

I colloqui ed i detenuti al 41-bis

di Marco Nestola*

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulle modifiche legislative e sulla *ratio* di questo istituto. – 2. I detenuti ed il “mondo fuori”: i principi e la disciplina ordinaria. – 3. I colloqui concessi ai detenuti ristretti al 41-bis. – 3.1. Colloqui “*de visu*”: i rapporti con l’avvocato difensore, i familiari, i conviventi e le altre persone; i colloqui con il Garante dei detenuti. – 3.2. Le modalità ed il numero dei colloqui *vis à vis*. – 4. I colloqui telefonici. – 5. La Circolare. – 6. I permessi *ex* articolo 30 O.P. fruibili dai detenuti al 41-bis. – 7. La grande Contraddizione.

1. Brevi cenni sulle modifiche legislative e sulla *ratio* di questo istituto.

Nello studiare il diritto penitenziario italiano non può non tenersi conto della cornice storica dentro la quale questo si evolve. Particolarmente importanti, per l’argomento trattato, sono gli avvenimenti che si susseguirono fra la fine degli anni ’70 e gli inizi degli anni ’90.

Sebbene, infatti, il problema delle BR al centro nord sembrava ridimensionarsi, in Sicilia scoppiava la cosiddetta “seconda guerra di mafia”: un conflitto interno alla mafia siciliana scatenata per aggiudicarsi il controllo sul narcotraffico che causò un ecatombe di circa seicento morti¹.

A ciò si aggiunse anche il fatto che Cosa Nostra dette avvio alla stagione delle vittime “eccellenti”, uccidendo uomini di stato e di legge che avevano deciso di combattere il crimine organizzato. Parliamo di (per citarne alcuni) Terranova, Gaetano Costa, Chinnici, Piersanti Mattarella, Pio La Torre, Boris Giuliano, Russo, Basile, Carlo Alberto Dalla Chiesa² e di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, uccisi nel corso del 1992 (detto, anche per questo, “*annus horribilis*”).

A tutto questo rumore non potevano non seguire delle reazioni da parte dello Stato³; in tale contesto, il Legislatore, riscontrando l’insufficienza di una normativa di recupero sociale per i detenuti ad altissima pericolosità ed avvertendo l’esigenza

¹ S. LUPO, *Storia della mafia* 2004, Roma, pp. 287 e ss.

² S. LUPO, *Storia della mafia* 2004, Roma, pp. 290 e ss.

³ Dapprima, con l’introduzione, tramite la L. 646 del 13 settembre 1982, conosciuta come Legge Rognoni- La Torre, del reato di “associazione di tipo mafioso”; successivamente, con l’incardinazione del cosiddetto “Maxi processo contro Cosa Nostra”, che portò alla condanna di trecentosessanta uomini d’onore. Per la buona riuscita di questo storico processo fu essenziale l’apporto offerto dal pentito Tommaso Buscetta, grazie al quale maturò la consapevolezza che effettivi risultati sul piano della lotta alla criminalità organizzata potessero essere ottenuti solamente riuscendo a capirne la struttura interna e rompendo i vincoli di omertà esistenti fra gli appartenenti alle organizzazioni Così P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall’ordinamento del 1975 ai provvedimenti della lotta alla criminalità organizzata*, Milano, 1994, p. 35.

di abbracciare un sistema di doppio binario nella fase dell'esecuzione delle pene per alcuni detenuti, condannati per delitti ritenuti di particolare allarme sociale, decise di imporre un trattamento penitenziario che si estendeva in due contrapposte direzioni: dal lato della concessione dei benefici penitenziari⁴ e da quello dell'imposizione di più stringenti limitazioni⁵.

Ed è proprio nella seconda direzione che va ad inserirsi il secondo comma dell'articolo 41-*bis* O.P., che cercava di dare risposta immediata al problema della sostanziale inidoneità del regime detentivo ordinario a svolgere qualsiasi funzione di prevenzione speciale⁶, contemplando la facoltà, per il Ministro di Grazia e Giustizia, di sospendere in tutto o in parte le normali regole di trattamento che potessero porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti commessi per finalità mafiosa, terroristica o eversiva⁷.

L'art. 29 del d.lgs. 306/1992 aveva delimitato l'operatività dell'originario secondo comma dell'articolo 41-*bis* O.P., prevedendo che cessasse di avere effetto trascorsi tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso.

Il problema della durata del provvedimento ministeriale e della sua proroga è stato affrontato dalla L. 11/1998 che ha inserito il comma 2 *bis* e che, all'esito dei rimaneggiamenti operati dalla L. 279/2002 (che ha istituzionalizzato il cd. “carcere duro” mediante l'abrogazione delle norme a suo tempo contenute nella legge

⁴ Questo nuovo strumento, inserito nell'Ordinamento penitenziario e rubricato “*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*” andava a precludere ai condannati per reati di stampo mafioso o per reati di eversione la possibilità di essere ammessi alla fruizione dei benefici penitenziari. F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per delitti dell'articolo 4 bis l. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 505.

⁵ In questo senso E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, ne *La legislazione premiale*, Milano 1984, p. 115.

⁶ Si noti, come è stato riconosciuto in sede giudiziaria, che gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino erano stati decisi dai capi di Cosa Nostra mentre erano in carcere (che, oltre a non neutralizzare la pericolosità dei boss, forniva loro un alibi per nascondere la responsabilità dei crimini commessi); v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex 41 bis Ord. Penit.*, Milano 2007, p. 2.

⁷ D.L. 8 giugno 1992, n. 306 - Art. 29. Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario:

1. All'articolo 41- *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente: “2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza”.

originaria⁸) e dalla L. 94/2009, prevede che il provvedimento ministeriale, nella forma del decreto motivato, non possa avere una durata inferiore a quattro anni⁹, consentendo la proroga per periodi successivi, pari a due anni, solo qualora risulti che la capacità del detenuto di mantenere contatti con le associazioni criminali non è venuta meno.

Oltre che senza limiti di tempo, il provvedimento ministeriale inizialmente appariva anche irrevocabile, dal momento che il secondo comma dell’art. 41-*bis*, nella sua versione originaria, non prevedeva alcun meccanismo di controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa. Tale criticità è stata superata, dapprima, mediante l’intervento della Corte Costituzionale, che, con la Sentenza n. 410 del 1993, ha riconosciuto la sindacabilità dei provvedimenti in questione, ritenendo che i detenuti rimanessero titolari dei diritti costituzionalmente garantiti meritevoli di tutela giurisdizionale¹⁰; e poi, dal Legislatore che, con la già citata L. 279/2002, recependo gli insegnamenti della Corte Costituzionale, ha delineato un procedimento di reclamo, modellato sulle forme degli artt. 666 e del 678 c.p.p.

Insomma, dal 1992, data in cui l’articolo in questione è stato introdotto, l’istituto come inizialmente formulato è stato più volte oggetto di rimaneggiamenti da parte del Legislatore e più volte sottoposto al vaglio dalla Corte Costituzionale che, con una serie di pronunce interpretative di rigetto¹¹ ne ha smussato gli angoli, consentendone la permanenza nel nostro codice penitenziario.

In ogni caso, dalla prima versione della disposizione in esame, passando per le sentenze della Corte Costituzionale e della Cassazione, fino ad arrivare all’ultima riforma legislativa che, con L. 94/2009 ha, fra le altre cose, reso più afflittivo il contenuto del provvedimento ministeriale, la *ratio*, intangibile e portante di questo regime detentivo speciale, è stata sempre una, e si è mantenuta inalterata: recidere i collegamenti fra boss in carcere ed affari criminali all’esterno dell’istituto

⁸ A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art.41 bis*, cit., Torino, 2003, p. 285.

⁹ Con la legge del 2002, in verità, il provvedimento poteva avere efficacia minima non inferiore ad un anno e non superiore a due, con la legge del 2009 si è, quindi, andati ad allargare di molto la durata dei provvedimenti, aggravando inevitabilmente l’afflittività del regime. L. CESARIS, in *Commento art. 41 bis O.P.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 469.

¹⁰ Nella sentenza in questione è chiara la volontà di sottolineare la necessità che i provvedimenti ministeriali siano provvisti di una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti al quale sono rivolti, in modo da consentire all’interessato il controllo sul rapporto tra la “grave situazione di ordine e sicurezza pubblica e la concreta pericolosità”. Riconosciuta la sindacabilità del provvedimento ministeriale, poi, la Corte ha individuato nel Tribunale di sorveglianza l’organo competente a giudicare la legittimità del provvedimento. L. CESARIS, *Commento art. 41 bis*, cit., p. 472.

¹¹ Sentenze della Corte Costituzionale n. 349 del 28 luglio 1993; n. 410 del 23 novembre 1993; n. 351 del 18 ottobre 1996.

penitenziario¹², evitando, quindi, che questi particolari detenuti, membri di spicco della propria associazione criminale, continuassero ad impartire ordini e a dirigere i propri associati dalla cella.

Ciò premesso, le singole limitazioni che al provvedimento ministeriale conseguono, possono essere suddivise in due gruppi: 1) le limitazioni dirette ad incidere sui rapporti che il detenuto può intrattenere col mondo esterno al carcere 2) le limitazioni dirette ad incidere sulla vita interna al penitenziario che il detenuto dovrà affrontare.

Con riferimento alle limitazioni relative alle attività svolte all'interno della vita carceraria la nuova disciplina sancisce, alla lettera *d*), l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e, alla lettera *f*), la riduzione della permanenza all'aria aperta a sole due ore ed in gruppi che non possono essere composti da più di quattro persone¹³.

Riguardano, invece, i rapporti tra detenuto e mondo esterno le restrizioni previste nelle lettere *b*), *c*) ed *e*) del comma 2 *quater* dell'art 41-*bis*.

La lettera *e*) prevede la sottoposizione al visto di censura di tutta la corrispondenza ricevuta e di quella diretta verso l'esterno,¹⁴ mentre la lettera *c*) cerca di limitare le somme, i beni e gli oggetti che il detenuto può ricevere dall'esterno.

Le limitazioni che riguardano i colloqui sono espresse, invece, nella lettera *b*) del comma 2 *quater* dell'art. 41-*bis*, e mutano a seconda dell'interlocutore del detenuto e del tipo di comunicazione che si intrattenga con il medesimo (corrispondenza, telefonata o fisica)¹⁵.

Vi è da premettere che, per questa particolare categoria di detenuti, il diritto all'affettività, di cui si è abbondantemente trattato nei precedenti capitoli di questo lavoro, va a confondersi con il diritto a comunicare con i propri cari.

Obiettivo di questo capitolo è quello di provare ad approfondire le limitazioni alle comunicazioni che un detenuto ristretto in questo speciale regime penitenziario

¹² S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, Milano, 2007, p. 106.

¹³ Questa disposizione è stata inasprita con la legge del 2009. Prima infatti, la permanenza all'aria aperta era ridotta a quattro ore e non a due. L. CESARIS, *Commento art. 4 bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 464.

¹⁴ Quanto alla corrispondenza dei detenuti soggetti a trattamento ordinario, questa è possibile a visto di controllo sulla base del provvedimento dell'autorità giudiziaria. Fanno eccezione a questa regola le missive scambiate con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia, che non possono, dunque, essere controllate.

¹⁵ I detenuti a regime ordinario possono usufruire di sei colloqui personali con i propri familiari e conviventi ma anche, laddove vi siano ragionevoli motivi, con soggetti terzi. Questi colloqui sono oggetto di controllo a vista dal personale di custodia. I detenuti a regime ordinario possono altresì beneficiare di quattro colloqui telefonici al mese, e non incontrano limiti ai colloqui con i difensori.

deve sopportare, posto che queste vanno a tradursi in una sorta di annullamento di quella cd. “affettività” che la dottrina sta cercando di far affermare come diritto soggettivo ed il cui fondamento è rinvenibile, nella nostra Carta fondamentale, nella lettura estensiva del diritto alla tutela dei rapporti familiari (artt. 29, 30 e 31 Cost), a sua volta ricompreso anche nel più generale ambito dei diritti inviolabili della persona (all’art.2 Cost)¹⁶.

2. I detenuti ed il “mondo fuori”: i principi e la disciplina ordinaria.

Prima di affrontare il tema del come si comprima il diritto ad avere contatti con il mondo esterno per i detenuti al 41-*bis*, occorre, preliminarmente, descrivere come questo diritto si declini nei confronti della generalità dei detenuti.

I colloqui, la corrispondenza e l’accesso ai mezzi d’informazione, di cui i detenuti possono usufruire, sono regolati dall’art. 18 O.P. e dall’art. 35 e ss. Reg. esec. Solo, però, mettendo queste disposizioni a sistema con l’art. 15 O.P. si riesce a comprendere come tali mezzi di rapporto con l’esterno abbiano assunto un ruolo centrale nell’ordinamento penitenziario, essendo stati elevati al rango di elementi necessari del *trattamento* carcerario.

A differenza del regolamento carcerario del 1931, che faceva coincidere totalmente il contenuto del trattamento con gli elementi dello stesso, la legge penitenziaria del 1975 allarga il concetto di “trattamento” che, anche se deve essere calibrato sul singolo detenuto, deve sempre essere svolto avvalendosi “*dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia*”¹⁷.

Il sistema di disposizioni, sopra fugacemente descritto, cerca dunque di conformarsi alla nostra Costituzione repubblicana andando ad attuare, in primo luogo, il terzo comma dell’articolo 27, che pone la rieducazione e la risocializzazione del ristretto come obiettivo primario della detenzione, e, in secondo luogo, il diritto del detenuto a mantenere proficue relazioni familiari¹⁸, in ossequio a quella teoria per cui l’origine dei comportamenti criminosi è rintracciabile, spesso, in un irregolare rapporto familiare¹⁹.

¹⁶ Stati generali dell’esecuzione penale, Tavolo 6-*Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*, in <https://www.giustizia.it>.

¹⁷ A. BERNASCONI, *Commento art. 15 bis* in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato tomo I, trattamento penitenziario*, Padova, 2011, p. 202 ss.

¹⁸ Artt. 29, 30 e 31 Costituzione.

¹⁹ R ALESSANDRI, G. CATELANI, *Il codice di diritto penitenziario, 4a ed.*, Roma, 1992, p.

Sulla base di quanto detto, il diritto ad interagire con l’“*esterno del carcere*” non sarà mai comprimibile *tout-court*, ma potrà comunque essere “bilanciato” in presenza “di altri interessi costituzionalmente garantiti”.

Passando adesso alla concreta attuazione del diritto dei detenuti ad intrattenere contatti con l’esterno (la cui analisi è necessaria per capire le restrizioni a cui i detenuti al 41-*bis* devono sottostare) possiamo dividere l’argomento in tre punti.

Il primo punto riguarda gli interlocutori dei ristretti. Secondo l’articolo 18 O.P. infatti, oltre che con i familiari e con il Garante dei diritti dei detenuti, la generalità dei detenuti è ammessa ad avere colloqui e corrispondenza anche con “*altre persone*”²⁰.

Il secondo punto concerne le modalità di interazione. I contatti possono avvenire in genere in tre modi: colloquio personale con contatto visivo, colloquio telefonico e contatto tramite corrispondenza.

Riguardo i colloqui *de visu*, l’art. 18, comma 2, dell’ordinamento penitenziario, prevede che questi si svolgano in appositi locali, sotto il controllo a vista e non uditivo del personale addetto alla custodia. Questa regola viene integrata dalle disposizioni contenute nell’articolo 37 del Regolamento Esecutivo, che specifica che gli incontri devono avvenire in locali senza mezzi divisorii o all’aperto, con la possibilità di interporre, fra visitatori e visitati, dei mezzi divisorii, solo se ricorrono particolari ragioni sanitarie o di sicurezza.

Peculiare cura viene poi, almeno teoricamente, riposta nell’evitare che i familiari, e specialmente i bambini, subiscano danni durante lo svolgimento dei colloqui con i propri cari.

Il Reg. es., all’art. 37, comma II, consente, difatti, alle Direzioni degli istituti penitenziari di attrezzare aree esterne (“*spazi all’aperto*”), per lo svolgimento dei colloqui, in modo di alleviare quei traumi derivanti dal contatto con la struttura penitenziaria.

Altra norma regolamentare, che presta particolare attenzione alla tutela delle relazioni familiari è l’art. 61, comma II, da cui discende che il Direttore dell’istituto, per aiutare il detenuto a superare la crisi conseguente all’allontanamento dal nucleo familiare, rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e per preparare la famiglia al rientro nel contesto sociale, possa sia concedere dei colloqui “straordinari”, sia accordare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di

²⁰ La disciplina specifica delle modalità di accesso all’istituto penitenziario e del colloquio sono però stabilite dal Reg. Esec., che, al primo comma dell’art. 37, esige per l’effettuarsi del colloquio con le altre persone l’esistenza di non meglio identificati “ragionevoli motivi”; Art. 37, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all’aperto e di consumare un pasto in compagnia²¹.

Per quanto concerne i colloqui telefonici, questi sono contemplati dall’ordinamento penitenziario al comma cinque dell’art. 18, che stabilisce che “*può essere autorizzata nei rapporti con la famiglia, e in casi particolari con terzi, corrispondenza telefonica*”, rimandando al regolamento d’esecuzione la definizione delle relative modalità²².

L’utilizzabilità del telefono da parte dei detenuti e degli internati costituisce un’assoluta novità della legge penitenziaria del 1975. Oggi la comunicazione telefonica rappresenta uno strumento di fondamentale importanza per il mantenimento dei rapporti con la famiglia, e si carica ancor più di significato considerando la realtà carceraria italiana, composta per grande parte da stranieri.

Il nuovo regolamento d’esecuzione ha, dunque, recepito questo cambiamento, prevedendo l’uso del telefono come strumento ordinario, eliminando la subordinazione dello stesso alla mancata fruizione dei colloqui visivi e aumentando la durata consentita delle comunicazioni, da sei a dieci minuti.

Il terzo punto, infine, riguarda la questione della frequenza dei colloqui visivi e dei contatti telefonici.

Per quanto attiene ai contatti telefonici, il comma 2 dell’art. 39 del Reg. exec. prescrive che “*i condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell’istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana*”²³; sempre il medesimo regolamento prevede, all’articolo 37, che i colloqui personali possano essere sei al mese (quattro, per i detenuti o internati per i reati previsti dal primo periodo del comma I dell’art. 4-*bis* O.P.), della durata di un’ora ciascuno, fermo restando, però, la possibilità di concedere colloqui anche fuori dai limiti precedenti quando il detenuto è gravemente infermo, quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore ai 10 anni e quando ricorrono particolari circostanze.

Non è questa la sede per approfondire la questione di come la realtà penitenziaria italiana, specchio, a volte in ritardo, di quella europea, cerchi di adeguarsi all’evolvere dei tempi, ma si ritiene importante, al termine di questo paragrafo, menzionare due circolari emesse dal Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, da cui si può evincere la sempre maggiore attenzione a che i detenuti non perdano il contatto con il mondo esterno e soprattutto con la propria famiglia.

²¹ Art. 61, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

²² Art. 18, L. 26 Luglio 1975, n. 354, *Ordinamento penitenziario*.

²³ Art. 39 D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

La prima è la Circolare del 2 novembre 2015 che, in ossequio ai principi espressi dalle Regole Penitenziarie Europee del 2006, ha invitato tutte le strutture, dove sono allocati detenuti comuni, ad implementare l'utilizzo di programmi di videochiamata come *Skype* in considerazione di una sempre più piena attuazione della nostra Costituzione; la seconda è la Circolare del 24 aprile 2010 con cui, sul selciato della Circolare 3620/6070 del 6 luglio 2009, si consentono “(...) le chiamate ai telefoni cellulari ai detenuti comuni di media sicurezza, che non abbiano effettuato colloqui né telefonici per un periodo di almeno quindici giorni (...)”.

Queste circolari DAP, oltre ad inquadrarsi in quel processo di recupero sociale dei detenuti che trova fondamento costituzionale nell'articolo 27 Cost., ed oltre a tutelare il diritto a che il detenuto mantenga relazioni con il proprio nucleo familiare, vanno ad attuare gli articoli 15 e 13 della Costituzione repubblicana, che sanciscono, rispettivamente, l'inviolabilità del diritto alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione e la necessità di garantire la libertà personale (tutelando, di riflesso, tutti, trattandosi dell'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua propria personalità individuale²⁴).

Di tutti i modi con cui il detenuto può comunicare con il mondo esterno e, in primo luogo, con la propria famiglia è innegabile che il più coinvolgente, da un punto di vista emotivo, sia il *vis-à-vis*, che però è stato spesso strumentalizzato dai detenuti ristretti per delitti di mafia, per continuare a gestire i loro affari illeciti e per non perdere il controllo del territorio, costituendo un'occasione per mantenere quei collegamenti con la criminalità organizzata che il nostro ordinamento penitenziario tramite l'articolo regime 41-*bis* cerca di recidere²⁵.

È stata prioritaria, quindi la necessità di regolare in maniera più restrittiva questo diritto, compreso in maniera molto severa dalla lettera *b)* del comma *quater* dell'articolo 41-*bis* O.P.

3. I colloqui concessi ai detenuti ristretti al 41-*bis*.

L'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b)*, ord. penit., limita drasticamente il diritto dei detenuti al “carcere duro” di effettuare colloqui visivi con i propri cari. Per evidenziare come questo diritto si atteggia in maniera differente nei confronti di

²⁴ Del resto, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo». Così Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in www.giurcost.org. Infatti, «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca». Testualmente, Corte cost., sent. 6 agosto 1979, n. 114, in www.giurcost.org.

²⁵ In questo senso F. FALZONE, F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, p. 5.

questa tipologia di detenuti, affronteremo il tema seguendo lo stesso schema proposto nel paragrafo n. 2 di questo capitolo, iniziando dai possibili interlocutori dei detenuti, proseguendo con le modalità con cui i colloqui possono tenersi e concludendo con la frequenza dei contatti.

3.1. Colloqui “*de visu*”: i rapporti con l’avvocato difensore, i familiari, i conviventi e le altre persone; i colloqui con il Garante dei detenuti.

Quanto al profilo riguardante *chi* può comunicare con il detenuto al 41-*bis*, la disposizione è chiara nel vietare che: “*I colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta (...)*”, e che: “*Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori*”.

In verità, fino a cinque anni fa, l’ultimo periodo della lettera *b*) del comma 2-*quater* proseguiva stabilendo che “*con i difensori (...) potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*”²⁶. Questo inciso era stato aggiunto dal Legislatore dopo che le cronache giudiziarie avevano evidenziato quanto i legali “potessero cavalcare” le disposizioni legislative pre-2009²⁷, le quali, in ossequio al rispetto dell’inviolabilità della difesa (che si declina soprattutto nella possibilità di comunicare in maniera riservata col proprio avvocato) non limitavano le interazioni tra criminali al 41-*bis* ed i relativi difensori²⁸.

Con la sentenza n. 143 del 2013, la Corte costituzionale ha dichiarato, per la prima volta, la parziale incostituzionalità dell’istituto in esame, ritenendo la parte in cui veniva consentito al soggetto, ristretto in regime di detenzione speciale, di

²⁶ Art. 2 comma 25 l. 15 luglio 2009, n. 69.

²⁷ A seguito delle complesse attività investigative effettuate dagli organi inquirenti, si è riusciti ad accertare che Giuseppe e Filippo Graviano (tristamente conosciuti per essere stati i mandanti dell’omicidio di padre Giuseppe Puglisi, il sacerdote considerato il primo martire della Chiesa ucciso dalla mafia) nonostante il lungo periodo di detenzione e di isolamento, hanno continuato a gestire gli affari dell’associazione tramite l’intermediazione dei familiari, ma soprattutto del loro difensore Domenico Salvo, che è stato poi riconosciuto colpevole di concorso esterno in associazione mafiosa, avendo strumentalizzato la funzione di avvocato al fine di garantire ai due fratelli un canale garantito e sicuro per comunicare con l’esterno; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis*, *op. cit.*, 2013, Milano, pp. 91-92.

²⁸ La legge 279 del 2002, che andava a recepire legislativamente il “decreto tipo” cristallizzatosi nei primi dieci anni di applicazione di regime speciale, specificava al comma 2-*quater* che le limitazioni alle comunicazioni non si applicano ai difensori, con i quali si potranno svolgere colloqui senza vetro divisorio. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex Art. 41 bis ord. penit.*, Milano, 2005, p. 61.

effettuare con i difensori, un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari, contraria all’articolo 24 della Costituzione. Si era, infatti, in presenza di una intollerabile compressione del diritto di difesa del detenuto che discendeva, in maniera automatica ed indefettibile (come chiarito dalla Circolare del dipartimento dell’amministrazione penitenziaria²⁹) dal mero essere ristretti al “*carcere duro*”.

Per quanto riguarda, invece, la prima parte della lettera *b*) del comma 2-*quater* dell’articolo 41-*bis*, è da rilevare come, a differenza della disciplina ordinaria contenuta nell’articolo 18 O.P., qui non si parli di “congiunti” ma di “familiari e conviventi”.

Nel silenzio della legge, è prodromico interrogarsi sul significato delle differenti locuzioni utilizzate.

Per dare concretezza a questo termine, l’amministrazione penitenziaria, con la Circolare n. 3478 del 1998, ha ristretto il significato attribuitovi dal codice civile, ed ha stabilito che i termini “familiari” e “congiunti”, usati dalla normativa penitenziaria relativamente ai detenuti “ordinari”, si riferiscono ai parenti e agli affini entro il quarto grado, per non ampliare eccessivamente i soggetti legittimati ad avere contatti con il detenuto. Per i detenuti al 41-*bis* invece, considerata la loro maggiore pericolosità sociale, il termine “familiari” viene ristretto ulteriormente, indicando solo quelle persone legate da un vincolo di parentela ed affinità entro il terzo grado³⁰.

Ne discende che, dal quarto grado in poi, l’autorizzazione ad effettuare colloqui visivi sarà subordinata alla presenza di “casi eccezionali”, da valutare di volta in volta dal direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi dell’art. 11 comma 2 O.P.³¹.

²⁹ Circolare DAP del 3 settembre 2009, n. 297600-2009.

³⁰ Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

³¹ In senso opposto autorevole dottrina: per «i soggetti ammessi ai colloqui (coniuge, convivente, figli, genitori e fratelli) nell’articolo 41-*bis* si usa l’espressione ampia e generica “familiari”, che sembra doversi interpretare in chiave restrittiva, riferita cioè a quegli stessi soggetti indicati all’articolo 14 *quater* o.p. proprio per l’affinità tra i due regimi differenziati». L. CESARIS, *Commento art. 41 bis*, in G. GIOSTRA e F. DELLA CASA, (a cura di) *L’ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 459;

«Deve osservarsi che, ai fini della legge penitenziaria, con specifico riferimento alla disciplina restrittiva del “41-*bis*”, per “familiari” devono intendersi il coniuge, gli eventuali conviventi, i figli, i genitori e i fratelli, in analogia con quanto stabilito con riferimento all’affine regime di sorveglianza particolare, il cui contenuto è stabilito dall’art. 14-*quater*, O.P. ed il riferimento ai “familiari” contenuto nell’art. 18, O.P., pare essere ancor più restrittivo, riferendosi ai soli congiunti conviventi, come pare di dover concludere sulla base del raffronto tra la disposizione del comma 1 della norma citata (che fa riferimento ai “congiunti”) e il comma 3 della medesima norma, che accorda “particolare favore ai

Ciò detto, la Giurisprudenza si è trovata ad affrontare casi peculiari di contatti con “persone diverse dai familiari e conviventi”; si è posto, così, il problema dei contatti tra detenuto al 41-*bis* ed il ministro del proprio culto, nonché quello dei rapporti tra questa tipologia di ristretti ed il Garante regionale dei diritti dei detenuti.

Quanto al primo profilo, la Corte di Cassazione, censurando il rigetto dell'autorità amministrativa, prima, e del magistrato di sorveglianza, poi, ha ammesso che, «*in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente – ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia – almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario*»³².

Il secondo profilo attiene, invece, ai contatti coi Garanti dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale³³.

Il Garante Nazionale dei diritti dei detenuti è stato introdotto con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10, sensibilmente in ritardo rispetto alle richieste di carattere internazionale pervenuteci³⁴; questi ha il compito di vigilare affinché l'esecuzione della custodia delle persone detenute in carcere e degli internati sia conforme a principi e norme nazionali ed internazionali, ed inoltre è suo onere intervenire sulle criticità di carattere generale o sulle questioni che richiedono un'immediata azione³⁵.

L'inerzia legislativa che ha ritardato la costituzione dell'ufficio del Garante nazionale non ha comunque impedito che soggetti giuridici con le stesse finalità

colloqui con i familiari”»; F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti “41-bis” con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, f. 2, p. 162.

³² Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 8 marzo 2011, n. 20979.

³³ Il Garante dei detenuti, con diverse denominazioni, funzioni e procedure di nomina, è presente in 23 paesi dell'Unione europea e nella Confederazione Elvetica.

In Italia è stato istituito dal d.l. n. 146 del 2013, convertito, con modificazione, dalla legge 21 febbraio 2014, n.10, mentre il d.m. 11 marzo 2015, n. 36, ha definito il regolamento sulla struttura e la composizione dell'Ufficio https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_16.wp.

³⁴ Si veda, in tal senso, il Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura adottato dall'Assemblea generale dell'Onu il 18 dicembre 2002 ed entrato in vigore nel giugno 2006. In base all'art. 3 di tale Protocollo «*each State Party shall set up, designate or maintain at the domestic level one or several visiting bodies for the prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*», mentre sono i successivi artt. 17-23 a definire più specificamente le caratteristiche e i poteri di tali meccanismi nazionali di prevenzione.

³⁵ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_16.wp.

venissero ad esistenza. Preesistenti al Garante nazionale erano, infatti, una serie di figure di garanti dei diritti, costituiti da parte di molti enti territoriali (Regioni, Province e financo Comuni), i cui scopi erano riconducibili alle medesime finalità di quello nazionale³⁶. Con la modifica dell’articolo 67 dell’Ordinamento penitenziario, per effetto della legge 27 febbraio 2009, n. 14 (conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2008, n.207), il Garante, con riferimento al territorio di cui l’ente che l’ha istituito è espressione, rientra adesso fra quei soggetti che possono visitare gli istituti penitenziari senza necessità di autorizzazione.

Ci si chiede se il potere che hanno i Garanti di visitare gli istituti penitenziari senza opportuna autorizzazione si estenda anche a quelle sezioni specializzate nel contenimento dei detenuti soggetti al regime differenziato in *peius ex* art. 41-*bis* comma 2 O.P. e se possano effettuare liberamente dei colloqui con questa particolare categoria di ristretti.

Sul punto, in assenza di una specifica disciplina, è intervenuta l’amministrazione penitenziaria con le Circolari n. 3618/6068 del 2 aprile 2009 e n. 3651/6101 del 7 novembre 2013, dalla cui analisi si può evincere che i Garanti hanno la possibilità di visitare senza autorizzazione l’istituto penitenziario ed, in occasione di questa visita, di interloquire con i detenuti ristretti al “carcere duro” senza che ciò vada ad incidere negativamente sulla possibilità del ristretto di svolgere colloqui con i propri cari. Qualora, poi, al detenuto non basti questo scambio che potremmo definire “*occasionale*” e voglia svolgere col Garante un vero e proprio colloquio, si applicherà la disposizione contenuta nel comma 2 *quater* lett. *b*) dell’art. 4-*bis* ord. pen. e questo confronto, oltre che svolgersi secondo le precise modalità disposte dalla norma in questione, dovrà essere conteggiato come colloquio mensilmente concesso e, naturalmente, dovrà essere autorizzato dall’autorità competente.

Nel mese di Giugno 2017 sono state tre le pronunce della Magistratura di sorveglianza che si sono espresse in merito a questo tema: il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo con l’ordinanza del 15 giugno 2017; il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto con l’ordinanza del 27 giugno 2017; il Magistrato di Sorveglianza di Sassari con l’ordinanza del medesimo giorno.

La prima ordinanza in questione, la n. 967 del 2017 pronunciata dal Magistrato di sorveglianza di Viterbo³⁷, ha interpretato in maniera letterale le Circolari citate abbracciando il distinguo fra “visite” e “colloqui in senso tecnico”³⁸. Le altre due

³⁶ Cfr. in generale sui garanti locali F. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.* 2009, Dossier n. 2, pp. 107 ss.

³⁷ Mag. Sorv. Viterbo, ord. 967 del 15 giugno 2017.

³⁸ “*Il Garante ha ovviamente possibilità di incontrare il detenuto nel corso della sua visita, disciplinata dall’art. 67 ord. pen. senza che questo incontro incida negativamente sull’opportunità di svolgere colloqui visivi con i familiari. Pertanto qualora il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale opti volontariamente di effettuare un colloquio visivo con il Garante, nonostante abbia comunque la facoltà di rivolgergli reclami orali o scritti,*

ordinanze, pronunciate rispettivamente dai Magistrati di Sorveglianza di Spoleto³⁹ e di Sassari⁴⁰, sono invece giunte alla disapplicazione delle circolari amministrative in quanto in contrasto con la legislazione primaria.

In tal senso, particolarmente interessante è l’ordinanza 1030/2017 pronunciata dal Magistrato spoletino che, valorizzando i principi sanciti dalla Cassazione in materia di rapporti tra circolari DAP e restrizioni contenute nella legge penitenziaria, ha ritenuto che, per riempire il vuoto normativo in tema di colloqui fra detenuti al 41-*bis* e Garanti, debbano trovare applicazione le ordinarie regole previste dall’ordinamento e non invece le Circolari, in considerazione del fatto che, data l’ampiezza della disposizione in materia, ulteriori limitazioni al diritto ad interagire con il mondo esterno non sono possibili⁴¹.

3.2. Le modalità ed il numero dei colloqui *vis à vis*.

Come è stato anticipatamente osservato, l’ordinamento penitenziario non disciplina compiutamente le modalità con cui i colloqui personali possono essere svolti con la generalità dei detenuti: la legge del 1975 si limita, difatti, a sancire, al comma 2 dell’articolo 18, che “*i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia*”, delegando di fatto al regolamento esecutivo (entrato in vigore solo nel 2000), l’onere di dettare le concrete modalità di confronto con i detenuti.

Ai nostri fini è sufficiente richiamare l’art. 37, comma 5, da cui discende che i colloqui devono svolgersi in locali senza mezzi divisorii o all’aperto e che si può derogare a tale regola solo in presenza di particolari ragioni sanitarie o di sicurezza che possono giustificare lo svolgimento del colloquio in locali interni, muniti di mezzi divisorii.

Come per i colloqui con la generalità dei detenuti, anche per i colloqui coi detenuti al 41-*bis* sono le fonti subordinate a disciplinare concretamente alcuni aspetti non contemplati dalla legge penitenziaria: l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), ord. penit., infatti si limita a disporre che i confronti personali debbano svolgersi «*in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti*», che questi «*vengono*

anche in busta chiusa ai sensi del novellato art. 35 ord. pen. vige la disciplina speciale che ne determina la durata e le modalità di cui all’articolo 41-bis comma 4 quater lett. b ord. pen.”; Mag. Sorv. Viterbo 15 giugno 2017.

³⁹ Mag. Sorv. Spoleto, ord 27 giugno 2017.

⁴⁰ Mag. Sorv. Sassari, ord. 27 giugno 2017.

⁴¹ Sul punto Cass., pen., 26 novembre 2013, n. 49726: “l’ampiezza della previsione normativa in materia di colloqui è tale da indurre a ritenere “che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da un’assoluta incompatibilità della norma ordinamentale – di volta in volta considerata – con i contenuti normativi tipici del regime differenziato”.

sottoposti a controllo auditivo e a registrazione previa motivata autorizzazione dell'autorità competente» e che «sono comunque videoregistrati».

Teoricamente, quindi, la legge primaria lascia alla Pubblica Amministrazione la scelta di attrezzare i locali al fine di impedire il transito di oggetti tra detenuto e familiari; dal canto suo, l'amministrazione penitenziaria ha attuato la disposizione contenuta nell'ordinamento penitenziario, predisponendo delle sale munite di vetro divisorio a tutta altezza⁴², munite di pannelli isofonici, microfoni e citofoni, per non pregiudicare l'ascolto reciproco degli interlocutori⁴³.

Inoltre, in attuazione della sentenza della Corte Costituzionale 376/1997, l'Amministrazione penitenziaria, con la Circolare DAP n. 543884.1.1.41bis del 6 febbraio 1998 ha cercato di rendere più “morbida” questa disposizione introducendo, in ossequio al diritto al mantenimento delle relazioni familiari ed a tutela della salute del minore, la possibilità di effettuare una parte del colloquio visivo con i figli minori di sedici anni senza il vetro divisorio.

Successivamente alla riforma dell'art. 41-*bis* o.p., avvenuta, come già detto, con la L. 279/2002, l'amministrazione ha emanato la circolare n. 3592/6042 del 2003, che ha stabilito un abbassamento del limite di età da sedici a dodici anni prevedendo, al relativo punto f), che, se al colloquio avesse preso parte solo il minore di anni dodici, questo incontro sarebbe potuto avvenire senza vetro divisorio, in sale munite di impianto di videoregistrazione con esclusione del sonoro; viceversa, se al colloquio avessero voluto partecipare, oltre al minore, anche familiari adulti (come previsto dall'art. 37, comma X, reg. es.), il colloquio con il figlio minore di anni dodici (senza vetro divisorio) sarebbe potuto durare al massimo dieci minuti, durante i quali i familiari adulti sarebbero usciti dalla sala colloqui lasciando il minore solo con il genitore recluso. Per ultimo l'amministrazione penitenziaria, tramite la nota 0101-91-2012, ha previsto che

⁴² In materia di colloqui visivi si sottolinea che questi “*si continueranno ad effettuare in appositi locali muniti di vetri o altre separazioni a tutta altezza, che non consentono il passaggio di oggetti di qualsiasi natura, tipo o dimensione*”. In ogni caso, però, deve essere garantito il chiaro ascolto tra i soggetti ammessi al colloquio e il detenuto, a tal fine si farà ricorso agli opportuni e idonei meccanismi (pannelli isofonici, citofoni, ecc.). Circolare Dap 3592/6042 del 2003.

⁴³ Non sempre però gli strumenti tesi all'ascolto reciproco funzionano, ne è un esempio il CPT/Inf (2010) 12, p. 36: «*At Novara, the delegation also took note of the very poor acoustics in the closed visiting facilities, and the fact that prisoners and their families were obliged to shout through the interphone to make themselves understood. The CPT recommends that the sound quality in the closed visiting facilities be checked – when all the cubicles are being used simultaneously – and, if necessary, improvements be made*».

disciplina appena richiamata in tema di colloqui con i minori si estendesse anche ai nipoti *ex filio* (figli di figli) minori di anni dodici⁴⁴.

Questa disciplina sub-normativa ha portato ad una serie di dubbi nella giurisprudenza di merito, trovatasi a dover valutare l’ampiezza e la legittimità delle eccezioni alla regola del “vetro divisorio”⁴⁵.

Un primo motivo di perplessità è dato dalla determinazione tassativa e residuale del tempo che il minore può trascorrere a contatto con il parente detenuto senza vetro divisorio, se al colloquio prendono parte anche altri familiari maggiorenni (la durata del colloquio, in questo caso, corrisponde ad un sesto di quella integrale).

Oltre che per questioni essenzialmente pratiche e quasi sentimentali per cui “*del tempo consentito, quasi la metà viene trascorsa da entrambe le parti a cercare di camuffare quella sorta di imbarazzo, di disagio che inevitabilmente si viene a creare, poiché le persone che si incontrano solo in carcere perdono ben presto l’abitudine a comunicare in maniera reale e non distorta dal luogo in cui si trovano; il tempo restante è insufficiente per riuscire ad esprimere le proprie emozioni, soprattutto sotto l’occhio vigile di telecamera ed agenti*”⁴⁶, il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto nell’ordinanza del 29 aprile 2014, ha considerato la previsione normativa contenuta nelle Circolari amministrative incongrua e, dunque, meritevole di censura, per ragioni strettamente giuridiche.

Le istanze di sicurezza a cui tutto il circuito del 41-bis tende, infatti, non paiono “*sensibilmente pregiudicate da una durata maggiore del colloquio*”, considerando, che in caso di qualsiasi sospetto da parte del personale di custodia, il predetto colloquio potrebbe essere in ogni momento interrotto⁴⁷.

Critica rispetto a tale interpretazione altra giurisprudenza di merito che, viceversa, sostiene che la contenuta durata del colloquio con il genitore o con il nonno da parte del minore, quando il colloquio non sia fruito totalmente dal bambino, non rappresenti una limitazione in senso tecnico, quanto, piuttosto, una “*pacifica deroga migliorativa al divieto legislativo di qualunque contatto fisico*”⁴⁸ per cui la disapplicazione da parte del Giudice della disposizione contenuta nella Circolare

⁴⁴ L’estendere ai nipoti *ex filio* questa disciplina di favore è stata valutata dalla dottrina come un’implicita volontà di escludere da questo beneficio i nipoti *ex fratre*; F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti “41-bis” con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, in *rassegna penitenziaria e criminologica – n.2-2015 rivista online*.

⁴⁵ “Particolarmente allarmante è la produzione sub normativa del DAP, il quale, con alcune circolari ha regolamentato i colloqui con i figli minori”; C. FIORIO, *41-bis parliamone*, in *Archivio Penale web*, 2015, n. 2.

⁴⁶ *Le donne della Giudecca parlano di sesso taciuto e negato, separazioni e divorzi ai quali, stando in carcere, è difficile sfuggire, colloqui in condizioni avvilenti* in <http://www.ristretti.it>.

⁴⁷ Mag. Sorv. Spoleto, ord. 29 aprile 2014.

⁴⁸ Trib. Sorv. Perugia, ord. 9 luglio 2015 .

significherebbe che il minore dovrebbe partecipare al colloquio come un adulto, al di qua del vetro divisorio⁴⁹.

A parere di chi scrive, questa motivazione non appare convincente, considerando che la norma primaria non dispone l'utilizzo di un vetro divisorio o di altri mezzi specifici, ma assegna semplicemente alla pubblica amministrazione il potere/dovere di attrezzare i locali in modo da impedire il passaggio di oggetti. Qualora l'amministrazione, per raggiungere lo scopo previsto dalla legge, adottasse, tramite un provvedimento, gli stessi strumenti di cautela tanto per soggetti maggiorenni, spesso affiliati all'associazione criminale, quanto per i bambini minori di dodici anni, il provvedimento adottato potrebbe addirittura essere giudicato illegittimo.

Stesse considerazioni valgono anche per la seconda contestazione alla normativa che deroga la regola del “vetro divisorio”, concernente la denegata possibilità di estendere in maniera analogica la disciplina di favore dettata dalle circolari ministeriali per gli incontri con i figli e con i nipoti *ex filio*, anche ai nipoti *ex fratre*. Sebbene, infatti, sia pacifico che la possibilità di fruire dei colloqui diretti con il proprio parente per i figli ed i nipoti *ex filio* sia una eccezione alla regola generale del “vetro divisorio”, e come tale non possa essere estesa in via analogica, c'è da dire che, se minori di dodici anni, figli, nipoti *ex filio* e nipoti *ex fratre* rappresentano una simile minaccia all'ordine pubblico, in virtù del principio di non discriminazione, che impone di trattare situazioni uguali in modo uguale, dovremmo dunque arrivare alla conclusione che anche i nipoti *ex fratre* dovrebbero poter partecipare ai colloqui con i propri pro-zii in maniera diretta e dunque senza l'interposizione del vetro divisorio.

Contraria a questa lettura della norma autorevole giurisprudenza di merito⁵⁰ che ritiene che la pubblica amministrazione, avendo ricompreso nel novero dei familiari e dei conviventi i nipoti *ex filio*, abbia già introdotto, ai limiti dell'eccesso di potere, una lettura estensiva della disposizione primaria.

Il terzo dubbio interpretativo ha riguardato la legittimità della nota emessa dal DAP il 18 aprile 2013, mediante la quale si precisa che, in caso di colloquio con più persone *ex art. 37 comma 10 reg. esec.*, questo può essere effettuato senza mezzi divisorii soltanto con il figlio o il nipote infra-dodicenne, salvo il contestuale allontanamento degli altri familiari. Parte degli interpreti crede che questa disposizione, che prescrive l'allontanamento degli altri familiari, meriterebbe di essere censurata, considerando che va a comprimere grandemente il diritto del detenuto a mantenere rapporti affettivi con la famiglia, imponendo al ristretto “*una scelta inumana tra il contatto fisico con i congiunti in tenera età ed il contatto*

⁴⁹ F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti “41-bis” con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica – n.2-2015 rivista online*.

⁵⁰ Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015.

visivo con gli altri familiari”⁵¹, senza che vi siano ragioni giustificative sufficienti stante l’integrale registrazione dei colloqui effettuati in regime differenziato.

Per i Giudici di legittimità, “le nuove disposizioni in tema di colloqui con minorenni non possono ritenersi concretamente lesive di alcun diritto soggettivo del detenuto, dal momento che le stesse non solo consentono che il colloquio con il familiare minore abbia luogo, ma permettono anche il contatto fisico tra il detenuto ed il minore stesso a garanzia di ulteriori modalità comunicative di sentimenti ed emozioni, e che di contro non è possibile ravvisare un diritto soggettivo alla compresenza, durante il colloquio, di un adulto (legato al minore da rapporto genitoriale), non consentita dall’Amministrazione a garanzia di esigenze di sicurezza e di prevenzione nonché per impedire possibili indebite strumentalizzazioni dei minori”⁵².

L’Amministrazione penitenziaria, nell’emanare le Circolari in tema, ha dunque ben temperato il diritto alla sicurezza dello Stato, con il diritto del detenuto a tutelare le proprie relazioni affettive e familiari, diritto questo che “cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica, per la cui salvaguardia la limitazione imposta dall’Amministrazione penitenziaria non è eccentrica al fine perseguito, non costituisce un sacrificio ingiustificato, non impone trattamenti disumani o degradanti, ma è proporzionata ed adeguata alla pericolosità della persona sottopostavi, dell’organizzazione di appartenenza e del relativo contesto ambientale e rispetta la prescrizione della fonte di rango sovraordinato, ossia dell’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a)”⁵³.

Critici verso il bilanciamento operato dalla pubblica amministrazione rimangono alcuni giudici di merito che continuano a ritenere illegittima la disposizione che prescrive ai familiari adulti di uscire dalla sala colloqui durante i dieci minuti di contatto diretto fra bambino e detenuto, essendo questa in contrasto con l’art. 8 Cedu, gli artt. 3 ed 8 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, gli artt. 2, 24, 27, 29, 30 e 31 Cost., e l’art. 28 ord. penit.. Secondo questo orientamento “tale limitazione (...) deve essere indagata, sulla scorta di quanto insegnatoci dalle fonti normative sovranazionali e costituzionali, rispetto alla congruità a raggiungere un obiettivo di garanzia dell’ordine o della sicurezza pubblica”⁵⁴.

⁵¹ C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in www.archiviopenale.it.

⁵² Cass. Pen. sez. I, 11 giugno 2014 n. 39966.

⁵³ Cass. Pen. sez. I, 11 giugno 2014 n. 39966; in senso conforme, Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 1118: «eccettuato il caso in cui si dimostri – in fatto – che l’allontanamento dei familiari dalla saletta rende impossibile (per l’opposizione del minore derivante dalla sua insicurezza) la stessa “fattibilità” del colloquio diretto, la previsione regolamentare non può dirsi illegittima».

⁵⁴ Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 29 luglio 2013 n. 1095.

Alla luce della integrale registrazione audio e video dei colloqui effettuati dai detenuti in regime differenziato (sopravvenuto con la novella del 2009 alla circolare DAP del 2003, che infatti escludeva dalla registrazione del sonoro i colloqui con il minore), con tutti i familiari, “*non sembra residuo ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione per esigenze di sicurezza, ed infatti gesti e parole del breve colloquio sono sottoposte a costante ed attento esame da parte del personale preposto*”⁵⁵.

Questa lettura risulta tanto più condivisibile quanto si tengono a mente gli *itinerari* logici seguiti dalla Corte Costituzionale, dapprima con la Sentenza 351 del 1996⁵⁶ e per ultimo con la 143 del 2013⁵⁷. Queste due Sentenze della Consulta si pongono come regola di giudizio generale che aspira ad entrare nel corredo argomentativo della Corte⁵⁸. Nel momento in cui una restrizione ad un diritto fondamentale di un detenuto sottoposto al 41-*bis* non può essere giustificata dall’esigenza di limitare il contatto criminale fra questi ed il mondo esterno e quando i mezzi che si usano appaiono sproporzionati al raggiungimento di questo fine, si dovrebbe giungere ad una dichiarazione di illegittimità della disposizione in questione; in questo senso, le limitazioni ai diritti fondamentali che eccedono il loro “*minimo sacrificio necessario*” possono essere inquadrabili solo in ottica retribuzionistica, respinta dalla nostra Carta costituzionale all’art. 27 comma 3.

Alla luce di ciò, pur avendo l’avvallo della Giurisprudenza della Corte di Cassazione, la pubblica amministrazione ha deciso, in maniera pienamente condivisibile, di porre fine a questa diatriba e ha consentito, con un’ordinanza del 2014, che la porzione di colloquio “aperto” con il minore possa svolgersi alla contemporanea presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari.

Sempre nel tema delle concrete modalità di effettuazione dei colloqui visivi fra detenuto sottoposti a regime speciale e propri familiari l’articolo 41-*bis*, come abbiamo succintamente anticipato, impone che i colloqui, debbano essere «comunque video-registrati» e, previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria competente ai sensi dell’art. 11 comma 2 o.p., possano venire «sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione» derogando espressamente alla disciplina generale previste dall’art. 18 comma 2 O.P. secondo cui «*i colloqui si*

⁵⁵ Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 29 luglio 2013 n. 1095.

⁵⁶ Corte cost., 18 novembre 1996, n. 351, in www.giurcost.org.

⁵⁷ Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, in www.giurcost.org.

⁵⁸ Dalla motivazione traspare in modo inequivocabile che a renderle incostituzionali non è l’entità del sacrificio imposto al diritto di difesa qualunque esso sia, ma la loro inidoneità a produrre un benché minimo aumento di tutela del contrapposto interesse ravvisabile nella difesa della collettività; M. G. COPPETTA, nota a sentenza Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143; *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni “quantitative”*, in *Giur. It.*, 2013.

svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia».

Proprio in virtù di questa ulteriore tutela, si è sollevato il quesito della superfluità del meccanismo del vetro divisorio; la Cassazione, però, valorizzando innanzitutto un’interpretazione letterale dell’articolo 41-bis O.P., ha sottolineato la non equiparabilità di tali misure, in quanto, pur essendo tutte *«finalizzate a garantire le medesime esigenze di sicurezza pubblica e di prevenzione della commissione di ulteriori reati»*, operano su piani differenti: mentre la presenza di un ostacolo fisico *«riguarda la prossimità fisica tra partecipanti ai colloqui al fine di scongiurare la possibilità di un trasferimento occulto di oggetti di qualunque natura»*, gli strumenti audiovisivi di registrazione incidono *«sulla comunicazione verbale o gestuale e sulle condotte in grado di consentire la diffusione di notizie, messaggi, ordini, veicolabili dal detenuto tramite l’incontro con i familiari verso soggetti presenti ed attivi sotto il profilo criminale all’esterno dell’istituto»*⁵⁹.

Per quanto concerne la video-registrazione ed il controllo auditivo, sono state mosse dagli interpreti alcune perplessità in merito alla mancanza di una precisa individuazione dei *«presupposti, tempi e modi di tale attività fortemente lesiva del diritto alla riservatezza»*⁶⁰.

Nello specifico, riguardo al controllo auditivo, previsto dalla norma primaria, è stato visto con sospetto il fatto che non si specificino *«i presupposti che legittimano l’ascolto e la registrazione, né la durata o la finalità dell’intercettazione»* in una materia che è risulta tutelata, a livello costituzionale, dalla riserva di legge, oltre che da quella di giurisdizione. Sebbene i dubbi di incostituzionalità prospettati appaiono tutt’altro che infondati, tuttavia questi strumenti tecnologici risultano essere necessari; in primo luogo, perché rappresentano uno strumento capace di porre rimedio all’impiego di un linguaggio gestuale codificabile attraverso un vaglio successivo, e, secondariamente, in quanto scongiurano il ricorso ad altri meccanismi di controllo, quali le perquisizioni

⁵⁹ Testualmente, in motivazione, Cass. Pen., Sez. I, 11 giugno 2014, n. 39966.

⁶⁰ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 156 ss.

tramite denudamento⁶¹, utili per reprimere il passaggio di informazioni ma sicuramente molto più invasive⁶².

Ultimo elemento di differenza fra detenuti sottoposti a regime speciale *ex art 41-bis* e detenuti “ordinari”, in relazione ad i colloqui visivi, riguarda il numero di colloqui che, per i detenuti sottoposti al carcere duro è indefettibilmente di solo uno al mese, con la precisazione che, ove non espletato il colloquio mensile di un’ora con i familiari (qualora questi siano residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l’istituto) deve essere riconosciuta a tali detenuti, ai sensi dell’art. 37, comma 10, D.P.R. n. 230 del 2000, la possibilità di fruire, in sostituzione, di un colloquio prolungato sino a due ore⁶³.

Già prima della riforma del 2002, la dottrina più attenta si era interrogata circa l’effettivo fine della misura, arrivando a sospettare che la riduzione ad un unico incontro mensile non potesse essere inquadrata nella prospettiva di sicurezza a cui il regime speciale tende ma, «*almeno prevalentemente, all’esigenza di una maggiore afflittività della pena*»⁶⁴. In considerazione infatti delle lungimiranti misure di prevenzione poste dall’amministrazione penitenziaria per impedire il passaggio di informazioni e di oggetti da e per il carcere, e soprattutto tenendo conto delle pesanti problematiche che il contingentamento degli incontri con i familiari produce sul diritto al mantenimento delle relazioni parentali, sarebbe forse più opportuno che la frequenza degli stessi, anziché essere predeterminata rigidamente, venisse calibrata in rapporto alla concreta pericolosità del singolo detenuto, senza trascurare eventuali progressi maturati sul piano del reinserimento sociale.

⁶¹ Le perquisizioni mediante denudamento vengono di regola disposte – nei confronti del detenuto al *41-bis* – all’ingresso e all’uscita dall’istituto, nonché ogniqualvolta specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna ovvero la particolare pericolosità del detenuto lo richiedano; quelle manuali, invece, vengono effettuate all’atto di uscita e di rientro nella camera detentiva o nella sezione, prima e dopo la permanenza all’aperto, prima e dopo i colloqui con i familiari (con vetro divisorio), con operatori penitenziari e magistrati o con i difensori, *Istituti di prevenzione e pena, perquisizioni ed ispezioni personali*, in <http://www.ristretti.org>.

⁶² Come specificato nella Sentenza della Corte EDU del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, le limitazioni della *privacy* possono essere giustificate solamente laddove siano strettamente necessarie per il mantenimento dell’incolumità fisica del singolo, nonché della sicurezza dell’ambiente carcerario e dei rapporti tra i detenuti, ed applicate nel modo meno invasivo possibile, nel rispetto della dignità umana e della sfera personale del detenuto; V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani*, in *Giurisprudenza penale web*.

⁶³ Cass. Pen., 17 settembre 2014, n. 38073.

⁶⁴ F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, p. 127.

Per concludere, è opportuno dare conto di come la Corte europea dei diritti dell'uomo, organo che continua ad avere nel nostro ordinamento giuridico sempre più autorevolezza e rilevanza, valuti le limitazioni alla possibilità di intrattenere rapporti con la propria famiglia, imposte a questa particolare categoria di detenuti. In materia viene in rilievo l'articolo 8 della CEDU che riconosce il diritto di ciascun individuo a veder rispettata la propria vita privata e familiare, il proprio domicilio e la propria corrispondenza ma che, al comma secondo, tramite la cd. clausola di limitazione, stabilisce che eventuali deroghe al rispetto di questi diritti possono essere prese solo su una base legale e solo per determinati fini come la protezione della sicurezza pubblica e la prevenzione dei reati.

Ebbene, la Corte EDU e la Commissione europea dei diritti umani ritengono legittime le limitazioni ai colloqui imposte ai detenuti al 41-*bis* nel momento in cui rimangono contestualizzate in una legislazione volta a contrastare un fenomeno violento e virulento come la criminalità organizzata, non risultando, queste restrizioni, andare oltre a ciò che è necessario per assicurare l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, in totale armonia con la clausola prevista dal paragrafo 2 dell'articolo 8 della Convenzione⁶⁵.

4. I colloqui telefonici.

Il secondo mezzo di comunicazione a disposizione dei detenuti al 41-*bis* è la corrispondenza telefonica. A norma dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), O.P.: *“per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione”*.

Anche questa disposizione, che è stata resa ancor più severa con il cosiddetto “pacchetto sicurezza” del 2009 (per cui adesso il colloquio telefonico per i detenuti al 41-*bis* è alternativo e non cumulativo alla possibilità di effettuare colloqui visivi), solleva forti dubbi di legittimità.

Posto che si tratta di una misura alternativa al colloquio, si pongono gli stessi dubbi interpretativi posti per i colloqui personali in merito ai possibili interlocutori ed al numero.

⁶⁵ Corte EDU, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; in senso conforme, Corte EDU, 24 settembre 2015, n. 37648/02, *Paolello c. Italia*; Corte EDU, 13 novembre 2007, n. 65039/01, *Schiavone c. Italia*; Corte EDU, 29 giugno 2006, n. 8316/02, *Viola c. Italia*; Corte EDU, 17 settembre 2009, n. 74912/01, *Enea c. Italia*. In dottrina E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 750.

Ma è riguardo alla misera durata del contatto ed all'imposizione di un periodo semestrale di attesa per l'accesso alla corrispondenza telefonica che questa disposizione crea più problemi.

Per quanto riguarda la durata del colloquio (unico e della durata di dieci minuti), questa non viene modulata a seconda della particolare situazione del detenuto, cosicché può accadere che il ristretto, che abbia doppia famiglia e figli residenti in luoghi diversi, dovrà per forza di cosa fare una scelta in merito a chi sentire. Secondo la Cassazione, questa disposizione non va a discriminare i figli a seconda della loro nascita all'interno o fuori dal rapporto matrimoniale ed è giustificata dalle gravi esigenze poste a base del provvedimento ministeriale di applicazione del regime in esame⁶⁶.

In merito, invece, al periodo semestrale che il detenuto deve aspettare, è intervenuta la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, che ne ha raccomandato il superamento, trattandosi di una limitazione ingiustificata⁶⁷.

Entrambe le perplessità si acquisiscono considerando che l'amministrazione penitenziaria presidia con rigide cautele l'istituto delle comunicazioni telefoniche. Oltre il fatto che, per legge, è prevista l'integrale registrazione della telefonata, l'interlocutore del detenuto al 41-*bis* dovrà recarsi presso l'istituto penitenziario più vicino al luogo di sua residenza o domicilio e potrà ricevere la telefonata solo ad un orario preciso (stabilito dalla direzione del carcere), in un locale preposto allo scopo.

In un momento storico in cui si discute sul se i “carcerati ordinari” possano o meno utilizzare, all'interno degli istituti di pena, *Skype* e i cellulari⁶⁸, i detenuti al carcere duro, spesso a centinaia di chilometri da casa, solo dopo i primi sei mesi di applicazione dell'istituto speciale possono usufruire di un solo colloquio della durata di dieci minuti.

Appare evidente, dunque, che una limitazione così “brutale”, alla luce della totale registrazione della telefonata, si trasforma in una misura non necessaria, inutilmente afflittiva, e quindi non conforme al nostro sistema costituzionale.

5. La Circolare.

In questo capitolo, partendo dalla disposizione di rango primario, contenuta nel comma 2-*quater* dell'articolo 41-*bis*, si è provato a far luce su come l'Amministrazione penitenziaria e la Giurisprudenza di merito e di legittimità

⁶⁶ Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 47939.

⁶⁷ Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), p. 67, reperibile sul sito www.senato.it.

⁶⁸ Circolare DAP 2 novembre 2015 prot. 0366755.

abbiano concretamente cercato di tradurre il diritto dei detenuti al 41-*bis* a colloquiare con l'esterno del carcere.

È doveroso dare atto, però, che alcuni aspri contrasti in dottrina e giurisprudenza – di cui si è discusso in questo capitolo – sono stati superati, mediante l'adozione, da parte del DAP della circolare del 2 ottobre 2017, n. 3676/616⁶⁹.

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha redatto un documento (articolato in 37 prescrizioni) che nella sua premessa chiarisce le finalità a cui questo tende.

Queste disposizioni non mirano a punire e non cercano di determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame, bensì cercano di ottenere la più puntuale funzionalità del regime: garantire, attraverso la fissazione di regole cogenti, l'uniformità di applicazione all'interno dei vari istituti penitenziari delle norme e delle prassi che caratterizzano la detenzione secondo i dettami imposti dall'art. 41-*bis* O.P.⁷⁰.

Per quanto concerne l'istituto dei “colloqui”, regolato in maniera certissima dall'articolo 16, possiamo dire che la Circolare non ha tradito se stessa e che, infatti, si è riuscito a porre rimedio ad alcune delle questioni dibattute durante la stesura di questo capitolo.

Iniziando dal profilo degli interlocutori dei detenuti, non si riusciva ad inquadrare la figura dei Garanti locali dei diritti delle persone detenute.

Secondo l'interpretazione letterale delle circolari n. 618/6068 del 2 aprile 2009 e n. 3651/6101 del 7 novembre 2013, i Garanti hanno la possibilità di vistare senza autorizzazione l'istituto penitenziario ma qualora i detenuti volessero fermarsi ad interloquire in maniera approfondita con loro, non bastandogli questo fugace scambi di battute in occasione della visita, si applicherà la disposizione contenuta nel comma 2-*quater* lett. b) dell'art. 41-*bis* O.P.

In merito all'interpretazione di queste circolari si sono formate, come abbiamo sopra descritto, due diverse linee di pensiero, una più aderente al testo della normativa regolamentare e l'altra più rispettosa dei principi per cui i colloqui svolti fra detenuto e garante in occasione delle visite *ex art 67 O.P.* non debbono essere ritenuti sostitutivi dei colloqui svolti con i familiari *ex art. 41-bis*, comma 2-*quater*, lett. b).

Sul punto l'art. 16.6 della Circolare summenzionata ha accolto il secondo orientamento e ha statuito che “*i garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, possono accedere in istituto per effettuare le visite ex art 67 o.p., con possibilità di incontrare detenuti/internati 41 bis.*”

⁶⁹ Per una completa ed approfondita disamina della Circolare, V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 novembre 2017.

⁷⁰ Finalità espressa nella premessa del documento, Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/616.

Tali incontri non incidono sulla determinazione del numero dei colloqui cui il detenuto/internato ha diritto ex art. 41 bis, comma 2 quater, lett. b)”⁷¹.

Riguardo poi le modalità di colloqui personali, i dubbi attenevano in generale a come si poteva declinare la deroga alla regola del vetro divisorio prevista in favore dei figli minori di dodici anni.

In merito a questa controversia questione è intervenuto l’articolo 16: *“in una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall’altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell’A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare”*.

Come si può leggere, questa disposizione, pone rimedio a due dei tre profili di criticità segnalati nel paragrafo 3.2. A seguito di questa Circolare, il parente minore di anni dodici può infatti svolgere l’incontro col proprio caro, detenuto al regime di 41-bis, per tutta la durata del colloquio, posto che la fruizione dell’ora di colloquio senza vetro divisorio non è più subordinata al fatto che gli altri parenti, dai tredici anni in poi, escano dalla sala colloquio.

Riguardo al terzo problema, quello dell’estendibilità della disciplina di favore prevista per i nipoti *ex filio* minori di anni dodici, ai nipoti *ex fratre*, l’amministrazione penitenziaria ha dato parere negativo. Questi ultimi, sono stati però riconosciuti come “familiari” dalla tabella allegata all’articolo 16, cosicché potranno andare a trovare i propri parenti, ma dovranno stare “al di qua” del vetro divisorio.

La Circolare del 2017 poi, all’articolo 16.2, va a disciplinare i “colloqui telefonici”. Ebbene, riguardo questo profilo non si segnala alcuna novità sostanziale, ma una mera recezione della prassi ormai consolidatasi. Sono tuttora attuali quindi i dubbi di legittimità, poc’anzi sollevati e riguardanti sia il periodo di sei mesi necessario per poter usufruire di questo mezzo di comunicazione, che l’ingiustificata

⁷¹ Art. 16.6 Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

“posologia” che fissa, nel caso non si fosse svolto l’incontro personale mensile, il limite massimo di un colloquio telefonico al mese della durata di dieci minuti⁷².

6. I permessi ex articolo 30 O.P. fruibili dai detenuti al 41-bis.

Risulta, infine, d’obbligo dare atto, almeno brevemente, di un altro istituto giuridico presente nel nostro ordinamento penitenziario all’art. 30 e rubricato “*permessi*”.

Questa disposizione consente ai detenuti, nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare, di un convivente ed in non meglio altri (non) specificati “*eventi di particolare gravità*”, di godere, a seguito del vaglio del Magistrato di sorveglianza competente e del pubblico ministero, del permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, il congiunto⁷³.

Tale disposizione, inserita all’epoca dell’elaborazione dell’ordinamento penitenziario e modificata con la Legge n. 450/1977 con cui si è introdotto il secondo comma, va a porre rimedio sia alla necessità di dare disciplina legislativa ai brevi permessi di uscita dall’istituto penitenziario per gravi esigenze familiari del detenuto, sia all’opportunità di attenuare l’isolamento derivante dalla vita carceraria mediante la concessione di brevi uscite destinate a favorire il mantenimento delle relazioni familiari e sociali⁷⁴.

Fatte tali premesse, l’istituto dei “*permessi*” risulta tutt’oggi, anche seguito dell’intervento legislativo del 1977⁷⁵ e della pronuncia della Corte Costituzionale

⁷² “More specifically, the Committee recommends that steps be taken to ensure that all prisoners subjected to the “41-bis” regime are: - provided with a wider range of purposeful activities and are able to spend at least four hours per day outside their cells together with the other inmates of the same living unit;- granted, as a basic standard, an open visit of one hour per week; any restrictions as to the length or open nature of the visit, such as the use of screens, should be based on an individual risk assessment; - granted the right to accumulate unused visit entitlements; - allowed to make at least one telephone call every month, irrespective of whether they receive a visit during the same month” in *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*; www.coe.int.

⁷³ V. F. FIORENTIN, *I permessi ordinari, la competenza a provvedere sulla domanda di permesso ordinario*, in www.diritto.it.

⁷⁴ L. AMERIO-V. MANCA, *L’incidenza della particolare gravità dell’evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 O.P. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

⁷⁵ Legge 20 luglio 1977, n. 450, *Modifiche al regime dei permessi ai detenuti ed agli internati previsto dall’art. 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354*.

del 1984⁷⁶, un istituto ibrido, che continua a non poter essere annoverato né fra i benefici premiali, né fra gli strumenti del trattamento, essendo prima di tutto un mezzo *“diretto ad evitare, per finalità di umanizzazione della pena, che all'afflizione propria della detenzione si sommasse inutilmente quella derivante all'interessato dall'impossibilità di essere vicino ai congiunti, o di adoperarsi in favore dei medesimi, in occasione di particolari avverse vicende della vita familiare”*⁷⁷.

Alla luce di ciò, risulta chiaro, dunque, che la disposizione in esame non si pone in contrasto con la legislazione penitenziaria anti-mafia che subordina, per i ristretti *ex art. 41-bis* O.P., la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la Giustizia *ex art. 58-ter*; sicchè un detenuto ristretto in questo speciale regime detentivo, sia in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, che in caso di non meglio specificati eventi di particolare gravità, potrà chiedere al Magistrato di sorveglianza, che gli sia concesso un permesso *ex art. 30* O.P.

Rimane ora da comprendere cosa significhi *“evento di particolare gravità”*.

Parte della Giurisprudenza, valorizzando, più che altro, il peso dell'aggettivo *“grave”*, il cui significato rimanda *“in sé l'idea di un male”*⁷⁸, subordina la concessione del permesso di necessità unicamente al verificarsi di circostanze oltremodo drammatiche e luttuose.

Di contro però, recente Giurisprudenza, anche di legittimità, ha iniziato a fornire una lettura più ampia e completa del requisito della *“particolare gravità”* dell'evento familiare, rilevando come *“tra gli eventi famigliari di particolare gravità ai quali è subordinata la concessione dei permessi, cui si riferisce l'art. 30, comma 2, O.P., rientrano non soltanto eventi luttuosi o drammatici, ma anche avvenimenti eccezionali, e cioè non usuali, particolarmente significativi nella vita di una persona, perché idonei ad incidere profondamente nel tratto esistenziale del detenuto e pertanto nel grado di umanità della detenzione e nella rilevanza per il suo percorso di recupero”*⁷⁹.

Proprio secondo questa logica è concedibile un permesso-ordinario, anche ad un detenuto al *41-bis* in procinto di diventare padre.:*“La nascita di un figlio pur non costituendo, per il genitore, un evento (necessariamente) irripetibile (...) rappresenta un evento emozionale di natura eccezionale e insostituibile. Non può negarsi, del pari, la natura fortemente coinvolgente dell'evento-parto in sé (...) sotto il profilo della intensità emotiva che normalmente caratterizza la partecipazione del padre alla nascita di un figlio, anche sotto il profilo della*

⁷⁶ Cort. Cost. 2 febbraio 1984 n. 77, depositata in cancelleria il 29 marzo 1984, in <http://www.giurcost.org/>.

⁷⁷ Cass. pen., 18 aprile 2016, n. 15953.

⁷⁸ “GRAVE.” Def. 2d vocabolario *online* Treccani, www.treccani.it.

⁷⁹ Cass. pen., 18 aprile 2016, n. 15953.

*preoccupazione contestuale per la salute tanto della madre quanto del bambino, concorrendo a conferire quel carattere di eccezionalità e di inusualità che concretizza la particolare gravità dell'evento familiare postulata dall'art. 30 comma 2 ord.pen tale da realizzare un unicum indelebile nella sua esperienza di vita*⁸⁰.

In tale solco giurisprudenziale è inquadrabile la modifica dell'art. 30 O.P. prospettata dallo schema di decreto legislativo attuativo della legge delega n. 103/2017⁸¹ che, in relazione alla disciplina dei permessi ordinari (di necessità), contempla la possibilità di concedere permessi, oltre che per i summenzionati eventi familiari di particolari gravità, anche per situazioni di “*particolare rilevanza*”, estendendo una volta per tutte la possibilità di concedere i permessi *ex* articolo 30 non solo in presenza di situazioni negative, ma anche per eventi lieti che vanno ad incidere in maniera rilevante sulla vita del detenuto e sulle sue relazioni inter-familiari⁸².

È bene dire che tale modifica legislativa non è ancora stata adottata. Nonostante il Governo abbia emanato i tre decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario⁸³, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017, infatti, non tutte le deleghe per la riforma dell'ordinamento penitenziario, conferite al Governo, sono state esercitate.

In particolare, con il cambio di legislatura, la nuova maggioranza ha ritenuto di non esercitare la delega per la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, nell'ottica di una loro più ampia applicazione (art. 1, comma 85, lett. b), la delega per la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari (lett. d) ed e) e, la delega inerente la giustizia riparativa e alla mediazione reo-vittima, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative (lett. f).

Non entrando nel merito delle deleghe non esercitate dalla Maggioranza di Governo e di questa occasione perduta, è opportuno rilevare però che, per quanto riguarda il progetto di riforma attinente ai permessi di cui all'articolo 30 O.P. in relazione ai ristretti al 41-*bis*, è forse un bene che lo schema di decreto che andava

⁸⁰ Cass. pen., 26 maggio 2017, n. 4842. Per un più completo ed attento commento sulla Sentenza: V. MANCA, *Permesso di necessità per la nascita del figlio: può essere concesso anche all'ergastolano*, in <http://www.quotidianogiuridico.it>.

⁸¹ Art. 25 lett. l) atto del Governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83, 85, lettere a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), e), s), t), e u) della Legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁸² L. AMERIO-V. MANCA, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 O.P. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, cit.

⁸³ Decreti Legislativi 2 ottobre 2018, n. 121- 123- 124.

ad aggiungere alla categoria dei permessi per eventi di particolare gravità, la categoria dei permessi per ragioni di “particolare rilevanza”, non sia diventata legge.

Come sopra fugacemente accennato, infatti, procedendo dall’assioma che l’istituto dei permessi non attiene né ai benefici penitenziari né al trattamento penitenziario, si è giunti ad ammettere che anche ai reclusi al cd. carcere duro possano essere concessi dei permessi per eventi di particolare gravità (sia in senso negativo che in senso positivo).

Qualora però passasse la modifica legislativa in questione, posto che, alla lettera l) dell’articolo 25 dello schema di decreto attuativo, si prevede che l’istituto dei permessi per particolare rilevanza non si applichi ai detenuti e agli internati sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis*, questa categoria di persone non sarebbe più ammessa ad usufruire sia dei permessi per eventi positivi che quelli per eventi negativi, e potrebbe beneficiare soltanto dei permessi per episodi luttuosi e di particolare gravità.

Tale impianto normativo però sarebbe totalmente paradossale, ponendosi in contrasto con il diritto vivente di formulazione pretoria che, con non poca fatica, è riuscito ad interpretare la disposizione dell’art. 30 O.P. in linea con i principi della nostra Costituzione e della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, valorizzando la dimensione dell’umanità della pena e dando rilievo all’incidenza delle relazioni familiari e personali del singolo detenuto sull’esecuzione della pena⁸⁴.

⁸⁴ Sul punto, chiara e puntuale dottrina così si esprime: “In assenza di indicazioni operative, l’esclusione dei reclusi in regime del 41-*bis* O.P. dalla nuova accezione estensiva della norma dell’art. 30 O.P. presenta, quindi, delle forti criticità applicative, nella misura in cui si dovrà stabilire l’entità di tale esclusione: partendo dalla considerazione che, alla luce della dizione testuale, i detenuti in regime di 41-*bis* O.P. non potranno ottenere permessi di necessità motivati da un evento di “speciale rilevanza”, ma solo, a mente della precedente formulazione – attualmente vigente – per eventi di “particolare gravità”, non si comprende se tali detenuti potranno comunque chiedere permessi per esigenze familiari, che non siano dettate esclusivamente da motivi luttuosi e negativi, oppure, fermo restando un più pregnante e significativo onere della prova in ragione della natura eccezionale del permesso, connesso, peraltro, ad esigenze familiari di “particolare gravità”, anche per motivi felici e positivi, in linea con la recente giurisprudenza di legittimità, oppure, se al contrario, si possa leggere, nelle maglie della nuova dizione testuale, una diretta esclusione dei detenuti sottoposti al regime dell’art. 41-*bis* O.P. da tutta quella gamma di situazioni strettamente connesse alla sfera familiare della persona che abbiano una particolare rilevanza per il singolo detenuto, ma che non assurgano allo stato di eccezionalità, come richiesto dall’art. 30 O.P. Sia che si guardi alla prima interpretazione, sia che si consideri la seconda ipotesi, molto più restrittiva, non può non evidenziarsi un difetto di ragionevolezza e proporzionalità, rilevante, ai sensi dell’art. 3 Cost. sotto il profilo del principio di uguaglianza, non sufficientemente motivato da contro interessi, antagonisti, quali, l’interesse pubblico primario della prevenzione e difesa sociale, dato, che, nel caso dei

7. La grande Contraddizione.

Giunti a conclusione di questo capitolo, è opportuno sottolineare che il tema trattato risulta di particolare complessità, stante il difficile bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto. Da un lato, abbiamo il diritto alla vita privata e familiare, avente copertura Costituzionale *ex artt.* 29 e 30, dall’altro lato, il dovere a che lo Stato tuteli l’ordine pubblico prevenendo la commissione di reati e tutelando l’autoconservazione del nostro ordinamento⁸⁵.

Il problema del bilanciamento fra i due interessi in gioco, diventa poi ancor più complicato se si considera che il diritto ad avere contatti con i familiari è posto a fondamento del trattamento penitenziario, che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1, 15 e 28 O.P., è totalmente ispirato al principio della rieducazione del detenuto, sancito dal comma 3 dell’articolo 27 della Costituzione⁸⁶.

Ne viene fuori una disciplina di compromesso che, da un lato, autorizza i detenuti *ex art.* 41-*bis* ad intrattenere rapporti con i propri familiari, ma, dall’altro, li “spianta” dal territorio di appartenenza, segregandoli a centinaia di chilometri dalla propria famiglia che sarà costretta, per vedere il proprio congiunto per un’ora al mese, ad affrontare un viaggio lungo e pieno di angosce.

Il vero limite di questa normativa è da rintracciare nella contraddittorietà di un sistema che, per un verso, tenta di rieducare il detenuto secondo i classici dettami previsti dall’articolo 15 O.P. (dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia) ma che, per altro verso, guarda al nucleo

permessi di necessità, si tratterebbe di dare rilievo a situazioni assolutamente particolari ed eccezionali, che prescindono di per sé dalla stessa finalità rieducativa e di reinserimento sociale e riguardano più propriamente la sfera intima e personale di ogni detenuto, che, anche se in stato di reclusione, non può rinunciare a mantenere saldo il proprio legame con gli affetti più cari, unica speranza di una vita comunque dignitosa”; L. AMERIO-V. MANCA, *L’incidenza della particolare gravità dell’evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 O.P. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, cit.

⁸⁵ F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in, *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2013, p. 2180.

⁸⁶ Si suole ancora distinguere il trattamento penitenziario quale insieme delle particolari modalità secondo le quali si svolge, all’interno degli istituti penitenziari, la vita quotidiana delle persone ristrette, dal trattamento rieducativo che rende concreto sul piano normativo l’impegno codificato nella carta costituzionale all’art 27 comma 3. Tale obiettivo viene perseguito tramite l’adozione di metodologie e prassi finalizzate a modificare la personalità del condannato sempre rispettando il principio di laicità dell’ordinamento giuridico, cui sono estranee valutazioni afferenti alla sfera morale o religiosa. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, p. 164.

familiare del ristretto con diffidenza, quasi a considerarlo, in automatico, il luogo in cui il sodalizio si costituisce e si rafforza⁸⁷.

Posti di fronte a questo *impasse* autorevoli autori sono giunti perfino a dubitare della funzione rieducativa della pena per i soggetti detenuti al 41-bis: “*La storia ci ha insegnato che la rieducazione di un mafioso è difficile da valutare e che i vincoli con Cosa Nostra o con le altre organizzazioni sono inscindibili. Per questa ragione la legge finora ha ritenuto che l'unica prova di rottura con l'ambiente criminale sia la scelta della collaborazione con la giustizia*”⁸⁸.

Ad avviso di chi scrive, però, non si può concordare con questa visione dell'istituto.

Forse la rieducazione dei detenuti per mafia, non passa, necessariamente, dai rapporti con la famiglia di appartenenza, che spesso rappresenta un modello antagonista rispetto ai valori di solidarietà, lealtà e probità del vivere civili; forse questa può essere raggiunta solamente tramite un lungo percorso di reinserimento culturale nella nostra società che, paradossalmente, non passa da un allontanamento netto dalla famiglia.

⁸⁷ La ricerca criminologica ha sintetizzato i tratti psico-antropologici del “pensare mafioso”, riconducibili alla relazione complessa individuo-famiglia e società, essendo questo ereditato e trasmesso in seno alla famiglia; I. FIORE, *La famiglia nel pensare mafioso* in G. Lo Verso (a cura di), *La mafia dentro. Psicologia e psicopatologia di un fondamentalismo*, Milano, 2002, p. 54.

⁸⁸ A. MASCALI, *Intervista a Sebastiano Ardita. Permessi e benefici ai mafiosi, la nuova legge non va*, in *Il Fatto Quotidiano*, 27 settembre 2016, in <http://www.ristretti.org>.