

ORDINANZA (Atto di promovimento) 20 gennaio 2010 , n. 226. Ordinanza del 6 marzo 2010 emessa dal Magistrato di sorveglianza di Cuneo sul reclamo proposto da R.P..

Gazzetta Ufficiale - 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 35 del 01-09-2010

Ordinamento penitenziario - Detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione - Prevista adozione di tutte le misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento tra detenuti - Inosservanza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. f), n. 2.4 (recte: n. 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

- Costituzione, artt. 3, primo comma, e 27, comma terzo.

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Ha emesso la seguente ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Nel procedimento di sorveglianza instaurato ex art. 14-ter O.P. avente ad oggetto il reclamo a norma dell'art. 35 dell'Ordinamento Penitenziario avverso la nuova disciplina prevista dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), O.P. in materia di preparazione di cibi, introdotta con la legge 15 luglio 2009, n. 94, presentato da R.P., nato a S. il detenuto presso la Casa Circondariale di Cuneo, sottoposto al regime ex art. 41-bis, comma 2, O.P., difeso dall'avv. Flavio Gazzi, difensore di ufficio del Foro di Cuneo;

Visti gli atti del procedimento di sorveglianza sopra specificato;

Verificata, preliminarmente, la regolarità delle comunicazioni relative ai prescritti avvisi al rappresentante del p.m., all'interessato ed al difensore;

Considerate le risultanze delle documentazioni acquisite, delle investigazioni e degli accertamenti svolti, della trattazione e della discussione di cui a separato processo verbale;

Udite le conclusioni del rappresentante del p.m., dott. Roberto Tesio, e del difensore;

OSSERVA

Il reclamo generico previsto dall'art. 35 O.P. è lo strumento con il quale il detenuto può attivare i poteri attribuiti in via generale al Magistrato di Sorveglianza dall'art. 69, commi 2 e 5 ultima parte, O.P.

Dette norme stabiliscono che il Magistrato di Sorveglianza «esercita la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità della legge e dei regolamenti» e «impartisce nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati».

La Corte costituzionale con la sentenza n. 26/99 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 O.P. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli

atti dell'Amministrazione Penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

Pur essendo infatti il reclamo al Magistrato di Sorveglianza di cui all'art. 35, comma 1, n. 2, O.P. il mezzo generale di doglianza dei detenuti, esso è però sprovvisto dei requisiti minimi della giurisdizionalità. Non è invero contemplata, perché si pervenga ad una decisione su tale reclamo, alcuna formalità di procedura né l'osservanza del contraddittorio; la decisione, pur se di accoglimento, si risolve in una mera segnalazione o sollecitazione all'Amministrazione Penitenziaria priva di stabilità o forza cogente e contro di essa non è previsto poi alcun mezzo di impugnazione.

Il giudice delle leggi, pur affermando l'esigenza costituzionale del riconoscimento del diritto di azione nell'ambito di un procedimento avente carattere giurisdizionale, ha però escluso che la lacuna normativa potesse essere colmata in via interpretativa mediante il ricorso ad uno dei procedimenti previsti dalla normativa vigente.

Pertanto ha chiamato il legislatore a colmare il vuoto normativo ed attuare il principio costituzionale affermato.

Nell'inerzia del legislatore si è venuto a creare un contrasto interpretativo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione circa la possibilità o meno per l'interprete di individuare, tra quelli previsti dall'ordinamento, un rimedio giurisdizionale a carattere generale suscettibile di garantire l'attivazione del principio della necessaria tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive e di essere quindi esteso alla procedura che si instaura a seguito di reclamo.

Con la sentenza n. 5 resa in data 26 febbraio 2003, depositata il 10 giugno 2003, le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione sono intervenute a comporre il suddetto contrasto giurisprudenziale, insorto nella specifica materia dei provvedimenti dell'Amministrazione Penitenziaria concernenti i colloqui e la corrispondenza telefonica dei detenuti.

Le statuizioni delle Sezioni Unite appaiono applicabili non solo ai colloqui visivi e telefonici, ma anche in relazione a tutti gli atti dell'Amministrazione Penitenziaria lesivi di posizioni soggettive dei detenuti e degli internati e quindi per tutte le materie assistite dalla riserva di giurisdizione.

Le Sezioni Unite partendo dalla riaffermazione del principio che la restrizione della libertà personale non determina il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria e che al riconoscimento della titolarità di diritti deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, con l'osservanza delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute (la possibilità del contraddittorio, la stabilità delle decisioni e l'impugnabilità con ricorso per cassazione) hanno individuato il rimedio giurisdizionale contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto nel procedimento disciplinato dagli artt. 14-ter e 69 O.P., che risponde ad esigenze di speditezza e semplificazione.

La materia oggetto del reclamo ex art. 35 O.P. di cui al presente

procedimento, concernendo l'alimentazione del detenuto, rientra certamente nell'ambito delle fondamentali posizioni giuridiche soggettive dello stesso, in quanto attinente ad uno degli aspetti essenziali per l'esistenza e la salute dell'uomo.

La procedura applicabile al caso di specie è quindi quella prevista dall'art. 14-ter O.P., ovvero reclamo al magistrato di sorveglianza, eventuale presentazione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento, udienza svolta con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero.

L'interessato e l'Amministrazione Penitenziaria possono presentare memorie. Pertanto l'istanza di presenziare all'udienza odierna avanzata dall'interessato in data 9 gennaio 2010 è stata correttamente respinta dal Magistrato di Sorveglianza in data 11 gennaio 2010, non ravvisandosene i presupposti di legge.

R.P., è detenuto in espiatione della pena dell'ergastolo di cui al provvedimento di cumulo n. 422/2009 SIEP del 21 luglio 2009 emesso dalla Procura della Repubblica di Salerno per associazione di tipo mafioso, vari omicidi aggravati, rapina aggravata, violazione legge armi, distruzione di cadavere, favoreggiamento personale ed altro commessi dal 1980 al 1993, nel 1998 e, quanto al reato associativo, dal 1980 almeno fino al 1994, data dell'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere (d.p. 24 maggio 1996; f.p. MAI).

R.P., è attualmente sottoposto al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario disposto con decreto del Ministro della Giustizia emesso in data 3 dicembre 2009, efficace per anni due dalla data di emissione. Egli è pertanto legittimato attivamente alla proposizione del presente reclamo

A seguito dell'approvazione della Legge 15 luglio 2009 n. 94, che ha introdotto sostanziali modifiche alle disposizioni normative previgenti in materia di regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis O.P., la Direzione della Casa Circondariale di Cuneo, con ordine di servizio n. 26/2009 del 3 agosto 2009, ha disposto che, a partire dall'8 agosto 2009, data di entrata in vigore della predetta legge, sarà sempre previsto per i detenuti sottoposti all'art. 41-bis O.P., tra l'altro, il divieto di acquistare al sopravvitto o ricevere dall'esterno generi alimentari che secondo l'uso comune richiedano cottura; l'utilizzazione dei fornelli personali autoalimentati, esclusivamente per la preparazione di bevande e per riscaldare liquidi, nonché cibi già cotti forniti dall'Amministrazione Penitenziaria; la possibilità di detenere una macchinetta del caffè del tipo Moka, un pentolino in lega leggera per scaldare liquidi ed una padellina in lega leggera per riscaldare cibi forniti dall'Amministrazione Penitenziaria.

Inoltre, l'Amministrazione Penitenziaria, con circolare GDAP n. 0286202-2009 del 4 agosto 2009, ha apportato le necessarie modifiche alla precedente circolare in materia n. 3592-6042 del 9 ottobre 2003, emanata successivamente all'entrata in vigore della legge n. 279/2002, precisando, tra l'altro, che è fatto divieto al detenuto di ricevere dall'esterno e di acquistare al sopravvitto generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura; che è consentito l'utilizzo dei fornelli personali esclusivamente per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande.

Pertanto, nei confronti del R.P. la Direzione della Casa Circondariale di Cuneo ha applicato direttamente ed integralmente, dandone avviso ai detenuti ristretti in tale regime, la normativa dettata dalla legge n. 94 del 15 luglio 2009 ed entrata in vigore in data 8 agosto 2009, attenendosi a quanto dalla stessa previsto, nonché alla citata circolare GDAP del 4 agosto 2009 che ne disciplina il contenuto.

Si ritiene che la nuova disciplina restrittiva sopra richiamata sia immediatamente applicabile nei confronti del detenuto sottoposto al regime previsto dall'art. 41-bis O.P., in assenza di espressa normativa a carattere transitorio che disponga diversamente, tenuto conto della natura meramente recettizia del dettato normativo che connota il regime penitenziario differenziato concretamente delineato dai decreti ministeriali di applicazione, l'ultimo dei quali attualmente in esecuzione nei confronti del reclamante è peraltro intervenuto successivamente all'applicazione integrale, automatica e generalizzata della nuova disciplina disposta dall'Amministrazione Penitenziaria nei confronti di tutti i detenuti già sottoposti al 41-bis O.P.

Ne discende la competenza in materia del Giudice remittente, vertendo il reclamo in esame sul trattamento penitenziario concretamente imposto al detenuto in forza di diretta applicazione di norme di legge, secondo le indicazioni emanate all'Amministrazione Penitenziaria con l'ordine di servizio e la circolare citati, e non venendo, pertanto, minimamente in rilievo nel caso di specie la competenza esclusiva attribuita dalla legge legge n. 94/2009 al Tribunale di Sorveglianza di Roma concernente i reclami aventi ad oggetto la sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti applicativi del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-bis O.P.

In relazione alle citate nuove restrizioni introdotte dalla legge n. 94/2009, concernenti il divieto di cuocere cibi, il reclamante si duole del fatto che l'Amministrazione Penitenziaria non gli consente di acquistare generi alimentari che per il loro utilizzo richiedono cottura, come la pasta, anche laddove si tratti di generi alimentari che si prestano ad essere consumati anche crudi, quali cipolla, aglio e basilico e conclude chiedendo che venga ripristinata la possibilità di acquistare cipolla, aglio e basilico.

Assume rilievo preliminare ai fini della decisione del reclamo in esame la valutazione circa la legittimità costituzionale del divieto di cuocere cibi introdotto dalla Legge n. 94/2009 per i detenuti sottoposti all'art. 41-bis O.P. di cui questo giudice deve fare applicazione nel decidere la questione sottoposta alla sua attenzione.

Trattasi di questioni di legittimità costituzionale chiaramente rilevanti ai fini della decisione del reclamo in esame, atteso che nell'ambito del reclamo generico previsto dall'art. 35 O.P. il Magistrato di Sorveglianza «esercita la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità della legge e dei regolamenti» e «impartisce nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» (art. 69, commi secondo e quinto ultima parte, O.P.) e, quindi, è legittimato

a sollevare questioni di legittimità costituzionale inerenti le norme dell'Ordinamento Penitenziario oggetto della doglianza del reclamante.

Questo Giudice, quindi, sulla base delle argomentazioni di seguito illustrate, ritiene di dover sollevare d'ufficio la questione, non manifestamente infondata, di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), U.P. nella parte in cui prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi, per contrarietà agli artt. 3, comma primo e 27, comma terzo, Cost., nonché al principio di ragionevolezza.

La norma che prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi può ritenersi fondatamente in contrasto con gli artt. 3, comma primo e 27, comma terzo, Cost., nonché con il principio di ragionevolezza.

Infatti, tale norma pone in essere una disparità di trattamento fra detenuti, non giustificabile sulla base delle esigenze proprie del regime detentivo differenziato.

La disciplina ordinaria fondamentale in materia di acquisto di generi alimentari e di uso di fornelli è la seguente.

L'art. 9, ultimo comma, O.P. consente ai detenuti l'acquisto di generi alimentari e di conforto, entro i limiti fissati dal regolamento; l'art. 14, commi ottavo e nono, d.P.R. 230/2000 precisa che i generi alimentari acquistati non devono eccedere in quantità il fabbisogno giornaliero di una persona e che non si possono accumulare generi alimentari in quantità eccedente il fabbisogno settimanale; l'art. 13, comma quarto, d.P.R. 230/2000 consente ai detenuti, nelle proprie celle, l'uso di fornelli personali per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento; l'art. 13, comma settimo, d.P.R. n. 230/2000 dispone che il regolamento interno può prevedere che, senza carattere di continuità, sia consentita ai detenuti e agli internati la cottura di generi alimentari, stabilendo i generi ammessi nonché le modalità da osservare.

A fronte della predetta disciplina ordinaria, che consente ai detenuti l'acquisto di generi alimentari al sopravvitto, l'utilizzo di fornelli personali per preparare cibi di facile e rapido approntamento, nonché, secondo le previsioni del regolamento interno, per la cottura di generi alimentari, la legge n. 94/2009 pone il divieto assoluto di cuocere cibi per i detenuti sottoposti al regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-bis O.P.

Orbene, non è possibile arguire come siffatto divieto possa ridurre il rischio che il detenuto mantenga contatti con l'esterno.

Invero, tale misura, per il suo contenuto, non è riconducibile alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, apparendo viceversa palesemente inidonea o incongrua rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che legittimano l'applicazione del regime penitenziario differenziato, e finisce per acquistare un significato diverso, quale ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario,

con una portata puramente afflittiva estranea alla funzione attribuita dalla legge all'istituto del 41-bis.

Ciò appare tanto più vero se si considera che al detenuto sottoposto all'art. 41-bis O.P. viene comunque consentito di acquistare al sopravvitto o ricevere dall'esterno generi alimentari che secondo l'uso comune non richiedono cottura, nonché l'utilizzazione dei fornelli personali per la preparazione di bevande e per riscaldare liquidi, nonché cibi già cotti forniti dall'Amministrazione Penitenziaria.

Nè pare che la misura in esame possa essere finalizzata ad evitare che il detenuto possa assumere all'interno dell'Istituto Penitenziario ruoli di predominio tali da comportare l'aggregazione attorno a sé di altri detenuti, privando il detenuto di possibili manifestazioni di «potere reale» e possibili occasioni per aggregare intorno a sé «consenso» traducibile in termini di potenzialità offensive criminali, non solo e non tanto perché la mera facoltà di cucinare cibi non sembra idonea a determinare tali effetti di predominio ed aggregazione, ma anche e soprattutto perché tali medesimi effetti il detenuto ben potrebbe ottenere anche tramite l'acquisto e la ricezione di generi alimentari che non richiedono cottura.

Si deve quindi dubitare della costituzionalità della restrizione in esame non solo in quanto determinante una irragionevole disparità di trattamento con i detenuti ordinari, non riconducibile alle finalità istituzionali del regime di cui all'art. 41-bis O.P., ma anche in quanto idonea a determinare, tenuto conto del complesso delle ulteriori limitazioni imposte in virtù dell'applicazione del predetto regime, un trattamento penitenziario contrario al senso di umanità, con violazione dell'art. 27, comma terzo, Cost.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si ritiene che non sia effettuabile da questo giudice alcuna interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina dettata con la legge n. 94 del 2009, di modifica dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), O.P., che permetta di ritenere osservati dalla medesima i principi costituzionali sopra richiamati.

Il procedimento deve pertanto sospendersi e gli atti essere inviati alla Corte costituzionale.

P. Q. M.

Visti gli articoli 23 e seguenti legge 11 marzo 1953, n. 87, 14-ter, 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, che solleva d'ufficio, dell'art. 41-bis comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 così

come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2 comma 25, lettera f) n. 2.4, nella parte in cui prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi, per contrarietà agli artt. 3, comma primo e 27, comma terzo, Cost., nonché al principio di ragionevolezza;

Dispone la trasmissione degli atti del presente procedimento alla Corte costituzionale;

Dispone la sospensione del presente procedimento in attesa della decisione della Corte medesima.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni di legge, la notifica all'interessato, ed al Pubblico Ministero, nonché per l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, e per la notifica della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Cuneo, così deciso in data 20 gennaio 2010

Il Magistrato di sorveglianza: Pier Marco Salassa

ORDINANZA (Atto di promovimento) 20 gennaio 2010 , n. 227. Ordinanza del 6 marzo 2010 emessa dal Magistrato di sorveglianza di Cuneo sul reclamo proposto da M.G..

Gazzetta Ufficiale - 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 35 del 01-09-2010

Ordinamento penitenziario - Detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione - Limitazione della permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno - Inosservanza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità - Lesione del diritto alla salute.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), n. 2.4 (recte: n. 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

- Costituzione, artt. 27, comma terzo, e 32, primo comma.

Ordinamento penitenziario - Detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione - Prevista adozione di tutte le misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi - Violazione del principio di ragionevolezza - Disparità di trattamento tra detenuti - Inosservanza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

- Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), n. 2.4 (recte: n. 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

- Costituzione, artt. 3, primo comma, 27, comma terzo, e 32, primo comma.

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Ha emesso la seguente ordinanza nel procedimento di sorveglianza instaurato ex art. 14-ter O.P. avente ad oggetto il reclamo a norma dell'art. 35 dell'ordinamento penitenziario avverso la nuova disciplina prevista dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), O.P. in materia di permanenza all'aperto e preparazione di cibi, introdotta con legge 15 luglio 2009, n. 94, presentato da M.G., detenuto presso la Casa Circondariale di Cuneo, sottoposto al regime ex art. 41-bis, comma 2, O.P., difeso dall'avv. Michele Parola, Foro di Cuneo;

Visti gli atti del procedimento di sorveglianza sopra specificato;

Verificata, preliminarmente, la regolarità delle comunicazioni relative ai prescritti avvisi al rappresentante del p.m., all'interessato ed al difensore;

Considerate le risultanze delle documentazioni acquisite, delle investigazioni e degli accertamenti svolti, della trattazione e della discussione di cui a separato processo verbale;

Udite le conclusioni del rappresentante del P.M., dott. Roberto Tesio, e del difensore;

OSSERVA

Il reclamo generico previsto dall'art. 35 O.P. è lo strumento con il quale il detenuto può attivare i poteri attribuiti in via generale al Magistrato di sorveglianza dall'art. 69, commi 2 e 5 ultima parte, O.P.

Dette norme stabiliscono che il Magistrato di sorveglianza «esercita la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità della legge e dei regolamenti» e «impartisce nel corso del trattamento, disposizioni

dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati».

La Corte costituzionale con la sentenza n. 26/1999 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 O.P. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

Pur essendo infatti il reclamo al Magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35, comma 1, n. 2, O.P. il mezzo generale di doglianza dei detenuti, esso è però sprovvisto dei requisiti minimi della giurisdizionalità. Non è invero contemplata, perché si pervenga ad una decisione su tale reclamo, alcuna formalità di procedura né l'osservanza del contraddittorio; la decisione, pur se di accoglimento, si risolve in una mera segnalazione o sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria priva di stabilità o forza cogente e contro di essa non è previsto poi alcun mezzo di impugnazione.

Il giudice delle leggi, pur affermando l'esigenza costituzionale del riconoscimento del diritto di azione nell'ambito di un procedimento avente carattere giurisdizionale, ha però escluso che la lacuna normativa potesse essere colmata in via interpretativa mediante il ricorso ad uno dei procedimenti previsti dalla normativa vigente.

Pertanto ha chiamato il legislatore a colmare il vuoto normativo ed attuare il principio costituzionale affermato.

Nell'inerzia del legislatore si è venuto a creare un contrasto interpretativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione circa la possibilità o meno per l'interprete di individuare, tra quelli previsti dall'ordinamento, un rimedio giurisdizionale a carattere generale suscettibile di garantire l'attivazione del principio della necessaria tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive e di essere quindi esteso alla procedura che si instaura a seguito di reclamo.

Con la sentenza n. 5 resa in data 26 febbraio 2003, depositata il 10 giugno 2003, le Sezioni unite penali della Corte di cassazione sono intervenute a comporre il suddetto contrasto giurisprudenziale, insorto nella specifica materia dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria concernenti i colloqui e la corrispondenza telefonica dei detenuti.

Le statuizioni delle Sezioni unite appaiono applicabili non solo ai colloqui visivi e telefonici, ma anche in relazione a tutti gli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi di posizioni soggettive dei detenuti e degli internati e quindi per tutte le materie assistite dalla riserva di giurisdizione.

Le Sezioni unite partendo dalla riaffermazione del principio che la restrizione della libertà personale non determina il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria e che al riconoscimento della titolarità di diritti deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, con l'osservanza delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute (la possibilità del contraddittorio, la stabilità delle decisioni e l'impugnabilità con ricorso per cassazione) hanno

individuato il rimedio giurisdizionale contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto nel procedimento disciplinato dagli artt. 14-ter e 69 O.P., che risponde ad esigenze di speditezza e semplificazione.

La materia oggetto del reclamo ex art. 35 O.P. di cui al presente procedimento, concernendo la permanenza all'aperto e l'alimentazione del detenuto, rientra certamente nell'ambito delle fondamentali posizioni giuridiche soggettive dello stesso, in quanto attinente a due degli aspetti essenziali per l'esistenza e la salute dell'uomo.

La procedura applicabile al caso di specie è quindi quella prevista dall'art. 14-ter O.P., ovvero reclamo al Magistrato di sorveglianza, eventuale presentazione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento, udienza svolta con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero.

L'interessato e l'Amministrazione penitenziaria possono presentare memorie.

M.G. è detenuto in espiatione della pena dell'ergastolo di cui al provvedimento di cumulo n. esecuzione 332/2000 REG ES del 24 novembre 2004 emesso dalla Procura generale della Repubblica di Palermo per associazione di tipo mafioso, omicidio, tentato omicidio, violazione legge armi ed altro, e della pena dell'ergastolo di cui all'ordine di esecuzione pena n. 151/2008 SIEP del 13 maggio 2008 emesso dalla Procura generale della Repubblica di Palermo per vari omicidi e violazione legge armi, nonché in virtù di ordinanza di custodia cautelare del 3 aprile 2009 del G.I.P. presso il Tribunale di Palermo per associazione di tipo mafioso, aggravata dal ruolo direttivo, e trasferimento fraudolento di valori, aggravato ex art. 7, legge n. 203/1991 (d.p. 28 dicembre 1991; f.p. MAI).

M.G., è attualmente sottoposto al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario disposto con decreto del Ministro della giustizia emesso in data 27 aprile 2009, efficace per anni due dalla data di emissione. Egli è pertanto legittimato attivamente alla proposizione del presente reclamo.

Il decreto ministeriale del 27 aprile 2009 all'art. 1 dispone che in attuazione dell'art. 41-bis, comma 2 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (di seguito O.P.), come modificato dall'art. 2 della legge n. 279/2002, è sospesa l'applicazione di alcuni istituti e di alcune regole di trattamento, tra i quali la «permanenza all'aperto per periodi superiori a 4 ore giornaliere, di cui due nelle sale di biblioteca, palestra, ecc., e in gruppi superiori a cinque persone».

A seguito dell'approvazione della legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha introdotto sostanziali modifiche alle disposizioni normative previgenti in materia di regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis O.P., la direzione della Casa circondariale di Cuneo, con ordine di servizio n. 26/2009 del 3 agosto 2009, ha disposto che, a partire dall'8 agosto 2009, data di entrata in vigore della predetta legge, sarà sempre previsto per i detenuti sottoposti all'art. 41-bis O.P., tra l'altro, la durata della permanenza all'aperto di due ore complessive, riducibili ad una nei casi previsti dall'art. 10 O.P., di cui un'ora d'aria e un'ora a scelta tra socialità, palestra, ecc.; il divieto di acquistare al sopravvitto o ricevere dall'esterno generi alimentari che secondo l'uso comune richiedano cottura; l'utilizzazione dei fornelli personali autoalimentati,

esclusivamente per la preparazione di bevande e per riscaldare liquidi, nonché cibi già cotti forniti dall'Amministrazione penitenziaria; la possibilità di detenere una macchinetta del caffè del tipo Moka, un pentolino in lega leggera per scaldare liquidi ed una padellina in lega leggera per riscaldare cibi forniti dall'Amministrazione penitenziaria.

Inoltre, l'Amministrazione penitenziaria, con circolare GDAP n. 0286202-2009 del 4 agosto 2009, ha apportato le necessarie modifiche alla precedente circolare in materia n. 3592-6042 del 9 ottobre 2003, emanata successivamente all'entrata in vigore della legge n. 279/2002, precisando, tra l'altro, che i detenuti possono permanere all'aperto per non più di due ore giornaliere, di cui una da trascorrere in appositi locali adibiti a biblioteca, palestra, ecc.; che è fatto divieto al detenuto di ricevere dall'esterno e di acquistare al sopravvittuto generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura; che è consentito l'utilizzo dei fornelli personali esclusivamente per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande.

Infine, con provvedimento ministeriale integrativo del 6 agosto 2009, notificato in data 7 agosto 2009 al M., è stata evidenziata la necessità di applicare la nuova normativa ai detenuti sottoposti al regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-bis O.P., i cui decreti ministeriali attualmente in esecuzione siano stati emessi in data antecedente all'entrata in vigore della citata legge n. 94/2009, espressamente disponendo che l'art. 1, lettera g) dei decreti applicativi del regime detentivo speciale attualmente in vigore debba intendersi così modificato: «permanenza all'aperto per periodi superiori a due ore giornaliere, di cui una nelle sale di biblioteca, palestra, ecc., e in gruppi superiori a quattro persone».

Pertanto, nei confronti del M., la direzione della Casa circondariale di Cuneo ha applicato direttamente ed integralmente, dandone avviso ai detenuti ristretti in tale regime, la normativa dettata dalla legge n. 94 del 15 luglio 2009 ed entrata in vigore in data 8 agosto 2009, attenendosi a quanto dalla stessa previsto, nonché alla citata circolare GDAP del 4 agosto 2009 che ne disciplina il contenuto, unitamente a quanto disposto dal provvedimento ministeriale integrativo di cui sopra. Si ritiene che la nuova disciplina restrittiva sopra richiamata sia immediatamente applicabile nei confronti del detenuto sottoposto al regime previsto dall'art. 41-bis O.P., in assenza di espressa normativa a carattere transitorio che disponga diversamente, tenuto conto della natura meramente recettizia del dettato normativo che connota il regime penitenziario differenziato concretamente delineato dal decreto ministeriale di applicazione e della natura meramente ricognitiva dell'intervenuta modifica normativa del successivo provvedimento ministeriale integrativo, peraltro concernente esclusivamente la durata della permanenza all'aperto, neppure firmato dal Ministro, ma da un sottosegretario, ed intervenuto successivamente all'applicazione integrale, automatica e generalizzata della nuova disciplina disposta dall'Amministrazione penitenziaria nei confronti di tutti i detenuti già sottoposti al 41-bis O.P.

Ne discende la competenza in materia del Giudice remittente, vertendo il reclamo in esame sul trattamento penitenziario

concretamente imposto al detenuto in forza di diretta applicazione di norme di legge, secondo le indicazioni emanate all'Amministrazione penitenziaria con l'ordine di servizio, la circolare ed il provvedimento ministeriale integrativo citati, e non venendo, pertanto, minimamente in rilievo nel caso di specie la competenza esclusiva attribuita dalla legge n. 94/2009 al Tribunale di sorveglianza di Roma concernente i reclami aventi ad oggetto la sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti applicativi del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-bis O.P.

In relazione alle citate nuove restrizioni introdotte dalla legge n. 94/2009, concernenti le ore d'aria e il divieto di cuocere cibi, il reclamante lamenta la violazione degli artt. 3, 13, 21, 24, 25, 27, 29, 31, 32, 111 e 113 della Costituzione, in particolare evidenziando che le modifiche normative introdotte si pongono in contrasto con i principi affermati in materia dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 349 e 410 del 1993, n. 351 del 1996 e n. 376 del 1997; e conclude affermando che le restrizioni in esame violano i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione, integrando un trattamento contrario al senso di umanità, e chiedendo, pertanto, al giudice adito di sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale.

Trattasi di questioni di legittimità costituzionale chiaramente rilevanti ai fini della decisione del reclamo in esame, atteso che nell'ambito del reclamo generico previsto dall'art. 35 O.P. il Magistrato di sorveglianza «esercita la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità della legge e dei regolamenti» e «impartisce nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» (art. 69, commi secondo e quinto ultima parte, O.P.) e, quindi, è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale inerenti le norme dell'Ordinamento penitenziario oggetto della doglianza del reclamante.

Questo Magistrato di sorveglianza ritiene che l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal reclamante non sia manifestamente infondata e che, pertanto, la stessa debba essere sollevata nei termini e sotto i profili che verranno illustrati nel seguito.

Questo Giudice, quindi, sulla base delle argomentazioni di seguito illustrate, ritiene di dover sollevare le questioni, non manifestamente infondate, di legittimità costituzionale: 1) dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), O.P. nella parte in cui limita la permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno, per contrarietà agli artt. 27, terzo comma e 32, primo comma, Cost.; 2) dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), O.P. nella parte in cui prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi, per contrarietà agli artt. 3, primo comma e 27, terzo comma, Cost., nonché al principio di ragionevolezza.

La norma che limita la permanenza all'aperto ad una durata non

superiore a due ore al giorno può ritenersi fondatamente in contrasto con gli artt. 27, terzo comma, Cost. in quanto integrante un trattamento contrario al senso di umanità.

Va tenuto conto che, sulla base delle indicazioni applicative di cui alle circolari dell'Amministrazione penitenziaria in materia, delle predette due ore di permanenza all'aperto solo un'ora viene effettivamente trascorsa all'aria aperta, mentre l'altra viene fruita al chiuso, a scelta, in socialità, biblioteca, palestra, ecc.

Invero, in materia di permanenza all'aperto, l'art. 10 O.P. già fornisce un criterio normativo di portata generale, laddove prevede che debba essere consentito ai detenuti di permanere all'aria aperta almeno per due ore al giorno e che tale periodo di tempo possa essere ridotto a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali.

Allo stesso modo, in materia di restrizioni applicabili in caso di applicazione del regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis O.P., l'art. 14-quater O.P. prevede che le restrizioni non possano riguardare, tra l'altro, la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno, salvo quanto disposto dall'art. 10 O.P.

Tale criterio minimo di tutela era stato recepito dal previgente assetto normativo del regime di cui all'art. 41-bis O.P., che prevedeva la permanenza all'aperto per una durata non superiore a quattro ore al giorno, corrispondenti, secondo quanto sopra precisato, a due ore di effettiva permanenza all'aria aperta, il quale, pertanto, già si collocava nell'ambito della massima limitazione resa possibile dall'Ordinamento penitenziario, peraltro recependo proprio l'insegnamento della Corte costituzionale in materia.

Con la riforma introdotta dalla legge n. 94/2009 si assiste ad una ulteriore compressione della durata di permanenza all'aria aperta ad un ora al giorno, che viene, quindi, a coincidere con il limite minimo di cui all'art. 10, comma 2, O.P.

Tuttavia, mentre la norma da ultimo citata consente la riduzione della permanenza all'aria aperta ad un'ora al giorno «soltanto per motivi eccezionali», la previsione di cui alla legge n. 94/2009 è sganciata da ogni valutazione di eccezionalità e si pone, anzi, di fatto, come regime ordinario dei detenuti sottoposti all'art. 41-bis O.P., suscettibile, in verità, di ulteriore riduzione ad un'ora al giorno complessiva di permanenza all'aperto rispetto alle due previste, rimessa ad una scelta ampiamente discrezionale del Ministro.

La particolare afflittività della restrizione in esame viene in rilievo anche in rapporto alle altre limitazioni che caratterizzano il regime penitenziario differenziato ai sensi dell'art. 41-bis O.P., le quali determinano, di fatto, un restringimento, per non dire un azzeramento, delle opportunità trattamentali fruibili dal detenuto ad esso sottoposto, il quale si viene a trovare, nella migliore delle ipotesi, in una situazione in cui la permanenza in cella si protrae per 22 ore al giorno, con la possibilità di permanenza all'aria aperta per una sola ora al giorno e di svolgimento di attività al chiuso (socialità, palestra, biblioteca, ecc.) per una sola ora al giorno.

Sotto tale profilo, la stessa Corte costituzionale, rispondendo

al quesito se un limite assoluto al contenuto delle misure derogatorie si possa trarre, per analogia, dall'art. 14-quater comma quarto, O.P., che specifica gli ambiti della vita carceraria che non possono essere incisi dalle restrizioni disposte con il regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis O.P., regime che «nella sua concreta applicazione viene ad assumere un contenuto largamente coincidente con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41-bis, comma 2, di sospensione del trattamento penitenziario» (Corte cost., sentenza n. 410 del 1993), ha affermato che «non può mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-quater appaiono particolarmente pregnanti» (Corte cost., sentenza n. 351 del 1996).

Anche alla stregua degli standards elaborati dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (CPT) l'effettuazione di almeno un'ora di esercizio all'aria aperta ogni giorno si colloca quale tutela minima fondamentale per tutti i detenuti, senza alcuna eccezione, al di sotto della quale si configurerebbe un trattamento inumano o degradante; si precisa, inoltre, che tale tutela fondamentale dovrebbe far parte di un programma più ampio di attività, che certamente non è dato ravvisare nell'ambito del regime penitenziario di cui all'art. 41-bis O.P.

La norma in esame può ritenersi fondatamente in contrasto anche con l'art. 32, comma uno, Cost. in quanto lesiva del diritto alla tutela della salute.

Infatti, la permanenza all'aria aperta per un congruo periodo di tempo, con la possibilità di effettuare esercizi fisici, è direttamente funzionale al mantenimento di buone condizioni di salute del detenuto e ad ovvie esigenze di carattere igienico-sanitarie.

Entrambe le predette esigenze non appaiono poter essere adeguatamente soddisfatte laddove si preveda che il detenuto abbia a disposizione una sola ora al giorno di permanenza all'aria aperta ed una sola ora al giorno da dedicare alla socialità o ad altre attività ricreative (biblioteca, palestra, ecc.) e debba rimanere in cella per le restanti 22 ore della giornata.

La norma che prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi può ritenersi fondatamente in contrasto con gli artt. 3, comma primo e 27, terzo comma, Cost., nonché con il principio di ragionevolezza.

Infatti, tale norma pone in essere una disparità di trattamento fra detenuti, non giustificabile sulla base delle esigenze proprie del regime detentivo differenziato.

La disciplina ordinaria fondamentale in materia di acquisto di generi alimentari e di uso di fornelli è la seguente.

L'art. 9, ultimo comma, O.P. consente ai detenuti l'acquisto di generi alimentari e di conforto, entro i limiti fissati dal regolamento; l'art. 14, commi ottavo e nono, d.P.R. n. 230/2000 precisa che i generi alimentari acquistati non devono eccedere in quantità il fabbisogno giornaliero di una persona e che non si

possono accumulare generi alimentari in quantità eccedente il fabbisogno settimanale; l'art. 13, comma quarto, d.P.R. n. 230/2000 consente ai detenuti, nelle proprie celle, l'uso di fornelli personali per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento; l'art. 13, comma settimo, d.P.R. n. 230/2000 dispone che il regolamento interno può prevedere che, senza carattere di continuità, sia consentita ai detenuti e agli internati la cottura di generi alimentari, stabilendo i generi ammessi nonché le modalità da osservare.

A fronte della predetta disciplina ordinaria, che consente ai detenuti l'acquisto di generi alimentari al sopravvitto, l'utilizzo di fornelli personali per preparare cibi di facile e rapido approntamento, nonché, secondo le previsioni del regolamento interno, per la cottura di generi alimentari, la legge n. 94/2009 pone il divieto assoluto di cuocere cibi.

Orbene, non è possibile arguire come siffatto divieto possa ridurre il rischio che il detenuto mantenga contatti con l'esterno.

Invero, tale misura, per il suo contenuto, non è riconducibile alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, apparendo viceversa palesemente inidonea o incongrua rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che legittimano l'applicazione del regime penitenziario differenziato, e finisce per acquistare un significato diverso, quale ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva estranea alla funzione attribuita dalla legge all'istituto del 41-bis.

Ciò appare tanto più vero se si considera che al detenuto sottoposto all'art. 41-bis O.P. viene comunque consentito di acquistare al sopravvitto o ricevere dall'esterno generi alimentari che secondo l'uso comune non richiedono cottura, nonché l'utilizzazione dei fornelli personali per la preparazione di bevande e per riscaldare liquidi, nonché cibi già cotti forniti dall'Amministrazione penitenziaria.

Nè pare che la misura in esame possa essere finalizzata ad evitare che il detenuto possa assumere all'interno dell'Istituto penitenziario ruoli di predominio tali da comportare l'aggregazione attorno a sé di altri detenuti, privando il detenuto di possibili manifestazioni di «potere reale» e possibili occasioni per aggregare intorno a sé «consenso» traducibile in termini di potenzialità offensive criminali, non solo e non tanto perché la mera facoltà di cucinare cibi non sembra idonea a determinare tali effetti di predominio ed aggregazione, ma anche e soprattutto perché tali medesimi effetti il detenuto ben potrebbe ottenere anche tramite l'acquisto e la ricezione di generi alimentari che non richiedono cottura.

Si deve quindi dubitare della costituzionalità della restrizione in esame non solo in quanto determinante una irragionevole disparità di trattamento con i detenuti ordinari, non riconducibile alle finalità istituzionali del regime di cui all'art. 41-bis O.P., ma anche in quanto idonea a determinare, tenuto conto del complesso delle ulteriori limitazioni imposte in virtù dell'applicazione del predetto regime, un trattamento penitenziario contrario al senso di umanità, con violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si ritiene che non sia effettuabile da questo giudice alcuna interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina dettata con la legge n. 94 del 2009, di modifica dell'art. 41-bis, comma 2-ter, lettera f), O.P., che permetta di ritenere osservati dalla medesima i principi costituzionali sopra richiamati.

Il procedimento deve pertanto sospendersi e gli atti essere inviati alla Corte costituzionale.

P. Q. M.

Visti gli articoli 23 e seguenti legge 11 marzo 1953, n. 87, 14-ter, 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94;

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera i), della legge 26 luglio 1975, n. 354 così come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 25, lettera f) n. 2.4, nella parte in cui limita la permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno, per contrarietà agli artt. 27, terzo comma e 32, primo comma, Cost.;

Dichiara, altresì, rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 così come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 25, lettera f) n. 2.4, nella parte in cui prevede l'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di cuocere cibi, per contrarietà agli artt. 3, primo comma e 27, terzo comma, Cost., nonché al principio di ragionevolezza;

Dispone la trasmissione degli atti del presente procedimento alla Corte costituzionale;

Dispone la sospensione del presente procedimento in attesa della decisione della Corte medesima.

Manda alla cancelleria per le comunicazioni di legge, la notifica all'interessato, ed al pubblico ministero, nonché per l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, e per la notifica della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Cuneo, addì 20 gennaio 2010

Il Magistrato di sorveglianza: dott. Pier Marco Salassa