

**Il contraddittorio sul carcere:  
una *fictio iuris* anche nei casi più gravi  
(L'Aquila, 20 giugno 2017)  
Avv. Francesco Trapella**

**1.**

La lettura delle due ordinanze del Tribunale di sorveglianza aquilano mi impone di concentrare l'attenzione su quattro aspetti:

- la lettura che la Suprema Corte dà del rapporto tra la tutela del diritto alla salute e la permanenza dello stato detentivo;
- i poteri del giudice della sorveglianza di fronte a stati morbosi del detenuto che possono legittimare un differimento nell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza;
- il contraddittorio, *in primis* probatorio, di fronte al giudice della sorveglianza in situazioni come quelle esaminate dal Tribunale aquilano nei due provvedimenti di cui oggi discutiamo;
- i rimedi, *sub specie* di impugnazioni, contro le decisioni della sorveglianza nelle materie che ci apprestiamo oggi a studiare.

Va subito premesso che le decisioni che mi sono state offerte in lettura si distinguono per l'evidente contraddittorietà del *decisum* rispetto ai presupposti: se in un caso, è stata disposta una perizia medica che ha dato un certo risultato e il Tribunale arriva, nei fatti a sconfessarlo, negando la malattia e mantenendo la restrizione carceraria per l'interessato, nell'altro, addirittura, si elogia il percorso di recupero del detenuto – che si è “mostrato disponibile alla revisione critica dei propri trascorsi” e che “ha sottolineato il suo allontanamento dalle logiche della sub-cultura deviante”, addirittura “palesando un atteggiamento di autocritica” –, salvo, in chiusura, ritenere necessario “verificare gli eventuali progressi dell'istante mediante il trattamento intramurario, anche per approfondire la embrionale revisione critica del passato deviante”.

Tutto ciò oggi ci offre lo spunto per riflettere sul ruolo del giudice della sorveglianza nell'attuale panorama giuridico, per apprezzarne la discrezionalità e per domandarsi quale sia la migliore tecnica di difesa dei diritti del condannato in casi del genere. Ed ecco perché, credo, il richiamo al contraddittorio nel titolo di questo incontro.

**2.**

È la prima delle due ordinanze a mettere in luce il tema del diritto alla salute dei detenuti e, quindi, a richiamare l'esistenza di situazioni nelle quali la pena o la misura di sicurezza va differita in rapporto a stati morbosi di speciale gravità.

Una definizione generale dei contesti idonei a determinare una tale conseguenza è data dalla Cassazione: in una pronuncia del 2015 (Cass., sez. I, 30.06.2015, n. 36322) la Suprema Corte ha chiarito che il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare è connesso ad uno stato di salute che "non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona detentiva, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria".

Altrove, poi, la Cassazione ha ricollegato lo stato morboso di cui si tratta all'esigenza di assicurare una pena umana, ricordando come "le affezioni di un condannato coinvolgono non certo soltanto il fisico del medesimo, ma anche il suo stato psicologico" (Cass., sez. I, 22.06.2016, n. 49825).

Ancora, è stato chiarito che "il differimento dell'esecuzione della pena detentiva, pur non richiedendo un'incompatibilità assoluta tra la patologia da cui è affetto il condannato e il suo stato di detenzione carceraria, postula che l'infermità o la malattia sia tale da comportare un serio pericolo di vita o da non poter essere adeguatamente trattata in ambito carcerario, o comunque sia tale che l'espiazione della pena, per le sofferenze aggiuntive, eccessive ed ingiustificate che ne derivano, avvenga in aperto dispregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento dei detenuti" (Cass., sez. I, 14.06.2016, n. 48721). È sempre il nesso tra umanità della pena e condizioni carcerarie.

Solo negli ultimi due anni, la Suprema Corte ha tentato di offrire una definizione dei contesti di cui si parla in una decina circa di occasioni: il problema, a monte, è dato dall'infelice formulazione dell'art. 147, comma 1, n. 2, c.p..

La norma esordisce con "l'esecuzione di una pena *può* essere differita", è rubricata "rinvio *facoltativo* dell'esecuzione della pena", e non c'è voluto molto perché la Cassazione cogliesse l'occasione di sottolineare "che il differimento della pena, secondo la disciplina portata dagli artt. 146 e 147 c.p., può essere provvedimento necessitato ovvero facoltativo e ciò, evidentemente, sulla base della ricorrenza o meno di determinati requisiti": cito solo la giurisprudenza più recente (questa è Cass., sez. I, 18.09.2015, n. 41192), ma sul punto la giurisprudenza è univoca, ed infatti il dato viene dall'esegesi letterale del disposto che, sul punto, non credo possa dare adito a dubbi.

Perché parlavo di infelice formulazione? Perché esiste un problema, direi, tipicamente italiano, che deriva molto probabilmente dall'estrema varietà della nostra lingua, per cui ogni volta in cui il legislatore descrive un presupposto normativo, insuscettibile di essere applicato secondo una secca alternativa, del tipo "bianco" o "nero", subito si moltiplicano le possibili interpretazioni.

E questo è un primo problema.

Il secondo è uno che permea l'intero processo penale e che affiora con forza particolare in sorveglianza, cioè come evitare che la discrezionalità del giudice si trasformi in arbitrio.

In altre parole, delineando l'art. 147, comma 1, n. 2, c.p. il legislatore ha rimesso al giudice il compito di individuare – nel caso concreto ed entro una precisa cornice discrezionale – le tracce di una situazione, da lui descritta in modo generale e astratto.

Se il giudice rimane entro questa cornice discrezionale, nulla potrà essergli eccepito; diversamente, egli avrà travisato i confini impostigli dalla norma e sarà auspicabile una censura di legittimità: anticipiamo solo, così, il quarto dei punti che ho proposto, cioè quello del rimedio di impugnazione.

Ora come ora, invece, mi interessa porre l'accento sulla conseguenza del principio che ho appena espresso: se – dicevo – è auspicabile una censura di legittimità quando il giudice superi la cornice tratteggiatagli dal legislatore, lo è del pari che costruisca un provvedimento che renda conto del fatto di avere saputo rimanere all'interno dei confini imposti. Un provvedimento – diremmo, in una sola battuta – motivato adeguatamente: e a ben pensarci, è proprio questo il problema che, di recente, la prima sezione del Supremo Collegio ha sollevato nel caso Riina, rinviando la questione al Tribunale di sorveglianza bolognese per un maggiore approfondimento delle ragioni che, *ab origine*, portarono a negare l'applicazione dell'art. 147, comma 1, n. 2, c.p. al condannato.

Riprendiamo, dunque, la prima delle due ordinanze da cui siamo partiti.

C'è, in apertura, da parte del Tribunale aquilano un apprezzabile sforzo ricostruttivo dell'esegesi che la Cassazione offre dei rapporti tra diritto alla salute del detenuto e stato di prigionia. Si legge nel provvedimento che “gli stati morbosi che possono legittimare un differimento della esecuzione della misura di sicurezza ai sensi del citato articolo sono riconducibili a tre situazioni di fatto: 1. Ipotesi di prognosi infausta “*quoad vitam*” ravvicinata; 2. Ipotesi di soggetto che possa giovare, in stato di libertà, di cure e trattamenti indispensabili non praticabili né in stato di detenzione, né mediante ricovero in Ospedali Civili o in altri luoghi di cura; 3. Ipotesi di soggetto che versi in condizioni di salute talmente gravi da far ritenere l'espiazione della misura di sicurezza in contrasto con il senso di umanità”.

I giudici passano, poi, ad esaminare lo stato di salute del detenuto. E anche qui, nulla si può dire in ordine al loro *modus operandi*, essi compiendo la più classica delle operazioni di sussunzione, ossia di confronto del caso concreto con la norma astratta e, qui, con la lettura che della stessa si è data nel corso degli ultimi anni. Si legge, quindi, nell'ordinanza che l'internato “è stato operato nel settembre 2016 per recidiva locale di carcinoma della laringe ed in data 5-10-2016 è stato sottoposto all'intervento chirurgico di laringectomia parziale e che, data l'estensione della neoplasia, all'intervento chirurgico hanno fatto seguito trattamento radioterapico e tre cicli di

trattamento chemioterapico; che attualmente l'internato ha difficoltà ad alimentarsi in modo adeguato, per cui si integra alimentazione orale con alimentazione centrale; che il paziente è invalido sia per la patologia tumorale che perché portatore di tracheotomia e nutrizione centrale". Segue, infine, il richiamo ad una recentissima nota (28 aprile 2017) del Dirigente penitenziario del D.A.P. – Direzione generale dei detenuti, che spiega come sia stato necessario trasferire il condannato nel carcere milanese di Opera, per maggiore vicinanza con l'Ospedale San Paolo di Milano, ove esiste un reparto all'avanguardia nella cura di patologie come quella che affligge il detenuto.

Da quanto sopra, i giudici ricavano un quadro di "complessità della patologia dell'internato", tale da indurli a disporre una perizia – si legge –, finalizzata ad "accertare se le [patologie] possano essere adeguatamente [qui manca il verbo, immaginiamo "curate"] in carcere anche mediante ricovero ex art. 11 O.p., se le predette patologie incidano sulla vita quotidiana ed in che modo, e nell'ipotesi in cui le predette patologie non possano essere curate adeguatamente in carcere, quali siano le strutture pubbliche idonee al ricovero dell'internato".

Segue, l'esame della relazione peritale. Ne leggo solo alcuni passaggi: "siamo in presenza di un notevole ritardo nella capacità deglutitoria"; "ad oggi, le funzioni laringee non sono ancora presenti"; "nell'ottica di un ripristino completo di tali funzioni sembra ritenersi utile un periodo di trattamento presso una struttura pubblica tendente ad eliminare l'alimentazione tramite PEG, mediante adeguata riabilitazione deglutitoria"; "ciò è importante anche per evitare il rischio di ricorrere ad un intervento di laringectomia totale che risolve il problema deglutitorio, ma fa perdere al paziente la capacità fonatoria"; "il periodo per giungere ad un completo ripristino funzionale p[uò] essere ragionevolmente valutato in alcuni mesi (tre-quattro)"; "il controllo oncologico della malattia va effettuato mediante controlli sistematici presso strutture adeguate".

In sintesi estrema – e non senza il timore di banalizzare una situazione che, all'evidenza, è di particolare complessità – il perito afferma che occorre, nell'arco di un certo numero di mesi, lavorare su due fronti: a) quello riabilitativo, per il recupero della deglutizione; b) quello del controllo della patologia oncologica.

La conclusione che il Tribunale aquilano è curiosa: a) "lo stato morboso dell'internato non comporta una prognosi infausta quoad vitam" (e, allora, perché si parla di carcinoma, da controllarsi – dice il perito – "presso strutture adeguate?"); b) non risulta che lo stesso" – cioè l'internato – "possa giovare in libertà di cure e trattamenti sanitari non praticabili in alcun modo in detenzione, né in luogo esterno di cura ex art. 11 Ord. pen."

Sotto questo ultimo profilo, va ricordato che l'art. 11 Ord. pen. è norma a sua volta generica, che al primo comma detta il principio per cui ogni istituto penitenziario

è dotato di servizi medici e farmaceutici, e al secondo descrive il procedimento per trasferire, alla bisogna, condannati e internati in luoghi di cura esterni al carcere.

Quale fattispecie vaga, quella descritta dall'art. 11 Ord. pen. non può essere utilizzata per riempire l'art. 147, comma 2, n. 1, c.p., poiché non detta criteri idonei a spiegare quanto uno stato di salute possa dirsi grave per determinare il differimento della pena o della misura di sicurezza.

E l'errore interpretativo dei giudici aquilani si rivela fino in fondo nella chiosa dell'ordinanza: "l'espiazione della misura di sicurezza non si appalesa in contrasto con il senso di umanità in quanto, esclusi i casi di prognosi infausta e di non autosufficienza accertata" – ciò che, in realtà, la perizia ha già acclarato – "la adeguatezza delle cure apprezzabili in regime detentivo, anche mediante ricovero ex art. 11 O.p., come detto poc'anzi, non consente di ravvisare alcun contrasto".

La tautologia è evidente: la proposizione subordinata causale ha identico significato della principale; affermare che "A" è tale perché è "A" significa, in buona sostanza, non motivare. Appare, altresì, evidente il richiamo all'art. 11 dell'Ordinamento penitenziario, che, però, corre poco in aiuto, appunto, vista la genericità del precetto.

Insomma, il Tribunale aquilano riempie una fattispecie discrezionale con un'altra, in cui il legislatore, a propria volta, lascia il giudice libero di decidere in base alle peculiarità del caso concreto. E lo fa, senza spingersi in ulteriori spiegazioni, concludendo laconicamente con "le condizioni di salute dell'istante appaiono in tali termini, compatibili con il regime penitenziario e ... di conseguenza non sussistono le condizioni per disporre il rinvio dell'esecuzione della misura di sicurezza ai sensi dell'art. 147, n. 2 c.p.".

In definitiva, quindi, il Tribunale inizia bene – inquadrando fattispecie e connotati concreti della situazione esaminata – e conclude male, o meglio, astenendosi dal motivare ed, anzi, esprimendo, in una sorta di petizione di principio, il diniego al differimento dell'esecuzione per compatibilità dello stato morboso dell'internato con la sua detenzione.

### **3.**

Passiamo, quindi, al secondo punto e cerchiamo di capire che cosa avrebbe dovuto fare il Tribunale di sorveglianza, alla luce dei risultati peritali e della relazione del D.A.P., per vero puntualmente esaminati nella decisione in commento.

Anzitutto, avrebbe dovuto motivare. Un'ordinanza del genere rappresenta il tipico esempio di provvedimento carente di motivazione e, perciò, assoggettabile al controllo della Suprema Corte. Torna, insomma, l'archetipo di Riina: la sorveglianza rende una decisione immotivata, la Cassazione la annulla con rinvio, chiedendo maggiori spiegazioni sulle ragioni del diniego, e la palla torna di nuovo al Tribunale di prime cure. E questo, al di là della personalità del condannato.

Sotto un profilo di diritto sostanziale, invece, quello testé descritto è uno dei casi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena. La norma di riferimento è l'art. 147 c.p., che, diversamente dall'art. 146 – cioè la norma che regola il differimento obbligatorio – non parla di “pene diverse da quelle pecuniarie”, ma solo e più genericamente, di “pene”. Dal canto suo, l'art. 211-bis c.p. rinvia, per le misure di sicurezza, agli artt. 146 e 147 c.p.. Da questa velocissima panoramica deriva che, in casi come quello esaminato dalla sorveglianza abruzzese, pene e misure di sicurezza – da intendersi nel senso più ampio possibile – possono essere rinviate.

E, allora, vista la formulazione della norma, che non rende più indicazioni di quelle che abbiamo sin qui esaminato, torna il problema della discrezionalità del giudice, che non può essere risolto, richiamando altre fattispecie vaghe del codice penale, di quello di rito o dell'ordinamento penitenziario, ma che va, invece, affrontato con un'analisi sistematica, completa e puntuale degli elementi emersi nel procedimento di sorveglianza.

L'unica regola di diritto sostanziale che si può trarre è una, a sua volta vaga, diremmo, di principio.

L'art. 146 c.p. prevede il differimento obbligatorio delle pene per il malato di AIDS; l'art. 147 c.p. prevede quello facoltativo per colui che soffre di patologie incompatibili con lo stato di detenzione. In sostanza, il giudice deve effettuare una prognosi in termini di gravità della patologia e, di lì, calibrare il rimedio: se è AIDS o altra grave deficienza immunitaria, il differimento è dovuto; se lo stato patologico è compatibile con il carcere, nulla dovrà disporre; in situazioni intermedie, dovrà valutare il differimento ex art. 147 c.p.. Così, in modo condivisibile, con ordinanza del 9 gennaio 2015, il Tribunale di sorveglianza di Bologna negava il differimento per un soggetto affetto da modesta atrofia cerebrale, tale disturbo potendo tranquillamente essere curato in carcere. In altri casi, però, occorrono motivazioni puntuali dal giudice di prime cure: ciò che – si ribadisce – nel caso aquilano non è stato fatto.

#### 4.

E, allora, si torni su una considerazione di poco fa: il giudice della sorveglianza deve decidere sulla base degli elementi a sua disposizione.

E come se li procura? Velocemente, il procedimento di sorveglianza è regolato dall'art. 678 c.p.p., che rimanda alle regole per il giudizio di esecuzione (art. 666 c.p.p.). Tra di esse, v'è quella del comma 5, che conferisce al giudice amplissimi poteri officiosi nel recupero delle prove di cui abbisognasse, ma che richiama, in chiusura, al principio del contraddittorio. Detta norma va letta in combinato disposto con l'art. 185 disp. att. c.p.p., che esprime la più totale assenza di forme nel procedimento probatorio *in executivis*.

La risposta alla domanda “e come se li procura?” è, pertanto, articolabile come segue: se li procura da solo (art. 666, comma 5, prima parte, c.p.p.) o se li fa

consegnare dalle parti, che agiscono nel contraddittorio (art. 666, comma 5, seconda parte e, diremmo, art. 190 c.p.p.).

Mi piace parlare a tal proposito non tanto di una negazione del principio dispositivo espresso dall'art. 190 c.p.p., quanto piuttosto di una variante sul tema. E, difatti, eleggendo il contraddittorio a principio che informa l'intero procedimento penale, è senz'altro utile distinguere un "contraddittorio per la cognizione" da un "contraddittorio per l'esecuzione": il primo è funzionale alla decisione che il giudice assumerà sulla responsabilità dell'imputato per il fatto dedotto in accusa; il secondo è funzionale alle decisioni acquisibili *in executivis*. È, però, innegabile che ogni decisione debba assumersi, sentito il punto di vista delle parti, ancorché in base a schemi che il più delle volte ci appaiono multiformi: di fatto, non esistono più principi del contraddittorio, ma più forme e più modalità attraverso le quali questo principio si esprime.

La premessa, quindi, ci permette di parlare non solo di un contraddittorio per l'esecuzione, ma anche di un procedimento probatorio in questa fase. Leggendo l'art. 666, comma 5, c.p.p. come una variante sul tema dell'art. 190 c.p.p., non è possibile ammettere limitazioni al diritto alla prova delle parti, nemmeno in esecuzione o davanti al giudice della sorveglianza. E riprova ne è l'art. 185 disp. att. c.p.p., che parla, appunto, di assenza di formalità in materia istruttoria.

Ne deriva che non solo le prove pre-costituite, le testimonianze e le perizie possono essere acquisite *post iudicatum*, ma qualsiasi prova, anche atipica, che serva a rispondere al quesito che, nella singola fattispecie, ha attivato quella specifica procedura, di esecuzione o di sorveglianza che sia.

Queste sono le regole.

La prassi è purtroppo diversa. Specie negli uffici più grandi, i casi da esaminare in una sola giornata sono tanti e le udienze si riducono a spazi della durata di pochissimi minuti.

La prassi è purtroppo anche variegata. Spesso si legge *l'incipit* dell'art. 666, comma 5, c.p.p. nel senso di consegnare al giudice della sorveglianza poteri invasivi, di vero e proprio interrogatorio dell'interessato. Altrove, invece, al condannato non si domanda alcunché, rimettendosi alla dialettica tra pubblico ministero e difensore. Un eccesso e un altro: nel primo caso, si dimentica che la de-formalizzazione serve unicamente a ottenere decisioni veloci per questioni che abbisognano di una rapida soluzione, senza ridurre il giudizio ad un simulacro di contraddittorio, votato, invece, a deviazioni inquisitorie; nel secondo, si dimentica che, specie la sorveglianza, è giudizio sulla persona e non sui fatti e, credo, non si possa prescindere dal punto di vista del destinatario del trattamento sanzionatorio.

Come fare? Sono stato chiamato oggi – lo si legge dal titolo dell'incontro – ad esplorare possibili soluzioni. Una è quella di rafforzare il contraddittorio cartolare, di sfruttare, cioè, al massimo gli spazi che il procedimento in camera di consiglio concede

per la produzione di memorie e di materiale istruttorio. Spesso e volentieri, infatti, la sorveglianza è luogo di indagine sulla persona: indagine che viene compiuta sia dal servizio sociale, sia dall'autorità di polizia. Nulla vieta di utilizzare lo strumento dell'investigazione difensiva anche a questo proposito, producendo materiali utili alla decisione, e ben consapevoli del diverso *thema probandum* rispetto alla cognizione: qui non si parla di fatti, ma della personalità del condannato, della sua attitudine al recupero, della sua vita anteatta, della disponibilità della moglie ad ospitare il marito durante il periodo di detenzione domiciliare, della disponibilità di un Tizio ad assumere il condannato qualora gli venisse concesso l'affidamento in prova ai servizi sociali, ecc.

Sono convinto – perché l'ho provato – che la progressiva sostituzione del difensore all'inquirente nei casi di assistenza alla vittima giovi parecchio; buoni risultati ho ottenuto offrendo all'inquirente, mediante investigazioni difensive, materiali utili alla posizione dell'accusato. Penso che il ricorso al medesimo strumento in sorveglianza o nel giudizio di esecuzione potrebbe tornare utile e compensare, almeno in parte, il *deficit* di contraddittorio cui la prassi ci ha abituato in questo contesto.

Si pensi al caso di un'istanza di detenzione domiciliare. Occorre capire se il domicilio è idoneo ad ospitare il detenuto. Chi compie l'indagine solitamente? La polizia giudiziaria, delegata dal giudice della sorveglianza. E spesso la valutazione si risolve in una o due pagine di sommaria relazione. Nulla vieta al difensore di produrre fotografie, dichiarazione di disponibilità dei familiari ad ospitare il congiunto detenuto e di scrivere, lui per primo, una relazione da produrre al giudice della sorveglianza.

La speranza è che un'attività del genere, di cui necessariamente il difensore lascerà traccia scritta, possa servire al giudice per meglio motivare la propria decisione. E, di fatto, se il giudice non utilizzerà quei saperi per la pronuncia finale, il difensore avrà un'arma in più per impugnare.

Lo strenuo esercizio del diritto di impugnazione è la seconda soluzione che oggi propongo, e mi permette di passare al quarto ed ultimo punto che mi sono riproposto di trattare.

## 5.

Il diritto di impugnare, si diceva. È una strada molto meno facile delle investigazioni difensive.

Le decisioni della sorveglianza sono impugnabili in Cassazione. O, meglio, quelle del magistrato di sorveglianza possono essere impuginate davanti al tribunale; quelle, però, di cui oggi parliamo vanno sottoposte a ricorso in Cassazione.

Per l'impugnativa delle pronunce del giudice di sorveglianza davanti all'organo collegiale valgono le considerazioni in punto di contraddittorio che abbiamo appena finito di fare; per le altre, ne valgono alcune di caratura diversa.

La prima: il procedimento in Cassazione prevede tempi lunghi. Esaminando le principali decisioni della Suprema Corte sull'art. 147, comma 2, n. 1, c.p., rese tra il

2015 e il 2017, i tempi intercorrenti tra la pronuncia della sorveglianza e quella della Suprema Corte vanno dai nove ai diciassette mesi.

È un termine estremamente lungo per chi abbisogna di risposte brevi, come appunto un detenuto.

E qui vengo alla seconda delle due ordinanze che mi sono state date in lettura.

A fronte di una richiesta di affidamento in prova al servizio sociale, la Casa Circondariale di Sulmona rendeva una relazione attestante “condotta regolare” del detenuto, disponibilità alla revisione critica dei propri trascorsi, “allontanamento dalle logiche della sub-cultura deviante” e autocritica. Si trattava di reati commessi fino al 2002, con un fine-pena previsto per il primo novembre 2018.

Previa descrizione di un quadro siffatto, il Tribunale di sorveglianza aquilano ritiene “che l’ammissione a misure alternative alla detenzione non possa al momento essere valutata positivamente, occorrendo verificare gli eventuali progressi dell’istante mediante il trattamento intramurario anche per approfondire l’embrionale revisione critica del passato deviante, tanto più necessaria quanto più gravi sono i reati commessi”.

Anche qui, motivazione carente e conclusioni che tradiscono le premesse. Se, però, si ricorresse in Cassazione, calcolando diciassette mesi, probabilmente la decisione giungerebbe oltre il fine-pena.

Altro aspetto: il contraddittorio davanti alla Suprema Corte. Qui vale lo schema dell’art. 611 c.p.p.. Contraddittorio cartolare, senza le parti. Quale possibilità, quindi, per queste ultime di fare valere le ragioni che, in prima istanza, non sono state considerate dalla sorveglianza? Anche in tale contesto, l’indicazione è quella di sfruttare al massimo gli spazi per allegazione di elementi istruttori che il codice comunque prevede. D’altro canto, la tendenza è quella di ridurre le tempistiche dello straordinario lavoro che grava sulla Suprema Corte, per cui è impossibile aspettarci una risposta diversa.

Certo, qualcuno in dottrina continua a fare leva – a mio avviso, giustamente – sulla “posta in gioco” nel procedimento di sorveglianza, esaltandone l’importanza proprio a causa del diritto in gioco: la libertà personale del condannato e il diritto ad una pena umana, che sappia, in fondo, rieducare. E non è – mi si permetta una piccola chiosa polemica – questa la ragione della delega all’esecutivo contenuta nel famigerato d.d.l. Orlando, approvato proprio l’altro giorno?

Peccato che tutte queste considerazioni soccombano di fronte all’impossibilità di un dialogo – e, quindi, di un confronto orale – con il giudice, in primo grado, ma anche nel giudizio di impugnazione. E la soluzione diventa necessariamente quella di attrezzarci, noi difensori, per un’attività di allegazione che è in fondo simile a ciò che accade nel processo civile. Con un richiamo ad uno stile inquisitorio che, almeno noi penalisti, speravamo di avere superato da un po’ di tempo.

## 6.

Possiamo parlare di una crisi del processo di esecuzione, ivi comprendendovi anche quello di sorveglianza?

È materia, in effetti, trattata poco nelle aule universitarie e nei corsi di approfondimento, praticata non più di tanto, che, però, nasconde risvolti interessanti proprio per l'attenzione alla persona del condannato e per l'incrocio di considerazioni sociologiche e giuridiche che essa comporta.

Il contraddittorio per l'esecuzione è in crisi? Sicuramente, come lo è in tutti i settori della giustizia penale: qualcuno in dottrina parla di "silenziose erosioni del contraddittorio". Tuttavia, occorre un cambio di mentalità: in assenza di riforme (serie, lo si può dire?) sul punto, bisogna riappropriarci degli spazi che comunque il codice consegna alla difesa, imparando ad esercitare un'attività assertiva e un'attività istruttoria ogniqualvolta ce ne venga data la possibilità.

Ciò impone, però, di comprendere che quello in parola – il contraddittorio, appunto – è un principio multiforme, capace di esplicarsi in modalità differenti a seconda dell'obiettivo che il legislatore si è prefissato.

Ecco perché dobbiamo abituarci, per esempio, a scrivere nel processo penale. Si dice che la nostra è una forma "orale" di giustizia: quanto abbiamo appena visto dimostra in parte il contrario, quindi ben vengano memorie e istanze scritte che lascino una traccia, ben visibile al giudice dell'impugnazione, di ciò che abbiamo preteso – magari inutilmente – nel grado anteriore di giudizio.

E ben venga il ricorso alle indagini difensive: è uno strumento che personalmente uso tantissimo; vi sono colleghi che si domandano perché io lo usi, dicendo che, secondo loro, indispettiscono il pubblico ministero o il giudice. Niente di più falso, credo. Penso, invece, che anch'esse – e pure dopo il giudicato – servano ad imporre il punto di vista difensivo di fronte al giudice. Un punto di vista di cui servirsi subito o da offrire al giudice dell'impugnazione secondo una traccia indelebile.

Il contraddittorio è un principio che va salvaguardato. Per farlo, noi come avvocati dobbiamo attrezzarci ad un cambio di mentalità; dobbiamo combattere prassi assurde, utilizzando gli strumenti che la legge ci offre, tanti o pochi che siano. Senza rassegnarci: l'appiattimento su malsane consuetudini di questo o di quell'ufficio o la rinuncia all'esercizio compiuto del dovere difensivo significherebbe, infatti, avere già perso in partenza.