



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

IL DETENUTO IN REGIME DIFFERENZIATO *EX ART. 41-BIS O.P.*
E I COLLOQUI CON I FIGLI INFRADODICENNI:
UN DIFFICILE BILANCIAMENTO DI INTERESSI

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Laura Cesaris

Correlatore: Chiar.mo Prof. Paolo Renon

Tesi di laurea di
Amanda Chiara Marino
Matr. 418758

Anno accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I - STATUS DELLA PERSONA DETENUTA ALLA LUCE DEI DIRITTI COSTITUZIONALI E SOVRANAZIONALI

1. La persona detenuta nella Costituzione italiana: linee evolutive.....	7
2. Il carattere inviolabile della libertà personale.....	13
2.1. Riserva di legge e di giurisdizione.....	15
3. Principio di umanizzazione e finalità rieducativa della pena.....	18
4. Il principio di umanizzazione nel contesto internazionale: in generale	22
5. La Convenzione europea e il contributo della giurisprudenza di Strasburgo: in particolare, l'art. 3 CEDU.....	26
5.1. (segue) l'art. 8 CEDU	30
5.2. La Corte di Strasburgo e il regime detentivo di rigore in Italia	33
6. Il Comitato per la prevenzione della tortura e le visite in Italia	40
7. La legge sull'ordinamento penitenziario e il primato della persona detenuta (cenni generali)	43
8. Il percorso evolutivo del regime detentivo speciale	46
8.1. (segue) dall'art. 90 all'art. 41- <i>bis</i> , comma 1	46
8.2. (segue) L'emergenza mafiosa e l'art. 41- <i>bis</i> comma 2: la sospensione per gravi motivi di ordine pubblico	52

CAPITOLO II - L'ART. 41-BIS COMMA 2 O.P.: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO DI INTERESSI

1. Struttura del regime speciale di detenzione: meri cenni.....	56
1.1. Oggetto della sospensione.....	61

2. I colloqui con i familiari: in generale.....	67
2.1. I colloqui con il difensore e i Garanti	76
3. I colloqui con il minore di anni dodici e l'utilizzo (in)derogabile del vetro divisorio	82
4. Il ruolo del magistrato di sorveglianza nella tutela dei diritti dei detenuti in regime detentivo differenziato.....	92
4.1. Le posizioni giuridiche tutelabili mediante reclamo <i>ex art. 35-bis</i> o.p.: diritto soggettivo o interesse legittimo al colloquio <i>de visu</i> ?.....	101
5. Il (difficile) giudizio di bilanciamento nella disciplina dei colloqui <i>de visu</i> con i minorenni: il quesito del magistrato di sorveglianza di Spoleto.....	104
6. (segue) Una pronuncia innovativa della Consulta in tema di colloqui con i minori	110
6.1. Il recepimento del principio da parte della giurisprudenza di legittimità	119

CAPITOLO III - IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE NEL REGIME DETENTIVO SPECIALE

1. Il diritto alla genitorialità in carcere	124
1.1. L'interesse del minore nell'ordinamento penitenziario alla luce anche delle pronunce della Consulta.....	133
2. La rilevanza dell'età del minore nella disciplina dei colloqui con il genitore detenuto	140
3. Il superiore interesse del minore nei rapporti con il genitore sottoposto al regime di cui all'art. 41-<i>bis</i> comma 2 o.p. nelle decisioni del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria	142
4. La Consulta in nome dell'inammissibilità sminuisce la questione sostanziale.....	149

5. Possibili abusi del <i>best interest of child</i> in tema di lotta alla criminalità organizzata	153
6. La tutela dell'interesse del minore è davvero effettiva nel regime <i>in peius</i> ?.....	155
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	158
BIBLIOGRAFIA	161

INTRODUZIONE

Parlare in generale del regime detentivo differenziato previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 o.p. rischierebbe di essere fin troppo dispersivo e di risultare superficiale, poiché i diritti sui cui esso incide, in maniera anche più forte rispetto al regime detentivo ordinario, sono molteplici. Per tale motivo si vuole qui affrontare soltanto un aspetto della disciplina che, in realtà, è quello su cui maggiormente incidono le limitazioni che caratterizzano l'art. 41-*bis* comma 2 o.p.: vale a dire, i colloqui con i figli (o nipoti in linea retta) minori di anni dodici. L'intento sarà quello analizzare la disciplina dei colloqui, o meglio le limitazioni ad essa (o derivanti da essa), nel difficile punto di intersezione del bilanciamento tra esigenze di ordine e sicurezza proprie del regime differenziato, tutela dei diritti fondamentali della persona, anche se (o a maggior ragione se) detenuta, e superiore interesse del minore; si proverà così ad approfondire la disciplina dei colloqui partendo proprio dal soggetto recluso e dai diritti fondamentali a lui riconosciuti come persona, prima ancora che come detenuto, e, al riguardo, si osserverà come lo *status* giuridico della persona detenuta sia mutato all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione e, soprattutto, della legge 26 luglio 1975, n. 354. La scelta di introdurre l'argomento centrale partendo dai diritti riconosciuti alla persona umana, dalla Carta costituzionale e dalle Carte internazionali, non è priva di significato: soltanto avendo ben chiari i diritti fondamentali dell'individuo si possono fissare i limiti inerenti alla privazione della libertà personale. La Carta costituzionale, al suo interno, contiene una serie di principi che devono guidare il legislatore in ambito penale e penitenziario: è solo tenendo bene a mente che la libertà personale è inviolabile e la detenzione è ammessa soltanto nella misura in cui sia la legge a prevederne forme e modi e sia comunque sorretta

da adeguata motivazione dell'autorità giudiziaria, che si può dare attuazione al principio secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Il regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p., come si vedrà, è un regime che si regge sostanzialmente sull'imposizione di molteplici divieti e deroghe rispetto alle normali regole di trattamento e istituti: divieti e deroghe che, come affermato anche dalla Corte costituzionale in diverse occasioni, quando risultano non congrui rispetto alla finalità per cui vengono imposti, finiscono per rappresentare un'afflittività maggiore rispetto a quella già insita nella pena stessa.

La *ratio* del regime differenziato risiede nella necessità di evitare collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza all'esterno: difatti il comma 2-*quater* lett. b) o.p. prevede per i soggetti sottoposti a tale regime di detenzione forti limitazioni in ordine alla frequenza dei contatti con la famiglia; questo comporta che l'area più sensibile a tale compressione sia proprio quella delle relazioni con il figlio minore di anni dodici. Si osserverà come proprio nell'ambito delle relazioni familiari emerga con maggiore chiarezza il punto di tensione tra le esigenze preventive del regime differenziato e i limiti costituzionali all'esecuzione della pena: la tutela dell'affettività non rappresenta un profilo marginale del trattamento penitenziario, al contrario ne costituisce un elemento cardine che deriva dai principi costituzionali e sovranazionali. L'incontro con i familiari rappresenta, in generale, un momento essenziale nel percorso della persona detenuta che permette sia di tutelare l'umanità della pena così come previsto dall'art. 27 comma 3 Cost., sia di garantire il diritto al mantenimento dei rapporti con i propri familiari; diritto, quest'ultimo, che trova riconoscimento non solo a livello costituzionale, negli artt. 29, 30 e 31 Cost., ma anche nelle Carte sovranazionali, in particolare nell'art. 8 Cedu. Per il detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. il colloquio

con la famiglia rappresenta l'unico momento di normale quotidianità all'interno di un regime caratterizzato da forti limitazioni, sia all'interno dell'istituto penitenziario, sia verso l'esterno.

La disciplina penitenziaria, o meglio gli effetti derivanti dalla sua applicazione, coinvolge, necessariamente ed indirettamente, anche soggetti estranei alla pena propriamente intesa: in particolare, nell'elaborato si proverà a mettere in luce il punto di tensione nella disciplina dei colloqui con il figlio minore, poiché, in questo contesto, il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti fondamentali della persona detenuta viene ad arricchirsi di un terzo polo rappresentato dal superiore interesse del minore ad avere continuità nei rapporti familiari con il genitore detenuto. È proprio rispetto al minore che si cercherà di analizzare la disciplina vigente, per come risulta anche dalle circolari dell'amministrazione penitenziaria, al fine di comprendere se il superiore interesse del minore venga effettivamente tenuto in considerazione.

L'obiettivo, dunque, che con tale elaborato si intende perseguire, è quello di porre l'attenzione sul delicato tema del rapporto esistente tra regime detentivo differenziato e tutela del rapporto familiare da due prospettive diverse, quella della persona detenuta e soprattutto quella del minore.

CAPITOLO I

STATUS DELLA PERSONA DETENUTA ALLA LUCE DEI DIRITTI COSTITUZIONALI E SOVRANAZIONALI

1. La persona detenuta nella Costituzione italiana: linee evolutive

Il carcere è uno dei banchi di prova sul quale un Paese democratico misura la sua conformità ai diritti universali dell'uomo. Prima di procedere alla disamina del regime speciale di detenzione, disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 L. 26 luglio 1975, n. 354 (contenente "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà", d'ora in poi citata come o.p.), focalizzando l'attenzione sulla disciplina dei colloqui con la famiglia, in particolare sul bilanciamento tra le esigenze di ordine e sicurezza e i diritti fondamentali dei detenuti e dei figli minori, è necessario individuare, in generale, i beni giuridici espressione dei diritti fondamentali dell'uomo e della libertà personale tutelati, tanto dalla Costituzione quanto dalle norme di diritto internazionale, anche e soprattutto nei confronti della persona *in vinculis*.

Con l'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario¹ autorevole dottrina ha visto nelle sue norme, nonostante la consapevolezza di tutti i «limiti ed i rischi di improprietà connessi ad un impiego generalizzato del concetto di diritto in rapporto

¹ Fino ad allora la materia era stata disciplinata dal Regolamento penitenziario del 1931 (R. D. 18 giugno 1931, n. 787). Con la legge 26 luglio 1975, n. 354, invece, l'ordinamento penitenziario viene disciplinato con fonte primaria.

all'ambiente penitenziario», una sorta di «carta dei diritti» dei detenuti². Questa definizione ha trovato, e trova tuttora, la sua ragion d'essere nel cambio di prospettiva avvenuto, per la prima volta nella nostra tradizione giuridica, all'interno del mondo penitenziario: con la legge n. 354 del 1975, infatti, si è assistito ad un'inversione di tendenza in quanto è stata abbandonata³ la logica della depersonalizzazione, per porre al centro dell'esecuzione la figura del detenuto persona. Il legislatore del 1975 ha costruito e concepito l'intera disciplina del trattamento in istituto intorno alla figura del detenuto, rendendolo «protagonista attivo» e, allo stesso tempo, «fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della rieducazione»⁴. Questa nuova visione della figura del detenuto si è ben allineata al dettato costituzionale, il quale si basa sul «primato della persona umana e dei suoi diritti», allontanando, invece, «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria»⁵. Nella Costituzione, sono espressi infatti concetti in grado di descrivere una realtà dove le libertà e i diritti fondamentali preesistono a qualsiasi struttura giuridica, dunque a qualsiasi autorità statale, la quale è invece «strumentale» al godimento dei diritti fondamentali da parte dei cittadini⁶. Questa volontà di conferire alla persona detenuta

² Ci si riferisce a V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 8.

³ Con il previgente Regolamento del 1931, ispirato alla concezione autoritaria del guardasigilli Rocco, si poneva l'attenzione sulla dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria e sulle correlative esigenze di disciplina, con la conseguenza che gli organi penitenziari si vedevano attribuiti poteri e prerogative al fine di esercitare la potestà punitiva, a discapito della posizione della persona *in vinculis*, la quale veniva considerata come soggetto passivo dell'esecuzione, si v. in tal senso V. GREVI, *Introduzione. Diritti dei detenuti*, cit., p. 7.

⁴ Così V. GREVI, *op. ult. cit.*, cit., p. 7.

⁵ Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26.

⁶ Così A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1 ss., secondo il quale i diritti di libertà sono fondamentali non in quanto fondati dallo Stato, ma fondanti la sua stessa ragion d'essere. In tal senso A. MENGhini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, p. 9.

centralità nell'intero sistema risulta, in maniera molto chiara, dall'art. 1 o.p.⁷ laddove si opera il richiamo alla dignità del soggetto e alla titolarità dei diritti fondamentali che a quest'ultimo devono essere riconosciuti anche quando si trovi in stato detentivo, e il cui esercizio può essere ostacolato soltanto, e nei limiti necessari, a fronteggiare esigenze particolari volte a garantire l'ordine e la sicurezza interna dell'istituto; sempreché – si badi – lo *status detentionis* «non comporti una ulteriore *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione»⁸.

La dottrina, accogliendo la nuova concezione del primato della persona umana e dei suoi diritti all'interno dell'istituto penitenziario, ha suddiviso in due gruppi i riferimenti costituzionali da cui tale primato emerge, e ai quali conseguentemente fanno riferimento le diverse tipologie di diritti riconosciuti al detenuto⁹.

Il primo riferimento è rintracciabile nell'art. 2 Cost., che enuncia come principi fondamentali dell'ordinamento il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, e nell'art. 13 comma 1 Cost., il quale definisce “inviolabile “la libertà personale. L'art. 2 Cost.¹⁰, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, ponendo quindi le basi per il fondamento del principio personalista¹¹, implica, indirettamente, che il trattamento penitenziario non possa prescindere dal riconoscimento e dalla garanzia ai detenuti dei diritti inviolabili dell'uomo che non risultino incompatibili

⁷ Anche nella sua versione attuale a seguito della modifica intervenuta con il D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, art. 11 comma 1 lett. a), tale disposizione viene definita “norma di principi” simbolo degli ideali del Legislatore del 1975, grazie anche ai riferimenti a principi fondamentali enucleati nella Costituzione italiana e nelle fonti sovranazionali. Si v. F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO, *sub art. 1*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, pp. 4-5.

⁸ Così Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit. In tal senso, cfr. anche F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*

⁹ Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 5.

¹⁰ Si riporta qui il testo nella parte che rileva ai fini della trattazione: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]”.

¹¹ Così E. ROSSI, *sub art. 2*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 42.

con le esigenze legate all'ordine e alla sicurezza dell'istituto¹². Difatti, i diritti inviolabili dell'uomo rappresentano una specificazione della dignità della persona, in quanto ne costituiscono il suo patrimonio irriducibile e irretrattabile, e dunque proteggere i primi, nel loro sistema complessivo, significa salvaguardare la seconda. La Corte costituzionale, in più occasioni, anche da ultimo, ha sottolineato come la dignità della persona, anche nel caso in cui essa sia detenuta, «anzi» – evidenzia il giudice delle leggi – «soprattutto in questo caso, il cui tratto distintivo è dato dalla precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà» che è insita in un ambiente che per sua natura tende a separare dalla società civile, sia protetta dalla Costituzione «attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo, che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»¹³. Ben si può comprendere, quindi, come la dignità della persona si ponga come punto di riferimento nell'attività di bilanciamento tra diritti fondamentali e altri interessi costituzionalmente o convenzionalmente rilevanti; il rispetto della dignità della persona è quindi un limite invalicabile anche quando un interesse pubblico di notevole importanza prevalga su altri diritti fondamentali dell'individuo. È la stessa Costituzione che si preoccupa di fissare il criterio di composizione del conflitto tra i diversi principi fondamentali, operando una sorta di gradazione delle pretese contrapposte¹⁴. L'interesse

¹² Sul punto, cfr. P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, p. 143; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 51, il quale afferma che lo *status detentionis* «non implica che i diritti della persona possano essere in tutto pretermessi, ma, piuttosto [...] che le relative estrinsecazioni debbano essere consentite ove non contrastino con le “esigenze della vita carceraria”». Si veda anche Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114, dove si stabilisce che al detenuto deve essere riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca; nello stesso senso, più di recente, si v. Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 20.

¹³ V. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, cit., richiamata anche da una pronuncia più recente della Consulta, 26 gennaio 2024, n. 10.

¹⁴ Si veda G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, pp. 2-3, il quale sostiene che il contemperamento di interessi tra di loro contrastanti, alla luce del principio della dignità della persona, si realizza su tre diversi, e allo stesso tempo correlati, livelli: in primo luogo, è la Carta costituzionale – nonché le disposizioni convenzionali, quali norme sovraordinate alla legge ordinaria, ma comunque subordinate alla Costituzione – che si preoccupa di indicare il criterio di composizione del conflitto tra i diversi principi fondamentali, per poi procedere ad una «sorta di graduazione delle pretese contrapposte»; poi, è compito del legislatore concretizzare l'opera di ponderazione attraverso l'elaborazione di specifiche fattispecie

pubblico alla prevenzione e alla repressione dei reati non può mai prevalere sull'interesse individuale al rispetto della dignità della persona. La pena detentiva, quindi, può limitare la libertà personale nel suo contenuto essenziale – intesa come «facoltà di disporre liberamente del proprio essere fisico»¹⁵ – ma non può consistere, secondo un'autorevole voce in dottrina, nella integrale soppressione di tutta la «costellazione di libertà collaterali»¹⁶, quali la libertà di corrispondenza, di associazione, di riunione. In definitiva, la sottoposizione a privazione della libertà personale non comporta un «annullamento» dei diritti inviolabili dell'uomo, il cui riconoscimento e garanzia sono posti dallo stesso art. 2 Cost. tra i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁷.

Si può così individuare, secondo parte della dottrina, la prima tipologia di diritti del detenuto relativa a tutte le situazioni soggettive che appartengono a quest'ultimo in qualità di cittadino, e che conserva se non incompatibili con lo stato detentivo (a titolo esemplificativo, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla libertà religiosa, il diritto alla famiglia, il diritto alla corrispondenza)¹⁸. La stessa Corte costituzionale ha

normative volte a disciplinare le situazioni in cui «l'esercizio dei diritti fondamentali, riconosciuti ai ristretti, si scontra con l'esercizio dei poteri ablatori, attribuiti a determinati organi amministrativi». Infine, il legislatore - nel lasciare all'amministrazione penitenziaria un margine di discrezionalità in ordine alla possibilità di attuare le misure restrittive dei diritti dei detenuti necessarie a soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza all'interno del carcere – fissa i limiti entro cui tale valutazione deve operare mediante il richiamo *ex art. 1* o.p. del principio secondo cui il trattamento penitenziario non deve in alcun modo ledere la dignità della persona.

¹⁵ Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 6

¹⁶ Il riferimento è A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *L'Indice pen.*, 1973, pp. 19-20. Così anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Bari, 2018, p. 24.; A. MENGhini, *Carcere e Costituzione*, cit. p. 16.

¹⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 216.

¹⁸ Così A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 7-8, il quale precisa che alcuni diritti spettano alla persona *in vinculis* in quanto garantiti dalla Costituzione *uti civis*, senza che siano in conflitto con lo *status* detentivo, e comunque costituiscono contestualmente elementi del trattamento rieducativo – come, ad esempio, il diritto all'istruzione; anche A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., p. 23.

ricordato come “il volto costituzionale”¹⁹ della pena richieda che questa, intesa come privazione delle libertà e sofferenza da essa derivante, venga inflitta «nella misura minima necessaria»²⁰.

Il secondo riferimento costituzionale alla soggettività giuridica del detenuto è riscontrabile nell’art. 27 comma 3 Cost., il quale riconosce al soggetto sottoposto a privazione della libertà due diritti fondamentali: il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti e il diritto alla finalità rieducativa della pena. Entrambi questi diritti, si badi, vengono riconosciuti proprio in considerazione della speciale posizione in cui il soggetto si trova, vale a dire vengono a lui attribuiti, non *uti civis*, ma in quanto persona *in vinculis*. Come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità significa riconoscere il diritto del detenuto a non vedere intaccati, con la sanzione detentiva appunto, determinati ambiti della vita carceraria che riguardano strettamente la sua personalità individuale; al contrario, intaccarli, anche al fine di mantenere l’ordine e la sicurezza all’interno dell’istituto, equivarrebbe ad asserire soltanto la natura afflittiva della restrizione²¹.

Queste posizioni giuridiche – sia se appartengono alla persona detenuta *uti civis*, sia se legate alla sua particolare situazione *in vinculis* – in tanto sono riconosciute, in

¹⁹ L’espressione è di A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte edu*, Napoli, 2014, p. 1 ss.

²⁰ Cfr. in tal senso Corte cost. 13 luglio 2017, n. 179.

²¹ A tal proposito, il legislatore all’art. 14-*quater* comma 4 o.p., nel disciplinare il regime della sorveglianza particolare, ha indicato, ed elencato, le materie che «in ogni caso» non possono formare oggetto di restrizione proprio perché ritenute riguardanti la personalità individuale del detenuto: a titolo esemplificativo, l’igiene, il vitto, il vestiario e il corredo, i colloqui sia con il difensore sia con i familiari. Sul punto, la Corte costituzionale ha affermato che tali «indicazioni fornite dal legislatore all’art. 14-*quater* comma 4 o.p. appaiono particolarmente pregnanti» e possono essere ritenute estensibili, in via interpretativa, anche ad istituti diversi da quello per il quale sono state previste (la sorveglianza particolare, appunto). Infatti, la Consulta ha ritenuto applicabili, in via analogica, all’art. 41-*bis* comma 2 o.p., gli stessi limiti invalicabili previsti per il regime *ex art. 14-*quater**; cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351.

quanto sono accompagnate dal riconoscimento del diritto di farle valere in sede giurisdizionale²².

In conclusione, una legittima compressione della libertà personale del detenuto e di alcuni suoi diritti è da considerarsi come conseguenza naturale dell'esecuzione della pena in carcere. Tuttavia, tale compressione non deve superare il limite invalicabile segnato dal concetto della dignità della persona che trova la sua espressione nel nucleo duro dei diritti irriducibili e nel contenuto minimo dei diritti fondamentali²³.

2. Il carattere inviolabile della libertà personale

L'art. 13 Cost. ad una prima lettura potrebbe sembrare riferirsi al tema dei diritti dei detenuti nei commi 4 e 5, ove prevede che sia punita ogni violenza fisica e morale sulle persone a qualunque titolo sottoposte a restrizione di libertà e che sia la legge a determinare i limiti massimi della carcerazione preventiva. Tuttavia, a venire in rilievo in materia, alla luce di una lettura combinata con gli artt. 2 e 3 Cost., è anche il comma 1, il quale afferma che «la libertà personale è inviolabile». La presenza dell'aggettivo "inviolabile" – che rappresenta una tra le novità più rilevanti all'interno del testo costituzionale – permette di collocare la libertà personale tra i diritti che rappresentano il nucleo essenziale dell'individuo²⁴, insieme alla libertà, alla vita e all'integrità fisica.

²² Così Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212 e 5 dicembre 1997, n. 376.

²³ Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 172. Si veda anche D. NOTARO, *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, in A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO – M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, pp. 45-46, il quale offre la distinzione tra diritti "intangibili", che non possono essere intaccati durante l'esecuzione della pena e nei quali rientrano – a titolo esemplificativo – il diritto alla salute, al lavoro, ma anche il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti, e diritti "tangibili", che invece, oggetto di un'operazione di bilanciamento, sono suscettibili di compressione. Per un catalogo esaustivo dei diritti «non comprimibili» cfr. F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, n. 11, p. 2818 ss.; ancora, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, 2ª ed., Napoli, 2014, p. 9 ss., sul binomio dignità in senso statico, quale nocciolo duro di diritti che non possono essere in alcun modo negati, e dignità in senso dinamico.

²⁴ Si v. in tal senso A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 9.

Difatti, la libertà personale, oltre a costituire l'oggetto della norma in esame, ricade anche nella sfera applicativa di altre norme costituzionali, ossia gli artt. 2 e 3 Cost.²⁵. L'art. 2 Cost. riconoscendo – e garantendo – i diritti inviolabili dell'uomo ammette la preesistenza di questi all'ordinamento e, assieme al riconoscimento della pari dignità sociale di tutti (art. 3 Cost.), permette di annoverare l'invulnerabilità della libertà personale tra i diritti che lo Stato riconosce come «patrimonio irrinunciabile della personalità umana»²⁶. Autorevole dottrina²⁷ afferma che il riconoscimento della invulnerabilità della libertà personale non va inteso soltanto con riferimento alla libertà fisica, ma, piuttosto, come libertà psicofisica – da intendersi come libertà della mente e del corpo –, e grazie ad una lettura integrata degli artt. 2, 3 e 13 comma 1 Cost. è «possibile isolare il concetto di “libertà della persona” come “diritto fondamentale”». Tuttavia, il carattere dell'invulnerabilità non significa assenza di restrizioni in ordine alla libertà personale, come l'art. 13 Cost. espressamente stabilisce nei commi successivi. I diritti fondamentali, previsti dal testo costituzionale, non sono tali in senso assoluto, poiché potrebbero entrare in collisione con altri diritti, altrettanto tutelati a livello costituzionale, i quali possono «legittimamente limitarne la portata», pur rimanendo indiscutibile che il nucleo essenziale di ciascuno di tali diritti deve essere sempre garantito²⁸. Dal carattere invulnerabile discende, quindi, che tutti i limiti alla «naturale espansione della libertà personale» dovranno rispondere al criterio della

²⁵ Più in generale, per una tesi che valorizza una lettura combinata degli artt. 2, 3 e 13 comma 1 Cost.: C. MARTINELLI, *Sub art. 13 Cost.*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, pp. 95-79. Si v. anche A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 11.

²⁶ Cfr. Corte cost. 19 giugno 1956, n. 11. In dottrina F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 107; più di recente, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, p. 48.

²⁷ Il riferimento è a F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., p. 11 ss. Così anche M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 48.

²⁸ Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, pp. 8-9.

«stretta necessità»²⁹; in altri termini, come affermato anche di recente dalla Consulta, nelle operazioni di bilanciamento, perché sia possibile un decremento di tutela di un diritto fondamentale, deve esservi un «corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»³⁰. Riferito al soggetto detenuto, il carattere inviolabile della libertà personale vuol dire che l'unica compressione ammissibile – e possibile – di tale libertà, e in generale dei diritti a questo riconosciuti, è «quella funzionale alla stessa esecuzione della pena»³¹. La stessa Corte costituzionale, affermando che la sanzione detentiva costituisce una grave limitazione della libertà della persona ma non la sua totale soppressione, riconosce che chi si trova in stato detentivo «pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»³²: da ciò è possibile allora evincere la caratteristica fondamentale della libertà personale a «mantenersi espansa»³³, anche nell'ambito della detenzione carceraria.

2.1. Riserva di legge e di giurisdizione

Il legislatore costituzionale all'art. 13 comma 2 ha delineato, in chiave derogatoria rispetto al principio della inviolabilità di cui al comma 1, l'ambito delle compressioni che la libertà personale può subire. In particolare, il comma 2 sancisce le garanzie poste a tutela della «sfera residua di libertà personale che la pena non intacca»³⁴, vale a dire la

²⁹ Così V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, in www.treccani.it, 1996, par. 4. Più recentemente, A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit. p. 11.

³⁰ Cfr. Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2176 ss., con nota di M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*.

³¹ Così A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 12.

³² Così Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, in *Cass. pen.*, 1994, n. 12, p. 2855 ss., con nota di S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis ord. pen. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*. Ancora, per l'affermazione di posizioni soggettive in capo ai detenuti cfr. Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114, cit.

³³ Sulla caratteristica intrinseca della libertà personale a «mantenersi espansa» si v. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, p. 370.

³⁴ Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114, cit.

riserva di legge e di giurisdizione riguardo ad ogni atto limitativo di tale libertà. Il comma in esame, infatti, precisa i presupposti in presenza dei quali è possibile dare luogo ad un sacrificio della libertà personale: dopo aver affermato che, in linea di principio e come «ovvio corollario del comma 1»³⁵, non è tollerata alcuna forma di detenzione, ispezione, perquisizione personale, né «qualsiasi altra forma di restrizione di tale libertà»³⁶, il legislatore costituzionale, rivolgendosi al legislatore ordinario, consente che legittimamente si possano operare limitazioni soltanto «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Lo scopo della riserva di legge è, soprattutto, quello di escludere che la compressione della libertà personale possa avvenire se non mediante un atto legislativo formale; eppure, il legislatore costituzionale si spinge anche oltre, prevedendo che sia la stessa legge ordinaria ad individuare i casi³⁷ e i modi³⁸ di tale limitazione. E ancora, nel disciplinare i modi il legislatore deve anche attribuire il potere di adottare il provvedimento limitativo della libertà personale, mediante atto

³⁵ Così V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 5.

³⁶ In argomento, è stato osservato come la Costituzione risulti piuttosto scarna circa l'individuazione dei fini per cui è possibile ritenere legittima la limitazione della libertà personale. Difatti, è possibile notare dal testo dell'art. 13 comma 2 Cost. un primo richiamo alle ipotesi più frequenti di restrizione della libertà personale, e poi l'utilizzo di una generica clausola di chiusura con la quale il legislatore costituzionale ha, chiaramente, inteso rimettere alla legge la specificazione dei casi in cui tale limitazione sia possibile, tanto che in dottrina, a tal proposito, si è parlato di «vuoto di fini»; cfr. V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 6.

Secondo altra dottrina, invece, la riserva di legge deve intendersi “rinforzata” nel senso che le restrizioni della libertà personale possono essere poste in essere soltanto per i fini previsti dalla Costituzione; cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 23 ss., il quale ritiene che tale libertà possa essere limitata soltanto per i fini di giustizia penale (art. 25 Cost.), di educazione dei minori (art. 30 Cost.) e di salute (art. 32 Cost.); anche, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111.

³⁷ Cfr. V. GREVI, *op. ult. cit.*, il quale chiarisce, in merito ai contenuti della doppia riserva, che la legge non deve soltanto limitarsi a prevedere la tipologia delle misure restrittive, ma deve, invece, definirne i presupposti e le finalità, e anche le forme e le procedure dei relativi provvedimenti. Ancora, secondo A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 21, il riferimento ai «casi» evoca il principio di tassatività, alla luce anche di una recente pronuncia della Consulta la quale ha sottolineato che le norme che «siano suscettibili di incidere ulteriormente su tali diritti, previste dall'ordinamento penitenziario (che è appunto un tipico ordinamento derogatorio), non possono essere applicate per analogia e vanno interpretate in modo rigorosamente restrittivo»; così Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

³⁸ Con il riferimento ai «modi» si intende la necessità che vengano predefinite *ex lege* sia le tipologie delle restrizioni della libertà personale, sia i contenuti e le modalità attuative, così A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 21.

motivato, alla sola autorità giudiziaria³⁹. Intimamente connessa alla garanzia della motivazione è la disposizione di cui all'art. 111 comma 7 Cost. laddove prevede che contro i provvedimenti *de libertate* è sempre ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge.

Diversamente dalla riserva di legge, tuttavia, la riserva di giurisdizione non ha carattere assoluto, dal momento che si prevede espressamente, al comma 3, che l'autorità di pubblica sicurezza possa, in presenza di particolari esigenze di necessità ed urgenza, adottare provvedimenti limitativi provvisori, a condizione che vengano però convalidati in tempi brevi dall'autorità giudiziaria⁴⁰.

Per concludere, il comma 4 dell'art. 13 Cost. è indicativo della necessità di tracciare, nel rispetto della persona detenuta, una soglia minima e invalicabile della misura limitativa della libertà personale, qualunque ne sia la natura. Con tale previsione costituzionale, espressa dal legislatore in termini di punizione, viene fatto divieto di porre in essere ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La rilevanza di questa previsione si comprende se si procede ad una lettura combinata con l'art. 27 comma 3 Cost.: entrambe pongono il divieto assoluto di qualunque forma di trattamento disumano e degradante. Tuttavia, mentre l'art. 27 comma 3, come si avrà modo di approfondire nel paragrafo successivo, è riferito ai condannati definitivi, l'art. 13 comma 4, invece, pone il divieto nei confronti delle persone “a qualunque titolo detenute *ante iudicium*”⁴¹.

³⁹ *Rectius*, ad un organo giurisdizionale, sebbene la formula risulti estensibile anche ai pubblici ministeri, si v. V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 5

⁴⁰ Autorevole dottrina ritiene che la riserva di giurisdizione, nel caso in cui vengano adottati provvedimenti provvisori, finisca così per «operare ex post, quale controllo dell'autorità giudiziaria sull'operato dell'autorità di polizia», si v. V. GREVI, *op. ult. cit.*, par. 7; più di recente, A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., p. 56.

⁴¹ Cfr. V. GREVI, *op. ult. cit.*, par. 6.

3. Principio di umanizzazione e finalità rieducativa della pena

L'art. 27 comma 3 Cost., affermando che le pene «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» e «devono tendere alla rieducazione del condannato», dà rilevanza al principio di umanizzazione della pena, il quale va inteso come «limite inferiore invalicabile»⁴² posto a tutela della dignità della persona e dei diritti inviolabili che devono essere garantiti a tutti, anche – e soprattutto – alle persone detenute. Secondo autorevole dottrina, parlare di umanizzazione della pena significa, in positivo, che quest'ultima, nonostante i limiti insiti, per loro natura, tanto nella restrizione della libertà personale quanto nelle esigenze di organizzazione e di sicurezza dell'istituto carcerario, «deve rispettare la pari dignità dell'individuo e il suo patrimonio di diritti inviolabili»⁴³; ma significa anche, in negativo, che la pena non può tradursi in un trattamento disumano, in un «abbruttimento» della dignità della persona detenuta. Non si può, quindi, cogliere compiutamente il dettato di cui all'art. 27 comma 3 Cost. senza procedere ad una sua lettura combinata con altre norme costituzionali, in particolare con gli artt. 2, 3 e 13 Cost., proprio perché i principi espressi nell'art. 27 comma 3 sono essi stessi espressione del principio personalista e di pari dignità sociale: dunque, nell'esecuzione della pena deve essere garantito il rispetto della persona umana (*rectius*, della dignità della persona umana), e in generale di tutti quei diritti fondamentali che non risultano incompatibili con lo *status detentionis*⁴⁴. Così, anche all'interno del carcere, che deve ricomprendersi a pieno titolo tra le formazioni sociali che l'art. 2 Cost. tutela in

⁴² Così A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 14.

⁴³ Così, letteralmente, G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 2012, n. 1, p. 194, da cui è tratta anche la citazione che segue.

⁴⁴ In dottrina P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana*, cit., p. 295 ss.; S. BELLOMIA, (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 923. Si v. in particolare M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 51.

quanto luoghi ove si svolge la personalità dell'uomo⁴⁵, devono essere riconosciuti gli «inviolabili diritti dell'uomo, che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione della pena»⁴⁶. In questo modo, il legislatore costituente utilizzando l'espressione «senso di umanità» ha voluto porre l'accento sul limite minimo che il trattamento penitenziario non può, e non deve, in alcun modo valicare: limite che – alla luce della lettura combinata di cui sopra – è rappresentato proprio dal riconoscimento ai detenuti dei «diritti inviolabili dell'uomo»⁴⁷. In altri termini, è «la stessa dignità della persona, postulando il principio personalistico, ad esigere che la pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa»⁴⁸. Si noti che “strumentale”⁴⁹ rispetto all'affermazione di una pena non disumana è la previsione di cui all'art. 13 comma 4 Cost., laddove si prevede la punizione di ogni violenza fisica o morale nei confronti di ogni forma di detenzione, a maggior ragione *ante iudicatum*.

La pena, oltre a non dover essere contraria al senso di umanità, deve tendere alla rieducazione del condannato⁵⁰: tale concetto di rieducazione, ancora una volta, non può comprendersi se non attraverso una lettura combinata con altre norme costituzionali, in particolare con l'art. 3 comma 2 Cost. La rieducazione (il cui risultato positivo è,

⁴⁵ Sul punto, attenta dottrina definisce il carcere come «(unica) formazione sociale coatta e totalizzante», G. M. FLICK, *op. ult. cit.*, p. 192.

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

⁴⁷ Così, V. GREVI, *Introduzione*, cit., p. 21. Ancora, P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, cit., p. 295, afferma che proprio il divieto di pene contrarie al senso di umanità postula il rispetto della dignità umana; più recentemente, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 51 ss.

⁴⁸ Cfr. G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 190.

⁴⁹ Così A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, cit., p. 36.

⁵⁰ L'art. 1 comma 2 o.p. quando dichiara che il «trattamento tende al reinserimento sociale» si ricollega, chiaramente, al comma 3 dell'art. 27 Cost.: in particolare, l'art. 1 o.p. delinea i caratteri essenziali del trattamento riservato sia agli imputati, sia ai condannati. Si tratta però di due nozioni di trattamento differenti, i cui presupposti vengono sanciti dai successivi commi 2 e 7 dello stesso art. 1 o.p.: per gli imputati il trattamento deve assicurare una condizione di vita basata sul principio per cui essi «non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva», dal momento che nei loro confronti non è possibile presupporre alcuna necessità di rieducazione. Così, V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *sub art. 1*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 13.

comunque, eventuale) rappresenta un compito della Repubblica, nel senso che deve essere diretto alla rimozione di quegli ostacoli sociali che, poiché limitanti di fatto la libertà e l'eguaglianza sociale, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, e deve inoltre avere carattere risocializzante⁵¹. Il legislatore penitenziario, dal canto suo, ha voluto riempire di significato chiaro la parola «rieducazione» mediante l'utilizzo, nell'art. 1 comma 2 o.p., del sostantivo "reinserimento". In altri termini, quando l'art. 27 comma 3 Cost. afferma il principio secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, significa che l'obiettivo ultimo del trattamento penitenziario è il reinserimento sociale della persona condannata⁵². Si badi, però, l'utilizzo del verbo "tendere" significa, come affermato anche dalla Consulta, che il trattamento rieducativo non può essere imposto al soggetto condannato, ma deve essere frutto del consenso prestato liberamente⁵³: deve costui, in altre parole, essere libero di scegliere se aderire o meno all'offerta trattamentale.

Va evidenziato, inoltre, come la conformità della pena ai principi previsti dall'art. 27 comma 3 Cost. produca effetti inevitabilmente anche sulla società civile: difatti, il soggetto che, una volta espiata la pena, riacquista la libertà è un soggetto che ha avuto modo di meditare sulle proprie azioni grazie proprio all'ambiente non contrario al senso di umanità e fondato sulla rieducazione, e quindi è più rispettoso dei diritti propri e altrui⁵⁴.

Alla luce di quanto detto, i due principi espressi nell'art. 27 comma 3 Cost. sono inscindibilmente legati tra di loro, poiché per aversi un percorso rieducativo qualificante

⁵¹ Sul punto A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela costituzionale*, cit. p. 70.

⁵² Così, V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *sub art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 10.

⁵³ Cfr. Corte cost. 26 giugno 1990, n. 313.

⁵⁴ In questi termini, F. TRAPPELLA, *La garanzia di riservatezza dei colloqui con il partner: verso un'idea di carcere come 'formazione sociale'*, in *Arch. pen. web*, 2024, n. 1, p. 4.

è condizione necessaria l'assenza di pene contrarie al senso di umanità; così come, non può esservi pena senza finalità rieducativa. La stessa giurisprudenza costituzionale ha affermato che la norma in esame deve essere letta nella sua integrità, nel senso, cioè, che le due proposizioni in essa contenute si trovano in un «contesto chiaramente unitario» e «non dissociabile», in quanto «congiunte [...] perché logicamente in funzione l'una dell'altra»⁵⁵. Così ricostruita, emerge il «vero significato della norma»: la rieducazione del condannato rimane inserita nel trattamento penale vero e proprio, laddove con la proposizione «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» il costituente ha voluto mirare ad impedire che l'afflittività (della pena) superi il limite oltre il quale, appunto, si pone in contrasto con il senso di umanità⁵⁶. Ne consegue, come affermato da attenta dottrina, che la rieducazione è «l'essenza della pena»⁵⁷.

In conclusione, dopo aver individuato i principi che permettono di parlare, circa le sue modalità, di «volto costituzionale della pena»⁵⁸ – principio di umanizzazione, divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e finalità rieducativa della pena – è possibile concludere nel senso che tali principi rappresentano punti fermi non soltanto in ordine alla libertà personale, bensì in ordine a tutti i diritti fondamentali riconosciuti alle persone detenute⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12, secondo cui, infatti, da un lato «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza». Si v. anche Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.; più di recente, Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279. Per la dottrina, si v. A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 151; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., p. 43 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12, cit. Più recentemente, la Consulta arriva a considerare il principio rieducativo patrimonio della cultura giuridica, il quale non può essere confinato al solo momento dell'esecuzione, si v. Corte cost. 26 giugno 1990, n. 313, cit.

⁵⁷ Così, G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 198.

⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., p. 1 ss.

⁵⁹ Così anche A. MENGhini, *Carcere e costituzione*, cit., p. 3.

4. Il principio di umanizzazione nel contesto internazionale: in generale

Il principio di umanizzazione della pena assume un ruolo centrale anche a livello sovranazionale, grazie alle fonti in materia di diritti della persona detenuta rappresentate da trattati e da numerose convenzioni internazionali.

Punto di partenza, nonché primo documento a sancire i diritti che spettano universalmente alla persona umana, è stato la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁶⁰: in particolare, l'art. 3 afferma che ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sua sicurezza; l'art. 5 pone il divieto di sottoporre qualsiasi soggetto a tortura o a trattamento o punizione crudeli, inumani e degradanti; l'art. 9, infine, stabilisce che nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato. Successivamente, il Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶¹ prevede all'art. 10 comma 1 che ogni individuo privato della propria libertà ha il diritto di «essere trattato con umanità» e «col rispetto della dignità inerente alla persona umana», per proseguire poi al comma 3 che il trattamento dei detenuti deve avere come «fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale». Più di recente, ancora, le Regole minime per il trattamento dei detenuti (d'ora in poi citate come Regole Onu)⁶² fissano una serie di principi fondamentali di civiltà e rispetto della dignità della persona umana detenuta che ogni Stato membro dovrebbe rispettare; o meglio, si raccomanda a tutti gli Stati membri di adoperarsi affinché nelle rispettive strutture carcerarie si assicurino condizioni di vita di livello non inferiori a quelle previste nelle Regole Onu. Significativo è l'art. 1 che si apre con l'enunciazione espressa del divieto assoluto della tortura e dei trattamenti

⁶⁰ Approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a New York, il 10 dicembre 1948.

⁶¹ Adottato sempre dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a New York, il 16 dicembre 1966, e divenuto esecutivo in Italia a seguito della ratifica con L. 25 ottobre 1997, n. 881.

⁶² Approvate in seno al primo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e sul trattamento degli autori di reati tenutosi a Genova nel 1955; nel dicembre 2015 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ne ha approvato la revisione e le ha divulgate come “*Nelson Mandela rules*”.

inumani o degradanti. Sulla scia di tale divieto, l'art. 3, dopo aver riconosciuto l'afflittività insita nella detenzione per il semplice fatto di «sottrarre [alla persona detenuta] la libertà di autodeterminazione attraverso la privazione della libertà personale», afferma che compito dell'amministrazione penitenziaria è quello di non aggravare ulteriormente tale sofferenza con un trattamento lesivo della dignità della persona.

In seno all'Unione europea, invece, sul processo di umanizzazione⁶³ delle condizioni detentive hanno inciso particolarmente due Convenzioni, maturate in seno al Consiglio d'Europa: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁴ (d'ora in poi citata come Cedu), e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti⁶⁵. In entrambe le Convenzioni sono stati previsti due organismi di controllo idonei a sanzionare gli Stati inadempienti: rispettivamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi citata come Corte edu) e il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. La prima è un organo giurisdizionale a cui può rivolgersi il singolo per lamentare la lesione di uno dei diritti convenzionali da parte di uno Stato membro, la quale però può essere adita solo dopo che siano state esaurite le vie di ricorso interno. Il Comitato per la prevenzione della tortura, invece, definito come «lo strumento esecutivo della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei

⁶³ Così, F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. DELLA CASA - G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, p.7.

⁶⁴ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la L. 4 agosto 1955, n. 848, e integrata nel tempo da una serie di Protocolli destinati a disciplinare aspetti particolari.

⁶⁵ La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti è stata adottata a Strasburgo il 26 novembre 1987 e ratificata dall'Italia con la L. 2 gennaio 1989, n. 7.

trattamenti disumani e degradanti»⁶⁶, svolge un controllo preventivo in quanto la sua attività principale è quella di compiere visite di tipo ispettivo nei luoghi – in generale, in qualunque luogo di detenzione – in cui si trovano individui privati della libertà personale, al fine di consolidare l’attuazione del divieto di cui all’art. 3 Cedu.

La materia penitenziaria è, inoltre, specificamente oggetto di diverse Risoluzioni e Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa⁶⁷: alcune di esse riguardano, in generale, i profili organizzativi degli istituti carcerari⁶⁸; altre, invece, anche aspetti specifici dell’esecuzione penitenziaria⁶⁹. Alla base delle Regole penitenziarie europee⁷⁰, con le quali si è raccomandato agli Stati membri, similmente alle Regole Onu, di adoperarsi affinché nelle rispettive strutture carcerarie vengano assicurate condizioni di vita non inferiori a quelle risultanti dalle direttive stesse, vi sono due principi funzionali a garantire lo scopo della detenzione: da un lato, il principio della conservazione della titolarità dei diritti in capo ai soggetti *in vinculis*, e, dall’altro, il principio secondo cui la

⁶⁶ Così, L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, in *Rass. pen. e crim.*, 2003, n. 1-2, p. 309.

⁶⁷ Cfr. S. BUZZELLI - O. MAZZA, *Codice di procedura penale europea*, Milano, 2005. Si tenga presente come le Raccomandazioni abbiano carattere non vincolante per gli Stati membri, così che per tale motivo vengono considerate fonti di *soft law*.

⁶⁸ Il riferimento è alle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* adottate in allegato alla Risoluzione (73)5. Tali direttive sono state successivamente oggetto di modifica nel 1987 e denominate *Regole penitenziarie europee*, riformulate ancora nel 2006 e, da ultimo, nel 2020; quest’ultima versione, da un lato, dedica maggiore attenzione alla condizione detentiva delle donne e degli stranieri, dall’altro, tende a rafforzare la posizione dei detenuti sottoposti a speciali misure di sicurezza e, in particolare, di quelli sottoposti ad isolamento. Si v. F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, cit., p. 6.

⁶⁹ Cfr., tra le più recenti, Racc. (2018)5 concernente la tutela dei diritti dei figli delle persone detenute – di cui si dirà in maniera approfondita in seguito; Racc. (2017)3, sulle sanzioni e misure di comunità; Racc. (2014)3, relativa ai condannati pericolosi.

⁷⁰ Tali Regole rappresentano un importante punto di riferimento per la giurisprudenza della Corte europea in materia di diritti dei detenuti; anche la Corte costituzionale ha, nel tempo, iniziato a farvi sempre più riferimento. Cfr. Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143, cit., dove, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 41-bis comma 2-*quater* lett. b) ult. per. o.p., la Corte richiama, insieme alla giurisprudenza di Strasburgo, anche gli artt. 23 e 98 delle Regole penitenziarie europee. In dottrina, M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., p. 2180, ritiene come le Regole penitenziarie europee, anche se considerate di *soft law*, svolgano in realtà «un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ai fini della concretizzazione dei parametri convenzionali impiegati nella soluzione delle questioni riguardanti i diritti dei detenuti».

vita in carcere deve essere, pur nei limiti insiti della struttura, il più possibile vicina a quella che il soggetto detenuto vivrebbe se si trovasse in stato di libertà⁷¹. Tali regole, quindi, rafforzano e valorizzano il principio di umanizzazione della pena⁷², che ruota attorno al rispetto della dignità umana e si concretizza nel divieto di torture e pene o trattamenti inumani o degradanti. Anche le Regole penitenziarie europee, come le Regole ONU, stabiliscono che, poiché già *in re ipsa* la privazione della libertà rappresenta una sofferenza per il soggetto detenuto, il trattamento penitenziario non deve ulteriormente aggravare tale patimento.

Infine, sul punto, sempre nel contesto europeo, va ricordata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi citata come Carta di Nizza)⁷³, la quale si apre con una solenne affermazione della rilevanza giuridica del valore della dignità umana e la definisce come "inviolabile". Per ciò che qui rileva, l'art. 4 proibisce senza esitazione alcuna, e riprendendo letteralmente la previsione di cui all'art. 3 Cedu, la tortura, ma anche le pene e i trattamenti inumani o degradanti: è opportuno sottolineare come la collocazione sistematica dell'art. 4 Carta di Nizza all'interno del capo I dedicato alla dignità umana faccia emergere, in maniera diretta, il collegamento tra il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti con il rispetto e la tutela della dignità umana. Ancora, l'art. 7 prevede che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria

⁷¹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016, p. 312.

⁷² Tale principio è espresso nella regola 72.1 laddove si prevede «*Prisons shall be managed within an ethical context which recognises the obligation to treat all prisoners with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person*» («Gli istituti penitenziari devono essere gestiti in un contesto etico che sottolinei l'obbligo di trattare tutti i detenuti con umanità e di rispettare la dignità inerente ad ogni essere umano»).

⁷³ Approvata una prima volta a Nizza nel dicembre del 2000 dal Consiglio europeo, e contenente l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia di rispetto dei diritti fondamentali, la Carta dei diritti fondamentali all'inizio si presentava sostanzialmente priva di valore vincolante e le sue norme fungevano da ausilio all'interpretazione della Cedu. È solo successivamente, nel 2007 che il Trattato di Lisbona eleva la Carta di Nizza a diritto primario dell'Unione europea e le conferisce lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6.1 TUE): ora la Carta rappresenta il vero catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione.

vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni», riprendendo anche in questo caso l'art. 8 Cedu. Per quanto riguarda, invece, le disposizioni sulla giustizia, l'art. 47 sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, l'art. 48 afferma il principio di innocenza dell'imputato «fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata», e infine l'art. 49 il principio di proporzionalità tra la pena inflitta e il reato. Come si può notare, la Carta di Nizza riproduce letteralmente alcune previsioni contenute nella Cedu: a tal proposito, l'art. 52 comma 3 Carta di Nizza fissa un principio di equivalenza, in quanto stabilisce che ove la Carta contenga «diritti corrispondenti» a quelli garantiti dalla Cedu, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», senza però che questo precluda che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa di quella convenzionale.

5. La Convenzione europea e il contributo della giurisprudenza di Strasburgo: in particolare, l'art. 3 CEDU

Nell'individuare le norme della Cedu che tutelano la persona detenuta da una indebita ingerenza statale, e prima di soffermare l'attenzione sull'art. 3, è possibile ricavare dall'intero sistema una serie di norme che, pur riguardanti la generalità degli individui, sono riferibili anche ai detenuti: l'art. 5 garantisce a ciascuno individuo il diritto alla libertà e alla sicurezza, prevedendo tuttavia ipotesi tassative di privazione della libertà a condizione che essa avvenga nei modi e nei casi indicati dalla stessa Convenzione; l'art. 8 tutela il rispetto della libertà privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza; ancora, gli artt. 9 e 10 tutelano la libertà di pensiero, di religione e di espressione; infine, l'art. 13 riconosce, a chiunque abbia subito la violazione di un diritto sancito dalla

Convenzione, il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale. Muovendo proprio dall'art. 5 Cedu, è possibile asserire che la privazione della libertà personale, se avviene in presenza dei presupposti di legge, non è di per sé illegittima. Ciò che, invece, potrebbe porsi in contrasto con i principi sanciti nella Convenzione è il trattamento cui viene sottoposto il soggetto privato – legittimamente – della libertà personale⁷⁴. In quest'ultimo caso, in particolare, i diritti che più di tutti sono soggetti a violazione sono il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti, *ex art. 3 Cedu*, e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, *ex art. 8 Cedu*.

Per quanto riguarda l'art. 3 Cedu⁷⁵ esso riconosce un diritto assoluto a non essere sottoposti a torture o, in generale, a pene o trattamenti inumani o degradanti, diritto che non è suscettibile di deroga, né in caso di guerra o di un pericolo pubblico per la nazione (art. 15 Cedu), né in caso di fenomeni di terrorismo o di associazione a delinquere; gode quindi di protezione assoluta⁷⁶. Considerato che la norma non offre le definizioni di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti⁷⁷, la giurisprudenza di Strasburgo, attraverso una interpretazione largamente estensiva, ha chiarito che le violazioni da ricondurre nell'alveo dell'art. 3 devono avere un livello minimo di gravità da individuare caso per caso e relativo alla durata della violazione, alle conseguenze fisiche e psichiche prodotte, all'età e allo stato di salute del soggetto⁷⁸. In generale, è possibile indicare come

⁷⁴ In questi termini, V. GREVI, (voce) *Libertà personale*, cit., par. 10; più di recente, A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., p. 209 ss.

⁷⁵ L'art. 3 Cedu dispone che «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

⁷⁶ Così F. CASSIBBA – A. COLELLA, *sub art. 3*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 77 ss.

⁷⁷ Durante i lavori preparatori della norma si decise di non procedere ad una definizione precisa e puntuale grazie all'intervento del rappresentante francese, il quale sostenne che elencare delle fattispecie puntuali di tortura e pene o trattamenti disumani avrebbe significato, in futuro, escludere altre possibili forme dall'ambito di applicazione dell'art. 3. Cfr. S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, p. 67.

⁷⁸ Cfr. Corte edu, 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito, ricorso n. 5310/71. Si v. in tal senso, S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 3*, in *Commentario breve*, cit., p. 68.

tratti caratterizzanti la tortura la rilevante gravità della sofferenza inflitta e lo scopo specifico cui l'uso della violenza o della minaccia è rivolta (si pensi, ad esempio, per ottenere informazioni, estorcere confessioni)⁷⁹. La nozione di pene o trattamenti inumani si riferisce, invece, a condotte che si caratterizzano per l'inflizione di una sofferenza, fisica o psichica, di particolare intensità; mentre, con l'aggettivo degradante si vuole fare riferimento ad elementi di natura emotiva. In particolare, l'elemento peculiare del trattamento degradante non è il grado di sofferenza inflitta – che, come si può notare, accomuna e allo stesso tempo distingue la tortura e la pena o il trattamento disumano –, bensì l'umiliazione o lo svilimento arrecati alla vittima. Il maltrattamento, quindi, per essere ricondotto al profilo del trattamento degradante non deve, necessariamente, tradursi in una lesione corporale ovvero in una intensa sofferenza fisica o psicologica; come ha ben chiarito la Corte edu, il trattamento si considera degradante quando si traduce in condotte umilianti per il soggetto detenuto, tali da ledere la sua dignità e tali da provocargli sentimenti di paura e angoscia⁸⁰.

Grazie all'opera interpretativa della giurisprudenza di Strasburgo, l'ambito di operatività dell'art. 3 si è notevolmente ampliato tanto da poter parlare di principio cd. di umanizzazione della pena⁸¹ anche a livello sovranazionale. Infatti, a prescindere dai maltrattamenti fisici o psichici volontariamente inflitti, la Corte ritiene operante il divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti in tutte quelle ipotesi in cui, di fatto, le condizioni della detenzione risultano essere lesive della dignità umana⁸².

⁷⁹ Cfr. A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., p. 212

⁸⁰ Cfr. Corte edu, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia, ricorso n. 7334/13 in cui si legge che, affinché si rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu, la sofferenza e l'umiliazione devono in ogni caso superare l'inevitabile elemento di sofferenza e umiliazione inerente alla detenzione e lo Stato, da parte sua, deve fare in modo che le condizioni di detenzione siano compatibili col rispetto della dignità umana. Per una definizione più completa di cosa intendere per trattamento degradante, si v. Corte edu, 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, ricorso n. 54810/00.

⁸¹ Per la definizione di tale principio si rimanda *supra*.

⁸² Si v., in argomento, Corte edu, 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, ricorso n. 30210/96

Dalla lettura della norma è possibile desumere direttamente obblighi negativi di astensione e indirettamente obblighi positivi di protezione da condotte lesive dell'art. 3, sia quando queste siano commesse da privati, sia se poste in essere dallo Stato – in quest'ultimo caso e per ciò che qui interessa, dall'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti detenuti⁸³. Secondo la Corte edu, infatti, in capo all'Amministrazione penitenziaria grava un obbligo positivo di *facere*⁸⁴, che si traduce nell'adoperarsi ad assumere tutte le misure necessarie alla salvaguardia – quindi, compatibili con il rispetto – della dignità della persona *in vinculis* e accertarsi che le modalità di esecuzione della pena non siano tali da generare nel soggetto un'afflittività maggiore rispetto a quella già insita nella detenzione⁸⁵.

In conclusione, perché le condizioni di detenzione si traducano in una violazione dell'art. 3 Cedu, queste devono superare l'afflittività insita in qualsiasi forma di privazione della libertà personale. Oltrepassano tale afflittività tutte le violazioni riferibili a situazioni di carattere oggettivo, quali, a titolo esemplificativo, il sovraffollamento⁸⁶, le

⁸³ Così F. CASSIBBA – A. COLELLA, *sub art 3.*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 78.

⁸⁴ In questi termini, A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., p. 212.

⁸⁵ Cfr. Corte edu, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ricorso n. 22635/03, in cui, a causa di una situazione di sovraffollamento, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 3, con conseguente condanna per l'Italia, per il fatto che il ricorrente, detenuto presso il carcere di Rebibbia, avesse avuto a disposizione (per un periodo di detenzione) un spazio vitale di soli 2,70 m² in quanto condivideva la camera detentiva di 16,20 m² con altre sei persone, ritenendo invece i giudici europei lo spazio vitale minimo di 3 m². La Corte – pur precisando la sua impossibilità a quantificare in modo preciso lo spazio minimo vitale che deve essere riconosciuto al detenuto, in quanto esso è dipendente da molteplici fattori (quali ad es. la durata della privazione della libertà, le condizioni fisiche e psichiche della persona detenuta, nonché la possibilità di accedere a passeggiate all'aria aperta) – sottolinea come uno spazio personale al di sotto dei 3 m² costituisca da solo un trattamento inumano e degradante.; già, Corte edu, 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, cit.; successivamente, Corte edu, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia, cit.

⁸⁶ Si v., per tutte, Corte edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, ricorso n. 43517/09, relativa alla situazione di radicato sovraffollamento delle carceri italiane con la quale i giudici di Strasburgo tornano, a distanza di pochi anni, a condannare nuovamente l'Italia per violazione dell'art. 3. Con questa pronuncia la Corte edu ha intimato lo stato italiano a introdurre, nel termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte». Così, il legislatore italiano, con l'art. 1 comma 1 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. L. 11 agosto 2014, n. 117, ha introdotto l'art. 35-ter o.p. che disciplina il rimedio risarcitorio conseguente alla violazione dell'art. 3 Cedu; per un approfondimento, F. CASSIBBA – A. COLELLA, *sub art. 3.*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 96 ss.

carenze igienico-sanitarie, la mancanza di illuminazione e di areazione; ma anche violazioni riferibili a situazioni soggettive, quali, ad esempio, la sottoposizione a particolari regimi e circuiti (si pensi, ad esempio, all'art. 41 *bis* comma 2 o.p.)⁸⁷.

5.1. (segue) l'art. 8 CEDU

L'art. 8 comma 1 Cedu⁸⁸ tutela, in generale, il rispetto dell'autonomia personale individuando, in particolare, quattro sfere principali⁸⁹: la vita privata e familiare, il domicilio e la corrispondenza. Tuttavia, al comma successivo ammette un'ingerenza della pubblica autorità solo quando sia prevista dalla legge e purché rappresenti una misura necessaria per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati. Anche in questo caso, come per l'art. 3 Cedu, l'ambito di tutela della norma si è progressivamente ampliato, grazie all'interpretazione evolutiva dei giudici di Strasburgo.

Circa la nozione di vita privata, questa è molto ampia e provare ad offrirne una definizione esaustiva è quasi impossibile. In linea generale, tale nozione concerne l'onore e la reputazione, così come l'integrità fisica e morale dell'individuo. Ancora, comprende l'identità sociale dell'individuo, da intendersi tanto come diritto allo sviluppo personale, quanto diritto di instaurare e mantenere rapporti con altri individui, quindi diritto alle relazioni sociali⁹⁰. Per ciò che riguarda la definizione di vita familiare, non viene fatta distinzione tra famiglia naturale, legittima o di fatto. In generale, attenta dottrina ha

In generale sul sovraffollamento, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., p. 40, sostiene come il sovraffollamento sia esso stesso un problema di legalità della pena.

⁸⁷ Per un approfondimento sull'argomento, cfr. E. NICOSIA, *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 6, p. 749 ss.

⁸⁸ Recita così: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza".

⁸⁹ Cfr. S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, p. 298.

⁹⁰ Cfr. Corte edu, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02.

evidenziato che rileva «la situazione concreta dell'«essere famiglia»»⁹¹, che si realizza con un rapporto di parentela ed effettività del legame ovvero «apparenza» di famiglia nei confronti dei terzi⁹². Infine, per domicilio si intende il luogo in cui il soggetto vive e svolge la sua vita privata e familiare, compresi anche i luoghi in cui pratica la propria attività lavorativa e professionale; mentre, il diritto alla corrispondenza riguarda qualsiasi forma di comunicazione privata, sia essa scritta oppure orale, destinata ad una sola persona – laddove, invece, la comunicazione rivolta ad una pluralità di interlocutori è oggetto di tutela da parte dell'art. 10 Cedu.

Per ciò che qui rileva, la persona *in vinculis* continua a godere del diritto garantito dall'art. 8 Cedu anche se lo stato detentivo, di per sé, comporta restrizioni sia rispetto alla vita privata e familiare, sia rispetto al mantenimento dei contatti con il mondo esterno⁹³. Ogni tipo di ingerenza nel suo godimento deve essere giustificata da una base legale e dalla necessità e urgenza. Nell'analisi circa la conformità alla norma in esame dell'incisività delle restrizioni, di cui è destinatario il soggetto detenuto, è quindi necessario procedere ad una valutazione del singolo caso concreto, alla luce delle circostanze particolari connesse alla fase delle indagini o al tipo di reato (si pensi ai reati di stampo mafioso⁹⁴, quindi al regime detentivo speciale di cui *infra*). Nel momento in cui si sottopone il soggetto a restrizioni della libertà personale si deve tenere conto, in considerazione anche del suo reinserimento sociale una volta espiata la pena⁹⁵, dell'importanza per lo stesso del mantenimento dei contatti con il mondo esterno, siano

⁹¹ In questi termini, M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *sub art. 8*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 330.

⁹² Cfr. S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve*, cit., p. 302.

⁹³ Cfr. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n.2), ricorso n. 25498/94.

⁹⁴ Cfr. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), cit.

⁹⁵ Per il reinserimento quale scopo del concetto di rieducazione *ex art. 27* comma 3 Cost., si rinvia *supra*.

essi con i prossimi congiunti o altri familiari, ovvero con terzi «facenti parte della cerchia delle relazioni sociali tutelate dal diritto alla vita privata»⁹⁶.

Come anticipato, l'art. 8 tutela, *inter alia*, l'integrità psicofisica del soggetto, sia esso detenuto o meno; ben si può cogliere, quindi, una sovrapposizione con la tutela oggetto dell'art. 3 Cedu. Alla luce di tale considerazione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le condizioni di detenzione che incidono sull'integrità psicofisica dell'individuo, senza però varcare la soglia minima di gravità necessaria per aversi violazione dell'art. 3, possono ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu⁹⁷.

Particolarmente ampia è la casistica dei diritti che devono essere riconosciuti ai soggetti in stato detentivo. In primo luogo, la persona detenuta ha diritto al mantenimento dei rapporti familiari, i quali vanno costantemente promossi; le restrizioni con la famiglia devono considerarsi come una pericolosa ingerenza nella vita familiare⁹⁸. I provvedimenti dell'autorità che limitano la frequenza o disciplinano restrittivamente le modalità – si pensi alle limitazioni previste in ordine al regime detentivo speciale – dei colloqui con i familiari, o altre persone, possono rappresentare un'ingerenza nel diritto di cui all'art. 8 Cedu⁹⁹. Tuttavia, eventuali restrizioni possono trovare giustificazione alla luce di esigenze di difesa e ordine della sicurezza pubblica¹⁰⁰. Circa le modalità dei colloqui, l'imposizione di una separazione fisica, ad esempio mediante l'utilizzo del vetro divisorio¹⁰¹, tra la persona detenuta e il visitatore può essere giustificata da esigenze di

⁹⁶ Cfr. S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve*, cit., p. 358 ss.

⁹⁷ Si v. S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve*, cit., p. 359. Più di recente, M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *sub art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit.

⁹⁸ Cfr. M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *sub art. 8*, cit., in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, p. 333.

⁹⁹ Cfr. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), cit. In tal senso anche S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve*, cit., p. 359.

¹⁰⁰ Cfr. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n. 2), cit..

¹⁰¹ Su cui si dirà nel prosieguo dell'elaborato.

sicurezza¹⁰² che devono essere nel concreto valutate e motivate. Infine, anche in ambito penitenziario va garantito il diritto alla corrispondenza e l'art. 8 pone in capo all'autorità un obbligo positivo di fare, cioè di fornire il materiale necessario ai fini epistolari. Il diritto alla corrispondenza della persona privata della libertà è soggetto soltanto ai limiti derivanti dalle esigenze dello stato detentivo¹⁰³: il legislatore interno deve prevedere, con chiarezza, i casi e le modalità del controllo¹⁰⁴, poiché eventuali restrizioni poste in essere in violazione delle ipotesi previste dalla legge comportano la violazione del principio di legalità.

5.2. La Corte di Strasburgo e il regime detentivo di rigore in Italia

Come già accennato, oggetto della trattazione sarà l'art. 41-*bis* comma 2 o.p., in particolare ci si soffermerà sull'incidenza che tale regime ha sui rapporti familiari alla luce delle limitazioni ai colloqui derivanti dal comma 2 *quater* lett. b). In linea generale, è possibile qui dire che l'art. 41-*bis* comma 2 o.p. disciplina un regime detentivo speciale, per gli appartenenti alla criminalità organizzata di stampo mafioso (e terroristico), che comporta la sospensione delle regole trattamentali che possano porsi in contrasto con le

¹⁰² Cfr. Corte edu, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, ricorso n. 50901/99.

¹⁰³ Così G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, Principi generali*, vol. I, Milano, 2023, p. 251; anche M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *sub art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 333.

¹⁰⁴ Significative per tutte, Corte Edu, 15 novembre 1996, Domenichini c. Italia, ricorso n. 15943/90; Corte Edu 15 novembre 1996, Calogero Diana c. Italia, ricorso n. 15211/89. A partire da tali pronunce, la Corte edu ha censurato più volte l'art. 18 o.p. per il mancato rispetto del principio di legalità, in quanto tale articolo non disciplinava, nella sua formulazione originaria, né la durata della limitazione, né le ragioni che potessero giustificarla. Così, a seguito di tali pronunce di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, con L. 8 aprile 2004, n. 95, è stato introdotto l'art. 18-*ter* o.p. che ora delimita l'esercizio dei poteri di controllo dell'autorità. In tema, si v. M. BONETTI, *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, n. 3, p. 846. Tuttavia, anche dopo l'entrata in vigore di tale riforma, non sono mancate condanne dell'Italia con riferimento al controllo illegittimo sulla corrispondenza tra il detenuto e il proprio difensore, la Corte edu, i membri del Parlamento, e altri: si v., in particolare, Corte edu, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, ricorso n. 24424/03, nella quale i giudici europei hanno ravvisato la violazione dell'art. 8 Cedu in quanto, nonostante l'introduzione dell'art. 18-*ter* o.p., il ricorrente aveva subito l'apertura di una lettera inviata al suo difensore che lo rappresentava davanti alla Corte europea. Per un approfondimento, S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *sub art. 8*, in *Commentario breve*, cit., p. 361; ancora, cfr. E. NICOSIA, *Cedu e ordinamento penitenziario*, cit., p. 753.

esigenze di ordine e sicurezza. Tale regime, quindi, si traduce in una forte compressione dei momenti di contatto sia tra i detenuti stessi (poiché questi ultimi si trovano ristretti in sezioni dedicate degli istituti penitenziari e si vedono limitare i momenti di socialità a gruppi di massimo quattro persone), sia con il mondo esterno (mediante limitazioni ai colloqui, anche telefonici, con i familiari e la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con membri del Parlamento, con autorità giudiziarie nazionali e sovranazionali).

La Corte europea dei diritti dell'uomo, considerato che «quanto più severe sono le condizioni di detenzione, tanto maggiore è il rischio di una compressione illegittima dei diritti dei detenuti»¹⁰⁵ ha affrontato diverse volte la questione della compatibilità dei regimi detentivi di rigore – nel caso dell'Italia appunto il regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. – con i principi convenzionali. In particolare, gli aspetti sui quali maggiormente è stata chiamata a pronunciarsi sono rappresentati dalla conformità o meno del regime detentivo *in peius* rispetto agli artt. 3 e 8 Cedu, per quanto riguarda rispettivamente la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti e la violazione del rispetto della vita privata e familiare e della libertà di comunicazione; ma è stata chiamata a pronunciarsi anche con riferimento agli artt. 6 e 13 Cedu, rispetto all'effettività di un sistema di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di applicazione e proroga del regime. In generale, la Corte definisce i regimi detentivi di rigore “*imprisonment within the prison*”, e, consapevole delle gravi compressioni dei diritti fondamentali della persona detenuta che derivano dalla loro applicazione, ritiene che tali regimi possano essere applicati, come anche stabilito dall'art 53.1 delle Regole penitenziarie europee¹⁰⁶, soltanto «dopo aver

¹⁰⁵ Così A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 314.

¹⁰⁶ La Regola 53.1 afferma: «il ricorso a misure di alta sicurezza o di protezione è autorizzato soltanto in circostanze eccezionali».

preso tutte le precauzioni necessarie ad evitare che producano effetti deleteri sulla integrità fisica e psichica del detenuto»¹⁰⁷.

Per ciò che in questa sede interessa, è opportuno sottolineare come la Corte non abbia escluso, in via generale e astratta, la compatibilità del regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p. con l'art. 3 Cedu, poiché ritenuto dagli stessi giudici di Strasburgo legittimo qualora necessario per il soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza pubblica e sempreché sia, in ogni caso, rispettata la dignità della persona detenuta¹⁰⁸. La Corte di Strasburgo si è espressa in maniera chiara circa la natura del regime in esame, osservando, in termini di legittimità, come si tratti di un modello di regime dalle finalità preventive, e non punitive, in quanto teso a interrompere i contatti tra le persone detenute e le loro reti criminali¹⁰⁹. Inoltre, la Corte esclude che l'insieme delle restrizioni in cui tale regime si concretizza, rappresenti una forma di isolamento sociale e sensoriale assoluto, ma lo considera piuttosto relativo¹¹⁰, in quanto i soggetti destinatari della misura continuano ad avere colloqui con i propri familiari – seppure, come vedremo in seguito, in misura inferiore rispetto alla disciplina ordinaria – e possono avere quotidianamente incontri sociali con un gruppo, anch'esso limitato, di detenuti. Sotto questo angolo visuale, quindi, il regime detentivo di rigore «non costituisce un trattamento di per sé inumano o degradante vietato dall'art. 3 Cedu».

Chiamata a pronunciarsi anche sulla possibile violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. per lunghi periodi

¹⁰⁷ Così A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 319.

¹⁰⁸ Cfr. in tal senso, *ex multis*, Corte edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, ricorso n. 55080/13; Corte edu, 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, ricorso n. 56317/00.

¹⁰⁹ Cfr. in tal senso Corte edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit.; più di recente, Corte edu, 10 aprile 2025, Morabito c. Italia, ricorso n. 4953/22.

¹¹⁰ In tal senso, si v. E. NICOSIA, *Cedu e ordinamento penitenziario*, cit., p. 751, da cui è tratta anche l'espressione successiva.

di tempo, la Corte, nel riconoscere in generale che l'applicazione prolungata di alcune restrizioni possa configurare un trattamento inumano e degradante ai sensi della Convenzione, chiarisce tuttavia che, rispetto al regime in esame, non è possibile valutare e indicare *a priori* quale sia il momento a partire dal quale si raggiunga la soglia minima di gravità necessaria per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 Cedu, in quanto la durata e la eventuale relativa violazione vanno esaminate in riferimento alle circostanze del caso concreto (condizioni di salute, pericolosità sociale, etc.)¹¹¹. Tuttavia, non sono mancate condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla scelta di proroga del regime in esame¹¹² nonostante le severe condizioni di salute della persona detenuta. In particolare, nel caso Provenzano, la Corte ricorda come il rispetto della dignità umana rappresenti l'essenza stessa della Convenzione e aggiunge «che sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, applicate dalle autorità penitenziarie a loro discrezione, senza fornire motivi sufficienti e pertinenti basati su una valutazione personalizzata della necessità, compromette la sua dignità umana e comporta la violazione del diritto di cui all'articolo 3»¹¹³. Nel caso in esame, la violazione riscontrata dalla Corte riguarda esclusivamente l'obbligo procedurale dello Stato di fornire in concreto i presupposti in base ai quali l'applicazione, in questo caso proroga, del regime differenziato di cui all'art. 41-bis comma 2 o.p. possa considerarsi compatibile alla luce del parametro convenzionale. In altre parole, la Corte di Strasburgo da un lato esclude ancora una volta la violazione dell'art. 3 Cedu sotto il profilo della compatibilità del

¹¹¹ Così a partire dal *leading case* Corte edu, 18 maggio 1998, Natoli c. Italia, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 321 ss., con nota di G. LA GRECA, *Diritti dell'uomo e regime dell'art. 41 bis ord. pen.*; Corte edu, 11 luglio 2006, Campisi c. Italia, ricorso n. 24358/02; Corte edu, 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, cit.; C. edu, 17 novembre 2009, Enea c. Italia, ricorso n. 74912/01.

¹¹² In tal senso, da ultimo, Corte edu, 10 aprile 2025, Morabito c. Italia, cit.; prima, Corte edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit.

¹¹³ Così Corte edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 400, con nota di R. MAGI, *L'incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*.

regime detentivo *in peius* con la Convenzione; dall'altro, invece, rileva la violazione da parte dello Stato italiano per non aver dato alcuna prova di apprezzamento concreto, in sede di proroga del regime, delle condizioni di salute del ricorrente e della loro «comparazione con le finalità della misura»¹¹⁴. Infatti, dice la Corte «quando è stata prorogata l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis*, non soltanto la dichiarazione dei motivi che militavano a favore della proroga avrebbe dovuto essere maggiormente particolareggiata e convincente, ma si sarebbe dovuto tener conto dell'evoluzione del deterioramento cognitivo del ricorrente» e aggiunge che «il limitato spazio concesso a tali circostanze e l'assenza di una esplicita valutazione rendono difficile [per la Corte] accertare in quale modo e misura siano state ponderate tali circostanze nel valutare se prorogare le restrizioni»¹¹⁵. Alla luce di queste considerazioni i giudici di Strasburgo hanno concluso che nelle motivazioni del decreto di proroga non vi fossero elementi sufficienti a dimostrare che vi fosse stata una effettiva e adeguata rivalutazione relativa ai cambiamenti della situazione del ricorrente, e giungono a ritenere integrata la violazione dell'art. 3 Cedu.

Solo in un caso la Corte ha dovuto affrontare il problema dalla compatibilità dell'art. 41-*bis* o.p. con l'art. 3 Cedu sotto l'angolo visuale dei maltrattamenti fisici¹¹⁶, con conseguente condanna dell'Italia. In realtà, anche in questa ipotesi, la condanna è

¹¹⁴ Così, R. MAGI, *op. ult. cit.*, p. 405.

¹¹⁵ Così Corte edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, cit., § 156.

¹¹⁶ Cfr. Corte edu, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, ricorso n. 26772/95. Per comprendere appieno la pronuncia e sottolineare come rappresenti un *unicum* nella giurisprudenza europea sul tema, è necessario inquadrare storicamente il fatto: all'indomani degli attentati in cui hanno perso la vita i giudici Falcone e Borsellino e gli uomini e le donne delle loro scorte, i detenuti sottoposti al regime *in peius* sono stati tradotti nell'istituto penitenziario dell'isola di Pianosa dove sono stati registrati i presunti maltrattamenti lamentati dal Labita. Per una ricostruzione più approfondita, si v. C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. pen. crim.*, 2004, n. 3, pp. 198-199.

stata sotto il «profilo procedurale»¹¹⁷, nel senso che le autorità italiane, pur in presenza di sospetti verosimili che il ricorrente fosse stato sottoposto a maltrattamenti fisici da parte del personale di polizia penitenziaria, avevano violato l'obbligo procedurale di svolgere un'effettiva ed accurata indagine.

Per quanto riguarda, invece, le singole limitazioni, come detto in precedenza l'art. 41-*bis* comma 2 *quater* o.p. prevede, tra le altre, forti limitazioni ai colloqui con i familiari e la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza. La Corte di Strasburgo è stata più volte investita della questione circa la compatibilità del regime in esame con l'art. 8 Cedu, e, anche in questa occasione, ha ribadito come tali limitazioni, poiché finalizzate a recidere i legami tra la persona detenuta e l'organizzazione criminale di appartenenza all'esterno – anche in considerazione dell'accertato ricorso agli incontri con i familiari come momento di trasmissione di flussi di comunicazioni all'esterno dell'istituto penitenziario – siano necessarie e di per sé non incompatibili con la Convenzione¹¹⁸. In particolare, la Corte ha chiarito che tali restrizioni sono conformi all'art. 8 comma 2 Cedu in base al quale il diritto al rispetto della vita privata e familiare può arretrare quando ciò risulti necessario per esigenze di difesa e sicurezza dell'ordine pubblico¹¹⁹. In relazione, invece, alla corrispondenza, da ultimo, la Corte ha condannato l'Italia per aver limitato, in assenza di adeguata motivazione, il diritto della persona detenuta *ex art. 41-bis* o.p. ad

¹¹⁷ In questo senso A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 317. La Corte europea non ha escluso la sussistenza dei fatti, tuttavia secondo la maggioranza dei giudici gli elementi raccolti non consentivano di stabilire con certezza che il ricorrente fosse stato sottoposto a maltrattamenti fisici sufficientemente gravi da rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 Cedu.

¹¹⁸ Cfr. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n.2), cit., dove la Corte osserva come, già prima dell'introduzione del regime detentivo differenziato, i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata di stampo mafioso fossero in grado di mantenere le loro posizioni all'interno dell'organizzazione e di scambiare informazioni sia con altri detenuti, sia con il mondo esterno. Ancora, *ex multis*, Corte edu, 17 novembre 2009, Ena c. Italia, cit.; Corte edu, 12 gennaio 2010, Molè c. Italia, ricorso n. 24421/03.

¹¹⁹ Si v. Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n.2), cit.

intrattenere una corrispondenza con i familiari¹²⁰. Entrando nel merito, la Corte ha ritenuto violata la Convenzione in quanto la limitazione, in mancanza di una valutazione esplicita circa la necessità di consentire al ricorrente la corrispondenza con i soli familiari stretti, è parsa non adeguata ed eccedente lo scopo perseguito (che si ricorda essere recidere i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza all'esterno).

Infine, oggetto di pronunce della Corte europea è stata anche la previsione, contenuta nell'art. 41-*bis* comma 2-*sexies* o.p., del termine di dieci giorni entro cui il Tribunale di Sorveglianza deve decidere sul reclamo proposto dalla persona detenuta o dal suo difensore avverso il provvedimento applicativo (o di proroga) del regime. In particolare, è stato osservato come l'inosservanza sistematica di tale termine abbia «sensibilmente ridotto l'incidenza del controllo da parte dei tribunali di sorveglianza sul decreto ministeriale di applicazione»¹²¹ del regime e come, aggiunge la Corte, il reclamo davanti al tribunale di sorveglianza «non costituisca un ricorso effettivo relativamente alla doglianza sostenibile del ricorrente di una violazione del diritto al rispetto della sua vita familiare garantito dall'art. 8 Cedu», dando così luogo ad una violazione dell'art. 13 Cedu in base al quale viene sancito il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice nazionale¹²². In seguito alla pronuncia della Corte europea del 2013¹²³ è stato introdotto l'art. 35-*bis* o.p. – sul quale si ritornerà in seguito – che disciplina un reclamo giurisdizionale esperibile davanti al magistrato di sorveglianza, che, per ciò che in questa sede interessa, assume rilievo in relazione ai decreti di applicazione del regime detentivo in esame.

¹²⁰ Cfr. Corte edu, 10 luglio 2025, Gullotti c. Italia, ricorso n. 64753/14.

¹²¹ Così L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 572.

¹²² Così Corte edu, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n.2), cit.

¹²³ Corte edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, cit.

6. Il Comitato per la prevenzione della tortura e le visite in Italia.

Come già accennato, tra le fonti in materia di diritti dei detenuti un ruolo importante è svolto dal Comitato per la prevenzione della tortura (d'ora in avanti citato come CPT), il quale è «diretto a rafforzare con mezzi non giudiziari di natura preventiva la realizzazione del divieto di torture e di trattamenti disumani e degradanti sancito nell'art. 3 Cedu»¹²⁴ e, in concreto, il suo ruolo si esplica nelle visite ai luoghi di detenzione¹²⁵. La Convenzione istitutiva del CPT prevede due tipi di visite, una periodica e una *ad hoc*, cioè richiesta dal caso specifico; dal canto suo, il CPT ha introdotto un terzo tipo di visita volto a verificare i progressi negli istituti oggetto delle precedenti visite. Per quanto riguarda le modalità delle visite, queste vengono svolte da delegazioni composte da almeno due membri del CPT e con l'assistenza di medici ed interpreti, previa notifica al Governo dello Stato interessato, ma senza, ovviamente, indicare la struttura destinataria della visita. Al termine della visita è compito del CPT redigere un rapporto indirizzato al Governo con l'indicazione, ove necessario, di suggerimenti volti a migliorare le condizioni detentive riscontrate.

Nel caso specifico dell'Italia – l'ultima visita risale a settembre 2025, rispetto alla quale ancora non è stato pubblicato il rapporto – il CPT ha più volte messo in luce¹²⁶ la grave situazione del sovraffollamento strutturale del sistema carcerario, che rappresenta un grosso limite sia al miglioramento delle condizioni di vita all'interno degli istituti, sia alla realizzazione di qualsiasi tipo di attività con carattere risocializzante. Viene così

¹²⁴ Così L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, cit., p. 309.

¹²⁵ La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti utilizza l'espressione generica «luoghi in cui le persone sono private della libertà»: si tratta di locuzione molto ampia che può essere riferita a qualunque luogo di detenzione, comprendente non solo gli istituti penitenziari, ma anche le stazioni dei carabinieri, le questure, i centri di accoglienza temporanei per stranieri, nonché i luoghi di cura sia pubblici che privati in cui le persone si trovino agli arresti domiciliari.

¹²⁶ Si veda, da ultimo, il rapporto pubblicato nel 2023 e relativo alla visita condotta nel periodo marzo/aprile 2022, [CPT/Inf (2023) 05].

sottolineato come tale problema richieda una strategia coerente più ampia in modo da assicurare che la detenzione sia veramente la misura di ultima istanza. Inoltre, il CPT in diverse occasioni ha raccomandato all'Italia di garantire alle persone detenute condizioni di vita minime che non ledano la loro dignità: a titolo esemplificativo, in tema di condizioni materiali, mediante la fornitura regolare di prodotti per la pulizia e l'igiene personale (come biancheria da letto pulita e un cuscino).

Per ciò che qui rileva, il CPT ha rivolto la sua attenzione anche al regime detentivo speciale sia nelle visite periodiche svolte all'interno degli istituti penitenziari italiani, sia mediante visite *ad hoc* per esaminare propriamente la situazione dei detenuti ivi sottoposti. Già nel rapporto relativo alla prima visita nelle sezioni dedicate alla custodia dei detenuti *ex art. 41-bis*¹²⁷, la delegazione del CPT definiva tale regime «tra i più duri che sia stato sinora dato al CPT osservare»¹²⁸. In generale, i rilievi mossi dal CPT al regime detentivo differenziato hanno ad oggetto la necessità di rendere meno intenso l'isolamento dei detenuti, tenuto conto – a parere dei delegati – che la sottoposizione continua e per lungo tempo a tale regime provoca effetti dannosi nella persona detenuta «costituiti da alterazioni delle facoltà sociali e mentali spesso irreversibili»¹²⁹. Inoltre, il CPT pone la sua attenzione sulle relazioni familiari in considerazione dell'attuale disciplina che ne limita significativamente i contatti: così, raccomanda al Governo

¹²⁷ Si fa riferimento alla visita eseguita nel 1995, tre anni dopo l'introduzione del comma 2 dell'art. 41-*bis* o.p. relativo alle ipotesi di sospensione delle normali regole di trattamento per gravi motivi di ordine pubblico nella legge sull'ordinamento penitenziario ad opera del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. nella L. 7 agosto 1992, n. 356.

¹²⁸ Così il rapporto originale, redatto in lingua francese, relativo alla visita nell'istituto penitenziario di Spoleto «*Le régime de détention observé à la prison de Spoleto, s'agissant des détenus soumis aux dispositions de l'article 41 bis de la loi pénitentiaire, est parmi les plus durs qu'il ait été jusqu'à présent donné d'observer au CPT*», [CPT/Inf (97) 12]. Per un approfondimento, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 356, la quale da un lato dice che «si trattava è vero del "primo 41 bis"», ma dall'altro sottolinea che «è un fatto che molte delle questioni sollevate continuano ad essere rimarcate anche nei più recenti rapporti».

¹²⁹ Così il Rapporto relativo alla visita effettuata nell'autunno del 1995 [CPT/Inf (97) 12].

italiano di trovare soluzioni che possano consentire il mantenimento di tali rapporti, ad esempio, consentendo la presenza dell'altro genitore, pur al di là del vetro divisorio, durante l'incontro tra il genitore detenuto e il figlio minore di anni dodici. Nel corso della trattazione l'attenzione si concentrerà proprio su questo aspetto della disciplina limitativa dei colloqui di cui all'art. 41-*bis* comma 2 *quater* lett. b) o.p.

Ancora, dai rapporti emergono le perplessità dei delegati¹³⁰, da un lato, per il fatto che tale regime si caratterizza per un'assenza totale di attività organizzate e per un contatto umano (tra i detenuti stessi, ma anche tra il detenuto e il mondo esterno) molto limitato, e, dall'altro, per il fatto che tale regime, concepito come misura eccezionale e temporanea (v. *infra*), sia stato in realtà oggetto di continue proroghe.

Più di recente, con la visita del 2019 il CPT¹³¹ ha rivolto un invito alle autorità italiane a riflettere e a riesaminare l'attuale configurazione del regime alla luce dell'art. 27 comma 3 Cost. In particolare, il CPT in quell'occasione ha raccomandato di estendere ad almeno quattro ore la permanenza all'aria aperta¹³² dei detenuti sottoposti al regime *in peius*, di concedere loro maggiori diritti di visita al mese (come si avrà modo in seguito di approfondire, attualmente l'art. 41-*bis* comma 2 *quater* lett. b) o.p. prevede «la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese»), nonché di consentire almeno un colloquio telefonico al mese indipendentemente dal fatto che ricevano o meno la visita nello stesso mese. Secondo la delegazione del CPT del 2019 tali raccomandazioni si sarebbero potute eseguire mediante l'adozione da parte dell'Amministrazione

¹³⁰ Cfr., in particolare, L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT*, cit., p. 314.

¹³¹ Si v. il relativo rapporto [CPT/Inf (2019) 2].

¹³² Attualmente l'art. 41-*bis* comma 2 *quater*, lett. f) o.p. prevede «la limitazione della permanenza all'aperto [...] ad una durata non superiore a due ore al giorno». Sul punto, la Consulta di recente è intervenuta dichiarando costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. tale previsione limitatamente all'inciso «ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10»; Corte cost., 18 marzo 2025, n. 30.

penitenziaria di una circolare che andasse a meglio chiarire la portata del regime detentivo speciale; tuttavia, in occasione del rapporto relativo alla visita del 2022¹³³, il CPT ha evidenziato come le raccomandazioni formulate nel 2019 non siano state recepite dal legislatore italiano.

7. La legge sull'ordinamento penitenziario e il primato della persona detenuta (cenni generali)

Alla luce dei diritti, costituzionali e sovranazionali, in materia, il legislatore del 1975 all'art. 1 o.p. racchiude i principi ideologici e innovatori rispetto alla vecchia concezione del detenuto. È solo grazie alla riforma dell'ordinamento penitenziario operata nel 1975 che è stata abbandonata la logica della depersonalizzazione della pena – propria di un sistema che vedeva in quest'ultima soltanto una logica punitiva – per porre, per la prima volta nella nostra tradizione giuridica, il detenuto come *persona* al centro dell'esecuzione della pena, intesa quale restrizione della libertà personale. Uno dei meriti principali del legislatore del 1975 – oltre a quello di aver disciplinato la materia per la prima volta con legge primaria, sottraendola così alla fonte regolamentare – è quello di aver «segnato il passo»¹³⁴ dalla concezione della supremazia speciale ad una nuova idea innovativa, già avviata con la Carta costituzionale, in cui il detenuto viene considerato titolare di diritti e soprattutto soggetto attivo del trattamento penitenziario. La teoria della supremazia speciale, propria del Regolamento del 1931, considerava il detenuto in una posizione di soggezione rispetto all'Amministrazione penitenziaria. In altri termini, si realizzava una «vera e propria *capitis deminutio* della persona detenuta,

¹³³ Si v. CPT/Inf(2023) 05.

¹³⁴ Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit. p. 164.

lasciata alla mercé dell'Amministrazione penitenziaria», a cui, invece, veniva riconosciuta in materia totale discrezionalità sia «per la primaria esigenza di difesa sociale connessa al mantenimento della sicurezza», sia, più in generale, come «espressione naturale della potestà organizzativa riconosciuta allo Stato rispetto all'esecuzione della pena»¹³⁵. La legge sull'ordinamento penitenziario, invece, rappresenta un punto di svolta in quanto sposta l'ago della bilancia dalle esigenze di sicurezza e organizzazione dell'Amministrazione penitenziaria, alla valorizzazione delle esigenze rieducative proprie della persona del detenuto¹³⁶ e al riconoscimento, a quest'ultima, di posizione soggettive¹³⁷. Con la modifica intervenuta nel 2018, l'art.1 o.p. al nuovo comma 3 ha voluto enfatizzare, e rafforzare – laddove ce ne fosse bisogno¹³⁸ - il riconoscimento di posizioni soggettive in capo alla persona detenuta, affermando che «ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali» e ribadendo che «è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno». Ancora, questa legge si apre con l'affermazione, al comma 1 dell'art. 1, di due principi fondamentali in materia di trattamento dei detenuti, e internati, quali l'umanità e la dignità¹³⁹; queste garanzie si pongono così in linea di continuità con quanto previsto dall'art. 27 comma 3 Cost., ma anche dall'art. 3 Cedu e dalle Regole penitenziarie europee (in particolare, nn. 49, 54 comma 3 e 72)¹⁴⁰.

¹³⁵ In questi termini, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit. p. 163.

¹³⁶ Sulla definizione della legge n. 354 del 1975 quale “carta dei diritti del detenuto”, si rimanda a V. GREVI, *Introduzione*, cit., p. 8.

¹³⁷ Si richiama qui, ancora una volta, uno stralcio della storica pronuncia della Consulta dove viene espressamente affermato che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti», così Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

¹³⁸ Attenta dottrina ha evidenziato come essa, in realtà, sembri essere «una mera disposizione “bandiera”, la quale sventola un principio che oramai dovrebbe considerarsi incontestato e incontestabile»: così G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 4, p. 1306; ancora prima, F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018, pp. 7-11.

¹³⁹ Per un approfondimento, si rimanda *supra*, par. 3.

¹⁴⁰ Così, F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO, *sub art. 1*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 5.

Continuando nella lettura dell'art. 1 o.p., è possibile notare come – a seguito della modifica intervenuta nel 2018 – la nuova formulazione dei commi 4 e 5¹⁴¹ abbia voluto prevedere il necessario bilanciamento tra esigenze di ordine e disciplina e diritti del detenuto; in altri termini, il legislatore, riconoscendo l'esigenza del mantenimento dell'ordine e della disciplina all'interno degli istituti, ha comunque posto il limite del rispetto dei diritti del detenuto e degli imputati¹⁴². In ogni caso, il mantenimento dell'ordine e della disciplina è funzionale alla salvaguardia della sicurezza, sia interna che esterna¹⁴³.

Compito del legislatore, *rectius* dell'amministrazione, è quello di bilanciare gli interessi al fine di evitare che il trattamento possa rappresentare un'afflittività maggiore rispetto a quella già tipica della pena. È in quest'ottica di bilanciamento che il principio di proporzionalità¹⁴⁴ deve guidare l'operato dell'Amministrazione penitenziaria, laddove venga ad essa lasciata discrezionalità da parte del legislatore; come accade allorché la legge procede ad una attenta indicazione dei presupposti applicativi, ma lascia in capo

¹⁴¹ In cui si legge che «4. Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà» e «5. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

¹⁴² In dottrina si è ritenuto che questa nuova previsione rappresenti un notevole passo in avanti rispetto alla formulazione precedente – dove si affermava che «negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina»; tuttavia, afferma attenta dottrina, sarebbe stato opportuno precisare che la compressione dei diritti dei detenuti per motivi di ordine e disciplina deve essere la minore possibile sia dal punto di vista dell'intensità che della durata, sulla falsariga di quanto espresso nell'art. 51 delle regole penitenziarie europee e nell'art. 36 delle *Mandela Rules*: così, V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *sub art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, pp. 10-11.

Di segno opposto, invece, F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO, *sub art. 1*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 2., secondo i quali con la modifica normativa è stata ribaltata l'impostazione originaria della legge del 1975, in quanto è stato messo in evidenza come ordine e sicurezza si pongano come precondizioni affinché possa realizzarsi l'offerta rieducativa nei confronti dei detenuti.

¹⁴³ La sicurezza interna è necessaria a mantenere all'interno dell'istituto di pena un clima in cui poter svolgere le normali attività trattamentali, ma soprattutto ad impedire che le persone ivi detenute possano arrecare danno ad altri detenuti e agli operatori. La sicurezza esterna, invece, è funzionale a recidere i collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza all'esterno della struttura.

¹⁴⁴ Per una panoramica generale e completa sul principio di proporzionalità in materia, cfr. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, p. 1 ss.

all'amministrazione una «parziale discrezionalità relativa ad alcune delle misure da adottarsi», misure che incidono sui diritti dei detenuti¹⁴⁵.

8. Il percorso evolutivo del regime detentivo speciale

Poiché nelle prossime pagine si cercherà di affrontare, alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali, il delicato tema del giudizio di bilanciamento tra i gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica propri dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p., da un lato, e il diritto della persona detenuta e dei familiari all'affettività, dall'altro, è necessario procedere prima ad un *excursus* storico per comprendere la *ratio* che ha portato il legislatore ad introdurre l'art. 41-*bis* dedicato alle situazioni di emergenza. Tale articolo è stato inserito all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario in un momento successivo all'entrata in vigore della stessa e si compone di due commi che disciplinano situazioni volte a fronteggiare esigenze di sicurezza tra di loro differenti.

8.1. (segue) dall'art. 90 all'art. 41-*bis*, comma 1

L'art. 41-*bis* o.p., in origine composto da un solo comma e introdotto dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663, recante “Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure di sicurezza”, è stato inserito nella legge penitenziaria del 1975 all'esito di una stagione riformatrice in materia, dopo il decennio segnato dall'eversione e dal terrorismo, che ha portato all'abrogazione dell'art. 90 o.p.

¹⁴⁵ Il riferimento è all'art. 41-*bis*, comma 2 *quater*, lett. *a*) e *f*) o.p., dove il legislatore procede ad indicare puntualmente, al comma 2, i fini cui devono tendere le misure («Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica [...] in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva») è possibile sospendere «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»), non invece i mezzi per realizzare tali fini; così, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit. p. 437.

Successivamente è stato modificato, con l'aggiunta di un comma 2, dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. nella L. 7 agosto 1992, n. 356, e dalla L. 23 dicembre 2002, n. 279 e, infine, dalla L. 15 luglio 2009, n. 94.

Com'è noto, cuore pulsante della legge n. 354 del 1975 è stato (ed è tuttora) la centralità della persona detenuta titolare di diritti e il suo reinserimento sociale; all'indomani dell'entrata in vigore della legge, però, questo ha fatto sì che si lasciasse «ben poco spazio alle esigenze di ordine e sicurezza»¹⁴⁶ all'interno degli istituti, nonostante «l'inevitabile presenza di detenuti refrattari a qualsiasi tipo riabilitativo»¹⁴⁷. La normativa penitenziaria risultava così lacunosa e vaga, in quanto piena di rinvii dalla legge al regolamento di esecuzione, che, nella sostanza, si traduceva in una delega in bianco all'amministrazione penitenziaria con riguardo sia all'individuazione dei detenuti «difficili»¹⁴⁸ da sottoporre ad un trattamento differenziato, sia all'indicazione delle caratteristiche e modalità di tale trattamento. Nondimeno, in tale contesto confuso risaltava «per chiarezza di intenti»¹⁴⁹ l'art. 90 o.p. – oggi abrogato – che attribuiva al ministro della giustizia la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, e per il tempo strettamente necessario, l'applicazione in uno o più stabilimenti (*rectius* istituti¹⁵⁰) delle «regole di trattamento e degli istituti che possono porsi in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza» qualora si presentassero «gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza». La norma, quindi, si riferiva a situazioni dotate dei caratteri della

¹⁴⁶ Così, L. CESARIS, *sub art. 90*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 1997.

¹⁴⁷ Cfr. R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 6^a ed., Milano, 2017, p. 178.

¹⁴⁸ Cfr. R. DEL COCO, *op. ult. cit.*, p. 178.

¹⁴⁹ Così L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 1197.

¹⁵⁰ L'utilizzo improprio del termine «stabilimento» indicava un retaggio del regolamento del 1931, così G. DI GENNARO – M. BONOMO – R. BREDI, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977, p. 376; recentemente, L. CESARIS, *sub art. 90*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 1197.

eccezionalità e della gravità¹⁵¹ per giustificare la sospensione delle regole ordinarie di trattamento; tuttavia, la previsione si presentava oltremodo generica, soprattutto in ordine all'indicazione delle regole di trattamento passibili di sospensione¹⁵². Lo stato di emergenza venutosi a creare a seguito dell'accentuarsi dei fenomeni eversivi dei cd. «anni di piombo», e i ricorrenti episodi di evasione da parte di terroristi, hanno portato alla istituzione, con decreto ministeriale 4 maggio 1977, delle carceri di massima sicurezza¹⁵³ come circuito differenziato. Si badi, i circuiti differenziati sono nati e si sono sviluppati indipendentemente dalla previsione di cui all'art. 90 o.p. Ciononostante, nella prassi, questi due strumenti sono stati utilizzati congiuntamente, comportando, quindi, un ricorso maggiore all'art. 90 o.p. rispetto a quello fatto fino ad allora¹⁵⁴.

In siffatto contesto, obiettivo della legge di riforma del 1986 è stato quello di ripristinare «la legalità in un settore, quello dell'ordine della sicurezza, lasciato alla piena discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria»¹⁵⁵, e dunque «colmare il vuoto

¹⁵¹ A riprova delle intenzioni con cui il legislatore del 1975 aveva concepito l'art. 90 o.p. è la sua collocazione, nell'impianto della legge, tra le «disposizioni finali e transitorie», proprio a voler sottolineare la natura di norma di chiusura del sistema cui ricorrere soltanto in caso di eccezionalità.

¹⁵² Attenta dottrina ha evidenziato come mancasse, nei provvedimenti adottati dall'amministrazione penitenziaria, sia un accertamento preventivo in ordine all'effettiva pericolosità dei detenuti ristretti negli istituti dove si sospendevano le normali regole di trattamento, sia un adeguato vaglio giurisdizionale sulla correttezza delle scelte discrezionali compiute su un piano così importante e incidente sui diritti delle persone detenute: così, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 168; F. GIANFILIPPI - L. CESARIS, *sub art. 14-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed, Milano, 2019, p. 189.

¹⁵³ Il decreto istitutivo delle carceri di massima sicurezza – emanato dal ministro di Grazia e Giustizia, di concerto con i ministri della Difesa e dell'Interno – attribuiva il coordinamento dei servizi di sicurezza degli istituti penitenziari indicati ad un ufficiale generale dell'Arma dei Carabinieri, che veniva nominato dal ministro della Difesa. Inoltre, al generale era consentito svolgere visite presso gli istituti penitenziari e presentare al ministro Guardasigilli proposte e richieste volte ad assicurare l'adozione di misure idonee a garantire la sicurezza interna; i direttori degli istituti, dal canto loro, dovevano dare immediata comunicazione al generale circa le disposizioni adottate per il mantenimento della sicurezza, dell'ordine e della disciplina all'interno degli istituti. Con decreto ministeriale del 21 luglio 1977 sono state istituite cinque carceri di massima sicurezza, caratterizzate da criteri architettonici del tutto peculiari, ma anche da maggiore severità delle condizioni di vita all'interno degli istituti.

¹⁵⁴ La dottrina ha parlato di un utilizzo dell'art. 90 o.p. volto a «mascherare situazioni che apparivano sempre più illegali»; in tal senso, L. CESARIS, *sub art. 90*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 1198; anche G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., p. 206.

¹⁵⁵ Così, L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 536.

normativo»¹⁵⁶ portato alla luce dall'applicazione discrezionale da parte dell'amministrazione dell'art. 90 o.p. È possibile, quindi, indicare come motivi ispiratori della legge n. 663 del 1986 la volontà di coniugare le esigenze di ordine e sicurezza con gli strumenti risocializzanti nell'ottica di un trattamento individualizzato, e nella consapevolezza che le prime siano condizioni necessarie per l'attuazione del secondo.

In particolare, il legislatore del 1986 è intervenuto in due direzioni: da un lato, abrogando l'art. 90 o.p. e introducendo l'art. 41-*bis* o.p. in origine, come già detto, costituito da un solo comma, per fronteggiare situazioni eccezionali e imprevedibili; dall'altro, introducendo l'art. 14-*bis* o.p., che disciplina il regime di sorveglianza particolare.

Senza entrare nel dettaglio, qui basterà tratteggiare le linee essenziali del regime di sorveglianza particolare mediante il quale sono state introdotte e previste forme di restrizione «calibrate individualmente sul singolo detenuto»¹⁵⁷ e al suo grado di pericolosità all'interno dell'istituto. In particolare, il legislatore ha voluto prevenire comportamenti da parte del singolo detenuto che possano compromettere la sicurezza ovvero l'ordine negli istituti: si badi, tali comportamenti per dar luogo all'applicazione del regime di sorveglianza particolare devono essere «reiterati, e dunque non occasionali ed episodici»¹⁵⁸. La nozione di pericolosità sociale – non più considerata primaria dal legislatore del 1986, grazie all'esaurirsi della stagione eversiva in Italia – cede, quindi, il passo a quella di «pericolosità penitenziaria»¹⁵⁹, intendendosi quella originante da comportamenti tenuti all'interno della comunità carceraria dal singolo detenuto e tali da

¹⁵⁶ Così, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 169.

¹⁵⁷ In questi termini, R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., p.182.

¹⁵⁸ Così F. GIANFILIPPI - L. CESARIS, *sub art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 190.

¹⁵⁹ Cfr. R. DEL COCO, *op. ult. cit.*

pregiudicare le condizioni minime di ordine e disciplina necessarie per la realizzazione delle finalità del trattamento previste dall'art. 1 o.p. Inoltre, con la previsione dell'art. 14-*bis* o.p. il legislatore ha indicato espressamente i presupposti oggettivi del regime in esame: in particolare, possono essere sottoposti al regime di sorveglianza particolare i condannati, ma anche gli imputati¹⁶⁰, che con i loro comportamenti reiterati mettono a rischio l'ordine e la sicurezza degli istituti, ovvero impediscono con la violenza o la minaccia le attività degli altri detenuti, ovvero ancora si avvalgono dello stato di soggezione di questi ultimi nei loro confronti. L'ultimo comma precisa, infine, che tale regime può essere adottato, addirittura, fin dal momento di ingresso del soggetto in istituto «sulla base di precedenti comportamenti penitenziari» ma anche «di altri concreti comportamenti tenuti [...] nello stato di libertà».

Come accennato poco sopra, la legge n. 663 del 1986 ha introdotto anche l'art. 41-*bis* comma 1 o.p. Tuttavia, secondo alcuni autori¹⁶¹, a ben vedere quest'ultima disposizione non ha innovato granché rispetto alla previsione dell'(abrogato) art. 90 o.p., considerato che la competenza circa la sospensione, in tutto o in parte, delle normali regole di trattamento è rimasta in capo al ministro della Giustizia ed anche in questo caso la durata del provvedimento è incerta. Il merito del legislatore del 1986 è quello di aver specificato e circoscritto le situazioni che possono legittimare il provvedimento di

¹⁶⁰ In dottrina è stata avanzata qualche perplessità per il fatto che tra i destinatari del regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-bis* o.p. vi rientrano pure gli imputati, tenuto conto che nei loro confronti vale «notoriamente, la presunzione di non colpevolezza»; così, F. GIANFILIPPI - L. CESARIS, *sub art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 189. Tuttavia, la *ratio* sottesa alla scelta di ricomprendere anche gli imputati quali destinatari dell'art. 14-*bis*, o.p., è da individuare nella natura del regime in esame, il quale dovrebbe avere un carattere preventivo cautelare, e non punitivo, in quanto diretto a garantire il mantenimento dell'ordine e della sicurezza in carcere. In tal senso, T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994, p. 162 ss.

¹⁶¹ In questi termini e per un approfondimento, si v. L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 536; S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in F. FIORENTIN - F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 511.

sospensione, indicate in casi di «rivolta o gravi situazioni di emergenza»: non quindi ogni episodio di rivolta può legittimare il provvedimento *ex art. 41-bis* comma 1 o.p., ma soltanto quello che si caratterizzi per la sua gravità. D'altronde, è stato osservato¹⁶² come l'elemento distintivo della gravità emerga anche procedendo ad una lettura combinata con l'art. 93 reg. esec., il quale consente l'intervento della forza pubblica in occasione di «disordini collettivi con manifestazioni di violenza o tali da far ritenere che possano degenerare in manifestazioni di violenza». Alla luce di quest'ultima disposizione, «si potrebbe dedurre che per il ricorso all'art. 41-*bis* dovrebbero sussistere almeno queste situazioni», vale a dire eccezionali ed imprevedibili. Altra differenza rispetto all'art. 90 o.p. abrogato è la mancanza di riferimento ad «uno o più stabilimento penitenziari», proprio a significare che con la nuova disposizione si è voluto delimitare l'ambito di efficacia del provvedimento. Il legislatore del 1986, facendo riferimento all'«istituto interessato o a parte di esso», ha inteso ancorare il provvedimento di sospensione delle normali regole di trattamento al singolo istituto rispetto al quale si siano venute a creare «gravi situazioni di emergenza», salvo ovviamente l'adozione di una pluralità di decreti ministeriali¹⁶³.

Quanto al contenuto del provvedimento, è chiaro che ad essere sospese non possono essere le regole di trattamento che sono espressione di diritti fondamentali; ecco che allora, ancora una volta, il legislatore utilizzando il generico riferimento al «trattamento» ha peccato di indeterminatezza. È stata, perciò, prospettata in dottrina la tesi secondo cui, per dare contenuto alle regole oggetto del provvedimento di sospensione *ex art. 41-bis* comma 1 o.p., si potrebbe fare riferimento all'art. 14-*quater* o.p., tanto più

¹⁶² Così, L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 536, da cui sono tratte anche le citazioni successive.

¹⁶³ Così, T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 160.

che si ritiene «identica la *ratio* consistente nel riportare o assicurare le condizioni essenziali per la realizzazione del trattamento penitenziario»¹⁶⁴.

8.2. (segue) L'emergenza mafiosa e l'art. 41-*bis* comma 2: la sospensione per gravi motivi di ordine pubblico

A seguito delle stragi compiute nell'estate del 1992 dalla criminalità organizzata di stampo mafioso nei confronti di illustri magistrati e degli uomini e donne delle loro scorte, il Governo ha adottato il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. l. 7 agosto 1992, n. 356, con il quale è stato introdotto il comma 2 nell'art. 41-*bis* o.p., concernente una ipotesi particolare di sospensione delle regole di trattamento.

In particolare, il comma 2 prevede che, ricorrendo gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, il ministro della Giustizia possa sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle normali regole di trattamento nei confronti dei detenuti, anche imputati, per taluni dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* comma 1 o.p.¹⁶⁵. A legittimare l'adozione del provvedimento ai sensi del comma 2 sono «gravi motivi di ordine e

¹⁶⁴ Così, L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 537; anche, Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit.

Di orientamento diverso, S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 512, laddove ritiene che le limitazioni derivanti dall'art. 14-*bis* o.p. sono «soggettivamente assai più gravose» di quelle rientranti nell'art. 41-*bis* o.p., poiché il contenuto delle restrizioni, data la natura temporanea ed eccezionale delle sospensioni contenute *ex art. 14-quater* o.p., «rappresenta la forma più gravosa di regime penitenziario prevista nel nostro ordinamento» (un esempio è offerto dalla preclusione, per i soggetti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, delle attività in comune che, nella sostanza, si traduce in un vero e proprio isolamento; mentre nell'art. 41-*bis* o.p. l'isolamento non è vietato, anzi, al comma 2-*quater*, lett. f), si prevede espressamente la socialità seppure in gruppi non superiori a quattro persone).

¹⁶⁵ Con l'art. 4-*bis* o.p., introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. l. 12 luglio 1991, n. 203 e ss.mm.ii.), è stato inaugurato un doppio binario penitenziario: si prevede che la concessione delle misure alternative alla detenzione e l'assegnazione al lavoro all'esterno, così come i permessi premio, non possono essere concessi ad alcuni soggetti che, poiché condannati per specifici delitti indicati nella stessa norma (cd. reati ostativi), si presumono essere particolarmente pericolosi. Per ciò che interessa in questa sede, ai sensi del comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., sono considerati ostativi il reato di associazione mafiosa *ex art. 416-bis* c.p., nonché ogni altro delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di associazione di stampo mafioso. Tali reati si considerano ostativi nel senso che viene stabilito divieto assoluto di concessione dei benefici in assenza di collaborazione utile da parte del soggetto detenuto.

sicurezza pubblica», vale a dire eventi estranei sia alla realtà carceraria, sia al comportamento del soggetto all'interno dell'istituto¹⁶⁶, tali da destare un forte allarme sociale e compromettere l'ordine e la sicurezza pubblica. Considerando il momento storico in cui tale disposizione è stata adottata, lo scopo del legislatore è stato quello di recidere ogni tipo di contatto fra il detenuto e l'organizzazione criminale all'esterno, così da emarginare e indebolire il primo. Il decreto legge del 1992, poiché funzionale a fronteggiare l'emergenza mafiosa proprio di quegli anni, aveva delimitato temporalmente l'ambito di operatività del comma 2, in quanto prevedeva un termine di vigenza dell'istituto (vale a dire la possibilità di ricorrere ad esso) di tre anni, alla scadenza dei quali è stato più volte prorogato sino al 2002, quando il legislatore con la legge n. 279 ha stabilizzato il ricorso a tale regime mediante l'abrogazione delle norme che fino a quel momento avevano prolungato di biennio in biennio la possibilità di applicazione del regime¹⁶⁷. Questo ha permesso all'istituto di cui all'art. 41-bis comma 2 o.p. di «traghetare [...] dallo *status* della eccezionalità e della temporaneità alle sponde della definitiva istituzionalizzazione»¹⁶⁸.

Diverso, invece, il discorso per il termine di durata del provvedimento di sospensione; in origine, non era previsto dalla legge alcun termine per i singoli provvedimenti, ma esso veniva fissato discrezionalmente dall'amministrazione

¹⁶⁶ In dottrina è stato sottolineato come il riferimento a motivi estranei, ed esterni, alla struttura carceraria, abbia determinato un «regime ben più grave» di quello previsto dall'abrogato art. 90 o.p. Così, L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 538.

¹⁶⁷ In questi termini, S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 515. Parte della dottrina ha criticato aspramente la l. n. 279 del 2002, poiché, data l'imminente scadenza del termine di vigenza della norma, il legislatore ha stabilizzato l'istituto «a tappe forzate», in assenza di «un serio ed approfondito dibattito parlamentare su questioni assai delicate ed importanti attinenti a garanzie fondamentali della persona»: cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 539.

¹⁶⁸ Così A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis, comma 2 ord. pen.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 292.

penitenziaria in periodi variabili da sei mesi ad un anno. Con la l. n. 279 del 2002 il legislatore aveva, una prima volta, previsto che la durata del provvedimento non potesse essere inferiore ad un anno e superiore a due, con possibilità di proroga per periodi successivi di un anno ciascuno. Infine, a seguito della modifica operata dalla l. n. 94 del 2009, la durata del primo provvedimento è stata fissata in quattro anni, prorogabile per successivi periodi, ciascuno pari a due anni, e senza quindi la previsione di un limite massimo.

Con la l. n. 94 del 2009 si è assistito ad un inasprimento del regime, che ha suscitato non poche perplessità, proprio in considerazione del fatto che le ragioni legittimanti tale regime, pur incidente sulle condizioni detentive, vanno ritrovate in eventi esterni al carcere e il suo scopo è quello di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. Alla luce di questa considerazione, la dottrina ha insinuato il dubbio che il legislatore, «istituzionalizzando» il regime speciale di detenzione, abbia voluto perseguire altri ed ulteriori fini: in altre parole, si è ipotizzato che lo scopo del legislatore del 2009 sia stato, da un lato, quello di «tranquillizzare l'opinione pubblica inducendo un maggior senso di sicurezza», e dall'altro «sollecitare condotte collaborative» da parte di detenuti sottoposti al regime sospensivo delle regole trattamentali¹⁶⁹. Scopi nobilissimi, nella misura in cui, tuttavia, per il loro raggiungimento non si arrivi a ledere i diritti fondamentali della persona detenuta, tenuto conto che sottoposti a tale regime possono essere anche gli imputati che, ai sensi dell'art. 27 comma 2 Cost., è bene ricordare sono considerati non colpevoli sino alla sentenza definitiva di condanna.

Nel prosieguo della trattazione si cercherà di procedere ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina riguardante le limitazioni ai colloqui per i

¹⁶⁹ In questi termini, L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 541.

detenuti sottoposti al regime detentivo speciale al fine, proprio, di comprendere quando (e se) le esigenze di ordine e sicurezza pubblica ledono i diritti fondamentali dei detenuti e, di riflesso, dei familiari.

CAPITOLO II

L'ART. 41-BIS COMMA 2 O.P.:

UN DIFFICILE BILANCIAMENTO DI INTERESSI

1. Struttura del regime speciale di detenzione: meri cenni

Volendo delineare in estrema sintesi il regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ss. o.p., prima di soffermare l'attenzione sulla disciplina (e la sua evoluzione nel tempo) dei colloqui con i figli e nipoti in linea retta minori di anni dodici, è possibile osservare, *prima facie*, come esso si regga sull'imposizione di divieti rispetto alla disciplina ordinaria del trattamento penitenziario.

Sin dalla sua formulazione originaria, con l'art. 41-*bis* comma 2 o.p. si è voluto attribuire¹ al Ministro della giustizia, «anche a richiesta del Ministro dell'interno», la facoltà (*rectius* il potere) di sottoporre, mediante decreto motivato, i detenuti o gli internati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1 o.p. – in generale, i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata – ad un regime, appunto, di rigore. Al comma 2-*bis* si prevede, però, che l'adozione del provvedimento sia subordinata al parere del pubblico ministero che procede alle indagini ovvero di quello presso il giudice procedente, e ad «ogni altra informazione» acquisita presso la Direzione nazionale antimafia e gli altri organi di polizia specializzati nell'attività di contrasto alla criminalità

¹ Con la legge di riforma 23 dicembre 2002, n. 279, nel ribadire l'attribuzione della competenza per l'adozione del provvedimento sospensivo al Ministro della giustizia, si è abbandonata l'idea, avanzata in dottrina, di una piena giurisdizionalizzazione del provvedimento; cfr. L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 1, p. 30.

organizzata. La *ratio* sottesa alla obbligatorietà² (dell'acquisizione) del parere è da ritrovare nella natura stessa del regime differenziato *in peius* poiché esso, e quindi la sospensione delle regole ordinarie di trattamento, è funzionale al ristabilimento delle esigenze di ordine e sicurezza pubblica che, come già osservato³, sono condizioni estranee al sistema penitenziario⁴. In questa fase di adozione del provvedimento rimane estranea ogni forma di contraddittorio, dando così luogo a dubbi di costituzionalità del regime in esame per violazione dell'art. 111 Cost.; secondo alcuni, «le regole del “giusto processo” devono trovare applicazione “in ogni processo” e quindi anche nella fase dell'esecuzione penitenziaria», di cui, ovviamente, l'applicazione del regime detentivo speciale fa parte⁵. In dottrina, pur nella consapevolezza che subordinare il provvedimento sospensivo al rilascio del parere da parte del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari o di quello presso il giudice procedente rappresenti una garanzia per la persona detenuta, in quanto tali soggetti sono «presumibilmente in possesso di informazioni più pertinenti

² In questi termini si v. C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, n. 1, p. 31; prima ancora, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 1, p. 11, il quale aggiunge che, per una maggiore coerenza di sistema, sarebbe stato più corretto attribuire l'individuazione dei soggetti da sottoporre al regime differenziato *in peius* «ai medesimi organi giudiziari competenti a determinare lo stato di custodia», come avviene per il regime ordinario di detenzione, e lasciare all'amministrazione, invece, la competenza in ordine alle concrete modalità del regime, tra quelle previste dalla legge.

Di diverso orientamento circa la obbligatorietà del parere, invece, la giurisprudenza in quanto da un lato si ritiene non necessario il parere del pubblico ministero quando le informazioni siano state ottenute dalla Direzione nazionale antimafia o da altri organi della polizia giudiziaria, si v. Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 2003, n. 46942, Sciuto, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1022; dall'altro, la non obbligatorietà è stata sostenuta con riferimento ai condannati definitivi in esecuzione di pena, posto che il riferimento al pubblico ministero che procede alle indagini ovvero a quello presso il giudice procedente comporterebbe un parere su elementi e informazioni risalenti al tempo delle indagini e quindi non più attuali, cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 novembre 2003, n. 449, Ganci, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1022. Attenta dottrina, tuttavia, ritiene che tale interpretazione della giurisprudenza «contrasta apertamente con il dato letterale del co. 2-bis», dove l'utilizzo della «congiunzione “e” inequivocabilmente richiede l'acquisizione cumulativa degli elementi di valutazione»; ma ritiene anche che sempre il dato letterale, secondo cui il ministro procede all'adozione del provvedimento «sentito l'ufficio del pubblico ministero», non lascia margine di discrezionalità al Guardasigilli, ma anzi quest'ultimo deve «necessariamente provvedere» a richiedere il parere. Così, L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 563

³ Si v. *supra* cap. I.

⁴ Così L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 563.

⁵ In questi termini, L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002*, cit., p. 31.

rispetto all'oggetto della valutazione di quelle in possesso dell'amministrazione penitenziaria»⁶, lascia molto dubbiosi che «il referente informativo» sia – «persino nella fase propriamente processuale, quando [viene] instaurato il contraddittorio nella sua pienezza» – il pubblico ministero che assume la qualità di «parte»⁷.

Dal punto di vista dei destinatari, il provvedimento sospensivo è «individualizzato»⁸ in quanto è indirizzato a singoli detenuti o internati autori di uno dei reati⁹ di cui all'art. 4-*bis* comma 1 o.p.¹⁰ o comunque detenuti per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso¹¹. L'utilizzo, però, del termine generico «detenuti»¹² fa sorgere non pochi dubbi di costituzionalità circa la possibilità di ricomprendere nell'alveo della norma anche gli imputati, considerato che nei loro confronti vige la presunzione di non colpevolezza. La

⁶ Così L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 546.

⁷ Così G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 4, p. 416; anche L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 546.

⁸ Cfr. L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 542, dove si precisa che «l'individualizzazione» è il vero punto di differenza rispetto all'ipotesi di cui all'art. 90 o.p., ora abrogato, ma anche all'ipotesi prevista dal comma 1 dell'art. 41-*bis* o.p., in quanto entrambe le previsioni sono rivolte ad istituti o sezioni di questi.

⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in *Controversias criminales: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*, 2013, vol. 1, p. 82, dove l'autrice parla di «delitti-presupposto». Nella prassi, tuttavia, il regime differenziato *in peius* viene ad applicarsi, quasi esclusivamente, agli autori di reati di stampo mafioso.

¹⁰ Attualmente l'art. 4-*bis* o.p. al comma 1 si riferisce al delitto di associazione di tipo mafioso ex art. 416-*bis* c.p., nonché ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare tale associazione; ai delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico; ai delitti di riduzione in schiavitù, tratta e commercio di schiavi ex artt. 600, 601 e 602 c.p.; al delitto di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile ex art. 600-*bis* comma 1 c.p., nonché al delitto di pornografia minorile limitatamente alle ipotesi previste ai commi 1 e 2 dell'art. 600-*ter* c.p.; ancora, fa riferimento al delitto di violenza sessuale di gruppo ex art. 609-*octies* c.p.; al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p.; infine, al delitto di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi (art. 219-*quater* t.u. in materiale doganale) e a quello di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti di cui all'art. 74 del relativo t.u.

¹¹ Secondo la dottrina, il riferimento al delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione criminale è significativo di come il regime detentivo speciale sia «diretto a detenuti ed internati per fatti commessi nell'ambito di una organizzazione criminale, sia essa mafiosa o terroristica»; così L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 542.

¹² Alla data del 27 febbraio 2023, secondo il Rapporto tematico sul regime detentivo speciale del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, le persone sottoposte al regime speciale ex art. 41-*bis* comma 2 o.p. erano 740, di cui: 613 in posizione di definitività, 92 in misura cautelare (precisamente, 15 in attesa di sentenza di primo grado, 33 appellanti e 44 ricorrenti), 29 in posizione giuridica mista senza definitivo e 6 internate in misura di sicurezza all'interno di una "Casa di lavoro".

Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi sulla possibile violazione dell'art. 27 comma 2 Cost. ad opera dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p. – ha chiarito che «la presunzione di non colpevolezza non può invocarsi per impedire l'applicazione delle misure restrittive tipiche del regime differenziato *in peius*, in quanto esse «non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale», ma «solo [natura] di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza» derivanti in concreto dalla detenzione di soggetti, imputati o condannati, per delitti di criminalità organizzata¹³. Inoltre, da una lettura complessiva dell'art. 41-*bis* o.p. in cui si fa riferimento, al comma 2-*quater* lett. b), relativamente alle limitazioni, agli imputati e, al comma 2-*bis*, come visto *supra*, all'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari, sembra potersi ritenere che «anche le persone che non abbiano assunto ancora la qualità di imputato ai sensi dell'art. 60 c.p.p.»¹⁴ possano essere destinatarie del provvedimento sospensivo.

Si badi, con la legge di riforma 23 dicembre 2002, n. 279 è stato introdotto un criterio soggettivo circa l'individuazione dei destinatari del provvedimento sospensivo. In particolare, il comma 2 dell'art 41-*bis* o.p. precisa che per l'applicazione del regime in esame è necessaria la presenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»; l'adozione del regime differenziato è quindi subordinata non già al mero titolo di reato, ma piuttosto alla prova della attualità di collegamenti¹⁵ con l'organizzazione criminale di appartenenza. Il

¹³ Così Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 376. In chiave critica circa l'equiparazione dell'imputato al condannato L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, n. 12, p. 3188.

¹⁴ In tal senso, Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 2004, Virga, CED 230807. In senso contrario, in dottrina, G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, cit., p. 416.

¹⁵ È stato evidenziato come con il riferimento ai collegamenti si sia voluto porre l'attenzione sulla pericolosità della «dimensione collettiva e dinamica del delitto associativo», che rappresenta anche ciò che con l'art. 41-*bis* comma 2 o.p. si vuole contrastare: così S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 11.

legislatore, in tal modo, ha recepito l'interpretazione offerta dalla Consulta, secondo cui il regime differenziato si fonda «sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti», dove «i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa»¹⁶. Non si possono, però, tacere i rischi che una parte della dottrina intravede nell'utilizzo di tale criterio soggettivo. In particolare, è stato sottolineato come l'individuazione dei soggetti destinatari del provvedimento sospensivo venga compiuta sulla base di un criterio estraneo all'istituto carcerario, ossia la sicurezza pubblica, e di elementi investigativi anch'essi estranei tanto al carcere quanto al comportamento del singolo soggetto, poiché si fondano sul «bagaglio conoscitivo del fenomeno criminale» (da parte del pubblico ministero che procede alle indagini e delle fonti di polizia giudiziaria) desunto da una costante osservazione delle organizzazioni criminali operanti sul territorio e, di conseguenza, sul loro grado di pericolosità¹⁷. A ciò si aggiunga che in base al dettato del comma 2 dell'art. 41-*bis* o.p. è sufficiente che vi siano «elementi tali da far ritenere» la sussistenza di collegamenti; questo, secondo alcuni, dà luogo al rischio di «valutazioni meramente indiziarie e congetturali, fonte di discriminazione», trasformando perciò il regime in esame in «possibile strumento di pressione»¹⁸. Alla luce di ciò, è parso allora ad alcuni necessario procedere ad una lettura restrittiva del criterio soggettivo mediante la richiesta della «prova positiva oggettiva dei collegamenti»,

¹⁶ Così Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 376, cit.; anche L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 546, la quale ritiene anche che, con il riferimento alla prova dell'attualità dei collegamenti, il legislatore «sembra aver voluto ridurre l'ampia discrezionalità che caratterizzava l'operato dell'amministrazione penitenziaria».

¹⁷ In questi termini, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 10, secondo il quale esiste, ai fini della valutazione dei presupposti di applicazione dell'istituto, una analogia tra la disciplina del regime speciale di detenzione e quella della custodia cautelare in carcere per i reati di associazione mafiosa *ex art. 275 c.p.p.* La presunzione di pericolosità riferita agli appartenenti alle associazioni di tipo mafioso – che rappresenta, in generale, il presupposto applicativo della lett. c) dell'art. 274 c.p.p. – viene desunta dal compimento delle attività delittuose tipizzate nell'art. 416-*bis* c.p. e trova il suo fondamento nello stesso «bagaglio conoscitivo» che viene posto alla base del provvedimento sospensivo *ex art. 41-bis* comma 2 o.p.

¹⁸ Così G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, cit., p. 415.

proprio al fine di far cadere il nesso intercorrente tra la pericolosità presunta derivante dal titolo di reato e l'adozione del provvedimento sospensivo¹⁹.

1.1. Oggetto della sospensione

Il provvedimento di applicazione del regime differenziato *in peius* comporta, come si legge nel comma 2 dell'art. 41-*bis* o.p., la sospensione «in tutto o in parte» delle «regole di trattamento e degli istituti» previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario «che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza». Tale sospensione si traduce in una serie di restrizioni che devono risultare «necessarie per il soddisfacimento» delle esigenze suddette e anche per «impedire i collegamenti con l'associazione criminale» di appartenenza.

Nel disciplinare normativamente le singole misure di restrizioni, il merito del legislatore del 2002 è stato quello di aver tipizzato il contenuto del provvedimento sospensivo, rispetto al passato dove, invece, veniva lasciata ampia discrezionalità all'amministrazione penitenziaria. Si è voluto così determinare con fonte primaria il contenuto delle singole prescrizioni, prevedendo nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p. un elenco di restrizioni che si è cercato di adeguare ai principi espressi dalla Consulta sul finire del secolo scorso. In particolare, la Corte costituzionale ha chiarito che le restrizioni discendenti dal regime detentivo speciale devono essere – «sempre nel limite del divieto di incidenza sulla qualità e quantità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità» – in un rapporto di congruità e rigida proporzionalità rispetto alle necessità che sono alla base del provvedimento²⁰. Mancando tale requisito della congruità, le restrizioni

¹⁹ Cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 546.

²⁰ Così Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.; prima ancora, Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351.

«non risponderebbero più al fine» per il quale si ritengono legittime, ma «acquisterebbero un significato diverso», in quanto «ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario», venendo così ad assumere «una portata puramente afflittiva» in contrasto con la funzione attribuita dalla legge al provvedimento sospensivo, ossia la neutralizzazione della pericolosità di alcuni soggetti specificamente individuati al fine di garantire l'ordine e la sicurezza pubblica²¹. Prima ancora, la Consulta, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p., dopo aver riconosciuto in capo all'amministrazione penitenziaria il potere di «adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione)», ha però precisato che tali modalità non devono eccedere il sacrificio della libertà personale già insito nella sentenza di condanna e che, in ogni caso, i provvedimenti rimangono «soggetti ai limiti e alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13 comma 4), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 comma 3), ed al diritto di difesa (art. 24)»²². In altri termini, il Giudice delle leggi, pur riconoscendo la valenza del regime in esame, ha voluto delimitare l'ambito costituzionale delle modalità di attuazione, precisando che possono essere sospese soltanto le regole e gli istituti che già appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria, fermo restando che le modalità di sospensione di essi devono «obbedire ai principi sanciti nella Costituzione»²³. Inoltre, sempre nell'ottica di limitare la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, la Consulta ha chiarito altresì espressamente che il provvedimento ministeriale viene «ad assumere un contenuto largamente coincidente»²⁴

²¹ Così Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit. Più di recente, Corte cost., 22 maggio 2020, n. 97; Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18.

²² Così Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349.

²³ Cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 13.

²⁴ Si v. Corte cost. 23 novembre 1993, n. 410.

con quello previsto in materia di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater* comma 4 o.p.²⁵, «risultando quindi salvaguardate le materie indicate da questo stesso articolo»²⁶.

Tuttavia, secondo la dottrina la soluzione legislativa utilizzata nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p. sembra aver travalicato i limiti indicati dalla Corte costituzionale, in quanto, invece che «fissare una soglia invalicabile di diritti intangibili del detenuto», come nell'art. 14-*quater* o.p., indica un «elenco di restrizioni non affatto a numero chiuso»²⁷. In effetti, tale previsione si apre, alla lett. *a*), con una norma “in bianco”²⁸, poiché si prevede la possibilità per l'amministrazione di adottare «misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento [...]». Come ben si può intuire, tale disposizione, considerata la sua eccessiva genericità, lascia piuttosto perplessi in quanto non permette di comprendere l'esatta natura delle misure adottabili. Secondo alcuni, tale disposizione deve intendersi come una capacità dell'amministrazione di adottare soluzioni logistiche e organizzative che vadano a migliorare l'efficacia del regime e, se necessario, ne specifichino o regolamentino l'applicazione²⁹.

²⁵ Per una maggiore comprensione, si rimanda alla lettura dell'art. 14-*quater* o.p.

²⁶ Così L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 548.

²⁷ Così, L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 548. Anche, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis*, Milano, 2016, p. 262.

²⁸ Viene definita così da S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 17. Di diverso avviso, invece, A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis, comma 2 ord. pen.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 302, secondo il quale deve considerarsi come una «norma manifesto», indicativa degli scopi da perseguire. Tuttavia, più di recente, S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale. Ordinamento e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 523, definisce la disposizione di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *a*) come una «inevitabile chiusura (o apertura) rispetto ad un elenco partorito dalla prassi amministrativa e per definizione suscettibile di ampliamenti connessi alle infinite possibilità di eludere il divieto di comunicazione con l'esterno».

²⁹ Così L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti l'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, n. 1, p. 36.

Le modifiche operate dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 hanno poi rappresentato un forte inasprimento del contenuto del provvedimento sospensivo³⁰. In particolare, l'utilizzo, al comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p., della forma verbale «prevede» – in luogo della versione precedente «può prevedere» – ha voluto «“blindare” il contenuto affittivo del regime differenziato»³¹. In altri termini, il legislatore ha voluto cristallizzare il contenuto dei vari provvedimenti sospensivi, senza la possibilità di modularlo in relazione alle esigenze del caso concreto, così da rendere tali provvedimenti eguali per tutti i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale; in questo modo le singole limitazioni indicate nel comma 2-*quater* devono intendersi applicabili tutte insieme, in quanto «tutte presuntivamente necessarie»³².

Per ciò che attiene alle singole prescrizioni³³ indicate dal comma 2-*quater* è possibile ritenere che esse siano volte ad incidere su due fronti³⁴: da un lato, quello dei rapporti con il mondo esterno, in particolare, come si vedrà, sui rapporti con la famiglia, e, dall'altro, quello delle relazioni della persona detenuta all'interno dell'istituto penitenziario. Particolarmente importante è la circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017³⁵

³⁰ Per un'analisi dettagliata delle singole restrizioni, si v. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 153 ss.

³¹ Così C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., p. 26. In senso critico, L. CESARIS, *op. ult. cit.*, pp. 550-551, secondo la quale tale previsione, nel rendere i provvedimenti sospensivi tutti uguali nel contenuto, senza tenere debitamente conto delle peculiarità del singolo caso (ad es. in ordine al ruolo ricoperto dal soggetto all'interno dell'organizzazione criminale, ovvero alla differente posizione processuale dei destinatari del provvedimento) suscita non poche perplessità, sia sotto il profilo rieducativo della pena, sia sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza.

³² Così, L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 550. Cfr., anche, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. pen.*, in S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G.L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 458.

³³ Per un'attenta e accurata analisi delle singole prescrizioni si v. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, p. 99 ss.

³⁴ In dottrina si è parlato di «finalità spiccatamente *preventiva*» delle misure che caratterizzano il regime detentivo speciale; così T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis ord. pen.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto (nota a sentenza, Cass., sez. I, 10 dicembre 2013, n. 49725)*, in *Giur. it.*, 2014, n. 6, p. 1495.

³⁵ Per una panoramica più approfondita si v. V. MANCA, *Il Dap riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017.

del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (d'ora in poi citato come DAP), con la quale si sono dettate precise linee guida in materia al fine di ottenere una regolamentazione omogenea in tutti gli istituti. Si pongono nella prospettiva di incidere sulla vita interna all'istituto le limitazioni di cui all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. d) o.p., dove si prevede l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati, e lett. f), dove si limita la permanenza all'aria aperta soltanto a due ore giornaliere – si segnala che la Consulta è però di recente intervenuta sul punto per dichiarare l'illegittimità costituzionale della limitazione delle cd. "ore d'aria"³⁶ – e in gruppi composti da non più di quattro persone e, in ogni caso, in modo tale da garantire la assoluta impossibilità di comunicazione tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità³⁷. Ancora, tra le

³⁶ Tale disposizione è stata fortemente inasprita a seguito della riforma del 2009: prima, la permanenza all'aria aperta era di quattro ore. La versione attuale della norma prevede, inoltre, un limite inferiore rispetto a quello previsto dall'art. 10 comma 1 o.p. per i detenuti cd. comuni, così come modificato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, per i quali è prevista la permanenza all'aperto per un tempo *non inferiore* alle quattro ore giornaliere. Per permanenza all'aria aperta si intende il tempo trascorso all'esterno della camera di detenzione, meglio suddiviso in «un'ora all'aria aperta in cortile» ed «un'ora in ambiente comune o altro luogo di socialità», così S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 530. Si tratta, questa, di una restrizione temporale molto criticata dalla dottrina, poiché si ritiene che la previsione di cui alla lett. f) «eroda il diritto a godere di questa opportunità [appunto, la permanenza all'aria aperta] volta a tutelare la salute psicofisica, che risulta tanto più importante quanto maggiore è il tempo trascorso nella camera detentiva»; così L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 559.

Da ultimo, molto importante, Corte cost., 18 marzo 2025, n. 30, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. (e ritenendo assorbita la censura relativa all'art. 32 Cost.), dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. f), primo periodo, o.p., limitatamente all'inciso «ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'art. 10». In particolare, la Corte ha affermato che tale limitazione delle "ore d'aria" «mentre comprime, in misura ben maggiore del regime ordinario, la possibilità per i detenuti di fruire di luce naturale e di aria, nulla fa guadagnare alla collettività in termini di sicurezza, alla quale viceversa provvede, e deve provvedere, l'accurata selezione del gruppo di socialità unitamente all'adozione di misure che escludano la possibilità di contatti tra diversi gruppo di socialità»; inoltre, il Giudice delle leggi ha osservato come l'ampliamento delle ore della giornata in cui i detenuti in regime speciale possono beneficiare di aria e luce all'aperto contribuisca a «delineare una condizione di vita penitenziaria che, non solo oggettivamente, ma anche e soprattutto nella percezione dei detenuti, possa essere ritenuta più rispondente al senso di umanità». Questa decisione della Corte comporta la «riespansione della disciplina generale delle quattro ore, contenuta nell'art. 10 ord. pen.». Per un commento di tale decisione, si v. L. CESARIS, *I detenuti sottoposti al "carcere duro" tornano a respirare: la Corte costituzionale fa cadere la limitazione delle "ore d'aria"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, n. 2, p. 630 ss.

³⁷ Anche questa limitazione è stata oggetto di critica da parte di più voci in dottrina non tanto per il numero delle persone, quanto piuttosto per la composizione del gruppo, data soprattutto la difficoltà di individuare omogeneità e affinità tra i soggetti ristretti, ma anche rivalità tra questi ultimi. Cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 559. Inoltre, è stata criticata anche la scelta (*rectius* l'errore) del legislatore di «voler riprodurre in legge una disposizione di natura meramente amministrativa/organizzativa», poiché sarebbe stato più opportuno rimettere all'amministrazione

limitazioni inerenti alla vita all'interno dell'istituto, ma indirettamente anche ai rapporti con l'esterno, rientra quella di cui alla lett. c) secondo la quale si prevede la limitazione di somme, beni e oggetti provenienti dall'esterno³⁸.

Il regime detentivo speciale si caratterizza, però, soprattutto, per una drastica riduzione dei contatti tra il detenuto e il mondo esterno. A tal proposito, è destinata ad incidere su tali rapporti la previsione di cui alla lett. e), che prevede la sottoposizione della corrispondenza a visto di censura, ad eccezione di quella con i membri del Parlamento ovvero con autorità, sia nazionali che europee, aventi competenza in materia di giustizia³⁹. Ma, diretta principalmente a recidere i rapporti con il mondo esterno è la

penitenziaria ogni disposizione circa la composizione concreta della socialità tenendo anche conto delle concrete caratteristiche degli istituti; in questi termini, S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 531.

³⁸ Quanto alla sospensione dell'acquisto di generi alimentari che richiedono cottura è possibile ritenere che essa sia diretta ad «affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto nei confronti di chi ha utilizzato le regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio “prestigio criminale”», così S.F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, n. 12, p. 2864. Tuttavia, negli anni successivi la Consulta ha espressamente negato l'utilizzo del regime differenziato *in peius* «a scopo dimostrativo, volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di “potere reale” e occasioni per aggregare intorno ad essi “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensiva criminale», ritenendo invece di poter fronteggiare le forme di “potere” dei detenuti più forti e facoltosi mediante «la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario»; così, Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351, cit. Tornata di recente a pronunciarsi sulla legittimità del divieto di cuocere cibi in relazione agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., la Consulta ha accolto le questioni sollevate dal magistrato di sorveglianza di Spoleto, in quanto ritiene il divieto di cottura non congruo e funzionale all'obiettivo di recidere i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza all'esterno. La Consulta giunge a questa conclusione a seguito di alcune premesse fondamentali, alcune delle quali già oggetto di precedenti pronunce: in particolare, dopo aver ancora una volta ricordato che le regole e gli istituti dell'ordinamento penitenziario possono essere sospesi solo se risultano in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, la Corte evidenzia come il regime differenziato *in peius* renda di per sé «improbabile» per il detenuto possedere «generi alimentari pregiati, che risultino motivo di discriminazione fra detenuti o mezzo improprio di scambio, o tali da distinguere la sua posizione all'interno del limitatissimo gruppo di socialità», tenuto anche conto delle limitazioni di somme, beni o oggetti provenienti dall'esterno. Ancora, nel sottolineare l'incongruità della limitazione rispetto all'obiettivo di recidere i contatti con il mondo esterno, la Corte evidenzia come «la crescita di “potere” e di prestigio all'interno del carcere» potrebbe derivare «anche dalla disponibilità di generi alimentari “di lusso” da consumare crudi»; così Corte cost. 12 ottobre 2018, n. 186. L'amministrazione penitenziaria, da parte sua, in seguito a tale pronuncia è intervenuta con la circolare ministeriale del 18 ottobre 2018, n. 0327043U, ad integrazione della precedente circolare del 2017, prevedendo due fasce orarie in cui è possibile procedere alla preparazione del vitto e aggiungendo anche generi alimentari e utensili per cucinare.

³⁹ La circolare DAP del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126 all'art. 18.1 specifica che la corrispondenza deve «essere esaminata esternamente anche mediante l'ausilio di idonei strumenti meccanici e/o con l'ausilio di unità cinofile». Dato il diffuso ricorso a tale forma di controllo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sottolineato la «necessità di motivazioni chiare e puntuali» circa le ragioni alla base del

previsione di cui alla lett. b), la quale comporta, da un lato, il divieto assoluto di colloqui con i terzi⁴⁰, salvo ipotesi eccezionali valutate caso per caso dal direttore dell'istituto ovvero dall'autorità giudiziaria procedente quando trattasi di imputato, dall'altro, invece, una drastica riduzione dei contatti con la famiglia. In riferimento proprio a quest'ultimo aspetto dei contatti diretti con la famiglia, che si cercherà nel prosieguo di analizzare nel dettaglio, la lett. b), primo periodo, prevede la possibilità di avere colloqui visivi in numero non superiore ad «uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti».

2. I colloqui con i familiari: in generale

Il tema del rapporto con la famiglia può essere considerato il vero cuore dell'art. 41-bis o.p. in quanto il legislatore, nell'ottica di recidere i contatti con l'organizzazione criminale all'esterno, limita notevolmente i momenti di incontro tra la persona reclusa e

trattenimento della corrispondenza, ad esempio basate su elementi concreti che «facciano ragionevolmente dubitare che il contenuto effettivo della missiva sia quello che appare dalla semplice lettura del testo»; così L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 555; in giurisprudenza, fra le tante, cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 marzo 2008, Lioce, *Rv. 239850*, in *CED Cassazione*, 2008. La motivazione deve essere poi diversamente articolata a seconda che si tratti di corrispondenza “in uscita” ovvero “in entrata”, in quanto nel primo caso «il soggetto che subisce il controllo è lo stesso autore della corrispondenza ed è perciò sufficiente rappresentare le esigenze che giustificano la limitazione in concreto»; nel caso, invece, di corrispondenza “in entrata” «il detenuto è il destinatario della corrispondenza, per cui, pur non dovendo il contenuto di questa essere analiticamente esplicitato, deve comunque essere richiamato con modalità idonee ad assicurare il prudente bilanciamento tra il diritto del detenuto a conoscere le ragioni delle limitazioni e le finalità di pubblico interesse volte a salvaguardare le esigenze investigative»; così Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2014, Gionta, *Rv. 260692*, in *CED Cassazione*, 2014.

⁴⁰ Vale a dire coloro che non sono familiari e «non appartengono al quadro permanente degli operatori in servizio presso l'istituto»; vi rientrano, quindi, gli insegnanti privati, i consulenti. Anche i ministri di culto, eccetto i cappellani dell'istituto (che rientrano, invece, tra i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria), vengono considerati terzi: l'amministrazione penitenziaria ha tendenzialmente escluso forme di colloquio individuale, pur consentendo la celebrazione dei sacramenti con la celebrazione della Santa Messa all'interno della sezione. Così S. ARDITA, *sub art. 41-bis*, in *L'esecuzione penale*, cit., p. 524. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza ha ammesso una qualche forma di contatto con il ministro del proprio culto (nel caso di specie si trattava di un ministro dei testimoni di Geova) «al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici», ma sempre «ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario»; così Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 2011, D'Oronzo, *Rv. 250506*, in *CED Cassazione*, 2011.

la famiglia, consapevole che i detenuti, per comunicare con l'esterno, si avvalgono proprio dei momenti di incontro con i familiari⁴¹. La previsione della lett. b) è una disposizione cardine nel tema che qui si intende affrontare, in quanto il colloquio con il familiare rappresenta, in generale, un momento essenziale nel percorso della persona detenuta che permette sia di tutelare l'umanità della pena così come previsto dall'art. 27 comma 3 Cost., sia di garantire il diritto al mantenimento dei rapporti con i propri familiari⁴²; diritto, quest'ultimo, che trova riconoscimento non solo a livello costituzionale, agli artt. 29, 30 e 31 Cost., ma anche nelle Carte sovranazionali all'art. 8 Cedu⁴³. La valorizzazione di tali rapporti rappresenta anche una delle novità più significative apportate dalla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, poiché, mentre nel regolamento del 1931 il contenuto del trattamento coincideva totalmente con gli elementi dello stesso, nella legge penitenziaria del 1975 «i vecchi strumenti» – lavoro, istruzione e religione» vengono sussunti all'interno di una visione più ampia di trattamento comprendente, appunto, anche i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia. Difatti, l'art. 15 o.p. include tra gli elementi del trattamento rieducativo, come necessario e centrale, il mantenimento di tali rapporti (in generale, i contatti con il mondo esterno)⁴⁴. Ai rapporti con la famiglia è specificamente dedicato l'art. 28 o.p., il quale

⁴¹ In tal senso, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, cit., p. 84.

⁴² In dottrina l'istituto dei colloqui, soprattutto con i figli minori, è stato definito «strumento bivalente», perché funzionale sia all'interesse del detenuto-genitore, sia del figlio minore; così G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, n. 2, p. 723.

⁴³ Per quanto riguarda, invece, il rapporto con i figli minori si segnalano anche l'art. 3 comma 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo e l'art. 24 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

⁴⁴ Il trattamento di cui all'art. 15 o.p. è il trattamento rieducativo, vale a dire l'insieme degli strumenti utili al reinserimento del condannato all'interno della società, e si distingue dal trattamento penitenziario, inteso come il regime cui sono soggetti i ristretti; per un approfondimento in tal senso si v. M. COSTANTINO – A. BERNASCONI, *sub art. 15*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, pp. 209-210. In precedenza, M. DE PASCALIS, *Colloqui visivi e*

prevede che, anche nel contesto penitenziario, «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire» le relazioni tra la persona ristretta e la sua famiglia, la quale rappresenta «un valore affettivo di primaria rilevanza» e, al contempo, «un elemento primario della personalità umana», che non può e non deve essere «irrimediabilmente compromesso» dall'allontanamento imposto dallo stato detentivo⁴⁵.

Alla luce di quanto detto, lo strumento principe⁴⁶ per il mantenimento dei rapporti tra la persona detenuta e la famiglia è rappresentato dall'istituto dei colloqui disciplinato dall'art. 18 o.p., dove al comma 4 il legislatore non perde occasione per ricordare che «particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari»⁴⁷, e dall'art. 37 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà personale, d'ora in poi citato come reg. esec.). Il detenuto, qualora si tratti di familiari, vanta un vero e proprio diritto soggettivo al colloquio, che l'amministrazione penitenziaria «una volta accertata l'esistenza di un

telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 3, p. 385.

⁴⁵ In questi termini F. SIRACUSANO, *sub art. 28*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 388. Per una lettura costituzionale dei rapporti fra il detenuto e la sua famiglia v. F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 1, p. 122, secondo il quale «un'adeguata regolamentazione [di tali rapporti] rileva su entrambi i versanti della pena “costituzionale”»: vale a dire, *ex art. 27* comma 3 Cost., sia sul versante dell'umanità della pena, sia su quello della sua finalità rieducativa. Infatti, continua l'autore, non potrebbe ritenersi umano un regime detentivo che, non agevolando i rapporti con la famiglia, finisse per rendere neutrale la risorsa affettiva della famiglia per il detenuto; così come, allo stesso tempo, non potrebbe parlarsi di finalità rieducativa della pena se quest'ultima prescindesse da una valorizzazione «di quell'importante cellula-base, rappresentata dalla famiglia».

⁴⁶ Si v. F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., p. 124; M. DE PASCALIS, *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, cit., p. 384. Ancora, M. COSTANTINO – A. BERNASCONI, *sub art. 15*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 212, definiscono i colloqui visivi e telefonici «come elementi connotati da peculiare valenza trattamentale».

⁴⁷ In dottrina si sottolinea come il «particolare favore accordato ai colloqui con i familiari» emerga anche da altre disposizioni. In primo luogo, mentre l'art. 37 comma 1 reg. esec. prevede che l'autorizzazione per i colloqui con persone estranee sia subordinata al ricorrere di «ragionevoli motivi» debitamente indicati nella richiesta, i colloqui con i familiari, invece, sono ammessi, «per il solo fatto di svolgersi con quelle particolari persone, indipendentemente dalle ragioni dell'incontro», così M. RUARO – C. SANTINELLI, *sub art. 18*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 237; in secondo luogo, significativo del *favor* accordato dal legislatore è il comma 11 dell'art. 37 reg. esec. laddove prevede l'obbligo per la direzione del carcere di segnalare all'ufficio dell'esecuzione penale esterna (cd. u.e.p.e.) qualora risulti che i familiari non mantengano rapporti con il detenuto.

rapporto di parentela o di convivenza, non ha il potere di negare in base a valutazioni di tipo discrezionale»⁴⁸. Tuttavia, nonostante il *favor* riconosciuto dal legislatore ai rapporti con la famiglia, vi sono ipotesi, riferibili a determinate categorie di soggetti detenuti, che derogano alla disciplina generale prevedendo una serie di restrizioni sia in materia di colloqui, visivi e telefonici, sia di corrispondenza⁴⁹: il riferimento è ai soggetti detenuti o internati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* comma 1 o.p., per i quali il numero dei colloqui mensili *de visu* non può essere superiore a quattro, mentre quelli telefonici non superiori a due (la disciplina ordinaria, invece, prevede rispettivamente sei e quattro). Tali contatti si riducono poi ulteriormente nei confronti dei soggetti sottoposti al regime detentivo speciale. Difatti, l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o. p. prevede una limitazione in materia di colloqui che ha conseguenze, necessariamente, su tre aspetti: sulle persone ammesse, sulla frequenza e sulle modalità di svolgimento. Quanto a queste ultime, è bene accennare sin da ora, deve poi distinguersi l'ipotesi, disciplinata dall'art. 16 della Circolare ministeriale del 2 ottobre 2017, in cui i colloqui si svolgano con figli e nipoti *ex filio* minori di anni dodici.

Per comprendere come il diritto ad avere contatti con il mondo esterno e in particolare con la famiglia si comprima per i soggetti sottoposti al regime detentivo differenziato, è opportuno procedere però ad un confronto della disciplina in esame con quella prevista per la generalità dei detenuti.

⁴⁸ Così A. CIAVOLA, *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 2, p. 93; già F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., p. 124. In giurisprudenza, in particolare, v. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni, Rv. 224604, in *Cass. pen.*, 2003, n. 10, p. 2961 ss., dove gli ermellini, chiamati a stabilire se contro i provvedimenti dell'amministrazione in materia di colloqui – visivi e telefonici – fosse possibile esperire un rimedio giurisprudenziale, e in caso positivo quale, hanno concluso nel senso che, trattandosi di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi del detenuto, sono sindacabili in sede giurisdizionale, quindi sussiste la competenza del magistrato di sorveglianza con la procedura di cui agli artt. 69 e 14-*ter* o.p. (rispetto a quest'ultimo, oggi il rimando deve intendersi all'art. 35-*bis* o.p.).

⁴⁹ Per un approfondimento F. SIRACUSANO, *sub art. 28*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 394.

Partendo dall'individuazione dei soggetti, o meglio dalla definizione di familiare, questa – a differenza sia del regime di sorveglianza particolare, sia della disciplina relativa ai detenuti “ordinari” *ex art. 18 o.p.*⁵⁰ – non viene fornita direttamente dall'*art. 41-bis o.p.*, ma dalla circolare DAP del 2 ottobre 2017. In particolare, con l'*art. 16* di tale circolare⁵¹, l'amministrazione penitenziaria, tenuto conto della pericolosità sociale dei detenuti di cui si parla, ha opportunamente precisato – e allo stesso tempo ristretto – l'ambito di estensione del termine “familiare”, stabilendo che ai colloqui sono ammessi soltanto i familiari entro il terzo grado di parentela o affinità⁵²; anzi, v'è di più, l'*art. 16* viene integrato con una tabella esemplificativa, ma al contempo chiarificatrice, dei familiari ammessi. Questo comporta, come già anticipato, che i colloqui con persone diverse dai familiari siano di regola vietati, salvo casi eccezionali valutati di volta in volta dal direttore dell'istituto ovvero, nel caso si tratti di imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente *ex art. 11 comma 2 o.p.*

⁵⁰ Nel regime di sorveglianza particolare di cui all'*art. 14-bis o.p.* il legislatore si premura di indicare i familiari ammessi ai colloqui, mentre nella disciplina relativa ai detenuti “ordinari” di cui all'*art. 18 o.p.* viene fatto riferimento ai «congiunti» intendendosi per tali i parenti e gli affini entro il quarto grado. Si v. anche Circolare DAP 8 luglio 1998, n. 3478/5928, recante le linee guida in materia di colloqui e corrispondenza telefonica.

⁵¹ L'*art. 16* della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 disciplina «in maniera certosina» le modalità con le quali devono avvenire i colloqui del detenuto sottoposto al regime di rigore, così M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 1-*bis* “*Dentro il 41-bis*”, p. 267.

⁵² In dottrina la *ratio* di questa limitazione circa i soggetti legittimati al colloquio (a differenza del regime ordinario dove, invece, rientrano nella nozione ampia di famiglia tutti coloro che sono legati da vincoli di coniugio, parentela e affinità entro il quarto grado) è da rintracciare «verosimilmente nella presunzione» che l'eventuale colloquio della persona detenuta con persone aventi grado di parentela più lontano potrebbe essere utilizzato come momento per scambiare informazioni all'esterno con l'associazione criminale di appartenenza. Tuttavia, è stato però sottolineato che «non si comprende per quale motivo il detenuto [...] ha diritto di effettuare colloqui con persone con cui», seppur rientranti nel terzo grado di parentela, «nella normalità dei casi, si intrattengono rapporti meno stretti rispetto ad altri soggetti che possono invece effettuare colloqui soltanto se autorizzati come “terze persone”», ad esempio un cugino o il genitore del convivente. Così, M. RUARO – C. SANTINELLI, *sub art. 18*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 235-236.

Per ciò che riguarda, invece, il numero dei colloqui l'art. 41-*bis* comma 2 *quater* lett. b) o.p. prevede che il soggetto detenuto possa fruire di un solo colloquio al mese⁵³, ma nulla stabilisce circa la sua durata massima. Occorre sottolineare come, rispetto al regime ordinario, l'elemento derogatorio riguardi il numero dei colloqui⁵⁴, e non anche la loro durata. A tal proposito, l'art. 37 comma 10 reg. esec. – norma generale dettata per la disciplina ordinaria, ma valevole anche per il regime in esame – fissa la durata massima dei colloqui in un'ora; prolungabile a due ore qualora i congiunti o conviventi «risiedano in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto, se nella settimana precedente il detenuto non ha fruito di alcun colloquio» e sempre che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano. La Corte di cassazione, investita della questione circa l'applicabilità anche al regime differenziato *in peius* dell'ampliamento della durata dei colloqui prevista dal comma 10 dell'art. 37 reg. esec., afferma che anche per il detenuto sottoposto all'art. 41-*bis* o.p. possono applicarsi, in assenza di specifiche previsioni contenute nel provvedimento di applicazione del regime, le norme dell'ordinamento penitenziario che non sono oggetto di sospensione⁵⁵. In particolare, i giudici di legittimità hanno osservato come l'art. 41-*bis* o.p. non escluda espressamente l'applicazione residuale degli istituti ordinari, i quali potranno trovare applicazione salvo le esigenze di ordine e sicurezza pubblica⁵⁶. Pertanto, in assenza di un contrasto concreto tra

⁵³ Prima della riforma del 2009 al detenuto ristretto *ex art.* 41-*bis* o.p. potevano essere concessi non più di due colloqui al mese; in realtà, di fatto, i decreti ministeriali prevedevano un solo colloquio mensile; tuttavia, erano per lo più i Tribunali di sorveglianza che, in sede di reclamo e a fronte di specifiche esigenze prospettate dall'interessato, concedevano la possibilità del secondo colloquio. Così M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. pen. Agg.*, 2010, V, p. 774.

⁵⁴ In regime ordinario, il numero dei colloqui mensili di cui godono i detenuti e gli internati è di sei. Per i detenuti o internati per uno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., il numero dei colloqui non può superare il numero mensile di quattro.

⁵⁵ Così, Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 49725, in *Giur. It.*, 2014, n. 6, p. 1490 ss., con nota di T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis ord. pen.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*, cit.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 49725, cit.; precedentemente, Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 2013, n. 39537, in *De Jure*, secondo cui «l'ampiezza della previsione normativa è tale da ritenere – dunque – che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da una

l'applicazione della norma generale e le suddette esigenze, considerato che nel regime in esame il requisito della «extraterritorialità»⁵⁷ (vale a dire, nel significato inteso dai giudici di legittimità, la lontananza del *locus detentionis* dal luogo di residenza della famiglia) rappresenta l'ipotesi normale, la Suprema Corte considera applicabile anche ai soggetti ristretti ex art. 41-bis comma 2 o.p. la previsione di cui al comma 10 dell'art. 37 reg. esec., con la precisazione che il riferimento in quest'ultimo comma al colloquio nella «settimana precedente» vada riferito al colloquio nel «mese» precedente.

La circolare DAP dispone, all'art. 16, che tra un colloquio e l'altro deve trascorrere un intervallo temporale di trenta giorni; tuttavia tale previsione non è suffragata dalla norma di fonte primaria, la quale si limita ancora una volta soltanto a stabilire che i colloqui devono svolgersi «ad intervalli di tempo regolari»⁵⁸. La giurisprudenza, anche in questo caso, è intervenuta con un'interpretazione estensiva di tale espressione, consentendo l'accorpamento dei colloqui: in altre parole, lo svolgimento di essi in giorni ravvicinati, l'uno alla fine del mese, l'altro all'inizio del mese successivo, così da poter contenere i costi e i tempi delle trasferte dei familiari⁵⁹. Non si può, tuttavia, non rilevare come la possibilità di accorpamento finisca per dilatare, ulteriormente, i tempi tra un colloquio e l'altro con i familiari, arrivando a rappresentare un *quid pluris* di afflittività, tanto nei confronti della persona detenuta, quanto dei familiari.

Infine, sempre in chiave derogatoria rispetto alla disciplina per i detenuti cd. comuni⁶⁰, i colloqui si svolgono all'interno di locali destinati ad accogliere la persona

assoluta incompatibilità della norma ordinamentale – di volta in volta considerata – con i contenuti normativi tipici del regime differenziato».

⁵⁷ Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 49725, cit.

⁵⁸ In tal senso L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 551.

⁵⁹ Così Cass. pen., Sez. I, 25 novembre 2016, Santafede, Rv. 269515, in *CED Cass.*, 2017. In senso difforme, invece, Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 2020, Min. giust., Rv. 279526, in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁶⁰ In base al combinato disposto degli artt. 18 o.p. e 37 comma 5 reg. esec. i colloqui avvengono in appositi locali interni e senza l'utilizzo di mezzi divisorii; locali che, quanto ai colloqui con i familiari, devono favorire «ove possibile» una dimensione riservata degli stessi. In ogni caso, i colloqui si svolgono

detenuta e i familiari e «attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti»⁶¹; come si può notare, la norma primaria nulla dice in ordine alle soluzioni tecniche maggiormente idonee ad evitare lo scambio di oggetti, è poi l'art. 16 della circolare ministeriale che identifica nello strumento del vetro isofonico a tutta altezza (cd. vetro divisorio) lo strumento più adatto al fine⁶². Tuttavia, secondo un orientamento giurisprudenziale, l'utilizzo (automatico) di tale strumento divisorio durante i colloqui andrebbe a ledere il diritto della persona *in vinculis* a mantenere i rapporti affettivi con la famiglia; lesione che comporterebbe, di conseguenza, la violazione del diritto, *ex art. 27 comma 3 Cost.*, a non subire una detenzione inumana⁶³. Ancora, sempre al fine di evitare ogni tipo di contatto con l'organizzazione criminale di appartenenza all'esterno – in deroga all'art. 18 comma 2 o.p., che prevede il controllo a vista ma non anche auditivo da parte del personale di custodia – i colloqui sono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del comma 2 dell'art. 11 o.p., e comunque sono video-registrati. Il provvedimento di sospensione incide, poi, anche sul colloquio telefonico, in quanto può essere autorizzato – dal direttore dell'istituto o dall'autorità giudiziaria competente – solo nei confronti di coloro che non

sotto il controllo a vista, ma non auditivo, del personale di custodia, il quale ha il compito di vigilare sullo svolgimento degli stessi e anche il potere di sospendere le persone che tengano un comportamento scorretto e molesto.

⁶¹ La giurisprudenza costituzionale, di recente, si è espressa circa la natura di tale disposizione, ritenendo che il legislatore abbia voluto semplicemente indicare il «risultato vietato», – vale a dire, appunto, il passaggio di oggetti o lo scambio di informazioni – ma non anche le pertinenti soluzioni tecniche, limitandosi soltanto a stabilire che i locali adibiti per i colloqui siano «attrezzati» in modo da impedire tale scambio; così, Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, sulla quale si tornerà nel dettaglio in seguito.

⁶² Per i dubbi circa l'utilizzo esclusivo di tale strumento, si rimanda *infra* Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

⁶³ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104, in *One Legale*; in dottrina, sul punto, F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 3, p. 1147, il quale sottolinea come la compromissione del diritto a non subire una detenzione inumana, derivante dalla automatica imposizione del vetro divisorio, andrebbe a porsi in contrasto con gli orientamenti costituzionali che, in materia di regime differenziato, ritengono compatibili con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. soltanto le limitazioni che appaiono «giustificate da esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza».

svolgono colloqui in presenza, e purché siano comunque decorsi sei mesi dall'applicazione del regime di rigore; in ogni caso, tale corrispondenza telefonica ha una durata massima di dieci minuti ed è, comunque, soggetta a registrazione.

La dottrina, tuttavia, visto l'obbligo di registrazione dei colloqui, si interroga sulla *ratio* di una «disciplina così limitativa» e «incomprensibile», sostenendo come le disposizioni in oggetto, volte ad impedire come già sottolineato i contatti con il mondo esterno che potrebbero avere luogo proprio mediante i colloqui, allo stesso tempo evidenzino «una certa qual diffidenza nei confronti dei familiari, che potrebbero fungere da intermediari con l'organizzazione criminale»⁶⁴. La Cassazione, sul punto, è intervenuta per chiarire la non equiparabilità dello strumento divisorio con i controlli auditivi e di registrazione: difatti, pur riconoscendo come entrambe le modalità siano «finalizzate a garantire le medesime esigenze di sicurezza pubblica e di prevenzione della commissione di ulteriori reati», ha spiegato che in realtà esse agiscono su piani diversi. La presenza di una barriera fisica «riguarda la prossimità fisica» tra il detenuto e i familiari necessaria «al fine di scongiurare la possibilità di un trasferimento occulto di oggetti di qualunque natura»; gli strumenti di audio e video-registrazione, invece, 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

⁶⁴ In questi termini L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 552, la quale se da un lato non nega, alla luce anche della cronaca giudiziaria, che il momento di contatto con la famiglia possa rappresentare spesso il tramite con gli esponenti dell'associazione criminale di appartenenza, dall'altro non nasconde le perplessità derivanti dalla previsione del controllo auditivo di tali colloqui, alla luce anche della disposizione di cui all'art. 18 o.p. che invece esclude espressamente tale forma di controllo, ammettendo solo quello visivo. Si v. anche M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, cit., p. 774, dove in materia di registrazione dei colloqui si riporta una interpretazione del Tribunale di sorveglianza di Roma, ordinanza 10 giugno 2010, n. 2654, secondo cui rappresenta una «maggiore garanzia per il prevenuto che, potendo contare sull'avvenuta registrazione, è posto in grado di dimostrare la legittimità del proprio e dell'altrui comportamento».

familiari verso soggetti presenti ed attivi sotto il profilo criminale all'esterno dell'istituto»⁶⁵.

Discorso a sé merita, invece, la disciplina del colloquio visivo con i figli e i nipoti in linea retta minori, di cui si dirà oltre.

2.1. I colloqui con il difensore e i Garanti

Le particolari limitazioni alle modalità dei colloqui previste dalla lett. b) non si applicano ai colloqui con i difensori⁶⁶. Nondimeno, sebbene la Consulta avesse sottolineato come l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strumentale al diritto di difesa, non possa essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione⁶⁷, la legge di riforma del 2009 rimetteva alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria «se non l'an, sicuramente il *quantum*»⁶⁸ del diritto di difesa prevedendo, all'art. 41-bis comma 2-quater lett. b) o.p., ultimo periodo, che con il difensore «potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata prevista per quelli con i familiari»⁶⁹. Tuttavia, la scelta

⁶⁵ Così Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv. 260357*, in *CED Cass. pen.*, 2014. Si v. in dottrina M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, cit., p. 265.

⁶⁶ Sull'utilità o meno della precisazione di cui all'art. 41-bis comma 2 quater lett. b), ultimo periodo, o.p. cfr. A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 304, secondo il quale essa è «probabilmente superflua». Di diverso avviso, invece, P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 159, secondo la quale, non solo non è superflua, ma «anzi risulta opportuna» perché, da un lato, «non lascia spazio all'adozione di misure che coinvolgano anche i rapporti con il difensore, che potrebbero essere, in teoria, giustificate dalla previsione generica contenuta nella lett. a)», e, dall'altro, serve a precisare come «l'unico limite che può soffrire il rapporto tra il detenuto e il difensore sia quello relativo al numero e alla durata dei colloqui». Si v., in tal senso, anche L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 553, circa l'opportunità della precisazione, «seppur *ad abundantiam*», rispetto alla previsione generica di cui alla lett. a).

⁶⁷ Cfr. Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212.

⁶⁸ Così C. FIORIO, *sub art. 41-bis ord. pen.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 6^a ed, Milano, 2023, vol. IV, p. 1574.

⁶⁹ Cfr. F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 76; M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, cit., p. 775, fa riferimento ad una prassi seguita da molti istituti penitenziari consistente nel concedere alla persona detenuta, considerata anche la distanza tra il luogo di domicilio del difensore e quello di detenzione, «un "colloquio prolungato", ovvero della durata massima di tre ore che "esaurisce", per quella settimana, la possibilità di conferire con il proprio difensore».

del legislatore di limitare nel numero e nella durata il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime differenziato *in peius* – a prescindere dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il soggetto detenuto è coinvolto o dall’urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal numero dei legali patrocinanti con il quale il detenuto debba consultarsi –, poiché incidente sulle concrete possibilità di discutere, quindi preparare la difesa, viola il diritto di difesa sancito dall’art. 6 Cedu e anche dall’art. 24 Cost., così che la previsione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con la norma costituzionale⁷⁰.

La pronuncia della Corte costituzionale (la n. 143 del 2013) ha rappresentato un «elemento di novità nel panorama della giurisprudenza costituzionale [di allora] relativa al regime detentivo speciale»⁷¹: sino a quel momento, infatti, la Corte mai aveva accolto un’eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis* o.p.⁷², al contrario aveva ritenuto i vizi di legittimità denunciati come una conseguenza «della erronea o incompleta ricostruzione del quadro normativo dei giudici remittenti» e «aveva sempre fornito un’interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impugnata». Nel caso

⁷⁰ Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143: tale pronuncia rappresenta una significativa tappa nel cammino verso una maggiore salvaguardia del diritto di difesa della persona detenuta, poiché la Corte ravvisa nelle restrizioni ai colloqui con il difensore un «*vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall’art. 24, secondo comma, Cost.». Per un commento alla decisione si vedano P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, n. 10, p. 1189 ss.; V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”*: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013; F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2180; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2176. Di diverso avviso, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all’art. 41-bis ord. pen.*, cit., p. 457, secondo cui, invece, tale previsione «non pregiudica l’integrità del diritto di difesa».

⁷¹ Si v. P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p.*, cit., p. 1196, da cui sono tratte anche le successive citazioni.

⁷² Il riferimento è a Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410, cit.; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit.; Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit. In questi casi la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis* o.p. sotto diversi e molteplici parametri; tuttavia, attraverso sentenze interpretative di rigetto, i giudici costituzionali hanno dichiarato le questioni di legittimità costituzionale non fondate nei sensi di cui nelle diverse motivazioni, e al contempo hanno fornito interpretazioni conformi a Costituzione della disposizione impugnata.

che qui rileva, il Giudice delle leggi, pur non ignorando le ragioni sottese all'applicazione del regime differenziato, ha ricordato che «il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale» e il suo esercizio può essere «variamente modulato o limitato, a condizione», però, «che non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato» e in ogni caso «ferma restando l'esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate»⁷³; ha inoltre osservato che tali principi «valgono in modo particolare quando si discuta di restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, rese più vulnerabili, quanto alle potenzialità di esercizio delle facoltà difensive, dalle limitazioni alle libertà fondamentali insite, in via generale, nello stato di detenzione»⁷⁴. Con riferimento al regime differenziato, è stato osservato come tale disciplina realizzi un «irragionevole decremento»⁷⁵ di tutela di un diritto fondamentale, quale appunto è quello della difesa tecnica, cui «non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altri interessi di pari rango»⁷⁶. In altri termini, sottolinea la Corte, considerato che i colloqui con i difensori, diversamente da quelli con i familiari, rimangono sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti (di cadenza e durata) normativamente previsti «sono suscettibili di penalizzare la difesa», non sono invece volti «ad impedire, nemmeno parzialmente il temuto passaggio di direttive o informazioni tra il carcere e l'esterno»⁷⁷. Inoltre, rispetto al diritto a godere del tempo e delle condizioni necessari a preparare la difesa, tale limitazione si pone in contrasto anche

⁷³ Si v. Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.; prima, Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, cit.

⁷⁴ Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.

⁷⁵ Così Corte cost. 24 gennaio 2022, n. 18, in *Giur. Cost.*, 2022, n. 1, con nota di F. GIANFILIPPI, *La Corte costituzionale e la corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime differenziato con il proprio difensore*, p. 241 ss.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.

⁷⁷ Così, Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.; anche Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, cit., quest'ultima riguardante il visto di censura della corrispondenza previsto alla lett. e) del comma 2-*quater*:

con i principi del giusto processo affermati nell'art. 111 Cost., nonché con il diritto di eguaglianza espresso nell'art. 3 Cost., in quanto dà vita ad una disparità di trattamento tra il detenuto sottoposto al regime di rigore e detenuti, invece, nella stessa posizione processuale ma in regime ordinario⁷⁸. A fronte così della ricordata declaratoria di illegittimità costituzionale, l'art. 16.3 della Circolare del 2 ottobre 2017, con riferimento alle concrete modalità operative, prevede che i colloqui con i difensori vengano svolti senza l'utilizzo del vetro divisorio e senza limiti di durata e di frequenza; mentre, per ciò che attiene alle modalità dei colloqui telefonici, il comma 3 dello stesso art. 16 cit. stabilisce che il difensore, che intenda ricevere la telefonata dal proprio assistito, dovrà recarsi presso un istituto penitenziario prossimo al domicilio o al luogo ove esercita l'attività forense dove svolgerà il colloquio telefonico con le medesime modalità previste per i familiari⁷⁹.

Merita di essere segnalato quell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, ritenuto dalla dottrina indicatore di «ingiustificate posizioni di retroguardia»⁸⁰, secondo il quale con la già richiamata pronuncia della Corte costituzionale è stata sancita l'illegittimità del criterio di automaticità delle limitazioni del diritto ai colloqui con il

⁷⁸ Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit., con la quale la Consulta, ravvisando la violazione dell'art. 24 Cost., ha ritenuto assorbite le censure riferite agli artt. 3 e 111 comma 3 Cost.

⁷⁹ L'art. 16.2 della circ. DAP 3676/6126 del 2 ottobre 2017 prevede che i familiari, previamente indicati dal detenuto, debbano recarsi, nel giorno stabilito, presso l'istituto già designato e corrispondente a quello più vicino al luogo di residenza muniti di documento di riconoscimento e della documentazione attestante il vincolo di parentela, affinità. Queste stesse modalità, con le variazioni del caso, verranno seguite anche per il colloquio telefonico con il difensore. Per quanto riguarda, invece, il carteggio avente ad oggetto atti e documenti giudiziari e/o processuali che il difensore voglia consegnare *brevi manu* al proprio assistito, e viceversa, l'art. 16.4 della suddetta circ. stabilisce che questi dovranno rendere apposita dichiarazione che si tratta di corrispondenza per ragioni di giustizia *ex art.* 103 c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p., indicando il numero del procedimento penale a cui si riferisce il carteggio e la conferma da parte del Direttore dell'istituto che il difensore è regolarmente nominato nel relativo procedimento. In questi casi dovrà essere garantita l'assenza di lettura degli atti.

⁸⁰ Così C. FIORIO, *sub art. 41-bis ord. pen.*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1574.

difensore, ma non anche l'illegittimità della limitazione degli stessi in ragione di particolari e concrete esigenze riscontrate dall'autorità⁸¹.

In conclusione, è possibile ritenere che la sentenza costituzionale n. 143 del 2013 «incide e rileva su un piano più generale»⁸², prima ancora che sulla disciplina dell'art. 41-*bis* o.p., poiché offre una regola di giudizio che si pone come criterio dirimente nelle operazioni di bilanciamento e, a prescindere dal caso concreto, «aspira ad entrare nel già ricco corredo argomentativo della Corte, promettendo future applicazioni»⁸³: secondo la Consulta, per comprimere un diritto costituzionalmente protetto, non è quindi sufficiente accertarne la necessità per soddisfare un contrapposto interesse ritenuto prevalente, nel caso di specie, la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. È, piuttosto, necessario valutare «“il costo” di questo sacrificio»⁸⁴, vale a dire l'effetto che la tutela di un interesse ha sull'altro diritto coinvolto nel bilanciamento, poiché, appunto, la compressione del diritto non può essere totale ma deve, invece, consentirne comunque l'esercizio.

Per quanto attiene, invece, ai colloqui con i garanti, l'art. 16.6 della Circolare DAP 3676/6126 stabilisce che il Garante nazionale dei diritti dei detenuti, «in quanto “Organismo di monitoraggio indipendente” secondo la convenzione di New York del 18.12.2002», può accedere all'interno delle sezioni 41-*bis* senza alcuna limitazione e incontrare i soggetti ivi ristretti in maniera riservata e senza limiti di tempo. Il legislatore, dal canto suo, intervenuto successivamente, con le modifiche introdotte all'art. 41-*bis* o.p.⁸⁵, nel prevedere diverse modalità di visita e diversi poteri dei Garanti dei detenuti

⁸¹ Cfr. Cass. pen, Sez. II, 13 gennaio 2015, Licciardi, *Rv. 262640*, in *CED Cassazione*, 2015.

⁸² Cfr. P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41 bis o.p.*, cit., p. 1195.

⁸³ Così V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”*, cit., p. 21.

⁸⁴ Così P. CORVI, *op. ult. cit.*, p. 1195.

⁸⁵ L'art. 2-*sexies* comma 1 d.l. 30 aprile 2020, n. 28, ha introdotto all'art. 41-*bis* i commi 2-*quater*.1, 2-*quater*.2 e 2-*quater*.3 riguardanti i colloqui con i garanti.

comunque denominati (nazionale, regionale e comunale), sembra aver voluto disporre una gerarchia tra questi ultimi⁸⁶. Infatti, il nuovo comma 2-*quater*.1 dell'art. 41-*bis* o.p., dispone che i colloqui con il Garante nazionale non devono essere sottoposti a controllo auditivo o a videoregistrazione. Quanto, invece, ai garanti regionali il comma 2-*quater*.2 stabilisce che questi possono accedere all'interno delle sezioni speciali degli istituti presenti nell'ambito del territorio di competenza per incontrare i detenuti ed internati sottoposti al regime detentivo in esame e svolgere colloqui visivi «esclusivamente videoregistrati». Sia i colloqui con il Garante nazionale, sia quelli con i garanti regionali non sono computati ai fini della limitazione dei colloqui personali di cui al comma 2-*quater* dello stesso articolo. Infine, il comma 2-*quater*.3 prevede che i garanti comunali, provinciali o delle aree metropolitane, sempre nell'ambito del territorio di competenza, possano accedere alle sezioni di cui sopra solamente se accompagnati e al solo fine di verificare le condizioni dei detenuti in esse ristretti; quanto ai colloqui visivi, invece, questi sono espressamente vietati.

⁸⁶ A differenza, invece, di quanto emerge dall'art. 67 o.p., dove il legislatore, nell'indicare i garanti «comunque denominati» tra i soggetti che possono accedere all'interno degli istituti senza autorizzazione, non sembra fare riferimento alcuno a diverse modalità di visita o diversi poteri tra costoro; per una maggiore comprensione si rimanda a C. RENOLDI, *sub art. 67*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 911.

3. I colloqui con il minore di anni dodici e l'utilizzo (in)derogabile del vetro divisorio

Venendo ora al fulcro del tema che si intende affrontare con il presente elaborato, in dottrina si parla di «portata cd. “bilaterale della pena”»⁸⁷ volendosi intendere l'insieme degli effetti negativi che l'esecuzione della pena in carcere inevitabilmente produce nei confronti dei familiari e dei figli (ancor di più se minorenni), i quali, essendo limitati nell'esercizio dei diritti fondamentali connessi alla sfera affettiva e all'esercizio della genitorialità da parte del genitore detenuto, vivono la pena come se fosse propria. L'affettività intesa come l'insieme dei rapporti familiari, della genitorialità, che coinvolgono la sfera emotiva, ma anche quale «espressione universale della persona»⁸⁸, segue quest'ultima anche durante la condizione detentiva che non dovrebbe mai raggiungere livelli di afflittività tali da comprometterne il diritto e tradursi così in un *surplus* di pena. Per questo, i colloqui con i figli e i nipoti in linea retta sono stati definiti dalla dottrina alla stregua di «strumenti bivalenti», cioè funzionali all'interesse del detenuto-genitore ma anche a quelli del minore⁸⁹; per tale motivo, è necessario gestire questo particolare momento di incontro con «massima cura»⁹⁰, tenendo anche conto dell'«esigenza di esaltare tale canale di risocializzazione» nell'ambito di un contesto,

⁸⁷ Così V. MANCA, *Sulla dimensione “bilaterale” della pena nel regime differenziato del 41-bis ord. pen.: ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 3, p. 3, la quale rimanda a MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.

⁸⁸ Così, S. LONATI, *Il diritto all'affettività in carcere tra riconoscimento costituzionale ed effettività: una sfida ancora aperta*, in *Sistema penale*, 4 febbraio 2026, p. 2. L'autore, inoltre, parla di affettività come «concetto poliedrico», in quanto essa significa non solo rapporti familiari, ma anche, quando esiste, dimensione sessuale; in tal senso si v. anche Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10.

⁸⁹ Così G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni*, cit., p. 723.

⁹⁰ Così F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1146.

trattamentale e rieducativo, che rispetto al soggetto sottoposto al regime differenziato *in peius* comporta una «sostanziale assenza di qualsiasi attività»⁹¹.

Durante il colloquio con i familiari sono ammesse non più di tre persone, salvo il caso in cui a tale colloquio sia presente un minore di anni dodici. Come già si è osservato, in merito alle modalità dei colloqui, l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. si limita ad indicare il «risultato vietato»⁹², ossia il passaggio di oggetti durante i colloqui e la veicolazione di informazioni da e verso l'esterno dell'istituto, e a richiedere che i locali siano «attrezzati» a tale scopo, senza, però, nulla precisare in ordine alle concrete soluzioni tecniche con cui tale fine deve essere perseguito. A tal proposito, quindi, il legislatore ha demandato alla fonte subordinata il compito di meglio individuare gli strumenti o le modalità con cui impedire, in occasione dei colloqui, qualsivoglia forma di contatto fisico tra la persona ristretta e i familiari: tale strumento è stato individuato, dalle circolari ministeriali, nel vetro divisorio a tutta altezza. L'unica possibilità⁹³, nel tempo «cristallizzata»⁹⁴ in apposite «circolari con valenza generale»⁹⁵, di derogare alla regola del vetro divisorio si realizza, *ex art.* 16 della circolare del 2017, nel caso in cui i colloqui si svolgano con figli e nipoti in linea retta infradodicenni⁹⁶.

⁹¹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 2023, n. 1, p. 47; anche F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1146.

⁹² Così V. MANCA – S. BULIGHIN, *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale: la disciplina dei colloqui visivi per i detenuti in regime di “carcere duro”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, n. 3, p. 1209.

⁹³ In realtà, può aversi una deroga per ragioni umanitarie permettendo anche, ad esempio, in via eccezionale, di effettuare i colloqui senza il vetro divisorio nel caso di imminente pericolo di vita della persona detenuta.

⁹⁴ In questi termini 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. pen. crim.*, 2015, n. 2, p. 172, perché prima di giungere alla formulazione dell'art. 16 della circolare DAP del 2 ottobre 2017, la deroga al vetro divisorio rappresentava una prassi consentita dall'amministrazione.

⁹⁵ Si v. F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, n. 2, p. 198

⁹⁶ Secondo Cass. pen., Sez. I, 3 novembre 2021, Pesce, *Rv* 282319-01, in *CED Cassazione*, 2021 la possibilità di svolgere il colloquio senza l'utilizzo del vetro divisorio soltanto con il minore di anni dodici rappresenta un esercizio non irragionevole della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione

La produzione «sub normativa del DAP»⁹⁷ in materia di colloqui con i figli minori⁹⁸ è stata descritta da alcuni come «particolarmente allarmante»⁹⁹ e causa «di danni collaterali»¹⁰⁰, poiché facendo ricorso a circolari il DAP ha limitato ancora di più i diritti soggettivi delle persone detenute, rispetto al contenuto – già di per sé rigido – dell’art. 41-*bis* comma 2 o.p. Difatti, le circolari, riguardanti il non utilizzo del vetro divisorio durante i colloqui con i minori di anni dodici¹⁰¹, hanno dato luogo ad una serie di contrasti sia in dottrina che in giurisprudenza. In particolare, nel 2013, alcune di queste¹⁰² prevedevano che, qualora il colloquio si fosse svolto unicamente con il minore di anni dodici, si sarebbe potuto svolgere per tutta la durata [di un’ora] senza vetro divisorio. Se, invece, al colloquio avessero preso parte anche altri familiari di età maggiore, il colloquio con il minore si sarebbe potuto svolgere in assenza del vetro divisorio soltanto per il cd. “sesto” della durata [del colloquio mensile], vale a dire per dieci minuti, e senza la contestuale presenza degli altri congiunti dall’altro lato del vetro. Tanto in dottrina quanto

penitenziaria, in funzione del temperamento tra le esigenze del mantenimento delle relazioni familiari e quelle di particolare controllo richieste dal regime di rigore. Si v. anche F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, p. 198. Sulla possibilità di svolgere i colloqui senza il vetro divisorio *anche* per i minori ultradodicesenni, si rinvia a Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2025, n. 22276, in *Cass. pen.*, n. 11, p. 3565 ss.

⁹⁷ Cfr. C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., p. 29, il quale definisce in tal modo la produzione di circolari da parte dell’amministrazione penitenziaria.

⁹⁸ Sul punto si sono susseguite diverse circolari che hanno, sempre più, precisato e definito le modalità di attuazione della deroga; si v. Circ. DAP 9 ottobre 2003 n. 3592/6042 e successive modifiche. Per una dettagliata analisi e ricostruzione della disciplina dei colloqui visivi dei detenuti *ex art. 41-bis* comma 2 o.p., con riferimento anche alle circolari dell’amministrazione penitenziaria, si v. G. MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n. 1, pp. 238 - 241.

⁹⁹ Così definita da C. FIORIO, *41-bis parliamone*, in *Arch. pen. web*, 2015, n. 2, p. 8.

¹⁰⁰ Cfr. C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., p. 29.

¹⁰¹ In origine, si riconosceva la possibilità di effettuare i colloqui *de visu* senza l’utilizzo del vetro divisorio con i figli minori di anni sedici, si v. Circolare DAP 6 febbraio 1998, n. 543884.1.1.41bis. A seguito della riforma dell’art. 41-*bis* o.p., ad opera della l. n. 279 del 2002, l’amministrazione ha emanato una nuova circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, con la quale il limite d’età per i colloqui senza vetro divisorio è stato fissato a dodici anni.

¹⁰² Cfr. Circolare DAP 18 aprile 2013, n. 0140006/2013; circolare DAP 23 maggio 2013 n. 0183805; circolare DAP 10 giugno 2013, n. 0206255.

in giurisprudenza¹⁰³, è stato evidenziato come queste ulteriori limitazioni derivanti da disposizioni amministrative, oltre a ridurre notevolmente la durata del colloquio con il nucleo familiare, «costringevano» la persona detenuta in regime di rigore ad una «scelta inumana» tra il contatto visivo con gli altri familiari e quello fisico, invece, con i figli e/o nipoti *ex filio* minori di anni dodici. Con riferimento, soprattutto, alla disposizione amministrativa, che prevedeva l'allontanamento dalla sala colloqui dei familiari adulti durante i dieci minuti di contatto diretto tra il minore e il genitore (o nonno) detenuto, a seguito di reclami presentati da questi ultimi, una parte della magistratura di sorveglianza¹⁰⁴ ha ritenuto illegittima tale previsione poiché «non congrua e proporzionata al fine di tutela della sicurezza» cui essa è rivolta; aggiungendo inoltre che, tenuto conto dell'integrale registrazione audio e video dei colloqui svolti dai detenuti in regime differenziato, «non sembra residuino ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione». Secondo il magistrato di sorveglianza, l'allontanamento dei familiari dalla sala-colloqui dava luogo ad una compressione grave ed ingiustificata del diritto alla vita familiare così come garantito a livello costituzionale (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.) e sovranazionale (art. 8 CEDU; artt. 3 e 8 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia). Veniva sottolineato come, viceversa, la necessità che il colloquio con il minore si svolgesse anche alla presenza degli altri familiari sembrava «rispondere

¹⁰³ In dottrina, C. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, cit., p. 29. In giurisprudenza, si v. Mag. Sorv. Spoleto, 29 luglio 2013, n. 1095, in *Rass. giur. umbra*, 2013, n. 2, p. 326 ss., dove viene anche fatto notare come, in caso di presenza di neonati o bambini in tenera età, la contestuale presenza (o meno) dell'altro genitore libero rappresenti un «dato rilevantisimo sia per la tranquillità psicologica dell'infante, sia per la positiva evoluzione dello colloquio stesso».

¹⁰⁴ Così, Mag. Sorv. Spoleto, 10 luglio 2013, in *Dir. fam. Pers.*, 2014, n. 1, p. 221 ss., con nota di G. MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit.; Mag. Sorv. Spoleto, 29 luglio 2013, n. 1095, cit., con nota di S. DILETTI, *Regime carcerario differenziato e diritti della persona in vinculis: il colloquio con il minore di dodici anni senza il vetro divisorio*, in *Rass. giur. umbra*, 2013, n. 2, p. 329 ss. In questo senso anche Cass., Sez. I, 21 aprile 2017, n. 22923, Min. giust. c. T.F., in *Famiglia e diritto*, 2017, n. 10, p. 933.

pienamente a quanto insegnatoci dalla giurisprudenza della Corte costituzionale circa il valore insostituibile dei rapporti [del figlio minore] con entrambi i genitori nella loro reciproca integrazione e, dunque, compresenza»¹⁰⁵, seppur mediata dalla presenza del vetro divisorio per il genitore libero.

Per ciò che concerne, invece, il tempo che la persona detenuta può trascorrere con il minore senza l'utilizzo del vetro divisorio (cd. sesto dell'ora) in assenza degli altri familiari, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto tale disposizione dell'amministrazione penitenziaria incongrua rispetto ai fini perseguiti, considerando che le istanze di sicurezza, cui il regime previsto dall'art. 41-*bis* o.p. tende, non sembrano «sensibilmente pregiudicate da una durata maggiore del colloquio», in quanto, nel caso in cui il personale di custodia dovesse ravvisare un tentativo da parte del detenuto di «avvalersi della presenza del minore»¹⁰⁶ per eludere i controlli e comunicare con l'esterno, il colloquio potrebbe in ogni momento essere interrotto¹⁰⁷. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, una maggiore durata del colloquio a diretto contatto con il minore e alla presenza di altri familiari – seppur dall'altro lato del vetro – accrescerebbe il rischio che il detenuto riesca a scambiare informazioni. Tale orientamento, infatti, considera la contenuta durata dei colloqui con il minore senza l'utilizzo del vetro divisorio e in assenza degli altri familiari, non come una limitazione in senso tecnico, ma piuttosto come «una pacifica deroga migliorativa al divieto legislativo di qualunque contatto fisico»¹⁰⁸. A tal proposito, la dottrina, avallando tale ultimo orientamento, ha ritenuto che la disapplicazione da parte del giudice della disposizione della circolare di cui si discute

¹⁰⁵ Così Mag. Sorv. Spoleto, 10 luglio 2013, cit.

¹⁰⁶ In questi termini F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, cit., p. 175.

¹⁰⁷ Così Mag. Sorv. Spoleto, 29 aprile 2014, n. 627.

¹⁰⁸ Così Trib. Sorv. Perugia, 9 luglio 2015, n. 1042. In senso critico rispetto a questo orientamento M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, cit., p. 261.

equivarrebbe alla «piena ed integrale applicazione della disposizione di rango primario»¹⁰⁹, in altri termini vorrebbe dire per il minore partecipare al colloquio al di qua del vetro divisorio vedendosi applicare la disciplina ordinaria.

Quanto, invece, alla Suprema Corte, questa ha avallato la limitazione imposta dalle circolari, ritenendo inammissibili i reclami avverso i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria. In particolare, il giudice di legittimità ha ritenuto che le disposizioni in tema di colloqui tra la persona detenuta in regime detentivo speciale e un familiare minore di anni dodici, dal momento che consentono sia lo svolgimento del colloquio con il minore, sia un contatto fisico tra i due colloquanti, «non possono ritenersi concretamente lesive di alcun diritto soggettivo del detenuto»¹¹⁰, il quale, infatti, «è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle medesime condizioni [valide per il minore] anche ad un adulto che accompagni il minore, ma non di un diritto»; di tal che, ad avviso della Corte, l'amministrazione penitenziaria, con le circolari in tema di colloqui con i minori di anni dodici, ha ben bilanciato il diritto alla sicurezza dello Stato con il diritto del detenuto a vedere tutelate le proprie relazioni affettive e familiari, diritto quest'ultimo che «cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica»¹¹¹. In definitiva, la Suprema Corte ha mostrato «apprezzamento»¹¹² per le circolari dell'amministrazione penitenziaria, le quali

¹⁰⁹ Così F. PICOZZI, *op. ult. cit.*, p. 176. Di diverso avviso, invece, M. NESTOLA, *op. ult. cit.*, p. 261, secondo il quale «la norma primaria non dispone l'utilizzo di un vetro divisorio o di altri mezzi specifici», ma demanda semplicemente all'amministrazione penitenziaria il compito di attrezzare i locali in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sulla formulazione letterale della norma primaria si v., di recente, Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

¹¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv. 260357*, cit.

¹¹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv. 260357*, cit.; anche, Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2014, Min. giust. in c. Maranzano, *Rv. 260128*, in *CED Cass.* 2014; Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2014, Licciardi, *Rv. 260808*, in *CED Cass.*, 2014. In dottrina, M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, cit., p. 263; F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, cit., p. 175.

¹¹² In questi termini F. FALZONE – F. PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. pen.)*, in *Arch. pen. web*, 2016, n. 1, p. 7.

non devono essere intese come restrittive, ma, all'opposto, alla luce del dettato dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. che prevede durante i colloqui la separazione tra il detenuto e i familiari, rappresentano «un apprezzabile apertura nei confronti delle esigenze dei minori»¹¹³.

Ciononostante, per porre fine alla questione, l'amministrazione penitenziaria è intervenuta, una prima volta, con la nota del 28 aprile 2014, n. 0151557 per consentire che il cd. "sesto" del colloquio con il minore possa svolgersi alla presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari. Successivamente, con la Circolare del 2 ottobre 2017, n. 3676/616, per «ottenere la più puntuale funzionalità del regime», è intervenuta dettando disposizioni che riguardano (anche) le modalità di contatto dei detenuti e degli internati sottoposti al regime sia tra loro che con la comunità esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori¹¹⁴.

L'art. 16 di tale ultima Circolare, come già si è ricordato, delinea «in maniera certosina»¹¹⁵ la disciplina dei colloqui della persona sottoposta al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. con i familiari e/o conviventi entro il terzo grado di parentela e/o affinità. Per ciò che qui rileva, vale a dire i colloqui con i minori di anni dodici, l'art. 16, «in una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra la tutela del diritto del detenuto di mantenere i rapporti affettivi con i figli (e i nipoti) e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica», pone fine ai dubbi generati dalle precedenti circolari prevedendo che il detenuto possa chiedere che il

¹¹³ Cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv. 260357*, cit. Si v., in tal senso, anche Trib. Sorv. L'Aquila, 1 dicembre 2015, n. 1887, secondo il quale, di fronte ad una previsione di legge così chiara negli intenti, quale è l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p., i detenuti sottoposti a tale regime «non possono essere riconosciuti titolari di alcuna posizione soggettiva» all'estensione della possibilità di contatto diretto con il detenuto da parte di altri familiari o conviventi, poiché si tratta di una concessione «*praeter* (se non proprio *contra*) *legem* dell'amministrazione penitenziaria».

¹¹⁴ Si tratta delle finalità rese note nella premessa della circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

¹¹⁵ In questi termini M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, cit., p. 267.

colloquio diretto con il figlio e/o nipote *ex filio* minore di anni dodici si svolga, per tutta la durata dello stesso, senza l'utilizzo del vetro divisorio¹¹⁶ e alla contestuale presenza, dall'altra parte del vetro, degli altri familiari di età pari o superiore ad anni tredici. Il colloquio è sottoposto a videoregistrazione e ascolto, previo provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Inoltre, tale articolo precisa anche le concrete modalità con cui il minore deve essere posizionato nello spazio destinato al parente detenuto e poi riconsegnato ai familiari: il tutto dovrà avvenire evitando qualsivoglia forma di contatto con gli altri familiari adulti e sotto il controllo del personale di polizia, con le necessarie cautele al fine di contemperare le esigenze di sicurezza «con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venire a trovarsi»¹¹⁷. A ciò si aggiunga che l'amministrazione penitenziaria, consapevole dell'esigenza di preservare le relazioni familiari rispetto ai minori congiunti in linea retta del detenuto – i quali, considerata l'età, potrebbero venire a trovarsi in una delicata fase della formazione della loro personalità che «potrebbe essere incisa negativamente dalla condizione detentiva del genitore o del nonno»¹¹⁸ e dalla difficoltà ad intrattenere un rapporto significativo con questi ultimi – ha previsto la possibilità per il detenuto di acquistare al sopravvitto «dolci e giocattoli per i figli e familiari»¹¹⁹. Tali acquisti, tenuto conto del divieto posto dalla norma primaria di scambiare oggetti e diretto ad impedire la veicolazione di informazioni da e verso

¹¹⁶ Circa il non utilizzo del vetro divisorio con i minori di anni dodici si v. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

¹¹⁷ Art. 16, circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

¹¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2021, Min. giust. in c. O.G., n. 24691, in *Quotidiano giuridico*, 2021, su ricorso dell'Avvocatura dello Stato avverso l'ordinanza dell'11 giugno 2020 del Tribunale di sorveglianza di Perugia con cui si confermava la decisione del Mag. Sorv. Spoleto di accogliere il reclamo presentato, ex artt. 35-bis e 69 o.p., da un detenuto in regime di rigore che lamentava la lesione del diritto al mantenimento dei rapporti affettivi con i congiunti in tenera età derivante dalla vigente circolare dipartimentale che impedisce di consegnare direttamente piccoli giocattoli o dolciumi ai minori di anni dodici, con i quali è possibile svolgere colloquio senza vetro divisorio.

¹¹⁹ Art. 7 penultimo comma, richiamato dall'art. 16 quintultimo comma della Circolare DAP 2 ottobre 2017. Per quanto riguarda i giocattoli, la circolare precisa che questi dovranno essere «di dimensioni medio-piccole, non ingombranti e di modico valore».

l'esterno¹²⁰, non dovranno essere consegnati direttamente dal detenuto, ma saranno trattenuti fino alla consegna che avverrà alla fine del colloquio per il tramite del personale preposto. Il giudice di legittimità, riprendendo una regola di giudizio fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale¹²¹, ricorda come il decremento di tutela di un diritto fondamentale – quale è, nel caso di specie, quello del minore (figlio o nipote in linea retta del detenuto) ad uno sviluppo della personalità attraverso il mantenimento delle relazioni familiari¹²² che siano il più possibile paragonabili a quelle che avrebbe in situazioni di normalità – sia illegittimo e irragionevole se ad esso non faccia riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Con riferimento allo scambio di dolci e giocattoli con i congiunti minori (di anni dodici), la giurisprudenza di legittimità ritiene, attraverso una interpretazione dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. volta a valorizzare tale disposizione e a rendere le relative limitazioni «congrue»¹²³ rispetto allo scopo perseguito, che il detenuto possa donare direttamente tali beni quando la consegna dell'oggetto possa «essere effettuata con modalità assolutamente idonee a preservare le evidenziate e indispensabili esigenze di sicurezza (ad es. con la consegna

¹²⁰ In tal senso, Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122, precisa che non soltanto le pubblicazioni a stampa sono idonee a fungere da veicolo di comunicazione con (e da) l'esterno, ma «qualsiasi oggetto si presta astrattamente ad assumere – per effetto di una precedente convenzione, per la sua valenza simbolica intrinseca o semplicemente per i rapporti interpersonali tra le parti – un determinato significato comunicativo, quando non pure a fungere da sostituto "anomalo" dell'ordinario supporto cartaceo per la redazione di messaggi, o da contenitore per celarli al suo interno».

¹²¹ Il riferimento è a Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.

¹²² La speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, trova riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno – che demanda alla Repubblica il compito di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31 comma 2 Cost.) – sia nell'ordinamento internazionale, con riferimento in particolare all'art. 3 comma 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo, (approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176) e dell'art. 24 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Queste due ultime disposizioni qualificano come "superiore" l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative ad esso, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, tale interesse deve essere considerato "preminente". In questi termini, Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 187; già Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239.

¹²³ Si v. Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 2021, Presta, n. 15094, in *One Legale*. Nella giurisprudenza costituzionale, si v. Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

dell'oggetto in confezione sigillata, magari messo a disposizione del detenuto, da parte del personale, solo pochi istanti prima, mentre sia stato nel frattempo garantito un ininterrotto controllo visivo o comunque con modalità che non consentano, per la vigilanza attuata o per le caratteristiche del bene, una qualunque forma di manipolazione)»¹²⁴. Secondo la Suprema Corte il rischio di comunicazioni fraudolente, insito in astratto nelle modalità di consegna diretta di giochi o dolci da parte del detenuto al minore, «è in concreto scongiurato alla luce delle modalità che nell'istituto penitenziario presidiano l'acquisto dei beni e lo svolgimento del successivo colloquio visivo»¹²⁵. Ciò considerato, conclude la Cassazione, la consegna diretta deve «ritenersi ammessa» – a condizione che il colloquio venga osservato, ascoltato in contemporanea e videoregistrato – sempreché il regalo sia «acquistato per il tramite dell'impresa di mantenimento, venga custodito in magazzino e da qui sia prelevato dal personale addetto solo in funzione della sua cessione al destinatario, e nell'imminenza di essa, senza che si realizzi alcun antecedente contatto fisico tra la *res* e l'acquirente».

Non rientrano tra i soggetti ammessi a partecipare al colloquio con il familiare detenuto sottoposto al regime differenziato i nipoti *ex fratre* minori di anni dodici: al riguardo i giudici di merito¹²⁶ hanno ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione penitenziaria di ricomprendere nell'alveo dei familiari e dei conviventi, *ex art. 41-bis comma 2-quater lett. b)* o.p. soltanto i nipoti *ex filio* (e non anche *ex fratre*), in quanto tale scelta appare già estensiva rispetto al dettato normativo e comporta un accrescimento

¹²⁴ Così Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 2021, Presta, n. 15094, cit.; Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2021, Min. giust. in c. O.G., n. 24691, cit.

¹²⁵ Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2021, Min. giust. in c. O.G., n. 24691, cit., da cui è tratta anche la citazione successiva.

¹²⁶ Cfr. Mag. Sorv. Udine, 10 dicembre 2015, in *IUS Penale*, 29 aprile 2016, con nota di P. BRONZO, *Limitazioni alla corrispondenza e "carcere duro"*.

delle possibilità per il detenuto sottoposto al regime in parola di mantenere e coltivare le esigenze affettive.

4. Il ruolo del magistrato di sorveglianza nella tutela dei diritti dei detenuti in regime detentivo differenziato

Come si è ricordato poco sopra, per ciò che rileva in questa sede, in materia di colloqui, visivi e telefonici, con i familiari, i detenuti vantano un vero e proprio diritto soggettivo¹²⁷, che, in quanto tale, è tutelabile mediante reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza. Si ritiene perciò necessario soffermarsi, seppur brevemente, sull'evoluzione della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e sul ruolo particolarmente importante e centrale che ha assunto per i detenuti ristretti in regime differenziato¹²⁸, poiché, come già sottolineato, nel perseguire le esigenze di sicurezza pubblica è indubbio che, in particolare il comma 2-*quater* contenente le prescrizioni relative alle limitazioni da applicare, circoscriva fortemente i diritti del detenuto.

È necessario notare che, in realtà, nella versione originaria dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p. non si prevedeva espressamente alcuna forma di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di applicazione¹²⁹, al punto che la Corte costituzionale, nei primi anni di vigenza della norma¹³⁰, è intervenuta sul punto pur senza dichiararne l'illegittimità costituzionale. In particolare, la Consulta dopo aver chiarito che i detenuti conservano la

¹²⁷ Cfr. v. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni. *Rv* 224604, cit.

¹²⁸ Per un attento approfondimento sulla genesi ed evoluzione della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto si rimanda M. BORTOLATO, *sub art. 35-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 462 ss.

¹²⁹ In dottrina si è parlato di volontà della previsione originaria di «esautorare la magistratura di sorveglianza dal settore della differenziazione», così F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1994, p. 20. Sembra sostenere questa tesi anche L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 568.

¹³⁰ Si segnalano quattro importanti pronunce interpretative di rigetto: Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410, cit.; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, cit.; infine, Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

titolarità piena dei diritti costituzionalmente garantiti e come tali sono meritevoli di tutela, ha riconosciuto la sindacabilità dei decreti ministeriali di applicazione del regime da parte del giudice ordinario, più specificamente del tribunale di sorveglianza mediante il reclamo ai sensi dell'art. 14-ter o.p.; inoltre, la Corte ha esteso l'ambito di sindacabilità del giudice ordinario anche al controllo del rispetto dei limiti legali e costituzionali circa il contenuto del provvedimento, sia per quanto riguarda il profilo della eventuale lesione di situazioni soggettive non comprimibili, sia quello della congruità delle limitazioni concretamente imposte rispetto ai fini per i quali si consente il ricorso al regime differenziato *in peius*. È perciò necessario, ad avviso della Corte, che i provvedimenti ministeriali, pur in assenza di una previsione espressa della legge in tal senso, rechino una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti coinvolti al fine proprio di permettere al detenuto destinatario di godere di un'effettiva tutela giurisdizionale. Il legislatore ordinario ha recepito gli insegnamenti della Corte costituzionale con la legge n. 279 del 2002, prevedendo nel comma 2-*sexies* la possibilità di presentare reclamo al Tribunale di sorveglianza territorialmente competente al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento sospensivo e la congruità del contenuto di quest'ultimo rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica cui fa riferimento il comma 2 dello stesso articolo¹³¹. Tuttavia, con la successiva legge di riforma n. 94 del 2009, che, come già si è ricordato, ha inciso profondamente sulla disciplina del regime in esame, (anche) i poteri del giudice in sede di reclamo sono stati «drasticamente ridotti»¹³². La competenza a decidere sul reclamo presentato dall'interessato o dal suo difensore,

¹³¹ Si v. A. MENGHINI, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, p. 404 e ss.

¹³² In questi termini A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. pen. avverso le prescrizioni di regime detentivo speciale*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti del detenuto*, Torino, 2019, p. 324.

infatti, è stata attribuita, o per meglio dire centralizzata¹³³ in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma, indipendentemente dal *locus custodiae*¹³⁴ del detenuto; ma, la novità più rilevante ha riguardato l'eliminazione, nella disposizione, del sindacato giurisdizionale sulla congruità del contenuto del provvedimento ministeriale¹³⁵, determinando così un «grave vuoto di tutela»¹³⁶, il quale riguarda soprattutto la tipizzazione, affatto a numero chiuso, delle prescrizioni di cui al comma 2-*quater*, considerato che il legislatore a fronte di restrizioni dettagliate (si pensi, a titolo esemplificativo, a quelle contenute nella lett. *b*), ne ha previste altre in maniera indeterminata (si pensi alla «norma “in bianco”»¹³⁷ contenuta nella lett. *a*) che rimette alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria l'adozione di non meglio precisate «misure di elevata sicurezza interna ed esterna»). La Consulta, però, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale del nuovo comma 2-*sexies* nella parte in cui, appunto, non prevede il potere del giudice di valutare il contenuto delle restrizioni, nel dichiarare l'inammissibilità della questione ha fornito un'interpretazione

¹³³ Circa le ragioni di tale centralizzazione, si ritiene questa sia stata motivata dalla necessità di uniformare gli orientamenti in materia; cfr. L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 569.

¹³⁴ Per un approfondimento della disciplina in capo al tribunale di sorveglianza di Roma, si rimanda a L. CESARIS, *op. ult. cit.*, pp. 570-571.

¹³⁵ Secondo una voce in dottrina, tale scelta legislativa «parrebbe giustificarsi alla luce della compiuta tipizzazione delle prescrizioni di cui al comma 2-*quater*», che «farebbe ritenere *in re ipsa* la valutazione della loro congruità» rispetto agli obiettivi perseguiti dal regime differenziato; da ciò deriverebbe che «qualora un giudice dovesse ritenere una certa prescrizione legislativa “incongrua” rispetto al fine per cui si applica il regime in esame (è bene ricordarlo: impedire collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza) «potrebbe soltanto sollevare una questione di incostituzionalità della norma, deducendo il contrasto con il principio di cui all'art. 3 Cost.». In questi termini A. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 324. Anche A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 405, la quale, aderendo alla precisazione appena esposta, ritiene che «il vaglio di congruità e quello di proporzionalità in senso stretto» devono essere tenuti necessariamente distinti.

¹³⁶ Cfr. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12, p. 2511. Anche A. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 325.

¹³⁷ La definisce così S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 17.

costituzionalmente orientata della normativa citata¹³⁸. Riprendendo una fondamentale pronuncia, secondo la quale lo stato di detenzione non priva il detenuto dei diritti costituzionalmente garantiti che in quanto tali devono essere tutelabili in sede giurisdizionale¹³⁹, il Giudice delle leggi ha chiarito che la scomparsa del riferimento alla congruità non ha eliminato il controllo di legittimità sul contenuto del provvedimento circa l'eventuale violazione di diritti soggettivi, poiché in quest'ultimo caso è sempre possibile presentare un reclamo *ex art. 14-ter o.p.*¹⁴⁰ al tribunale di sorveglianza territorialmente competente. Infatti, aggiunge la Corte, nel caso di eventuale violazione di un diritto soggettivo «non si tratterebbe di un controllo sulla “congruità”», bensì «dell'accertamento dell'eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso»¹⁴¹. Quanto al tipo di rimedio da utilizzare, è la stessa Corte ad individuare il tipo di procedimento esperibile dai detenuti sottoposti al regime detentivo di rigore, vale a dire il reclamo atipico previsto dall'art. 14-ter o.p.¹⁴².

¹³⁸ Si v. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190, con nota di F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, cit.

¹³⁹ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

¹⁴⁰ Cfr. Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410, cit., dove, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 41-*bis* o.p., si ritiene competente a sindacare sul provvedimento ministeriale «lo stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* o.p.».

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190, cit.

¹⁴² Quanto al procedimento del reclamo atipico, questo consiste in una procedura semplificata che prende avvio su impulso dell'interessato il quale presenta, appunto, reclamo al tribunale di sorveglianza entro dieci giorni dalla ricezione del provvedimento dell'amministrazione che incide sulla posizione soggettiva dello stesso. Il tribunale, ricevuto il reclamo, provvede con ordinanza in camera di consiglio entro i successivi dieci giorni. Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del p.m., non anche dell'interessato (e della pubblica amministrazione) al quale è consentito soltanto presentare memorie determinando così una forte compressione del diritto di difesa – a differenza, invece, del procedimento di sorveglianza disciplinato dal codice di rito agli artt. 678 e 666 c.p.p., dove invece la presenza dell'interessato è necessaria. L'art. 14-*ter* comma 4 o.p., norma di coordinamento, rinvia «per quanto non diversamente disposto» alle disposizioni generali del capo II-*bis* del titolo II (dell'ordinamento penitenziario), vale a dire quelle relative al procedimento di sorveglianza, senza però tenere in considerazione l'entrata in vigore del nuovo codice di rito (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447) che disciplina ora autonomamente il procedimento di sorveglianza (art. 678 c.p.p.) modellato sul quello dell'esecuzione (art. 666 c.p.p.). Alla luce di ciò, è quindi opportuno interrogarsi sul rinvio contenuto nel comma 4 dell'art. 14-*ter* o.p., considerato anche che l'art. 236 disp. coord. c.p.p. stabilisce che «nelle materie di competenza

Un «passo in avanti»¹⁴³ nella tutela dei diritti dei detenuti in regime differenziato è però rappresentato dall'introduzione del reclamo di cui all'art. 35-*bis* o.p.¹⁴⁴, con cui si è voluto in tal modo assicurare al detenuto e all'internato il ricorso ad un procedimento giurisdizionale mediante reclamo proposto davanti al magistrato di sorveglianza in grado di porre fine alle lesioni subite durante il trattamento penitenziario. L'art. 35-*bis* o.p. è stato introdotto nell'ambito delle modifiche normative successive alla sentenza della Corte edu, nel caso Torreggiani e altri c. Italia, con la quale, tra le altre, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per la mancanza, nell'ordinamento interno, di un reclamo effettivo che permettesse tanto di intervenire per interrompere immediatamente una violazione di un atto, quanto di fornire un'adeguata riparazione per il danno subito¹⁴⁵.

In questa sede sarà sufficiente soffermarsi sull'importanza che tale forma di reclamo ricopre in relazione ai decreti ministeriali di applicazione del regime differenziato *in peius*; come già ricordato, ai magistrati di sorveglianza territorialmente competenti è attribuito il controllo, con riferimento allo specifico caso concreto, sulla

del tribunale di sorveglianza continuano ad osservarsi le disposizioni processuali della legge 26 luglio 1975, n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II-*bis* della stessa legge». In dottrina si ritiene che il rinvio operato dalla norma di coordinamento dovrebbe «intendersi riferito alla disciplina oggi vigente, cioè quella codicistica, del procedimento di sorveglianza», v. F. GIANFILIPPI – L. CESARIS, *sub art. 14-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 197. A ciò si aggiunga che la Consulta ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 14-*ter* o.p. e 236 comma 2 disp. coord. c.p.p. nella parte in cui non prevedono l'applicazione degli artt. 666 e 678 c.p.; così Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 53.

¹⁴³ In questi termini A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. pen. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, cit., p. 327.

¹⁴⁴ L'art. 35-*bis* o.p. è stato introdotto dall'art. 3 d.l. 23 dicembre 2013, conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10. Per un'analisi approfondita del reclamo giurisdizionale si rimanda a M. BORTOLATO, *sub art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 461 ss.

¹⁴⁵ Corte edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorso n. 43517/09, relativa alla situazione di radicato sovraffollamento delle carceri italiane, con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato nuovamente l'Italia per violazione dell'art. 3. Con questa pronuncia la Corte edu ha intimato allo Stato italiano a provvedere in ordine alla evidenziata assenza, all'interno dell'ordinamento stesso, di rimedi effettivi che consentissero sia di intervenire per porre fine immediatamente ad una violazione in atto (cd. rimedi preventivi), sia per fornire un'adeguata riparazione del danno subito (cd. rimedi compensativi). Così, il legislatore italiano, ha introdotto prima l'art. 35-*bis* o.p., successivamente con l'art. 1 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. L. 11 agosto 2014, n. 117, l'art. 35-*ter* o.p. che disciplina il rimedio risarcitorio conseguente alla violazione dell'art. 3 Cedu.

legalità delle singole limitazioni adottate e sulla congruità di queste con il fine perseguito dal regime. Nel regime differenziato *in peius*, il controllo del magistrato di sorveglianza assume un ruolo particolarmente rilevante, considerato che l'amministrazione penitenziaria nell'indicare, mediante le circolari, le modalità concrete delle singole limitazioni – si pensi alla materia dei colloqui con i figli minori – incide sull'esercizio dei diritti da parte della persona ristretta. Tuttavia, in alcune occasioni l'amministrazione penitenziaria si è dimostrata riluttante ad eseguire le decisioni del magistrato di sorveglianza, quindi a ripristinare le situazioni di legalità. Sulla scia di questo atteggiamento, la Corte costituzionale ha chiarito come la tutela giurisdizione dei diritti delle persone recluse sarebbe priva di effettività se si lasciasse all'amministrazione la discrezionalità circa l'esecuzione o meno del provvedimento del magistrato di sorveglianza¹⁴⁶. Chiamata ugualmente a pronunciarsi sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proprio in materia di regime detentivo *in peius*¹⁴⁷, la stessa Corte Costituzionale, nel ricordare che l'amministrazione penitenziaria non può rifiutarsi di ottemperare ad una decisione del magistrato di sorveglianza con la quale sia stata rilevata

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., 7 marzo 2012, n. 46. Già in precedenza la Consulta aveva negato la possibilità di degradare il provvedimento del magistrato di sorveglianza (assunto in applicazione degli artt. 69 e 14-ter o.p.) a mera sollecitazione rivolta all'amministrazione penitenziaria, andando così a fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 69 comma 5 o.p. secondo cui i provvedimenti giudiziari devono essere eseguiti dall'amministrazione penitenziaria; così Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266.

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135, con la quale la Consulta è stata chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, promosso dal magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del ministro della giustizia, dichiarando fondata la questione e affermando che «non spettava al ministro della giustizia disporre, su conforme proposta del DAP, che non fosse data esecuzione all'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza». Il caso di specie prendeva le mosse da un reclamo proposto al magistrato di sorveglianza, a norma degli artt. 35 e 69 o.p., da un detenuto sottoposto al regime differenziato *in peius* il quale lamentava la lesione del proprio diritto all'informazione a seguito di un provvedimento del competente direttore generale del ministero della giustizia, con il quale veniva vietata, per i detenuti ristretti al regime di cui si parla, la visione di programmi trasmessi dalle emittenti «Rai Sport» e «Rai Storia»: successivamente all'accoglimento del reclamo da parte del magistrato di sorveglianza l'amministrazione penitenziaria, anziché ricorrere per cassazione e contestarne la legittimità, aveva preferito la via della non applicazione, proponendo un diniego esplicito al ministro della giustizia e ottenendo da questi assenso. Per un commento alla sentenza si v. M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 2, p. 2084.

la lesione di un diritto del detenuto, ribadisce anche il carattere vincolante di tale decisione¹⁴⁸. Il contributo che la Consulta ha offerto con tale ultima sentenza (n. 135 del 2013), in realtà, come affermato da autorevole dottrina, «sembra peraltro in grado di trascendere la specifica questione trattata, quale ulteriore tassello di uno sviluppo giurisprudenziale informato al principio per cui al detenuto deve essere assicurato l'esercizio dei diritti fondamentali nella misura più ampia possibile, ossia entro il limite di compatibilità con le esigenze di ordine e sicurezza»¹⁴⁹.

Consapevole di questa situazione, spinto anche dalla sollecitazione proveniente dalla Corte di Strasburgo¹⁵⁰ con la quale è stata denunciata l'ineffettività delle procedure di reclamo, il legislatore ha quindi disciplinato il reclamo giurisdizionale con l'introduzione dell'art. 35-*bis* o.p., il quale è volto ad «attribuire forza cogente»¹⁵¹ alle decisioni del magistrato di sorveglianza in materia di diritti dei detenuti. Così, adito ai sensi dell'art. 69 comma 6 lett. *b*) o.p., il magistrato di sorveglianza, al fine di procedere alla qualificazione dello strumento giuridico azionato a fronte di un reclamo presentato dal detenuto o internato, dovrà verificare, in via preliminare, se, riguardo alla lesione lamentata dall'interessato, derivante da una condotta dell'amministrazione penitenziaria, sia configurabile o meno una situazione di diritto soggettivo. In caso negativo, il reclamo dovrà essere qualificato come generico ai sensi dell'art. 35 o.p. e volto così alla tutela di un mero interesse del detenuto alla corretta esecuzione della pena. Il reclamo giurisdizionale, invece, ha ad oggetto la verifica di una lesione di un diritto soggettivo sofferto dalla persona detenuta in conseguenza di un comportamento (attivo o omissivo) dell'amministrazione penitenziaria posto in essere in violazione di disposizioni previste

¹⁴⁸ Cfr. M. BORTOLATO, *sub art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 464.

¹⁴⁹ In questi termini M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, p. 290

¹⁵⁰ Corte edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.

¹⁵¹ Così L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 574.

dalla legge sull'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento. La tutela riconosciuta dal magistrato di sorveglianza in sede di reclamo giurisdizionale, ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. *b*) o.p., richiede però la necessaria compresenza di due condizioni: vale a dire, da un lato, l'esistenza di un comportamento dell'amministrazione penitenziaria lesivo di un diritto soggettivo della persona detenuta, dall'altro, che il pregiudizio lamentato dal detenuto abbia i caratteri della gravità e attualità (poiché è soltanto in questo caso che si giustifica l'ordine di *facere* rivolto all'amministrazione dotato di coercibilità)¹⁵². Ricevuto il reclamo, il magistrato di sorveglianza provvede a norma dell'art. 35-*bis* o.p. nelle forme del procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., che prevedono come necessaria la partecipazione anche del detenuto, e, accertata la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato¹⁵³; tale decisione ha natura ordinatoria, poiché con essa il giudice rivolge all'amministrazione un ordine di *facere*, vale a dire ordina la rimozione dell'atto lesivo¹⁵⁴. Infine, si segnala che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza, la cui decisione è ricorribile per cassazione per violazione di legge¹⁵⁵.

Per quanto concerne l'identificazione delle posizioni giuridiche tutelabili *ex art. 35-bis* o.p., è necessario capire quando una pretesa del detenuto «possa qualificarsi o

¹⁵² Cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 giugno 2017, Costa, *Rv. 271905*, in *CED Cassazione*, 2017.

¹⁵³ Per l'esame dettagliato del procedimento, non essendo questa la sede più adatta per soffermarsi nei particolari, si rinvia a M. BORTOLATO, *sub art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 466 ss.

¹⁵⁴ Si v. in tal senso M. BORTOLATO, *op. ult. cit.*, pp. 475-476, secondo il quale il provvedimento di cui all'art. 35-*bis* comma 3, ult. periodo, o.p. data la previsione nei commi successivi di un giudizio di ottemperanza in cui il mag. Sorv. può «dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto in seguito» (comma 6 lett. *b*), non sembra poter includere il potere di annullare l'atto viziato.

¹⁵⁵ La dottrina in considerazione del fatto che la materia della tutela dei diritti della persona reclusa necessita di risposte immediate, si «stupisce», tuttavia, per la scelta del legislatore di prevedere due mezzi di impugnazione avverso la decisione del magistrato di sorveglianza, sostenendo come gli effetti di tale procedura siano «destinati a perdere di rilevanza»; in questi termini L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 574.

meno come *diritto*» e quindi «ricevere tutela giurisdizionale»¹⁵⁶, partendo dal superamento, nel diritto penitenziario, della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi grazie al contributo offerto, dapprima, dalla Corte costituzionale¹⁵⁷ e recepito, successivamente, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵⁸. I diritti fondamentali dell'individuo, ricorda la Corte costituzionale¹⁵⁹, non subiscono alcuna degradazione (ad interessi legittimi) per effetto di interventi discrezionali dell'amministrazione penitenziaria e, in quanto tali, sono tutelabili in via giurisdizionale davanti ad un giudice ordinario, nella specie il magistrato di sorveglianza¹⁶⁰. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, dal canto suo, fa un passo avanti ulteriore affermando che dal trattamento penitenziario discendono situazioni giuridicamente rilevanti ricomprendenti sia i diritti soggettivi che gli interessi legittimi, che in quanto tali sono tutelabili mediante procedimento giurisdizionale¹⁶¹. Tuttavia, il legislatore, a fronte dell'introduzione della tutela di cui all'art. 35-*bis* o.p., non ha provveduto ad indicare le specifiche posizioni giuridiche rientranti nella definizione di diritto soggettivo, ma ha demandato alla giurisprudenza il compito di individuarle. Così la Cassazione afferma che si possono qualificare come diritto soggettivo quelle «aspirazioni alla fruizione e godimento di beni della vita che restano “insensibili” alla restrizione della libertà poiché ricollegate funzionalmente a quel “residuo di libertà” che non può e non deve essere rimesso alla

¹⁵⁶ Così A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord.pen. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, cit., p. 328.

¹⁵⁷ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

¹⁵⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni, *Rv* 224604, cit.

¹⁵⁹ Cfr. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

¹⁶⁰ Non sono comunque mancati nella giurisprudenza di legittimità orientamenti che hanno dichiarato l'inammissibilità del reclamo *ex art. 35-bis* o.p., poiché ritenuto il diritto soggettivo del detenuto degradato ad interesse legittimo davanti al potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria: si vedano, in tal senso, Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv* 260357, cit.; anche, Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2014, Min. giust. in c. Maranzano, *Rv* 260128, cit.; Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 2014, Licciardi, *Rv* 260808, cit.

¹⁶¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni, *Rv* 224604, cit., con nota di R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 4, p. 1365.

discrezionalità amministrativa espressa dagli organi preposti alla esecuzione della pena»¹⁶². In altri termini, la giurisprudenza ritiene diritti soggettivi «gli interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti nella Carta fondamentale o in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato»; laddove invece sia «manifesta» l'assenza di una connessione tra la condotta dell'amministrazione e un pregiudizio della posizione giuridica di diritto soggettivo «l'istanza va ritenuta come sollecitazione (*ex art. 35 comma 1 n. 5 o.p.*) all'esercizio dei generici poteri di controllo e verifica spettanti al magistrato di sorveglianza»¹⁶³. Secondo la giurisprudenza, si può dunque concludere che ai fini della tutela giurisdizionale rileva la «distinzione tra diritti soggettivi e interessi di mero fatto (coincidenti con la figura dell' "aspettativa di fatto")»; per questi ultimi, tuttavia, non è esperibile il rimedio in sede giurisdizionale¹⁶⁴.

4.1. Le posizioni giuridiche tutelabili mediante reclamo *ex art. 35-bis o.p.*: diritto soggettivo o interesse legittimo al colloquio *de visu*?

Il rimedio esperibile ai sensi dell'art. 69 comma 6 lett. *b*) o.p., con il contraddittorio pieno di cui all'art. 35-*bis* o.p. (è bene ricordare come una delle novità principali del reclamo giurisdizionale sia rappresentato dalla partecipazione dell'amministrazione e del detenuto) viene particolarmente in risalto con riferimento proprio alla tutela dei diritti delle persone detenute in regime differenziato *in peius*,

¹⁶² Cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 giugno 2017, Costa, *Rv. 271905*, cit.; in dottrina, A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. pen. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, cit. Quanto, invece, al concetto secondo cui il detenuto, pur privato della maggior parte di libertà, ne conserva comunque un residuo che è tanto più prezioso in quanto rappresenta l'ultimo ambito nel quale si può espandere la sua libertà personale, si v. Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122; Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.; Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit.

¹⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 14 giugno 2017, Costa, *Rv. 271905*, cit.

¹⁶⁴ Si v. al riguardo F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 189.

poiché, come evidenziato nelle pagine precedenti, le restrizioni loro imposte sono volte ad incidere particolarmente nella vita quotidiana del detenuto e nei rapporti di questi con il mondo esterno¹⁶⁵. Le esigenze di ordine e sicurezza, su cui si basa l'applicazione del regime detentivo di rigore, possono comportare limitazioni nell'esercizio dei diritti della persona detenuta, ma non possono tradursi nel completo sacrificio della situazione giuridica soggettiva¹⁶⁶; ciò significa, dunque, che le compressioni nell'esercizio dei diritti si ritengono costituzionalmente legittime solamente se da queste «derivi un beneficio significativo alla tutela di un interesse contrapposto avente pari rango»¹⁶⁷, e in ogni caso tali compressioni devono essere poste in essere sempre tenendo bene a mente le parole della Corte costituzionale circa il prezioso residuo di libertà che il detenuto conserva¹⁶⁸. Perciò, il magistrato di sorveglianza adito in sede di reclamo giurisdizionale ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. b) o.p., dovrà vagliare con speciale «acribia»¹⁶⁹ la sospensione di alcune regole di trattamento per esigenze di ordine e sicurezza previste dall'art. 41-*bis* comma 2 o.p. In particolare, compito del magistrato sarà quello di verificare, nel singolo caso concreto, che la discrezionalità lasciata all'amministrazione penitenziaria – sulla base della lett. a) dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* – di disciplinare nel dettaglio, mediante circolari, alcuni aspetti riguardanti le restrizioni alle ordinarie regole di trattamento non renda maggiormente afflittiva la detenzione per il soggetto, ma che, anzi, tali restrizioni risultino congrue al fine perseguito. Allorché poi il magistrato di sorveglianza ravvisi incidentalmente un conflitto, tra le disposizioni della legge

¹⁶⁵ Cfr. Anche F. GIANFILIPPI, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Giur. it.*, 2025, n. 4, p. 934.

¹⁶⁶ Cfr. M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective*, cit., p. 2090; si v., anche, Corte cost. 7 giugno 2013, n. 135, cit.

¹⁶⁷ Cfr. F. GIANFILIPPI, *Il 41-bis tra simbolo e realtà penitenziaria: la prospettiva del magistrato di sorveglianza e la tutela dei diritti*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. I-*bis* "Dentro il 41-bis", p. 100. Si v., a titolo esemplificativo, Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.

¹⁶⁸ Cfr. Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

¹⁶⁹ Così F. GIANFILIPPI, *Il 41-bis tra simbolo e realtà penitenziaria*, cit., p. 100.

sull'ordinamento penitenziario e una o più norme costituzionali, e tale conflitto non possa essere risolto in via interpretativa, rimane ferma la «ovvia necessità»¹⁷⁰ di adire il giudice costituzionale¹⁷¹.

Per quanto concerne il regime detentivo speciale, il reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* o.p. riguarda soprattutto la materia dei colloqui, per lamentare una lesione del diritto a mantenere e coltivare i rapporti familiari, in particolare con i figli minori. L'utilizzo di tale reclamo in questa materia ben si comprende alla luce delle forti limitazioni discendenti dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p.: come già sottolineato, infatti, la disciplina dei colloqui con i familiari soffre di particolari restrizioni a causa dell'opera di bilanciamento tra le esigenze di ordine e sicurezza, da un lato, e l'esigenza di non comprimere i diritti fondamentali della persona, dall'altro. In dottrina è stato sottolineato come la tutela giurisdizionale offerta dall'art. 35-*bis* o.p. abbia la funzione di «garantire la proporzionalità dell'intervento coercitivo operando in una duplice direzione»¹⁷², vale a dire impedendo, da un lato, che il carattere rigido delle restrizioni previste dal legislatore nell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* o.p. conduca, nel singolo caso concreto, alla violazione dei diritti fondamentali della persona, dall'altro permettendo di «“ripulire” [...] da restrizioni gratuitamente afflittive», nel senso di non proporzionate rispetto al raggiungimento degli obiettivi di ordine e sicurezza, il regime di rigore¹⁷³. Bisogna distinguere però il diritto soggettivo del detenuto allo svolgimento

¹⁷⁰ Così F. GIANFILIPPI, *op. ult. cit.*, p. 100.

¹⁷¹ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit., in tema di colloqui con il difensore.

¹⁷² Così, A. DELLA BELLA, *I reclami ex art. 35-bis ord. pen. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, cit., p. 323, da cui è tratta anche la citazione successiva,

¹⁷³ Cfr., *inter alias*, Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, Trigila, Rv. 262417, in CED Cassazione, 2015, secondo la quale il diritto della persona detenuta ad avere colloqui con i propri familiari non può essere del tutto impedito anche se a venire in considerazione sono rilevanti esigenze di difesa sociale.

dei colloqui dalle modalità concrete di esercizio di tale diritto¹⁷⁴: soltanto il primo è meritevole di tutela giurisdizionale e la sua negazione integra una lesione da far valere in sede di reclamo *ex art. 35-bis* o.p. Per quanto riguarda, invece, le concrete modalità di esercizio del diritto, queste rimangono affidate alle scelte dell'amministrazione penitenziaria e non sono sindacabili in sede giurisdizionale, nella misura in cui, pur adattate alle esigenze di ordine e disciplina interne, non ledano sostanzialmente l'esercizio del diritto nel suo nucleo intangibile¹⁷⁵.

Nelle pagine successive si cercherà di analizzare una importante pronuncia della Corte costituzionale in tema di colloqui con i figli minori, partendo proprio dall'accoglimento, da parte del magistrato di sorveglianza, dei reclami *ex artt. 35-bis* e 69 comma 6 lett. b) o.p. che hanno portato all'attenzione del Giudice delle leggi la delicata materia del bilanciamento di interessi nella disciplina dei colloqui.

5. Il (difficile) giudizio di bilanciamento nella disciplina dei colloqui *de visu* con i minorenni: il quesito del magistrato di sorveglianza di Spoleto

Il diritto all'affettività in carcere è un tema molto delicato e affrontato sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella di legittimità. Come è stato giustamente osservato in dottrina, esso riguarda sia il piano giuridico che quello culturale, ma è «forse, prima ancora, un tema umano»¹⁷⁶ che interessa l'essenza stessa della persona detenuta, la

¹⁷⁴ Così L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Diritti soggettivi dei detenuti sottoposti al regime differenziato di cui al 41-bis*, in *IUS penale*, 20 aprile 2023.

¹⁷⁵ In tal senso, Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico, *Rv. 260357*, cit., in cui la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sui provvedimenti amministrativi che, nel disciplinare le modalità dei colloqui tra la persona detenuta e il minore di anni dodici, prescrivevano il divieto di compresenza degli altri familiari adulti, ha precisato che il detenuto è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle condizioni valide per il minore ad un adulto che lo accompagni, talché, la sua posizione giuridica soggettiva cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica.

¹⁷⁶ Il riferimento è a S. LONATI, *Il diritto all'affettività in carcere tra riconoscimento costituzionale ed effettività: una sfida ancora aperta*, cit. p. 2.

sua dignità, rivelandosi banco di prova per le istituzioni penitenziarie per la concreta attuazione dei principi costituzionali. L'affettività della persona reclusa gode di una tutela costituzionale garantita dagli artt. 2, 3, 27 comma 3, 29, 30, 31 Cost., nonché di una tutela sovranazionale dettata dagli artt. 3 e 8 della CEDU. Di recente la Consulta è stata chiamata ad esprimersi sulla possibile violazione di tali articoli in relazione alla disciplina dei colloqui prevista per i detenuti in regime differenziato con i figli minori.

All'origine di tale intervento della Corte costituzionale¹⁷⁷ in *subiecta materia* vi sono due ordinanze di rimessione del magistrato di sorveglianza di Spoleto¹⁷⁸ con le quali è stata sollevata questione di «legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici» per violazione degli artt. 3, 27 comma 3, 31 e 117 Cost. in rapporto all'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e all'art. 8 Cedu. Tali ordinanze traevano origine da due differenti reclami *ex* artt. 35-*bis* e 69 comma 6 lett. b) o.p., ma di analogo tenore¹⁷⁹, presentati da due detenuti in regime differenziato *in peius*, i quali contestavano il divieto dell'amministrazione penitenziaria di svolgere colloqui *de visu* con figli minori (o nipoti *ex filio*) di età compresa tra i dodici e i quattordici anni senza l'utilizzo del vetro divisorio. In particolare, un detenuto lamentava l'irragionevolezza della disciplina dei colloqui contenuta nell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p., integrata dall'art. 16 della circolare DAP del 2 ottobre 2017, facendo anche presente come

¹⁷⁷ Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

¹⁷⁸ Mag. Sorv. Spoleto, 5 luglio 2022, nn. 104 e 105, in *One Legale*.

¹⁷⁹ Per comodità di esposizione, si farà riferimento all'ordinanza n. 104, ritenendo richiamata anche la n. 105: le due ordinanze richiamano i medesimi parametri costituzionali e offrono i medesimi argomenti a sostegno delle questioni sollevate. La stessa Corte costituzionale, infatti, riunirà i giudizi in un'unica sentenza.

negli anni 2020 e 2021, al fine di contenere la diffusione del contagio da COVID-19, le modalità di colloquio *de visu* fossero state sospese in generale per tutta la popolazione detenuta. Questo aveva comportato, nel caso di specie, non avere contatti diretti con il figlio all'epoca minore di anni dodici, ma soprattutto non poterne più avere, in quanto alla data della presentazione del reclamo il figlio minore aveva superato i dodici anni. Alla luce di ciò, il reclamante chiedeva al magistrato di sorveglianza «la rimozione del limite di età, ovvero, in subordine, almeno il riconoscimento della possibilità di fruire “eccezionalmente” di ulteriori colloqui con il figlio ormai ultra-dodicenne, “compensativi” di quelli che non ha potuto svolgere»¹⁸⁰. In modo analogo, l'altro detenuto¹⁸¹ lamentava le modalità con le quali l'istituto penitenziario accordava di svolgere il colloquio visivo con i propri nipoti *ex filio* ultradodicenni.

Il magistrato rimettente, verificata preliminarmente la natura giurisdizionale dei reclami stante la sussistenza e l'attualità del pregiudizio lamentato (che si ricorda dover essere relativo ad un diritto soggettivo), ha richiamato i principi costituzionali ritenuti violati¹⁸² dall'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. In particolare, secondo il giudice *a quo*, tale disciplina si porrebbe in contrasto con il divieto sancito dall'art. 27 comma 3 Cost. di subire un trattamento disumano, nella misura in cui la restrizione, privando il detenuto di qualsiasi rapporto fisico con il figlio (o nipote *ex filio*) minore, «ridonda in modo esiziale sull'umanità della detenzione»¹⁸³; ma anche con il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, per quanto riguarda «lo scarto rispetto a quanto consentito invece alla

¹⁸⁰ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104, cit.

¹⁸¹ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 105, cit.

¹⁸² Per un approfondimento, si v. G. CARUSO, *Una nuova stagione del c.d. carcere duro nel prisma delle tecniche decisorie della Consulta? I diritti fondamentali tra “piccoli gesti di vita quotidiana”, auspici e perplessità*, in *Arch. pen. web*, 2024, n. 1, p. 12.

¹⁸³ Così Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104, cit., il quale, inoltre, sottolinea come per i soggetti minori «più e meglio di ogni dialogo» sia fondamentale mantenere una relazione «fatta di fisicità ed effusioni, semplici ed immediate, come quelle che derivano dai baci e dagli abbracci che costituiscono il nucleo più intuitivo del rapporto tra genitori e figli e tra nonni e nipoti in più tenera età».

popolazione carceraria detenuta in sezioni diverse»¹⁸⁴ in ordine al mantenimento di un legame, soprattutto fisico, con il nucleo familiare e in particolare con i figli minori (diritto questo protetto tanto sul piano costituzionale, agli artt. 29, 30 e 31 Cost., quanto dallo stesso legislatore penitenziario all'art. 28 o.p.). Sul piano sovranazionale, la disciplina dei colloqui di cui si parla, secondo il giudice *a quo*, violerebbe l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza¹⁸⁵ e l'art. 8 Cedu.

Il magistrato di sorveglianza di Spoleto, per quanto attiene ai profili della rilevanza della questione sollevata, ritiene che la formulazione dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. avrebbe un significato inequivocabile, alla luce anche dell'interpretazione univoca fornita dalla giurisprudenza di legittimità¹⁸⁶, in quanto consentirebbe di svolgere l'unico colloquio mensile con i familiari mediante l'utilizzo della barriera fisica del vetro divisorio, poiché ritenuto l'unico strumento idoneo a «consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi» e «al contempo di impedire il passaggio di oggetti»¹⁸⁷. Tale regola appare quindi, al magistrato di sorveglianza, «decisamente tranciante in senso negativo», dato che – la sua formulazione letterale – sembrerebbe vietare con tutti i familiari, compresi anche i minori infradodicenni, i colloqui *de visu* senza vetro divisorio; in questa chiave di lettura, la circolare ministeriale del 2 ottobre 2017¹⁸⁸, pur apprezzabile negli obiettivi perseguiti, nel prevedere una deroga all'utilizzo

¹⁸⁴ G. CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 13.

¹⁸⁵ Per completezza di esposizione, si riporta il testo della parte che qui interessa : «1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

¹⁸⁶ La stessa Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 2015, n. 32464, in *De Jure*, definisce “univoca” tale interpretazione.

¹⁸⁷ Così. Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104 (e 105), cit..

¹⁸⁸ Si ricorda che tale circolare è stata emanata proprio al fine di regolare la vita all'interno delle sezioni 41-*bis*, in particolare l'art. 16, «in una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra la tutela del diritto del detenuto di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica», concede al detenuto la possibilità di chiedere che il colloquio con il figlio o nipote *ex filio* minore di anni dodici avvenga senza l'utilizzo del vetro divisorio.

del vetro divisorio, si porrebbe quindi, per il giudice *a quo*, in contrasto con la normativa primaria¹⁸⁹. Il rimettente dubita così della compatibilità costituzionale del vigente testo dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. nella parte in cui non esclude i minori dal divieto di svolgere i colloqui con il genitore o nonno detenuti in regime differenziato esclusivamente all'interno di locali dotati di vetro a tutta altezza, impedendo dunque qualsiasi tipo di contatto fisico; dubita, peraltro, tenuto anche conto dei meccanismi di audio e videoregistrazione e di ascolto normativamente previsti.

Pur conscio che la *ratio* sottesa alle limitazioni imposte dal regime in esame sia da individuare nelle esigenze di ordine e sicurezza e che tale modalità dei colloqui con gli adulti rappresenti un chiaro contemperamento tra esigenze contrapposte, il giudice *a quo* ritiene che lo stesso non possa dirsi quando ad essere coinvolti siano minori in più tenera età; in questo senso, la disposizione sembrerebbe «peccare di irragionevolezza»¹⁹⁰ e non rispettare l'orientamento dettato dalla giurisprudenza costituzionale¹⁹¹, secondo la quale le limitazioni derivanti dal regime differenziato devono essere giustificate da esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza, diversamente devono ritenersi non compatibili con gli artt. 3 e 27 Cost. I minori in tenera età, invece, non possono verosimilmente ritenersi strumentalizzabili quale tramite di informazioni da e verso l'esterno, alla luce anche della previsione – nella medesima disposizione – dell'ascolto del colloquio stesso da parte del personale di polizia preposto, a cui si aggiunge anche l'audio e videoregistrazione. Ad avviso del rimettente, sarebbe rilevante – ai sensi dell'art. 31 Cost. e dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo – valutare il “superiore

¹⁸⁹ Non in questo senso, invece, la giurisprudenza, la quale non ritiene sussistente il contrasto tra la normativa primaria e la circolare ministeriale; Cass. pen., Sez. I, 3 novembre 2021, Pesce, *Rv* 282319-01, cit.

¹⁹⁰ Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104, cit.

¹⁹¹ Corte cost., 22 maggio 2020, n. 97, cit.; Corte cost. 12 ottobre 2018, n. 186, cit.; Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.; Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351, cit.

interesse del minore” per orientare in modo corretto il giudizio di bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e il diritto della persona detenuta al rispetto della propria vita familiare e al mantenimento dei rapporti con figli e nipoti minori di anni dodici. In forza di tale ultimo principio, nel giudizio di bilanciamento bisogna riconoscere una «netta prevalenza» ai diritti del minore rispetto alle altre esigenze confliggenti¹⁹²; proprio per questo il colloquio diretto, vale a dire in assenza di qualsiasi barriera fisica, rappresenta l’unico momento in cui il rapporto fisico con il genitore detenuto può trovare la sua esplicazione, rapporto che in alcun modo potrebbe ritenersi sostituibile con un dialogo frenato, dal punto di vista della percezione dei sentimenti, da un vetro divisorio.

Quanto poi alla soglia di età dei dodici anni, sulla quale si tornerà nel capitolo successivo, basti in questa sede accennare come il giudice *a quo* sia intervenuto ritenendola all’origine di una «irragionevole discriminazione»¹⁹³ rispetto alla disciplina dettata per i detenuti comuni e contenuta (a seguito della riforma del 2018) nell’art. 18 comma 3 o.p., in cui il legislatore penitenziario si premura di sottolineare che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici», a prescindere quindi dalla pericolosità del familiare ristretto. Proprio sulla base dell’art. 18 comma 3 o.p., secondo il rimettente, la deroga all’utilizzo del vetro divisorio prevista dall’art. 16 della Circolare sarebbe, oltre che *contra legem* nei termini visti, legata ad un riferimento anagrafico – appunto quello dei dodici anni – privo di fondamento normativo¹⁹⁴. Per questo sarebbe

¹⁹²Cfr., da ultimo, Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, in cui – chiamato ad intervenire in tema di detenzione domiciliare per le detenute madri, in particolare per rimuovere l’automatismo preclusivo che l’art. 47-*quinquies* o.p. dettava in tema di detenzione domiciliare per gli autori di uno dei delitti di cui all’art. 4-*bis* o.p. – il Giudice delle Leggi afferma che «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

¹⁹³ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, 5 agosto 2022, n. 104, cit.

¹⁹⁴ F. PICOZZI, *Questioni (ancora) aperte sulle modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti “41-bis” con i familiari*, in *Cass. pen.*, 2025, n. 11, p. 3570.

necessario che una tale attenzione venisse riservata dal legislatore e dalla magistratura di sorveglianza anche nei confronti dei figli o dei nipoti di età inferiore ai quattordici anni di genitori o nonni ristretti in regime di 41-*bis* comma 2 o.p.

6. (segue) Una pronuncia innovativa della Consulta in tema di colloqui con i minori

La Corte costituzionale con la richiamata sentenza 26 maggio 2023, n. 105, pur dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal magistrato spoletino¹⁹⁵, non manca l'occasione per fornire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma primaria censurata, nonché della correlata disposizione della circolare amministrativa, utilizzando la «tecnica argomentativa dell'interpretazione conforme a Costituzione e il principio di proporzionalità»¹⁹⁶ ed eliminando una «fissità applicativa»¹⁹⁷ che ormai in via di prassi connota l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. Tale intervento deve considerarsi innovativo e meritevole di interesse, in quanto non si limita a decidere sulla questione in esame, ma sviluppa un'interpretazione costituzionale di carattere generale della disciplina dei colloqui valida per ogni persona ristretta in regime differenziato, individuando una regola che dovrebbe guidare prima l'azione amministrativa, poi il sindacato giurisdizionale¹⁹⁸.

¹⁹⁵ La sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2023 rientra tra le sentenze interpretative di rigetto: attraverso tali decisioni la Corte dichiara non fondata una questione di legittimità costituzionale, ma «contemporaneamente fornisce una interpretazione della disposizione impugnata che vale a “salvarla” dalla dichiarazione di incostituzionalità», così E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 5^a ed., Torino, 2016, p. 134

¹⁹⁶ Cfr. V. MANCA – S. BULIGHIN, *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale*, cit., p. 1207.

¹⁹⁷ In questi termini F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-*bis* comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1147.

¹⁹⁸ In questi termini, V. MANCA – S. BULIGHIN, *op. ult. cit.*, p. 1208; sul principio di proporzionalità, si v. G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015, p. 35.

Nella pronuncia qui in esame la Consulta, prendendo le mosse dalla norma “di scopo”¹⁹⁹ e analizzando anche la disposizione ministeriale, traccia la relazione esistente tra le due mediante un’interpretazione che cerca di preservare il difficile rapporto fra le esigenze di sicurezza, cui il regime detentivo speciale è volto, e il «fermo ancoraggio»²⁰⁰ ai principi costituzionali e convenzionali: si tratta di una operazione di bilanciamento complessa poiché la ricerca dell’equilibrio, nel caso che qui interessa, coinvolge – necessariamente – oltre al diritto delle persone detenute in regime differenziato al mantenimento dei rapporti familiari, anche i diritti di persone terze, vale a dire i figli e i nipoti minori in linea retta. Data la mancanza di un intervento legislativo, di tale operazione di bilanciamento devono tener conto sia l’amministrazione penitenziaria sia la giurisdizione di sorveglianza nell’adozione dei relativi provvedimenti. Con la pronuncia in esame, dunque, si offre una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) o.p. che riesce a combinare insieme sia le esigenze di tutela sottese al regime *in peius*, sia l’esigenza del mantenimento dei rapporti affettivi e familiari del detenuto. Mediante tale interpretazione è così possibile garantire un trattamento penitenziario non contrastante con il senso di umanità in linea con gli artt. 3 e 27 Cost. In altre parole, senza disconoscere la valenza del regime differenziato, il Giudice delle leggi «tenta di riportarne la concreta operatività lungo binari umanamente sostenibili»²⁰¹. D’altronde, ricorda la Corte, «la questione dell’affettività intramuraria concerne l’individuazione del limite concreto entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare una compressione della libertà di esprimere affetto, anche nella dimensione

¹⁹⁹ Il riferimento, si ricorda, è all’art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b*) o.p., così definito in quanto il legislatore si limita ad indicare il risultato voluto, cioè la predisposizione di locali «attrezzati» al fine di impedire il passaggio di oggetti.

²⁰⁰ Così F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1145.

²⁰¹ F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1146.

intima»); oltre tale limite il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, traducendosi in una «lesione della dignità della persona»²⁰².

Ad avviso della Corte risulta così erroneo il presupposto da cui muovono entrambe le ordinanze di rimessione: l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. non deve considerarsi inequivoco rispetto all'utilizzo del vetro divisorio in ogni circostanza, compresa anche quella dei colloqui *de visu* con i figli e nipoti *ex filio* «minori di (qualunque) età»²⁰³. Secondo i giudici costituzionali, infatti, la lettera della norma impugnata non impone affatto, in modo espresso ed univoco, l'utilizzo del vetro divisorio, ma indica soltanto e «volutamente»²⁰⁴ il risultato vietato – ossia lo scambio di oggetti o ordini in occasione dei colloqui. L'impiego del vetro divisorio, menzionato nella circolare DAP del 2017²⁰⁵, pur essendo uno strumento oggettivamente idoneo a raggiungere il fine

²⁰² Cfr. Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10: anche tale pronuncia deve considerarsi di portata innovatrice, in quanto la Corte, per la prima volta, con riferimento ai “colloqui intimi” ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 o.p. nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa «a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie». La Corte ritiene quindi non ammissibile un divieto generalizzato dell'intimità affettiva delle persone detenute in assenza di concrete e specifiche esigenze di ordine, sicurezza o giustizia; diversamente, un divieto di carattere assoluto, sarebbe incompatibile con gli artt. 2, 3 e 27 Cost. Tale pronuncia è di particolare interesse non perché con essa la Corte, come sottolinea la dottrina, abbia «voluto “aprire il carcere all'intimità”», ma perché ha ritenuto incompatibile con il sistema costituzionale una disposizione che, in maniera assoluta, vietava l'esercizio di tale diritto – ricompreso nel più ampio concetto di affettività – senza, invece, valutare concretamente e singolarmente le situazioni dei detenuti. La pronuncia di cui si parla, tuttavia, non trova applicazione nei confronti dei soggetti ristretti all'art. 41-*bis* o.p., né nei confronti dei detenuti in regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-bis* o.p. Per ciò che qui rileva, potrebbe osservarsi, come fatto dalla dottrina, che stabilire espressamente che tale sentenza «non concerne i regimi detentivi speciali» finisce per introdurre nuovamente una presunzione assoluta all'esercizio dell'affettività, nei confronti di «intere categorie di detenuti», che va a scontrarsi con «l'assunto, fatto proprio dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui la dignità della persona non è suscettibile di essere perduta “per demerito”», si v. S. LONATI, *Il diritto all'affettività in carcere tra riconoscimento costituzionale ed effettività: una sfida ancora aperta*, cit., p. 14; è pur vero, tuttavia, che le modalità con cui naturalmente dovrebbero svolgersi i colloqui intimi con il coniuge mal si conciliano con le esigenze preventive insite nel regime di cui all'art. 41-*bis*. Ancora una volta emerge la difficoltà di bilanciare le esigenze di sicurezza e i diritti fondamentali del detenuto, a discapito di questi ultimi.

²⁰³ Cfr. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

²⁰⁴ V. MANCA – S. BULIGHIN, *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale*, cit., p. 1209.

²⁰⁵ Si v. F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-*bis* comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1147, il quale fa notare come la circolare DAP sia

voluta dal legislatore, rappresenta solo una soluzione frutto del margine di discrezionalità riconosciuto in capo all'amministrazione penitenziaria. Anzi, secondo la Corte, l'impiego del vetro divisorio, oltre a non essere imposto dalla norma primaria, «può apparire sproporzionato» e «inappropriato» rispetto ad altri interessi costituzionali parimenti rilevanti, quali sono, nel caso di specie, quelli derivanti dalla disciplina dei colloqui con i minori. A tal proposito, in dottrina si è voluta segnalare, nonostante la Corte non abbia condiviso le premesse del magistrato spoletino, la «piena sintonia»²⁰⁶ tra quest'ultimo e i giudici costituzionali rispetto alla necessità di bilanciare equamente le istanze securitarie e l'esigenza di tutela dei diritti su cui il regime di rigore incide, sia direttamente nel caso del detenuto, sia indirettamente come nel caso dei familiari minorenni. La Corte, al pari del magistrato di sorveglianza, sottolinea l'importanza per la persona detenuta di mantenere i rapporti, anche mediante il contatto fisico, con i propri familiari, affermando che i colloqui visivi sono «senza dubbio ricompresi nella sfera dei diritti spettanti anche ai detenuti in regime differenziato»²⁰⁷; una disciplina che invece non contempli alcuna possibilità di contatto deve ritenersi in contrasto con i principi affermati nell'art. 27 Cost. di umanità della pena e di rieducazione del condannato; principi che lo Stato deve rispettare anche nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di rigore²⁰⁸.

Per quanto riguarda, invece, i diritti su cui implicitamente, e inevitabilmente, tale regime ricade, la Corte rammenta come la sua stessa giurisprudenza abbia «da tempo riconosciuto che la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori [...] trovi riconoscimento e tutela sia

un atto, tra l'altro, non impugnabile davanti alla Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità in via incidentale in quanto privo di forza e valore di legge.

²⁰⁶ F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1148.

²⁰⁷ Così Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

²⁰⁸ F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1148.

nell'ordinamento costituzionale interno, sia nell'ordinamento internazionale»²⁰⁹; il “superiore” interesse del minore – così definito dall' art. 3 comma 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dall'art. 24 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui si tornerà meglio nel capitolo successivo – postula che le autorità pubbliche, tutte le volte in cui sono chiamate ad assumere una decisione che riguarda la vita del minore, devono considerare tale interesse come “preminente”²¹⁰. Proprio in considerazione di tale principio, i giudici costituzionali sono intervenuti per adattare le norme di ordinamento penitenziario alla necessità di tutelare il primario interesse del minore, cioè di «un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»²¹¹: questo al fine di contenere il rischio della cd. «portata bilaterale della pena»²¹², vale a dire che la condizione del genitore detenuto si rifletta sul figlio minore «espandendo la portata afflittiva della pena fino a pregiudicare lo sviluppo e il futuro di incolpevoli soggetti»²¹³. È bene però evidenziare come la Consulta, sempre nell'ottica di non disconoscere le innegabili esigenze sottese al regime di rigore, abbia chiarito che l'interesse del minore, «non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pur di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena»²¹⁴: tali ultime esigenze di sicurezza si ravvisano al massimo grado con riferimento ai detenuti in regime detentivo differenziato, perciò sarà necessaria una attenta ponderazione, in relazione al singolo caso, degli interessi in gioco. La Consulta, infatti,

²⁰⁹ Cfr. Corte cost., 22 maggio 2019, n. 187, cit.

²¹⁰ Cfr. le già richiamate sentenze Corte Cost., 18 luglio 2019, n. 187; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239.

²¹¹ Così Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, cit.

²¹² Così V. MANCA, *Sulla dimensione “bilaterale” della pena nel regime differenziato del 41-bis ord. pen.*, cit., p. 3.

²¹³ In tal senso F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1149.

²¹⁴ Cfr. Corte cost., 3 febbraio 2022, n. 30, e Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174.

concordando con il rimettente, è consapevole, che per il minore, sia esso infante o comunque ancora nella fase dello sviluppo, il rapporto con il genitore detenuto mediato dal vetro divisorio sia ben altra cosa rispetto al rapporto fisico e diretto; tuttavia, è parimenti conscia che l'istituto dei colloqui con i familiari rappresenti uno dei momenti in cui, più di ogni altro, si possa concretizzare il rischio di compromettere le esigenze di ordine e sicurezza sottese all'applicazione del regime detentivo differenziato.

Nel merito della questione, la Corte ritiene che in realtà il dato testuale dell'art. 41-bis comma 2-*quater* lett. b) o.p. sembra suggerire anche un esito differente da quello mostrato dal magistrato di Spoleto e, dunque, «compatibile con i parametri costituzionali e sovranazionali evocati», anche se la disposizione censurata «per vero, contiene indici testuali che depongono in favore della lettura fatta propria dal rimettente» in quanto in effetti «“attrezzare” i locali destinati ai colloqui visivi in modo da impedire il passaggio di oggetti può significare inserire una separazione materiale che impedisca qualsivoglia contatto fisico tra gli interlocutori», sicché, nell'esperienza concreta, il ricorso allo strumento del vetro divisorio a tutta altezza si rivela quello più efficace per impedire lo scambio di oggetti²¹⁵. Il legislatore penitenziario nell'indicare il risultato voluto – l'impedimento del passaggio di oggetti o informazioni in occasione dei colloqui *de visu* – ha ritenuto di non dover specificare le soluzioni tecniche più adatte, limitandosi a richiedere che le sale colloquio vengano «attrezzate» in modo da impedire tale passaggio. Da ciò discende che di fronte ad una disposizione di legge che indica esplicitamente solo l'obiettivo, le soluzioni per raggiungerlo devono essere concretamente individuate in base alle singole situazioni che l'amministrazione è chiamata ad affrontare, tenendo quindi conto tanto dei diritti fondamentali del detenuto, quanto di quelli del familiare minorenn.

²¹⁵ Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

Ecco che allora sarà necessario ricorrere, oltre che allo strumento del vetro divisorio a tutta altezza, anche a «differenti soluzioni tecniche»²¹⁶ che siano adeguate «a garantire la finalità indicata dalla disposizione censurata» ma anche, al contempo, «a evitare che la restrizione assuma connotazioni puramente afflittive per il detenuto, sacrificando inoltre l'interesse preminente del minore». Del resto, è «in certa misura inevitabile che le persone affettivamente legate al detenuto» subiscano concretamente le conseguenze derivanti dallo stato di detenzione, ma «tale riflesso soggettivo diviene incongruo quando la restrizione stessa non sia necessaria»²¹⁷. L'applicazione delle restrizioni contenute nell'art. 41-bis comma 2-*quater* o.p., infatti, deve rispondere ai criteri di proporzionalità e congruità, nel senso che esse devono risultare «necessarie» al soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza; devono, in altri termini, essere modulate in relazione al singolo caso concreto e anche a «coloro sui quali le prescrizioni imposte avrebbero indirette e pregiudizievoli ricadute»²¹⁸. Questa interpretazione è in linea con i principi giurisprudenziali che la Corte ha nel tempo portato avanti: difatti, più volte ha individuato nella «stretta necessità» sia un requisito intrinseco del regime di rigore, sia «il “limite”»²¹⁹ entro il quale accertare la congruità delle scelte operate e delle prescrizioni imposte rispetto allo scopo preventivo per cui sono state intese²²⁰. In questa interpretazione fornita dalla Consulta dunque, a differenza di quanto ritenuto dal magistrato di sorveglianza rimettente, le circolari adottate dall'amministrazione, che consentano di svolgere colloqui con minori in tenera età senza l'utilizzo del vetro divisorio, non possono ritenersi *contra*

²¹⁶ Corte cost. 26 maggio 2023, n. 105, cit.: è la stessa Corte a suggerire le alternative pratiche al vetro divisorio: ad esempio, «l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani e la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera».

²¹⁷ Cfr. Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10., cit.

²¹⁸ Cfr. in tal senso F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1150.

²¹⁹ Così F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1150.

²²⁰ Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit.

legem. In particolare, l'art. 16 della circolare del 2017 deve intendersi compatibile con la norma primaria²²¹ e idoneo a fornire all'amministrazione penitenziaria «un riferimento che la solleva dall'obbligo di motivare puntualmente le ragioni della propria scelta, su ogni richiesta di colloquio senza vetro divisorio con familiari minorenni, sia *infra*, sia ultradodicenni». Ancora, secondo i giudici costituzionali, «l'ulteriore pregio dell'indicazione contenuta in una circolare siffatta»²²² risiede nel fatto che essa, proprio in considerazione delle singole situazioni concrete in cui possono trovarsi il familiare detenuto e il minore, non è espressione di «alcuna insuperabile rigidità»: questo significa che l'amministrazione penitenziaria, ma anche la giurisdizione di sorveglianza, potranno calibrare la scelta dell'utilizzo o meno del vetro divisorio durante i colloqui con i minori, anche ultradodicenni, qualora «sussistano ragioni tali da giustificare una simile scelta, oggetto di adeguata motivazione». In altri termini, la pronuncia in esame rappresenta un'apertura riguardo «la deroga puntuale alla regola del vetro divisorio», poiché in presenza di valide ragioni giustificative tali da escludere che i minori possano essere strumentalizzati per trasmettere o ricevere informazioni, potrà ammettersi al colloquio senza vetro divisorio anche il minore ultradodicenne. All'opposto, l'amministrazione, sempre relativamente al singolo caso concreto, potrà rifiutare la richiesta di colloquio «non schermato» con il minore infradodicenne qualora, «nel bilanciamento tra il suo interesse [del minore], i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza» rilevino elementi tali da «rendere oggettivamente prevalente l'esigenza di contenimento del rischio di

²²¹ Anche la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto legittima la disposizione di cui all'art. 16 della Circolare Dap; si v., *inter alias*, Cass. pen., Sez. I, 30 marzo 2022, n. 34388, in *Diritto e giustizia*, 19 settembre 2022.

²²² Cfr. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, da cui sono tratte anche le successive citazioni.

contatti con l'esterno»²²³; la legittimità di tale rifiuto potrà sempre essere valutata dalla giurisdizione di sorveglianza in sede di reclamo *ex art. 35-bis o.p.*.

L'intervento dei giudici costituzionali in *subiecta materia*, seppure «non necessario, neppure ai fini dell'estensione della platea dei soggetti minorenni da ammettere al colloquio in assenza del vetro divisorio»²²⁴, rappresenta una importante novità capace di fornire – in attesa, magari, di una nuova Circolare del DAP o, meglio ancora, di un intervento puntuale del legislatore²²⁵ – una direzione «meno stereotipata»²²⁶ rispetto a quella che caratterizza tradizionalmente il regime di rigore, in quanto bisogna riconoscerle il pregio di aver scardinato l'automatismo della presunzione (di rischio) legata all'età del minore, a favore di una valutazione individualizzata e concreta basata sul giudizio di bilanciamento degli interessi. La dottrina, accogliendo positivamente la pronuncia della Corte costituzionale n. 105 del 2023, afferma che essa può «aiutare a sovvertire una *routine* operativa che, dando esclusivo risalto al profilo criminologico dell'interessato (saldato al reato commesso), appare attualmente animata da una logica marcatamente afflittiva ed esclusivamente proiettata a scopi di difesa sociale»²²⁷,

²²³ Cfr. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit. In dottrina, all'indomani della più volte evocata sentenza della Consulta n. 143 del 2013, già si faceva riferimento, in merito al regime detentivo *ex art. 41-bis* comma 2 o.p. in generale, ai parametri concretamente utilizzabili per il giudizio di bilanciamento tra i diversi e contrastanti diritti; si v. F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 200-201.

²²⁴ Così Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit., punto 11 del *Considerato in diritto*.

²²⁵ Circa l'inerzia del legislatore, si v. F. SIRACUSANO, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, cit., p. 1152, il quale sostiene che si tratta, questo in esame, di un settore su cui il legislatore, «per ragioni eminentemente politiche», preferisce non intervenire direttamente e rimettere, invece, il compito – «*rectius*, la responsabilità» - di gestire tali situazioni particolarmente delicate all'amministrazione penitenziaria e alla giurisdizione di sorveglianza.

²²⁶ Così F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1152

²²⁷ Così, F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 1152. Di diverso avviso, invece, G. CARUSO, *Una nuova stagione del c.d. carcere duro*, cit., pp. 24 e 27, secondo il quale l'interpretazione data dalla Consulta, oltre a non sembrare aver tenuto in considerazione adeguatamente il diritto vivente cristallizzato in senso favorevole alla disposizione della Circolare del DAP, tradisce la *littera legis*.

indirizzandola, invece, verso percorsi in grado di tutelare la sicurezza pubblica senza andare a discapito della tutela dei diritti della persona.

6.1. Il recepimento del principio da parte della giurisprudenza di legittimità

L'intervento della Corte costituzionale del 2023 non è rimasto privo di influenze sulla giurisprudenza di legittimità, la quale, nonostante l'assenza di modifiche alla più volte citata circolare del DAP, ha cercato sin da subito di confrontarsi con i principi espressi dalla Consulta. In particolare, i giudici di legittimità hanno precisato che il rifiuto dell'amministrazione penitenziaria a consentire lo svolgimento del colloquio senza vetro divisorio con minori infra e ultradodocenni deve essere valutato, in sede di reclamo giurisdizionale, attraverso la concreta verifica della sussistenza di ragioni che, nell'equilibrio tra la tutela della relazione familiare e quella delle esigenze di sicurezza, possano rendere ingiustificato tale divieto²²⁸. Di recente, poi, la Corte di Cassazione si è trovata ad affrontare il problema se, in base alla più volte ricordata sentenza costituzionale del 2023, «gravi sul detenuto istante l'onere di dedurre, in relazione al caso concreto, una situazione particolare, [...] atta a giustificare l'effettuazione dei colloqui in assenza del vetro divisorio», oppure, diversamente, «viga la regola generale della non apposizione del vetro divisorio, salva la giustificazione, ad opera dell'amministrazione penitenziaria, delle ragioni giustificative di tale utilizzo»²²⁹. Secondo la Suprema Corte la soluzione non può che ritrovarsi nella stessa pronuncia costituzionale, precisamente nella parte finale

²²⁸ Cfr. in tal senso, Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2025, n. 36653, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, Sent., 6 maggio 2025, n. 28598, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 2024, A., Rv. 287214-01, in *CED Cassazione*, 2024.

²²⁹ Così Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2025, n. 22276, con commento di F. PICOZZI, *Questioni (ancora) aperte sulle modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti "41-bis" con i familiari*, cit., p. 3568 ss.

della motivazione²³⁰, là dove riconosce sì la possibilità per i minori ultradodicesimi di svolgere i colloqui senza l'utilizzo del vetro divisorio, ma tuttavia ritiene tale ipotesi una «deroga puntuale alla regola del vetro divisorio». È quindi, ad avviso dei giudici di legittimità, la stessa pronuncia costituzionale n. 105 del 2023 ad «orienta[re] univocamente verso la prima soluzione»²³¹: questo significa, secondo il Collegio, che in materia di colloqui con i minori vige la disciplina generale dell'utilizzo del vetro divisorio a tutta altezza, derogabile, su richiesta della persona detenuta, solamente in presenza di due requisiti necessari. Da un lato, l'esistenza, nel singolo caso concreto, di «elementi positivi, seriamente apprezzabili» tali da giustificare la deroga; dall'altro, parallelamente, l'assenza di «elementi negativi», ossia di situazioni in cui è possibile ravvisare il rischio di strumentalizzazione del minore. Alla luce di ciò, il Collegio ritiene quindi «pienamente validi» i principi di diritto che, più volte in passato, sono stati già fissati dalla sua stessa giurisprudenza, secondo la quale si considera legittima la direttiva dell'Amministrazione penitenziaria che ammette la possibilità in via generale di svolgere i colloqui con i minori in assenza del vetro divisorio soltanto nel caso in cui costoro, figli o nipoti in linea retta, siano minori di anni dodici. E, allo stesso tempo, considera l'interpretazione costituzionale offerta nel 2023 non confliggente con le «consolidate regole ermeneutiche» sviluppate dai giudici di legittimità²³².

²³⁰ Il riferimento è a Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit., punto 11 del *Considerato in diritto*. Anche la dottrina evidenzia con particolare favore tale passaggio della pronuncia, cfr. F. SIRACUSANO, *sub art. 41-bis*, in A. SCALFATI (a cura di), *Commentario alla disciplina penitenziaria*, Pisa, 2025, p. 570.

²³¹ Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2025, n. 22276, cit.

²³² Si v., ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 2024, A., Rv. 287214-01, cit., dove si ritiene «legittimo il diniego che l'amministrazione penitenziaria, ritenendo sussistente il concreto pericolo che un'attenuazione dei presidi di sicurezza possa vanificare il rigime del detenuto, opponga – in attuazione dell'art. 16 della circolare del DAP del 2 ottobre 2017 – alla richiesta del detenuto di effettuare il colloquio visivo con il proprio figlio minore ultradodicesimo in ambiente privo di vetro, poiché in tal caso le esigenze di controllo richieste dal regime penitenziario prevalgono su quelle di mantenimento delle relazioni familiari».

Secondo la giurisprudenza di legittimità, quindi, l'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. deve essere inteso come norma dotata di flessibilità, in quanto in materia di colloqui con i figli minori si oscilla tra la disciplina generale e la possibilità di deroga, motivata, a seconda dell'età del minore²³³: in virtù dell'art. 16 della Circolare, qualora il familiare, figlio o nipote in linea retta, sia minore di anni dodici la regola è quella dell'assenza dello strumento del vetro divisorio, fatta salva la possibilità per l'amministrazione di derogarvi quando vi siano fondate ragioni. Diversamente, quando il familiare minore sia di età superiore ai dodici anni sarà onere del familiare detenuto richiedere che, una volta verificata la sussistenza (e assenza) dei requisiti di cui sopra, il colloquio avvenga senza barriera fisica²³⁴. La Cassazione, tuttavia, mostra anche prudenza con il crescere dell'età del minore, in quanto ha tenuto a precisare in diverse occasioni come l'età più matura del minore²³⁵, valutata unitamente al «contesto familiare» e alla «caratura criminale»²³⁶ del detenuto genitore o nonno, possa

²³³ Cfr., in tal senso, F. PICOZZI, *Questioni (ancora) aperte sulle modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti "41-bis" con i familiari*, cit., p. 3572.

²³⁴ Si v. Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 2024, n. 3416-25, in *De Jure*, dove il Collegio, dopo aver ricordato che la disciplina dei colloqui senza vetro divisorio, contenuta nell'art. 16 della Circolare, è prevista per i soli minori di dodici anni, ha ritenuto legittima l'autorizzazione concessa al detenuto, in chiave derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, a svolgere «tre colloqui senza vetro divisorio con la figlia infra-quattordicenne» a seguito di una verificata «esigenza temporanea ed eccezionale». Ancora, Cass. pen., Sez. I, 13 settembre 2024, n. 43632, in *Massima redazionale*, 2024, dove la Corte – pur, nel caso concreto sottoposto al suo vaglio, ritenendo legittimo il diniego dell'amministrazione a far svolgere al detenuto, eccezionalmente, un colloquio in presenza senza il vetro divisorio con la madre anziana e in condizioni di salute non buone – ha ribadito come non si possa escludere in linea di principio che situazioni di natura eccezionale, oggetto «di un congruo riscontro», possano consentire deroghe all'utilizzo del vetro divisorio anche in caso di familiari maggiorenni.

²³⁵ Si v., ad es., Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 2024, n. 2162, in *De Jure*, riguardante un caso di diniego a svolgere il colloquio in assenza del vetro divisorio con figlia di età prossima alla maggiore: il Collegio, a tal proposito, concorda con i Giudici di sorveglianza, laddove questi, in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, tenuto conto dell'età della figlia del ricorrente (anni diciassette), hanno respinto il reclamo ex art. 35-*bis* o.p. avverso il diniego dell'amministrazione penitenziaria a svolgere colloqui in presenza senza il vetro divisorio, ritenendo che proprio «l'età, quasi vicina a quella maggiore, della figlia» – età in cui la capacità di discernimento e autodeterminazione è superiore rispetto a quella di una persona di età inferiore – «possa essere maggiormente strumentalizzabile rispetto alla prevalente finalità di impedire il passaggio, verso o dall'esterno, di ordini informazioni o notizie».

²³⁶ Si v. Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2025, n. 36653, cit., dove la Corte annulla l'ordinanza impugnata con rinvio «per permettere al giudice *a quo* di procedere», mediante un'attenta analisi dei criteri,

rappresentare un rischio maggiore di strumentalizzazione del minore per eludere le norme di sicurezza e veicolare informazioni o ordini verso l'esterno²³⁷.

Come si è potuto notare, la giurisprudenza di legittimità, seppure con «*nuances* e circoscritte divergenze interpretative»²³⁸, ha accolto favorevolmente l'interpretazione innovativa fornita dalla Corte costituzionale, in quanto a seguito di quest'ultima è indubbio che «deve ritenersi venuto meno un limite [quello anagrafico previsto dall'art. 16 della Circolare] che era stabilmente osservato dall'amministrazione e della giurisprudenza»²³⁹. Nondimeno, deve però rilevarsi come, in assenza di una modifica della circolare del 2 ottobre 2017 che moduli la deroga all'utilizzo del vetro divisorio tenendo conto dell'interpretazione fornita dalla Consulta, nella prassi continui comunque ad applicarsi con eccessivo rigore la disciplina dei colloqui con i minori infra e ultra dodicenni. Di sicuro sarebbe auspicabile, come d'altronde ha osservato anche la stessa Consulta, un intervento del legislatore che vada a meglio disciplinare, evitando però «scelte rigide»²⁴⁰, le modalità dei colloqui con i familiari minori, sempre tenendo come faro guida l'art. 27 comma 3 Cost., secondo il quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del

«a rinnovata, e realmente argomentata, valutazione, finalizzata ad escludere che il minore, eliminato il vetro divisorio, possa essere utilizzato come tramite per aggirare i presidi di sicurezza».

²³⁷ Da segnalare anche l'orientamento giurisprudenziale che ritiene non sufficiente desumere l'assenza di rischio di strumentalizzazione dal solo fatto che nei colloqui precedenti, quando il minore aveva magari meno di dodici anni, non vi siano state criticità; le esigenze di sicurezza e ordine sottese al regime differenziato devono essere valutate in concreto e in relazione alle condizioni esistenti al momento in cui il colloquio deve svolgersi. Così, Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2025, n. 36653, cit. In senso difforme, invece, Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2025, n. 26875, in *De Jure*.

²³⁸ Così, F. PICOZZI, *Questioni (ancora) aperte sulle modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti "41-bis" con i familiari*, cit., p. 3575.

²³⁹ Così A. GIUBILEI, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, p. 219

²⁴⁰ Così Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

condannato», perché indebolire le relazioni con i familiari conduce ad una «“desertificazione affettiva” che è l’esatto opposto della risocializzazione»²⁴¹.

A parere di chi scrive e senza dimenticare affatto le esigenze che con esso si vogliono perseguire, non può il regime differenziato *in peius* divenire esso stesso una pena “dentro” la pena; la famiglia rappresenta per i detenuti, in particolare per quelli sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* o.p. (forse soprattutto per loro), l’unica vera boccata d’aria tra le maglie di un regime di forti limitazioni, in quanto è nella famiglia che ritrovano attimi di quotidianità vitale.

Nel capitolo successivo si proverà ad approfondire la tematica del “superiore interesse del minore” nell’ambito del sistema carcerario, sempre con il *focus* sul regime detentivo di rigore.

²⁴¹ Così Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10, cit.

CAPITOLO III

IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE NEL REGIME DETENTIVO SPECIALE

1. Il diritto alla genitorialità in carcere

Tra i diritti fondamentali per ogni soggetto minore di età, riconosciuti e tutelati dalla Carta costituzionale agli artt. 29, 30 e 31 Cost., vi è quello di crescere e di essere educato nella propria famiglia, e più in generale il diritto ad avere una famiglia; l'importanza di quest'ultima si comprende meglio in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., poiché, alla luce del principio personalista, tra le formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo rientra a pieno titolo la famiglia, quale primo nucleo all'interno del quale si avvia lo sviluppo e la formazione della personalità umana¹. Risulta allora chiaro come sia necessario per il soggetto minore di età, al fine di un corretto sviluppo della sua personalità, avere rapporti affettivi strutturati con entrambi i genitori in un ambiente familiare consono e avere continuità nelle abitudini². Tutto questo però, viene ad essere intaccato nel momento in cui il rapporto genitore-figlio subisce un «cambiamento repentino in senso negativo»³ a causa della detenzione del primo. Parlare di diritto

¹ Si v. F. GAGGIA – A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 606; v. anche F. SIRACUSANO, *sub art. 28*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 389. Per il principio personalista, invece, si rinvia a E. ROSSI, *sub art. 2*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, p. 42.

² Cfr. T. MONTECCHIARI, *Spazio e tempo nella dimensione carceraria: genitori detenuti e tutela dei figli minori*, in G. CANAVESI (a cura di), *Tempo e spazio nella dimensione giuridica, economica e sociale*, Napoli, 2020, p. 157.

³ Così T. MONTECCHIARI, *Spazio e tempo nella dimensione carceraria*, cit., p. 158.

all'affettività in carcere, infatti, potrebbe sembrare un ossimoro, in quanto si tratta di una dimensione, quella delle relazioni affettive – in generale, delle emozioni, dei contatti fisici – che il carcere, per sua natura, tende a comprimere, soprattutto, quando a venire in questione sono soggetti minori di età. Difatti, il tema dell'affettività dei detenuti si ricollega, necessariamente, a quello della genitorialità intesa sia come diritto fondamentale del figlio a non vedere interrotto il rapporto con il genitore detenuto, sia come diritto, e dovere, del genitore di assumersi la responsabilità e continuità del proprio ruolo⁴. Proprio per questo, il legislatore del 1975 ha riservato notevole attenzione ai rapporti con la famiglia prevedendo espressamente, nell'art. 28 o.p., che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni familiari». Tale articolo riconosce nella famiglia un valore affettivo primario che deve essere tutelato in ogni contesto, incluso quello penitenziario⁵; attraverso l'art. 28 o.p. si è quindi voluto recepire e dare attuazione concreta, nel contesto carcerario, al *favor familiae*, cui fanno riferimento gli artt. 29 Cost. («la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»), 30 Cost. («la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi») e 31 Cost. («è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio»). La tutela della genitorialità, nei termini sopra visti, nonostante il legislatore penitenziario la riconduca alla figura materna e, soltanto, in via residuale al padre, in realtà deve essere intesa come bi-genitorialità, cioè riferita ad entrambi i genitori⁶: questo significa che costoro godono del diritto a non vedere interrotto

⁴ Si v. F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 399; anche A. CIAVOLA, *sub art. 28*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 401.

⁵ Si v. F. SIRACUSANO, *op. ult. cit.*, p. 388 ss.

⁶ Cfr. A. CIAVOLA, *op. ult. cit.*, p. 401.

il rapporto con il figlio minore, e quest'ultimo, dal canto suo, ha il diritto di conservare rapporti affettivi con entrambi, anche qualora uno di questi dovesse trovarsi in stato detentivo⁷. In generale, il diritto alla genitorialità trova un riconoscimento più puntuale laddove si tratti di soggetto minore poiché il diritto a crescere e mantenere i rapporti con tutti e due i genitori è riconducibile al suo superiore interesse: questo comporta il dovere dello Stato di salvaguardare il nucleo affettivo del minore e favorire, laddove possibile, il mantenimento regolare di un rapporto con i genitori in un ambiente idoneo ad assicurare lo sviluppo della sua personalità, facendo così in modo che il figlio non sia costretto a subire la stessa condizione detentiva del genitore detenuto⁸.

L'interesse del minore a crescere nell'ambito della propria famiglia, a mantenere i rapporti con ciascuno dei genitori, nonché il diritto di ricevere cura, educazione e istruzione⁹ trovano riconoscimento e tutela a livello costituzionale, in particolare nell'art. 31 comma 2 Cost., in cui si afferma che è compito della Repubblica proteggere l'infanzia e la gioventù, e anche in numerose fonti di diritto internazionale. In particolare, è alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989¹⁰ che si deve l'introduzione del principio del "*best interest of the child*"; difatti, l'art. 3 della Convenzione stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private [...], dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione

⁷ In dottrina si sottolinea come l'impedimento oggettivo dell'esercizio della funzione genitoriale derivante dalla pena detentiva rappresenti un pregiudizio per il genitore, ma sia maggiormente grave per il figlio minore, il quale non ha alcuna responsabilità per le azioni del genitore e quindi per lo stato detentivo in cui questo si trova. Cfr. T. MONTECCHIARI, *Spazio e tempo nella dimensione carceraria*, cit., p. 158.

⁸ Cfr. L. CARACENI, *Il diritto di visita del detenuto ai congiunti con grave disabilità*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2016, p. 271.

⁹ Cfr. Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31.

¹⁰ Adottata a New York il 20 novembre 1989 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, e ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. Tale Convenzione risulta essere in assoluto quella ratificata da più Stati (196), ad eccezione dei soli Stati Uniti.

preminente»¹¹. Quando si parla di «tutte le decisioni relative ai fanciulli» devono intendersi non solo quelle che, anche nel settore penale, vedano come destinatario immediato il minore, ma anche, e soprattutto, quelle che, pur se rivolte ad altri soggetti (per ciò che qui rileva e interessa, i genitori detenuti), si ripercuotano su di lui: in particolare, «nel settore della giustizia penale l'interesse del minore esige di essere adeguatamente tenuto in conto non soltanto nei casi di coinvolgimento immediato dello stesso nella vicenda giudiziaria, ma anche nelle decisioni indirizzate a chi ne è il genitore»¹². Nel Preambolo della Convenzione Onu citata si afferma che «il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, di amore e di comprensione»: tuttavia, come ben è stato osservato in dottrina, è forse difficile riconoscere in una struttura penitenziaria un clima familiare di felicità¹³. Il pregio della Convenzione è da riconoscersi nel fatto che il minore «non è più considerato oggetto di protezione e tutela, ma un soggetto di diritto, che va aiutato a crescere, [...] rispettato, vedendo in lui una persona in formazione che ha bisogno di tutela»¹⁴. Già in precedenza, era stata presa in considerazione la condizione del minore nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁵, che nell'art.

¹¹ In dottrina si segnala come l'utilizzo, sul piano internazionale, del termine «fanciullo» sia sintomatico di un progresso verso la tutela dell'infanzia. La scelta del legislatore italiano di utilizzare il termine «minore», che sembra «tralasciare il profilo etimologico, richiamando, in tal modo, la figura del *minus habens* ("colui che ha meno")», appare invece «naturalmente inappropriata in un contesto nazionale teso a riconoscerli maggiore protezione». Così D.M. SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3, p. 1077.

¹² Cfr. G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore. Giustizia penale e tutela della prole*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 10, p. 1351; G. LANEVE, *La tutela degli interessi del minore nel rapporto genitori-figli a quarant'anni dalla sentenza Corte cost. n. 11 del 1981*, in *Studium Iuris*, 2021, n. 11, p. 1334. In generale, si v. *Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14(2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para 1), 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14, par. 19 ss, in particolare par. 28.

¹³ Si v. D.M. SCHIRÒ, *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte Costituzionale*, cit., p. 1077.

¹⁴ Cfr. *Cass. pen.*, Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 45467, P.G. in proc. C. e altri in *Foroplus*.

¹⁵ Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, pur non essendo formalmente vincolante per gli Stati membri, in quanto dichiarazione di principi, si tratta di un documento

25 ultimo paragrafo riconosce alla maternità e all'infanzia il diritto a ricevere speciali cure e assistenza. Anche il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966¹⁶ riconosce il diritto del fanciullo ad essere destinatario della protezione richiesta dalla sua condizione d'età, protezione posta a carico dello Stato, della famiglia e della società. Nel contesto europeo, invece, l'art. 8 Cedu – come già evidenziato nei capitoli precedenti – riconosce e tutela, in generale, il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare; tuttavia, è ammessa l'ingerenza dell'autorità pubblica soltanto quando essa sia prevista dalla legge e risulti necessaria per la sicurezza nazionale o per l'ordine pubblico. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'art. 24 contiene una serie di garanzie per il soggetto minore: in particolare, si afferma il diritto a ricevere la protezione e le cure necessarie per il suo benessere e, nei commi 2 e 3, la preminenza del suo superiore interesse in tutte gli atti che lo riguardano e il diritto a crescere con i propri genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse¹⁷. Tuttavia, il concetto di “interesse superiore” è un concetto indeterminato, poiché né nella Convenzione di New York, né negli altri documenti internazionali appena menzionati, si offrono indicazioni utili a definirlo. In dottrina, allora, per cercare di rimediare a tale «indeterminatezza», e offrire quindi dei parametri per definire il contenuto del concetto, è stato suggerito di fare ricorso ai diritti riconosciuti al minore: «*in primis* ai diritti fondamentali (diritto alla vita, alla sopravvivenza, ad avere tutela dai pericoli cui possa

di notevole importanza storica poiché con esso si manifesta la volontà dell'intera comunità internazionale di riconoscere universalmente i diritti che spettano a ciascun essere umano.

¹⁶ Adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato in Italia con la l. 25 ottobre 1977, n. 881.

¹⁷ Per un approfondimento, si v. M. BARELA, *Diritti del minore (art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in G.F. BASINI – G. BONILINI – M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo secondo, Milano, 2014, p. 6256; L. SCAFFARDI, *I diritti riconosciuti al bambino dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, *ivi*, p. 6266.

essere esposto, da abusi, da maltrattamenti), al diritto a fruire di relazioni affettive stabili, alla serenità e alla sicurezza psicologica»¹⁸.

Il superiore interesse del minore è (*rectius*, dovrebbe essere) quindi un principio guida per il legislatore non solo in campo civilistico, ma anche in quello penale-penitenziario. Proprio in considerazione di ciò, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2018 – nell'ambito della “strategia sui diritti dei minori” che caratterizzava l'attività del Consiglio d'Europa per gli anni 2016/2021 – ha adottato la Raccomandazione 2018/5 riguardante, proprio, la tutela dei figli di genitori detenuti¹⁹. Il motivo ispiratore di tale Raccomandazione è stata la necessità di richiamare l'attenzione degli Stati sulla condizione dei minori che abbiano un genitore detenuto, al fine di offrire e/o migliorare gli strumenti per favorire il mantenimento del rapporto genitoriale. Tale Raccomandazione afferma che i figli di genitori detenuti devono essere trattati avendo rispetto dei loro diritti e riconoscendo in particolare il diritto ad esprimere la loro opinione in merito a decisioni che possono riguardarli. Si ribadisce, così, come l'interesse superiore del minore determini il diritto a mantenere e coltivare il rapporto affettivo²⁰ e, di conseguenza, l'obbligo per gli Stati di porre il soggetto nelle condizioni di poter esercitare al meglio tale diritto²¹. In merito ai colloqui, la Raccomandazione tende a precisare che, qualora si debbano tenere in particolare considerazione esigenze di sicurezza, queste «non

¹⁸ Si v. L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 3, p. 1803. In questo senso anche Corte edu., 10 gennaio 2008, Kean c. Francia, ricorso n. 35991/04 (in tema di abbandono e adozione).

¹⁹ Si v. la *Recommandation CM/Rec (2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus*, adottata il 4 aprile 2018. Per un commento approfondito cfr. L. CESARIS, *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei figli delle persone detenute*, in *Giur. pen. web*, 2018, n. 5.

²⁰ Questo comporta la necessità, da parte del personale penitenziario, di prestare particolare cura e attenzione affinché l'impatto con l'ambiente carcerario non arrechi traumi al minore.

²¹ Si v. L. CESARIS, *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri*, cit., p. 2.

possono comunque cancellare il diritto dei figli ai colloqui»²²; si precisa, inoltre, che i colloqui «*adaptés à l'enfant*»²³ devono essere garantiti almeno una volta alla settimana, avendo cura di evitare che l'indicazione del giorno possa compromettere la frequenza scolastica. Qualora gli incontri settimanali non siano possibili, occorrerà autorizzare colloqui di durata maggiore sempre al fine di consentire il mantenimento dei rapporti. Sempre nell'ottica di favorire e ampliare i momenti di incontro tra il genitore recluso e il figlio minore, deve essere facilitato il ricorso a strumenti tecnologici (ad es. videoconferenze, chiamate con cellulari), senza però che questi rappresentino un'alternativa agli incontri in presenza²⁴; semmai, tali mezzi tecnologici devono essere intesi come «opportunità ulteriori» di cui servirsi quando il colloquio diretto non sia fattibile ovvero quando questo preveda modalità di svolgimento che limitino, o impediscano proprio, il contatto fisico²⁵; a tal proposito si pensi, ad esempio, allo strumento del vetro divisorio utilizzato per i colloqui con i detenuti ristretti in regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p.

Come già detto, il fine di tale Raccomandazione è quello di porre all'attenzione degli Stati la condizione dei minori figli di genitore detenuto. Nel sottolineare tale intento, il Comitato dei Ministri ha tenuto in considerazione le fonti normative internazionali in materia, ma ha anche fatto riferimento – come modello da seguire – ad iniziative adottate singolarmente dagli Stati. In particolare, nel caso dell'Italia, è stato fatto riferimento al Protocollo d'intesa, meglio conosciuto come “Carta dei figli di genitori detenuti”²⁶,

²² Si v. L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 2; si v. anche il punto 16 della Raccomandazione.

²³ Cfr. il punto 17 della Raccomandazione, dove viene utilizzata la forma al singolare.

²⁴ Cfr. il punto 25 della Raccomandazione. Già le Regole penitenziarie europee del 2006, aggiornate nel 2020, facevano riferimento all'utilizzo di strumenti informatici al fine di facilitare i rapporti con il mondo esterno e mantenere le relazioni familiari.

²⁵ L. CESARIS, *op. ult. cit.*, p. 4.

²⁶ Tale Protocollo è stato sottoscritto, per la prima volta, rappresentando anche un *unicum* in Europa e in Italia, il 21 marzo 2014, rinnovato poi successivamente il 6 settembre 2016 e il 16 dicembre 2021; al momento in cui si scrive si attende il rinnovo formale.

siglato fra il Ministro della giustizia, il Garante nazionale per l'infanzia e l'Associazione "Bambinisenzasbarre": con tale protocollo viene sia riconosciuto formalmente il diritto dei figli minori di età a mantenere il rapporto affettivo con il genitore detenuto, sia riaffermato il diritto alla (bi)genitorialità²⁷. La Carta dei figli di genitori detenuti intende promuovere l'attuazione concreta della Convenzione Onu del 1989, mediante l'agevolazione e il sostegno ai minori nei rapporti con il genitore detenuto. Difatti, la questione principale che con tale documento si vuole mettere in luce è, appunto, la priorità del benessere del bambino: una questione che, soprattutto in ambito penitenziario, «non deve mettere in conflitto i diritti degli adulti con quelli dei bambini, ma al contrario può contribuire paradossalmente a rispettare meglio quelli degli adulti se si parte da quelli dei bambini»²⁸. I minori che fanno ingresso in carcere per incontrare il genitore detenuto molto spesso potrebbero avere l'impressione di essere considerati «invisibili» dal sistema penitenziario, poiché le procedure con le quali vengono accolti non sempre risultano adatte alla protezione dell'infanzia. Il merito del Protocollo è proprio quello di «rendere visibili» i bambini che entrano in carcere, partendo dalla tutela del loro diritto alla continuità dei rapporti con il genitore detenuto.

È necessario osservare come, in realtà, la definizione di minore utilizzata dai documenti internazionali non coincida con quella utilizzata dal legislatore penitenziario: a voler essere più chiari, i minori²⁹ cui si rivolgono i primi sono, per definizione espressa,

²⁷ Cfr. T. MONTECCHIARI, *Spazio e tempo nella dimensione carceraria*, cit., p. 167 ss.

²⁸ Così T. MONTECCHIARI, *Spazio e tempo nella dimensione carceraria*, cit., p. 170, da cui sono tratte anche le citazioni successive. L'autrice aggiunge che il tema centrale del Protocollo è un tema culturale difficile «che prevede una trasformazione di valori profonda e che potrebbe [...] cambiare il carcere» ma anche avere una «importante ricaduta sociale, in una prospettiva di comunità solidale e conclusiva».

²⁹ Nella versione francese «*les enfants*», in quella inglese «*children*». A tal proposito, M. BARELA, *Diritti del minore*, cit., p. 6257, fa notare come l'art. 24 della Carta di Nizza utilizzi il termine "bambino", mentre la Convenzione di New York parli di diritti del "fanciullo": l'Autrice precisa, in realtà, che tali termini devono essere intesi come fungibili, poiché volti ad indicare i soggetti di età inferiore ai diciotto anni.

i soggetti di età inferiore agli anni diciotto. La legge sull'ordinamento penitenziario, invece, si rivolge al minore non genericamente inteso, bensì ad un minore che viene identificato sulla base di differenti soglie d'età e perciò considerato destinatario di maggiore tutela, con riguardo sia all'interesse del minore stesso sia al genitore detenuto (e al suo diritto alla genitorialità). Si pensi, ad esempio, all'art. 11 comma 7 o.p. dove si prevede che all'interno di ogni istituto penitenziario femminile vi siano in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere; ancora, all'art. 50 comma 7 o.p. ove si prevede la possibilità per le madri di prole di età inferiore ai tre anni di essere ammesse alla semilibertà; agli artt. 47-ter e *quinquies* o.p. che, rispettivamente, prevedono la possibilità per la donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci (o per il padre, alle condizioni di cui si dirà a breve) di vedersi concessa la detenzione domiciliare ordinaria o speciale. In materia di colloqui il legislatore prevede poi, all'art. 18 comma 3 o.p., che particolare cura deve essere riservata ai colloqui con i «minori di anni quattordici»; anche rispetto ai detenuti in regime differenziato nella disciplina dei colloqui si riserva attenzione al caso in cui questi debbano svolgersi con i minori, in questo caso, di anni dodici. Come, quindi, si può notare il minore cui il legislatore penitenziario presta particolare attenzione, ed anche quello di cui in questa sede si vuole parlare, è il soggetto in età infantile o preadolescenziale. Ciò non significa che nei confronti degli altri minori, di età superiore ai quattordici anni, non venga rivolta attenzione, ma è evidente che è fino alla soglia dell'adolescenza che il minore necessita, anche in via generale, di maggiori cure e attenzioni.

1.1. L'interesse del minore nell'ordinamento penitenziario alla luce anche delle pronunce della Consulta

Nell'ordinamento penitenziario italiano, uno degli aspetti sui cui maggiormente si è soffermata l'attenzione del Giudice delle leggi nel bilanciare la pretesa punitiva e le esigenze di sicurezza con quelle del minore è stato proprio l'interesse di quest'ultimo al mantenimento dei rapporti con il genitore detenuto. Nell'ottica di favorire il mantenimento di una «relazionalità normale con i genitori»³⁰, la Consulta, più volte chiamata a pronunciarsi sulla illegittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento penitenziario che prevedono automatismi per l'accesso ai benefici penitenziari da parte del genitore, ha manifestato particolare interesse rispetto alla tutela dei rapporti di cui si parla. Ciò ha contribuito a mostrare un «volto *child-sensitive*»³¹ dell'esecuzione penitenziaria italiana: volto che, visti i recenti interventi in materia di colloqui con i figli minori³², si auspica possa sempre più riguardare, pur senza andare a discapito delle esigenze di ordine e sicurezza, anche i detenuti ristretti in regime differenziato *ex art. 41-bis* comma 2 o.p.

Prima di delineare, seppur sinteticamente, i passi salienti della giurisprudenza costituzionale, è bene chiarire che la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, sin dalle origini, ha mostrato una particolare attenzione alla maternità e all'infanzia³³. Il legislatore, in realtà, si è preoccupato di assicurare continuità al rapporto genitoriale con riferimento alla madre detenuta, e solo in via alternativa, laddove quest'ultima sia

³⁰ Così G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 4, p. 2084.

³¹ Si v. G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore*, cit., p. 1348.

³² Cfr. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

³³ Si v. L. CESARIS, *sub art. 47-quinquies*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 706.

deceduta o assolutamente impossibilitata, anche con riferimento al padre³⁴. La Corte costituzionale, al fine di valorizzare anche il ruolo paterno nella tutela dell'interesse del minore, in considerazione altresì della protezione che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia, è però intervenuta per colmare il vuoto di tutela determinato dalle scelte del legislatore³⁵. La legge sull'ordinamento penitenziario, attraverso una serie di norme contenute al suo interno, prevede un articolato sistema di tutela delle madri e della prole, con particolare riguardo ai figli in tenera età, disponendo per le prime – e in subordine per il padre nei termini appena ricordati³⁶ – una serie di benefici (si pensi, ad es., alla detenzione domiciliare), proprio nell'ottica di tutelare l'interesse del minore a ricevere le cure e a vivere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un continuativo ed adeguato

³⁴ In dottrina si parla di «identificazione *ex lege* del “primary caregiver” con la madre», così G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore*, cit., p. 1354.

³⁵ Il riferimento è a Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215, che, valorizzando il ruolo paterno nell'interesse del minore, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter comma 1 lett. a) o.p., nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare prevista per la madre di prole in tenera età, con la stessa convivente, potesse essere concessa, alle stesse condizioni anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Si v. in tal senso L. CESARIS, *sub art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 659 e 660; anche G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore*, cit., p. 1354.

³⁶ Per un commento alla figura del padre detenuto e del superiore interesse del minore alla bigenitorialità, si v. M. RUARO, *Non sussiste il diritto del minore alla bigenitorialità “perfetta” nel settore delle misure alternative alla detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, n. 1, pp. 338 e 341, in cui l'autore, nel ricomporre lo schema argomentativo utilizzato dalla Corte cost., 11 dicembre 2023, n. 219 in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 47-ter comma lett. a) e b) o.p. laddove prevede per il padre l'accesso alla misura in via «surrogatoria» rispetto alla madre, definisce le due condizioni di accesso previste dalla norma – vale a dire, decesso della madre o sua impossibilità a prendersi cura della prole – come «pienamente annoverabili tra le *situazioni ostative assolute*», in quanto «*esterne ed indipendenti*» rispetto a qualsiasi valutazione dei progressi trattamentali e alla «“meritevolezza”» del padre. Secondo l'autore, dalla disposizione sembrerebbe emergere che, qualora la madre possa prendersi cura del figlio, rispetto alla posizione del padre sussista una «*presunzione assoluta* di superfluità» della sua posizione «*extramoenia*». Tuttavia la Consulta – pur delineando il punto di vista da cui deve essere affrontata la «*quaestio*», vale a dire non da quello del padre (il quale appare «ipoteticamente» penalizzato), ma da quello del figlio minore che subirebbe nel suo percorso evolutivo un pregiudizio in conseguenza dell'assenza di uno dei genitori, e pur riconoscendo il diritto alla bigenitorialità come declinazione del principio generale del superiore interesse del minore – ha concluso per l'infondatezza della questione ritenendo, ad avviso critico dell'autore, che «il diritto del minore a coltivare una relazione con *entrambi* i genitori, sottoposto a bilanciamento con la sicurezza sociale, regredisce al diritto ad avere *almeno* un genitore, cioè di norma soltanto la madre, in casi rarissimi (quando la madre sia deceduta) soltanto il padre».

Per un approfondimento generale sul ruolo del detenuto padre cfr. anche A. CONTI, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, n. 4, p. 552 ss. Ancora, per un *excursus* storico, D.M. SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte Costituzionale*, cit., p. 1079.

rapporto con entrambi i genitori³⁷. Il diritto di preservare un rapporto affettivo con i genitori, e quindi di «fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo psico-fisico», viene considerato come superiore interesse anche rispetto alla pretesa punitiva dello Stato nei confronti del genitore detenuto³⁸; la cura di tale interesse è, infatti, «esigenza capace di reggere anche al confronto con la perentorietà del modello di differenziazione trattamentale» previsto dall'art. 4-*bis* o.p. e alle automatiche preclusioni da quest'ultimo contemplate³⁹. Questo però non significa che il superiore interesse del minore goda di protezione assoluta, tale che possa essere sottratto ad ogni possibile bilanciamento, in quanto è sempre necessario considerare anche le altre esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, in relazione al singolo caso concreto (si pensi

³⁷ Si v. L. CESARIS, *sub art. 47-quinquies*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 712, a cui si rimanda anche per un commento dettagliato della detenzione domiciliare speciale. Il quadro degli strumenti pensati per tutelare il rapporto genitore-figlio, che già in origine conteneva delle disposizioni con le quali venivano offerti alle gestanti e alle puerpere servizi speciali per l'assistenza, consentendo alle madri di tenere presso di sé i figli minori fino al compimento del terzo anno di età o di essere ammesse alla semilibertà, è stato nel tempo arricchito mediante una serie di misure alternative negli artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* o.p.

Anche l'art. 21-*bis* o.p., riguardante l'assistenza all'esterno dei figli minori, introdotto con la l. 8 marzo 2001, n. 40 (assieme all'art. 47-*quinquies*), è stato pensato come ulteriore misura da adottare quando le misure alternative non siano concedibili, sempre al fine di evitare l'interruzione della funzione genitoriale nell'età evolutiva del bambino. Analogamente alle misure alternative, l'art. 21-*bis* o.p. è stato introdotto per tutelare la maternità, e solo in via residuale può riguardare anche il padre detenuto; in dottrina, anche in questo caso, la scelta del legislatore ha suscitato non poche perplessità, poiché è stato sottolineato come, alla luce della *ratio* principale della disposizione rappresentata dall'esigenza di tutelare il rapporto genitore-figlio, non si comprenda la ragione per la quale la cura dei figli non possa essere affidata al padre anche qualora la prole possa essere affidata alla madre. Si v. in tal senso L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *L.P.*, 2002, n. 3, p. 549.

Di recente la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies* comma 7 o.p. limitatamente alle parole «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre». Il Tribunale di sorveglianza di Bologna, con l'ordinanza di rimessione, chiedeva alla Corte di «valutare, in caso di accoglimento della questione sollevata in via subordinata, la possibilità di estendere in via consequenziale la dichiarazione di illegittimità costituzionale anche all'art. 21-*bis* ord. pen.», il quale, parimenti, subordina la concedibilità al padre detenuto del beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori alla condizione che la madre sia deceduta o impossibilitata, e non vi sia modo di affidare la prole ad altri che al padre. Tuttavia, la Consulta ha ritenuto di non estendere la declaratoria di illegittimità, in via consequenziale, all'art. 21-*bis* o.p. poiché quest'ultimo «disciplina un istituto distinto da quello [...] esaminato, e che per altro non viene in considerazione nel caso oggetto del giudizio *a quo*». Così Corte cost., 18 aprile 2025, n. 52.

³⁸ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in tema di automatismi preclusivi *ex art. 4-bis* o.p. relativamente alla concessione della misura della detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* o.p.

³⁹ S v. F. SIRACUSANO, *sub art. 28*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 399.

ad esempio a quella di difesa sociale): la Corte costituzionale, infatti, ha più volte precisato che «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine» è necessario che «la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi»⁴⁰. È perciò innegabile che il giudizio di bilanciamento che tenga in considerazione l'interesse del minore sia strutturalmente complesso, proprio perché richiede nell'interprete la capacità di valutare concretamente le singole situazioni «senza degenerare nella deriva casistica»⁴¹.

Tra le pronunce costituzionali che tutelano l'infanzia e la genitorialità nel contesto penitenziario un cenno meritano quelle relative alla detenzione domiciliare, ordinaria e speciale, e all'assistenza all'esterno dei figli minori. Prendendo le mosse dalla sentenza 22 ottobre 2014 n. 239, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* comma 1 o.p. nella parte in cui non esclude dal novero dei benefici preclusi in caso di mancata collaborazione con la giustizia la misura della detenzione domiciliare speciale per le detenute madri prevista dall'art. 47-*quinqüies* o.p.; in via consequenziale, la Corte ha altresì esteso la dichiarazione di illegittimità costituzionale anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria disciplinata dall'art. 47-*ter* comma 1 lett. *a*) e *b*) o.p. al fine di evitare che, avendo finalità identiche a quella speciale (anche se riservata a soggetti che debbano espiare pene meno elevate), rimanga «irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore»⁴². Per il giudice costituzionale l'art. 4-*bis* comma 1 o.p.,

⁴⁰ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit.; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76; Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174.

⁴¹ Così, A. MASSARO, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, n. 2, p. 815.

⁴² Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit. Sia la detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47-*ter* comma 1 lett. *a*) e *b*) o.p., che la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqüies* o.p., rientrano tra le misure tese ad evitare che l'espiazione in carcere influisca negativamente sul rapporto, genericamente inteso, genitore-figlio, nel rispetto dell'art. 31 comma 2 Cost. secondo il quale la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia [...] favorendo gli istituti necessari a tale scopo». L'art. 47-*quinqüies* o.p.

assimilando – quanto a trattamento normativo – la misura della detenzione domiciliare per le detenute madri agli altri benefici in esso preclusi, ha così dato luogo alla violazione dell’art. 3 Cost.; a differenza degli altri benefici rispetto ai quali opera il divieto di cui all’art. 4-*bis* comma 1 o.p., nel caso della detenzione domiciliare, ordinaria o speciale, «a venire in oggetto non è solo l’interesse del singolo detenuto al trattamento rieducativo *versus* l’interesse della comunità alla sicurezza e alla difesa sociale, ma anche un interesse ulteriore, facente capo a un soggetto terzo, debole per definizione, qual è il minore, a mantenere un rapporto con la propria madre»⁴³. In base all’automatismo dichiarato incostituzionale, l’interesse del minore risultava sempre latente davanti alla presunzione assoluta di pericolosità sociale che rendeva, di converso, preminente l’interesse della difesa sociale; ecco allora che, nelle parole della Consulta, il bilanciamento tra tali interessi deve essere valutato dal magistrato di sorveglianza in relazione al singolo caso concreto tenendo in notevole considerazione «l’interesse alla difesa sociale ed il contrapposto interesse della madre ad un adeguato percorso rieducativo, ma anche l’interesse specifico del figlio». A distanza di qualche anno, la Corte è nuovamente tornata ad occuparsi della detenzione domiciliare speciale⁴⁴, dichiarando questa volta però incostituzionale, non l’art. 4-*bis* o.p., bensì l’art. 47-*quinqüies* comma 1-*bis* o.p. nella parte in cui detta una clausola di riserva con la quale si escludono dall’accesso alla misura

prevede per le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, quando non ricorrono le condizioni per l’applicazione dell’art. 47-*ter* o.p., la possibilità di essere ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. L’art. 47-*ter* comma 1 o.p., invece, prevede, quando la pena della reclusione non sia superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, la possibilità per la madre di prole di età non superiore ad anni dieci – o, in alternativa, per il padre – di espriare la pena presso la propria abitazione ovvero in altro luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza.

⁴³ Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, pp. 125-126, da cui sono tratte anche le citazioni successive.

⁴⁴ Si v. Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, cit.

le condannate per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. Per essere più chiari, il comma 1-*bis* prevede la possibilità per le madri detenute, ove non sussista il pericolo di fuga, di espiare la quota di pena necessaria per accedere al beneficio della detenzione domiciliare speciale (vale a dire almeno un terzo della pena ovvero almeno quindici anni nel caso di condanna alla pena dell'ergastolo) presso un istituto a custodia attenuata (cd. ICAM) o presso il proprio domicilio. Sulla scia di precedenti decisioni, è stata poi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* o.p., relativo all'istituto dell'assistenza all'esterno di figli minori, nella parte in cui, operando il richiamo all'art. 21 o.p., non consente ai detenuti, madre o padre, per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1, 1-*ter*, 1-*quater* o.p. di accedere a tale istituto⁴⁵. La Corte in tal caso ha chiarito come anche l'istituto di cui all'art. 21-*bis* o.p. rientri tra quelli preordinati alla tutela del rapporto genitoriale tra detenuti e figli minori.

Con riferimento, sempre nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, ad altri istituti che potrebbero agevolare il detenuto genitore nel mantenimento delle relazioni affettive con il figlio minore, è possibile indicare il permesso premio di cui all'art. 30-*ter* o.p., che ha carattere premiale, poiché la sua concessione, strettamente correlata ai risultati del programma rieducativo, è subordinata alla regolare condotta del detenuto e all'assenza di pericolosità sociale dello stesso. L'istituto in questione può essere concesso dal magistrato di sorveglianza anche in relazione ad «una particolare finalizzazione immediata, afferente alla cura di interessi affettivi»⁴⁶; i permessi premio, infatti, ricorda la Consulta, consentono anche l'esercizio pieno dei diritti, tra i quali rientra

⁴⁵ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174, cit. Per un commento di tale pronuncia si rimanda a L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, cit., p. 1798 ss.

⁴⁶ In tal senso, F. FIORENTIN, *sub art. 30-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 422.

indubbiamente il mantenimento delle relazioni familiari⁴⁷. Differenti, invece, sono i permessi di necessità disciplinati nell'art. 30 o.p., i quali, pur avendo come finalità la necessità di soddisfare esigenze familiari, si distinguono dai permessi premio in quanto poggiano su presupposti differenti. I permessi di necessità sono concedibili, eccezionalmente, in caso di eventi legati alla famiglia caratterizzati «dall'episodicità e dalla loro eccezionalità rispetto all'ordinario decorso delle vicende familiari del condannato»⁴⁸; il che comporta che tale beneficio, di regola, non possa essere concesso per finalità legate alla gestione trattamentale dei rapporti affettivi⁴⁹.

Di notevole interesse risulta, infine, la diversa aggettivazione utilizzata dalla Consulta, nel tempo, per qualificare l'interesse del minore: mentre nelle sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017 ricorre l'espressione, tratta dalla Convenzione di New York del 1989, "interesse superiore", più di recente invece la Corte ha definito tale interesse come «migliore»⁵⁰. Con l'utilizzo di tale ultimo aggettivo il Giudice delle leggi è sembrato voler suggerire una verifica dell'interesse del minore «non solo in relazione ad altre esigenze

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253: anche in questo caso la Corte è stata investita della questione di legittimità dell'art. 4-bis comma 1 o.p. nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p. allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

⁴⁸ Si v. F. FIORENTIN, *sub art. 30*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 406, a cui si rinvia per una analisi dettagliata dell'istituto.

⁴⁹ Tuttavia, la giurisprudenza di merito ha precisato che l'evento di particolare gravità, che legittima la concessione al detenuto del permesso di necessità per incontrare la figlia al di fuori del carcere, può essere individuato anche nel concreto pericolo che il rapporto affettivo tra i due possa risultare fortemente compromesso a seguito del divieto, da parte del trib. min., di svolgere gli incontri all'interno dell'istituto penitenziario; si sottolinea che il divieto di incontro tra i detenuti ed i propri figli, qualora fosse applicato sulla base di un'astratta correlazione tra la condizione detentiva del genitore e i possibili traumi psicologici a danno dei minori, finirebbe per trasformarsi in una sorta di automatismo applicativo che «assumerebbe i sinistri contorni di una pena accessoria, comminata in assenza di previsione legislativa». Così Mag. Sorv. Alessandria, 20 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2008, n. 6, p. 1662 ss., con nota di F. FIORENTIN, *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum Constitutionem*.

⁵⁰ Si v. Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174, cit.

“esterne”, quali quelle di difesa sociale», ma anche «in rapporto alla sua situazione complessiva [...] dei suoi bisogni e, di conseguenza, delle soluzioni o delle decisioni che meglio possano soddisfare tali bisogni»⁵¹.

2. La rilevanza dell'età del minore nella disciplina dei colloqui con il genitore detenuto

Un aspetto importante sul quale è bene soffermare l'attenzione riguarda l'età del minore in relazione alla disciplina dei colloqui con il genitore detenuto. Il legislatore penitenziario disciplina in modo differente a seconda che il minore debba svolgere colloqui con il genitore recluso in regime ordinario ai sensi dell'art. 18 o.p. oppure in regime differenziato ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p. Nella disciplina generale, nell'art. 18 comma 3 o.p. si afferma che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i figli minori di anni quattordici»⁵²: in questo modo è dunque evidente come il legislatore penitenziario abbia inteso tracciare un limite d'età al di sotto del quale è necessario salvaguardare il minore che debba svolgere i colloqui con il familiare, tutela che prescinde dalla pericolosità sociale del genitore detenuto. Una disciplina differente e più rigida è, invece, prevista per i colloqui con i figli minori di familiari reclusi al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p., in merito ai quali l'art. 16 della Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, pone una differenziazione di trattamento a seconda che il minore sia infra o

⁵¹ Così L. CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, cit., p. 1803,

⁵² In dottrina si sottolinea la «portata effettivamente innovativa» di tale disposizione (così come modificata dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123), in quanto indica una soglia di età più alta rispetto a quella contenuta sia negli art. 37 comma 9 e 39 comma 3 reg. esec. (laddove si parla di «prole di età inferiore a dieci anni»), sia nell'art. 16 circ. DAP 2 ottobre 2017 (dove si prevede la possibilità per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. di svolgere i colloqui senza l'utilizzo del vetro divisorio con i minori di anni dodici); così M. RUARO – C. SANTINELLI, *sub art. 18*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, pp. 248-249.

ultradodicesimo⁵³: il compimento del dodicesimo anno di età, in base alla disposizione della circolare, comporta l'esclusione dalla possibilità di svolgere i colloqui con il familiare recluso senza l'utilizzo del vetro divisorio. Tuttavia, secondo la magistratura di sorveglianza⁵⁴, sarebbe auspicabile che tale soglia di età (dodici anni), peraltro oggetto anche di recente pronuncia della Consulta⁵⁵, venisse innalzata a quattordici anni; questi due anni in più, nell'età evolutiva, sarebbero di notevole importanza perché possono aiutare il minore a meglio comprendere il cambio di disciplina. Il distacco fisico dal genitore si presume essere un'esperienza dolorosa, a qualunque età, tuttavia posticipare tale momento potrebbe essere meno traumatico poiché si presume che il minore a quattordici anni – non più in una fase preadolescenziale – sia più maturo e in grado di comprendere le ragioni del divieto senza «percepirsi come causa dell'esclusione subita». Per altro, l'età di quattordici anni viene utilizzata dal legislatore in diverse occasioni proprio come «linea di demarcazione»⁵⁶ tra un'età ancora infantile e quella adulta: si pensi al contesto penale dove l'età di quattordici anni viene considerata soglia minima per l'imputabilità del soggetto. Ancora, si pensi che – «e non appare in questo ambito di secondaria importanza» – l'età di quattordici anni, nella maggioranza dei casi⁵⁷, può rappresentare anche il momento di passaggio dalla scuola secondaria inferiore alla scuola secondaria superiore: tale passaggio costituisce anche il momento di transizione dall'età

⁵³ Senza qui voler ripetere quanto già detto in merito all'utilizzo del vetro divisorio e alla sentenza della Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, si rinvia al capitolo precedente. In questa sede basterà ricordare come, in realtà, alla luce della recente pronuncia della Corte costituzionale, la previsione dell'età posta dalla Circolare DAP 2 ottobre 2017 non sia da intendersi in maniera rigida, ma necessiti, invece, una valutazione in relazione al singolo caso concreto.

⁵⁴ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, 5 luglio 2022, n. 104, in *One legale*.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 26 maggio 2023, n. 105, cit.

⁵⁶ Così Mag. Sorv. Spoleto, 5 luglio 2022, n. 104, cit., da cui sono tratte anche le successive citazioni.

⁵⁷ È doveroso però notare come il riferimento al passaggio di scuola potrebbe da solo non avere rilievo, considerata la possibilità di anticipare l'ingresso per il bambino nel mondo scolastico dai sei ai cinque anni.

infantile a quella adolescenziale piena e potrebbe rendere maggiormente comprensibile al minore che tale momento «coincida con quello in cui si è trattati come gli adulti e, perciò non si possa più spendere del tempo senza vetro con il genitore o il nonno detenuti». Alla luce di ciò, sarebbe auspicabile, dunque, un intervento legislativo che estendesse la particolare cura richiesta nei confronti dei figli infraquattordicenni di detenuti in regime ordinario, anche ai figli di detenuti in regime differenziato, essendo entrambi (i minori) bisognosi delle medesime attenzioni. Come ben evidenziato in dottrina, infatti, le soglie di età più basse «dovrebbero essere progressivamente riallineate» a quella prevista dall'art. 18 comma 3 o.p.⁵⁸.

3. Il superiore interesse del minore nei rapporti con il genitore sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. nelle decisioni del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria

Dopo aver delineato in generale, seppure brevemente, il volto *child sensitive* dell'esecuzione penitenziaria⁵⁹, si concentrerà ora l'attenzione sul rapporto esistente tra il regime detentivo di rigore di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. e il superiore interesse del figlio minore ad avere continuità nei rapporti familiari con il genitore detenuto. Già nel capitolo precedente, in realtà, si è affrontato tale tema, qui però si cercherà di farlo da una prospettiva differente: non da quella, o meglio non solo da quella, del genitore detenuto, bensì dal punto di vista del minore.

⁵⁸ Cfr. M. RUARO – C. SANTINELLI, *sub art. 18*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 249, i quali ricordano anche come già la Raccomandazione (2018)5 preveda un ambito applicativo «*rationae aetatis*» più elevato ricomprendendo nel termine «*child*» tutti i soggetti di età inferiore ai diciotto anni.

⁵⁹ Si rimanda a G. MANTOVANI, *Quando il reo è genitore*, cit., p. 1348.

Punto di partenza sono due ordinanze di rimessione, di analogo tenore, del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria⁶⁰ con le quali sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 4 d.l. 10 maggio 2020, n. 29 (non convertito e poi abrogato ad opera dell'art. 1 comma 3 L. 25 giugno 2020, n. 70), e, al contempo, all'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) terzo periodo. La Corte costituzionale si è pronunciata con la decisione 31 marzo 2021, n. 57, della quale si tratterà nel paragrafo successivo.

Gli incidenti di costituzionalità sono sorti nel corso di procedimenti *de potestate*, con i quali il tribunale rimettente ha dichiarato decaduti dalla responsabilità genitoriale – con conseguente co-affidamento dei figli ai servizi sociali⁶¹ – due detenuti condannati in via definitiva per reati di stampo mafioso e reclusi in regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p., i quali chiedevano, durante la pandemia da Covid-19, di essere autorizzati a svolgere colloqui audiovisivi a distanza, in alternativa a quelli telefonici, con i figli minori mediante il ricorso alla piattaforma *Skype*⁶². Il decreto legge n. 29 del 2020

⁶⁰ Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 16 giugno 2020, n. 144, e 23 giugno 2020, n. 124, in *One legale*.

⁶¹ Per il minore si è ritenuto ricorrere i presupposti per l'applicazione del Protocollo di Intesa interministeriale "Liberi di Scegliere": si tratta di un sistema di interventi, azione e misure volti a fornire, nei contesti di criminalità organizzata, sostegno educativo, psicologico e relazionale ai minori, anche autori di reato, che desiderino affrancarsi dalle logiche criminali mafiose. L'intento di tale Protocollo, nato presso il Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria e nel tempo diffuso ad altri uffici giudiziari, è quello di allontanare i minori dai modelli diseducativi propri del contesto criminale di appartenenza, contesto nel quale il corretto sviluppo psico-fisico dei figli minori è messo a serio repentaglio. Lo scopo principe di tale Protocollo è proprio quello di tutelare i minori interrompendo la «spirale di violenza e cultura criminale trasmessa generazionalmente da padre in figli», mediante l'adozione di provvedimenti (adottati ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c., rispettivamente riguardanti la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, nei casi più gravi, l'allontanamento temporaneo del minore dalla residenza familiare, o dell'art. 25 R.D.L 20 luglio 1934, n. 1404) che possano fornire ai minori tutele adeguate per un corretto sviluppo psico-fisico e nuovi orizzonti di vita. È stato però chiarito come la declaratoria di decadenza genitoriale o di allontanamento del minore «non vengono emesse per la sola circostanza che i componenti della famiglia siano legati alla criminalità organizzata, ma in relazione all'evidenza che il metodo educativo mafioso arrechi un concreto pregiudizio all'integrità psicofisica dei minori». Si v. R. DI BELLA – G.M.P. SURACE, *Il progetto Liberi di scegliere. La tutela dei minori di 'ndrangheta nella prassi giudiziaria del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria*, 2019, Rubbettino Editore, in particolare pp. 8 e 45.

⁶² In piena emergenza pandemica, con la nota del DAP del 21 marzo 2020 l'amministrazione aveva precisato che i familiari della persona ristretta al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* o.p., in mancanza della possibilità di effettuare il colloquio visivo mensile avrebbero potuto accedere alla telefonata presso il comando dei carabinieri o presso la struttura penitenziaria più vicina al luogo di residenza del familiare,

all'art. 4 consentiva, in via temporanea per fronteggiare l'emergenza sanitaria, lo svolgimento dei colloqui con i familiari mediante l'utilizzo, ove possibile, di apparecchiature e collegamenti in possesso dell'amministrazione penitenziaria o mediante corrispondenza telefonica, soltanto con riferimento ai detenuti in regime ordinario, omettendo così ogni riferimento a quelli sottoposti al regime detentivo speciale. In considerazione di questo quadro normativo emergenziale il tribunale rimettente lamentava la violazione degli artt. 2, 3, 27 comma 3, 30, 31 comma 2, 32 e 117 comma 1 Cost. e degli artt. 3 e 8 Cedu, e al contempo censurava l'art. 41-bis comma 2-quater lett. b), terzo periodo, o.p. nella parte in cui non prevede la possibilità di autorizzare lo svolgimento a distanza di colloqui con modalità audiovisive, in alternativa a quelli telefonici, con i figli minori⁶³. A parere del Tribunale per i minorenni, l'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 dava luogo ad una evidente disparità di trattamento tra i figli di genitori detenuti in regime ordinario e quelli di genitori sottoposti al regime *in peius*, in piena violazione dei diritti inviolabili riconosciuti anche al minore, per come previsti dagli artt. 2, 3 e 30 Cost., tra i quali rientra appieno quello di mantenere rapporti affettivi con i familiari, anche se detenuti. Risulta evidente, quindi, come la fase sanitaria emergenziale, a causa della mancata regolamentazione dei colloqui con modalità audiovisive per i

per evitare spostamenti ulteriori; successivamente, però, con nota del 27 marzo 2020, il DAP ha voluto precisare come la concessione di un ulteriore colloquio telefonico, in aggiunta a quello sostitutivo spettante ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis comma 2 o.p., fosse da intendersi per il numero massimo di due familiari per colloquio, con esclusione della presenza di figli minori. Il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, non conteneva alcun riferimento alle persone recluse sottoposte al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis comma 2 o.p.; convertito poi in legge, con modificazioni, dalla L. 25 giugno 2020, n. 70, veniva introdotto l'art. 2-quinquies il quale espressamente escludeva che la disciplina dei colloqui telefonici potesse trovare applicazione nei confronti dei detenuti in regime differenziato. In chiave critica si v., *inter alias*, A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 1° maggio 2020.

⁶³ Per una analisi dettagliata si v. M. ALOISI, *Il 41-bis e il diritto all'affettività del minore al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foronews*, 16 aprile 2021. Interessante notare come per il tribunale per i minorenni risulti violato anche l'art. 32 Cost. che non è direttamente rientrante tra le norme a tutela della famiglia: tuttavia, tale articolo risulterebbe violato nella misura in cui l'impossibilità di fruire per un lungo periodo di tempo, data l'emergenza epidemiologica, di contatti audiovisivi con il genitore detenuto creerebbe un pregiudizio per l'integrità psico-fisica del minore.

detenuti sottoposti al regime di rigore, abbia comportato di fatto una «privazione totale dell'esercizio della genitorialità»⁶⁴ per gli stessi e un vuoto di tutela per il figlio minore, il quale si è così visto negare il diritto al mantenimento e alla continuità dei legami affettivi con il genitore detenuto. Questo *vulnus* ha comportato per il minore (ma anche per il genitore recluso) un'enorme sofferenza; ancora una volta gli effetti della pena, propriamente intesa, sono stati trasferiti su un soggetto ad essa estraneo⁶⁵. Il tribunale rimettente, al riguardo, ha evidenziato come la mancanza di regolamentazione per le persone sottoposte al regime detentivo *in peius* ricada, inevitabilmente, anche sulla posizione del figlio minore, i cui diritti – ricorda il tribunale – sono di competenza proprio della magistratura minorile, alla quale spetta risolvere qualunque criticità che di fatto impedisca la tutela del diritto del minore a mantenere, nell'ottica di un suo adeguato sviluppo della personalità, i rapporti affettivi e a ricevere dal genitore, anche detenuto, un'educazione basata sui valori costituzionali. Difatti, nonostante, nei casi di specie, la declaratoria di decadenza genitoriale rispondesse al preminente interesse del minore, nell'ordinanza di rimessione viene espressamente chiarito come tale declaratoria non escluda di per sé «la necessità di tentare [...] il recupero, sempre nell'interesse preminente del minore, della figura paterna quantomeno nella dimensione affettiva»⁶⁶, mediante la concessione di opportunità di colloqui tra il genitore detenuto e il minore. Nelle argomentazioni del giudice rimettente è stato dato particolare risalto all'istituto dei colloqui e alla sua finalità trattamentale, poiché esso è «volto a riannodare il filo-affettivo

⁶⁴ Così V. MANCA, *Sulla dimensione "bilaterale" della pena nel regime differenziato del 41-bis ord. penit.: ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 3, p. 9.

⁶⁵ È questa la «portata "bilaterale della pena"» cui fa riferimento V. MANCA, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁶⁶ Così Trib. min. Reggio Calabria, 23 giugno 2020, n. 124, cit., dove si precisa, in ogni caso, che questa apertura dei giudici necessiti da parte del genitore detenuto l'«avvio di un processo di rivisitazione autocritica della sua vita».

del detenuto spezzato bruscamente dal carcere, nell'ottica della realizzazione contestuale dell'interesse privilegiato dei minori»⁶⁷. Secondo il Tribunale minorile reggino, l'esclusione derivante dall'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 (e la mancata previsione nell'art. 41-bis comma 2-quater lett. b) o.p., in generale, della possibilità di autorizzazione di colloqui audiovisivi a distanza) non consentiva al genitore detenuto e al figlio minore di conservare un rapporto affettivo⁶⁸; per il giudice rimettente la possibilità di svolgere, nell'ambito di un graduale percorso di avvicinamento al genitore recluso, colloqui a distanza mediante l'utilizzo di piattaforme adatte allo scopo e in un ambiente più consono alle esigenze del minore rispetto all'istituto penitenziario, «rappresenta una potenzialità che il sistema penitenziario deve garantire, a fronte della preminenza dell'interesse del minore»⁶⁹. Viene inoltre fatto notare come con l'autorizzazione dei colloqui visivi a distanza le esigenze di sicurezza sottese al regime detentivo di cui all'art. 41-bis comma 2 o.p. non sarebbero compromesse in alcun modo, anzi la modalità di tale forma di colloqui mediante collegamento *Skype*, proprio perché garantirebbe la visione del

⁶⁷ Si v. P. MAGGIO, *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord. pen., ridimensionando i «danni simbiotici» originati dal carcere*, in *Giur. cost.*, 2021, n. 2, p. 765.

Come evidenziato più volte nel capitolo precedente, l'attenzione che il legislatore riserva ai rapporti con la famiglia emerge da diverse disposizioni contenute nella l. 26 luglio 1975, n. 354: si pensi agli artt. 18 o.p. e 37 reg. esec., all'art. 28 o.p.

⁶⁸ In dottrina, in realtà, si fa notare come il giudice *a quo* sarebbe comunque potuto giungere ad una lettura conforme a Costituzione: si v. G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 2, p. 724. L'autore, difatti, riporta alcune pronunce della Cassazione secondo le quali proprio il fatto che la disciplina dettata dall'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 non fornisse alcuna distinzione tra i detenuti, avrebbe potuto far propendere per l'applicabilità anche a coloro che fossero stati assoggettati al regime detentivo *in peius* (Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, Ministero della Giustizia c. M. S., in *De Jure*), e inoltre, da tale disciplina si sarebbero potuti escludere i detenuti assoggettati al regime di cui all'art. 41-bis o.p. soltanto qualora tale scelta fosse stata realmente funzionale all'obiettivo primario del regime differenziato, vale a dire escludere i contatti tra il detenuto e il gruppo criminale di appartenenza (Cass. pen., Sez. I, 19 maggio 2021, n. 19826, in *Foroplus*).

⁶⁹ Cfr. V. MANCA, *Sulla dimensione "bilaterale" della pena*, cit., p. 13.

colloquante senza alcuno spostamento e contatto fisico diretto, è in grado di assicurare un notevole margine di sicurezza sia intramuraria che esterna⁷⁰.

Un aspetto peculiare su cui è bene soffermarsi riguarda le argomentazioni che il Tribunale minorile ha utilizzato per giustificare la propria (presunta) legittimazione a sollevare il quesito di costituzionalità in ordine all'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020. Tale giudice, pur riconoscendo la distinzione esistente tra l'azione del giudice di sorveglianza (che riguarda la tutela dei diritti soggettivi del detenuto) e quella del giudice civile minorile (che, invece, interessa quella del minore), ha ritenuto che la bilateralità della relazione giuridica intercorrente tra padre, recluso, e figlio minore fungesse da riconoscimento di una legittimità in capo al tribunale dei minori a sollevare la questione di costituzionalità. È indubbio che il tribunale per i minorenni non sia un'autorità giudiziaria indicata né nella disposizione emergenziale di cui si parla, né tantomeno nell'art. 41-bis o.p.: ciononostante, secondo il giudice minorile, rimuovere il divieto dei colloqui audiovisivi a distanza, a seguito del giudizio di legittimità costituzionale, avrebbe consentito allo stesso di partecipare, assieme alle autorità amministrative e

⁷⁰ Si noti come già in precedenza l'amministrazione penitenziaria, al fine di facilitare le relazioni familiari, avesse emanato la circ. DAP 29 gennaio 2019, n. 0031246U, contenente un manuale tecnico-operativo per agevolare la procedura telematica di video-chiamata tramite la piattaforma *Skype for business* per i detenuti inseriti nel circuito di media sicurezza. Ancora, con la circ. DAP 26 settembre 2022, n. 3696/6146, finalizzata a favorire i contatti a distanza dei detenuti con i familiari a prescindere dal perdurare della pandemia e delle norme legate all'emergenza sanitaria, l'amministrazione ha disposto la stabilizzazione delle video-chiamate – in alternativa ai colloqui in presenza – estendendone l'utilizzo anche per i detenuti reclusi al regime di cui all'art. 41-bis o.p..

Anche la giurisprudenza di legittimità, al fine di consentire il mantenimento della relazione parentale, si era già espressa positivamente circa la possibilità di autorizzare un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis o.p. a svolgere colloqui visivi con altro detenuto, anch'esso al medesimo regime, a cui lo legava un rapporto genitoriale o familiare, mediante forme di comunicazione controllabile a distanza, si. V. Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, Trigila, Rv. 262417, in *CED Cass.*, 2015, per un commento si v. C. MINNELLA, *Possibile il colloquio del detenuto col figlio sottoposto al carcere duro tramite videoconferenza*, in *Arch. Nuov. Proc. pen.*, 2016, n. 1, p. 62 ss.; più di recente, Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, Ministero della Giustizia c. M. S., cit., con nota di M. MARINI, *Ammissibili i colloqui "da remoto" tra detenuto in "41-bis" e altro soggetto ristretto*, in *Giur. it.*, 2021, n. 1, p. 200 ss., In senso difforme, invece, Cass. pen., Sez. I, 22 marzo 2019, Ministero della Giustizia c. P.F., Rv. 275669-01, in *CED Cass.*, 2019.

giudiziarie preposte ad autorizzarli in relazione alla posizione del detenuto, alla valutazione della necessità di tali colloqui ai fini della tutela dei minori. Le ordinanze di rimessione hanno conferito «prevalenza assiologica»⁷¹ al rapporto giuridico genitore e figlio minore, in conformità con l'art. 3 della Convenzione di New York del 1989: in altri termini, secondo il giudice rimettente, in tale rapporto, la posizione preminente (seppur non assoluta) è quella del minore a mantenere i rapporti affettivi con il genitore e a ricevere da questi, anche se recluso, un'educazione tale da consentirgli un corretto sviluppo della personalità, ed è questa stessa preminenza – sempre secondo il giudice rimettente – che comporta che sia il giudice civile minorile, quale giudice naturale *de potestate*, competente a richiedere i colloqui⁷². Per il rimettente ritenere, di converso, che la competenza specializzata del giudice minorile sia implicitamente recessiva di fronte a quella del direttore dell'istituto penitenziario o del giudice di sorveglianza darebbe luogo ad un «*quid juris* irragionevole»⁷³ che originerebbe un sospetto di incostituzionalità sotto il profilo sia della violazione delle garanzie giurisdizionali del minore, sia della effettiva tutela del diritto di quest'ultimo a mantenere i rapporti familiari con il genitore detenuto mediante lo strumento del colloquio a distanza. Inoltre, riconoscere nell'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 la possibilità per i detenuti in regime detentivo speciale di svolgere colloqui audiovisivi a distanza con i figli minori, avrebbe avuto come effetto quello di eliminare la disparità di trattamento rispetto ai figli di genitori detenuti in regime ordinario.

⁷¹ Così P. MAGGIO, *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis*, cit., p. 766.

⁷² Nel caso di specie, la competenza del giudice civile minorile, a detta del giudice *a quo*, sarebbe stata rafforzata sia dal fatto che non risultasse pendente alcun contestuale procedimento di sorveglianza, sia dal fatto che la Procura della Repubblica competente avesse espresso parere favorevole alla concessione dei colloqui audiovisivi a distanza in quanto non vi erano particolari esigenze ostative di sicurezza riferite al detenuto.

⁷³ Così Trib. min. Reggio Calabria, 23 giugno 2020, n. 124, cit.

In dottrina⁷⁴, a sostegno delle argomentazioni del giudice minorile sono state richiamate anche le molte pronunce della Corte costituzionale secondo le quali, in materia di regime detentivo differenziato, le restrizioni rispetto al regime ordinario possono essere solo quelle congrue alle finalità di ordine e sicurezza proprie del regime *in peius*, avendo sempre come limite il divieto di incidenza sulla qualità e quantità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità⁷⁵. Sul punto, infatti, la Consulta, nel richiamare la massima attenzione del legislatore in materia di bilanciamento, ha più volte precisato che «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale», in questo caso il diritto (del minore, ma anche del detenuto) a mantenere i rapporti affettivi, «se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango», vale a dire quello della sicurezza⁷⁶, proprio perché diversamente la limitazione acquisterebbe un *surplus* di valore puramente afflittivo, incompatibile con l'art. 27 comma 3 Cost.

4. La Consulta in nome dell'inammissibilità sminuisce la questione sostanziale

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità sollevata dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria con le ordinanze di rimessione di cui si è fatto cenno, ha ritenuto di non potersi esprimere nel merito della questione a causa di un profilo di inammissibilità legato al difetto di competenza del giudice *a quo*⁷⁷, vale a dire del Tribunale per i minorenni investito di procedimenti civili *de potestate*. La

⁷⁴ Cfr. P. MAGGIO, *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis*, cit., p. 766.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143.

⁷⁷ Cfr. Corte cost., 31 marzo 2021, n. 57. Per un commento si v. G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni*, cit., p. 721 ss.; P. MAGGIO, *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord.pen.*, cit., p. 763 ss.

Consulta ha chiarito al riguardo come il rimettente fosse privo di competenza in materia di autorizzazione ai colloqui di persone detenute: per espressa previsione dell'ordinamento penitenziario: tali colloqui (così come la corrispondenza telefonica e gli altri tipi di comunicazione) sono autorizzati, a seconda della posizione giuridica della persona reclusa, dall'autorità giudiziaria che procede o dal direttore dell'istituto, i cui provvedimenti sono suscettibili di reclamo giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza. Rispetto all'apprezzabile sforzo argomentativo, in nome della tutela del preminente interesse del minore, compiuto dal rimettente per dimostrare la sua competenza concorrente all'interno del potere di autorizzazione dei colloqui delle persone recluse con i figli minori, il Giudice delle leggi ha ritenuto tale tesi «*ictu oculi* insuscettibile di avallo»⁷⁸. L'interesse del minore, figlio della persona detenuta, viene in rilievo in molte disposizioni dell'ordinamento penitenziario, in istituti talora «finanche più pregnanti di quello dei colloqui»⁷⁹: si pensi, come già si è ricordato, alla detenzione domiciliare ordinaria e speciale a favore della madre per accudire i figli in tenera età (o, in via surrogatoria, quando la madre sia deceduta o impossibilitata, a favore del padre) prevista dagli artt. 47-ter e 47-quinquies o.p. e all'assistenza all'esterno dei figli stessi di cui all'art. 21-bis o.p. Tuttavia, specifica la Corte, il semplice coinvolgimento degli interessi dei minori non vale di per sé a riconoscere in capo al Tribunale per i minorenni una competenza «in qualche modo “aggiuntiva”»⁸⁰ rispetto a quella già prevista dal legislatore agli artt. 18 comma 10 o.p. e 37 comma 1 e 2 reg. esec.. Il Giudice costituzionale, in conclusione, ha respinto fermamente l'idea di una competenza concorrente, tra due diverse autorità giudiziarie, in relazione al medesimo provvedimento,

⁷⁸ Cfr. Corte cost., 31 marzo 2021, n. 57, cit.

⁷⁹ V. Corte cost., 31 marzo 2021, n. 57, cit.

⁸⁰ In tal senso G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni*, cit., p. 723.

in quanto tale situazione potrebbe dare luogo al rischio di decisioni tra di loro contraddittorie e, soprattutto, sarebbe contro la logica di sistema.

Non sono mancate in dottrina critiche alla pronuncia della Corte costituzionale. In particolare, è stato sottolineato come, con la pronuncia in esame, la Consulta finisca per «sminuire» l'importanza della questione sostanziale e «svilire» l'interesse del minore, in quanto nelle sue argomentazioni «affiorano latenti e preminenti esigenze preventive e di tutela della sicurezza pubblica», che mal si conciliano con la volontà sistemica – del legislatore del 1975 – di (voler) considerare i rapporti con la famiglia alla base del trattamento penitenziario⁸¹. I giudici costituzionali, non potendo entrare nel merito della questione, si sono mostrati poco attenti alla necessità per il minore, legata allo sviluppo della sua personalità, di mantenere un rapporto affettivo con il genitore detenuto⁸²: sarebbe invece stato auspicabile un intervento in materia di colloqui a distanza mediante l'utilizzo di piattaforme digitali, proprio al fine di sottolineare l'importanza, per i minori (e per i genitori reclusi) di mantenere i rapporti anche in situazioni di impossibilità oggettiva (quale era quella legata all'emergenza sanitaria). Così facendo, invece, la Consulta ha lasciato che nel periodo di vigenza dell'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020 i figli minori di genitori detenuti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p. si vedessero negato anche «l'abbraccio virtuale»⁸³. Inoltre, la scelta della Consulta di non soffermarsi sul contesto delle situazioni concrete oggetto delle ordinanze di rimessione, e occuparsi solo degli aspetti procedurali allo scopo di negare le interazioni fra la giurisdizione civile

⁸¹ Si v. P. MAGGIO, *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis*, cit., p. 768.

⁸² Si ricorda, invece, come la Corte in altri importanti precedenti abbia esaltato il mantenimento di tali rapporti valorizzando le relazioni familiari al fine di un corretto sviluppo psico-fisico del minore: v. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit.; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, cit.; ancora, Corte cost., 15 gennaio 2020, n. 18. La valorizzazione delle relazioni familiari in tali pronunce viene sottolineata da F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 5, p. 3948.

⁸³ In questi termini P. MAGGIO, *op. ult. cit.*, p. 773.

e quella di sorveglianza, «vuol dire protrarre l’invisibilità sistemica del minore rispetto agli effetti della pena carceraria applicata al genitore»⁸⁴, con il rischio di consolidare il retaggio culturale in base al quale il carcere si considera rigidamente separato dalla società civile⁸⁵.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il Giudice delle leggi con la pronuncia in esame abbia, in realtà, messo in evidenza il «carattere “trasversale”»⁸⁶ della tutela dell’interesse del minore, poiché, difatti, la concreta «presa in carico delle esigenze dei minori», aspetto sul quale si assiste ad una particolare attenzione tanto a livello costituzionale quanto sovranazionale, «è un fattore che pesa ormai nei processi decisionali, anche in sede penale». Si tratta quindi di un principio all’interno del quale si intersecano diversi altri interessi, situazioni e relazioni, e proprio per questo «non può essere *riservato a* (o *esclusivo di*) alcune autorità e, conseguentemente, precluso ad altre»; ecco allora che, secondo tale orientamento, in nome del principio del superiore interesse del minore non si può agire per alterare l’attribuzione delle competenze che è rimessa al legislatore.

In conclusione, però, non si può non rilevare come le questioni alla base delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale – al netto dell’erronea valutazione del Tribunale per i minorenni circa la legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità – in realtà siano meritevoli di attenzione, in quanto hanno messo in luce gli aspetti negativi della disciplina dei colloqui di cui all’art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. b) o.p. su cui, sarebbe auspicabile un impegno maggiore del legislatore: il regime

⁸⁴ Cfr. P. MAGGIO, *op. ult. cit.*, p. 768.

⁸⁵ Cfr. M. DONINI, *Carcere e fabbrica, quarant’anni dopo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, n. 2, p. 79; in tal senso anche P. MAGGIO, *op. ult. cit.*, p. 768.

⁸⁶ Così G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni*, cit., p. 725, dal quale sono tratte anche le successive citazioni.

detentivo di rigore, il cui obiettivo è indubbiamente apprezzabile, viene inevitabilmente ad intrecciarsi con interessi altamente sensibili, quali sono appunto quelli del minore, provocando sofferenze laddove le esigenze di sicurezza vengono a prevalere sulle relazioni affettive. A fronte di questo dato sorge immediato l'interrogativo sulla possibilità di una valutazione complessiva degli interessi in gioco, di una comparazione cioè dell'interesse del genitore e dei figli minori con le esigenze di ordine e sicurezza. In questa valutazione un ruolo importante potrebbe essere svolto dal Tribunale per i minori con considerazioni e valutazioni in ordine al nucleo familiare interessato, sempre che - ovviamente - sia stato coinvolto, e soprattutto in ordine al *best interest of child*⁸⁷.

Come si è evidenziato nel capitolo precedente, il vero cuore dell'art. 41-*bis* comma 2 o.p. è rappresentato dai contatti (limitati) con la famiglia: i colloqui, nelle varie forme possibili (*de visu*, telefonici, per corrispondenza, via *Skype*), costituiscono lo strumento principe per mantenere i rapporti affettivi, sia per il detenuto, sia soprattutto per le persone estranee alla pena propriamente intesa, vale a dire appunto i figli minori, poiché è in questa occasione che entrambi ritrovano un momento di normale quotidianità; è durante i colloqui che il detenuto smette di essere tale e torna ad essere semplicemente genitore.

5. Possibili abusi del *best interest of child* in tema di lotta alla criminalità organizzata

Sempre rimanendo nell'ambito dell'operato del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, merita attenzione un'altra pronuncia che ha arricchito il complesso tema dei rapporti tra genitori sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. e

⁸⁷ In questo senso anche G. LANEVE, *op. ult. cit.*, p. 727.

figli minori. Ancora una volta, detto Tribunale è intervenuto per dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale di un detenuto nei confronti dei figli minori⁸⁸ e il co-affidamento degli stessi ai servizi sociali, prescrivendo l'allontanamento del nucleo familiare dal luogo di residenza e la necessità di iniziare percorsi educativi che potessero fare entrare i minori «in contatto con realtà positive e diverse da quelle di origine [...] e garantire loro tutela per una regolare crescita psico-fisica»⁸⁹. In questo contesto, tuttavia, il genitore recluso al regime detentivo speciale chiedeva di poter incontrare i figli minori infradodicenni senza l'utilizzo del vetro divisorio al fine di «poterli riabbracciare»⁹⁰. Come già si è ricordato, nelle modalità concrete di svolgimento dei colloqui per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. occorre bilanciare, in relazione al singolo caso concreto, tre esigenze tra di loro differenti: il diritto all'affettività del singolo, la tutela del superiore interesse del minore a mantenere relazioni con il genitore e le esigenze di ordine e sicurezza sottese al regime detentivo. Il giudice minorile è allora intervenuto, con un cambio di prospettiva rispetto al passato, non solo con i provvedimenti *de potestate*, ma anche coinvolgendo direttamente il genitore detenuto chiedendogli un «approfondimento autocritico e di consapevolezza degli errori fatti»⁹¹: questo processo di consapevolezza, volto soprattutto a tutelare la salute psico-fisica del minore, in realtà può essere letto anche nell'ottica di un percorso di rieducazione della persona detenuta in quanto può offrire «la possibilità di dare un senso al tempo scandito dalla pena valorizzando percorsi trattamentali che possano consentire,

⁸⁸ Si v. Trib. Min. Reggio Calabria, 11 settembre 2018, in *Questione giustizia*, 12 aprile 2019, con commento di S. CASABONA, *La forza di un abbraccio*.

⁸⁹ Cfr. Trib. Min. Reggio Calabria, 11 settembre 2018, cit.

⁹⁰ Cfr. S. CASABONA, *La forza di un abbraccio*, cit. Sulla derogabilità del vetro divisorio si rimanda al capitolo II.

⁹¹ Cfr. S. CASABONA, *op. ult. cit.*, dove si legge che «si tratta di uno strumento *endogeno*, in quanto scaturente dalla stessa relazione generativa e sensibilissima tra genitore e figli, che dovrebbe portare il primo a condividere e a raccontare ai minori [...] il peso personale che alcune scelte di vita comportano in termini di privazione della libertà personale e limitazione degli affetti [...]».

anche al detenuto apparentemente irriducibile, l'opportunità di riflettere sulla propria vita e su quella degli stretti congiunti»⁹².

Nonostante sia apprezzabile il cambio di prospettiva nell'intervento del giudice minorile, è stata però posta in dottrina l'attenzione sul rischio che tale apertura possa tradursi in «una sorta di meccanismo “di scambio”», con il quale, cioè, a fronte della concessione del colloquio al genitore decaduto, si chieda a quest'ultimo un'autocritica, la quale, al di là del rapporto educativo genitore-figlio e della tutela dell'interesse del minore a tale rapporto, potrebbe essere strumentalizzata per ottenere collaborazioni giudiziarie da parte del detenuto (genitore)⁹³. Al riguardo pare opportuno segnalare che l'art. 3 comma 1 della Carta dei diritti dei figli detenuti dispone, in generale, che i colloqui aggiuntivi con i figli minori non possono essere considerati come “premi” riconosciuti in base al comportamento del detenuto. Il perseguimento dell'interesse del minore, si ricorda, deve essere tenuto in preminente considerazione in tutte le azioni che “riguardano il minore”, così che non deve essere utilizzato come strumento per il raggiungimento di fini estranei ad esso; diversamente, verrebbe a perdere di significato anche la dichiarata tutela dello stesso.

6. La tutela dell'interesse del minore è davvero effettiva nel regime *in peius*?

Come più volte è stato sottolineato, con l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. il legislatore, con la sospensione, in tutto o in parte, delle regole e degli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, ha voluto recidere i contatti tra la persona reclusa e l'organizzazione criminale di appartenenza; in nome delle

⁹² Si v. Trib. min. Reggio Calabria, 31 ottobre 2017, in *Foro It.*, 2018, c. I, p. 1410.

⁹³ Cfr. S. CASABONA, *op. ult. cit.*

esigenze di sicurezza vengono così limitati i contatti con la famiglia, nella convinzione (presuntiva) che proprio nel momento di incontro con i familiari, compresi anche i minori, vengano veicolate informazioni da e verso l'esterno dell'istituto penitenziario. In quest'ultimo capitolo sono stati messi in luce vari istituti la cui finalità, per volontà del legislatore, è proprio quella di mantenere e ristabilire i rapporti affettivi, in particolare con il figlio minore, alla luce anche della tutela costituzionale riservata alla famiglia e all'infanzia. Tuttavia, a ben vedere, la detenzione domiciliare, speciale e ordinaria, l'assistenza all'esterno con i figli minori, i permessi premio non sarebbero conciliabili con il regime differenziato, in quanto le modalità degli istituti a tutela della genitorialità e dell'infanzia (si pensi alla detenzione domiciliare presso la propria abitazione) sarebbero antitetico rispetto alle finalità proprie del regime (il rientro presso la propria abitazione, difatti, renderebbe vane le finalità che il regime differenziato vuole perseguire, vale a dire la rottura dei collegamenti tra la persona reclusa e il gruppo criminale di appartenenza). Anche il permesso premio, nonostante le recenti aperture della Consulta di cui si è detto, in realtà non può essere concesso a coloro che si trovino in regime differenziato proprio perché quest'ultimo presuppone la sussistenza di collegamenti attuali della persona interessata con i gruppi criminali all'esterno, e dunque una pericolosità sociale qualificata ed attuale. Di converso, tuttavia, il permesso ordinario di necessità può essere concesso anche alle persone detenute al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p.

Alla luce di questi limiti, è evidente come, in realtà, il preminente interesse del minore al mantenimento dei rapporti con il genitore detenuto riesca a trovare poco spazio di tutela effettiva nel giudizio di bilanciamento tra contrapposti interessi di pari rango

costituzionale, creando così una differenza di trattamento rispetto ai figli di genitori detenuti in regime ordinario.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dalle riflessioni fin qui svolte è possibile affermare che l'umanizzazione della pena e la centralità della persona reclusa non devono rimanere meri enunciati, ma devono rappresentare parametri guida che devono accompagnare l'intero sistema dell'esecuzione penale e, al contempo, indicare il limite invalicabile per l'amministrazione penitenziaria nelle sue scelte organizzative. Con l'analisi svolta nelle pagine precedenti si è cercato di evidenziare come il regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis* comma 2 o.p. sia un regime in cui le esigenze di sicurezza e la prevenzione dei collegamenti tra detenuto e associazione criminale di appartenenza all'esterno, pur ricoprendo un ruolo centrale e principale, non possono tradursi in una compressione totale e sproporzionata dei diritti fondamentali della persona detenuta, primo fra tutti quello al mantenimento dei rapporti familiari e affettivi. È stato, infatti, posto l'accento sul fatto che, anche nel regime detentivo *in peius*, la persona reclusa conserva un nucleo intangibile di diritti fondamentali, che, nei limiti della compatibilità con le esigenze proprie del regime, il legislatore, l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza sono tenuti a riconoscere e garantire. Attraverso lo studio della disciplina dei colloqui con i familiari è emerso come, in realtà, in tale ambito le esigenze di sicurezza siano predominanti rispetto alla tutela dei diritti della persona detenuta e, soprattutto, dei familiari, in particolare dei figli minori di anni dodici. Il mantenimento dei rapporti familiari, in particolar modo quando vi siano figli minori, rappresenta non soltanto un'esigenza umana del detenuto, ma anche – e soprattutto – una esplicazione del «volto costituzionale della pena», in attuazione del quale non è ammissibile che essa si traduca in condizioni detentive contrarie al senso di umanità. Si è cercato così di mettere in luce come

l'esecuzione della pena, a maggior ragione se espiata in un regime differenziato caratterizzato da limitazioni molteplici, si ripercuota anche sui familiari della persona detenuta, soprattutto sui figli minori di anni dodici: al riguardo, è stato evidenziato come il minore sia titolare di una posizione giuridica, autonoma e rilevante, al mantenimento e alla continuità dei rapporti con i familiari, anche se detenuti. Proprio per questo, è stata sottolineata la necessità che nel giudizio di bilanciamento tra contrapposti interessi si tenga debitamente conto di un ulteriore elemento, esterno alla pena, quale è il superiore interesse del minore a mantenere rapporti con il genitore detenuto: interesse però che, nel regime differenziato, come si è cercato di evidenziare nel corso della trattazione, corre il rischio di rimanere invisibile di fronte all'attenzione che l'ordinamento penitenziario riserva, il più delle volte in via esclusiva, alle esigenze securitarie.

Proprio per questo, gran parte del lavoro è stata dedicata all'analisi della disciplina dei colloqui tra il detenuto in regime differenziato e i figli minori; si è voluto in particolare sottolineare la recente e peculiare chiave di lettura fornita dalla Consulta, con la quale è stata data una regola di metodo in materia di colloqui con i figli minori infra e ultradodicesimi valorizzando, non l'automatismo (dell'utilizzo) del vetro divisorio in occasione di tali colloqui, ma piuttosto la necessità che la scelta dell'impiego di tale strumento venga adeguatamente motivata in ordine alle concrete esigenze di sicurezza legate al caso specifico. L'aspetto rilevante emerso, rispetto al passato, è che l'età del figlio minore non costituisce l'unico elemento di *discrimen* per l'utilizzo o meno del vetro divisorio, in quanto è necessario tenere conto, assieme al superiore interesse del minore, anche del vissuto specifico del genitore detenuto e delle esigenze di sicurezze valutate rispetto al caso concreto: in caso contrario, si finirebbe per attribuire alla limitazione dei colloqui una finalità non già preventiva, bensì afflittiva.

La tematica del rapporto tra genitore sottoposto al regime differenziato e figlio minore è quindi particolarmente complessa, data anche la scarsa propensione del legislatore e dell'amministrazione penitenziaria a soluzioni di apertura che vedano dotare (e quindi distinguere) gli ambienti destinati ai colloqui con i figli minori di spazi più familiari e adatti al minore. Lo Stato si preoccupa, a ragion veduta, di intervenire sulla interruzione dei collegamenti con il crimine organizzato, ma poca attenzione riserva a coloro sui quali indirettamente la pena incide; nel momento in cui il figlio minore rimane con il genitore detenuto *al di qua* del vetro divisorio, e quindi le esigenze di sicurezza già sono state ponderate, stare in un ambiente più adatto e confortevole per il minore – ma che preveda sempre l'utilizzo del vetro divisorio per gli altri familiari – nulla aggiungerebbe (o toglierebbe) in termini di tutela di tali esigenze. Si è osservato come negli ultimi anni numerose siano state le aperture da parte della Consulta e della giurisprudenza di legittimità, e molta l'attenzione da parte della magistratura di sorveglianza. Tuttavia ancora lungo è il percorso, poiché appare necessario un intervento *de jure condendo* che traduca i criteri sviluppati dalla giurisprudenza in una disciplina positiva uniforme in materia di colloqui tra i detenuti in regime differenziato e i figli minori, al fine di rendere questi ultimi meno “invisibili” rispetto alle esigenze di sicurezza. Ciò è auspicabile affinché i figli minori, incolpevoli (e spesso ignari) delle scelte di vita del genitore detenuto, non vedano pesare su di loro, sulla loro infanzia e spensieratezza, una rigida disciplina che, per contrastare e arginare il fenomeno mafioso, (in)consapevolmente incida sui loro rapporti affettivi: il naturale desiderio di un minore di dodici anni di abbracciare il proprio genitore detenuto, parlare e giocare con lui, non deve essere mortificato in nome di esigenze di sicurezza talora solo presunte.

BIBLIOGRAFIA

- ALOISI M., *Il 41-bis e il diritto all'affettività del minore al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foronews*, 16 aprile 2021.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.
- AMERIO L. – MANCA V., *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D. lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giur. pen.*, 2019, n. 9.
- ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 1, p. 4 ss.
- ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007.
- ARDITA S., *sub art. 41-bis*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 507 ss.
- BALDASSARRE A., (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BARELA M., *Diritti del minore (art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in G.F. BASINI – G. BONILINI – M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo secondo, Milano, 2014, p. 6256.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *sub art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, p. 63 ss.
- BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *sub art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, p. 297 ss.
- BELLOMIA S., (voce) *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 921 ss.

- BERNASCONI A., *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis, comma 2 ord. pen.*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 285 ss.
- BONETTI M. – GALLUCCIO A., *sub art. 8*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 327 ss.
- BONETTI M., *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 3, p. 846 ss.
- BONOMI A., *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Bari, 2018.
- BORTOLATO M., *sub art. 35-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 460 ss.
- BRESCIANI L., *Sulle istanze per revocare i provvedimenti l'ombra del «silenzio-diniego» ministeriale*, in *Guida dir.*, 2003, n. 1, p. 31 ss.
- BRONZO P., *Limitazioni alla corrispondenza e “carcere duro”*, in *IUS Penale*, 29 aprile 2016
- BUZZELLI S. – MAZZA O., *Codice di procedura penale europea*, Milano, 2005.
- CARACENI L., *Il diritto di visita del detenuto ai congiunti con grave disabilità*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2016, p. 271 ss.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013*, in www.cortecostituzionale.it.
- CARUSO G., *Una nuova stagione del c.d. carcere duro nel prisma delle tecniche decisorie della Consulta? I diritti fondamentali tra “piccoli gesti di vita quotidiana”, auspici e perplessità*, in *Arch. pen. web*, 2024, n. 1.
- CASABONA S., *La forza di un abbraccio*, in *Questione Giustizia*, 12 aprile 2019.
- CASSIBBA F. – COLELLA A., *sub art. 3*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 77 ss.
- CESARIS L., *I detenuti sottoposti al “carcere duro” tornano a respirare: la Corte costituzionale fa cadere la limitazione delle “ore d'aria”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, n. 2, p. 630 ss.

- CESARIS L., *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord.pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, n. 12, p. 3179 ss.
- CESARIS L., *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *La legislazione penale*, 2002, n. 3, p. 547 ss.
- CESARIS L., *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, in *Rass. pen. e crim.*, 2003, n. 1-2, p. 309 ss.
- CESARIS L., *sub art. 41-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 532 ss.
- CESARIS L., *sub art. 47-quinquies*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 704 ss.
- CESARIS L., *sub art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 655 ss.
- CESARIS L., *sub art. 90*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 1196 ss.
- CESARIS L., *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 3, p. 1798 ss.
- CESARIS L., *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei figli delle persone detenute*, in *Giur. pen. web*, 2018, n. 5.
- CIAVOLA A., *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 2, p. 66 ss.
- CIAVOLA A., *sub art. 28*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 389 ss.
- CONTI A., *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, n. 4, p. 552 ss.
- CORVI P., *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, n. 10, p. 1189 ss.
- CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010.

- COSTANTINO M. – BERNASCONI A., *sub art. 15*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 209 ss.
- DE PASCALIS M., *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, n. 3, p. 384 ss.
- DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Diritti soggettivi dei detenuti sottoposti al regime differenziato di cui al 41-bis*, in *IUS penale*, 20 aprile 2023.
- DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 6^a ed., Milano, 2017, p. 177 ss.
- DELLA BELLA A., *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 1^o maggio 2020.
- DELLA BELLA A., *I reclami ex art. 35-bis ord.pen. avverso le prescrizioni del regime detentivo speciale*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti del detenuto*, Torino, 2019, p. 323 ss.
- DELLA BELLA A., *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016.
- DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale di cui all’art. 41-bis ord. pen.*, in S. CORBETTA – A. DELLA BELLA – G.L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 447 ss.
- DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in *Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*, 2013, vol. 1, p. 78 ss.
- DELLA BELLA A., *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 2023, n. 1, p. 39 ss.
- DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, p. 1 ss.
- DELLA CASA F., *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 1, p. 122 ss.

- DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12, p. 2511 ss.
- DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1994, p. 20.
- DI BELLA R. – SURACE G.M.P., *Il progetto Liberi di scegliere. La tutela dei minori di 'ndrangheta nella prassi giudiziaria del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria*, 2019, Rubbettino Editore, in particolare p. 8 e 45.
- DI GENNARO G. – BONOMO M. – BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977.
- DILETTI S., *Regime carcerario differenziato e diritti della persona in vinculis: il colloquio con il minore di dodici anni senza il vetro divisorio*, in *Rass. giur. umbra*, 2013, n. 2, p. 326 ss.
- DONINI M., *Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, n. 2, p. 79
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- FALZONE F. – PICOZZI F., *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. pen.)*, in *Arch. pen. web*, 2016, n. 1.
- FILIPPI L., *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 1, p. 24 ss.
- FIORENTIN F., *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 72 ss.
- FIORENTIN F., *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Milano, 2018.
- FIORENTIN F., *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, n. 11, p. 2810 ss.
- FIORENTIN F., *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum Constitutionem*, in *Giur. mer.*, 2008, n. 6, p. 1664 ss.
- FIORENTIN F., *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, n. 2, p. 187 ss.
- FIORENTIN F., *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2180.

- FIorentin F., *Sub art. 30*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 404 ss.
- FIorentin F., *Sub art. 30-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 420 ss.
- FIorentin F. – SIRACUSANO F., *sub art. 1*, in F. FIorentin – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 3 ss.
- FIorio C., *41-bis parliamone*, in *Arch. pen. web*, 2015, n. 2.
- FIorio C., *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen. web*, 2018, n. 1.
- FIorio C., *sub art. 41-bis ord. pen.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 6^a ed., Milano, 2023, vol. IV, p. 1547 ss.
- FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 2012, n. 1, p. 187 ss.
- FRIGO G., *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 4, p. 412 ss.
- GAGGIA F. – ZOPPINI A., *sub art. 29*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 601 ss.
- GIANFILIPPI F. – CESARIS L., *sub art. 14-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 187 ss.
- GIANFILIPPI F. – CESARIS L., *sub art. 14-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 195 ss.
- GIANFILIPPI F., *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Giur. it.*, 2025, n. 4, p. 929 ss.
- GIANFILIPPI F., *Il 41-bis tra simbolo e realtà penitenziaria: la prospettiva del magistrato di sorveglianza e la tutela dei diritti*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 1-bis “Dentro il 41-bis”, p. 95 ss.
- GIANFILIPPI F., *La Corte costituzionale e la corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime differenziato con il proprio difensore*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 1, p. 241 ss.
- GIUBILEI A., *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, p. 205 ss.
- GREVI V. – DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *sub art. 1*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 3 ss.

- GREVI V., *Introduzione. Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in ID. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 1 ss.
- GREVI V., (voce) *Libertà personale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, in www.treccani.it, 1996.
- LA GRECA G., *Diritti dell'uomo e regime dell'art. 41 bis ord. pen.*, in *Foro it.*, 1998, n. 9, IV, c. 321 ss.
- LANEVE G., *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 2, p. 721 ss..
- LANEVE G., *La tutela degli interessi del minore nel rapporto genitori-figli a quarant'anni dalla sentenza Corte cost. n. 11 del 1981*, in *Studium Iuris*, 2021, n. 11, p. 1332 ss.
- LANEVE G., *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 4, p. 2078 ss.
- LONATI S., *Il diritto all'affettività in carcere tra riconoscimento costituzionale ed effettività: una sfida ancora aperta*, in *Sistema penale*, 4 febbraio 2026.
- MAGGIO P., *La consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord.pen., ridimensionando i «danni simbiotici» originati dal carcere*, in *Giur. cost.*, 2021, n. 2, p. 763 ss.
- MAGI R., *L'incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 401 ss.
- MALFATI E. – PANIZZA S. – ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 5^a ed., Torino, 2016, p. 134.
- MALINVERNI A., *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *L'indice pen.*, 1973, n. 1, p. 17 ss.
- MANCA V. – BULIGHIN S., *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale: la disciplina dei colloqui visivi per i detenuti in regime di "carcere duro"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, n. 3, p. 1207 ss.

- MANCA V., *Il Dap riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017.
- MANCA V., *Sulla dimensione “bilaterale” della pena nel regime differenziato del 41-bis ord. pen.: ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 3.
- MANES V. – NAPOLEONI V., *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013.
- MANTOVANI G., *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 10, p. 1347 ss.
- MARGARITELLI M., *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. pen. Agg.*, 2010, V, p. 757 ss.
- MARINI M., *Ammissibili i colloqui “da remoto” tra detenuto in “41-bis” e altro soggetto ristretto*, in *Giur. it.*, 2021, n. 1, p. 200 ss.
- MARTINELLI C., *Sub art. 13 Cost.*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, p. 95 ss.
- MASSARO A., *Il preminente interesse del minore impone l’applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, n. 2, p. 806 ss.
- MASTROPASQUA G., *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41-bis legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n. 1, p. 229 ss.
- MENGHINI A., *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022.
- MINNELLA C., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell’ordinamento italiano*, in *Rass. pen. e crim.*, 2004, n. 3, p. 197 ss.
- MINNELLA C., *Possibile il colloquio del detenuto col figlio sottoposto al carcere duro tramite videoconferenza*, in *Arch. Nuov. Proc. pen.*, 2016, n. 1, p. 62 ss.
- MODUGNO F., *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

- MONTECCHIARI T. , *Spazio e tempo nella dimensione carceraria: genitori detenuti e tutela dei figli minori*, in G. CANAVESI (a cura di), *Tempo e spazio nella dimensione giuridica, economica e sociale*, Napoli, 2020, p. 155 ss.
- MURA R., *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 4, p. 1362 ss.
- NAPOLI G.M., *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015.
- NAPOLI G.M., *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 4, p. 1305 ss.
- NAPOLI G.M., *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015.
- NAPOLI G.M., *Il regime penitenziario*, Milano, 2012.
- NESTOLA M., *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività di detenuti al 41-bis*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 1-bis "Dentro il 41-bis", p. 250 ss.
- NICOSIA E., *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 6, p. 749 ss.
- NOTARO D., *I diritti in carcere, tra utopia, tutela giuridica e realpolitik*, in A. GABOARDI – A. GARGANI - G. MORGANTE – A. PRESOTTO – M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino, 2013, p. 44 ss.
- NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, p. 143 ss.
- PADOVANI T., *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, Padova, 1994, p. 151 ss.
- PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002.
- PICOZZI F., *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. pen. crim.*, 2015, n. 2, p. 3568 ss.

- PICOZZI F., *Questioni (ancora) aperte sulle modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti "41-bis" con i familiari*, in *Cass. pen.*, 2025, n. 11, p. 3568 ss.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte edu*, Napoli, 2014, p. 1 ss.
- RENOLDI C., *Sub art. 67*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 908 ss.
- ROSSI E., *sub art. 2*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 42 ss.
- RUARO M., *Non sussiste il diritto del minore alla bigenitorialità "perfetta" nel settore delle misure alternative alla detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, n. 1, p. 337 ss.
- RUARO M. – SANTINELLI C., *sub art. 18*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 231 ss.
- RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, 2^a ed., Napoli, 2014.
- RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.
- RUOTOLO M., *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 1, p. 203 ss.
- RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2176 ss.
- RUOTOLO M., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 3, p. 2084 ss.
- SCAFFARDI L., *I diritti riconosciuti al bambino dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in G.F. BASINI – G. BONILINI – M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo secondo, Milano, 2014, p. 6266.
- SCHIRÒ D.M., *La "carcerazione degli infanti" nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3, p. 1067 ss.
- SIRACUSANO F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 5, p. 3940 ss.

- SIRACUSANO F., *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ord. pen. con i familiari minorenni*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 3, p. 1144 ss.
- SIRACUSANO F., *sub art. 28*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Milano, 2019, p. 388 ss.
- SIRACUSANO F., *sub art. 41-bis*, in A. SCALFATI (a cura di), *Commentario alla disciplina penitenziaria*, Pisa, 2025, p. 537 ss.
- TRAPPELLA F., *La garanzia di riservatezza dei colloqui con il partner: verso un'idea di carcere come "formazione sociale"*, in *Arch. pen. web*, 2024, n. 1.
- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis ord. pen.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*, in *Giur. it.*, 2014., n. 6, p. 1493 ss.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, Principi generali*, vol. I, Milano, 2023.
- VITELLO S.F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis ord.pen. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, n. 12, p. 2861 ss.