



52544/14

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 30/06/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MARIA CRISTINA SIOTTO
Dott. ALDO CAVALLO
Dott. ENRICO GIUSEPPE SANDRINI
Dott. FILIPPO CASA
Dott. RAFFAELLO MAGI

- Presidente - SENTENZA
N. 2112/2014-
- Consigliere -
- Consigliere - REGISTRO GENERALE
N. 51076/2013
- Consigliere -
- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE
DI CUNEO
MINISTERO DELLA GIUSTIZIA
nei confronti di:

avverso l'ordinanza n. 5039/2013 GIUD. SORVEGLIANZA di
CUNEO, del 08/10/2013

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. RAFFAELLO MAGI;
lette/sentite le conclusioni del PG Dott. G. D'Angelo, che
ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

RT

Udit i difensor Avv.;

RITENUTO IN FATTO

1. Con provvedimento emesso in data 8.10.2013 il Magistrato di Sorveglianza di Cuneo accoglieva il reclamo generico proposto ai sensi dell'art. 35 legge n.354 del 26.7.1975 e succ. mod.(da ora in poi ord. pen.) da (detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41 *bis* ord. pen.) sul tema delle modalità di realizzazione dei colloqui con i familiari lì dove siano presenti al colloquio soggetti di età inferiore ad anni dodici.

In fatto, va premesso che la vicenda si ricollega alla emanazione di due circolari di analogo tenore da parte del Dipartimento della Amministrazione Penitenziaria tese a regolamentare in via generale le modalità esecutive dei colloqui dei detenuti sottoposti al regime differenziato con figlio o nipote Infradodicenne, in parte modificative della disciplina antecedente (che consentiva di fatto la permanenza dei familiari accompagnatori nella saletta dei colloqui, sia pure al di là del vetro divisorio) .

Con la prima - del 18.4.2013 - si è stabilito che il colloquio 'diretto' tra il detenuto e il minore (senza vetro divisorio) per la durata di 10 minuti va eseguito senza la presenza dei familiari adulti all'interno della saletta dedicata ai colloqui. Con la seconda - del 23.5.2013 - si è precisato che non è consentita la presenza dei familiari accompagnatori al di là del vetro ma costoro devono attendere all'esterno della saletta.

Tali disposizioni di carattere generale risultano motivate con la necessità di tutela delle finalità sottese alla applicazione del regime differenziato, in particolare al fine di evitare «strumentalizzazioni» dei minori al fine di veicolazione di messaggi ai familiari tesi ad aggirare le inibizioni correlate all'applicazione della particolare disciplina.

Il Magistrato di Sorveglianza di Cuneo, con ampia motivazione, accoglieva - in tale parte- il reclamo del disponendo disapplicarsi le circolari ministeriali vigenti in materia nella parte in cui prevedono l'allontanamento dei familiari per tutta la durata del colloquio fruito senza vetro divisorio dal detenuto in regime penitenziario differenziato con il proprio figlio o nipote minore di anni 12, con annullamento dell'ordine di servizio adottato in conseguenza dalla Casa Circondariale di Cuneo.

Premessa la ricognizione della vigente disciplina, in motivazione si ritiene qualificabile in termini di 'diritto soggettivo' del detenuto quello al mantenimento delle relazioni affettive familiari, elemento essenziale del trattamento.

I colloqui pertanto, realizzano la condizione di effettività di tale diritto e costituiscono la principale forma di mantenimento dei contatti con i familiari.

RM

Ferma restando la loro limitazione - in forza di legge - nel numero e nelle modalità realizzative, è da ritenersi che le ulteriori restrizioni, come quelle in esame, debbano pertanto trovare giustificazione nelle esigenze di contenimento della pericolosità e di prevenzione, sì da assicurare il rispetto di parametri di ragionevolezza, congruità e proporzionalità, pena l'ingiustificata limitazione del diritto.

Nei casi in esame il Magistrato di Sorveglianza ritiene che dette limitazioni non siano realmente giustificate e non rispettino i suddetti parametri di congruità e proporzionalità.

Ciò essenzialmente in rapporto al fatto che la privazione del contatto visivo con i familiari accompagnatori - imposta dalle circolari come condizione del contatto - renderebbe insicuro il minore - incidendo anche su diritti 'propri' del medesimo - e metterebbe a rischio, per tale ragione, la stessa fruibilità del colloquio 'diretto'.

2. Avverso detto provvedimento ha proposto ricorso per cassazione, il Ministero della Giustizia in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino.

Nei ricorsi si deduce erronea applicazione della disciplina di legge di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. .

Si afferma che la vigente disciplina di legge, come novellata dalla riforma del 2009, ha previsto in via generale l'adozione - nell'ambito delle previsioni generali di cui al comma 2 *quater* - delle singole prescrizioni con provvedimento ministeriale, il che ne esclude la sindacabilità.

Che, in particolare, circa i colloqui, la norma di legge impone di prevedere particolari modalità di realizzazione al fine di impedire il passaggio di oggetti e pertanto le disposizioni emesse risultano del tutto giustificate.

Non risulta infatti violato alcun diritto soggettivo posto che le disposizioni non negano la fruibilità del contatto diretto, durante il colloquio, ma incidono su modalità di realizzazione dei colloqui stessi che non possono dirsi - in un corretto bilanciamento di interessi - costituzionalmente tutelate.

L'interesse alla presenza degli altri familiari - che di certo rende più agevole l'esecuzione del colloquio - non può dirsi infatti prioritario rispetto alle esigenze di sicurezza poste a base della limitazione derivante dalla circolare.

Si conclude pertanto per l'annullamento del provvedimento impugnato.

3. Analogo ricorso è stato proposto dal Procuratore della Repubblica di Cuneo, che evidenzia come nei casi in esame non si possa parlare di lesione di alcun diritto soggettivo del soggetto detenuto, essendo stata in realtà regolamentata una modalità di esecuzione del colloquio, che resta fruibile.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso risulta fondato, per le ragioni e con le precisazioni che seguono.

1.1 Va premesso che l'intervento giurisdizionale in tema di sindacato sulle concrete modalità del trattamento penitenziario previste - anche in via generale - dall'Amministrazione trova fondamento nella necessità di tutelare posizioni giuridiche definibili quali diritti soggettivi indebitamente limitati (si vedano, tra le molte, Sez. VII n. 23379 del 12.12.2012, rv 255490; Sez. VII n. 23377 del 12.12.2012, rv 255489) .

La stessa decisione 'fondante' la giurisdizionalità del controllo e la reclamabilità degli atti da parte del detenuto - n. 26 del 1999 della Corte Cost. - muove dal presupposto dell'esistenza di situazioni giuridiche soggettive che, per loro natura, non possono essere disconosciute in virtù della intervenuta restrizione di libertà ed in via generale le indica nei «diritti» suscettibili di essere lesi per effetto del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del trattamento di ciascun detenuto o per effetto di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere.

Da tale generale previsione deriva che per poter individuare la natura della posizione giuridica soggettiva, meritevole di tutela giurisdizionale, deve aversi riguardo da un lato alla tipologia di interesse del soggetto che si assume lesa (posto che soltanto gli interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano, al contempo, la concreta proiezione di diritti fondamentali dell'individuo possono essere qualificati in termini di diritti soggettivi) dall'altro alla qualificazione normativa del potere esercitato dall'amministrazione (posto che lì dove la norma primaria conferisce in via diretta un potere discrezionale all'amministrazione non può pararsi di violazione di un diritto soggettivo ma al più di esistenza di un interesse legittimo, direzionato alla verifica del corretto utilizzo di tale potere discrezionale).

1.2 Infondata, nel caso in esame, è la prima parte della proposta doglianza, ove si assume che le modifiche al testo di legge operate con l'intervento del 2009 (legge 15 luglio 2009 n.94) escludono la sindacabilità da parte del magistrato di sorveglianza (qui territorialmente competente) delle disposizioni regolamentari emanate ad integrazione del decreto di sottoposizione al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord.pen. o comunque incidenti sulle modalità concrete della sottoposizione .

La lettura delle nuove disposizioni in senso «abrogativo» del controllo sulle singole prescrizioni conformanti il regime detentivo speciale - che si era inizialmente appoggiata al nuovo testo del comma 2 *sexies* dell'art. 41 *bis* (nella parte in cui limita il sindacato giurisdizionale sul provvedimento applicativo alla sola *sussistenza dei presupposti*) - è stata, in via generale, disattesa dalla Corte Costituzionale nella nota decisione n.190 del 20190, ove si è con estrema chiarezza affermato chela reclamabilità dei provvedimenti adottati nei confronti dei detenuti - con il conseguente potere del giudice di sorveglianza di disapplicare, in tutto o in parte, il provvedimento impugnato - è stata affermata in passato dalla giurisprudenza costituzionale, sia in generale sia con riferimento all'art. 41-*bis*, anche in assenza di una espressa disposizione legislativa che prevedesse uno specifico diritto di reclamo. Questa Corte ha infatti statuito: «una volta affermato che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario»...; nelle pronunce citate, quindi, l'art. 14-*ter* ord. pen. era stato individuato come norma applicabile a tutti i regimi detentivi fondati su forme qualificate di pericolosità, con la conseguenza che il reclamo in esso previsto aveva assunto il carattere di rimedio generale, esperibile anche nella mancanza di specifiche disposizioni legislative per le fattispecie analoghe alla «sorveglianza particolare». Tale orientamento ha trovato conferma e approfondimento in una successiva sentenza di questa Corte, la quale - perdurando il silenzio normativo sulla sindacabilità dei provvedimenti di applicazione del regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. - ha affermato che «non vi è dubbio che il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni dell'amministrazione, per esplicare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, debba estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo». Concludeva la pronuncia: «Eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere a questi fini disattese, secondo la regola

27

generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell'amministrazione solo in quanto legittimi (sent. 351 del 1996) . Il legislatore ha recepito il principio di tutela stabilito da questa Corte ed ha inserito nella disposizione posta ad oggetto delle odierne censure - con l'art. 4 della legge 7 gennaio 1998, n. 11 (Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui ricami in tema di articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario) - un comma 2-*bis*, in cui si stabiliva la competenza del tribunale di sorveglianza sui ricami avverso i provvedimenti del Ministro della giustizia di sospensione, in tutto o in parte, per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, delle regole ordinarie di trattamento dei detenuti. Con il successivo comma 2-*sexies* - inserito dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di ordinamento penitenziario) - si è attribuita al tribunale di sorveglianza la competenza a decidere, in seguito a ricamo, «sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Occorre mettere in rilievo che la stessa legge n. 279 del 2002 aveva inserito nell'art. 41-*bis* anche un comma 2-*quater*, contenente un elenco di misure conseguenti alla sospensione delle regole di trattamento, attribuendo al Ministro della giustizia, con l'uso del sintagma verbale «può comportare», un ambito di discrezionalità nella scelta delle misure ritenute necessarie e sufficienti per soddisfare le esigenze di sicurezza poste a fondamento del potere di sospensione. Al tribunale di sorveglianza spettava pertanto un doppio controllo, sui presupposti e sui contenuti, questi ultimi quanto alla loro «congruità» rispetto alle esigenze di sicurezza. È evidente che tale controllo sulla congruità era strettamente correlato al potere discrezionale del Ministro, da ritenersi limitato, come ogni potere discrezionale, ai mezzi necessari a perseguire le finalità previste dalla legge. La legge n. 94 del 2009 ha apportato plurime modifiche all'art. 41-*bis* ord. pen., tra cui, rilevanti ai fini del presente giudizio, quella riguardante il primo capoverso del comma 2-*quater* e quella concernente il comma 2-*sexies*. Con la prima modifica, relativa all'elenco delle restrizioni concernenti vari aspetti della vita carceraria, all'espressione «può comportare» è stata sostituita l'altra «prevede»; con la seconda novella è stato soppresso, nella disciplina del ricamo contro il decreto applicativo del regime speciale, il riferimento al controllo sulla congruità di contenuto del provvedimento rispetto alle esigenze di sicurezza. .. Il giudice rimettente ritiene che la suddetta soppressione testuale abbia fatto venir meno il controllo di legalità, da parte del tribunale di sorveglianza, sui contenuti del provvedimento di sospensione, con conseguente violazione degli artt. 13,

217

secondo comma, 24, primo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost. . Dall'esposizione che precede si desume che tale prospettazione è frutto della mancata ricostruzione sistematica del quadro normativo. Per effetto di tale omissione, il giudice *a quo* non ha preso in considerazione un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, basata sulla constatazione della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-ter ord. pen. per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti .. . La forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, *ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto*. Si è ritenuto, in altre parole, che non vi fosse più necessità di una norma specifica. Resta impregiudicato, peraltro, il *rimedio generale previsto dall'ordinamento penitenziario, mai abrogato e ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte applicabile*, come prima si è ricordato, anche al regime di cui all'art. 41 bis. (Corte Cost., sent. n.190 del 2010).

127

Sussisteva pertanto il potere da parte del Magistrato di Sorveglianza di Cuneo di intervenire sul tema devoluto con il reclamo generico, trattandosi di prescrizioni potenzialmente incidenti su diritti soggettivi del detenuto.

1.3 Ciò posto, il caso in esame presenta aspetti di particolare complessità e delicatezza, in virtù del fatto che da un lato involge la tutela di una posizione giuridica del detenuto di certo definibile in termini di 'diritto soggettivo', come quello al mantenimento di relazioni affettive con la famiglia (riconosciuto da tutte le norme citate ampiamente nel provvedimento impugnato, la cui ripetizione appare inutile), dall'altro concerne - in fatto - aspetti marcatamente *esecutivi* di tale diritto (le modalità di realizzazione del colloquio con figli o nipoti infradodicesenni) e non in quanto tali 'preclusivi' della facoltà.

Ciò perchè le citate circolari emesse dai DAP - nei loro contenuti precettivi - non realizzano una 'soppressione' della facoltà del detenuto di intrattenere il colloquio con il minore - per un tempo limitato - senza il vetro divisorio e dunque con contatto diretto, ma ne disciplinano una 'modalità indiretta', rappresentata dalla permanenza o meno dei 'familiari accompagnatori' all'interno della saletta riservata ai colloqui, durante detto contatto.

In ciò è esatto sostenere - come in sostanza prospettato dal Ministero ricorrente - che la previsione regolamentare non incide sul 'contenuto essenziale' del diritto alla affettività e al mantenimento delle relazioni familiari (il colloquio diretto

resta possibile) ma, a tutela delle finalità previste dall'art. 41 *bis* co.2, inibisce una modalità «di contesto», rappresentata dalla presenza - qui esclusa - delle altre figure familiari nella saletta riservata.

Al fine di ritenere sussistente la violazione del 'diritto' (presupposto della disapplicazione delle circolari) il Magistrato di Sorveglianza di Cuneo pone tuttavia l'accento sulle 'possibili conseguenze' di tale limitazione, affermando che « l'allontanamento dei familiari finisce per ostacolare notevolmente il rapporto affettivo tra il detenuto ed il figlio/nipote, *di fatto impedendo* il sereno svolgersi del colloquio ed inducendo un vissuto traumatico nel minore, che si vede abbandonato dalla madre, o dall'altro familiare disponibile, in un ambiente estraneo e con una persona, il padre o il nonno, con il quale spesso manca una adeguata confidenza proprio in ragione dello stato di detenzione di quest'ultimo, con il concreto rischio che il colloquio venga interrotto prima del tempo o rinunziato» .

Qui tuttavia si annida - a parere del Collegio - il vizio del provvedimento impugnato, posto che le descritte conseguenze delle «nuove» modalità di esecuzione del colloquio in termini di «negazione» del diritto soggettivo (del recluso, così come del minore) sono semplicemente *ipotizzate* e non tratte da una concreta fenomenologia alimentata da casistica, realizzata e verificata nelle condizioni di fatto.

Il ragionamento si fonda - di certo - su una base esperienziale non irragionevole (l'ostacolo frapposto rende statisticamente *possibile* un rifiuto e comunque pone una difficoltà) ma tende ad assolutizzarne le conclusioni, lì dove approda ad una ipotesi di vero e proprio «impedimento» alla realizzazione del colloquio diretto.

La ricaduta sul «diritto soggettivo» - unico aspetto che consentirebbe il giudizio di comparazione con le finalità di contenimento della pericolosità del detenuto - viene - pertanto - meramente *ipotizzata* mentre la disapplicazione dell'atto a contenuto precettivo presuppone che la lesione del diritto si sia realmente verificata, peraltro in danno del soggetto reclamante, e che si sia apprezzata l'incongruità della limitazione rispetto al fine tutelabile .

Il Magistrato di Sorveglianza realizza - in altre parole - il giudizio di comparazione tra la portata delle limitazioni e il nucleo essenziale del diritto al mantenimento della affettività senza la verifica di una effettiva lesione, derivante da una concreta vicenda di «non fattibilità» del contatto diretto.

Non può pertanto affermarsi che il contenuto della circolare - che resta finalizzata a regolamentare una modalità indiretta del colloquio - sia immediatamente lesivo della posizione giuridica soggettiva del detenuto ed in tal senso le doglianze risultano fondate.

Va disposto pertanto l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato.

27

P.Q.M.

Annulla senza rinvio il provvedimento impugnato.

Così deciso il 30 giugno 2014

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi



Il Presidente

Maria Cristina Stotto

