

Il procedimento di sorveglianza alla ricerca di un'identità condivisa- dott. Luigi Tarantino- Persona e danno.it

(Relazione all'incontro di formazione decentrata della Corte d'Appello di Lecce dell'8 marzo 2011)

dott. Luigi Tarantino

1. Quale procedimento di sorveglianza?

Non esiste un unico procedimento di sorveglianza, se ne possono individuare di due tipi a seconda che sia previsto un contraddittorio orale con le parti, ovvero sia prevista la possibilità di adottare provvedimenti de plano con un contraddittorio orale solo eventuale e successivo in sede di impugnazione. Ma la distinzione fondata sulla presenza di un contraddittorio orale o meno non è caratteristica tale da consentire di individuare due uniformi discipline di riferimento. Appare chiaro, infatti, come ogni diversa materia affidata alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza si caratterizzi per la presenza di norme processuali, che incidendo sull'iniziativa, sull'istruttoria, sulle modalità del contraddittorio o sui vincoli alla decisione, appaia disciplinata da una peculiare architettura processuale. Ulteriori motivi di diversità si colgono, inoltre, in ragione della differente tipologia di giurisdizione nell'ambito della quale viene adita la magistratura di sorveglianza. Occorre rammentare, infatti, come accanto ad ipotesi di giurisdizione di diritto soggettivo, che presuppongono una lite tra l'amministrazione ed il detenuto (art. 14 *ter*, 18-*ter*, 35, 41-*bis*, 69, comma 6, lett. b, l. 354/1975) e coinvolgono posizioni giuridiche di diritto soggettivo come di interesse legittimo, vi sono ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, che ordinariamente rappresentano la maggior quota delle questioni rimesse alla cognizione della magistratura di sorveglianza. Quest'ultima, però, a differenza della giurisdizione penale non sempre suppone la violazione di una norma es. misure di sicurezza, ma più di frequente la corretta applicazione delle norme a tutela della finalità rieducativa della pena (sia che si tratti di misure alternative alla detenzione che ad es. di remissione del debito).

In questa sede mi occuperò di svolgere qualche riflessione sul tema del procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza in sede di esame delle misure alternative alla detenzione.

2. Le fonti del procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza tra carenze legislative e interventi giudiziari.

Il procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza è disciplinato da una pluralità di norme, alcune di queste contenute nel codice di procedura penale: artt. 127, 220, 666, 677-684, art. 185 disp. att. c.p.p., quest'ultime vanno integrate con le disposizioni del codice penale in materia di riabilitazione, liberazione condizionale, differimento pena e con le molteplici disposizioni contenute nella l. 354/1975, nel d.P.R. n. 230/2000. Quest'ultime norme sono state ripetutamente incise dal legislatore attraverso interventi episodici¹, tanto da far apparire la legge sull'ordinamento penitenziario come la superficie lunare tempestate dagli asteroidi. Ulteriori disposizioni sono poi contenute in legislazioni settoriali: si pensi agli artt. 90-94 d.P.R. n. 309/90 in tema di affidamento terapeutico o alla l. 207/2003 in materia di sospensione condizionata dell'esecuzione della pena (cd. indultino), o alla l. 199/2010 in materia di espiazione domiciliare di pene detentive brevi². La presenza di una trama sfilacciata di disposizioni legislative e l'attenzione marginale riservata dallo stesso legislatore del c.p.p. al procedimento di sorveglianza pone con forza la necessità di operare una ricostruzione del sistema attraverso l'utilizzazione analogica di altre norme processuali ovvero

¹ Da ultimo, si pensi all'inserimento del nuovo art. 21-*ter*, l. 354/1975 o alle modifiche introdotte all'art. 47-*quinquies*, l. 354/1975, a seguito dell'approvazione della disciplina sulla tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori.

² Gli ultimi anni hanno visto il legislatore impegnato più che in un tentativo di revisione generale del sistema delle misure alternative in riforme dal carattere temporale limitato (indulto, indultino, detenzione domiciliare per le pene detentive inferiori all'anno) in modo da fronteggiare quell'emergenza del sovraffollamento penitenziario indotto da una politica incentrata eccessivamente sulla risposta carceraria.

l'interpretazione a compasso allargato di quelle espressamente dedicate in attuazione dei precetti costituzionali.

L'esame delle fonti inerenti il procedimento di sorveglianza pone in luce la crisi della legge, che appare ancora una volta strumento di governo per fronteggiare le emergenze che disegno politico ispirato ad una visione d'insieme. Da qui il prevalere della *iurisdictio* sulla *legislatio* e lo scolorare del mito della certezza del diritto e della figura del giudice bouche de la loi, che non deriva da un colpo di mano dell'autorità giudiziaria. Basti pensare alla lex mercatoria che testimonia la scelta dei contraenti a livello transnazionale di utilizzare le clausole dell'Hardship e della Gross disparity offrendo in questo modo strumenti al giudice-arbitro per utilizzare un sindacato così penetrante da entrare nel cuore stesso dell'autonomia negoziale. Il ruolo della governance giudiziaria (M.R. Ferrarese) ha comportato come reazione il sorgere di un diffuso timore per l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie con la contestuale riduzione di quel valore fondamentale rappresentato dalla certezza del diritto. Un necessario recupero della certezza del diritto passa quindi, da un lato, attraverso la forza del precedente (si pensi all'indirizzo riconosciuto anche alle sentenze interpretative della Consulta, ovvero alla funzione nomofilattica della Suprema Corte, o a quella di indirizzo nella soluzione di contrasti giurisprudenziali affidata all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), senza dimenticare che a differenza del principio dello *stare decisis* che caratterizza i sistemi di common law, il nostro ordinamento utilizza il precedente attraverso le massime (F. Galgano) che discostandosi dal fatto oggetto del caso dettagliano ulteriormente la disciplina di riferimento. Dall'altro, attraverso una piena attuazione dei principi del giusto processo che devono assicurare una giustizia procedurale imperfetta (J. Rawls).

Ecco, quindi, che appare tracciato il solco all'interno del quale pare opportuno muoversi per la ricostruzione delle questioni più rilevanti in tema di procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, seguendo le due direttrici del rispetto dei principi del giusto processo secondo l'interpretazione offerta dai massimi organi giurisdizionali.

3. Il procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza e la sua rispondenza ai precetti costituzionali specie all'indomani della riforma costituzionale della l. 2/1999.

La griglia dei precetti costituzionali da utilizzare come reagente per verificare la rispondenza della disciplina del procedimento di sorveglianza ai principi del giusto processo appare di facile individuazione attraverso il richiamo di alcune norme costituzionali espressione di valori cardine: 1) autonomia e indipendenza della magistratura (art. 104 comma 1 cost.); 2) giusto processo con i corollari del rispetto del contraddittorio in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale (111, comma 1 e 2); 3) formazione della prova nel contraddittorio delle parti (art. 111, comma 4); 4) diritto di difesa (art. 24 comma 2 cost.); 5) obbligo di motivazione del provvedimento giurisdizionale (art. 111, comma 6, cost.); 6) ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti sulla libertà personale (art. 111, comma 7, cost.); 7) finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 cost.). Quest'ultima disposizione, in particolare, va rammentata in ragione del principio di naturale strumentalità del processo, che si rinviene anche nella materia in esame e che consente al valore supremo scolpito nel citato art. 27, comma 3, cost. di forgiare anche i crivelli processuali attraverso i quali si muove il procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza.

Questi gli strumenti attraverso i quali verificare la corretta esegesi degli istituti che scandiscono l'intero procedimento di sorveglianza e l'utilizzabilità in via analogica delle norme processuali indirizzate prioritariamente al processo penale, rispetto alle quali un legislatore dimentico non ha inteso operare un rinvio chiaro anche al giudizio che si apre all'indomani dell'emanazione dell'ordine di esecuzione. In questa sede ci concentreremo su alcune questioni, cercando di non tralasciare alcuna delle fasi nelle quali si articola il procedimento di sorveglianza, ritenendo preferire più che l'eshaustività della ricerca delle possibili antinomie o vuoti di disciplina, il metodo di individuazione delle criticità derivanti da una legislazione rarefatta, quale è quella dedicata al procedimento di sorveglianza.

4. Incompatibilità, astensione e ricsuzione: una lettura dell'art. 34, comma 2-ter, c.p.p. e dell'art. 70, comma 6, O.P.

Il primo aspetto che merita di essere trattato non può che essere quello della posizione dell'organo giurisdizionale rispetto al contenzioso e rispetto alle parti. Com'è noto, la disciplina sul procedimento di sorveglianza non contiene alcuna indicazione in merito alle situazioni di incompatibilità, astensione e ricsuzione, né tantomeno prevede una procedura particolare per la rilevazione di simili situazioni e le correlate determinazioni. L'unica norma che si occupa del rapporto tra il magistrato di sorveglianza componente del collegio ed il condannato, la cui posizione deve essere trattata, è contenuta nel comma 6 dell'art. 70, l. 354/1975: *“Uno dei due magistrati ordinari deve essere il magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il condannato o l'internato in ordine alla cui posizione si deve provvedere”*. A livello di disciplina generale, ossia quella contenuta negli artt. 34 e segg. c.p.p., invece, l'unica norma di immediata applicazione è quella prevista dal comma 2-ter dell'art. 34 c.p.p.³, anche se da un esame sommario della stessa è facile verificare come si tratti di disposizioni immaginate più per il giudice per le indagini preliminari e per il giudice della cognizione che per la magistratura di sorveglianza. A questo fine un elemento sintomatico è rappresentato, da un lato, dal contrasto con il richiamato disposto del comma 6 dell'art. 70, che afferma il principio della tendenziale individuazione del magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sul condannato quale giudice naturale di tutte le questioni che lo riguardano. Dall'altro, dall'assenza nei rapporti tra magistrato di sorveglianza e condannato di quel legame di ancillarità che caratterizza le vicende trattate nei procedimenti ex art. 11, 18-ter, 30 O.P., che è invece proprio del rapporto tra quest'ultime ed il processo penale. Nel procedimento di sorveglianza, infatti, le autorizzazioni sanitarie, il controllo sulla corrispondenza, i permessi di necessità, rappresentano procedimenti autonomi, sganciati da qualsivoglia rapporto di subordinazione rispetto ad altro procedimento, tanto che la competenza a decidere sulle correlate istanze non si determina in ragione del procedimento principale, rectius del processo penale, ma del rapporto privilegiato, nei termini indicati dall'art. 70, comma 6, O.P., che deve legare il magistrato di sorveglianza ed il condannato. Ad ulteriore riprova di ciò, si può rilevare come la situazione di incompatibilità in cui si trova il magistrato di sorveglianza che abbia deciso sulle limitazioni alla corrispondenza ex art. 18-ter O.P. o sul permesso ex art. 30 o 30-ter, O.P. non sia contenuta nella disciplina generale dell'art. 34 c.p.p., ma rispettivamente al comma 6 dell'art. 18-ter O.P. ed al comma 5 dell'art. 30-bis O.P., quest'ultimo richiamato anche dall'art. 69-bis, comma 4, O.P. in tema di liberazione anticipata⁴.

Accanto a queste ipotesi di incompatibilità individuate dal legislatore, la giurisprudenza della Consulta e quella della Suprema Corte hanno avuto occasione di confrontarsi con quei numerosi casi, che vedono il Magistrato di Sorveglianza adottare provvedimenti cautelari ed incidentali rispetto alla decisione definitiva del Tribunale di Sorveglianza, ovvero atti privi di valenza decisoria, ma con effetto di promozione del procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza. Rispetto al primo gruppo di casi va segnalata la sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 1997, n. 364, secondo la quale: *“Non è fondata, con riferimento agli art. 3 comma 1 e 24 comma 2 cost., la q.l.c.*

³ Art. 34, comma 2-ter, c.p.p.: *“Le disposizioni del comma 2-bis non si applicano al giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato uno dei seguenti provvedimenti:*

- a) le autorizzazioni sanitarie previste dall'articolo 11 della legge 26 luglio 1975, n. 354;
- b) i provvedimenti relativi ai permessi di colloquio, alla corrispondenza telefonica e al visto di controllo sulla corrispondenza, previsti dagli articoli 18 e 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (5);
- c) i provvedimenti relativi ai permessi previsti dall'articolo 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354;
- d) il provvedimento di restituzione nel termine di cui all'articolo 175;
- e) il provvedimento che dichiara la latitanza a norma dell'articolo 296 (6).

2-quater. Le disposizioni del comma 2-bis non si applicano inoltre al giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto”.

⁴ Ulteriori disposizioni che segnalano una situazione di incompatibilità sono contenute nell'art. 2, comma 2, l. 203/2007 e nell'art. 1, comma 5, l. 199/2010, che rinviano all'art. 69-bis O.P., che a suo volta rinvia al comma 5 dell'art. 30-bis O.P.

dell'art. 70 l. 26 luglio 1975 n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nel testo sostituito con l'art. 22 l. 10 ottobre 1986 n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che il magistrato di sorveglianza, il quale abbia provveduto sulla domanda di rinvio immediato dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 684 comma 2 c.p.p., non possa comporre il collegio del tribunale di sorveglianza chiamato ad adottare le determinazioni definitive sul caso, ai sensi dell'art. 147 comma 1 c.p., in quanto - posto che il legislatore ha corrisposto all'esigenza cautelare prevedendo che, in attesa del giudizio di merito sul rinvio dell'esecuzione, possa essere adottato un provvedimento che abbia effetto sino alla decisione del tribunale, essenzialmente basato sul grave pregiudizio che arrecherebbe al condannato la immediata esecuzione della pena o la protrazione dello stato di detenzione (art. 684 comma 2 cit.); e che si tratta di una valutazione che implica la ricognizione dell'esistenza dei presupposti previsti dal legislatore per il rinvio, ma che rimane incentrata sulla necessità di immediatezza di un provvedimento idoneo ad evitare che risulti irreparabilmente pregiudicata, nell'attesa del relativo giudizio, la efficacia in concreto della decisione di merito che potrà essere adottata e la finalità stessa del rinvio dell'esecuzione - la natura del provvedimento ed i limiti della delibazione che esso comporta, ristretti alla esistenza estrinseca dei presupposti per la richiesta di rinvio ed alla valutazione della immediata gravità del danno, consentono di ritenere che esso non implichi quella anticipazione del giudizio di merito che, incidendo sulla imparzialità del giudice, è, sola, idonea a determinare la incompatibilità a garanzia del giusto processo". La Consulta con questa pronuncia, le cui motivazioni unitamente al richiamo all'art. 70, comma 6, O.P. vengono utilizzate dalla Cassazione anche per escludere che si determini una situazione di incompatibilità nell'ipotesi in cui il Magistrato di Sorveglianza abbia adottato una pronuncia sulla richiesta di applicazione provvisoria di una misura alternativa⁵, valorizza la diversità dell'oggetto sul quale è chiamato a decidere il Magistrato di Sorveglianza. L'urgenza della decisione determina un restringimento del campo cognitorio del Magistrato che si riverbera su una diversità dell'oggetto della decisione che dovrà essere assunta in via definitiva dal Tribunale. Ad analoghe conclusioni può giungersi nel caso speculare dell'intervento da parte del Magistrato di Sorveglianza ex artt. 51-bis, 51-ter O.P. Anche in questo caso, infatti, benché manchi una richiesta dell'interessato, l'urgenza nel provvedere fa sì che l'oggetto del giudizio del giudice della cautela non coincida con quello del Tribunale, senza dire che anche in questo caso merita di essere valorizzato il rapporto privilegiato tra condannato e Magistrato di Sorveglianza segnalato dall'art. 70, comma 6, O.P. Il secondo gruppo di questioni riguarda il caso nel quale sia il Magistrato di Sorveglianza ad attivare un'autonoma procedura dinanzi al Tribunale senza che vi sia un atto d'impulso di parte e senza che vi sia un provvedimento decisorio del Magistrato: es. proposta di revoca di misura alternativa o trasformazione della libertà controllata in pena detentiva per violazione delle prescrizioni. In questo caso l'assenza di una decisione da parte del Magistrato, che si limita a verificare che uno degli organi deputati al controllo della corretta esecuzione della misura alternativa o della sanzione sostitutiva abbia segnalato una violazione alle prescrizioni, rimettendo la decisione al Tribunale, impedisce che si formi un pregiudizio che possa inficiare l'imparzialità dello stesso Magistrato che siede successivamente nel collegio chiamato a valutarne la gravità.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 febbraio 2009, n. 6271: "La funzione svolta dal magistrato di sorveglianza a norma dell'art. 41 ter, comma 1 quater, ord. pen. ha natura cautelativa e non decisoria, sicché il relativo provvedimento non costituisce un grado precedente di decisione rispetto a quella che promana dal Tribunale di sorveglianza; di conseguenza non solo non sussiste alcuna incompatibilità del Magistrato di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi in via d'urgenza sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare, a comporre il collegio di detto Tribunale incaricato di decidere in ordine alla predetta istanza, ma anzi, per espressa previsione normativa (art. 70, comma 6, ord. pen.), il Collegio deve comprendere il Magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il condannato in ordine alla cui posizione si deve provvedere". Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2009, n. 26201: "Non ricorre alcuna causa di incompatibilità a comporre il collegio del tribunale di sorveglianza, che debba decidere su istanze per la concessione di misure alternative, nei confronti del magistrato di sorveglianza che su di esse si sia già pronunciato in via provvisoria".

Del pari non determina alcuna situazione di incompatibilità il caso del Magistrato che abbia composto il collegio che ha concesso la misura alternativa e si trovi poi a valutarne l'eventuale revoca. Ovvero il caso del Magistrato che abbia nel corso del processo penale adottato la pronuncia di condanna. Sotto questo profilo, infatti, appare evidente la diversità dell'oggetto del giudizio.

Una diversa ipotesi attiene al caso in cui la Cassazione annulli con rinvio un'ordinanza del Tribunale. In questo caso a fronte di una regola di carattere generale contenuta nell'art. 34, comma 1, c.p.p.: *“Il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione”*. Deve registrarsi la presenza di un'eccezione desumibile dall'art. 623, comma 1, lett. a), c.p.p.: *“a) se è annullata un'ordinanza, la corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento”*. Pertanto, sarà lo stesso collegio che ha emesso l'ordinanza annullata a dover nuovamente provvedere, facendo applicazione del principio di diritto contenuto nella sentenza che dispone il rinvio.

L'incompatibilità, se sussistente, attribuisce solo una facoltà di ricusazione al condannato, ma se la stessa non viene esercitata non determina alcuna nullità o sanzione processuale. L'incompatibilità, infatti, non attiene alla capacità del giudice, intesa quale capacità ad esercitare la funzione giudiziaria, in difetto della quale e soltanto per tale causa, opera utilmente la nullità assoluta di cui all'art. 178 c.p.p., lett. a).

Ed invero il difetto di capacità del giudice va inteso come mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non anche in relazione al difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tale funzione in un determinato procedimento. Ne consegue che, non incidendo sui requisiti della capacità, la eventuale incompatibilità ex art. 34 c.p.p. non determina, comunque la nullità del provvedimento ex art. 178 e 179 c.p.p., ma costituisce soltanto motivo di possibile astensione, ovvero di ricusazione dello stesso giudice, da far tempestivamente valere con la procedura di rito ex art. 37 c.p.p., e ss.

Nel caso in cui sia proposta richiesta di astensione o istanza di ricusazione si pone il problema di individuare l'organo giurisdizionale deputato a valutarla, stante il silenzio sepolcrale degli artt. 36 e 40 c.p.p. sul tema. Di recente è intervenuta la sentenza della Cass., sez. I, 7 ottobre 2010, n. 37523, secondo la quale: *“Spetta alla Corte di appello la competenza a decidere sulla richiesta di ricusazione di un magistrato componente del Tribunale di sorveglianza, e non già al Presidente di detto Tribunale”*. La sentenza in questione rifiutando una trasposizione analogica dei rapporti tra Magistrato di Sorveglianza, organo monocratico di primo grado, e Tribunale di Sorveglianza, organo collegiale di secondo grado, ha ritenuto la competenza spetti comunque alla Corte d'Appello, escludendo in radice ogni competenza del Presidente del Tribunale di Sorveglianza. Nella stessa pronuncia si registra uno sfocato obiter dictum nel quale si precisa che nel caso di richiesta di astensione la decisione è assunta dal Presidente del Tribunale, ma la Suprema Corte omette di precisare se si tratti del Presidente del Tribunale di Sorveglianza, conclusione che parrebbe scontata in considerazione del rapporto gerarchico che viene privilegiato tra giudice istante e organo chiamato a decidere dall'art. 36, comma 3, c.p.p.

5. La sospensione feriale dei termini

La legge n. 742/1969, nel disciplinare le regole che presiedono alla sospensione dei processi durante il periodo feriale dal 1 agosto al 15 settembre di ogni anno, non prende in considerazione i procedimenti dinanzi al Tribunale di Sorveglianza. Vero che all'epoca di adozione della legge sulla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, il Tribunale di Sorveglianza non era stato ancora introdotto, ma neanche successivamente il legislatore ha ritenuto come pure ha fatto ad esempio in materia di misure di prevenzione di dover dettare una disciplina ad hoc. Da qui la necessità di leggere gli artt. 2 e 2-bis, l. 742/1969, in chiave analogica. La giurisprudenza della Suprema Corte esprime un orientamento piuttosto consolidato secondo il quale la sospensione dei termini si applica anche al procedimento di sorveglianza. Particolarmente interessante appare Cass.

pen., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 8846, secondo la quale: *“La disciplina della sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale opera infatti anche con riferimento al procedimento di sorveglianza e si applica non solo ai termini di comparizione ma anche a quelli previsti per la decisione del Tribunale di sorveglianza (Cass., Sez. I, 29/10/2004, n. 46021; Cass., Sez. I, 21904/2008). E' pur vero che il tribunale, nella sua ordinanza di rigetto, ha premesso che provvedeva al giudizio dappoichè ritenuta urgente la materia trattata, in quanto di "valenza cautelare intriseca" e riguardante la sospensione di una ordinanza che aveva rigettato la domanda di detenzione domiciliare, sospensione che, se accolta, avrebbe determinato l'interruzione temporanea della detenzione in carcere ed il ripristino della detenzione domiciliare, ma nel sistema della legge, L. n. 742 del 1969, artt. 2 e 2-bis, la sospensione non è operativa per diretta disposizione legislativa, eppertanto de ture, nelle ipotesi contemplate esplicitamente alla L. n. 742 del 1969, art. 2, commi 1 e 2, mentre in altre ipotesi, commi 3 e 4, l'urgenza per l'inoperatività della sospensione deve essere dichiarata dal giudice del procedimento; analogamente, nel senso della necessità di un provvedimento giudiziale che motivi la sussistenza di ragioni di urgenza, dispone l'art. 2-bis cit. nei procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione.*

Ciò posto nel caso di specie non ricorre alcuna delle ipotesi di urgenza preventivamente stabilite dal legislatore, e cioè quelle contemplate dai commi 1 e 2 della legge in materia, e neppure una delle ipotesi nelle quali l'urgenza può comunque essere dichiarata con esplicito provvedimento del giudice che procede, urgenza peraltro nel caso in esame dichiarata irritualmente nel corpo dell'ordinanza e non già preventivamente alla celebrazione dell'udienza”. Con questa pronuncia la Cassazione rammenta come le ipotesi di deroga alla sospensione possano ricorrere solo: 1) per espressa disposizione legislativa: previsione non esistente in relazione alle materia di competenza della magistratura di sorveglianza, salva l'applicazione analogica del comma 2, dell'art. 2 per i procedimenti in tema di reati di criminalità organizzata; 2) per rinuncia dell'interessato o del suo difensore; 3) a seguito di provvedimento del giudice che dichiara la presenza di una dichiarazione d'urgenza, prima della celebrazione dell'udienza. Quanto al caso descritto sub 1), non subiranno la sospensione i procedimenti per condannati per reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, O.P.; quanto al caso descritto sub 2), è necessario che la rinuncia del difensore o del condannato sia acquisita a verbale⁶. Quanto all'ipotesi sub 3), si pone la questione del provvedimento di sospensione della misura alternativa ex art. 51-ter O.P., che perde efficacia decorsi 30 giorni se non interviene la decisione definitiva del Tribunale di Sorveglianza. Sul tema la Suprema Corte non fa mostra di un orientamento consolidato. Alcune pronunce⁷, infatti, escludono la sospensione si applichi ad un procedimento, la cui tempistica accelerata è incompatibile con la disciplina della l. 742/1969. Particolarmente importante è la motivazione della sentenza citata in nota nella parte in cui spiega che: *“D'altra parte, la opposta tesi (su cui v. Cass., Sez. I, 25.3/20.6.1998, Ronci) comporta - per il necessario collegamento istituito dal legislatore fra i due provvedimenti - la contemporanea sospensione del termine di efficacia di quello adottato in via provvisoria e, quindi, la protrazione dello stato detentivo del condannato oltre il limite temporale tassativamente prescritto, conclusione che appare al collegio inaccettabile, in quanto determina la proroga di un provvedimento interinale soppressivo della libertà personale, che non può operare oltre i casi e tempi consentiti. Al proposito va anche considerato che il termine per la decisione definitiva del Tribunale di sorveglianza riguarda il compimento di un'attività del giudicante, investito "ex officio" da altro organo giurisdizionale; ora, per consolidata giurisprudenza (Cass., Sez. Un., 19.6.1996, Giacomini), la sospensione di diritto dei termini processuali nel periodo feriale di cui alla legge 7 ottobre 1969*

⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 16 novembre 1999, n. 6265.

⁷ Per tutte vedi Cass. pen., sez. I, 20 giugno 2003, n. 46086: *“La sospensione feriale dei termini, pur generalmente applicabile anche nei procedimenti di sorveglianza, non può, tuttavia, operare allorché le cadenze procedurali impongono una decisione entro brevi termini legislativamente prefissati, come si verifica nel caso del termine di trenta giorni entro il quale, ai sensi dell'art. 51 ter della legge 26 luglio 1975 n. 354 (ordinamento penitenziario), il tribunale di sorveglianza deve decidere sulla sospensione cautelativa di misure alternative alla detenzione disposta dal magistrato di sorveglianza.”*

n. 742 opera riguardo ai termini la cui inosservanza comporti una sanzione processuale e, quindi, solo per i termini relativi alle parti, non anche per quelli riferibili al giudice, la cui inosservanza può dar luogo solo a sanzioni disciplinari”. In senso opposto, però, si registra altra tesi patrocinata dalla Sezione I⁸, che applica in modo letterale ritenendola prevalente la disciplina contenuta nella l. 742/1969. Una tesi intermedia, che appare praticabile, è quella che rimette al Presidente del Tribunale di Sorveglianza di dichiarare con ordinanza, a seguito, quindi, di valutazione da operare di volta in volta, l’urgenza del procedimento, al fine di non far scattare il termine di sospensione. Occorre precisare, infine, che la sospensione incide anche sul termine di 10 giorni per proporre reclamo ex art. 69-bis O.P. (Cass. 21904/2008) ovvero sul termine di 30 giorni per avanzare istanza di misura alternativa ex art. 656 c.p.p. (Cass. 36228/2010).

6. L’iniziativa processuale nel procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza: il ruolo del Magistrato di Sorveglianza ed il rispetto dell’art. 111 cost.

L’iniziativa a seconda della materia oggetto del decidere può provenire da soggetti diversi. Il legislatore, infatti, ha previsto ipotesi di legittimazione processuale eccentriche rispetto all’ordinario processo di cognizione che individua ordinariamente nel P.M. e nella persona offesa dal reato i centri propulsori del giudizio. Nel procedimento di sorveglianza, infatti, si riconosce un potere d’impulso non solo al P.M., ma anche al condannato, al difensore munito di apposito mandato, ai congiunti del condannato (art. 57 O.P., possibilità analoga dinanzi al Magistrato di Sorveglianza è riconosciuta dall’art. 6 comma 3, d.P.R. 115/2002), ed, infine, dal Magistrato di Sorveglianza: la proposta di revoca di misura alternativa; la proposta di conversione della libertà controllata in pena detentiva; la proposta di declaratoria di estinzione della pena a seguito della conclusione dell’affidamento in prova al servizio sociale. Si pone al riguardo il problema di concia lire simili ipotesi con il dettato dell’art. 111, comma 2, cost., secondo il quale: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*”. Può apparire, infatti, che il Magistrato che promuova il procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza non sia più terzo ed imparziale, avendo ricoperto un ruolo di impulso del procedimento. Un simile rischio non pare in concreto sussistente, ciò in ragione del fatto che, da un lato, è il legislatore a stabilire i presupposti ricorrendo i quali il Magistrato di Sorveglianza può attivare la procedura dinanzi al Tribunale; dall’altro, difettando un interesse in capo al Magistrato di Sorveglianza, tale da poter incidere sulla sua condizione di imparzialità e terzietà. Sul tema non si registrano pronunce da parte della Consulta. Una vicenda per alcuni versi analoga è stata affrontata da Corte cost., 15 luglio 2003, n. 240, che ha escluso che violi il principio di imparzialità la possibilità del tribunale fallimentare di promuovere il procedimento prefallimentare sulla base di una notizia decotiois desunta da una fonte qualificata. L’assunto da cui muove il giudice delle leggi è che l’iniziativa officiosa non lede il principio di imparzialità-terzietà del giudice, quando il procedimento è strutturato in modo che il giudice conservi il requisito di soggetto super partes ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti, così come accade nel diritto vigente, in forza del quale il giudice, senza alcuna discrezionalità, deve avviare la procedura fallimentare esclusivamente nell’ipotesi in cui abbia acquisito la conoscenza di una situazione di insolvenza nel corso di un giudizio nel quale sia parte l’imprenditore interessato, dopo aver consentito a questi il pieno esercizio del diritto di difesa in relazione alla *notitia decoctionis*. Se la richiamata sentenza pare poter superare il dubbio circa il rispetto dell’art. 111 comma 2, cost., anche per il procedimento di sorveglianza, colpisce però come la Consulta come all’esercizio del diritto di difesa in relazione alla *notitia decoctionis* non trovi rispondenza analoga situazione nel procedimento di sorveglianza, atteso che a fronte della segnalazione dell’organo di P.S. o dell’UEPE, il Magistrato di Sorveglianza

⁸ Per tutte vedi Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 2004, n. 46021: “*La disciplina della sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale opera anche con riferimento al procedimento di sorveglianza e si applica non solo ai termini di comparizione ma anche a quelli previsti per la decisione del tribunale di sorveglianza nei casi di sospensione cautelativa di misure alternative*”.

provvede a rimettere gli atti al Tribunale per la verifica della violazione delle prescrizioni senza darne previa notizia all'interessato ed al suo difensore.

7. La pronuncia di inammissibilità dell'istanza

Il rinvio contenuto nell'art. 678, comma 1 c.p.p. all'art. 666 c.p.p., fa sì che anche nel procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza vengano le ragioni per le quali può essere dichiarata l'inammissibilità dell'istanza che anima il procedimento di esecuzione: 1) assenza di condizioni di legge, 2) mera riproposizione dell'istanza. A queste due deve aggiungersi una terza ipotesi tipica del procedimento di sorveglianza e contenuta nel comma 2-bis dell'art. 677 c.p.p.: la mancata elezione di domicilio. L'inammissibilità può essere rilevata dal Presidente del Tribunale di Sorveglianza con decreto. Il procedimento descritto dall'art. 666 c.p.p. prevede che il decreto possa essere emanato dopo aver acquisito il parere del P.M., non si registra, invece, alcun momento di dialogo con l'istante o con il suo difensore. La situazione evidenzia, quindi, la presenza di una possibile violazione del diritto al contraddittorio assicurato dall'art. 111 cost., che appare particolarmente grave nel caso in cui l'istanza sia stata presentata dalla parte che non ha provveduto alla nomina di difensore di fiducia. In questo caso, infatti, si registra l'assenza di contatto del condannato con un difensore, in quanto il difensore d'ufficio verrà nominato solo all'esito dell'adozione del decreto di inammissibilità. Si rappresenta in questo caso una grave lesione al diritto alla difesa tecnica, che non pare poter essere sanata dalla successiva notifica del decreto al difensore d'ufficio che potrà interporre ricorso per cassazione. Una più limitata violazione del diritto al contraddittorio si registra nel caso in cui l'interessato abbia preventivamente nominato un difensore di fiducia, che lo abbia aiutato a redigere l'istanza, in quest'ipotesi la lesione resta confinata al mancato contraddittorio. Le gravi conseguenze alle quali si giunge attraverso questa procedura non devono far dimenticare che: sotto un primo profilo il decreto di inammissibilità non può essere adottato durante la sospensione feriale dei termini, mancando un momento nel quale l'interessato possa rinunciare alla sospensione stessa a meno che ciò non abbia dichiarato nella stessa istanza. Sotto un secondo profilo, l'eventuale ricorso per Cassazione nei 15 giorni ex art. 588 c.p.p. sospende l'efficacia del decreto considerato che il comma 7 dell'art. 666 c.p.p. esclude che il ricorso sospende l'esecuzione dell'ordinanza, ma in questo caso oggetto del ricorso è un decreto.

8. Contenuto e patologia del decreto di citazione all'udienza.

Il decreto di citazione all'udienza deve contenere la nomina del difensore d'ufficio (se l'istante non ha nominato un difensore di fiducia); l'autorità procedente; il luogo, giorno e ora dell'udienza; l'oggetto del procedimento in forma sintetica; la possibilità di chiedere il giudizio in pubblica udienza (**Corte cost. 93/2010**), ma si tratta di questione controversa come vedremo *infra*.

Quanto alle nullità, che possono originarsi dalla scorretta formazione del decreto di citazione occorre rilevare che la mancata o scorretta determinazione dell'oggetto del procedimento determina un nullità relativa ex art. 178 comma 1, lett. c, c.p.p. e 181 c.p.p.. Invece, se manca il decreto di citazione o la sua notificazione si determina una nullità di ordine assoluto ex art. 179 c.p.p.⁹ Il decreto di citazione deve essere notificato 10 giorni liberi prima dell'udienza, se il suddetto termine non è rispettato vi sono due orientamenti: 1) nullità di ordine assoluto, 2) nullità a carattere generale ed a regime intermedio, sanabile con concessione del termine di dieci giorni¹⁰. Quest'ultima tesi

⁹ Sul punto però Cass. pen., sez. I, 26 maggio 2009, n. 24096, ha precisato che: *“L'omesso avviso al codifensore di fiducia del condannato per l'udienza davanti al tribunale di sorveglianza non è causa di nullità qualora l'atto di nomina sia stato indirizzato ad una autorità giudiziaria (nella specie, il Procuratore della Repubblica) diversa da quella investita della cognizione della causa, in contrasto con le forme previste dall'art. 96 c.p.p. che impongono che la relativa dichiarazione sia resa all'autorità giudiziaria procedente”*.

¹⁰ Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 2009, n. 41581: *“Nel procedimento di sorveglianza l'inosservanza del termine libero e integro di dieci giorni che devono intercorrere tra la notifica dell'avviso di udienza al difensore e la data di quest'ultima dà luogo a nullità a regime intermedio del provvedimento che lo definisce che, se tempestivamente eccepita, impone la rinnovazione dell'avviso, non essendo sufficiente la concessione di un ulteriore termine ad integrazione di quello originario”*.

appare condivisibile anche in ragione del rispetto del principio di lealtà e collaborazione processuale, che impone al difensore o all'interessato che abbiano ricevuto tardivamente il decreto di chiedere in udienza il rinvio della trattazione del procedimento. Nullità a regime intermedio, infine, deve essere valutata l'ipotesi in cui sia irregolare la notifica ovvero manchi la notifica ad uno dei due difensori.

9. Istruzione precamerale.

Pur in assenza di un'esplicita norma processuale il Tribunale di Sorveglianza avvia un'istruttoria officiosa già prima dell'udienza attraverso l'acquisizione di documenti ai sensi dell'art. 666, comma 5, c.p.p. Si registra, quindi, il coinvolgimento del Tribunale nella raccolta di elementi utili ai fini del giudizio già prima che si instauri il contraddittorio con le parti. Evenienza questa che ha suscitato qualche perplessità in relazione alla possibile violazione dell'art. 111, comma 2, cost.

Ai sensi dell'art. dell'art. 666, comma 3, c.p.p., le parti hanno 5 giorni per depositare memorie. Si discute se si sia in presenza di un termine perentorio. Qualora lo si ritenesse tale si potrebbe dire che nulla impedirebbe alle parti di leggere le memorie in udienza, ma appare preferibile che gli si riconosca una tale natura anche per favorire il rispetto del contraddittorio. Nessun termine è previsto per il deposito di documenti, tanto che le parti potrebbero depositarli direttamente in udienza. Una simile lettura, che appare quella letteralmente corretta, appare però contrastare con l'obbligo di rispettare il termine di 5 giorni entro il quale depositare memorie. Senza dire che appare lesivo del principio di concentrazione processuale e di ragionevole durata del processo, posto che il deposito a sorpresa di documentazione può legittimare l'altra parte a chiedere un rinvio per esaminarla ed imporre eventuale ulteriore istruttoria anche officiosa da parte del Tribunale. Senz'altro può dirsi che l'assoluta assenza di tempistica in merito alla cadenza degli adempimenti istruttori rappresenta un grave inconveniente sulla strada della piena attuazione della ragionevole durata del procedimento di sorveglianza.

10. L'udienza dinanzi al Tribunale di Sorveglianza: il condannato ha diritto ad un'udienza pubblica?

L'udienza si svolge necessariamente in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.), ma questa previsione che fino allo scorso anno appariva assolutamente scontata è stata messa in dubbio all'indomani di Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 117, comma 1, cost. in relazione all'art. 6, § 1, Cedu, l'art. 4 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e l'art. 2 ter della l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. La Corte, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Bocellari e Rizza c/Italia 2007; Perre c/Italia 2008), ha precisato che resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 c.p.p., è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse.

La questione in passato era stata affrontata dal giudice di legittimità¹¹, che aveva escluso l'estensione della giurisprudenza di Strasburgo al procedimento ex art. 41-*bis*, ritenendo necessario passare attraverso la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 cost. secondo le indicazioni offerte da Corte cost. 348 e 349/2007. Secondo il ragionamento offerto dalla Consulta e ripreso dalla Cassazione, la CEDU è norma interposta, sicché in caso di contrasto tra norma interna e CEDU opera un controllo centralizzato della Consulta per violazione dell'art. 117 cost. anche in applicazione della teoria dei controlimiti.

Prima di sollevare la questione il giudice a quo deve, però, tentare un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale in ragione di una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU in ordine

¹¹ Cass. pen., sez. I, 26 febbraio 2008, n. 14010.

all'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo non solo per il legislatore nazionale ma anche per la giurisdizione nazionale.

Come appare evidente la soluzione in merito alla presenza di un diritto del condannato di ottenere un'udienza pubblica passa attraverso i rapporti tra ordinamento interno e CEDU. Pertanto, è bene riprendere le soluzioni alternative a quella offerta dal giudice delle leggi attraverso le quali sono stati declinati i rapporti tra l'ordinamento nazionale e la Convenzione europea. Secondo una prima tesi la CEDU è stata comunitarizzata ai sensi dell'art. 6 Trattato sull'Unione europea nella versione consolidata all'indomani del Trattato di Lisbona del 2007 par. 2 e 3: "2. *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.* 3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*". Da ciò deriva che la norma nazionale può essere disapplicata ex art. 11 cost. salvo il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹². Per una seconda tesi di derivazione dottrinale (R. Conti) le norme CEDU spiegano efficacia diretta nell'ordinamento nazionale se corrispondono alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 di Nizza e se si versa in una materia di competenza dell'Unione. Nel caso, invece, in cui non si versa in una materia di competenza dell'Unione occorrerà seguire la via della remissione alla Consulta. Adottando questa soluzione che pare quella preferibile nel nostro caso sembra necessario giungere ad una soluzione positiva atteso che l'art. 47 della Carta di Nizza prevede espressamente il diritto ad un processo pubblico. Pertanto, il precetto in questione ha diretta efficacia nell'ordinamento nazionale con l'obbligo di indicare nel decreto di citazione il diritto ad ottenere un'udienza pubblica.

10.1 La costituzione delle parti, l'apertura del procedimento, l'oggetto del giudizio e l'istruttoria.

Com'è noto nel 2006 le Sezioni Unite¹³ sono intervenute a sanare un contrasto giurisprudenziale chiarendo che al difensore non si applica la disciplina sul legittimo impedimento. L'intervento si è rivelato quanto mai opportuno sul piano pratico atteso che, l'opposto orientamento rischiava di consentire un atteggiamento dilatorio al difensore specie nel caso di soggetti destinatari di provvedimento ex art. 656, comma 5, c.p.p.

Per il condannato, al contrario, la disciplina del legittimo impedimento si applica con alcune precisazioni però a seconda che questi sia libero o detenuto. Nel primo caso, infatti, si applica comunque, sicché il legittimo impedimento comunicato al Tribunale e supportato da idonea documentazione conduce ad un rinvio della trattazione del procedimento ad epoca successiva al venir meno della causa che ha dato origine all'impedimento, sempre nel rispetto dei 10 giorni liberi fissato dall'art. 666, comma 3, c.p.p. Nel secondo, invece, non è sufficiente che il Tribunale sia notiziato del legittimo impedimento, ma questi deve chiedere il rinvio in quanto vuole essere ascoltato. A questa conclusione giunge la Suprema Corte¹⁴, interpretando l'art. 666 comma 4 c.p.p.,

¹² Questa è la tesi sposata in giurisprudenza, da ultimo, da TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 18/05/2010, n. 11984; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

¹³ Cass., Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 31461: "*La previsione secondo la quale nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza è necessaria la presenza del difensore non implica che un suo pur legittimo impedimento a comparire debba dare luogo a un rinvio dell'udienza camerale. La necessità della partecipazione del difensore può essere soddisfatta anche dall'intervento di altro difensore immediatamente reperibile, designato come sostituto ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p. Al difensore nominato ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p. può essere concesso un congruo termine per la preparazione della difesa, spettando pur sempre all'organo giudicante di adottare i provvedimenti più acconci per garantire che l'esercizio della difesa sia effettivo. Di conseguenza non si configura la nullità ex art. 179 c.p.p. per il caso in cui i procedimenti proseguano con la presenza di un difensore nominato in sostituzione del difensore di fiducia impedito*".

¹⁴ Cass. pen., sez. I, 9 giugno 2009, n. 26478: "*Nel procedimento di sorveglianza, il legittimo impedimento dell'interessato assume rilevanza, ove questi sia detenuto, a condizione che abbia preventivamente richiesto di essere personalmente sentito. (In applicazione del principio, la Corte ha precisato che, se l'interessato è in stato di libertà, il*

secondo il quale l'interessato che ne faccia richiesta deve essere sentito personalmente¹⁵, a meno che non sia detenuto od internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, nel qual caso è sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo.

La norma citata prevede anche che se l'interessato è detenuto fuori dalla circoscrizione del Tribunale di Sorveglianza può essere sentito dal MdS territorialmente competente. Una siffatta disposizione pone un problema di conflitto con l'art. 24 comma 2 cost. diritto di difesa e con l'art. 111 comma 2 cost., che dispone il processo si svolga in condizioni di parità tra le parti. Pertanto, parte della dottrina (G. Spangher) conclude per l'incostituzionalità di questa previsione. Un approccio intermedio ritiene, invece, che la disposizione si sottragga alla censura di costituzionalità nella misura in cui facultizza il giudice a disporre la traduzione del detenuto, qualora lo ritenga necessario ai fini del procedimento, come nel caso in cui il detenuto stesso indichi le ragioni che rendano necessaria la sua presenza. Quest'approccio appare coniugare la tutela del diritto di difesa con quello della ragionevole durata del processo, nonché con l'uso leale anche delle facoltà processuali (art. 2 cost.).

Si discute se sia consentita, invece, la partecipazione a distanza del detenuto stante l'assenza di previsioni analoghe a quelle contenute negli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. c.p.p., con l'unica eccezione per il TdS di Roma dei reclami ex art. 41-bis, comma 2-septies O.P. In giurisprudenza si registra infatti un orientamento che fa leva sul dettato dell'art. 45-bis, disp. att. c.p.p., per ritenere che la partecipazione a distanza possa essere disposta anche dinanzi al Tribunale di Sorveglianza¹⁶.

In mancanza di una esplicita dichiarazione di apertura dell'udienza, al termine della costituzione delle parti e prima della relazione devono essere proposte le eccezioni di incompetenza territoriale¹⁷ e le nullità relative. Mentre le nullità a regime intermedio devono essere eccepite prima della deliberazione. Infine, le nullità assolute possono essere rilevate anche a mezzo di impugnazione.

In omaggio all'art. 45 disp. att. c.p.p., la relazione orale segue gli atti introduttivi del procedimento. Qualora la relazione orale venga omessa, però, non vi sono sanzioni processuali che inficiano gli atti successivi.

In merito all'oggetto del giudizio, lo stesso viene definito con l'atto che da impulso al procedimento. Nel caso in cui il procedimento sia stato attivato ad istanza di parte, si ritiene che il thema decidendum non possa essere ulteriormente esteso dal condannato a meno che il Procuratore Generale in udienza non presti il suo consenso.

Una fase del procedimento di sorveglianza che più delle altre evidenzia profili di eccentricità rispetto al modello del processo penale di cognizione è quella dell'istruttoria. In merito all'istruttoria il codice riserva al procedimento di sorveglianza alcune norme di carattere generale: artt. 666 comma 5, 678 comma 2, c.p.p., art. 185 disp. att. c.p.p. Mentre norme speciali sono riservate a determinati procedimenti. Si pensi ad esempio all'art. 683 comma 2 c.p.p. sulla

tribunale di sorveglianza è tenuto a prendere in considerazione il legittimo impedimento addotto e disporre un rinvio dell'udienza, pena la nullità della stessa e dei provvedimenti che vengono adottati al suo esito)".

¹⁵ Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2008, n. 28557, ha precisato che: "Nel procedimento di sorveglianza la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta integra una nullità del procedimento di ordine generale, "ex" art. 178, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., e a regime intermedio quanto alla deducibilità e alla rilevabilità. (In motivazione, la S.C. ha precisato che, qualora intenda sottoporsi ad audizione, l'interessato ha l'onere di formularne richiesta, mentre compete all'autorità giudiziaria la fissazione delle relative modalità, fermo restando che la richiesta dell'interessato contiene implicitamente l'istanza di essere sentito quanto meno dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui è detenuto o internato)".

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2007, n. 45004: "Nel procedimento di sorveglianza, disciplinato dall'art. 666 cod. proc. pen. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 678 cod. proc. pen. in relazione all'art. 236, comma secondo disp. att. cod. proc. pen., una volta disposta d'ufficio la traduzione o la partecipazione a distanza ai sensi dell'art. 45-bis disp. att. cod. proc. pen. dell'interessato, non è consentito - a pena di nullità ex art. 178, comma primo, lettera c) - procedere in sua assenza, salvo rinuncia a comparire".

¹⁷ Cass. pen., sez. I, 2 dicembre 2008, n. 47528: "Anche nel procedimento di sorveglianza trova applicazione la regola generale dell'art. 22, comma secondo, cod. proc. pen., secondo la quale l'eccezione di incompetenza per territorio va proposta, a pena di decadenza, entro la fase di controllo della costituzione delle parti, in mancanza dell'udienza preliminare".

riabilitazione, ovvero all'art. 4-bis O.P. In ogni caso sia le norme di respiro generale che quelle settoriali sono ispirate al principio secondo il quale l'istruttoria è affidata all'iniziativa officiosa del giudice non vi è onere probatorio sull'istante ma solo di allegazione di fatti¹⁸ o documenti. L'istruttoria nel procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza si ispira, quindi, ad un principio dispositivo con metodo acquisitivo. Ciò in quanto la disparità sostanziale che caratterizza il rapporto sostanziale tra condannato e amministrazione penitenziaria viene riequilibrato attraverso l'utilizzo del potere acquisitivo da parte del Tribunale di Sorveglianza. Non va trascurato, però, che l'intervento istruttorio officioso da parte del Tribunale interviene solo se l'istante provvedere ad adempiere all'onere di allegazione della documentazione che il legislatore in alcune ipotesi gli impone ovvero se allega quei fatti che il Tribunale è chiamato ad indagare per verificare la concedibilità della misura. Nel primo caso, è quindi, necessario che sia superato il vaglio di ammissibilità come ricorda Cass. n. 44414/2008 in tema di applicazione dell' art. 94, comma 3, d.P.R. 309/90,: *“il tribunale di sorveglianza può anche acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico concordato; deve altresì accertare che lo stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio”*). Nel secondo si pensi alla verifica circa l'impossibilità della collaborazione con la giustizia è l'interessato a dover indicare quegli elementi, che il Tribunale dovrà ulteriormente indagare, dai quali desumere il superamento della condizione di ammissibilità richiesta dal legislatore per coloro che abbiano riportato condanna per un reato di cui alla cd. prima fascia dell'art. 4-bis O.P.. Quest'impostazione pone un problema di contrasto con l'art. 111, comma 2, cost. (giudice terzo ed imparziale), che, però, risulta solo apparente in quanto l'istruttoria officiosa interviene per colmare a favore del condannato un gap conoscitivo altrimenti difficilmente sanabile.

In ogni caso le parti hanno un vero e proprio diritto alla prova applicandosi analogicamente l'art. 190 c.p.p., ma anche l'art. 391-*decies* in tema di indagini difensive. Un orientamento un po' datato della Cassazione (due sentenze del 1993) esclude l'applicabilità analogica dell'art. 495, comma 2, c.p.p. sul diritto alla controprova, ma all'indomani della modifica dell'art. 111 cost. anche questo orientamento va rimeditato.

Al contrario, la decisione fondata su documenti acquisiti dopo l'udienza risulta inficiata da nullità assoluta per lesione del diritto al contraddittorio.

10.1.1. Acquisizione delle prove precostituite (art. 666, comma 5, c.p.p.).

Sull'acquisizione delle prove precostituite l'art. 666, comma 5, c.p.p. è sufficientemente chiaro nel prevedere che i documenti (certificazioni sanitarie, relazione di sintesi, relazione sociale, informazioni dagli organi di P.S., nota del comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica, della DDA o DNA) possono essere anche acquisiti dal Tribunale di Sorveglianza prima dell'udienza purché siano offerti al contraddittorio delle parti. Nessuna indicazione dal testo di legge si coglie in merito alla possibilità di esaminare in giudizio l'autore dell'atto o del documento con applicazione analogica dell'art. 111, comma 4, c.p.p. In particolare, non vi è alcuna indicazione circa la presenza di un vero e proprio diritto del condannato ad ottenere l'interrogatorio del medico, assistente sociale,

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649: *“Nel procedimento di sorveglianza non sussiste un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, cioè il dovere di prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la richiesta si basa, incombando poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti”*; Cass. pen., sez. I, 22 settembre 2010, n. 34987: *“In tema di esecuzione non sussiste un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, il dovere, cioè, di prospettare e indicare al giudice i fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombando poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti. (Fattispecie relativa a istanza di riabilitazione, con riferimento alla quale la Corte ha annullato con rinvio la decisione del tribunale di sorveglianza che, a fronte di documentazione prodotta dall'interessato e comprovante la sua totale incapacità reddituale, l'aveva rigettata sul rilievo della mancata prova sia dell'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato, sia dell'impossibilità di adempierle)”*.

educatore, ufficiale di P.S., autore del documento acquisito agli atti. In assenza di un'espressa indicazione legislativa in tal senso ed in ragione della finalità precipua alla quale la disciplina del comma 4 dell'art. 111, ossia la condanna, aggancia il diritto dell'imputato di ottenere l'interrogatorio di colui che ha formato l'atto, non pare possibile procedere ad un'estensione analogica. Pertanto, anche in quest'ipotesi torna in gioco il ruolo del Tribunale di Sorveglianza quale dominus dell'istruttoria, che dovrà valutare l'utilità dell'esame richiesto dal condannato.

10.1.2. Acquisizione delle prove costituenti (art. 666, comma 5, c.p.p., art. 185 norme att. c.p.p.).

L'art. 185 disp. att. c.p.p. prevede che l'esame testimoniale e l'espletamento della perizia avvengano senza particolari formalità. L'assenza di particolari formalità caratterizza secondo la norma citata l'intera istruttoria del Tribunale di Sorveglianza. Da ciò si evince che ad esempio non vi è obbligo di presentare lista testi sette giorni prima dell'udienza, sicché anche in udienza le parti potranno chiedere l'esame di un testimone a sorpresa. L'utilità di ascoltare testi per completare l'istruttoria procedimentale è espressamente prevista dall'art. 678, comma 2, c.p.p., che indica la possibilità di ascoltare i tecnici del trattamento. In questo caso più che di una vera e propria testimonianza, benché quest'ultimi potranno essere chiamati anche a narrare di fatti compiuti dal condannato in loro presenza, si è in presenza di una richiesta di giudizio tecnico, quasi una verifica, ossia un accertamento tecnico, che secondo lo schema tipico del processo amministrativo proviene dalla stessa amministrazione penitenziaria.

L'art. 220 c.p.p. prevede, invece, espressamente la possibilità di disporre perizia criminologica, che unitamente a quella medico-sanitaria, sono le più utilizzate nel procedimento di sorveglianza. Al riguardo, va rammentato che Cass. n. 43487/2010, ha precisato che non vi è obbligo di previa audizione dei periti ex art. 511 comma 3 c.p.p., ma il perito può essere ascoltato in udienza per chiarimenti sentire i tecnici del trattamento. Una prassi diffusa presso alcuni Tribunali di Sorveglianza, che trova terreno fertile nel disposto dell'art. 185 disp. att. c.p.p., secondo il quale il giudice nell'assumere le prove procede senza particolari formalità anche per quanto concerne l'espletamento della perizia, prevede che una volta disposta la perizia da parte del Tribunale di Sorveglianza, possa essere delegato il Magistrato di Sorveglianza che compone il Collegio all'individuazione del perito ed al conferimento dell'incarico peritale, alla presenza delle parti. Questa prassi virtuosa consente di accorciare i tempi della trattazione del procedimento.

Proprio l'esigenza di tutelare il contraddittorio ai sensi dell'art. 666, comma 5, c.p.p. impedisce di ritenere che il Tribunale di Sorveglianza possa delegare l'acquisizione della prova, ad esempio, alla polizia giudiziaria o ai tecnici del trattamento.

11. Deliberazione e decisione.

Quanto alla deliberazione vale il principio di immutabilità del giudice, ossia il giudice che ha partecipato alla trattazione deve essere lo stesso che delibera. Pertanto, il collegio sia nella sua componente togata che nella sua componente laica non può cambiare. La rigida applicazione di questo principio per la peculiare composizione del Tribunale di Sorveglianza rischierebbe di complicare particolarmente la gestione dei procedimenti: obbligando a fissare molte udienze con pochi procedimenti, ma così sottraendo i Magistrati di Sorveglianza alle altre numerosissime attività che sono loro affidate o prefigurando udienze sulla scorta dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, alla quale siano obbligati a partecipare tutti i magistrati, togati e laici. Fortunatamente nessuna delle due vie deve essere percorsa, atteso che il principio di immutabilità non impedisce che nel procedimento di sorveglianza, poiché l'attività di raccolta del materiale probatorio ha luogo in modo semplificato, senza necessità di formali provvedimenti di ammissione e lettura, possano essere utilizzati anche atti precedentemente ammessi o acquisiti innanzi al giudice in diversa composizione (Cass. 9006/2009).

Quid juris nel caso di testimonianza? In quest'ipotesi pare corretto concludere che valgano i principi affermati da Cass. Sez. Un., 1999/Iannasso.

Da ultimo, un riferimento ineludibile deve essere fatto alla decisione, per la quale vige il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la giurisprudenza della Suprema Corte, però ritiene in attuazione del principio di progressione trattamentale e di continenza della misura richiesta con quella di grado minore (Cass. 11826/2009), che il Tribunale di Sorveglianza possa concedere misure più contenute rispetto a quella richiesta dall'interessato, con l'unico limite dell'impossibilità di concedere l'affidamento terapeutico, per il divieto di imporre trattamenti sanitari obbligatori ex art. 32 cost..