

— Il vaglio esteso al merito sulle sanzioni disciplinari carcerarie

The extended scrutiny to the merit of prison disciplinary sanctions

di Lorenzo Cattelan

Abstract. *Il reclamo avverso il provvedimento applicativo di una sanzione disciplinare carceraria costituisce una delle massime espressioni della tutela predisposta a favore del detenuto o dell'internato. Il presente contributo si propone di analizzare gli aspetti maggiormente critici dell'attuale disciplina che afferiscono alla recente introduzione, in questo specifico ambito, della controversa categoria del merito. In particolare, si porrà attenzione alle modalità decisorie che il Magistrato di Sorveglianza può esprimere in sede di sindacato esteso al merito, nonché alla scelta del legislatore di limitare tale controllo solo alle due più gravi sanzioni previste dall'art. 39 o.p.*

Abstract. *The complaint against the measure applying a prison disciplinary sanction is one of the highest expressions of the protection provided for the detainee or internee. This contribution aims to analyze the most critical aspects of current legislation relating to the recent introduction, in this specific area, of the controversial category of merit. In particular, attention will be paid to the decision-making methods that the judge can use in the context of the review extended to the merit, and to the choice of the legislator to limit such control just to the two more serious sanctions previewed from art. 39 o.p.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sindacabilità del Magistrato di Sorveglianza tra merito e legittimità. – 2.1. Le attività di accertamento intellettuale. – 2.2. Le attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione. – 2.3. Emergenti prospettive amministrativistiche. – 3. Profili di incostituzionalità dell'art. 69, co. 6, lett. a) o.p. – 4. In conclusione.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Syndicatability of the Supervisory Magistrate between merit and legitimacy. – 2.1. Activities of intellectual scrutiny. – 2.2. The choice of type and entity of the sanction. – 2.3. Emerging administrative perspectives. – 3. Unconstitutionality profiles of art. 69, co. 6, lett. a) o.p. – 4. In conclusion.

1. Premessa.

Avverso il provvedimento che applica la sanzione disciplinare, il detenuto o l'internato può proporre reclamo al Magistrato di Sorveglianza (art. 69, co. 6, lett. a), o.p.). Con questo strumento, si offre al ristretto la possibilità di reagire ad una decisione dell'Amministrazione suscettibile di «modificare, anche pesantemente, la sua vita in istituto» e si implementa sotto il profilo della tutela giurisdizionale uno tra i «passaggi operativi più delicati» dell'esecuzione della pena detentiva¹.

L'istituto del reclamo, che rappresenta la principale garanzia in materia disciplinare, è un rimedio oggettivamente giurisdizionale ed è stato ampiamente modificato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in legge il 21 febbraio 2014 (l. 10/2014). Attualmente, dunque, si dispone che il Magistrato di Sorveglianza «provvede a norma dell'art. 35-*bis* sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta; nei casi di cui all'art. 39 comma 1, n. 4 e 5 è valutato il merito dei provvedimenti adottati»².

Le novità più significative rispetto alla formulazione previgente riguardano sia il piano procedimentale che quello sostanziale. Sotto il primo profilo, si è inteso rafforzare le garanzie del detenuto attraverso il riferimento all'art. 35-*bis* o.p. (rispetto al vecchio richiamo all'art. 14-*ter* o.p. introdotto dalla legge Gozzini del 1986), superando anche le difficoltà in punto di celerità d'intervento proprie del precedente strumento³. Infatti, per quanto il riferimento all'art. 14-*ter* o.p. fosse sintomatico della volontà di giurisdizionalizzare il procedimento (rispetto alla procedura *de plano*), in realtà si era in presenza di una «giurisdizionalizzazione imperfetta», non equiparabile all'archetipo procedimentale messo a disposizione dalla Magistratura di Sorveglianza, la quale, nelle materie indicate dal legislatore, si avvaleva dell'*iter* ricavato dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p.⁴

Sotto il secondo profilo, la riforma ha esteso il reclamo al merito dei provvedimenti che irrogano l'isolamento durante la permanenza all'aperto e l'esclusione dalle attività in comune, ossia le due sanzioni disciplinari più afflittive, che limitano in modo incisivo i diritti del detenuto.

Prima della novella, difatti, il silenzio serbato dal legislatore sul punto aveva indotto la giurisprudenza di legittimità ad escludere che il reclamo disciplinare si estendesse anche al merito del provvedimento impositivo della sanzione⁵.

¹ Cfr. G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975, n.354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, Giuffrè, 1997, p. 113.

² Così si esprime l'art. 69, co. 6, lett. a) o.p. Da ciò si evince che il nuovo reclamo giurisdizionale è connotato da profili di specialità rispetto alla materia disciplinare (M. G. Coppetta, *sub art. 38*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, p. 435). L'altra ipotesi reclamabile ai sensi del sesto comma riguarda: «b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Anche la Raccomandazione R(2006)2 (cd. Regole penitenziarie europee) all'art. 61, afferma che «ogni detenuto riconosciuto colpevole di una infrazione disciplinare deve poter presentare un ricorso in seconda istanza ad un organo competente e indipendente».

³ Cfr. L. Cesaris, *La carenza di motivazione nei provvedimenti del tribunale di sorveglianza: la posizione della Corte di Cassazione*, in *Rass. penit. crimin.* 02, f.1-2, p. 238.

⁴ Cfr. F. Della Casa, *sub art. 69*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 815-816. Il procedimento descritto dall'art. 14-*ter* o.p. non solo si svolgeva in assenza del detenuto e dell'Amministrazione penitenziaria, bensì sfociava anche in un provvedimento privo di forza cogente nei confronti dell'Amministrazione, che rimaneva di fatto libera di adeguarsi o meno alle prescrizioni stabilite dal Magistrato di Sorveglianza.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2004, n. 46051; Cass. pen., sez. I, 17 ottobre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 155; Cass. pen., I sez., 3 maggio 1996, n. 2962: l'opportunità di irrogare una sanzione disciplinare nonché, in generale, la condotta tenuta dal detenuto sono

Lo sconfinamento dello scrutinio giudiziale nel “merito” era, dunque, sempre censurabile nell’ipotesi in cui il giudice invadesse arbitrariamente la sfera dell’attività riservata all’Amministrazione, esercitando poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge. Tuttavia, «la linea di confine tra le due di topologie di controllo giurisdizionale si muove lungo l’incerta contrapposizione “legittimità-merito”, giacché il concetto di ‘merito’ definisce i limiti della nozione di “legittimità”»⁶.

È da sottolineare che ben diversa è la questione se il Magistrato di Sorveglianza, fuori dalle ipotesi di controllo diretto della decisione disciplinare, possa entrare nel merito punitivo solo in via incidentale, laddove il provvedimento disciplinare venga in rilievo in un procedimento finalizzato alla concessione di uno dei cd. “benefici penitenziari”⁷.

Premesso questo inquadramento di carattere generale, l’irrompere della nozione del “merito” all’interno del contesto penitenziario si rivela particolarmente stimolante per l’interprete, atteso che essa rappresenta una delle categorie più controverse del diritto amministrativo. Il tema, d’altro canto, si lega all’opera di riconduzione della materia in esame al vasto campo dell’esecuzione penale, in correlazione alla esigenza dell’applicazione della materia giuridica anche nelle situazioni di restrizione di libertà personale⁸. Per queste ragioni, si deve ritenere che i concetti amministrativi riguardanti il **merito**, i **vizi di merito** e il **sindacato giurisdizionale esteso al merito**, dopo avere attraversato, con alterne fortune, oltre un secolo di studi giuridici e di interventi legislativi e giurisprudenziali, siano entrati a pieno titolo all’interno della legge penitenziaria⁹.

Il presente contributo, stante le delineate premesse, si propone di verificare l’effettiva bontà dell’intervento del legislatore del 2014, con una riflessione sulla possibile l’incostituzionalità della scelta compromissoria che consente al Magistrato di Sorveglianza di sindacare il merito di alcune soltanto delle sanzioni disciplinari descritte dall’art. 39 o.p.

2. La sindacabilità del Magistrato di Sorveglianza tra merito e legittimità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, preme ora definire lo “stato dell’arte” delle nozioni di **merito** e di **legittimità** che la giurisprudenza e la dottrina adottano con riferimento al provvedimento punitivo irrogato a conclusione del procedimento disciplinare in carcere.

In particolare, viene ritenuta **pacifica l’attribuzione all’area della legittimità delle attività concernenti il momento intellettuale del provvedimento**; al contrario, **le attività di**

materie «affidate alla discrezionale valutazione degli organi preposti alla direzione degli Istituti penitenziari e dunque sottratte al giudizio del magistrato di sorveglianza». Più di recente, il principio di diritto affermato dal Supremo Consesso prevede che «i provvedimenti disciplinari sono sottoposti a controllo giurisdizionale limitatamente alla legalità dei modi di esercizio del potere da parte delle autorità titolari dell’azione disciplinare all’interno degli istituti di pena, con esclusione del sindacato di merito» (Cass. pen., sez. I, 21 novembre 2012, n. 45604; Cass. pen., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51093).

⁶ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al ‘merito’ dei provvedimenti: un tentativo (non riuscito) di “full jurisdiction”*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 6, 2017, p. 106. L’Autore, tra l’altro, mette in evidenza che la nozione di merito è non solo incerta, ma bensì composita e priva di omogeneità. Si veda, sul punto, anche: P.G. Ponticelli, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990, p. 1.

⁷ Si veda, sul punto, M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi “preventivi”*: il nuovo reclamo giurisdizionale, in *Arch. pen.*, 2, 2014, p. 575.

⁸ Laconica, in questo senso, seppur riferita alla materia laburistica: Cass. pen., I sez., 27 ottobre 2006, n. 341, in *Giur. cost.* 06, 5, 3377, con nota di F. Fiorentin. *Ivi* si sostiene che la possibilità che il legislatore ponga limiti alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti, in rapporto alla condizione restrittiva della libertà personale, si pone in palese contrasto con gli artt. 24, co. 2, 111, co. 2, 3, co. 1, Cost.

⁹ Per una lettura conforme si veda, ancora una volta, G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 106.

scelta del tipo di sanzione e della relativa entità vengono fatte risalire al concetto di merito, essendo espressione della piena discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria¹⁰. In proposito, del resto, è opportuno precisare che, nell'ambito disciplinare carcerario, una volta accertata la sussistenza degli elementi della fattispecie tipica – fuori dei casi di non punibilità espressamente tipizzati (art. 20, comma 7, d.P.R. 230 del 2000) – all'organo amministrativo competente non è conferito alcun potere discrezionale neppure con riferimento all'*an* della sanzione¹¹. Ciò implica che, in presenza di una condotta riconducibile ad una fattispecie astratta di infrazione, l'organo disciplinare ha il dovere di irrogare la sanzione disciplinare, non disponendo, in tale momento del processo decisionale, di alcun potere di scelta. Tale dovere, peraltro, trova conforto nel dettato dell'art. 77, comma 1, reg. esec., secondo cui le sanzioni disciplinari "sono inflitte" (e non "possono essere inflitte") ai detenuti e agli internati che si siano resi responsabili di una delle violazioni comportamentali descritte nella medesima disposizione.

Diversamente dalla giurisprudenza, la **dottrina ritiene che l'area del merito cd. sostanziale si stia progressivamente erodendo a favore di quella della legittimità**, e ciò in virtù dell'emergere di principi generali – propriamente quelli di completezza, ragionevolezza, logicità e proporzionalità – che devono necessariamente guidare l'Autorità competente nella ponderazione degli interessi confliggenti e nella valorizzazione di quello considerato preminente.

2.1. Le attività di accertamento intellettuale.

All'origine del procedimento che conduce all'irrogazione della sanzione disciplinare vi è la ricostruzione della presunta condotta illecita (che viene descritta nel verbale di contestazione *ex artt.* 38, co. 2, o.p. e 81, co. 2, reg. esec.). Relativamente a questa operazione di sussunzione, il Magistrato di Sorveglianza è chiamato ad indagare se le asserzioni su cui si basa la contestazione dell'addebito siano veritiere¹². Nel verbale di contestazione, più precisamente, vengono espresse delle proposizioni – da sottoporre a verifica –, che concernono la sussistenza di: una condotta attiva ascrivibile all'accusato, un nesso causale tra la condotta e l'evento specifico, e un riscontrato coefficiente soggettivo di imputazione del fatto al suo autore. Gli enunciati negativi,

¹⁰ Quest'ultima considerazione, peraltro, si pone in aderenza con quella impostazione della dottrina amministrativistica per cui la nozione di **merito** è da intendersi come sinonimo di **opportunità amministrativa**, una sorta di "zona franca" – non valutabile, dunque, dal giudice di legittimità – in cui l'Autorità competente si determina indipendentemente da una norma che ne regola l'azione (si veda, fra tutti: A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, I, 1999, p. 385). Per onere di completezza, tuttavia, si deve aggiungere che limitare il merito ad un'espressione del principio di **opportunità amministrativa** è approssimativo. Occorre infatti aggiungere che esso rappresenta la parte del momento discrezionale dell'*iter* decisionale non regolata dal diritto, in cui l'Autorità competente esercita il potere di valutare e soppesare gli interessi confliggenti, «in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'Autorità ritiene abbia» nel caso concreto. Dunque, «l'insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall'assenza della legge, ma anche, in positivo, da una [...] ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimità». Si esprimono in questi termini: B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013, p. 39; A. Orsi Batteglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, 2005, pp. 156-157.

¹¹ Cfr. G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari* cit., p. 112.

¹² F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, 2004, pp. 82 ss., ricorda che «Gottlob Frege distingueva enunciato e proposizione e sosteneva che il pensiero oggettivo, condivisibile, che è l'effettivo portatore di verità, si identifica con la proposizione. Per "enunciato" Frege intendeva l'espressione linguistica del pensiero, che può cambiare, a seconda delle lingue e dei modi di espressione, ma il pensiero che veicola resta invariato, ed è questo pensiero, la proposizione, che si dice propriamente vero o falso». Entrando nel dettaglio, si può affermare – utilizzando le parole di E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999, p. 16 – che «un enunciato può essere definito come un'espressione linguistica compiuta secondo le regole sintattiche di una lingua, ovvero come un insieme di parole provvisto di significato compiuto». Gli enunciati possono essere di genere diverso, «in quanto possono essere utilizzati per compiere atti linguistici differenti [...]». Sicché, se un enunciato è usato per fare un'asserzione, può essere detto enunciato assertivo: «un enunciato assertivo è quindi un enunciato che è usato o che si presta per esprimere l'idea che le cose stiano in un determinato modo» (*ivi*, p. 18). Strettamente legato al concetto di enunciato assertivo è il concetto di proposizione, «poiché un enunciato assertivo esprime una proposizione». Invero, una proposizione costituisce «il significato di un insieme di parole con il quale è possibile esprimere una tesi teorica (un giudizio teorico), ovvero una credenza relativa alla realtà». Di una proposizione, pertanto, «si può dire che è vera o falsa» (*ivi*, p. 19). L'intera nota è ripresa da: G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 116, nt. 37.

d'altro canto, si preoccupano di confermare la mancata presenza di situazioni idonee a giustificare il fatto ovvero a determinare la non punibilità dell'incolpato. In questo contesto, dunque, le affermazioni presentate a giustificazione dell'intervento disciplinare sono legittime se, sulla base del materiale probatorio raccolto, vi è ragione di ritenere che esse siano conformi al vero e non sia, in proposito, possibile sollevare alcun dubbio ragionevole¹³.

Queste asserzioni permettono, dunque, di affermare che tale momento del procedimento disciplinare non sia connotato da profili di *merito*, non essendovi possibilità per una pluralità di soluzioni, tutte plausibili dal punto di vista razionale (cd. *principio di non contraddizione*). In altri termini, la mancata certezza ricostruttiva circa lo specifico episodio, produce un'unica soluzione esatta: l'archiviazione del procedimento disciplinare. Dal punto di vista razionale, infatti, non è concepibile che una proposizione vera lasci margini per sostenere che, in realtà, sia falsa, di modo da riservare all'Autorità competente la possibilità di scegliere la soluzione ritenuta maggiormente confacente al caso di specie. Dunque, «se sussistono ragioni per ritenere che una asserzione sia falsa, oppure se vi sono ragioni capaci di insinuare il ragionevole dubbio sulla veridicità di una asserzione, allora questa non può mai costituire il presupposto di un provvedimento punitivo»¹⁴.

In sede di ricostruzione del fatto, perciò, **l'incertezza e l'opinabilità delle soluzioni sono equiparabili alla mancata acquisizione di elementi di prova**, coerentemente col principio per cui l'irrogazione di punizioni a carattere afflittivo, la cui esecuzione incide sui diritti fondamentali della persona, è possibile solo laddove vi sia certezza della responsabilità dell'incolpato. Rafforza tale presa di posizione il principio di presunzione di innocenza, sancito esplicitamente – oltreché dall'art. 27, co. 2, Cost. – dal Codice europeo di etica per il personale penitenziario (§ 27), secondo cui «i detenuti accusati di un'infrazione disciplinare dovranno essere (considerati) presunti innocenti nell'attesa della prova della loro colpevolezza»¹⁵. Conseguenza di ciò, è l'onere dell'Autorità amministrativa di raccogliere gli elementi utili per dimostrare che i fatti riportati nel verbale di contestazione si siano verificati proprio nel modo descritto.

Sebbene ciò possa apparire persino scontato, la precisazione è da considerarsi opportuna in quanto, in altri settori del diritto (punitivo) amministrativo, si registra un orientamento giurisprudenziale tale per cui sussiste una «presunzione *ius tantum* di colpa a carico di chi pone in essere un comportamento vietato ovvero omette di evitare che esso accada, pur essendovi tenuto per legge, incombando poi a questo l'onere di provare di aver agito senza colpa»¹⁶. Con

¹³ Emblematico, a tal riguardo, il pensiero di E. Diciotti, *Interpretazione della legge*, cit., p. 21: «una tesi teorica viene avanzata da un parlante con un'asserzione, ed è dunque espressa tramite un enunciato assertivo; chi avanza un tesi teorica manifesta il proprio assenso all'idea che le cose stiano in un determinato modo (all'idea che p), ovverosia esprime il giudizio che le cose stiano in quel modo (il giudizio che p), cioè il giudizio che una proposizione sia vera (che p sia vero). Giustificare una tesi teorica significa dimostrare, o tentare di dimostrare, che le cose stanno in un determinato modo, cioè che una proposizione è vera».

¹⁴ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 118. In termini argomentativi, oltre alla logica di “non contraddizione” è da tener presente anche quella del “terzo escluso”, per cui una proposizione non può essere né vera né falsa, ma deve essere per forza una delle due cose. Queste regole logiche, tra l'altro, «restano perfettamente plausibili» anche nell'ambito della logica probabilistica, la quale «non modifica radicalmente la logica classica, ma ne costituisce un'estensione» (F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità*, cit., p. 176).

¹⁵ Il riferimento corre a: Consiglio d'Europa, Raccomandazione R (2012)5, *Codice europeo di Etica per il personale penitenziario*, 12 aprile 2012, in <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/123.pdf>. In merito alla operatività della presunzione di innocenza anche in campo disciplinare, si vedano: G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 69, e la dottrina ivi citata. Per un quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla presunzione in questione, invece: F. Cassiba, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in G. Uberris, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, pp. 160 ss.

¹⁶ In questi termini: Corte di Cassazione, Sez. trib., sent. 26 marzo 2014, n. 7062, in <http://www.dejure.it>. In particolare, la controversia origina dall'impugnazione di diversi avvisi di liquidazione per imposta suppletiva di registro relativi a contratti di mutuo a tasso zero concessi dal Fondo di Rotazione per l'edilizia abitativa agevolata, istituito presso la Provincia di Bolzano, rispetto ai quali l'Ufficio considerava inapplicabile l'agevolazione prevista dal d.P.R. 601 del 1973 (art. 32, co. 2). La Commissione adita accoglieva i ricorsi e la decisione veniva confermata in grado d'appello. Con la sentenza in esame, viene dichiarato estinto il giudizio per condono nei confronti delle parti intimiate. La Suprema Corte decide, quindi, di cassare la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il

riguardo alla materia disciplinare di interesse, tuttavia, non vi è dubbio che la «rappresentazione dei fatti posti a fondamento della decisione» sia attratta nell'orbita della legittimità, proprio perché attiene alla verifica della sussistenza della condizione in presenza della quale origina il potere punitivo. In questo senso, il controllo del Magistrato su questa parte dell'azione amministrativa è rivolto alla verifica della correttezza del rapporto che intercorre tra la rappresentazione della realtà offerta dall'organo disciplinare e ciò che è ragionevole ritenere sia accaduto.

A tal proposito, l'estensione del controllo del giudice anche al merito comporta che egli sia «libero di valutare negativamente l'azione del controllato anche sulla considerazione di fattori non emergenti nel procedimento» (per un approfondimento del sindacato esteso al merito si rinvia al § 2.2)¹⁷.

Passando ad esaminare il successivo momento di qualificazione giuridica del fatto, anch'esso attratto nell'orbita della legittimità, emerge come esso appaia regolato da norme che, almeno dal punto di vista teorico, hanno la pretesa di essere tassative, determinate e precise (art. 77, co. 1, d.P.R. n. 230 del 2000)¹⁸. Anche in questo caso, nell'ipotesi in cui emergano dubbi in relazione a profili estrinseci o intrinseci rispetto al fatto in sé considerato, le uniche soluzioni plausibili sono l'archiviazione del procedimento ovvero l'esito più favorevole per l'accusato. Peraltro, le disposizioni normative che attribuiscono e definiscono il potere punitivo di natura disciplinare in carcere utilizzano concetti di tipo empirico «immediatamente esplicativi»; «concetti, cioè, che si riferiscono «direttamente» al modo di essere di una sanzione di fatto»¹⁹.

Anche volendo sposare la tesi per cui l'operazione di qualificazione giuridica del fatto sia idonea a produrre conclusioni diverse tra loro, infatti, si deve comunque affermare che **l'organo disciplinare deve sempre adottare la soluzione che determini le conseguenze più favorevoli per l'interessato** (soltanto uno, dunque, è il risultato corretto dell'attività di sussunzione).

Una considerazione specifica, in questo discorrere, meritano quelle disposizioni normative che adottano i cd. **concetti giuridici indeterminati**, i quali «per essere concretizzati e applicati necessitano il ricorso alle scienze non esatte del cui lessico fanno parte»²⁰. A ben vedere, quindi, «la norma tecnica cui la norma giuridica fa rinvio diviene parte integrante di quest'ultima» – determinandone, in modo tendenzialmente obiettivo, la portata –, sicché «la violazione della norma tecnica implica violazione della norma giuridica»²¹.

ricorso originario presentato dalla Provincia Autonoma di Bolzano e dei privati per i quali il giudizio non è stato dichiarato estinto per condono.

¹⁷ A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, in *Dir. amm.*, 3, 2008, p. 550.

¹⁸ In realtà, è da riscontrare che l'ampiezza e la genericità dei contorni delle infrazioni disegnati dall'art. 77, co. 1, reg. esec. rende astrattamente possibile la riconduzione ad ogni fattispecie di innumerevoli condotte, consentendo, in questo modo, una facile elusione del divieto di analogia. Sul punto, si è notato che la menzionata carenza di tassatività deriva generalmente dal fatto che determinate sanzioni disciplinari tendono a colpire non solo quelle condotte che infrangono norme rigidamente definite, ma anche la non esatta corrispondenza di tale condotta alla norma. Si tratta, in altri termini, di ciò che M. Foucault chiama «*le domaine indéfini du non-conforme*» (E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Il Mulino, 1977, p. 96).

¹⁹ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 120.

²⁰ Discute dell'argomento G. De Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 522 e 526.

²¹ F. Ledda, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di "crisi"*, in G. Marongiu (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, 1992, p. 372; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 121. Una specificazione dei concetti giuridici indeterminati si ha con riferimento a quelle disposizioni che impiegano concetti il cui significato è accertabile solo attraverso il rinvio a criteri di valore, ossia contenenti elementi ineliminabili di soggettività. In questo caso, una simile discrezionalità tecnica «tende a confondersi con la discrezionalità amministrativa, poiché la formulazione di giudizi di valore avviene sulla base di criteri simili a quelli che sorreggono la scelta di opportunità». Sarebbe, infatti, «un ambito di valutazione riservata, non segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e l'adeguatezza, ma qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta» (p.121).

Nel contesto disciplinare di cui si discute, espressioni di questo tipo sono rinvenibili nell'art. 77 reg. exec., ossia quella disposizione che contiene l'elenco delle varie ipotesi di infrazione. Mentre ai nn. 18-19 vengono menzionati i concetti di "sommosse" e "disordini", ai nn. 10 e 17 si fa riferimento ad espressioni il cui significato è definibile attraverso il richiamo a criteri di valore (ci si riferisce agli "atti osceni o contrari alla pubblica decenza" e al "ritardo ingiustificato"). Tuttavia, anche in questi casi, l'attività dell'organo disciplinare deve essere guidata da parametri oggettivamente validi (e non da valutazioni meramente soggettive), in grado di permettere il successivo controllo *ex post* del Magistrato²². Specie in ambito disciplinare, infatti, le norme regolamentari pretendono sempre la conoscenza oggettiva del fatto storico: l'Autorità amministrativa «deve limitarsi a riscontrare il ricorrere nel caso concreto dell'elemento (indeterminato o valutativo) indicato nella fattispecie astratta»²³.

Infine, strettamente connessa alla fase di qualificazione giuridica del fatto è quella di interpretazione della norma giuridica. L'interprete, infatti, «compie un'unica operazione che, partendo dal caso problematico risale all'enunciato normativo, ne ridefinisce i contorni semantici e riscende verso il fatto»²⁴. **L'operazione ermeneutica dell'organo disciplinare non solo è ammessa ma addirittura ritenuta inevitabile**, rilevato che non esiste enunciato normativo che non richieda, per la sua comprensione, di essere interpretato.

Nella dottrina amministrativistica, si afferma che «la struttura costituzionale dell'amministrazione pubblica sembra decisiva per raggiungere la conclusione che l'integrazione della clausola generale o, in generale, del precetto indeterminato, debba (e non solo possa) essere condotta ricercando il significato del precetto nell'ordine giuridico della società»²⁵. Questo implica, peraltro, che se non è discusso il fatto che «il concorrere di regole e principi fissati dall'ordine legale e dall'ordine giuridico della società non esclude l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede», è altrettanto ammesso che «una simile raffigurazione riduce molto il perimetro di quest'area fino a farlo somigliare a quello proprio della giurisdizione e, per conseguenza, a renderlo interamente sindacabile»²⁶.

Questa impostazione si discosta dal pensiero della dottrina classica, la quale ancora l'area di operatività dell'attività amministrativa all'interno del solco tracciato dai principi costituzionali, valorizzando così l'esigenza che richiede di integrare i concetti valutativi coi principi fondamentali espressi dalla Carta fondamentale²⁷.

²² Letteratura emblematica in questo senso è quella di: K. Enghish, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970.

²³ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 122.

²⁴ Rivela L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 10, che il testo fornisce un significato «soltanto se è fatto reagire con un caso concreto».

²⁵ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 313. Secondo l'Autore l'"ordine" della società è «costituito – in quanto giuridico – dalla porzione di sovranità (che è la prima e più possente capacità giuridica) che si trattiene nell'area dell'esercizio dei diritti inviolabili e nell'adempimento dei doveri inderogabili». Sicché, l'ordine giuridico della società «non si attiva solo per l'esercizio del potere costituente, ma agisce costantemente giacché quell'esercizio ha riservata a sé una porzione di sovranità che si trattiene nella società e non si articola nei poteri dello Stato». La sovranità popolare, pertanto, «rende ragione dell'esistenza di un ordine, propriamente giuridico, extralegale [...], nel quale si formano regole storicamente e concretamente conoscibili e verificabili, praticate e applicate nei rapporti giuridici tra le persone e tra esse e l'autorità». La formazione di siffatte regole dell'ordine giuridico della società «è data dalla ripetizione costante dei comportamenti e dal diffuso consenso in ordine al contenuto di un enunciato che appare indeterminato nella formulazione legale». Ed è proprio «la ripetizione del comportamento e la diffusa convinzione circa il contenuto dell'enunciato» che consentono «di individuare con adeguata sicurezza la regola dell'ordine sociale» (ivi, pp. 364-365 e 371-372). La nota presente è ripresa da: G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 124.

²⁶ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 373.

²⁷ In tal senso, M. Maresca, *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998, pp. 116-117; S. Rodotà, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, ivi, pp. 49-50; M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, 2000, p. I; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017, pp. 61 ss.

In definitiva, quale che sia l'approccio utilizzato, rilevato che l'interprete deve impiegare un sistema di criteri ed elementi che «essendo scientificamente definibili, danno una garanzia dell'oggettività» dell'operato, «non esiste interpretazione più o meno adatta, ma una sola interpretazione esatta»²⁸.

Nell'ambito del procedimento disciplinare in carcere, la funzione di prevenzione generale pretende due considerazioni: che si pervenga all'unica interpretazione valida del dato normativo e che la soluzione offerta sia anche univoca (tale da definire, cioè, nel modo più dettagliato la situazione descritta dalla norma e da limitare, con medesima accuratezza, l'ambito applicativo dell'infrazione). Il **Magistrato, dunque, è chiamato a verificare che la disposizione sia stata oggetto dell'unica interpretazione corretta (*rectius*, valida) e che sia stata applicata ad un caso da essa previsto**²⁹.

2.2. *Le attività di scelta del tipo e dell'entità della sanzione.*

Quanto finora esposto è servito per chiarire che l'appartenenza delle attività cd. *intellettive* – di accertamento, qualificazione e interpretazione – nell'alveo della legittimità. Quando si tratta, invece, di stabilire la scelta e l'entità della sanzione disciplinare la valutazione passa nell'area del *merito*. Il momento conclusivo dell'*iter* procedimentale, infatti, è connotato da ampi margini di discrezionalità, essendo l'Amministrazione chiamata ad un'attività di ponderazione e valutazione di interessi contrapposti³⁰. Un'impostazione dottrinale convincente, asserisce che «**nella discrezionalità sulla commisurazione della sanzione assistiamo esattamente ad un potere propriamente di scelta, da esercitare non solo in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico**, tra cui [...] quello special-preventivo»³¹.

Date queste premesse, l'estensione del sindacato del Magistrato di Sorveglianza anche al merito del provvedimento punitivo (ad oggi limitato alle due sanzioni disciplinari più afflittive conosciute dall'art. 39 o.p.) si sostanzia in una nuova ed autonoma valutazione d'opportunità che può condurre all'assunzione di una decisione diversa rispetto a quella espressa dall'Amministrazione penitenziaria³².

²⁸ M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., p. I. Nell'operazione ermeneutica, quindi, è fondamentale l'attività intellettuale e non quella volitiva. L'assunto per cui la soluzione valida sia unica non trova, tuttavia, consenso unanime. Taluni Autori, infatti, sostengono che non esista, nella pratica, la possibilità di procedere attraverso una scansione meramente cognitiva – rigorosamente controllabile secondo parametri oggettivi e scientificamente riconosciuti – proprio perché il ricorso a canoni interpretativi conduce a conclusioni interpretative diverse (cfr. M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, p. 23).

²⁹ Così, G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 127. Le conclusioni a cui si è giunti valgono, naturalmente, anche per le circostanze aggravanti dell'infrazione (art. 77, co. 3, reg. esec.) e per le norme dedicate alla sospensione e al condono della sanzione (art. 80, co. 1 e 2, reg. esec.). «L'accertamento dell'esistenza di questi fatti, la qualificazione giuridica di essi e l'interpretazione degli enunciati normativi che li contemplano sono momenti dell'iter decisionale amministrativo che, per le medesime ragioni appena indicate, sono sempre e interamente attratti nell'orbita della legittimità» (nt. 72).

³⁰ Si riscontra, tuttavia, una dottrina minoritaria che ritiene che l'organo disciplinare, nel computo dell'importo sanzionatorio (nei limiti edittalmente previsti), mantenga margini valutativi «che però non presentano connotati discrezionali nel senso tradizionale del termine» (F. D'angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, 2013, pp. 180 ss.). Sul punto, la giurisprudenza di legittimità sostiene la tesi dell'ontologica diversità tra il potere di commisurazione della sanzione – implicante un «giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria» – e la discrezionalità amministrativa – che presuppone una ponderazione degli interessi – (Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *dejure*).

³¹ F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 115.

³² Parte minoritaria della dottrina, invece, ritiene che il controllo esteso al merito non riguardi valutazioni di opportunità. In questo senso A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Giuffrè, 2013, p. 65, in cui si esplicita che «il giudice di merito, infatti, non opera scelte discrezionali, né effettua ponderazioni

A tal proposito, **si osserva che nelle ipotesi del sindacato limitato alla legittimità e di quello esteso al merito della decisione disciplinare, al Magistrato di Sorveglianza è stato devoluto solamente il potere di annullamento del provvedimento sanzionatorio** (art. 35-bis, co. 3, o.p.). In altri termini, laddove il giudice accerti la correttezza dell'incolpazione disciplinare, ma non ritenga congrua la risposta punitiva – o ravvisi disparità di trattamento «in casi significativamente simili» – il giudice può soltanto annullare l'irrogata sanzione, rimettendo nuovamente all'organo disciplinare il dovere di rideterminare la punizione, tenendo conto dei motivi che hanno condotto all'annullamento³³. In aggiunta, un'avveduta dottrina sottolinea che il necessario rispetto dei termini decadenziali per l'esercizio del potere disciplinare (di cui all'art. 81 reg. esec.), esige che il nuovo provvedimento disciplinare sia adottato in seguito alla «riattivazione *ab initio* del procedimento disciplinare, rinnovando la contestazione dell'addebito, non essendo previsto alcun termine di prescrizione dell'azione disciplinare»³⁴.

Con specifico riferimento al controllo esteso al merito del provvedimento punitivo, **il limite posto ai poteri decisori del Magistrato di Sorveglianza non pare ragionevole, atteso che esso ostacola la completa espressione della *ratio* sottesa alla scelta di prevedere un controllo esteso anche al merito della decisione disciplinare**. D'altronde, questa modalità di sindacato si pone in una logica di continuità tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, richiedendo un'analisi del giudice «su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi ed anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'Amministrazione»³⁵.

In questa prospettiva, **è auspicabile una riforma che attribuisca al Magistrato di Sorveglianza che non approvi la scelta sanzionatoria deliberata in sede di udienza disciplinare, non solo di annullare *sic et simpliciter* la decisione dell'organo competente, bensì di riformarla**. D'altronde, come afferma attenta dottrina, «la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi»³⁶. Da questo punto di vista, dunque, è possibile diversificare i diritti e i poteri spettanti alle parti, a condizione che «il contenuto sostanziale delle singole garanzie rimanga intatto, senza subire irragionevoli affievolimenti ed ingiustificate restrizioni»³⁷.

Non essendoci ragioni per discostarsi dall'approccio seguito dal diritto amministrativo, in sostanza, non appare ragionevole l'attuale previsione che non intende riconoscere al giudice la possibilità di sindacare (*rectius*, di modificare) tanto la tipologia di sanzione disciplinare, quanto il grado di severità della punizione già comminata. Solo accogliendo quest'ultima impostazione

di interessi che siano alternative o comunque distoniche da quelle effettuate dalla pubblica amministrazione». In particolare, il giudice di merito «opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato» (p. 66).

³³ Molte le letture in questo senso. Tra le tante, si veda: P. Corvi, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti del detenuto*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, 2014, p. 110; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 146; M. Bortolato, *Commento all'art. 35-bis*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario*, p. 407; E. Valentini, *Il reclamo: casi e forme*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, 2015, p. 236.

³⁴ F. Fiorentin, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, pp. 254-255.

³⁵ Questa è la lettura che viene offerta da: Consiglio di Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 147.

³⁶ L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1524.

³⁷ *Idem*, p. 1532.

si assicurerebbe il rispetto dell'intenzione del legislatore di affidare al giudice del merito una competenza piena, in conformità con il suo ruolo di «giudice del fatto, altroché del diritto»³⁸. Un simile operato, peraltro, permetterebbe di raggiungere l'obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti delle persone ristrette, «che sarebbero incisi dall'esecuzione di una delle due sanzioni disciplinari maggiormente afflittive», anche nel settore disciplinare, il quale «pretende che la fase di concreta determinazione della risposta punitiva non sia caratterizzata da alcuna “zona franca”, inaccessibile al giudice e sottratta ad ogni sindacato»³⁹.

A titolo esemplificativo e in termini maggiormente espliciti, insomma, si ritiene che dovrebbe essere considerata del tutto legittima la decisione del Magistrato di Sorveglianza che ritenesse di irrogare la sanzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per giorni cinque anziché la più afflittiva esclusione dalle attività in comune per giorni dieci stabilita dal Consiglio di Disciplina.

A bontà della tesi sopra esposta, preme sottolineare che la mancanza di un descritto potere sostitutivo non solo impedisce il pieno raggiungimento dell'obiettivo di compensare in sede giurisdizionale la carenza delle garanzie tipiche del procedimento disciplinare, ma è altresì di ostacolo alla realizzazione di un tendenziale «*continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, riproponendo la logica della netta e rigida separazione delle funzioni»⁴⁰.

2.3. Emergenti prospettive amministrativistiche.

Se è vero che assai ampi e indefiniti sono i criteri fissati dall'ordinamento penitenziario in punto di scelta e commisurazione della sanzione disciplinare (si veda l'art. 38, co. 3, o.p.), altrettanto incontestabile è che lo spazio riservato al merito è destinato a restringersi in virtù dell'emergere di principi generali – quali la **completezza, la ragionevolezza, la proporzionalità** – propri della legittimità, i quali svolgono la funzione di veri e propri canoni di condotta che guidano l'Amministrazione nella sue attività di individuazione e bilanciamento dell'interesse considerato prevalente (rispetto agli altri interessi contrapposti), e in quella di ponderazione delle esigenze confliggenti (che si pone come antecedente logico rispetto alla scelta del tipo e all'entità della sanzione da irrogare)⁴¹.

Peraltro, in dottrina si riscontra un orientamento – condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità – secondo il quale non residuerebbe alcun profilo di discrezionalità amministrativa in relazione ai margini valutativi in capo all'Autorità competente. Tale tesi poggia la propria argomentazione sull'assunto per cui vi sarebbe un'ontologica differenza fra il potere di commisurazione della sanzione, che presuppone un «giudizio di valore sugli interessi

³⁸ P.G. Ponticelli, *La giurisdizione del merito*, cit., p. 117.

³⁹ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 132.

⁴⁰ *Idem*, p. 148. Qui si esplicita, peraltro, che «anche laddove fosse conferito al Magistrato di sorveglianza il potere di spingersi fino ad una nuova regolamentazione del rapporto controverso, questi dovrebbe sempre e soltanto disporre l'annullamento del provvedimento illegittimo, ovviamente senza alcun rinvio all'organo disciplinare, qualora accertasse che, nel corso del procedimento amministrativo, siano state violate le norme concernenti “la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare”, nonché “la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolorpa”» (art. 69, comma 6, lett. a), o.p.).

⁴¹ Trattano del tema dell'espansione dell'area della legittimità – grazie al richiamo ai principi generali –: S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Giuffrè, 1990, pp. 106 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 401-402; G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 129; F. Trimarchi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 388 ss.

amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria», e la discrezionalità amministrativa, che implica invece una ponderazione di interessi⁴².

Ad una simile presa di posizione, tuttavia, può controbattersi sottolineando che anche nell'attività di commisurazione della risposta punitiva si esercita propriamente un potere di scelta, non solo «in vista di astratte finalità di giustizia depurate da valutazioni teleologiche e di cura di interessi, ma altresì di alcuni ben determinati obiettivi di interesse pubblico, tra cui [...] quello special-preventivo»⁴³. In sintesi, è corretto ritenere che la sanzione disciplinare sia il risultato di un contemperamento tra istanze di prevenzione generale, grado di colpevolezza del soggetto agente ed esigenze specialpreventive che tengano conto della situazione del caso concreto. Questa attività di valutazione e ponderazione di interessi confliggenti è regolata solo in parte dalle disposizioni normative (il riferimento corre, in particolare, all'art. 38, co. 3, o.p.), essendo per il resto affidata a considerazioni di opportunità amministrativa. Tuttavia, è proprio in questa fase che si assiste all'arretramento dell'area riservata all'apprezzamento di merito grazie a quei criteri oggettivi, ricavati da principi generali, che orientano l'Amministrazione nel momento di irrogazione del *quantum* e dell'*an* della sanzione.

A titolo esemplificativo, sono richiamabili i seguenti criteri: a) completezza, da intendersi come esigenza di un'adeguata istruttoria (al fine di indagare la sussistenza di elementi concernenti la natura e la gravità del fatto, così come del comportamento e delle condizioni personali del soggetto)⁴⁴; b) ragionevolezza/logicità, che consentono al giudice di sindacare la carenza – o addirittura l'assenza – di «un nesso di consequenzialità tra le circostanze di fatto ritenute esistenti, l'accertata rilevanza dei diversi interessi presi in considerazione e le conclusioni cui è pervenuta l'autorità decidente»⁴⁵; c) proporzionalità, che permette di verificare che la risposta sanzionatoria non sia manifestamente ingiusta, ossia che non vi sia un'abnorme sproporzione (in eccesso) tra la severità della sanzione concretamente irrogata e la gravità del fatto illecito accertato dall'Autorità competente, nonché – nella sua direzione orizzontale – di controllare l'insussistenza della disparità di trattamento fra due (o più) posizioni analoghe o identiche⁴⁶.

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, non sembra accogliere con entusiasmo una simile impostazione, tanto che **continua a ravvisare il vizio di eccesso di potere, nei casi in cui il Magistrato di Sorveglianza arrivi ad estendere il sindacato di legittimità «sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata»⁴⁷.**

⁴² Emblematica a tal riguardo, Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489, in *dejure*. Tale pronuncia, tra l'altro, è esemplificativa dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale non sembra accogliere con favore l'impostazione sposata da chi scrive, tanto da continuare a ravvisare un eccesso di potere giurisdizionale nei casi in cui il Magistrato di Sorveglianza estenda il sindacato sul provvedimento punitivo sino a compiere una valutazione della congruità e proporzionalità della sanzione adottata rispetto alla gravità della condotta sanzionata. In questo senso, anche Cass. pen., sez. I, 5 settembre 2015, n. 37232, in *dejure*.

⁴³ F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività*, cit., p. 115.

⁴⁴ Sempre dal punto di vista della completezza, assume importanza anche la mancata valutazione e ponderazione, da parte dell'Autorità competente, di interessi che sarebbe stato opportuno prendere in considerazione ai fini della decisione.

⁴⁵ G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 188. In questo senso, la scelta che implica questo momento dell'*iter* procedimentale è da valutarsi come illogica, quando alla luce degli accertamenti e degli interessi apprezzati, «non sarebbe stato ragionevole attendersela in nessun caso» (P.N. Vipiana, *I procedimenti amministrativi. La disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Cedam, 2012, p. 213).

⁴⁶ Il settore disciplinare rappresenta, tuttavia, un esempio di sistema che manca nel predisporre un insieme differenziato di norme e definizioni giuridiche in grado di fornire indicazioni sulle circostanze di fatto e sull'accusato, idonee ad essere prese in considerazione dall'organo disciplinare.

⁴⁷ Cass. pen., sez. I, 5 settembre 2015, n. 37232, in *dejure*. Per quanto criticabile, un simile orientamento ha il pregio di mettere in luce la vaghezza del testo normativo e il fatto che nemmeno il ricorso ai richiamati principi generali riesca a circoscrivere la soggettività insita nell'attività di commisurazione degli interessi che emergono in una simile fase del procedimento disciplinare in carcere.

Per quanto criticabile, un simile orientamento ha il pregio di porre in luce che, per quanto l'area del merito si stia progressivamente delimitando, l'Amministrazione continua a mantenere un potere di scelta discrezionale, in virtù della (voluta) vaghezza del testo normativo che non indica predeterminati e specifici parametri legali di scelta e di commisurazione della sanzione.

È proprio alla parte della fattispecie del potere discrezionale di scelta relativa al come e al quanto della sanzione che, secondo parte minoritaria – ma convincente – della dottrina, si riferisce il legislatore, quando statuisce «che è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati» (art. 69, co. 6, lett. a), o.p.)⁴⁸. Il senso di questa estensione, del resto, è stato individuato da convincente dottrina nell'esigenza di difendere il privato «dalle aggressioni dai gruppi di potere». Questa necessità di controllo, in particolare, emerge di certo nel settore disciplinare, «specie quando esiste una possibilità di scelta da parte dell'Amministrazione tra una pluralità di sanzioni, anche per quanto riguarda l'entità». È stato notato infatti che, in questo caso, «l'unico controllo effettivo è quello di merito, altrimenti la giustizia amministrativa (o quella ordinaria) rischia di essere esclusivamente formale»⁴⁹.

3. Profili di incostituzionalità dell'art. 69, co. 6, lett. a) o.p.

Chiarito l'ambito di operatività del sindacato esteso anche al merito del provvedimento disciplinare, occorre ora riflettere sull'irragionevolezza della scelta del legislatore di prevedere questo specifico controllo giurisdizionale – pur con le limitazioni criticate al § 2.2 – solamente per i provvedimenti che irrogano le sanzioni disciplinari più afflittive.

Come si è già avuto modo di ricordare, attenta dottrina afferma che «la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi»⁵⁰. In astratto, dunque, è ben possibile diversificare il trattamento processuale relativo alle diverse posizioni giuridiche conoscibili dal Magistrato di Sorveglianza, ma a condizione che «il contenuto sostanziale delle singole garanzie rimanga intatto, senza subire irragionevoli affievolimenti ed ingiustificate restrizioni»⁵¹.

La scelta legislativa di limitare il sindacato esteso al merito solo nei confronti delle sanzioni dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione durante le attività in comune si rivela proprio sotto questo profilo irragionevole, ponendosi in contrasto con l'art. 3 Cost.

In particolare, il richiamo a quest'ultima disposizione permette di evidenziare l'effettiva mancanza di situazioni eterogenee che, in quanto tali, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, impongono di essere trattate differentemente le une dalle altre. In questo senso, sul versante della concreta afflittività, non appare dimostrata la maggior gravità della sanzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta (art. 39, co. 1, n. 4, o.p.) rispetto, ad

⁴⁸ Non condivisibile, pertanto, la già richiamata impostazione dottrinale secondo cui il giudice di merito «opera valutazioni che senza mai invadere la sfera della ponderazione degli interessi (e quindi la scelta dei fini), si limitano ove necessario ad incidere sui mezzi per rendere questi ultimi compatibili con le giuste ragioni del privato» (A. Police, *Sindacato di merito e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione"*, cit., p.65).

⁴⁹ Queste ultime considerazioni sono riprese da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 132, il quale a sua volta si richiama a R. Chiappa, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, in *Nuova rassegna*, 1981, p. 1421.

⁵⁰ L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1524.

⁵¹ *Idem*, p. 1532.

esempio, alla privazione di ore di svago, di socialità, di intrattenimento e di attività agonistiche in cui si sostanziano le sanzioni dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive (art. 39, co. 1, n. 3, o.p.). Inoltre, come è stato già autorevolmente notato, «l'esigenza di compensare (in modo pieno e completo) nella sede giurisdizionale, le minori garanzie offerte dalla fase amministrativa permane identica a prescindere dall'esito sanzionatorio del procedimento disciplinare»⁵².

Sul versante della concreta afflittività, peraltro, **la Corte E.D.U.** quando si riferisce alla gravità della risposta punitiva per parametrare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, **prende in considerazione** non il grado di severità della sanzione concretamente applicata dall'organo competente, «bensì **la gravità della sanzione che l'Autorità medesima avrebbe potuto potenzialmente comminare**»⁵³. In aggiunta, da questo punto di vista, è utile sottolineare che il nostro ordinamento penitenziario non associa ad ogni singola infrazione una specifica sanzione disciplinare, essendo l'Autorità competente libera di scegliere quale punizione comminare in relazione allo specifico caso di specie. L'apparente limitazione prevista dall'art. 77, co. 3, reg. esec. che vieta di comminare la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per le infrazioni previste nei numeri da 1) a 8), è poi compensata dal riconosciuto utilizzo (improprio) delle cd. **sanzioni non istituzionalizzate**, frequentemente irrogate nella prassi al di là di qualunque controllo giurisdizionale e in contrasto con i fondamentali cardini propri di uno stato di diritto⁵⁴.

Da un ulteriore punto di vista, inoltre, si ritiene di condividere quell'orientamento dottrinale che ravvisa **l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 113 Cost. (che, per la tutela degli atti della pubblica amministrazione, vieta esclusioni o limitazioni a particolari mezzi di impugnazione), dell'art. 69, co. 6, lett. a), o.p.** nella parte in cui limita il controllo giurisdizionale alla sola legittimità del provvedimento formalmente amministrativo⁵⁵.

La previsione normativa *de qua* sarebbe **incompatibile anche con l'art. 6 CEDU – richiamato dall'art. 117, co. 1, Cost.** – atteso che esso, nell'interpretazione adottata dalla Corte di Strasburgo, richiede che il giudice abbia una *full jurisdiction* sull'*an*, sul *quomodo*, e sul *quantum* della sanzione. Il richiamo alla norma convenzionale viene in gioco sulla base della considerazione delle sanzioni disciplinari carcerarie in termini sostanzialmente penali, coerentemente con la lettura datane dalla Corte EDU nel 1976 (il riferimento corre al noto caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*). Nel dettaglio, i giudici di Strasburgo – oltre al criterio della

⁵² G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 173.

⁵³ Cfr. P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 866. L'annosa questione della natura sostanzialmente penale di una sanzione – pur qualificata in modo differente dal singolo ordinamento nazionale – ha interessato la Corte EDU sin dal 1976, data del famoso caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Con questo *leading case*, la Grande Camera ha proposto all'interprete tre criteri (conosciuti proprio come *Engel criteria*), utili ai fini del riconoscimento dell'effettiva natura penale di una sanzione: qualificazione giuridica del fatto secondo l'ordinamento nazionale, natura sostanziale dell'illecito commesso e, da ultimo, severità della sanzione che l'interessato rischia di subire.

⁵⁴ Il riferimento corre, *in primis*, alla più volte denunciata pratica dei trasferimenti, la quale avviene al di là dell'ampio ventaglio di motivazioni consentite dal primo comma dell'art. 42 o.p. Per un approfondimento, sul punto, si offre un'ampia letteratura: E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 103; V. Grevi, *Introduzione*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981, p. 32; S. Bellomia, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 924; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, 1982, p. 178; V. Grevi, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, cit., p. 291. Altra sanzione non istituzionalizzata particolarmente afflittiva si inquadra nell'organizzazione dell'istituto di pena in diverse sezioni detentive (il riferimento, in questo caso, corre all'art. 32 reg. esec.). In particolare, così come specificato dalla Circolare del DAP del 23 ottobre 2015, nei confronti di coloro i quali sono stati valutati al di sopra della soglia di pericolosità "e quindi debbono esser allocati nelle sezioni a custodia chiusa, opererà una modalità di controllo diretta da parte della Polizia Penitenziaria" (Ministero della Giustizia, DAP, Circolare 23 ottobre 2015, *Modalità di esecuzione della pena*, n. 3663/6113, prot. 0355603, § 5.1, in <http://www.giustizia.it>). In conclusione, per un approfondimento sul tema delle sanzioni non istituzionalizzate e di quelle – pur positivamente ma – non previste dall'art. 39 o.p., si legga: L. Cattelan, *Il procedimento disciplinare in carcere*, Università degli Studi di Trento, 2019, pp. 111 ss.

⁵⁵ Cfr. A. Travi, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione"*, cit., p. 3 richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 151.

denominazione formale della sanzione nello specifico ordinamento nazionale – hanno elaborato due criteri sostanziali, fra loro alternativi, che aiutano l'interprete nell'individuare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, pur qualificata in modo diverso dal singolo ordinamento nazionale. Il primo attiene alla natura del precetto violato e allo scopo della sanzione, in modo da riuscire a stabilire se la funzione della punizione sia quella di tutela *erga omnes* di determinati beni giuridici della collettività, normalmente presi in considerazione dal diritto penale, e se racchiuda in sé, proprio come la sanzione penale, sia caratteri repressivo-punitivi che specialpreventivi.

Il secondo criterio, invece, attiene al grado di severità della sanzione astrattamente comminabile nel caso di specie, con l'obiettivo di indagare se le conseguenze afflittive proprie del provvedimento punitivo siano così gravi da esigere il godimento delle medesime garanzie procedurali che richiede un'accusa in materia penale.

Sulla base di questa interpretazione, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza (di legittimità) più recente condividono **la riconducibilità delle sanzioni disciplinari carcerarie – perlomeno con riguardo a quelle comminabili dal Consiglio di Disciplina – al novero delle punizioni sostanzialmente penali**, essendo palese la loro capacità di incidere pesantemente sulla residua libertà della persona detenuta o internata (libertà che, seppure con le gravi limitazioni che la restrizione comporta, non può essere disconosciuta)⁵⁶.

Infatti, così come l'esecuzione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta grava pesantemente sul corrispondente diritto del detenuto riconosciuto a tutela della sua integrità fisica e psichica, anche l'esclusione dalle attività ricreative e sportive ha importanti ripercussioni sulle occasioni di socialità del ristretto, le quali sono pensate proprio per attenuare gli effetti negativi che egli inevitabilmente è destinato a subire. L'esclusione dalle attività in comune, poi, esplicandosi nell'isolamento continuo del detenuto (art. 33, co. 1, n. 2, o.p.), è considerata la più afflittiva delle sanzioni ed è stata oggetto di decise stigmatizzazioni anche dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani e degradanti (C.P.T.)⁵⁷. Infine, anche le sanzioni considerate più lievi – il richiamo e l'ammonizione (art. 39, co. 1, nn. 1 e 2, o.p.) – presentano un proprio grado di severità, risolvendosi in punizioni di natura morale che implicano un giudizio etico-sociale sulla persona. Tale assunto, peraltro, appare con maggiore

⁵⁶ Quest'ultimo principio si ricava da Corte Cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349. Esemplificativa, inoltre, dell'orientamento giurisprudenziale più recente è: Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, Pres. Davigo, Rel. Recchione, Imp. Pagano, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017. Peraltro, a motivo dell'apprezzabile grado di severità della sanzione disciplinare, in dottrina (A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002, p. 64) si è avanzata la tesi dell'illegittimità costituzionale della previsione che attribuisce ad un'Autorità amministrativa il potere di adottare sanzioni che impongono importanti limitazioni all'esercizio dei diritti della persona ristretta. Secondo questa impostazione, eccedendo la sanzione «il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna» o con l'ordinanza cautelare, punizioni disciplinari così afflittive dovrebbero essere irrogate solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalle legge (art. 13, comma 2, Cost.). Esprime parere contrario alla descritta presa di posizione N. Barabino, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all'udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2479.

⁵⁷ Il C.P.T. è un organo del Consiglio d'Europa, che ha l'obiettivo di esaminare, «per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti» (art. 1 Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene inumane o degradanti). Tale comitato, nel rapporto del 10 novembre 2011, ha esplicitamente ribadito la necessità della partecipazione del medico al procedimento disciplinare per l'applicazione nella sanzione *de qua*, attesi i risvolti particolarmente significativi per la vita del soggetto ristretto. Del resto, l'evidenza della gravità della sanzione di cui all'art. 39, co. 1, n. 5, o.p. è stata sottolineata espressamente dalla Corte Suprema (col citato caso Pagano), sulla base della severità della sanzione, della sua durata e della particolare afflittività desunta proprio dalla indispensabile autorizzazione del medico per la sua concreta espiazione. In conclusione, è bene evidenziare comunque che la richiamata sentenza ha precisato che la valutazione in merito alla natura delle sanzioni disciplinari non possa essere generalizzata, «dovendosi valutare, caso per caso, se le stesse abbiano caratteristiche tali da poter essere considerate sostanzialmente "penali", tenuto conto dei parametri indicati dalla Corte europea».

evidenza nella sanzione dell'ammonizione, che viene rivolta dal Direttore alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati.

4. In conclusione.

Quanto si è fin qui osservato sembra portare inevitabilmente alla conclusione che, sulla base dei cd. *Engel criteria*, al procedimento disciplinare in carcere debbano essere estese le garanzie procedurali – e sostanziali – dell'art. 6 CEDU⁵⁸.

Tale convincimento pare rafforzato dal fatto che, come sostenuto dai più recenti orientamenti, nella sfera applicativa dell'art. 6 CEDU devono ricondursi non solo le posizioni soggettive di natura civilistica ed a carattere prevalentemente patrimoniale ma anche i diritti di carattere non pecuniario che assurgono a diritti e libertà fondamentali, tutte le volte in cui simili posizioni giuridiche siano coinvolte nell'esercizio di un potere amministrativo⁵⁹. In questo senso, è oramai pacifico che **«laddove venga in rilievo un diritto espressamente riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esso è sempre rilevante ai fini dell'art. 6 CEDU, pure, si noti, ove sia assente o comunque dubbio il requisito della patrimonialità»**⁶⁰. Anche a voler negare natura sostanzialmente penale a specifiche sanzioni disciplinari, quindi, il richiamo all'art. 6 CEDU è garantito dalla loro sicura incidenza sui diritti della persona ristretta.

Sul punto, in particolare, è stato notato che un successivo, pieno ed effettivo sindacato, specie se assistito da effetto sospensivo della decisione impugnata, «mitigherebbe il complessivo grado di inadempimento (in sede procedimentale amministrativa) degli obblighi convenzionali»⁶¹. Cionondimeno, a fronte di procedimenti amministrativi che, come quello disciplinare, sono lontani dal modello del cd. *giusto processo* penale, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha adottato un criterio flessibile – noto come *principio compensativo* – tale per cui **non vi sarebbe contrasto con l'art. 6 CEDU allorquando l'interessato abbia la facoltà di impugnare la decisione assunta nei suoi confronti avanti ad un "tribunale" in grado di offrire le garanzie proprie della disposizione in esame**⁶².

⁵⁸ Riempiono di contenuto la citata norma convenzionale: la **garanzia della presunzione di innocenza** (intesa sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento), il **diritto ad un organo giudicante precostituito per legge, terzo ed imparziale**, il **diritto all'assistenza legale**, il **diritto all'informazione**, il **diritto alla traduzione degli atti**, il **diritto all'accesso agli atti**, il **diritto a non rendere dichiarazioni "auto incolpanti"**, il **diritto di disporre del tempo necessario a preparare la propria difesa**, il **diritto alla partecipazione al proprio procedimento**, il **diritto al contraddittorio**, nonché il **diritto alla parità delle armi tra le parti**. A ben vedere, nessuna di queste garanzie trova applicazione nel nostro sistema disciplinare. La mancanza di conformità con i precetti convenzionali – e, ancor più vigorosamente, con l'art. 59 reg. penit. eur. – non si limita all'assenza di terzietà o di imparzialità dell'organo disciplinare. Nessuna disposizione, in particolare, si preoccupa di riconoscere al detenuto il diritto di essere informato, in una lingua a lui comprensibile, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui, né il diritto dell'incolpato di farsi assistere gratuitamente da un interprete, qualora non comprenda o non parli la lingua usata in udienza. Ancora, non trova attuazione la regola per cui la fase del giudizio deve rivestire un carattere contraddittorio e deve garantire la parità delle armi tra l'accusa e la difesa.

⁵⁹ Cfr. A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 484. L'argomento è particolarmente rilevante se si considera che il rilievo dei cd. *Engel criteria* in ambito disciplinare carcerario non sempre conduce alla qualifica della sanzione in termini sostanzialmente penali.

⁶⁰ M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Percorsi di Diritto amministrativo, 2012, p. 111, richiamato da G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari*, cit., p. 164. Inoltre, la nozione di "tribunale" impiegata dal co. 1 dell'art. 6 CEDU deve essere intesa in senso funzionale. Dunque, tale deve intendersi qualsiasi autorità che abbia il potere di decidere un'accusa penale, ovvero il potere di «di determinare con una propria decisione, la costituzione o una qualsivoglia incisione significativa di *civilrights and obligations*, anche se si tratti di autorità non inserita nel plesso giudiziario dell'ordinamento di uno Stato membro» (Cfr.: Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 5 febbraio 2009, *Oluje v. Croatia*).

⁶¹ F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018, p. 110.

⁶² Cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU*, cit., pp. 73 e ss.

In altri termini, per dare attuazione all'effetto compensativo, il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe essere dotato del «potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo» controllato⁶³. Non è confacente ai principi convenzionali, quindi, una cognizione limitata ai soli profili della legittimità, in quanto gli elementi attinenti al merito del provvedimento punitivo non devono frapporti ai tipici poteri di controllo dell'organo giurisdizionale.

Al termine di queste brevi riflessioni, **non si può che auspicare una riforma legislativa** volta, non solo ad estendere il sindacato al merito di tutte le sanzioni disciplinari conosciute dall'art. 39 o.p., ma, altresì, a introdurre l'immediata ed automatica sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato, nonché al riconoscimento al giudice della possibilità tanto di disporre l'annullamento, senza rinvio, del provvedimento illegittimo, quanto della facoltà di sindacare (*rectius*, di modificare) tanto la tipologia di sanzione disciplinare, quanto il grado di severità della punizione già comminata⁶⁴.

Bibliografia.

M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Percorsi di Diritto amministrativo, 2012.

A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1999, I, pp. 385 ss.

M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, pp. 575 ss.

A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 456 ss.

F. Cassiba, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, pp. 160 ss.

L. Cattelan, *Il procedimento disciplinare in carcere*, Università degli Studi di Trento, 2019.

L. Cesaris, *La carenza di motivazione nei provvedimenti del tribunale di sorveglianza: la posizione della Corte di Cassazione*, in *Rass. penit. crimin.* 02, f. 1-2, pp. 239 ss.

L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1524 ss.

F. D'Agostini, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, 2004.

F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, 2013.

⁶³ In questi termini si esprime, ancora una volta, F. Goisis, *La tutela del cittadino*, cit., p. 110.

⁶⁴ Un'ultima precisazione: la "funzione compensativa" in parola assume significato solo nel caso in cui l'Autorità amministrativa non possa dare esecuzione al provvedimento se non dopo la conclusione della successiva fase di controllo. Appare chiaro, infatti, che in caso contrario verrebbe compromessa la stessa effettività della tutela giurisdizionale. Indispensabile, in prospettiva di riforma, quindi è prevedere una sospensione dell'esecutività della sanzione disciplinare associata alla definizione della fase di controllo o di inutile decorso del termine concesso all'interessato per adire il Magistrato di Sorveglianza.

- F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015.
- G. Di Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 522 ss.
- E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999.
- G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla legge 26 luglio 1975, n.354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, Giuffrè, 1997.
- K. Enghish, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970.
- F. Fiorentin, F. Siracusano, *L'esecuzione penale – Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, 2019.
- F. Fiorentin (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per la tutela dei diritti dei detenuti*, Giappichelli, 2019.
- B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013.
- F. Goisis, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 115 ss.
- V. Grevi, *Introduzione*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, 1981, pp. 32 ss.
- E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Il Mulino, 1977, pp. 96 ss.
- M. Maresca, *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998, pp. 116 ss.
- L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996.
- G.M. Napoli, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al "merito" dei provvedimenti: un tentativo (non riuscito) di "full jurisdiction"*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 6, 2017, pp. 106 ss.
- A. Orsi Batteglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, 2005.
- A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002.
- L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 313 ss.

P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2012.

A. Police, *Sindacato di merito e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Giuffrè, 2013, pp. 65 ss.

A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 3, pp. 550 ss.

A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, pp. 23 ss.