

“La crisi della legalità nel procedimento di sorveglianza”

Intervento programmato al Convegno

“Il giudice che a Berlino non c’è:

il dissesto della legalità nel processo penale”

(Rovigo, 17-18 novembre 2017)

Francesco Trapella

1. Fattispecie vincolate e discrezionali; giudizi sui fatti e sull’autore; sussunzione e concretizzazione.

Quello di sorveglianza è stato definito un “giudizio sull’autore del reato”¹, calibrato sull’elasticità delle *quaestiones* offerte al giudice, tutte vertenti sulle vicende personali del reo.

La premessa consente di inquadrare l’oggetto del rito in argomento, che si incentra sull’autore del reato e, quindi, sui fatti della sua vita, che tradizionalmente si presentano sotto forme diversificate in ragione della pluralità di fattori, talora anche casuali, che li determinano.

Si ripresenta, insomma, una situazione già nota allo studioso del diritto amministrativo, che colloca il *focus* dei rapporti tra l’apparato pubblico e il singolo non certo nei fatti, bensì nelle *fattispecie*².

La differenza è sottile, ma importante, e si riverbera sul tema della legalità nel processo penale.

Parlare di “fatto” implica la necessità di riferirsi alla descrizione normativa di un accadimento, dinanzi alla quale l’interprete può tentare una relazione di identità/differenza tra la realtà esaminata e la disposizione medesima³.

Entra in gioco il principio di determinatezza, che impone modalità descrittive della norma al punto precise da condizionare le modalità dell’itinerario logico-giuridico della motivazione, inducendo il giudice ad esplicitare l’esito di quel gioco di corrispondenze tra il nudo fatto e l’ipotesi normativa, noto come *sussunzione*⁴.

Per altro verso, il giudizio di sorveglianza sfugge a tali approdi. Se si tratta di un vaglio sulla persona del reo, manca un fatto al quale riferire l’esame della corte. Ecco, allora, che essa è tenuta ad un’operazione di “costruzione giuridica” di una regola, cioè, che non può applicarsi per effetto del tenore astratto e generalizzato della

¹ G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, p. 153.

² Sull’uso del termine “fattispecie” da parte degli amministrativisti, prim’ancora che degli studiosi del processo penale, v. F. Levi, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 229 ss.

³ C. Valentini, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, p. 56.

⁴ In tema, M. Ronco, *Il principio di legalità*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *La legge penale*, Zanichelli, 2010, p. 52.

norma, ma che deve scendere nel concreto dei fatti⁵. Non di sussunzione, allora, deve parlarsi, ma di *concretizzazione*, e – s'è detto – non di fatti, bensì di fattispecie.

2. Fattispecie autenticamente discrezionali.

La premessa introduce un successivo argomento, riferibile al connotato discrezionale delle situazioni esaminabili dal giudice di sorveglianza.

È noto che l'aggettivo appena impiegato – *discrezionale* – richiama “il potere di scelta e manifestazione di autorità interni all'amministrazione”, segnandone la distanza dall'arbitrio “nell'esigenza di apprestare comunque una tutela ... dei diritti soggettivi dei consociati”⁶.

Con altri termini, il legislatore non traccia il segno di una regola, piuttosto definendo un obiettivo da raggiungere: la funzione di ordine, espletata da un disposto *generale* e *astratto*, viene realizzata nel pronunciamento del giudicante, che, applicando nel concreto il precetto normativo, realizza l'obiettivo ivi prefissato⁷.

Gli esempi, in materia di sorveglianza, sono vari. Uno per tutti è dato dall'art. 47, comma 2, ord. penit.: è lampante l'obiettivo della norma, al punto che si ammette l'affidamento in prova al servizio sociale “nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso ... contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati”. Ad esso si rivolgono l'osservazione del condannato (comma 2), il giudizio sul comportamento serbato *post delictum* (comma 3) e, quindi, la decisione sulla misura.

Non potendo decidere, rispondendo con un “sì” o con un “no” ad una secca alternativa, il giudice è tenuto all'esame di tutti i fattori riferibili tanto al dato concreto, quanto all'obiettivo predefinito *ex lege*.

Altrimenti detto, è diversa l'articolazione del potere decisorio nei casi di concretizzazione rispetto a quel che accade allorché si tratti di sussunzione. Nella prima ipotesi, infatti, il giudice, già chiamato all'analisi di cui si è appena detto, deve renderne conto nella parte motiva del proprio provvedimento.

E, in casi come questo, lo spazio dialettico tra il giudice e le parti è di gran lunga più ampio rispetto a quel che accade in quelli di ‘semplice’ sussunzione. Accusa e difesa infatti, tenderanno di persuadere la corte del modo più idoneo di concretizzare

⁵ R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, p. 213.

⁶ F. Cintoli, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Annali, II-2, Roma, 2008, p. 472.

⁷ Lo ricorda M. Menna, *La discrezionalità penale tra fatto e valore*, in *Dir. giust.*, 23 marzo 2002, p. 2: in ogni fattispecie discrezionale “la necessità di adeguamento del precetto generale e astratto alle peculiarità del fatto specifico serve ad attuare in maniera pregnante la legalità del sistema in cui si iscrive la singola norma. In altri termini, attraverso la discrezionalità, si applica logicamente e sistematicamente il bilanciamento di interessi realmente voluto dal legislatore per il caso concreto ... in modo da riannodare l'esigenza del rispetto della legge alla proporzionalità e ragionevolezza che impone la regola dell'eguaglianza formale e sostanziale dei cittadini”.

la norma, ovviamente in ragione dell'interesse da ciascuna perseguito. Da qui l'esigenza di una motivazione rafforzata, nella quale il giudice si esprima sui singoli argomenti sviscerati dalle parti⁸.

A tirare le somme, quindi, il giudizio di sorveglianza consta di ipotesi varie, tutte riferibili alla complessità dell'esistenza del condannato; il giudice, allora, è chiamato al vaglio della concreta situazione che gli è sottoposta in ragione dell'obiettivo fissato dal legislatore per l'applicazione della norma; ne deriva un esame complesso, il cui esito – appunto, descrivibile nei termini di una concretizzazione – viene trasfuso nella parte motiva del provvedimento finale. In essa, cioè, la corte darà conto sia del modo in cui il fine normativo andrà realizzato nel caso di specie, sia degli argomenti delle parti e delle ragioni per cui andranno ora accolti, ora disattesi. In tal senso, allora, occorre parlare di una motivazione *rafforzata* del pronunciamento giudiziale nelle fattispecie a connotato discrezionale.

3. Fattispecie di falsa discrezionalità.

Vale, quindi, l'affermazione per cui, nel giudizio di sorveglianza, la quasi totalità delle regole riguardanti le modalità applicative della risposta penale viene data – e, dunque, calata nel concreto dei casi – nell'interazione tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale; quest'ultimo, ovviamente, è vincolato dall'indirizzo tracciato dal disposto normativo, e in questa particolare collaborazione tra poteri dello Stato si esprime il principio di legalità *in subiecta materia*.

Si pone in antitesi rispetto alla premessa ogni ipotesi di discrezionalità *falsa*: evenienza patologica, essa si esprime in una norma incompleta, mal scritta⁹, sciatta, che inibisce, *de facto*, l'attività dialettica della parte, donde un simulacro di contraddittorio in luogo di quello che, autentico, costituisce la vera spina dorsale dell'accertamento, anche *post rem iudicatam*.

Per tutti, allora, valga il riferimento all'art. 666, comma 5, c.p.p., puntualmente applicabile in sorveglianza per effetto del richiamo *ex art.* 678, comma 1, c.p.p..

Quella appena menzionata è la norma che parla del procedimento probatorio *in executivis*, impiegando termini quali “documenti”, “informazioni”, “prove”, “bisogno” ed “occorre”.

⁸ Coglie il nesso tra motivazione e garanzie processuali H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, Torino, 2006, p. 227. Laddove una norma – l'Autore si riferisce all'art. 507 c.p.p. – configuri una fattispecie discrezionale, qualora la concretizzazione del giudice non sia motivata in modo adeguato, è la norma stessa a perdere la propria funzione garantista, traducendosi, nei fatti, in un'ingiustificata compressione dei diritti di chi la subisce.

⁹ All'uopo si parla di uno stile normativo impreciso, rispetto al quale occorre la condanna di qualsiasi sciattezza normativa, “voluta o quanto meno accettata”: così, M. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2024.

Nel considerarli, l'interprete si domanda quale sia la connotazione giuridica delle informazioni, mai essendo loro attribuita un'autonoma e definita accezione secondo la tassonomia del codice di rito.

Ugualmente, il riferimento ai documenti e alle prove appare un inutile duplicato, atteso che le regole generali in materia istruttoria inseriscono i primi tra i mezzi di prova.

Da ultimo, manca ogni indizio utile a comprendere quale sia il bisogno che induce il giudice a chiedere lumi alle autorità competenti e quale, invece, l'occorrenza che obbliga l'avvio del contraddittorio in udienza¹⁰.

È agevole notare come non sia indicato un obiettivo in modo simile a quel che accade per l'art. 47, comma 2, ord. penit., a meno di non ritenerlo fissato nell'esigenza, invero generalissima, di istruire un fascicolo, onde assumere elementi utili al decidere. Ma l'approdo proverebbe troppo: quella in argomento è, infatti, una necessità insita in qualunque vicenda processuale, di talché non si può certo ancorare ad essa l'attitudine discrezionale di una data ipotesi normativa.

Di sicuro, ad escludere i caratteri più autentici della discrezionalità, si raggiunge la convinzione che la parte rimanga impotente di fronte ad un disposto confuso come l'art. 666, comma 5, c.p.p., non sapendo, nei fatti, come gestire il proprio rapporto con il giudice.

Il quadro, desolante, ora dipinto si aggrava non appena si rifletta che l'esempio riportato per la falsa discrezionalità è mutuato dalla sequela di regole che governano l'accertamento in sorveglianza. Quali dettami formali, essi stabiliscono le regole di quel gioco in cui vengono applicati gli istituti che – riprendendo il lessico della Consulta – incidono sulla quantità e sulla qualità della pena¹¹.

Una possibile soluzione risiede in un intervento di ortopedia normativa o – nell'inerzia del legislatore¹² – interpretativa. Cogliendo nell'art. 666, comma 5, c.p.p. i

¹⁰ Su queste perplessità, v. G. Ubertis, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 69; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 121; T. Rafaraci, *La prova contraria*, Torino, 2004, p. 207 ss.; F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 440; F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Torino, 1994, p. 143; S. Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 243; A. Presutti, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 171.

¹¹ Sono parole di C. Cost., sent., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176 e in *Cass. pen.*, 1999, p. 1718. In tema, A. Pulvirenti, *Le proposte sull'esecuzione della pena detentiva e la fine del polimorfismo processuale*, in A. Pennisi (a cura di), *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, Milano, 2008, p. 184.

¹² Si vedrà il modo in cui sarà data attuazione alla delega ex art. 1, comma 85, l. 23 giugno 2017, n. 103 in tema di sorveglianza, per un'analisi della quale v. A. Furguele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, p. 325 ss. o A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. contemp.* (rivista online), 20 giugno 2017.

tratti di un'attività officiosa del giudice in ambito istruttorio, la si può porre a raffronto con quella omologa, regolata per il processo di cognizione dall'art. 507 c.p.p..

Il paragone è utile se si rammenta il percorso giurisprudenziale vissuto dall'art. 507 c.p.p.¹³, che lo qualifica come norma posta a presidio dell'esigenza di un accertamento *completo*¹⁴. In modo analogo, il giudice dell'esecuzione o di sorveglianza si attiva autonomamente per garantire un'indagine esauriente, anche al di là dei contributi offerti dalle parti. Come a dire che, se per la cognizione è stato essenziale estendere il portato dell'art. 507 c.p.p. onde ricomprendervi ogni prova in precedenza ignorata – non importa il perché –, ma indispensabile al decidere, in modo simmetrico bisogna restringere le prerogative dell'art. 666, comma 5, c.p.p. ad un'attività giudiziale *ex officio* strettamente necessaria ad apprezzare il contesto su cui insisterà la decisione giudiziale, insufficiente ogni altro elemento noto alla corte.

Quella appena tratteggiata è, però, una semplice proposta di lettura di un disposto – l'art. 666, comma 5, c.p.p. – che rimane poco chiaro per l'irrimediabile vaghezza dei suoi elementi normativi.

4. La soluzione: scrivere meglio le regole del gioco. Un invito a ripensare gli artt. 666 e 678 c.p.p.

Il rapidissimo *excursus* prova come, pure in sorveglianza, la crisi della legalità sia reale; forse più che altrove, essa li amplifica i propri effetti a causa della fisiologia delle fattispecie riconducibili al settore in argomento.

Non di fatti si parla, ma di fattispecie; non di *regulae iuris* di immediata applicazione, ma di obiettivi normativi da concretizzare nella realtà delle singole ipotesi.

Lo schema normativo, diremmo, fisiologico in sorveglianza è, allora, uno che sappia descrivere l'obiettivo la cui realizzazione è lasciata all'interazione tra il giudice e le parti. Costoro sapranno riempire di significato le parole che compongono le disposizioni, andando al di là del loro significato letterale e connotandole, invece, giuridicamente, in ragione del caso di specie.

¹³ Cass., sez. un., 6 novembre 1992, n. 11227, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280; C. Cost., sent., 26 marzo 1993, n. 111, in www.giurcost.org; Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, in *CED Cass.*, n. 234907; C. Cost., sent., 26 febbraio 2010, n. 73, in www.giurcost.org.

¹⁴ L'art. 507 c.p.p. va collegato ovviamente al precedente, così da avere un quadro completo dei poteri del giudice sulla gestione del dibattimento, rimessa alle parti secondo i canoni dell'accusatorietà. Sono poteri sempre più penetranti: la posizione di domande (art. 506, comma 1, c.p.p.), l'introduzione di nuovi temi di prova (art. 506, comma 2, c.p.p.) e l'acquisizione di nuove prove (art. 507 c.p.p.). *Amplius*, L. Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, p. 120; F. Peroni, *Sull'onere di allegazione di cui all'art. 468, comma 1, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1156; P.P. Paulesu, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, spec. pp. 248 ss..

In ciò si sostanzia quell'opera di regolamentazione che – s'è visto – nell'ambito in analisi è rimessa ai poteri legislativo e giudiziario: quest'ultimo prosegue ciò che il primo ha avviato.

Ebbene, laddove questo bilanciamento di ruoli salti per l'effetto di una normazione di scadente qualità, gli effetti di ciò si ripercuotono sulle dinamiche processuali in modo nefasto.

Se a monte non v'è una regola in grado di disciplinare il procedimento probatorio, a valle giudici e parti non saranno capaci di gestire gli elementi a dimostrazione di una o dell'altra tesi. Con il rischio, ormai evidente, dell'indebita prevaricazione del primo sulle altre.

Quella che si è descritta come discrezionalità, attribuendole i tratti del più caratteristico connotato della fattispecie di sorveglianza, si traduce in *arbitrio* e, quindi, in violazione delle posizioni processuali delle parti.

Una buona tecnica normativa potrebbe essere l'avvio di un cammino virtuoso di recupero sui temi appena esaminati: nulla nella recente riforma lascia presagire un'adeguata attenzione al *draft, in primis* dei due capisaldi di codice che governano il contraddittorio *post iudicatum*, gli artt. 666 e 678 c.p.p.. E qui sta l'errore: se le regole del gioco non sono chiare, mai si potrà pretendere chiarezza nell'arbitraggio della partita, e da qui – fuor di metafora – la sensazione che, almeno nel panorama odierno, non vi siano rimedi immediatamente accessibili alla crisi della legalità in sorveglianza.