



06925-22

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da

Enrico Giuseppe Sandrini	- Presidente -	Sent. n. sez. 74/22
Luigi Fabrizio Augusto Mancuso		UP - 12/1/2022
Francesco Aliffi		
Alessandro Centonze		R.G.N. 20540/21
Carlo Renoldi	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dal
Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria,
nel procedimento nei confronti di

(omissis)

avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Torino in data 5/1/2021;
visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Carlo Renoldi;
letta la requisitoria del Pubblico ministero, in persona del Sostituto Procuratore
generale Ettore Pedicini, che ha concluso chiedendo la declaratoria di
inammissibilità del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza n. 2020/1148 del 1/10/2020, il Magistrato di sorveglianza di Cuneo accolse il reclamo proposto, ai sensi degli artt. 35 *bis* e 69, comma 6, lett. *b*), Ord. pen., da (omissis) detenuto in regime di art. 41-*bis* Ord. pen. nella Casa circondariale di (omissis), disponendo che la Direzione di quell'istituto penitenziario consentisse all'interessato la permanenza in spazi aperti per due ore giornaliere, salvo quanto previsto dall'art. 10 Ord. pen., senza computare, in tale arco temporale, l'ora di socialità in locali interni a essa dedicati. Ciò sul presupposto che lo stare all'aria aperta, previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*,

lett. f) Ord. pen., non potesse essere interpretato come mera permanenza fuori della cella e che, pertanto, l'ora consentita per l'utilizzo della saletta o della palestra dovesse essere ulteriore rispetto alle due ore di permanenza all'aria aperta, rispondendo la cosiddetta «socialità» a esigenze diverse da quelle della tutela della salute e del benessere psicofisico proprie di quest'ultima.

1.1. Con ordinanza in data 5/1/2021, il Tribunale di sorveglianza di Torino ha rigettato il reclamo avverso il primo provvedimento, con cui il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria aveva dedotto che il riferimento, contenuto nell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen., al «limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10» fosse stato implicitamente abrogato dalla modifica dell'art. 10 Ord. pen. operata con il d.lgs. n. 123 del 2018, di tal che, ad oggi, non sarebbe previsto un limite minimo di ore di aria aperta per i detenuti sottoposti al regime differenziato. Il Collegio, infatti, dopo avere ribadito, anche con il richiamo alla giurisprudenza di legittimità, che la locuzione «permanenza all'aperto» contenuta nell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen. non sia equivalente a quella di permanenza al di fuori della cella, avendo la permanenza all'aperto e la cd. socialità le differenti finalità di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti e internati, ha confermato che la limitazione (massimo due ore al giorno), di cui alla lett. f) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, Ord. pen. riguarda la sola permanenza del detenuto all'aria aperta e non la mera permanenza al di fuori della cella in locali per lo svolgimento di attività trattamentali. Inoltre, la riforma del 2018 sull'art. 10 Ord. pen., tuttora richiamato dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen., non ha tacitamente abrogato la clausola di rinvio contenuta nel comma prima di tale articolo. Pertanto, per i detenuti comuni il tempo minimo di permanenza all'aria aperta è stato innalzato a quattro ore al giorno (salva la riduzione a due ore al giorno per «giustificati motivi»), per i detenuti sottoposti a regime differenziato, invece, tale tempo non può scendere oltre le due ore, secondo quanto già stabilito prima della riforma.

2. Il Ministero della Giustizia (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria) ha proposto ricorso per cassazione avverso il predetto provvedimento per mezzo dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, deducendo, con un unico motivo di impugnazione formulato ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., la inosservanza o erronea applicazione dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen., nonché degli artt. 1, 13, 15 Ord. pen. e «di ogni altra norma dell'ordinamento penitenziario avente ad oggetto il trattamento dei detenuti».

Nel dettaglio, dopo avere integralmente riportato la normativa primaria e secondaria in materia di permanenza all'aria aperta e di partecipazione alle attività della cd. socialità, il ricorso deduce come lo svolgimento di attività ricreative,

sportive, culturali e di istruzione non presupponga la permanenza dei detenuti all'interno delle «salette», considerata la nozione ampia di «trattamento detentivo» accolta dagli artt. 1, 13 e 15 Ord. pen. e come essa possa avvenire presso le aree all'aperto destinate ai «passeggi». Coerentemente, gli artt. 11 e ss. della circolare sul regime differenziato accoglierebbero un'accezione unitaria di tutte le attività espletabili al di fuori delle celle, prevedendo, in relazione al complesso di tali attività, il limite massimo di due ore contemplato dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), Ord. pen., consentendo, in tale arco temporale, di fruire sia dell'aria aperta, sia delle attività trattamentali che non devono essere svolte al chiuso (come la biblioteca o la sala-pittura), lasciando al singolo detenuto la scelta se fruire delle due ore di passeggi, rinunciando alla fruizione dei servizi espletabili esclusivamente al chiuso, ma mantenendo la possibilità di svolgere all'aperto, oltre all'esercizio fisico, giochi a carte o di società, o di leggere un libro o una rivista.

Tale soluzione sarebbe coerente con l'originaria formulazione dell'art. 10, primo comma, Ord. pen., espressamente richiamato dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), Ord. pen., a mente del quale la permanenza all'aperto avrebbe una durata non superiore a due ore al giorno, fermo restando il «limite minimo» di un'ora di cui al primo comma dell'art. 10, con la possibilità, per gli istituti di pena, di fissare discrezionalmente il periodo di permanenza all'aria, essendo vincolati soltanto al rispetto del suddetto limite minimo e potendo, dunque, ridurlo a un'ora anche in assenza di motivi eccezionali. Infatti, ove il legislatore avesse inteso affermare che la permanenza all'aperto dovesse essere assicurata per non meno di due ore al giorno, avrebbe mutuato la locuzione dell'art. 14-*quater* Ord. pen., il quale, per l'appunto, fa riferimento alla «permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno», aggiungendo, subito dopo, la clausola «salvo quanto disposto dall'articolo 10» e, dunque, chiarendo, con il rinvio all'intero art. 10, che la possibilità di restringere il periodo ordinario di permanenza all'aria è condizionato all'esistenza di «motivi eccezionali». E in questo modo si privilegierebbe una soluzione più ragionevole alla luce della differenza tra le due categorie di detenuti, tale da consigliare una maggiore flessibilità, da rimettere alla discrezionalità dei singoli istituti, i quali, ferma la possibilità di protrarre la permanenza all'aria per due ore al giorno, potrebbero però ridurla, senza che la sentenza della Corte costituzionale n. 351 del 1996 possa costituire un ostacolo, riguardando essa un'altra disposizione, l'art. 14-*quater* Ord. pen., cui non potrebbe attribuirsi un valore sovraordinato rispetto ad altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario, avendo l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* carattere speciale e considerata la diversità degli istituti previsti dalle due norme.

Sotto altro profilo, si sottolinea che l'art. 11, comma 1, lett. *c*), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 stabilirebbe, con disposizioni di carattere interpretativo, una disciplina più ampia per i detenuti ordinari, ma espressamente resa inapplicabile,

come tutte le disposizioni del d.lgs. 123, ai detenuti sottoposti a regime differenziato. Si opina, in particolare, che il d.lgs. 123 del 2018 abbia tacitamente abrogato il riferimento al primo comma dell'art. 10, tuttora presente nel corpo dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), Ord. pen., atteso che quest'ultima disposizione prevedrebbe il limite massimo di due ore della permanenza all'aria aperta, mentre la nuova disposizione, al primo comma, avrebbe elevato a 4 ore la permanenza dei detenuti comuni, laddove la possibilità di fissare un limite inferiore, pari a non meno di due ore, in presenza di motivi giustificati, è prevista dal successivo secondo comma.

A fronte del tenore letterale dell'art. 41-*bis* Ord. pen., non potrebbe ritenersi che esso rinvii ai soli limiti minimi contemplati dal comma 2 dell'art. 10, coincidenti con il limite massimo previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*). Il rinvio, dunque, sarebbe statico, sicché in assenza di modifiche di quest'ultima norma e di norme di coordinamento, una volta venuto meno il testo precedente dell'art. 10, primo comma, Ord. pen., si sarebbe determinata l'abrogazione tacita dell'inciso. A fronte di essa, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*) imporrebbe comunque, a mente dell'art. 27, secondo comma, Cost., l'individuazione di limiti orari minimi di fruizione giornaliera dell'aria, che ragionevolmente potranno continuare a fissarsi nella singola ora di permanenza all'aria, secondo la previsione dell'art. 16, terzo comma, d.P.R. 230 del 2000, che a tutt'oggi, continua a individuare nella singola ora d'aria il limite minimo della permanenza all'aperto per tutti i detenuti, comuni e non, al di sotto del quale comunque non può scendersi, neppure per motivi eccezionali.

Proprio quest'ultimo riferimento normativo dimostrerebbe come, pur a seguito della riforma del 2018, il limite delle due ore giornaliere di permanenza all'aria, previsto in linea generale per i detenuti comuni dall'art. 10, primo comma, Ord. pen. non costituisca un «dogma» inderogabile, potendo per i detenuti sottoposti a un trattamento differenziato prevedersi un regime *in peius*. E ciò smentirebbe l'ordinanza impugnata nella parte in cui si sostiene che per effetto della modifica dell'art. 10, primo comma, sarebbe venuto meno il limite minimo di permanenza all'aria aperta per i soli detenuti sottoposti al regime speciale. E che la riforma del 2018 abbia scelto di non intervenire sull'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), Ord. pen., emergerebbe anche dai principi della delega legislativa approvata con legge 23 giugno 2017, n. 103, che in nessuna delle sue disposizioni avrebbe contenuto riferimenti al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis*, Ord. pen. e che, anzi, all'art. 1, comma 85, lett. *e*), avrebbe espressamente escluso dalla complessiva riforma le «condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale», unitamente ai «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati»; e, dunque, il regime detentivo di cui all'art. 41-*bis*, Ord. pen.

Dunque, l'orientamento di legittimità si sarebbe formato sulla base di una clausola di rinvio contenuta nell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), ormai tacitamente abrogata in virtù di una riforma che non avrebbe inteso estendere la gamma dei diritti spettanti ai detenuti sottoposti al regime speciale e che, pertanto, non consentirebbe agli interpreti di fare riferimento a una norma di parte generale che consente di ridurre la permanenza all'aria per «giustificati motivi».

Tale lettura della normativa primaria legittimerebbe ancor più l'impostazione seguita dalla circolare del 2/10/2017, secondo cui l'ora residua potrebbe essere impegnata nelle attività trattamentali da svolgersi al di fuori della cella e riassunte nel termine gergale di «socialità», in tal modo rispettando il limite complessivo delle due ore previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen., considerato che, come evidenziato, molte delle attività trattamentali ben possono compiersi anche nei luoghi dove di norma si fruisce della permanenza all'aria.

Peraltro, l'interpretazione proposta sarebbe più aderente al testo dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), che, seppur dedicato alla «permanenza all'aperto», contiene dei limiti ben precisi in merito ai contatti che si possono intrattenere con i co-detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, che non possono superare i limiti delle quattro persone e un determinato limite orario, previsti dal legislatore, onde perseguire gli obiettivi propri del trattamento differenziato, in termini generali. Contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di legittimità, non si intenderebbe qualificare l'ora di socialità come una «modalità di fruizione delle ore di permanenza all'aperto», intendendosi semmai salvaguardare la prerogativa delle Direzioni carcerarie di ridurre le ore di permanenza all'aria e fermo restando, in capo ai detenuti, il diritto di fruire dell'ora di socialità mediante l'impegno in attività espletabili solo al di fuori della cella di detenzione.

Né l'interpretazione proposta si porrebbe in contrasto con l'istituto della «socialità» nella accezione trattamentale accolta dall'ordinamento penitenziario.

Da un lato, infatti, pur in assenza di specifici riferimenti alle attività trattamentali nel catalogo di cui al comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*, la sospensione delle regole di «trattamento» e, dunque, di tutte le attività rientranti nella nozione di «socialità», costituisce il «nocciolo duro» del regime differenziato delineato dall'art. 41-*bis*, Ord. pen., che consente di sospendere tutte le regole di trattamento in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza.

Ancora, proprio utilizzando l'art. 14-*quater*, comma 4, Ord. pen. come una sorta di norma-parametro per individuare il livello indisponibile dei diritti detentivi, non sarebbe dato riconoscere alcuna delle attività trattamentali tra gli elementi che debbano comporre la vita detentiva onde evitare di infliggere trattamenti contrari al senso di umanità.

Infine, nell'ottica del legislatore, la «socialità» dovrebbe intendersi come l'insieme dell'intera offerta trattamentale che si compone non solo di attività

necessariamente espletabili in compagnia, ma anche di interessi coltivabili in solitudine, anche all'interno della cella, quali l'istruzione, la lettura, la pittura e l'esercizio fisico, sia pure nei limiti sopra indicati previsti nella Circolare. Né, infine, potrebbe obliterarsi che buona parte delle attività trattamentali, compatibilmente con le condizioni meteorologiche, ben possono svolgersi anche nelle aree destinate ai «passeggi». Pertanto, una valutazione più ampia e attinente al dato normativo dell'istituto della «socialità» consentirebbe di riferirlo alle varie attività culturali, sportive e ricreative espletabili anche in solitudine.

Da ultimo, l'ordinanza impugnata avrebbe illogicamente ritenuto che la norma primaria preveda le due ore giornaliere come limite massimo e minimo della permanenza all'aperto di cui possano beneficiare i detenuti sottoposti al regime speciale, in questo modo distorto il senso letterale della disposizione.

3. In data 28/12/2021 è pervenuta in Cancelleria la requisitoria scritta del Procuratore generale presso questa Corte, con la quale è stata chiesta la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere respinto.

2. La quotidiana fruizione, da parte dei detenuti e degli internati, della permanenza all'aria aperta costituisce un diritto strettamente correlato alla salute, intesa, secondo la nota definizione dell'Organizzazione mondiale della sanità, non come mera assenza di malattia, ma come condizione soggettiva di benessere fisico e psichico, cui la possibilità di stare fuori dalla cella, all'aria aperta, praticando, ove possibile, esercizio fisico, è direttamente funzionale.

3. Nell'ordinamento italiano, l'ambito temporale di esercizio di tale diritto è stato oggetto di un progressivo ampliamento.

In origine, infatti, l'art. 10 Ord. pen. prevedeva, al primo comma, che: «ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta. Tale periodo di tempo può essere ridotto a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali». Dunque, alla presenza di un numero minimo di ore per ciascun giorno, pari a due, si affiancava la possibilità di una eventuale riduzione, che oltre a dover essere correlata a «motivi eccezionali», non poteva mai essere inferiore a un'ora al giorno.

Fin dal principio, l'art. 16, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, a riprova della stretta afferenza della permanenza all'aperto con le esigenze di salute del detenuto, ha evidenziato che la sua fruizione «deve essere assicurata per periodi adeguati

anche attraverso le valutazioni dei servizi sanitario e psicologico», sottolineando come essa costituisca uno «strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale» (cfr. secondo comma). E il successivo terzo comma, fin dall'origine stabiliva che «la riduzione della permanenza all'aperto a non meno di un'ora al giorno, dovuta a motivi eccezionali», dovesse «essere limitata a tempi brevi» e «disposta con provvedimento motivato del direttore dell'istituto», da comunicare, oltre che al provveditore regionale, anche al «magistrato di sorveglianza», quale soggetto incaricato di vigilare sulle condizioni di detenzione e sul rispetto dei diritti dei detenuti e internati (cfr. artt. 69, commi 1 e 6, Ord. pen., 5, d.P.R. n. 230 del 2000).

4. Su tale quadro normativo è intervenuto, di recente, l'art. 11, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 123 del 2018, che ha provveduto a una parziale riscrittura del primo e del secondo comma dell'art. 10 Ord. pen., i quali ora stabiliscono che «ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere all'aria aperta per un tempo non inferiore alle quattro ore al giorno» (primo comma) e che «per giustificati motivi la permanenza all'aperto può esser ridotta fino a due ore al giorno con provvedimento del direttore dell'istituto» (secondo comma).

Sia la regola generale, sia quella che ad essa fa eccezione, dunque, sono state riscritte ampliando lo spazio temporale fruibile quotidianamente all'aria aperta, il quale è stato portato a 4 ore, salva, come detto, la possibilità di una restrizione a 2 ore ove ricorrano «giustificati motivi», concetto che è certamente più ampio di quello di «motivi eccezionali» originariamente previsto dal secondo periodo del primo comma dell'art. 10. Il nuovo regime, nel prevedere, quale limite minimo, la fruizione di almeno due ore d'aria, coincide, sul punto, con la disciplina dettata dall'art. 14-*quater*, quarto comma, Ord. pen. per i casi di sorveglianza particolare. Anche nei casi in cui si sia proceduto, nei confronti di determinate categorie di detenuti pericolosi, all'applicazione delle restrizioni, strettamente necessarie al mantenimento dell'ordine e della sicurezza, alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario, è comunque stabilito che la permanenza all'aperto debba essere garantita «per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10».

5. Nel caso qui esaminato, viene però in rilievo la questione relativa alla disciplina applicabile ai soggetti, detenuti e internati, sottoposti al regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* Ord. pen., il quale, al comma 2-*quater*, lett. f), prevede «la limitazione della permanenza all'aperto (...) a una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10». Una disposizione, questa, che la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria prot. n. 3676/6126 del 2/10/2017, avente ad

oggetto l'organizzazione del circuito detentivo previsto dall'art. 41-*bis*, Ord. pen., ha declinato, sul piano operativo, nel senso di una sovrapposibilità tra il tempo quotidiano da dedicare alla cd. socialità e ai passeggi (espressione, quest'ultima, con cui si designa, appunto, la permanenza all'aria aperta), prevedendo, come limite massimo, quello di due ore, nel quale il detenuto (e l'internato) verrebbe a suddividere le attività prima indicate. Dunque, in base al combinato disposto degli artt. 11 ss. della circolare richiamata, l'Amministrazione penitenziaria ha inteso indicare in due ore il limite massimo del tempo giornaliero che il detenuto può trascorrere al di fuori della cella, rimettendo poi all'organizzazione interna dei singoli istituti di pena e alle preferenze espresse dai detenuti la distribuzione, in concreto, delle due ore tra i «passeggi» all'aria aperta e le attività da svolgere nelle cosiddette «salette di socialità».

Tale assetto è già stato censurato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che, in tema di regime detentivo differenziato, sono illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d'istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti a tale regime, limitano a una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*, all'interno delle sale destinate alla socialità. E questo sia perché la permanenza all'aperto e la socialità devono essere tenute distinte, essendo preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati; sia perché la limitazione da due a una delle ore di permanenza all'aperto, ai sensi del combinato disposto della menzionata lett. f) e dell'art. 10 della legge n. 354 del 1975, cui essa fa rinvio, non può essere stabilita, in difetto di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere di per se stessa considerata, da atti amministrativi a valenza generale, ma deve conseguire all'adozione di un provvedimento specifico e individualizzato della direzione dell'istituto, chiamata a render conto dei «motivi eccezionali» che, ai sensi del citato art. 10, giustificano la limitazione stessa (Sez. 1, n. 17580 del 28/2/2019, Rv. 275333-01; Sez. 1, n. 44609 del 27/6/2018, C., Rv. 274026-01; negli stessi termini, pronunciandosi su procedimenti incardinati prima della modifica dell'art. 10 Ord. pen., Sez. 1, n. 17579 del 28/2/2019, Confessore, non massimata; Sez. 1, n. 17580 del 28/2/2019, Nizza, non massimata; Sez. 1, n. 17581 del 28/2/2019, Maesano, non massimata; Sez. 1, n. 26669 del 26/2/2019, Mazzarella, non massimata; Sez. 1, n. 26670 del 26/2/2019, Emmanuello, non massimata; Sez. 1, n. 26671 del 26/2/2019, Ferraro, non massimata; Sez. 1, n. 26673 del 26/2/2019, La Montagna, non massimata).



6. Tanto premesso, le censure sviluppate con l'odierno ricorso si sviluppano lungo due direttrici argomentative.

Sotto un primo profilo, si ripropongono una serie di considerazioni critiche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale già richiamato, che dimostrerebbero l'infondatezza dei precedenti approdi interpretativi. E, in questo quadro, si ripropone la tesi secondo cui vi sarebbe, se non una piena fungibilità, una sovrapposibilità, funzionale e, dunque, giuridica, tra permanenza all'aria aperta e fruizione della cd. socialità. E sotto altro aspetto, ^{il ricorso} ~~la difesa~~ sostiene, da un lato, che la modifica dell'art. 10 non avrebbe direttamente riguardato il regime differenziato; e, dall'altro lato, che essa, determinando una tacita abrogazione del richiamo compiuto al primo comma di tale articolo dalla lett. f) del comma 2-*quater*, avrebbe indirettamente reso non più spendibili gli argomenti posti a fondamento delle precedenti pronunce di legittimità. aw

6.1. Quanto al primo profilo, deve ribadirsi che al concetto di permanenza all'aperto utilizzato dall'art. 10, Ord. pen. non possa attribuirsi il significato generico di permanenza fuori dalla cella e che, conformemente alla nozione fatta propria dall'art. 16, d.P.R. n. 230 del 2000, ad esso debba riconoscersi quello più ristretto di permanenza all'aria aperta, destinata a tutelare l'interesse psicofisico del detenuto. Essa, dunque, assume una differente valenza rispetto alle attività esperibili nelle cosiddette salette, volta, più propriamente, a perseguire finalità risocializzanti. Del pari, va nuovamente affermato che il rinvio operato dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen. al comma primo dell'art. 10 doveva ritenersi compiuto all'intera disposizione ivi contenuta, sicché anche per i detenuti sottoposti al regime differenziato la limitazione della permanenza all'aria poteva avvenire soltanto in presenza di motivi eccezionali. E ciò alla luce di quanto previsto dall'art. 14-*quater* Ord. pen., il cui quarto comma, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351 del 1996, prescrive espressamente, nell'individuare i contenuti della «sorveglianza particolare», che la permanenza all'aria per almeno due ore debba essere necessariamente garantita a tutti i detenuti, a prescindere dal regime loro applicato, posto che, diversamente, la disciplina in esame si porrebbe in contrasto con il divieto di trattamenti disumani posto dall'art. 27, secondo comma, Cost.

6.2. Quanto, invece, alla tesi secondo cui la modifica dell'art. 10 Ord. pen. farebbe venir meno i presupposti del ragionamento interpretativo sviluppato dalle sentenze richiamate, essa appare smentita da plurimi argomenti.

Preliminarmente, va evidenziato come la modifica dell'art. 10, primo comma, Ord. pen., diversamente da quanto opinato dal Ministero ricorrente, non renda privo di significato il rinvio a tale disposizione compiuto dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* Ord. pen. e che, dunque, ^{NON} (si sia determinato un fenomeno di tacita *abrogatio* di una parte della lett. f). aw

Come noto, quando una disposizione rinvia ad altra per definire il proprio contenuto normativo, il rinvio può presentare due fondamentali forme di manifestazione. Esso può essere statico, materiale, redazionale, recettizio, fisso oppure può essere dinamico, formale, non recettizio, o mobile. Mentre nel primo caso si assiste a una incorporazione della disposizione oggetto del rinvio in quella rinviante, nel secondo, viceversa, il rinvio è alla fonte, sicché viene riconosciuta rilevanza a tutte le norme che la fonte, di volta in volta, è in grado di produrre e, quindi, a tutte le modifiche che interessano la disposizione richiamata.

Benché la Corte costituzionale, nell'individuare i criteri per stabilire la natura statica o dinamica del rinvio, abbia affermato la sussistenza di una presunzione di rinvio formale (cfr. per tutte Corte cost., 3 novembre 2014, n. 250), detta presunzione ha, comunque, carattere relativo, sicché spetta all'interprete indagare sull'intento del legislatore, al fine di stabilirne, nel caso concreto, la natura.

Nel caso in esame, giova rilevare che secondo quanto messo in luce nello stesso ricorso, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 deve ritenersi inapplicabile ai detenuti sottoposti a regime differenziato, secondo quanto si evince dai principi della delega legislativa approvata con legge 23 giugno 2017, n. 103, che in nessuna delle sue disposizioni ha preso in considerazione il regime detentivo previsto dall'art. 41-*bis*, Ord. pen. e che, anzi, all'art. 1, comma 85, lett. e), ha espressamente escluso dalla riforma le «condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale», unitamente ai «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati»; e, dunque, il regime detentivo di cui all'art. 41-*bis*, Ord. pen.

Tale circostanza induce, pertanto, a ritenere che il rinvio al primo comma dell'art. 10 Ord. pen. operato dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* abbia natura statica e recettizia e che la disposizione oggetto del rinvio, costituita dal primo comma del citato articolo, sia stata incorporata in quella rinviante, rendendo le vicende abrogative che hanno interessato la disposizione oggetto di rinvio irrilevanti rispetto al contenuto della disposizione incorporante.

Tale soluzione appare sostenuta da ulteriori argomenti, di rilevante significato sistematico.

Sotto un primo profilo, non può ragionevolmente discutersi del fatto che un intervento di modifica normativa, quale quello realizzato con il d.lgs. n. 123 del 2018, caratterizzato da una estensione dell'ambito dei diritti riconosciuti ai detenuti possa essere interpretata, per una specifica categoria di essi, in senso deteriore.

Sotto altro aspetto, va evidenziato che, ove si accedesse alla tesi dell'avvenuta abrogazione tacita del rinvio, dovrebbe giungersi, coerentemente, alla conclusione secondo cui, per i detenuti sottoposti al regime differenziato, mancherebbe la base normativa del diritto alla fruizione dell'ora d'aria per un tempo minimo. Infatti,

secondo la tesi qui avversata, la norma primaria si limiterebbe a stabilire la durata massima della permanenza all'esterno, ma non quella minima; né potrebbe soccorrere l'art. 16 del regolamento di esecuzione, il quale, aderendo all'opinione dell'avvenuta abrogazione dell'art. 10 Ord. pen., non potrebbe che ritenersi, essere stata, anch'essa, abrogata; laddove, accedendo, invece, alla interpretazione della natura recettizia del rinvio, mantiene un ambito di applicazione proprio rispetto ai detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis* Ord. pen. E venendo meno la base normativa, a livello primario e secondario, il concreto contenuto del diritto verrebbe rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione attraverso l'esercizio dei suoi poteri di auto-organizzazione che si esprimono attraverso circolari; di modo che un diritto strettamente connesso al fondamentale diritto alla salute verrebbe rimesso, nella concreta definizione del suo contenuto, alle scelte dell'organo amministrativo, con un assetto normativo che sarebbe di dubbia costituzionalità.

La soluzione interpretativa qui accolta, pertanto, ritiene che debba enuclearsi un limite minimo alle ore di permanenza all'aperto che abbia un fondamento legislativo, sottratto alla possibilità di una riduzione discrezionale da parte dell'Amministrazione, costituito dalle due ore; in questo modo omologando la disciplina dettata per i soggetti sottoposti al regime differenziato a quella prevista, al comma 4 dell'art. 14-*quater* Ord. pen., per i detenuti assoggettati al regime della sorveglianza particolare. Tale disposizione, infatti, concernente una categoria di ristretti qualificati per la loro pericolosità soggettiva, fissa tale limite minimo di permanenza all'aperto in due ore, definendo lo *standard* minimo, oltre il quale è possibile configurare un trattamento inumano e degradante, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 351 del 1996.

Nondimeno, in ragione del rinvio recettizio operato dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), Ord. pen. deve ritenersi che sia tuttora consentita, ai sensi della originaria formulazione del primo comma dell'art. 10 Ord. pen., la riduzione delle due ore al giorno di permanenza all'aria aperta «per motivi eccezionali».

In questo modo, l'assetto regolativo delineato dalle disposizioni richiamate si pone in assoluta continuità con la precedente elaborazione giurisprudenziale e appare complessivamente coerente anche rispetto alla evoluzione complessiva del sistema penitenziario. Con la riforma del 2018, infatti, il legislatore ha preso atto che la permanenza all'aperto costituisce un momento fondamentale per garantire l'equilibrio psico-fisico dei detenuti, tanto da decidere di raddoppiare la relativa durata per i detenuti comuni e di elevare, altresì, sempre per tale categoria di ristretti, il limite minimo, pari a due ore, peraltro a condizione che ricorrano «giustificati motivi». Al contrario, per i detenuti sottoposti a regimi speciali e, dunque, sia per coloro i quali sono sottoposti alla sorveglianza particolare, sia per



coloro ai quali è, invece, applicato il regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* Ord. pen., il limite minimo della permanenza all'aperto (che per quest'ultima categoria coincide anche con il limite massimo) deve, invece, ritenersi fissato in due ore; limite che, pur dopo la modifica del primo comma dell'art. 10 Ord. pen., può essere ridotto ad un'ora «per motivi eccezionali».

6.3. Pertanto, deve conclusivamente ritenersi che anche dopo la modifica dell'art. 10, primo e secondo comma, Ord. pen. ad opera dell'art. 11, comma 1, lett. c), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, sono illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d'istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, limitano ad una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* citato, all'interno delle sale destinate alla socialità, dovendo la permanenza all'aperto e la socialità essere tenute distinte, in quanto preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati (pervengono alla stessa conclusione, dopo la modifica dell'art. 10 Ord. pen., Sez. 1, n. 23853 del 13/1/2021, Gallico; Sez. 1, n. 24827 del 20/3/2019, Aprea; Sez. 1, 24826 del 20/3/2019, Montella; Sez. 1, 24825 del 20/3/2019, Birra; Sez. 1, n. 24823 del 20/3/2019, De Luca Bossa, tutte non massimate).

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere rigettato, senza che il Ministero della Giustizia ricorrente debba essere condannato al pagamento delle spese processuali (così Sez. U, n. 3775 del 21/12/2017, dep. 2018, Tuttolomondo, Rv. 271650).

PER QUESTI MOTIVI

Rigetta il ricorso.

Così deciso in data 12/1/2022

Il Consigliere estensore
Carlo Renoldi



Il Presidente
Enrico Giuseppe Sandrini

