il magistrato di sorveglianza, che ha giurisdizione sull'istituto penitenziario in cui si trova il detenuto sottoposto ad un regime detentivo differenziato, mantiene la competenza a pronunciarsi sul reclamo con il quale la persona ristretta lamenti di star subendo un grave pregiudizio all'esercizio di un diritto a causa dell'esecuzione dia una qualsiasi misura restrittiva (anche, quindi, di una misura discendente direttamente dall'applicazione di uno dei regimi in questione) non conforme al diritto.

[36] L'art. 35-*bis* o.p. è stato introdotto dall'art. 3 del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10. Prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013, il mezzo di tutela giurisdizionale, da attivare per far valere un diritto leso dall'amministrazione, era il procedimento regolato dagli artt. 69, comma 6, e 14-*ter* o.p. (nonché dalle disposizioni del capo II-*bis* del titolo II o.p., richiamate dall'art. 14-*ter*). Invero, secondo la Corte di cassazione, sez. un., sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Cass. pen.*, 2003, 2974-2975, tale procedura era idonea a soddisfare le esigenze di speditezza e semplificazione, che necessariamente dovevano contrassegnare il mezzo di tutela, in ragione delle particolari posizioni soggettive fatte valere.

peculiare rilievo la previsione del diritto dell'amministrazione interessata al reclamo[37] (alla quale deve essere notificato l'avviso di fissazione della data dell'udienza in camera di consiglio) di comparire direttamente in udienza, ovvero di formulare per iscritto e trasmettere osservazioni e richieste (art. 35-*bis*, comma 1, o.p.). Una volta assicurato il necessario coinvolgimento di tutte le parti interessate alla controversia[38], quindi, è divenuto più semplice definire la natura dei poteri-doveri decisori conferiti al magistrato di sorveglianza. Questi, infatti, accertata la sussistenza e l'attualità del grave pregiudizio all'esercizio dei diritti della persona ristretta, deve ordinare all'autorità amministrativa di porvi rimedio, assegnando un termine entro il quale deve essere ripristinata l'integrità del diritto violato (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.)[39].

Il legislatore, del resto, privilegiando una prospettiva aderente alla logica del giusto processo, che mira ad ottenere provvedimenti corretti sotto il profilo della soluzione delle questioni di fatto e di diritto, ha attribuito al magistrato di sorveglianza efficaci ed effettivi poteri istruttori d'ufficio, nell'ambito di un rito che aspira ad assicurare alla persona ristretta una tutela completa nei confronti dell'autorità amministrativa. Il giudice, infatti, può chiedere all'autorità competente tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e, se occorre, può assumere prove, procedendo in udienza nel rispetto del contraddittorio (artt. 35-*bis*, comma 1, o.p. e 666, comma 5, c.p.p.). Nell'assumere le prove, il giudice procede senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia (art. 185 norme att. c.p.p.)[40].

La circostanza che il procedimento per reclamo sia caratterizzato dall'officiosità dell'istruttoria (art. 666, comma 5, c.p.p.) determina rilevanti conseguenze anche in tema di onere probatorio. Si ritiene, infatti, che non sia necessaria "la prova ad onere della

---

[37] A seconda dei casi, l'autorità amministrativa interessata al reclamo può essere sia l'Amministrazione penitenziaria, sia (come precisato nella relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 146/2013) l'Amministrazione regionale, oramai investita di competenza esclusiva in materia sanitaria. Entrambe le Amministrazioni, quindi, hanno la possibilità di esporre le proprie ragioni, comparendo in udienza, ovvero trasmettendo (nel termine fissato dall'art. 666, comma 3, c.p.p.) osservazioni o richieste.

[38] Tuttavia, sull'adeguatezza dei congegni apprestati dal legislatore, al fine di garantisce il pieno coinvolgimento di tutte le parti interessate, v. le perplessità manifestate da G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e "nuova" giurisdizionalità?*, in DEL COCO-MARAFIOTI-PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 145-146.

[39] Del resto, a garanzia del compiuto accertamento della *res iudicanda*, è stata prevista l'impugnabilità della decisione del giudice monocratico, avverso la quale è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione medesima (art. 35-*bis*, comma 4, o.p.). Non convince, invece, la scelta del legislatore di limitare alla sola violazione di legge i casi in cui è proponibile il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale di sorveglianza; ricorso, comunque, ammissibile nel termine di quindici giorni dalla notificazione o dalla comunicazione dell'avviso di deposito della decisione (art. 35-*bis*, comma 4-*bis*, o.p.). L'effettività della tutela giurisdizionale è invece assicurata dalla previsione di un apposito procedimento di ottemperanza. E, anche in tal caso, il modello procedurale prescelto è quello previsto dagli artt. 666 e 678 c.p.p. (art. 35-*bis*, comma 5, o.p.).

[40] Sul carattere non tassativo, bensì meramente esemplificativo, dell'elencazione dei mezzi di prova contenuta negli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., v. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, p. 51.

parte", ma sia sufficiente che il detenuto segnali al giudice la necessità "di acquisire il riscontro alla tesi posta a fondamento della richiesta", il magistrato di sorveglianza avendo ampia capacità "sia di ammettere la prova sia di assumerla quando ne ritenga la necessità"[41]. In altri termini, nella procedura su reclamo, non incombe sulla parte un "onere probatorio", ma soltanto un "onere di allegazione", sussistendo unicamente il "dovere di prospettare e di indicare al giudice fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombendo poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti"[42].

Cionondimeno, come segnalato da attenta dottrina, in genere, la fase istruttoria del procedimento si esaurisce nell'acquisizione dei documenti versati dalle parti, anche per ordine del giudice. Tra questi documenti, assumono peculiare rilievo quelli prodotti, su richiesta del magistrato di sorveglianza, dall'autorità amministrativa contro la quale il reclamo è stato proposto[43]. Tale constatazione, del resto, non è priva di pratica rilevanza, dal momento che, in tanto la documentazione prodotta dall'amministrazione assume un rilievo centrale, in quanto l'autorità agente abbia adempiuto, in modo corretto, l'obbligo di documentare ogni suo intervento incidente nella sfera giuridica della persona *in vinculis*. Più nel dettaglio, perché il sindacato di proporzionalità possa efficacemente dispiegarsi, è necessario che l'attività dell'amministrazione (anche quando sia caratterizzata dall'esercizio di un potere vincolato in astratto[44]) "risulti sempre documentata e verificabile". Ciò vuol dire che, anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla legge o dal regolamento di esecuzione, deve ritenersi che sia sempre "necessaria ed imposta una forma di documentazione" – puntuale e rigorosa – di tutti gli interventi capaci di limitare la sfera giuridica e materiale della persona detenuta[45]. In tal modo, il giudice è posto nelle condizioni di conoscere i motivi, le circostanze spaziali e temporali, nonché le modalità con cui l'intervento è stato eseguito, disponendo di elementi che possono essere proficuamente posti a fondamento della sua decisione. La motivazione, del resto, dovrebbe anche agevolare il controllo giudiziale sulla proporzionalità dell'intervento amministrativo, poiché in essa dovrebbe rimanere traccia del "percorso operativo e argomentativo" che ha condotto l'autorità agente all'adozione di una misura conforme al canone in questione. Se così fosse, infatti, il

---

[41] Sul punto, in dottrina, v. M. BORTOLATO, *Commento l'art. 35*-bis, cit., p. 406.

[42] Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. I, sent. n. 1705, 19 maggio 1993. Si consideri peraltro che l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio è "svincolato dalle istanze delle parti (ivi compreso il detenuto autore del reclamo), anche se non è preclusa la facoltà di sollecitazione delle parti stesse" (cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 3, p. 252).

[43] In questo senso, L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio* ex *art. 35*-ter *ord. pen. E la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, p. 142.

[44] Secondo V. FANTI, *op. cit.*, p. 294, "la motivazione gioca un ruolo altrettanto decisivo, anche se meno evidente, nel caso di esercizio del potere vincolato, perché in tal caso la determinazione dell'assetto di interessi, già contenuto nella norma, permette l'utilizzo di un sillogismo semplificato, che si limita ad evidenziare la compresenza di tutti gli elementi previsti, ed a farne discendere gli effetti giuridici, anch'essi già predeterminati dal legislatore".

[45] Cfr. Corte cost., sent. n. 526, 21 novembre 2000, la quale, richiamando i principi generali dell'attività amministrativa (segnatamente, i principi di trasparenza e buon andamento che tale attività governano), ritiene che l'obbligo di motivazione e di relativa documentazione sia desumibile dal sistema normativo.

giudice procederebbe, nella sua verifica articolata su fasi sequenziali, ripercorrendo "le tappe già scandite dall'amministrazione"[46].

In ogni caso, attesa la particolare natura del sindacato di proporzionalità, il giudice non può limitarsi ad una mera "verifica formale" della motivazione del provvedimento o del contenuto del verbale dell'attività materiale posta in essere, ma deve altresì accedere a tutti i fatti di causa e alle valutazioni dell'amministrazione[47]. Autorevole dottrina, in proposito, non manca di sottolineare che "il controllo giurisdizionale della proporzionalità comporta una notevole penetrazione del sindacato giurisdizionale riguardo alla ricostruzione della situazione di fatto, degli accertamenti e delle valutazioni amministrative, del processo logico posto in essere dall'amministrazione"[48]. Non sfugge, invero, che, "per stabilire se l'amministrazione abbia esercitato la giusta misura di potere amministrativo, occorre che il giudice abbia preventivamente compiuto un approfondito" riesame di tutti i momenti ("intellettivi e "volitivi") del processo decisionale amministrativo. Sembra scemare, pertanto, la tradizionale contrapposizione tra controllo di mera legittimità e sindacato giurisdizionale pieno, esteso anche al merito della determinazione amministrativa discrezionale. E ciò, per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, perché l'area della legittimità – in virtù dell'affermarsi di quei principi generali dai quali è dato estrarre precise regole di comportamento – è in continua espansione, con conseguente, inarrestabile, arretramento dell'area del merito (dell'area insindacabile "dell'opportunità amministrativa")[49]. Poi, perché, sotto il profilo delle modalità e delle tecniche del sindacato giurisdizionale, il giudice ordinario, in mancanza di diversa indicazione da parte del legislatore, può prendere in considerazione, ai fini della decisione della controversia, elementi di valutazione non valorizzati dall'autorità agente, e può procedere ad una autonoma attività di istruzione, prescindendo, quando lo ritenga necessario, dalla documentazione prodotta dall'amministrazione.

Ad ogni modo, qualora l'incisivo controllo di proporzionalità conduca all'accertamento della non conformità al diritto dell'attività amministrativa, il giudice deve poi verificare se, al momento della decisione, l'intervento dell'amministrazione stia ancora determinando un grave pregiudizio all'esercizio dei diritti della persona ristretta. Cosicché, ove sia necessario rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'attuale

---

[46] Sull'argomento, cfr. S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice*, cit., p. 174; P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, cit., p. 172, per la quale la motivazione consente "la ricostruzione dei ragionamenti che hanno indotto la pubblica amministrazione ad assumere un provvedimento siffatto, in modo da poter operare un controllo su quei ragionamenti e sulle conclusioni che ne sono derivate".

[47] Sulla necessità di "forare" comunque la motivazione, in quanto questa, "pur redatta in modo logicamente ineccepibile, in maniera tale cioè da rappresentare un'azione corretta e legittima", può coprire in realtà "motivi effettivi che non sono affatto di questo tipo, e quindi non idonei a sostenere" la determinazione amministrativa, v. F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., p. 120.

[48] In questi termini, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 400.

[49] Cfr., *ex plurimis*, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 390, secondo cui "la scomposizione della discrezionalità, quale risulta dalla speciale procedura di verifica della proporzionalità, ha l'effetto di spostare la scelta amministrativa dall'area del merito a quella della legittimità […]".

applicazione di una misura sproporzionata, il giudice ha il potere-dovere di ordinare all'autorità amministrativa di adoperarsi per ripristinare le condizioni di legalità.

In proposito, tuttavia, è opportuno distinguere due diverse situazioni in ragione dei limiti che l'amministrazione incontra nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi. Così, nell'ipotesi di attività vincolata o qualora risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio di discrezionalità amministrativa (sempre che non siano necessari nuovi adempimenti istruttori da parte dell'autorità agente), il magistrato di sorveglianza deve individuare l'intervento conforme al diritto e deve ordinare all'amministrazione di adottarlo in luogo della misura ritenuta illegittima, in quanto inidonea o non necessaria o inadeguata. Il provvedimento giudiziale, inoltre, deve indicare l'organo amministrativo responsabile dell'attuazione dell'ordine (vale a dire l'organo che ha il dovere di "adeguare la realtà di fatto ai contenuti della statuizione" giudiziale[50]), assegnando un termine entro il quale detto ordine deve essere adempiuto mediante l'adozione delle misure prescritte (art. 35-*bis*, comma 3, o.p.).

Nell'ipotesi in cui, invece, vi siano spazi residui di discrezionalità amministrativa, il giudice, una volta accertata la non compatibilità con il criterio di proporzionalità della scelta compiuta dall'amministrazione, deve ordinare a questa di procedere ad una nuova ponderazione degli interessi antagonisti, in modo da raggiungere un nuovo equilibrio che comporti l'impiego di uno strumento meno gravoso e, di conseguenza, più proporzionato. A differenza della situazione in precedenza delineata, dunque, il giudice non potrà spingersi fino al punto di imporre all'autorità amministrativa l'adozione di un ben determinato atto o comportamento[51]. Sicché l'obbligo di conformarsi al *dictum* giudiziale si traduce nel divieto, posto in capo all'amministrazione, di far ricorso ad una nuova misura avente contenuto afflittivo identico o simile a quello che connota la misura giudicata illegittima, perché adottata all'esito di una non accettabile ponderazione degli interessi antagonisti[52]. In realtà, non è neanche da escludere che il giudice – pur non potendo indicare l'atto o il comportamento che dovrebbero essere adottati – "detti precise direttive per il susseguente svolgimento dell'attività amministrativa", indicando la via da seguire in sede ripristinatoria. In tal modo, viene a delinearsi una sorta di "progetto di proporzionalità", che non potrà essere ignorato dall'amministrazione, se non a rischio di incorrere in una declaratoria di nullità[53] (art. 35-*bis*, comma 6, lett. b, o.p.).

Con l'ordinanza con la quale accoglie il reclamo, dunque, il magistrato di sorveglianza ordina all'autorità amministrativa di adottare ogni atto o di porre in essere ogni comportamento che risulti indispensabile al fine di rimuovere il grave pregiudizio

---

[50] Cfr. A. MARCHESELLI, *Il punto su… la tutela dei diritti dei detenuti. Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca dell'effettività*, in *Giur. merito*, 2006, p. 23.

[51] Cfr. V. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, p. 136.

[52] Cfr. G.A. ANSALDI, *op. cit.*, p. 193; V. FANTI, *op. cit.*, p. 120. V., inoltre, con specifico riferimento al settore penitenziario, F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'*ultimatum *della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 2048-2049.

[53] Sull'argomento, cfr. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, op. cit.*, p. 128; F. ASTONE, *op. cit.*, pp. 384-385.

arrecato all'esercizio del diritto del detenuto[54]. La decisione del giudice, pertanto, obbliga l'amministrazione all'adozione di specifiche misure in relazione al contenuto della violazione accertata. Tale condanna ad un *facere*, quindi, non sempre rimane – come ritiene parte della dottrina – una condanna ad "un *facere* generico, che lascia uno spazio piuttosto ampio in capo alla parte soccombente per sviluppare, con piena discrezionalità, un percorso di adeguamento alla pronuncia giudiziale"[55]. Talvolta, infatti, l'ordinanza può imporre un preciso e determinato comportamento, come nel caso in cui l'amministrazione sia condannata a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti da una misura del tutto inidonea a realizzare il fine pubblico perseguito, oppure sia condannata a sostituire un mezzo non necessario con altro, ben individuato, che sia parimenti efficace e meno gravoso; talaltra, invece, l'ordinanza può riconoscere una maggiore o minore ampiezza alla residua discrezionalità che compete all'amministrazione nel porre in essere le condotte necessarie alla rimozione del pregiudizio, come nel caso in cui si imponga all'autorità agente di procedere ad una nuova ponderazione degli interessi contrapposti, al fine di modificare un intervento eccessivamente invasivo della sfera giuridica del destinatario.

La distinzione appena tracciata assume pratica rilevanza anche in sede di giudizio di ottemperanza, poiché, incidendo sull'ampiezza del vincolo derivante dal *dictum* giudiziale non eseguito, determina un diverso modularsi dei poteri di cognizione attribuiti al magistrato di sorveglianza (art. 35-*bis*, commi 6-8, o.p.)[56]. Infatti, nel caso di

---

[54] Qualora il pregiudizio all'esercizio del diritto della persona ristretta sia determinato non da un comportamento materiale, bensì da un atto amministrativo, il magistrato di sorveglianza, con l'ordinanza che accerta la lesione e accoglie il reclamo, non può annullare il provvedimento illegittimo, mancando una espressa previsione di legge che, ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost. attribuisca siffatto potere. Di conseguenza, fuorché quando il magistrato di sorveglianza provveda sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti i provvedimenti amministrativi che irrogano sanzioni disciplinari (art. 69, comma 6, lett. a, o.p.), ipotesi in cui, per espressa disposizione di legge, il giudice, nel caso di accoglimento del reclamo, dispone l'annullamento del provvedimento disciplinare (art. 35-*ter*, comma 3, o.p.), nelle altre situazioni in cui si lamentati la lesione di un diritto del detenuto determinata da un atto amministrativo, il magistrato di sorveglianza può soltanto limitarsi ad ordinare all'amministrazione di rimuovere il pregiudizio accertato. Graverà sull'autorità amministrativa, quindi, l'obbligo di conformarsi alla decisione giudiziale, procedendo anche all'annullamento, in sede di autotutela, del provvedimento ritenuto illegittimo.

[55] In questi termini, F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 241.

[56] L'ottemperanza può essere richiesta dall'interessato o dal suo difensore (purché munito di procura speciale), nel caso di mancata esecuzione del provvedimento giudiziale non più soggetto ad impugnazioni. Il relativo giudizio è affidato al medesimo magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza rimasta non eseguita, ed è questa una delle peculiarità che caratterizzano tale rito rispetto allo schema tipico delle procedure di ottemperanza, delineato nel Codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104 del 2010). Qualora accolga la richiesta, il magistrato di sorveglianza: *a)* ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenendo conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; *b)* dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; *c)* nomina, ove occorra, un commissario ad acta (art. 35-*bis*, comma 6, o.p.). In ogni caso, il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, comprese quelle inerenti agli atti del commissario (art. 35-*bis*, comma 7, o.p.). Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 35-*bis*, comma 7, o.p.). Sulle predette

mancata esecuzione dell'ordinanza che condanna l'amministrazione ad un *facere* generico, risulta molto più complessa l'attività di enucleazione e di precisazione del contenuto degli obblighi derivanti dalla pronuncia di accoglimento del reclamo, ed è molto più ampio il potere del magistrato di sorveglianza di integrare tale decisione, al fine dell'adeguamento della situazione al comando inevaso. Inoltre, è più difficile per il giudice individuare gli eventuali atti da dichiarare nulli, perché elusivi del provvedimento giudiziale definitivo (art. 35-*bis*, comma 6, lett. b, o.p.). L'elusione, infatti, è "fenomeno diverso e più subdolo rispetto all'aperta violazione del *decisum*, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti provenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire, anche indirettamente, l'obiettivo di aggirarli in senso sostanziale, in modo da raggiungere surrettiziamente un esito corrispondente a quello già ritenuto illegittimo"[57]. Infine, per ciò che concerne il momento esecutivo, il giudice, quando ordina l'ottemperanza, nel definire i tempi e le modalità dell'adempimento, non può non tenere conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che tale programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto (art. 35-*bis*, comma 6, lett. a, o.p.). Il piano attuativo, infatti, pur non avendo "alcuna efficacia vincolante per il giudice", diviene strumento imprescindibile per "realizzare un contemperamento tra l'esigenza di tutela del diritto della persona detenuta e l'altrettanto irrinunciabile esigenza di riservare all'apprezzamento dell'autorità amministrativa l'opzione preferibile per risolvere la criticità evidenziata dal reclamo"[58].

Per la verità, la previsione del rimedio dell'ottemperanza, da attivare nel caso di mancata esecuzione del provvedimento giudiziale non più soggetto ad impugnazioni, è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché il controllo giurisdizionale di proporzionalità sull'azione amministrativa sia realmente effettivo. Attenta dottrina, invero, segnala che l'eccessiva distensione diacronica della procedura su reclamo lungo tre gradi di giudizio (due di merito e uno di legittimità) rende il rimedio preventivo inidoneo ad assicurare al detenuto una tutela rapida e, quindi, effettiva dei suoi diritti[59]. Il legislatore, infatti, nel prevedere procedure a contraddittorio necessario e a cognizione esauriente, non ha in alcun modo considerato l'esigenza di dotare il giudice di adeguati strumenti cautelari. In tal modo, però, non si è scongiurato il rischio che, nelle more del

---

modalità di intervento del giudice e sul loro differente livello di invasività, cfr. M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35*-bis, cit., 2015, pp. 413-414; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 144-146; A. LUZIO, *Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell'effettività*, in DEL COCO-MARAFIOTI-PISANI (a cura di), cit., pp. 166-172; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in CAPRIOLI-SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 249-252.

[57] In questi termini, A. CERRETO, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Giustamm.it*, novembre 2012, il quale, peraltro, rileva come, talvolta, sia piuttosto complessa l'indagine da effettuare da parte del giudice "per pervenire alla distinzione tra atto amministrativo elusivo del giudicato e quello che potrebbe essere affetto da autonoma illegittimità, esistendo delle zone grigie di dubbia qualificazione, principalmente allorché l'autorità amministrativa tenuta all'ottemperanza è pur sempre dotata di ampia discrezionalità residua".

[58] Cosi, M. BORTOLATO, *Commento all'art. 35*-bis, cit. p. 413.

[59] Sul punto, v. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2016, pp. 1218-1219.

giudizio, il diritto fatto valere dal detenuto possa subire un concreto e irreparabile pregiudizio, provocato dal permanere di uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per l'emanazione di una pronuncia definitiva. Non sfugge invero che, sebbene l'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza sia immediatamente esecutiva e l'amministrazione soccombente sia tenuta a darvi esecuzione (art. 666, comma 7, c.p.p.), l'ottemperanza può essere richiesta dall'interessato o dal difensore solamente quando il provvedimento giudiziale non sia più impugnabile (art. 35-*bis*, comma 5, o.p.). Di regola, pertanto, l'amministrazione darà esecuzione alla determinazione del giudice una volta definito il procedimento avanti alla Corte di cassazione. Sicché l'astratta tempestività ed immediatezza della tutela giurisdizionale, garantita da una sequenza procedimentale che – secondo le intenzioni del legislatore – avrebbe dovuto svolgersi in modo rapido, sarà costretta a fare i conti con la concreta, patologica ed eccessiva durata delle procedure. Ma anche a rimanere nell'ambito della fisiologica distensione diacronica del procedimento, il tempo necessario a pervenire ad una decisione definitiva sul merito del reclamo non esclude la necessità di una fase cautelare, al fine sia di evitare il protrarsi del grave pregiudizio all'esercizio del diritto del detenuto per tutto il tempo dell'iter processuale, sia di impedire che l'autorità amministrativa, contro la quale il reclamo è proposto, "abusi del diritto di difesa" garantitogli dalle forme di una procedura a cognizione piena e completa[60].

È vero, tuttavia, che le tecniche anticipatorie, volte alla concessione di una tutela cautelare, determinano un conflitto tra opposte esigenze. Da una parte, si pone la fondamentale pretesa di effettività, per il cui soddisfacimento è spesso indispensabile una tutela tempestiva – anche interinale, a cognizione sommaria e ad effetti provvisori – che impedisca il verificarsi degli effetti pregiudizievoli derivanti dal decorso del tempo. Accorta dottrina, infatti, non manca di segnalare che "la rapidità della tutela giurisdizionale è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa", ragion per cui la carente incisività degli strumenti processuali determina "l'accentuazione di disuguaglianze sostanziali fra le parti"[61]. Dall'altro lato, v'è l'importante interesse alla stabilità dell'accertamento di merito, la cui realizzazione mira ad impedire che si accordi una qualche forma di tutela in forza di un esame superficiale della *res iudicanda*[62]. Tale contrasto, però, potrebbe essere risolto, in una prospettiva di riforma, apprestando un meccanismo che consenta al magistrato di sorveglianza – il quale consideri le richieste del detenuto meritevoli di favorevole apprezzamento e di adeguata tutela mediante la rapida definizione del giudizio di merito – di provvedere alla sollecita fissazione dell'udienza *ex* art. 666, comma 3, c.p.p., in modo tale da far coincidere la fase cautelare e quella di merito, così garantendosi una tutela tempestiva, completa e tendenzialmente stabile.

---

[60] Sulle ragioni che giustificano il ricorso alla tutela sommaria (cautelare), che non costituisce, pertanto, un privilegio immotivato, v. A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 568-569.

[61] In questi termini, F. CARPI, Flashes *sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 239.

[62] Sul tema, v. M. LUCIANI, *Garanzie di efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaic.it*, 2014, 4, p. 48.

L'efficacia del congegno appena delineato postula però diversi accorgimenti procedurali. Innanzitutto, è necessario che la data di trattazione del merito sia realmente ravvicinata e che il provvedimento che definisce il giudizio sia pubblicato in tempi rapidi. In secondo luogo, è fondamentale che l'ordinanza del giudice monocratico abbia 'immediata' efficacia esecutiva (art. 666, comma 7, c.p.p.) e che il detenuto abbia la possibilità di attivare, anche per tale provvedimento non definitivo, il rimedio del giudizio di ottemperanza[63]. Ciò consentirebbe, ad esempio, di evitare che la parte pubblica, soccombente in primo grado, proponga reclamo al tribunale di sorveglianza, non tanto al fine di ottenere la riforma della pronuncia del giudice monocratico, ma soltanto con l'obiettivo di procrastinare nel tempo gli effetti che discendono dalla decisione definitiva[64]. Se è vero, infatti, che alcuna norma costituzionale impone al legislatore di non limitare il giudizio di ottemperanza alle sole pronunce definitive, è altrettanto indubbio che tale scelta incide sulla capacità tecnica della procedura giurisdizionale di assicurare ai detenuti una tutela rapida ed effettiva della posizione soggettiva fatte valere in giudizio. Scelta, dunque, che diviene censurabile proprio sotto il profilo della proporzionalità, poiché conduce all'adozione di uno strumento tecnico-operativo inidoneo a realizzare le finalità che giustificano la previsione di meccanismi differenziati di tutela giurisdizionale.

Infine, è essenziale che, qualora non si possa garantire una data ravvicinata per la discussione del merito o, comunque, non sia possibile pervenire ad una rapida definizione del giudizio, il magistrato di sorveglianza abbia la possibilità di garantire una qualche forma di tutela cautelare. Si tratta, in altri termini, di regolare un procedimento a cognizione sommaria, che consenta al giudice di emettere un provvedimento in via incidentale al giudizio di cognizione ed in vista della pronuncia finale, della quale anticipi, a titolo provvisorio, in tutto o in parte gli effetti.

4.1. La tutela risarcitoria e il rimedio compensativo ex art. 35-ter o.p.

La persona ristretta può agire in giudizio anche per far valere il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto a causa di una misura amministrativa sproporzionatamente invasiva della sua sfera personale, che abbia determinato la lesione del suo diritto all'integrità psicofisica, ovvero abbia prodotto una lesione ad altro diritto inviolabile. In quest'ultimo caso, il danno non patrimoniale diviene risarcibile al ricorrere di una triplice condizione. È necessario, infatti, non soltanto che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale o convenzionale, ma altresì che vi sia una condotta dolosa o colposa che abbia violato la norma che tutela, in modo diretto o mediato, l'interesse non patrimoniale e che da tale lesione derivi un pregiudizio apprezzabile in concreto.

---

[63] Cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., p. 260.

[64] V., ad esempio, il 'caso emblematico' dal quale trae spunto l'analisi di G. MELANI, *Tutela della libertà personale degli internati: "attraverso la cruna dell'ago". Riflessioni a margine dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Firenze del 21.10.2015*, in *questa Rivista*, 5 giugno 2016.

Quanto allo strumento di tutela finalizzato ad assicurare il risarcimento del danno subito dalla persona ristretta, la giurisprudenza di legittimità, prima dell'entrata in vigore dell'art. 35-*ter* o.p.[65], aveva delineato un preciso assetto dei rapporti tra plessi giudiziari e rimedi attivabili. Si riteneva, infatti, che la materia risarcitoria e quella indennitaria fossero attribuite unicamente alla giurisdizione civile, stante "la *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale", sancita dall'art. 1 c.p.c., dall'art. 1 c.p.p. e dalle norme dell'ordinamento giudiziario. Eventuali eccezioni a tale generale ripartizione, pertanto, dovevano essere espressamente previste da specifiche previsioni di legge, indicandosi, a conferma di tale assunto, le disposizioni attributive al giudice penale della competenza a pronunciarsi sull'istanza risarcitoria della parte civile (art. 74 c.p.p.), ovvero sulla domanda di indennizzo per l'ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.) o su quella di riparazione dell'errore giudiziario (art. 643 c.p.p.)[66]. Di conseguenza, poiché alcuna disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario prevedeva, in modo espresso, l'attribuzione di competenza al magistrato di sorveglianza della materia risarcitoria, se ne deduceva che il diritto al risarcimento dei danni, derivanti dalla violazione di diritti fondamentali dei detenuti, rientrasse nell'ambito della giurisdizione civile[67].

Tale conclusione, tuttavia, non era del tutto pacifica nella giurisprudenza di merito, che annoverava un isolato arresto di segno contrario, volto ad attribuire al magistrato di sorveglianza il potere di condannare l'Amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dal detenuto per effetto della lesione di un suo diritto fondamentale[68]. In linea con la giurisprudenza di legittimità era, invece, il prevalente orientamento interpretativo, che evidenziava la sussistenza di "una criticità sul piano della compatibilità costituzionale che inficia*va* la ricostruzione volta a riconoscere alla magistratura di sorveglianza – nel silenzio della legge – la giurisdizione risarcitoria in termini differenti (e deteriori) rispetto alle regole generali"[69].

---

[65] L'art. 35-*ter* o.p. è stato introdotto dall'art. 1 del decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, conv. con legge 11 agosto 2014, n. 117.

[66] Cfr. Corte di cassazione, sez. I pen., sent. 15-30 gennaio 2013, n. 4772, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, pp. 968-969. *Conf.* Corte di cassazione, sez. I pen., sent. 27 settembre-18 ottobre 2013, n. 42901, in *www.personaedanno.it*.

[67] Cfr. Corte cass., sent. n. 4772 del 2013, cit., pp. 969-971.

[68] Cfr. Magistrato di sorveglianza di Lecce, ord. 9 giugno 2011, in *Cass. pen*., 2012, pp. 249-259.

[69] Cfr. Magistrato di sorveglianza di Vercelli, ord. 18 aprile 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1212; Magistrato di sorveglianza di Padova, ord. 30 maggio 2013, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 1, pp. 171-173; Magistrato di sorveglianza di Verona, ord. 2 luglio 2013, ivi, pp. 176-178. Per una più approfondita ricostruzione dei termini del contrasto giurisprudenziale, v. F. FIORENTIN, En attendant Godot, *ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, pp. 977-979; ID., *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'*ultimatum *della Corte EDU*, ivi, 2013, pp. 2045-2046; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, ivi, 2013, pp. 1817-1821; G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, ivi, 2012, pp. 1216 ss.; C. FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost*., 2013, pp. 2099-2102; C.L. VOLINO, *La competenza a decidere sulla domanda risarcitoria proposta dal detenuto*, in *Quest. giust*., 2013, 1, pp. 251 ss.

Sulla scia di quest'ultimo orientamento, si è inizialmente mosso il legislatore, nel momento in cui ha inteso rafforzare il sistema di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive di vantaggio delle persone ristrette, modificando l'art. 69, comma 6, o.p. ed introducendo l'art. 35-*bis* o.p.[70]. Le due disposizioni, infatti, circoscrivono la competenza del magistrato di sorveglianza all'accertamento della sussistenza di un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto, e demarcano anche il potere decisorio del giudice, limitandolo all'ordine di ripristino dell'integrità del diritto violato. Sicché – prima dell'approvazione dell'art. 35-*ter* o.p. – poteva dirsi oramai legislativamente sancito che il magistrato di sorveglianza non potesse "compiere accertamenti sulle situazioni pregresse, come tali superate e non bisognose di interventi per eliminarle" (trattandosi di accertamento da rimettere all'eventuale sede civile, ove adita)[71].

Sennonché, tale assetto deve ritenersi in parte mutato in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35-*ter* o.p., qualora si sostenga che tale disposizione attribuisca espressamente al magistrato di sorveglianza la competenza in materia risarcitoria, ancorché limitatamente al pregiudizio esistenziale sofferto dal condannato (e non anche dal detenuto in custodia cautelare) per effetto di condizioni di detenzione che siano tali da violare l'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Infatti, seguendo l'orientamento interpretativo che riconosce natura risarcitoria al rimedio di cui all'art. 35-*ter*[72], si perviene ad un assetto differenziato degli strumenti di tutela giurisdizionale, la legge distinguendo due ipotesi. Da un lato, quella in cui l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento di esecuzione determini una lesione ad un diritto del detenuto oggetto di tutela costituzionale o convenzionale, lesione tuttavia non riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU o non tale da superare la soglia di quel *minimum de gravité* oltre la quale il trattamento penitenziario assume i caratteri della inumanità o della degradazione. Dall'altro, le situazioni in cui tale soglia sia superata, il pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b, o.p. consistendo in condizioni di detenzione contrarie al

---

[70] V. l'art. 3 del d.l. n. 146 del 2013, conv., con mod., nella l. n. 10 del 2014, cit..

[71] Cfr. Corte cass., sent. n. 42901 del 2013, cit.

[72] Nell'ambito dell'orientamento interpretativo che riconosce carattere risarcitorio al rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., si registrano diverse posizioni per quanto riguarda la natura della responsabilità gravante sull'Amministrazione penitenziaria per la violazione dell'art. 3 CEDU. Secondo alcuni, si tratterebbe della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (o, per alcuni, *ex* art. 2051 c.c.). Secondo altri, invece, si tratterebbe di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato". A seconda dell'impostazione prescelta, muta la disciplina del termine di prescrizione dell'azione (quinquennale, nel caso di responsabilità aquiliana; decennale, nel caso di responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione "da contatto sociale"). Sui diversi orientamenti interpretativi relativi alla natura della responsabilità dell'Amministrazione penitenziaria, cfr., da ultimo, L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *op. cit.*, pp. 76 ss., i quali, inoltre, esaminano i due orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla rilevanza da attribuire al requisito dell'attualità del pregiudizio, al fine di pervenire ad un pronuncia di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno derivante da condizioni di detenzione contrarie all'art. 3 CEDU (ivi, pp. 81 ss.). In proposito, deve rilevarsi che dall'orientamento per il quale è necessario il requisito dell'attualità discende un ridimensionamento dell'ambito di operatività del rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., dal momento che l'azione diretta ad ottenere il risarcimento, in caso di pregiudizio non più attuale, deve essere proposta davanti al giudice civile.

divieto posto dall'art. 3 CEDU. Nel primo caso, la competenza in materia risarcitoria rimane in capo al giudice civile. Nel secondo caso, invece, tale competenza è attribuita al magistrato di sorveglianza[73].

Tuttavia, non privo di fondamento appare quell'orientamento interpretativo secondo il quale, al di là del lessico impiegato dal legislatore, deve escludersi che l'art. 35-*ter* o.p. miri "a risarcire in senso tecnico il danno subito in concreto dal detenuto secondo le collaudate categorie civilistiche", puntando, piuttosto, a "corrispondergli un indennizzo forfettario per il solo fatto di essere stato assoggettato ad una detenzione degradante"[74]. In questa prospettiva, pertanto, il detenuto – indipendentemente dalla circostanza di avere ottenuto il ristoro ai sensi dell'art. 35-*ter* – deve poter sempre esercitare una ordinaria azione risarcitoria "davanti al giudice civile per ottenere l'integrale risarcimento dei danni" derivanti da condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU[75]. In tal modo, alcun dubbio di legittimità costituzionale potrebbe investire il rimedio compensativo regolato nell'art. 35-*ter* o.p. (in particolare, per ciò che concerne il *vulnus* ai principi dell'integralità e della personalizzazione del risarcimento del danno alla persona), giacché tale disposizione non determinerebbe alcuna frammentazione della disciplina dei rimedi giurisdizionali di carattere risarcitorio e non introdurrebbe

---

[73] Il magistrato di sorveglianza, ove accerti la sussistenza di condizioni detentive inumane e degradanti, protrattesi per un periodo non inferiore ai quindici giorni, dispone, a titolo di risarcimento del danno patito dal condannato, "una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente a subito il pregiudizio" (art. 35-*ter*, comma 1, o.p.). Tuttavia, quando il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire, per intero, la predetta detrazione, il magistrato di sorveglianza, in relazione al residuo periodo, liquida al richiedente, a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari ad otto euro per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato provvede allo stesso modo, quando le condizioni di detenzione non conformi all'art. 3 CEDU si siano protratte per un lasso di tempo inferiore ai quindici giorni (art. 35-*ter*, comma 2, o.p.), ovvero quando a subire le predette condizioni di detenzione sia stato un condannato alla pena dell'ergastolo (v. Corte cost., sent. 14 giugno 2016, n. 204).
Ancorché la legge non lo preveda in modo espresso, la procedura da attivare, in seguito all'istanza di "risarcimento del danno presentata" dal detenuto (personalmente, ovvero tramite difensore munito di procura speciale), è sempre quella regolata dall'art. 35-*bis* o.p. Il procedimento per reclamo, dunque, è strumento che si configura sia come rimedio preventivo a carattere generale, sia quale rimedio specifico per il ristoro di una ben determinata categoria di danno sofferto dalla persona *in vinculis*.

[74] In questi termini, G. GIOSTRA, *Commento all'art. 35*-ter, in DELLA CASA-GIOSTRA, cit., p. 417.

[75] *Ibid*. *Contra*, tra gli altri, C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-*ter *Ord. Pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con lacune recenti decisioni di merito*, in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, p. 9), per il quale il legislatore ha regolato, nell'art. 35-*ter*, comma 1, o.p., un rimedio di natura risarcitoria, introducendo, al contempo, una nuova forma non pecuniaria volta a riparare il danno. Altra parte della dottrina, tuttavia, sembra conciliare questi due opposti orientamenti. Infatti, pur riconoscendosi che l'art. 35-*ter* o.p. ha introdotto una nuova e speciale forma risarcitoria ed ha configurato un nuovo tipo di danno, si ritiene che, in forza dei principi dell'integralità e della personalizzazione del danno, tale strumento speciale di tutela sia non alternativo, bensì potenzialmente cumulabile con quello ordinario, "al fine di ottenere il riconoscimento di un maggior danno, oltre a quello fissato nei rigidi parametri di cui all'art. 35-*ter* o.p." (v. S. CIUFFOLETTI-R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del danno da detenzione inumana*, in *Questionegiustizia* (Rivista web), 1 luglio 2015).

eccezione alcuna al principio generale per cui il giudice naturale in materia risarcitoria è il giudice civile[76].

5. Conclusioni.

Il principio di proporzionalità consente di guardare al sistema di tutela dei diritti delle persone detenute sotto la precipua prospettiva dell'incisività del sindacato giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria. Sotto questo profilo, infatti, è emerso come il controllo giudiziale sui limiti legali dell'azione dell'autorità pubblica vada oltre la mera verifica della conformità del potere esercitato con le specifiche norme poste dal legislatore. Tale sindacato, infatti, si estende anche alla verifica del rispetto dei limiti che discendono da tutti quei principi giuridici che devono orientare l'attività amministrativa nei casi concreti. Tra questi principi, quello di proporzionalità assurge a principale strumento di moderazione e di controllo del potere

---

[76] Se, per effetto di interventi di coercizione non conformi al diritto, la persona *in vinculis* subisca una lesione della propria integrità psico-fisica o della propria (residua) libertà personale, ovvero una lesione della propria libertà morale, oltre alla tutela risarcitoria e a quella ripristinatoria, può essere invocata l'ordinaria tutela penalistica. Si pensi, ad esempio, alle condotte consistenti in un uso sproporzionato della forza fisica o delle armi o degli strumenti di coercizione fisica; condotte che – eccedendo i limiti stabiliti dalla legge – possono integrare gli elementi costitutivi dei delitti di lesioni personali (artt. 582, 583 e 590 c.p.) o di omicidio (artt. 575, 584 e 589 c.p.). Oppure, si pensi ad una condotta che si risolva nell'impiego di modalità di perquisizione corporale sproporzionatamente invasive della sfera personale del detenuto; condotta che può integrare gli estremi del reato di perquisizione personale arbitraria *ex* art. 609 c.p. E si pensi, infine, all'impiego di misure sproporzionatamente limitative della "residua" libertà personale del detenuto e alla possibilità che si configuri il reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti *ex* art. 608 del codice penale (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 37088, 10 settembre 2013, secondo la quale "il tipo descrittivo che informa l'art. 608 c.p. si riferisce alla lesione del residuo spazio di libertà spettante al detenuto", rimanendovi estranea la previsione di comportamenti inumani e degradanti, "dai quali derivi la menomazione della dignità della persona", sicché, l'eventuale lesione di quest'ultimo bene giuridico può ritenersi compresa nella diversa fattispecie disciplinata dall'art. 323 c.p., "stante l'ampia dizione ("danno ingiusto"), la cui causazione è punita dalla norma nel concorso delle restanti circostanze"; in ordine, invece, alla possibilità che, anche in ambiente carcerario, si possano manifestare le condotte integranti gli elementi costitutivi del reato previsto e punito dall'art. 572 c.p., v. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 30780, 21 maggio-27 luglio 2012, in *Riv. pen*., 2012, pp. 1226-1227; mentre, circa la possibilità che gli agenti di polizia penitenziaria siano soggetti attivi del reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina *ex* art. 571 c.p., cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Trento, sent. n. 444, 6-29 maggio 2013, in *Guida dir*., 2013, 33, p. 78; pur tuttavia, in ordine all'inadeguatezza della normativa penale nazionale a sanzionare le condotte contrarie all'art. 3 CEDU, normativa che non garantisce una tutela efficace del detenuto a fronte delle diverse forme di tortura a carattere psicologico o lesive dell'integrità fisica, ovvero a fronte di trattamenti inumani e degradanti, cfr., tra gli altri, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni* de iure condendo, in *questa Rivista*, 22 luglio 2014, pp. 7-9).
È ovvio, poi, che, in sede di cognizione dei reati commessi dal personale delle istituzioni penitenziarie, il giudice penale procede anche ad un controllo giurisdizionale indiretto sulla legittimità degli atti posti in essere, al fine di stabilire se siano stati travalicati i limiti fattuali della scriminante discendente dall'adempimento del dovere o dall'uso legittimo delle armi (artt. 51, 53 e 55 c.p.). Anche in tal caso, dunque, il parametro di giudizio della proporzionalità deve orientare la decisione del giudice circa la conformità al diritto dell'azione dell'autorità pubblica.

pubblico, poiché chiamato ad evitare l'arbitrio nelle scelte dell'autorità e ad assicurare, nello specifico caso concreto, la miglior tutela delle posizioni soggettive di vantaggio riconosciute al detenuto. In altri termini, il principio di cui trattasi, combinandosi con le diverse disposizioni di legge, circoscrive l'azione dell'Amministrazione penitenziaria e la orienta al perseguimento – nel migliore dei modi – del fine imposto dal legislatore. Ciò vuol dire che l'autorità pubblica rispetta il principio di "legalità sostanziale", quando conforma la propria azione alla specifica disciplina legislativa della fattispecie e ai principi "regolanti l'esercizio del potere amministrativo"[77].

Il giudice, nel raffrontare l'esercizio del potere pubblico con il canone della proporzionalità, deve adottare le medesime categorie che sono state utilizzate dall'autorità agente (o che questa avrebbe dovuto impiegare). Il controllo di proporzionalità sull'attività amministrativa, pertanto, deve procedere lungo l'itinerario tracciato dai parametri di giudizio dell'idoneità, della necessarietà, dell'adeguatezza tecnica e della proporzionalità *stricto sensu*. Questi diversi gradi di scrutinio, infatti, consentono di accertare se la specifica finalità pubblica, imposta dalla legge attributiva del potere, sia stata perseguita dall'amministrazione attraverso l'adozione di un mezzo tecnicamente efficace, che non abbia determinato una eccessiva e ingiustificata compressione dei diritti del detenuto.

In definitiva, la proporzionalità si esprime attraverso criteri tecnici che consentono di procedere ad un incisivo controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo. Sindacato pieno, dunque, che non incontra limiti particolari né sotto il profilo dei poteri istruttori, né sotto quello dei poteri di cognizione conferiti al giudice. Il costante arretramento della categoria del "merito", infatti, comporta l'inarrestabile ridimensionamento dell'area delle scelte amministrative che, in quanto guidate dal criterio della mera "opportunità", sono insindacabili. Tale restringimento dei confini delle questioni di 'merito' è dovuto al continuo espandersi del concetto di legalità e, in particolare, proprio al persistente affermarsi di quei principi generali (tra i quali, per l'appunto, quello di proporzionalità) che si risolvono in precise regole di comportamento pur sempre riconducibili nell'alveo della legge, "in quanto estrinsecazione o proiezione di precetti fondamentali in essa contenuti"[78].

---

[77] Cfr. S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 288, 296; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 201; F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003, pp. 78-83; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 246.

[78] In questi termini, S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, p. 203.