



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal
Systems: Society, Environment, Cultures



ANNALI 2016 – ANNO IV (ESTRATTO)

SILVIA BELLINO

Comunicazioni a distanza tra padre e figlio detenuti in regime di “carcere duro” ex art. 41
bis ord. pen.: storia di un diritto negato?

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,
Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Patrizia Montefusco,
Maria Rosaria Piccinni, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti

Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

E-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

Telefono: + 39 099 372382

Fax: + 39 099 7340595

<http://www.annalidipartimentojonico.org>

Silvia Bellino

COMUNICAZIONI A DISTANZA TRA PADRE E FIGLIO DETENUTI IN
REGIME DI “CARCERE DURO” EX ART. 41 BIS ORD. PEN.:
STORIA DI UN DIRITTO NEGATO?*

ABSTRACT	
In tema di diritto alla genitorialità fra ristretti, è grazie ad una recente pronuncia della Cassazione che viene sancita la possibilità per il magistrato di sorveglianza di ricorrere alla videoconferenza onde poter consentire al detenuto ristretto, ai sensi dell'art. 41 bis ord. pen., un contatto con il parente anch'egli in carcere, sottoposto allo stesso regime detentivo. Il ricorso a forme di comunicazione controllabili a distanza nasce con il preciso intento di garantire l'ordine interno all'istituto e l'ordine pubblico, senza dimenticare, tuttavia, la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti di continuare a mantenere legami con la famiglia, che rischierebbero una forte compromissione, se non addirittura la negazione, ove a simili intendimenti non si giungesse.	About parental issues among prisoners, it's thanks to a recent pronunciation of the main court that the possibility is enacted for the judge to resort the videoconference so that to be able to allow in a contact with their relatives, also in the jail submitted to the same detentive scene, that people in harsh prison regime. The appeal to controllable form of communications to distance is born in order to guarantee from a side the inside order of the institute and the public one, without forgetting, nevertheless, the guardianship of the prisoners' fundamental rights to keep o bonds with their relatives, that they would risk straight the negation, where to similar understandings it didn't come on.
Esecuzione penale - art. 41 bis ord. pen. - colloqui	Criminal execution - harsh prison regime- correspondance and talks between prisoners

SOMMARIO: 1. I termini della questione - 2. Storia di un diritto negato - 3. Detenuti e famiglia - 4. I colloqui tra i familiari - 5. La corrispondenza telefonica - 6. Bilanciamento tra limitazione e diritto

1. Una riflessione circa il difficile rapporto tra i diritti della personalità dei ristretti, quello al mantenimento dei legami familiari e del rapporto di genitorialità *in primis* e la condizione di detenuti è stata indotta da due differenti, ma altrettanto godibili, letture: un romanzo autobiografico¹ che squarcia il velo di mondi misconosciuti e universi

*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ Il riferimento è a «Vista d'interni», scritto in regime detentivo da Antonio Perrone, esponente di spicco della Sacra Corona Unita brindisina. Mentre l'Autore redigeva le pagine del suo romanzo era sottoposto

relegati all'oblio - quali sono il carcere e, maggiormente, l'isolamento detentivo, conseguenza della sospensione delle normali regole di trattamento *ex art. 41 bis ord. pen.* - e le motivazioni di una sentenza della suprema Corte² adita da un padre al quale, da oltre un ventennio, veniva inibita la possibilità di avere contatti col proprio figlio, stante la sottoposizione dello stesso al particolare regime del "carcere duro". Orbene, è lecito chiedersi se una tal situazione possa essere considerata una forma di negazione del diritto alla genitorialità, ovvero ai rapporti con la famiglia, cellula sociale costituzionalmente garantita. È o meno possibile riferirsi a simili inibizioni come ad un trattamento disumano, laddove vengano frustrati detti contatti che rappresentano, invece, la prima forma di reinserimento sociale del detenuto?

Si tratta di materia di importante rilievo che consente, giustappunto, di verificare non solo la grande importanza che il mantenimento del legame col proprio nucleo familiare di origine riveste per il detenuto, elemento nevralgico del suo trattamento rieducativo individualizzato, ma pure, spesso, storia di un diritto negato, laddove soggetti attivi del rapporto di genitorialità siano un padre e un figlio ristretto in regime di rigore *ex art. 41 bis ord. pen.*

Spesso è storia comune quella per cui quando dietro ad un detenuto si chiudono le porte del carcere, al di fuori rimangono gli affetti³, soprattutto laddove la restrizione è quella del regime ora ricordato.

Il tema della famiglia resta, però, imprescindibile nella vita di un ristretto perché quest'ultima, con l'inizio della carcerazione, assume a ruolo fondamentale e, nel momento in cui si è privati della libertà, non vi possono non essere gravi ripercussioni, spesso violente, nella vita di una famiglia che vive la detenzione come elemento straniante, in quanto tale, nocivo e pericoloso perché causa della cessazione dei rapporti e delle consuetudini note e gradite⁴.

al regime detentivo dell'art. 41 *bis* ord. pen. che rappresenta nelle pagine del testo il punto più profondo dell'inferno carcerario, quello di non ritorno alla realtà. Il punto dell'oblio. Secondo Fluid Video Crew, 2003, 168 il testo deve intendersi «un atto lucido, senza vittimismo di alcuna sorta, una ricerca di memoria e ricostruzione, un percorso esistenziale». Orbene diventa quasi una naturale conseguenza chiedersi se, considerando la sottoposizione a detto regime carcerario un punto di non ritorno alla realtà, lo stesso non sia viziato da incostituzionalità, ponendosi agli antipodi rispetto al considerare la pena come orientata a favorire il reinserimento sociale del soggetto.

² Ci si riferisce alla lettura delle motivazioni della sentenza Cass. 19-02-2015 n. 7654, banca dati online Giuffrè *dejure*.

³ Così Salvati, 2011, 1 ove l'autore ampiamente sottolinea come «Madri mogli, figli del detenuto pagano a loro volta un prezzo molto alto, quello della perdita di un caro e spesso della stigmatizzazione da parte della società» perché comunque la detenzione rappresenta un evento fortemente traumatico per gli individui che ne vengono coinvolti sia da un punto di vista attivo, con la restrizione fisica, sia da un punto di vista passivo, con la perdita del congiunto. Si tratta di una situazione che può condurre a forti situazioni di straniamento dei soggetti, che può incidere in maniera definitiva sulla stabilità dei rapporti degli stessi e sul loro effettivo mantenimento, ovvero giungere a spingersi, a livelli estremi, da scongiurare, quale l'allontanamento e l'interruzione drastica e, spesso, definitiva dei legami.

⁴ Non può sottacersi infatti come la sfera familiare e le relazioni che si instaurano al suo interno, assumono la funzione di "rifugio" nel quale l'individuo cerca conforto e protezione; nel momento in cui una simile situazione di certezza viene minacciata e compromessa è inevitabile che si viva il tutto come

Non a caso, infatti, l'ordinamento penitenziario italiano attribuisce all'istituzione familiare un ruolo fondamentale, designandola quale soggetto con cui il detenuto ha diritto di rapportarsi. Il mantenimento delle relazioni familiari è considerato punto nevralgico del trattamento rieducativo, risorsa imprescindibile nel reinserimento sociale del soggetto ristretto: di qui la previsione di vari istituti quali il colloquio, la corrispondenza, i permessi premio previsti per far sì che il diritto della personalità del detenuto sia reale, fruibile ed effettivo⁵.

2. L'intera vicenda di questo particolare rapporto di genitorialità negata, che qui si indaga, trae origine dall'ordinanza, con cui il magistrato di sorveglianza di Vercelli aveva rigettato il reclamo proposto, ai sensi dell'art. 69 ord. pen., da un detenuto, avverso la disposizione della casa circondariale di Biella ove era ristretto in espiazione di pena, che aveva respinto la richiesta di effettuare un colloquio visivo col figlio, a sua volta detenuto presso altro istituto penitenziario e sottoposto al restrittivo regime previsto dall'art. 41 *bis* ord. pen., per la sussistenza di ragioni di sicurezza e disciplina interna dell'istituto, apprezzate in via discrezionale dall'amministrazione penitenziaria e tali da impedire effettivamente il colloquio visivo richiesto.

L'interessato ricorreva personalmente in Cassazione chiedendo l'annullamento della decisione del magistrato di sorveglianza per insufficienza della motivazione, poiché basata sul solo dato della presunta pericolosità sociale e sulla disciplina limitativa imposta dall'art. 41 *bis* ord. pen., senza minimamente tenere in considerazione la lesione di un diritto della personalità, costituzionalmente garantito, quale appunto quello relativo alla compromissione del rapporto di genitorialità.

Ha riconosciuto, poi, entrando nel merito della vicenda, la possibilità per il magistrato di sorveglianza di ricorrere alla videoconferenza, onde poter consentire al detenuto ristretto, ai sensi dell'art. 41 *bis* ord. pen., un contatto con il parente anch'egli in carcere, col quale gli erano inibiti contatti da quasi un ventennio.

Il ricorso a forme di comunicazione controllabili a distanza nasce, pertanto, con il preciso intento di garantire da un lato l'ordine interno all'istituto e l'ordine pubblico, senza dimenticare, tuttavia, la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti di continuare a mantenere legami con la famiglia, che rischierebbero una forte compromissione, se non addirittura la negazione ove a simili intendimenti non si giungesse.

elemento straniante e violento, con tutte le conseguenze del caso. Ovviamente, a tal proposito, viene spontaneo domandarsi quali possano essere le conseguenze di un distacco forzato da questi legami, soprattutto quando si tratta di conseguenza di un elemento fortemente traumatico quale la privazione della libertà personale è di per sé: in tal senso si legga Matthews, 1983, 17.

⁵ La problematica relativa al rapporto tra detenzione e famiglia non riguarda solamente gli aspetti privativi riguardanti il soggetto recluso, ma produce i suoi effetti anche nei confronti dei familiari, che qualcuno ha infatti definito "vittime dimenticate". Nel nostro ordinamento mancano totalmente gli strumenti di tutela nei confronti dei familiari, che pur non essendo direttamente autori di un reato, pagano comunque il peso della detenzione. Il dettato dell'art. 27 Cost. stabilisce che la responsabilità penale è personale, ma nel momento in cui viene pronunciata una sentenza di condanna ad una pena detentiva a carico di un soggetto, le conseguenze di questa si riversano inevitabilmente anche sui suoi familiari.

Deve considerarsi, comunque, condivisibile il riconoscimento di poteri discrezionali all'amministrazione penitenziaria circa l'individuazione delle ragioni di sicurezza idonee a impedire il colloquio visivo tra familiari detenuti, di cui uno al regime differenziato e più invasivo; occorre considerare, altresì, i diritti personali che verrebbero limitati oltremisura e, quindi, valutare la possibilità di rimedi volti a contemperare queste opposte esigenze, per esempio mediante l'ausilio della videoconferenza.

3. I termini della questione coinvolgono una riflessione circa tematiche quali il rapporto detenuto-famiglia e il regime penitenziario speciale dell'art. 41 bis ord. pen., certamente causa dell'allontanamento per quasi un ventennio dei due ristretti, la cui storia ha fornito l'input alla stesura di detto saggio. In situazioni come quella in esame, le esigenze da contemperare afferiscono sia i soggetti ristretti e i loro diritti, sia la necessità dello Stato di reprimere i reati e di gestire l'utenza carceraria senza che si verifichino intralci all'ordine pubblico o si moltiplichino i disagi, già numerosissimi.

Per quel che attiene il rapporto detenuto-famiglia, giova sottolineare come l'ordinamento penitenziario, nel rispetto dei principi e dei diritti costituzionalmente garantiti, assegna grande rilevanza al mantenimento delle relazioni familiari.

La famiglia deve essere considerata soggetto con cui il detenuto ha diritto di rapportarsi e, in questo senso, diviene una fondamentale risorsa nel percorso di reinserimento sociale del reo, tanto che i rapporti con la famiglia rappresentano proprio uno degli elementi del trattamento individuati dall'art. 15 ord. pen.

Il problema della tutela della vita familiare, però, come già ricordato, introduce una serie di delicate problematiche riguardo al difficile equilibrio tra l'esigenza punitiva dello Stato e la garanzia dei diritti fondamentali⁶. La tutela del complesso rapporto tra detenuto e famiglia non è mai stata effettiva prima dell'introduzione dell'ordinamento penitenziario.

Nel Regolamento del 1931, infatti, il carcere veniva concepito come realtà separata dalla società civile, in cui l'isolamento, la mortificazione fisica e la durezza avrebbero dovuto svolgere la funzione deterrente rispetto alla reiterazione di reati per il reo⁷. La vita dei singoli detenuti era totalmente subordinata al controllo dalla direzione generale che, nella rigida applicazione delle oltre 330 norme del regolamento carcerario,

⁶ A questo delicato equilibrio fanno riferimento le regole penitenziarie europee quando stabiliscono che la detenzione, comportando la privazione della libertà, è punizione in quanto tale. La condizione della detenzione e i regimi di detenzione non devono quindi aggravare la sofferenza inerente ad essa, salvo come circostanza accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o dalle esigenze della disciplina. Le relazioni familiari sono considerate un elemento essenziale e ogni attività deve essere tentata per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e con la comunità esterna, al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie. Si tratta di quanto sancito negli artt. 64 e 65 CEDU, Dir. pen. cont.

⁷ I reclusi erano posti in un contesto di totale emarginazione e separazione, che andava "ben oltre le ovvie esigenze di sicurezza necessariamente destinate ad accompagnare la pena privativa della libertà": così Neppi Modona, 1996, 43.

disciplinava ogni minimo particolare della vita privata, in considerazione della valutazione che alla pena si forniva in funzione prevalentemente repressiva e preventiva. Tale legislazione individuava come unici elementi del trattamento le pratiche religiose, il lavoro e l'istruzione, mentre i colloqui con i familiari erano oggetto di una disciplina molto restrittiva⁸.

La riforma penitenziaria del 1975 apporta una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di considerare il detenuto all'interno del mondo carcerario. Per la prima volta gli viene attribuita la qualifica di "persona", dotata di bisogni ed esigenze specifiche⁹.

Si assiste alla maturazione della convinzione che la pena non debba più considerarsi solo come afflizione, ma come momento teso al recupero del reo. La pena perde la sua caratterizzazione repressiva e social-preventiva, tanto cara ai sistemi penali incentrati sulla "neutralizzazione" e sull' "annullamento" del soggetto recluso - come il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena del 1931 - e acquista, invece, una più peculiare vera valenza rieducativa¹⁰.

Con l'approvazione dell'art. 27 Cost. si afferma il principio che le sanzioni dello Stato devono essere rieducative, e, quindi, tutto il complesso regime di soggezione speciale del condannato trova ragione e fondamento giuridico unicamente nella necessità di rieducarlo. Ciò implica che dovrebbe parlarsi di "potere-dovere" di punire dello Stato che trova la sua giustificazione e il suo limite nel dovere dello stesso Stato di provvedere alla rieducazione del reo¹¹.

Ed è per questa considerazione nuova del rapporto detenuto-Stato che possono sorgere in capo al primo una nuova serie di situazioni soggettive attive e passive, che porta a ritenere come la soggezione speciale del condannato stesso non possa, di per sé, cancellare i diritti inviolabili dell'uomo anche se, per le necessità rieducative e d'ordine interno dello stabilimento penitenziario, la libertà di esercizio di alcuni dei medesimi viene necessariamente limitata¹².

Con la riforma viene inaugurato un nuovo periodo in materia di trattamento penitenziario perché, introducendo il concetto di individualizzazione del trattamento, si abbandona l'antica logica della depersonalizzazione e si punta invece alla valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto ai fini del suo riadattamento sociale, che dovrebbe attuarsi tramite il trattamento penitenziario individualizzato e la rieducazione.

La novità principale, limitatamente al caso *de quo*, è costituita dalla considerazione dei "contatti con il mondo esterno" come vere e proprie modalità di trattamento, quasi

⁸ Così Salvati, 2011, 1.

⁹ Così Aa.Vv., 2004, 4.

¹⁰ In tal senso già si erano svolti i lavori dell'Assemblea costituente sulla definizione dell'art. 27 Cost., segnando il *turning point* di un momento storico, politico e sociale.

¹¹ In tal senso Dell'Andro, 1998, 14.

¹² Margara, 1986, 519.

a confermare che, se l'ordine e la disciplina degli istituti penitenziari possono essere assicurati e mantenuti attraverso un'applicazione rigida delle norme sul trattamento penitenziario, il recupero sociale necessita, invece, di una partecipazione attiva dei soggetti, che deve essere facilitata e promossa attraverso l'utilizzo di una serie di stimoli culturali, umani e affettivi, nei quali il rapporto con la famiglia diviene nodo nevralgico ai fini del buon esito nonché parte integrante del trattamento penitenziario, conseguentemente oggetto di costante monitoraggio¹³.

L'innovazione appena enunciata ha una portata sia sul piano concettuale sia a livello operativo, incidendo fortemente sul soggetto e sulla sua personalità¹⁴.

Sul piano concettuale, infatti, esprime il convincimento che le relazioni affettive del detenuto con la famiglia rappresentino un aspetto importante della sua vita nonché un bene di alto valore umano da preservare dai danni derivanti dalla carcerazione, tanto che si richiede un preciso impegno, da parte dell'Amministrazione penitenziaria ad intervenire adeguatamente al riguardo. Sul piano operativo essa afferma il principio che il recupero del condannato non può prescindere dalla permanenza o dal ristabilimento di condizioni interiori di vita affettiva capaci di sostenerlo nella difficile situazione in cui si trova, dando concrete e vive immagini alla sua speranza di liberazione e di ritorno¹⁵.

Il legislatore del 1975 ha inoltre rinunciato, così come affermato da autorevole dottrina, a dettare una disposizione di portata generale in tema di "rapporti con la famiglia e con il mondo esterno", a favore di una serie di articoli, improntati tutti sul *favor familiae*¹⁶ e destinati a dare precisione e concretezza al principio: la sostanza

¹³ Si legga l'art. 1 co. 4 ord. pen. ove viene delineata la linea tratteggiata dal legislatore in considerazione della nuova concezione di pena e dei nuovi intendimenti circa la personalizzazione della condanna e del trattamento del ristretto, non più "numero", ma persona dotata di dignità, di sentimenti, di emozioni e di pensieri.

¹⁴ Si legga Spangher, 2004, 246, ove tale principio enunciato trova esplicita menzione nell'ordinamento penitenziario, che all'art. 28 riconosce che «nella sua dimensione più ampia riconducibile alla sfera affettiva del detenuto (...) la famiglia costituisce per l'ordinamento un sicuro punto di riferimento al quale dedicare particolare cura».

¹⁵ In tal senso Aa. Vv., 1997, 16 ss.

¹⁶ Tale *favor familiae* è figlio della nuova concezione della pena cui sono ispirati gli artt. 29-31 Cost. e, in particolare, le previsioni di cui agli artt. 30 co. 2 e 31 co.1 Cost., che stabiliscono che la Repubblica agevoli "con misure economiche ed altre provvidenze" l'adempimento dei compiti relativi alla famiglia, anche in caso di incapacità (o impossibilità) del genitore di assolvere ai propri doveri verso il coniuge e la prole. Giova, peraltro, ribadire che, in ambito penitenziario, i contatti con la famiglia non interessano tanto in una prospettiva di tutela dell'istituzione familiare e del ruolo genitoriale, né in quella di cercare di limitare il più possibile le ripercussioni della detenzione sulle persone estranee al reato, che inevitabilmente ne risultano coinvolte in quanto facenti parte dello stesso nucleo familiare; interessano, piuttosto, quali strumenti del trattamento rieducativo, nella misura in cui sono capaci di sviluppare le aspettative di vita futura dei soggetti detenuti. A questo riguardo la normativa penitenziaria viola, o quanto meno ignora la previsione costituzionale di tutela della famiglia, rapportandosi al nucleo familiare, non come ad un soggetto meritevole di tutela, ma piuttosto in senso strumentale, sfruttando la potenzialità che il mantenimento dei rapporti affettivi esercita sul comportamento del detenuto all'interno dell'istituto, e sulle concrete possibilità di successo del suo percorso di reinserimento sociale. In questo senso i rapporti con la famiglia costituiscono un elemento centrale del trattamento rieducativo, in quanto

rimane quella già codificata in un'unica disposizione nel corso dei lavori preparatori della riforma penitenziaria, ma migliore risulta la garanzia di quei rapporti in quanto regolati a livello di legge più che di regolamento di esecuzione¹⁷.

Il principale istituto previsto per il mantenimento dei contatti diretti tra i detenuti ed i loro familiari è quello dei colloqui, previsto dall'art. 18 ord. pen., il quale rappresenta poi la fattispecie, di fatto, inibita da quasi un ventennio ai soggetti protagonisti della vicenda che ha condotto alla pronuncia del provvedimento che costituisce lo spunto per queste riflessioni¹⁸.

La disciplina afferente l'istituto del colloquio in esame era contenuta nel regolamento di esecuzione del 1976, il quale prevedeva, all'art. 35, come principio generale che i detenuti e gli internati usufruissero di un colloquio alla settimana, a meno che non ricorressero eccezionali circostanze per le quali le visite familiari potessero essere concesse anche fuori dei limiti stabiliti: ricorrendo tali circostanze, anche la durata del colloquio, che di regola non poteva superare l'ora, poteva essere prolungata. Su questo punto è poi intervenuta la circolare DAP n. 3136/5586 del 1985 che ha introdotto la possibilità di poter eseguire "quattro colloqui al mese", intendendo in questo modo superare la cadenza settimanale e permettendo che i colloqui si possano effettuare anche in giorni consecutivi.¹⁹

Il *favor familiae*, cui questa disciplina è informata, emerge anche da una precisa scelta non restrittiva fatta dal legislatore: anzitutto, sono ammessi al colloquio tutti i congiunti, e non soltanto i prossimi congiunti come, invece, prevedeva in maniera esplicita l'art. 101 del regolamento del 1931. È questo un aspetto non marginale del diverso atteggiamento del legislatore nei confronti dei rapporti con la famiglia: si ricordi, infatti, che, secondo gli artt. 96 ss. del regolamento 1931 la durata del colloquio era di mezz'ora; la frequenza era quindicinale; ed erano escluse dai colloqui, anche se

la famiglia è ritenuta dall'ordinamento un'importante risorsa, sia nell'immediato, con l'assistenza affettiva e materiale al soggetto recluso, sia nel proseguo della detenzione, durante la quale rappresenta sicuramente il punto focale di contatto con la società esterna, che soprattutto nella fase precedente la liberazione, in cui potrà essere di fondamentale importanza per fornire un sicuro punto da cui poter ripartire per realizzare il reinserimento sociale. In tal senso *ex multis*: Daga, Biondi, 1988, 130; Luzzago, Pietralunga, Solera, 1991, 17.

¹⁷ Cfr. Corso P., 1981, 176 e ss.

¹⁸ Tale disposizione prevede che "detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui con i congiunti e con altre persone" (co. 1), precisando che "particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari" (co. 3). Disciplina specifica delle modalità di accesso all'istituto e di colloquio è stabilita dal regolamento di esecuzione, che esige la previa richiesta del permesso di colloquio al direttore dell'istituto, e solo nel caso di imputati per i quali non è stata ancora pronunciata sentenza di primo grado, l'autorizzazione deve essere emessa dall'autorità giudiziaria precedente (art. 37 co. 1 e 2 del nuovo reg. esec.). Il presupposto per la concessione di detta autorizzazione è rappresentato dal rapporto di parentela, e non dall'esistenza di non meglio identificati "ragionevoli motivi" - come accade per le persone diverse dai congiunti e dai conviventi - cosicché si deve ritenere che l'autorizzazione al colloquio sia, sotto questo profilo, un provvedimento che non ammette margini di discrezionalità. Limiti all'ammissione al colloquio derivano piuttosto dalla necessità di un regolare andamento dell'istituto, che stabilisce i giorni e gli orari in cui i colloqui possono essere fruiti.

¹⁹ V. la circolare DAP n. 3136/5586, 1985, www.altrodiritto.it.

prossimi congiunti, le persone che non avevano una "specchiata moralità": sia sufficiente ciò per verificare gli enormi passi in avanti fatti dalla disciplina nel tempo. In secondo luogo, e circostanza di grande rilievo, conseguenza del progresso sociale è quella relativa al fatto che acquista rilievo anche la "famiglia di fatto", atteso che, introducendo un ampliamento rispetto alla legge cui dà esecuzione, l'art. 37 reg. es. riserva alle "persone conviventi" con il detenuto un trattamento paritario, in materia di colloqui rispetto ai suoi congiunti.

4. L'ordinamento penitenziario, nel rispetto dei principi e dei diritti costituzionalmente garantiti, assegna grande rilevanza al mantenimento delle relazioni familiari.

L'art. 18 contempla la possibilità per detenuti ed internati di essere ammessi ai colloqui con i congiunti e con altre persone, anche se al co. 3 viene subito specificato che particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari, intendendo in questo senso valorizzare i rapporti con la famiglia quali elementi del trattamento, espressamente previsti dall'art. 15 ord. pen., accanto al lavoro, all'istruzione e alla religione.

La loro natura di elementi cardine del trattamento viene altresì avvalorata dalla circostanza per cui la loro ammissione non è subordinata alla condotta tenuta dal fruitore, né alla reale partecipazione al programma trattamentale, né tanto meno alla gravità del reato commesso.

Il nuovo regolamento di esecuzione si pone quale obiettivo quello di eliminare dall'ottica della premialità ogni concessione inerente i colloqui o gli strumenti preposti al mantenimento delle relazioni familiari e, altresì, di inserirli tra gli strumenti trattamentali di cui l'amministrazione si deve rendere garante.

Con riferimento esclusivo ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. pen., si prevede un'ulteriore limitazione dei soggetti immediatamente legittimati ai colloqui, restringendo tale categoria fino al terzo grado di parentela o affinità. Le persone estranee alla famiglia, i parenti o gli affini oltre il terzo grado di parentela saranno ammessi ai colloqui con autorizzazione del direttore subordinata alla sussistenza di "ragionevoli motivi".

La circolare precisa che l'individuazione dei ragionevoli motivi può essere la più varia possibile, ma dovrà sicuramente essere inerente alle relazioni affettive, di studio e di lavoro, tenendo conto sia dei legittimi interessi dei detenuti e degli internati ai rapporti con il mondo esterno anche ai fini del loro futuro reinserimento nella società, sia delle esigenze di sicurezza, in relazione alle quali è opportuno cercare di evitare che attraverso i colloqui possano anche indirettamente essere favoriti collegamenti illeciti o rapporti con persone appartenenti o comunque legate ad organizzazioni od ambienti criminali²⁰.

²⁰ Così circolare DAP 3191/5641, 29.12.198 www.altrodiritto.it.

Le decisioni che attengono all'ammissibilità dei colloqui vengono assunte discrezionalmente dall'amministrazione, che viene, però, invitata ad informare il proprio operato a criteri di maggior favore nei confronti delle persone detenute. Riguardo in particolare alle relazioni affettive, si deve cercare di salvaguardare e tutelare i rapporti costruttivi e strutturati, se pur in fase nascente²¹.

Il regolamento ha equiparato la disciplina concernente i colloqui con i familiari anche ai conviventi, in considerazione dell'intenzione del legislatore di riconoscere particolare valore ai rapporti di vita ed affettivi, così come esistono nella realtà dei fatti.

Dopo aver stabilito quali siano i soggetti che risultano immediatamente legittimati a fruire dei colloqui, ovvero i parenti e gli affini entro il quarto grado, e nel caso di detenuti sottoposti al particolare regime di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. parenti o affini entro il terzo grado, nonché i conviventi, occorre stabilire attraverso quali modalità debbano avvenire e svolgersi e i colloqui.

L'art. 18 ord. pen. si caratterizza per un eccessivo tasso di evasività, non dettando molte previsioni riguardo alle modalità di svolgimento dei colloqui. Solamente al co. 2 prevede che i colloqui si svolgano in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia.

È al regolamento di esecuzione che si deve qualche chiarificazione in merito, poiché, in questo, si sostanzia nel dettaglio la disciplina relativa, notevolmente innovato poi dall'applicazione del nuovo regolamento esecutivo D.P.R. n. 230 del 2000.

L'art. 5 del regolamento del 1976 prevedeva al co. 5 che i colloqui dovessero svolgersi in locali comuni muniti da mezzi divisorii ed era previsto che, per speciali motivi, la direzione potesse concedere il permesso di incontrare i familiari in un locale distinto, ma sempre sotto il controllo visivo del personale di custodia.

La legge penitenziaria non stabilisce il numero di colloqui o di telefonate di cui può usufruire un detenuto, né contiene alcuna indicazione sulla frequenza con cui questi debbano essere fruiti; tali determinazioni trovano invece la loro disciplina nel regolamento esecutivo.

Il regolamento esecutivo del 1976 prevedeva che i detenuti o gli internati fossero ammessi ad un colloquio la settimana.

Il D.P.R. n. 421 del 10 luglio 1985, introdusse delle importanti modifiche all'art. 35 reg. esec., innanzitutto riformulando il co. 7 con la previsione che i colloqui non dovessero essere uno alla settimana, bensì quattro al mese e introducendo quindi l'opzione dello svolgimento di questi in unico giorno o in giorni successivi, compatibilmente con le esigenze organizzative dell'istituto. Si trattò di una innovazione molto significativa soprattutto per i detenuti ristretti in istituti lontani dal luogo di residenza della famiglia, poiché grazie alla nuova formulazione normativa si

²¹ Così circolare DAP 3478/5928, 8.7.1998, www.altrodiritto.it, p. 11.

consentiva ai familiari di poter svolgere tutti i colloqui ammessi dalla legge anche nel corso di un unico viaggio.

Le novelle in materia sono numerose: infatti, il D.P.R. 421/1985, introducendo il nuovo co. 8, statuiva la possibilità che il direttore del penitenziario concedesse agli imputati, che avevano tenuto regolare condotta, e ai detenuti e gli internati, che oltre ad aver tenuto regolare condotta, avessero collaborato attivamente all'osservazione scientifica della personalità ed al trattamento rieducativo, la fruizione di due ulteriori colloqui mensili e di due telefonate²².

La specificazione dettagliata dei presupposti a cui i detenuti o gli internati dovevano corrispondere con i loro comportamenti per poter essere ammessi ai due colloqui supplementari indica in modo chiaro ed esplicito come l'intenzione del legislatore fosse proprio quella di inserire queste concessioni tra le misure premiali, riservate solamente ai soggetti meritevoli, sperando di "indurre anche gli altri detenuti ed internati a tenere un comportamento migliore".²³

Era inoltre previsto che si potessero concedere ulteriori colloqui, o che venisse aumentata la durata degli stessi, in deroga ai limiti stabiliti, in caso di grave infermità del detenuto o internato, o se ricorressero eccezionali circostanze.

Il nuovo regolamento ha completamente modificato tutto l'assetto relativo al numero e alla fruibilità dei colloqui, ponendo a questo riguardo non pochi problemi applicativi.

Una prima e sostanziale modifica è costituita dall'eliminazione della previsione dei due colloqui "premiati", mentre il limite massimo è stato innalzato a sei colloqui al mese, tutti ordinari, cioè svincolati per la loro concessione da ogni valutazione discrezionale sulla condotta e la partecipazione al trattamento. Ciò comporta la possibilità di fruire di detto elevato numero di colloqui per tutti i detenuti, a nulla rilevando una particolare condotta o l'osservazione del trattamento in atto, in un'ottica di *favor familiae*.

²² La circolare DAP 3136/5586, 24 ottobre 1985, www.altrodiritto.it, emanata al fine di specificare i contenuti del D.P.R. 421/1985, richiamando ad una verifica sostanziale delle condizioni richieste per l'applicazione dell'estensione introdotta dalla nuova norma, indicò in modo preciso e dettagliato i comportamenti sostanziali che avrebbero dovuto essere ricondotti all'espressione "regolare condotta" o "partecipazione attiva al trattamento". Affinché potesse dirsi esaurientemente realizzata la prima condizione, la circolare citata precisava che i detenuti o gli internati dovessero ispirare con continuità il proprio comportamento a criteri di legalità e di civiltà, nel senso che avrebbero dovuto dimostrarsi osservanti delle norme di legge e regolamentari, ed anche delle disposizioni amministrative poste nei loro confronti; e dimostrare rispetto e correttezza nei confronti degli altri detenuti o internati, degli operatori penitenziari, e di tutte le altre persone con cui sarebbero venuti in contatto, nonché nei riguardi del tranquillo ed ordinato svolgimento della vita dell'istituto. Per quanto riguarda la collaborazione attiva all'osservazione e al trattamento, il direttore dell'istituto poteva verificare questo presupposto attraverso l'attività del relativo gruppo di osservazione e trattamento. Cfr. De Pascalis, 1996, 384.

²³ Circolare DAP, 24 ottobre 1985 n. 3136/5586, www.altrodiritto.it.

La concessione di ulteriori colloqui per gravi infermità del detenuto o particolari circostanze, inoltre, viene mantenuta ed ampliata, prevedendo la possibilità che la deroga al limite ordinario sia possibile anche in relazione a circostanze familiari e personali rilevanti, o quando il colloquio si svolge con prole inferiore a dieci anni così come sancito dall'art. 37 co. 9 nuovo reg. es.

Tra le modifiche migliorative deve essere posta in risalto anche la possibilità del prolungamento della durata del colloquio da una a due ore, nei casi in cui questo si svolga con familiari e conviventi residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto. Il prolungamento non può essere ammesso se il detenuto ha usufruito del colloquio nella settimana precedente, e comunque se risulta incompatibile con le esigenze organizzative dell'istituto.

La modifica che desta più perplessità è l'introduzione da parte del nuovo regolamento di una differenziazione di regime tra detenuti comuni e detenuti per i reati previsti dall'art. 4 *bis* ord. pen., prevedendo che i primi possano usufruire di sei colloqui al mese, mentre per i secondi il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro.

I dubbi di legittimità della norma sono stati presto sollevati dai detenuti per i reati previsti dall'art. 4 *bis* della legge penitenziaria, che hanno presentato numerosi reclami alla magistratura di sorveglianza contro le limitazioni ai colloqui e alla corrispondenza telefonica introdotte nei loro confronti dall'art. 37 co. 7 e dall'art. 39, co. 2 del nuovo regolamento esecutivo.

Il co. 2 dell'art. 1, l'art. 3 e l'art. 4 ord. pen. ribadiscono che l'individualizzazione, in cui deve caratterizzarsi il trattamento, riguarda le modalità con cui questo si svolge, ma vi sono dei riconoscimenti di base su cui non può intervenire alcuna differenziazione²⁴; e tra questi vi sono senza dubbio anche quelli in materia di colloqui e corrispondenza telefonica con i familiari.

5. Una peculiarità nell'ambito della disciplina dei colloqui è quella relativa alla corrispondenza telefonica, nella quale è possibile far rientrare la videotelefonata, mezzo che la Cassazione ha designato poter essere impiegato per favorire i colloqui tra genitore e figlio, ristretti in differenti penitenziari e, in quanto tali, impossibilitati a fruire del colloquio tra familiari *sic et simpliciter*.

L'ordinamento penitenziario stabilisce, a tal proposito, al co. 5 dell'art. 18 come possa essere autorizzata nei rapporti con la famiglia, e in casi particolari con terzi, corrispondenza telefonica, operando un rinvio al regolamento d'esecuzione per ciò che concerne la definizione delle relative modalità di estrinsecazione.²⁵

La facoltà di utilizzo del mezzo telefonico per i soggetti ristretti, sebbene debba essere considerata alla stregua di una surroga rispetto ai colloqui, costituisce un'assoluta novità, introdotta dalla legge penitenziaria del 1975. Il progresso tecnologico ha ormai

²⁴ Il riferimento è al D.Lgs. 2 novembre 2000, n. 1274

²⁵ In tal senso, v. Aa.Vv., 1996, 146.

reso il telefono uno strumento di uso quotidiano, ed oggi, ancor di più, in considerazione della crescente diffusione della rete telefonica, la comunicazione telefonica rappresenta uno strumento di fondamentale importanza per il mantenimento dei rapporti con la famiglia, basti pensare al largo uso che di detto mezzo fanno detenuti ristretti in istituti lontani dal luogo di residenza familiare ovvero detenuti stranieri, che sempre più affollano i penitenziari.

Il nuovo regolamento di esecuzione²⁶ ha recepito questo cambiamento, prevedendo l'uso del telefono come strumento ordinario; è stata eliminata la subordinazione alla mancata fruizione dei colloqui visivi e aumentata la durata delle comunicazioni da sei a dieci minuti.

Analizzando la disciplina della corrispondenza telefonica occorre operare delle doverose distinzioni limitatamente alla provenienza della conversazione telefonica: dall'esterno ovvero dall'interno degli istituti penitenziari. Orbene, per quel che attiene la provenienza dall'esterno, appare superfluo ritenere la corrispondenza diretta esclusa, in considerazione della sottoposizione del destinatario della comunicazione a regime detentivo e per la conseguente difficoltà di operare controlli, sebbene debba essere data notizia dell'identità del chiamante, a meno che "non ostino particolari motivi di cautela".

L'unica eccezione che permette la ricezione delle telefonate provenienti dall'esterno è costituita dalle chiamate provenienti da un familiare ristretto in un altro istituto, ma solo nel caso in cui entrambi siano stati autorizzati secondo la previsione normativa sancita dall'art. 39 co. 10 nuovo reg. es.

Le telefonate verso l'esterno sono, differentemente, consentite allorché abbiano quali destinatari congiunti e conviventi. Il vecchio regolamento di esecuzione prevedeva che le telefonate potessero essere concesse una volta ogni quindici giorni, soltanto se i detenuti non avessero usufruito dei colloqui, secondo quanto sancito dalla *littera legis* dell'art. 37 co. 2 vecchio reg. es. Il nuovo regolamento esecutivo, differentemente, apporta una notevole apertura su questo punto, prevedendo che si possano effettuare telefonate, indipendentemente dalla fruizione del colloquio, aumentando peraltro la frequenza (una volta a settimana o, nel caso di detenuti per i reati di cui all'art. 4 *bis*, per i quali si applichi il divieto di benefici, una volta ogni quindici giorni).

È stata peraltro ampliata la casistica derogatoria al regime ordinario, infatti possono venire concesse, in via eccezionale, autorizzazioni a telefonate a persone diverse dai congiunti o conviventi, qualora ricorrano "ragionevoli e verificati" motivi, sebbene tale autorizzazione resterà efficace solo fino a quando continueranno a sussistere i motivi indicati.

In un'ottica di potenziamento del *favor familiae* è, inoltre, possibile un'ulteriore deroga alle modalità ordinarie ove ricorrano particolari motivi d'urgenza o di

²⁶ Per una più ampia disamina, Canevelli, 2000, 1321.

particolare rilevanza, se la comunicazione si svolge con prole inferiore a dieci anni, nonché in caso di trasferimento del detenuto²⁷. Il riferimento alla prole richiama infatti la previsione dell'art. 37 co. 9, che ammette la deroga al numero dei colloqui nel caso che questi si svolgano con figli di età inferiore a dieci anni.

Il detenuto o l'internato che intenda usufruire della corrispondenza telefonica deve fare un'istanza scritta all'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione, indicando «il numero telefonico richiesto e le persone con le quali intende corrispondere»²⁸. Per la verifica della rispondenza di tali dati si applicano le stesse regole relative alle verifiche per l'ingresso ai colloqui.

Una nota a parte merita la situazione dei detenuti stranieri, per la maggior parte dei quali la corrispondenza telefonica rappresenta l'unica modalità di contatto con la famiglia, in quanto, per motivi prevalentemente di lontananza, non hanno la possibilità di effettuare colloqui visivi.

Una volta autorizzata, la comunicazione avviene secondo delle precise modalità che rispettano le cautele raccomandate dal legislatore.

Per quel che attiene l'aspetto più pratico della conversazione telefonica autorizzata, la prescrizione normativa dell'art. 37 co. 8 del vecchio regolamento, nella sua originaria stesura, stabiliva che la conversazione dovesse essere interamente ascoltata e registrata a mezzo di idonee apparecchiature.

Il disposto dell'art. 37 co. 8 del vecchio regolamento d'esecuzione che pone l'obbligo di ascolto e di registrazione della conversazione avvenuta per mezzo telefonico, rappresenta uno degli aspetti più problematici della disciplina della corrispondenza telefonica, ed è stato più volte oggetto di dibattiti dottrinali che ne hanno contestato la legittimità costituzionale, poiché norma che palesemente viola il principio di libertà e segretezza delle comunicazioni sancito dall'art. 15 Cost.²⁹

Su questo punto è intervenuto il D.L. n. 187 del 14 giugno 1993, che ha modificato il co. 8 dell'art. 37 reg. es. del 1976, introducendo una differenziazione tra la disciplina concernente i detenuti e gli internati cosiddetti comuni e quella relativa ai detenuti ed internati per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., fatta propria anche dal co. 7 dell'art. 39 del nuovo regolamento esecutivo: sussiste per i detenuti e gli internati comuni una facoltà dell'organo giudiziario di stabilire la registrazioni delle conversazioni telefoniche, mentre per gli altri detenuti si procede obbligatoriamente alla registrazione di tutte le conversazioni telefoniche³⁰.

²⁷ Galgani, 2000, 864.

²⁸ Così l'art. 39 co.5 nuovo reg. ssec..

²⁹ Bertolotto, 2000, 174.

³⁰ In tal modo nei confronti dei detenuti sottoposti a regime ordinario si è trasformato in eccezione l'ascolto e la registrazione delle comunicazioni telefoniche, subordinandola ad un espresso provvedimento giudiziario accessorio a quello di accoglimento dell'istanza, corredato da una congrua motivazione. Per i detenuti ritenuti dalla legge maggiormente pericolosi è, invece, il legislatore a stabilire la limitazione della libertà di comunicazione in virtù di esigenze di protezione e di sicurezza sociale,

6. Altro elemento su cui è necessario soffermarsi, poiché strettamente connesso alla vicenda in analisi, è quello relativo alle limitazioni rispetto al normale trattamento penitenziario, conseguenza del regime speciale *ex art. 41 bis ord. pen.*

L'ingresso in carcere, com'è noto, determina non solo una privazione della libertà personale, intesa come obbligo di costrizione fisica, ma pure una forte compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo, aggravate nei casi limitanti previsti dall'art. 41 *bis ord. pen.*.

Tali restrizioni, connaturate allo stato di detenzione, assumono profili assai delicati comportando una parziale inversione del potere decisionale dall'individuo allo Stato, spesso fautore della negazione di quei diritti che, sebbene garantiti e costituzionalmente tutelati, per ragioni di "opportunità" rischiano di venire negati, soprattutto allorquando si tratta di restrizioni limitanti come quelle previste dal c.d. "fine pena mai", con cui spesso l'art. 41 *bis ord. pen.* viene identificato.

A tal proposito, lungi dal ritenere ragionevole la negazione di un diritto, soprattutto quando questo rientri, come nel caso *de quo*, nella sfera più privata della persona, involvendo la compromissione del rapporto di genitorialità, è opportuno riflettere su come l'inversione del potere decisionale, dall'individuo allo Stato, imponga un'analisi giuridica circa il bilanciamento di valori tra esigenze punitive e tutela dei diritti inviolabili costituzionalmente previsti.

La ricerca di questo punto di equilibrio è ben visibile nel quadro normativo di riferimento.

Sia l'ordinamento penitenziario, sia il regolamento di esecuzione, infatti, rispondono a un preciso obbligo di adempimento rispetto alle norme costituzionali in tema di esecuzione: da un lato, sono espressione di un movimento che ha condotto alla trasformazione della struttura sociale e del modo di concepire l'individuo ristretto in relazione allo Stato; dall'altro, in modo più specifico, le singole disposizioni risultano imprescindibilmente legate ai principi di umanizzazione e rieducazione sanciti dall'art. 27 co. 3 Cost.

Tuttavia le peculiarità che connotano la realtà carceraria e le esigenze di sicurezza, più volte invocate a sostegno dalle restrizioni ai diritti soggettivi dei reclusi, non sempre hanno condotto a scelte normative costituzionalmente inattaccabili: da qui, nel caso di specie, l'aver giustificato l'inibizione dei colloqui fra padre e figlio per quasi un ventennio, circostanza che deve considerarsi più che giuridicamente ingiusta, moralmente inconcepibile ed umanamente indegna.

In questo complesso dialogo il processo di bilanciamento è stato spesso guidato dall'opera della giurisprudenza, che ha più volte orientato le scelte del legislatore nazionale verso soluzioni rispettose della dignità umana, perché la sottoposizione alla

essendo un timore fondato che i detenuti appartenenti a questa categoria riescano a mantenere dal carcere collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza.

disciplina dell'art. 41 bis ord. pen., sebbene caratterizzata da significative limitazioni di alcuni diritti in ragione di rilevanti esigenze preventive, non può comportare la configurazione di un assetto sottratto al sistema dei principi costituzionali e convenzionali³¹.

Alla base di tali pronunce risiede la convinzione che la dignità della persona non possa entrare nel gioco del bilanciamento di valori. Ciò conduce a una naturale conseguenza: le esigenze di prevenzione possono sì giustificare una limitazione dei diritti soggettivi dei ristretti, giammai una loro totale compressione³².

A tal proposito va detto che il regime detentivo differenziato disciplinato dall'art. 41 bis ord. pen., senza dubbio fortemente afflittivo, non può risolversi in una compressione delle facoltà inerenti a un diritto fondamentale eccedente la misura minima necessaria³³ al soddisfacimento delle esigenze di sicurezza e non può comportare la pratica vanificazione del diritto inciso. A conoscere di eventuali lesioni di diritti fondamentali è la magistratura di sorveglianza, cui è attribuito il compito del controllo sugli atti e provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria assunti nel corso del trattamento intramurario³⁴.

Un corretto bilanciamento dovrà necessariamente rispettare il rapporto di stretta proporzionalità tra la compressione delle facoltà inerenti al diritto fondamentale della persona detenuta e la corrispondente accresciuta salvaguardia di quelle esigenze

³¹ Alberti, 2016, 3.

³² Questo perché «chi si trova in stato di detenzione, 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»: così C. cost. n. 212/1997. Più in generale, per il riconoscimento che, anche in situazioni di restrizione della libertà personale, sussistono diritti che l'ordinamento tutela, cfr. C. cost. n. 410/1993, C. cost. n. 351/1996, C. cost. n. 376/1997 e la stessa C. cost. n. 26/1999.

³³ Per la considerazione della misura minima necessaria si può condensare il concetto di “minimo sacrificio necessario”, il quale impone alla pubblica autorità di adottare, nell'ambito delle scelte amministrative di propria competenza, un corrispondente criterio di proporzionalità «in modo da imporne il minor sacrificio possibile in proporzione alla concreta efficacia della misura adottata». Si può soltanto prendere atto, per un verso, della progressiva erosione delle limitazioni connesse al regime speciale del “41bis”, ormai largamente intaccato dalla concorrente elaborazione della giurisprudenza di merito e di quella costituzionale; e per l'altro che, per effetto della modulazione dei singoli regimi speciali applicati ai detenuti in seguito alla proposizione dei reclami alla magistratura di sorveglianza, il regime del “41bis” abbia perduto l'originaria omogeneità applicativa, per divenire un trattamento connotato da limitazioni per così dire “personalizzate”. Si tratta di quanto poi specificato da Mag. Sorv. Sassari, 2 ottobre 2015, www.archiviopenale.it

³⁴ «(...) sembra dunque sgomberato il campo da dubbi residui circa la titolarità in capo ai detenuti di diritti soggettivi e la conseguente attribuzione al giudice ordinario della competenza a conoscere delle eventuali lesioni di tali diritti poste in essere ... mediante atti dell'amministrazione penitenziaria. Legittimata dunque a conoscere di atti e comportamenti lesivi provenienti dall'amministrazione penitenziaria è la magistratura di sorveglianza, alla quale la Corte costituzionale riconosce “una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati” e, specificamente il magistrato di sorveglianza quale giudice “più vicino”» in Cesaris, 2002, 237. Nello stesso senso, cfr. Della Casa, op.cit., 859.

preventive³⁵ al cui soddisfacimento il regime speciale è preposto, atteso che nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un'elusione della tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango, nonché verificare il secondo parametro, idoneo a saggiare la legittimità dell'operato dell'amministrazione di matrice europea, del "minimo sacrificio necessario"³⁶.

Si richiama, infine, l'attenzione sul terzo criterio che può essere utilizzato, così come enunciato da autorevole dottrina, che attiene alla circostanza secondo cui in tanto le misure limitative delle facoltà soggettive delle persone detenute hanno motivo di sussistere ed essere applicate ove sussistano effettivamente quelle esigenze di natura preventiva alla quali il legislatore ha normativamente collegato l'applicazione delle particolari modalità di svolgimento dei colloqui nel caso dei detenuti sottoposti al regime *ex art. 41 bis ord. pen.*³⁷

Le altre eccezioni previste dall'ordinamento penitenziario in ordine al particolare regime cui possono essere sottoposti i detenuti nei casi previsti dall'art. 14 *bis*, istitutivo del regime di sorveglianza particolare, e nei casi di cui all'art. 41 *bis*, che prevede la sospensione delle normali regole di trattamento in casi eccezionali di rivolta o di altre grave situazioni di emergenza, introducono anch'esse delle differenziazioni di trattamento, ma sono dettate sempre da particolari circostanze e sono applicabili solo in relazione ad un periodo determinato. Inoltre si noti che queste differenziazioni sono comunemente introdotte da una norma di legge, e non da una norma regolamentare, quindi di rango inferiore.

Riguardo all'art. 41 *bis ord. pen.*, giova rammentare la copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale³⁸ che ha delimitato l'ambito applicativo della norma, stabilendo che i provvedimenti ministeriali adottati devono sempre recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti a cui sono rivolti, e che non possono essere disposti trattamenti contrari al senso di umanità, nonché la necessità che rispettino i limiti onde evitare la compromissione dei diritti delle persone sottoposte a regime differenziato.

L'art. 14 *quater ord. pen.* indica infatti tra le materie per le quali non vi può essere restrizione quella dei colloqui con i familiari più prossimi, secondo la lettera della legge : il coniuge, il convivente, i figli, i genitori e i fratelli.

³⁵ In tal senso si è ampiamente pronunciato il Giudice delle Leggi con C. cost.n. 143 del 2013, banca dati online dejure.

³⁶ Non a caso doverosa una rilettura della celebre pronuncia Cgce Torreggiani *c/ Italia*, Dir.pen.cont., sentenza pilota nell'indurre ad una rivisitazione delle lacune dell'intero sistema che ha condotto il Legislatore al risveglio dal suo torpore elusivo, verso una consapevole partecipazione al progresso della normativa anche in ambito penitenziario.

³⁷ Apprezzabile lettura del bilanciamento delle esigenze in gioco che si ha in Fiorentin, 2013, 189 e ss.

³⁸ *Ex multis* C. cost., 28 luglio 1993, 349; C. cost., 5 novembre 1993, 410; C. cost. sent. 5 dicembre 1996, 346, Dir. pen. cont., 31 marzo 2016, p.4 .

La materia dei rapporti con la famiglia, pertanto, è una di quelle sfere riguardanti i diritti fondamentali delle persone detenute, in cui non possono farsi restrizioni, se non quando la legge autorizzi gli interventi stessi, determinandone le condizioni³⁹.

Pure apprezzando il tentativo efficiente di porre rimedio all’annoso problema, attraverso la definitiva statuizione relativa alla possibilità per il magistrato di sorveglianza di ricorrere alla videoconferenza, onde poter consentire al detenuto ristretto ai sensi dell’art. 41 bis ord. pen. un contatto con il parente, anch’egli in carcere, non può non considerarsi come il cammino verso un’effettiva garanzia del diritto di genitorialità, anche per soggetti afflitti da simili particolarità detentive, sia lungo da compiersi ancora ed attenga un discorso più ampio, cui il legislatore dovrebbe rivolgere la sua attenzione in un’ottica di garanzia più ampia del diritto all’affettività stesso dei detenuti, di cui quello di genitorialità è, indubbiamente, corollario.

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. (1996). *Manuale di diritto penitenziario*. Milano: Giuffrè.
- Aa.Vv. (1997), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*. Milano: Giuffrè
- Aa.Vv. (1999). *Il servizio sociale nel sistema penitenziario*. Torino: Giappichelli
- Aa.Vv. (2015). *L’ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*. Padova: Cedam
- Alberti G. (2016). In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-bis o.p.. *Dir.pen.cont.*, p.3
- Bertolotto E. (2000). Commento all’art. 18 in Grevi V., Giostra G., Della casa G., *L’ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*. Padova: Cedam, p. 167 ss.
- Canevelli P. (2000). Il commento al Nuovo regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà. *Dir. pen. proc.*, p.1321
- Cesaris L. (2015). Art. 41-bis o.p.in Della Casa F. Giostra G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova: Cedam, p. 464 ss.
- Corso P. (1981). I rapporti con la famiglia e con l’ambiente esterno: colloqui e corrispondenza, in Grevi V., *I diritti del detenuto e il trattamento penitenziario*, Bologna: Zanichelli, p.176 ss.
- Corvi P. (2014). Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti in Conti C., Marandola A., Varraso G. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova: Cedam, p. 99 ss.
- Daga L., Biondi G. (1988). Il problema dei figli con genitori detenuti in E. Caffo, *Il rischio familiare e la tutela del bambino*. Milano: Guerrini e Ass. Ed., p. 130 ss.
- Dell’Andro E. M. (1998). I diritti del recluso. *Rass. pen. crimin.*, p.14

³⁹ Aa. Vv., 1999, 186.

- Della Casa F. (1999). Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. *Dir.pen.proc.*, p. 859 ss.
- De Pascalis M. (1996). Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento. *Dir. pen. proc.*, p. 384
- Fluid Video Crew. (2003). Postfazione. Perrone A. *Vista d'interni*. Lecce: Manni, p. 167 ss.
- Fiorentin F. (2013). Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali. *Giur. Cost.*, p. 187 ss.
- Fiorentin F. – Marcheselli A. (2006). Il punto sui diritti dei detenuti. *Giur. Mer.*, I, p.20 ss.
- Galgani B. (2000). Il nuovo regolamento di esecuzione penitenziaria. *Legis. Pen.*, p. 863 ss.
- Grevi V. (1981). *I diritti del detenuto e il trattamento penitenziario*. Bologna: Zanichelli
- Luzzago A., Pietralunga S., Solera P. (1991). L'incidenza negativa della detenzione dei genitori sui figli. *Rass. ita. crimin.*, p.17.
- Margara A. (1986). La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere. *Quest. Giust.*, p. 519
- Matthews J. (1983). *Forgotten Victims. How prison affects the family*. London: Nacro
- Neppi Modona G. (1995). Ordinamento penitenziario. *Enc. dir.* Digesto delle discipline penali, IX, Torino: Utet, p. 43
- Perrone A. (2003). *Vista d'interni*. Lecce: Manni
- Perrone Capano F. (2012). *Codice dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario*. Roma: Nel diritto Editore
- Salvati M. (2011). Le relazioni familiari dei detenuti. Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”
- Spangher G. (2004). Commento all'art. 28 ord. pen. Giostra G., Della casa F. *L'ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*. Padova: Cedam, p. 246 ss.
- Sykes G. M. (1958). *The Society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*. Princeton University Press tr. it. Santoro E. (1997) in *Carcere e società liberale*. Torino: Giappichelli
- Valia D. (1998). I diritti del recluso in *Rass. peniten. crimin.*, p8.
- Verdirame A. (2012). Commento art. 69 ord. penit. in Perrone Capano F. *Codice dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario*. Roma: Nel diritto Editore, p. 271 ss.