

Anche il detenuto in regime di 41 bis può accedere alla procreazione assistita

Cassazione penale, Sez. I, sentenza 20.02.2008 n° 779

La Corte di Cassazione, sez. I penale, con la sentenza del 20 febbraio 2008, n. 7791 ha accolto il ricorso con il quale veniva negato, dalla magistratura di sorveglianza de L'Aquila, ad un detenuto in regime di 41 bis la richiesta di accedere al programma di procreazione assistita previsto dalla legge 40 del 2004.

“Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona” e, nei confronti dei detenuti, anche quelli al 41 bis, “non possono essere adottate restrizioni non giustificabili e non indispensabili a fini giudiziari” questo si legge nella motivazione della Suprema Corte, in riferimento alla decisione con la quale la magistratura di sorveglianza de L'Aquila aveva dichiarato “il non luogo a provvedere” in merito al reclamo presentato contro il provvedimento con il quale il Dap, aveva rigettato la richiesta di accedere al programma di procreazione assistita.

Il ricorrente aveva fatto presente che sia il Gup del Tribunale di Palermo, e poi anche il Presidente della Corte di Assise di Palermo, lo avevano autorizzato “al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, affetta da problemi di fecondità, di accedere, alla procreazione medicalmente assistita”.

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria aveva negato l'autorizzazione al prelievo sostenendo che la legge 40 “postula la massima tutela del nascituro, nel caso concreto non realizzabile data la situazione di detenzione del genitore”. Inoltre il Dap sosteneva che esistevano “finalità preventive connesse alla custodia dei soggetti inseriti nel circuito del 41 bis” che impedivano il prelievo. Contro questa decisione veniva presentato ricorso al magistrato de L'Aquila, il quale aveva rilevato che “le attività che il detenuto in regime di 41 bis doveva compiere non implicavano alcuna uscita dal carcere e neanche dalla propria cella, per cui (il prelievo in questione) non può qualificarsi come trattamento sanitario” previsto dall'organizzazione penitenziaria.

Il magistrato sosteneva che del caso si doveva occupare esclusivamente il Dap, ma la Suprema Corte ha giudicato fondato il ricorso, osservando che sono tutelabili con ricorso al giudice “tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il principio di proporzionalità”. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto”.

Altalex, 29 febbraio 2008. Nota di Cesira Cruciani

Ordinamento penitenziario, regime speciale, procreazione assistita, legittimità

Cassazione penale , sez. I, sentenza 20.02.2008 n° 7791

Il detenuto in regime, di cui all'art. 41 bis O.P., può essere autorizzato al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, sussistendo le condizioni di legge, di accedere alla procreazione medicalmente assistita: infatti, il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale.

*Suprema Corte di Cassazione. Sezione I Penale
Sentenza 30 gennaio 2008 - 20 febbraio 2008, n. 7791*

La Corte osserva:

avverso l'ordinanza con la quale il Magistrato di sorveglianza di L'Aquila, in data 04.05.2007, ha dichiarato non luogo a provvedere in merito all'impugnativa, proposta ai sensi dell'art. 35 O.P., del rigetto opposto dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, con provvedimento del 30.01.07, alla sua richiesta di accedere al programma di procreazione assistita, propone ricorso per

Cassazione M. S., detenuto in regime di cui all'art. 41 bis O.P. nella Casa Circondariale di L'Aquila. Deduce il ricorrente, in particolare, di essere stato autorizzato, in data 29.05.06, dal G.U.P. presso il Tribunale di Palermo ed in data 26.09.06 dal Presidente della Corte di Assise di Palermo al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, affetta da "anovularietà cronica", di accedere alla procreazione medicalmente assistita e che il DAP, investito con nota del 31.01.07, aveva negato l'autorizzazione al prelievo con le seguenti motivazioni: 1. perché la legge 40/04 postulerebbe la massima tutela del nascituro nel caso concreto non realizzabile attesa la situazione di detenzione del genitore; 2. perché le prestazioni sanitarie connesse alla procreazione assistita non possono essere autorizzate ai sensi dell'art. 11 O.P.; 3. perché, infine, sussistenti, comunque, finalità preventive connesse alla custodia di soggetti inseriti nel circuito speciale di cui all'art. 41 bis O.P..

Lamenta altresì l'impugnante di aver proposto reclamo ex art. 35 O.P. avverso tale provvedimento e che il giudice a quo ha motivato la decisione come innanzi impugnata sul presupposto che "le disposizioni vigenti" non attribuiscono "al Magistrato di Sorveglianza alcuna competenza a decidere nella materia in oggetto, atteso che le attività che il M. dovrebbe compiere non implicano alcuna uscita dall'Istituto e neanche dalla propria cella, per cui non può qualificarsi come trattamento sanitario di cui all'art. 11 O.P."; che "non si ravvedono ragioni ostative ad autorizzare il detenuto per quanto richiesto" e che, infine "la materia è rimessa alla esclusiva competenza del DAP". Denuncia ancora l'istante che il provvedimento del DAP comprime un diritto inviolabile del detenuto, quello alla procreazione, contrasta con due provvedimenti emessi dall'autorità giurisdizionale ed è rimasto privo di tutela da parte del Magistrato di Sorveglianza, il quale è venuto meno alla sua funzione di garanzia ed istituzionale, con la conseguenza che un diritto costituzionalmente garantito rimane privo di tutela giurisdizionale. Richiama ancora il ricorrente a sostegno della sua doglianza la Corte Europea dei diritti dell'uomo (sent. 11 gennaio 2005 n. 33695/96, ric. . Musmeci) circa i rapporti tra Magistratura di Sorveglianza e discrezionalità della Pubblica Amministrazione, e la critica svolta a Cass. pen. Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 14487, nonché C. Cost. 11 febbraio 1999 n. 26, in ordine alla necessità che sia sempre assicurata la tutela giurisdizionale dei diritti di chi è sottoposto a limitazione della libertà personale, allorché essi siano minacciati da atti dell'amministrazione penitenziaria.

Sul ricorso del M. in data 18.09.07 formulava le sue conclusioni il Procuratore Generale presso questa Corte, chiedendone il rigetto in forza, altresì, dei principi affermati da Cass. pen. Sez. I, 10.05.07, n. 20673.

Il ricorso è fondato, ancorché nei limiti che si passa a precisare.

Giova prendere le mosse dalla sentenza della C. Cost. 11.02.1999 n. 26 la quale, come è noto, ha determinato un importantissimo momento di svolta nella delimitazione del modello di tutela dei diritti dei detenuti, rendendo in particolare di estrema attualità un nuovo orizzonte giurisdizionale, quello della individuazione di posizioni tutelabili in capo ai detenuti. Delibando gli artt. 69 dell'O.P. in materia di "Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza" e l'art. 35 precedente relativo al "diritto di reclamo" di detenuti ed internati, il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme in rassegna nella parte in cui non prevedono la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale. La pronuncia ha poi trovato il consenso pieno di questa Corte con Cass. sez. un.. 10.06.2003, ric. Gianni. Né poteva diversamente opinarsi, attesa altresì la complessità dello status del detenuto, che si inserisce in un insieme di regole somme, comuni a tutte le democrazie avanzate, all'interno delle quali trova giustificazione e fondamento l'uso della forza da parte dei pubblici poteri, distintivo di momenti di estrema rilevanza per il mondo giuridico.

Di qui ormai la piena consapevolezza da parte di quanti sono chiamati ad elaborare le regole della convivenza non meno che da parte di quanti quelle regole sono poi chiamate ad applicare, che quando interessi personali vengono incisi dalla detenzione nel mondo del diritto si concretizza una situazione complessa, dappoiché quell'interesse personale fa riferimento ad un soggetto non libero e, quindi, giuridicamente differente dalla generalità delle persone.

Il principio da applicare in simili fattispecie non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione (lo scopo della detenzione) ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona. Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto.

È peraltro tale principio quello ripetutamente affermato in sede di giurisdizione internazionale dalla Corte Eur. D. Uomo il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

In definitiva: devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il principio di proporzionalità.

Opina, la Corte, che il giudice "a quo", sostanzialmente rifugiandosi nel "non liquet", abbia violato l'opposto principio, fondante modello giustiziale del nostro Paese, ed abbia ignorato che per le ragioni dette in capo al Madornale con riferimento alla pretesa avanzata/sussiste una situazione giuridica soggettiva tutelabile ed in relazione alla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi valutandone la tutelabilità concreta. Recita l'art. 1 dell'O.P.: Co. 1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Co. 3 (secondo periodo) Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. Co. 6 Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi.

Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti.

Né le esposte considerazioni possono essere intese come contrarie a precedenti pronunciamenti di questa Corte ed in particolare di questa Sezione, giacché la sentenza n. 20673/2007 negò il diritto del detenuto sul rilievo che la situazione dedotta non risultava ricompresa tra quelle utilmente invocabili ai sensi della legge 40/2004, in materia di procreazione assistita. Nel caso di specie, viceversa, risulta medicalmente accertata la patologia giustificativa del trattamento invocato, patologia della quale risulta affetta il coniuge del ricorrente.

L'ordinanza in esame va pertanto annullata.

P.Q.M.

La Corte annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Magistrato di sorveglianza dell'Aquila.

Così deciso in Roma, Camera di cons. del 30.01.2008

Depositata in Cancelleria il 20 febbraio 2008.