

**I COLLOQUI DEI DETENUTI "41-BIS" CON I FIGLI  
E I NIPOTI MINORI DI ANNI DODICI  
LA (NON) INDEROGABILE PRESENZA  
DEL VETRO DIVISORIO**

**Magistrato di sorveglianza di Udine  
Ordinanza 10 dicembre 2015 – Ric. L.P.S. – Giudice Fiorentin.**

*È legittimo il diniego, opposto alla richiesta di un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario, di svolgere i colloqui visivi con il nipote "ex fratre" con le stesse modalità favorevoli previste, dalle circolari ministeriali, per gli incontri con il nipote "ex filio".  
(massima redazionale)*

*(Omissis)*

*La natura della pretesa giuridica azionata  
e il quadro giuridico-normativo di riferimento.*

4. Il reclamo è formulato da detenuto in espiazione di pena e sottoposto allo speciale regime di sospensione di talune regole dell'ordinario trattamento ai sensi dell'art. 41-bis, ord. penit. L'oggetto della doglianza attiene, precisamente, alla disciplina introdotta da alcune Circolari del DAP. in ordine alle modalità di effettuazione dei colloqui con i nipoti infradodicenni, e in particolare la disposizione per cui viene autorizzato il colloquio senza vetro divisorio solo per i nipoti "ex filio", con implicita esclusione dei nipoti "ex fratre".

*(Omissis)*

8. La disciplina contenuta nell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ord. penit., prevede testualmente che il colloquio del detenuto sottoposto al regime speciale deve avvenire in «locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti».

9. Sono rilevanti altresì, ai fini che qui occupano, le già richiamate Circolari dipartimentali che hanno disciplinato la materia nonché recenti arresti della Corte di legittimità che hanno ritenuto applicabile l'art. 37, comma 10, del D.P.R.

n.230/2000 in tema di “colloqui prolungati”, anche ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale (vedasi Cass. Sez. 1, sent. 26-11-2013, n. 3758).

10. L'Amministrazione, in attuazione della sentenza della Corte costituzionale 376/1997, aveva, inizialmente, introdotto la possibilità di effettuare una parte del colloquio visivo con i figli minori di anni 16 senza il vetro divisorio, per tutelare l'esigenza di affettività dei bambini nei confronti del genitore detenuto e per evitare che riportassero conseguenze psicologiche negative dovute al prolungato distacco dalla figura genitoriale (cfr. Circolare DAP n. 543884.1.1.41bis del 6-2-1998). La normativa anteriore alla riforma del 2009 consentiva, infatti, più ampi spazi di intervento per la discrezionalità organizzativa dell'Amministrazione in relazione al dosaggio delle limitazioni da apportare rispetto all'ordinario regime penitenziario, nel rispetto del parametro della “congruità” rispetto alle specifiche finalità preventive del regime detentivo di rigore.

11. Con la richiamata Circolare n.3592/6042 del 9-10-2003, l'Amministrazione ha stabilito un abbassamento del limite di età da 16 a 12 anni, prevedendosi che i colloqui dei detenuti sottoposti al regime del “41-bis” con i figli minori di anni 12 possano avvenire senza vetro divisorio, in sale colloqui munite di impianto di videoregistrazione, per tutta la durata del colloquio nel caso in cui esso si svolga esclusivamente con il minore, ovvero per un tempo non eccedente 1/6 della durata complessiva, nel caso in cui lo stesso si svolga anche in presenza di altri familiari.

12. La legge n. 94/2009, ha, in seguito, profondamente modificato la disciplina dell'art. 41-bis, ord. penit., definendo in modo molto più analitico rispetto al previgente assetto il contenuto del regime speciale, e riducendo così gli spazi di discrezionalità organizzativa consentiti all'Amministrazione nella scelta delle concrete misure restrittive da adottare. Nell'ambito della evocata rimodulazione della disciplina normativa è stata espressamente stabilita la previsione, che la legge struttura in termini di assolutezza, relativa allo svolgimento dei colloqui visivi con mezzi che impediscano il passaggio di oggetti.

13. L'Amministrazione, tuttavia, con la già richiamata Circolare DAP n. 0101491, dd.12-03-12, pur prendendo atto delle modifiche al regime detentivo speciale intervenute successivamente alla l. 94/2009, ha ritenuto di confermare le più favorevoli modalità di svolgimento dei colloqui dei ristretti nel regime di cui all'art. 41-bis, ord. penit., con i minori, al fine di assicurare un contemperamento tra l'esercizio dell'affettività dei minori in tenera età nei confronti dei detenuti e le esigenze di sicurezza.

14. Alla luce di tale quadro, peraltro, con riferimento all'oggetto della pretesa azionata con il reclamo *de quo*, un recente orientamento della Corte di legittimità ha affermato il principio per cui le nuove disposizioni in tema di colloqui con minorenni non possono ritenersi concretamente lesive di alcun diritto soggettivo del detenuto (Cass. Sez. 1, n. 32842, del 04-06-2014 Cc. (dep. 23-7-2014) Rv. 260808, Licciardi, *CED Cass.*). Con l'evocato arresto, la Cassazione ha, inoltre, ritenuto che una eventuale prassi amministrativa che stabilisca determinate modalità di svolgimento dei colloqui non appare idonea a «... modificare la posizione soggettiva del detenuto da interesse (alla conservazione della stessa) a

diritto soggettivo..., dovendo, di contro, ritenersi senz'altro consentito un intervento dell'Amministrazione penitenziaria che nell'intento di tutelare in maniera più incisiva la sicurezza pubblica, in correlazione con una pericolosità qualificata del detenuto, ciò operi nel rispetto della regola di proporzionalità, in virtù della quale sono ammesse solo restrizioni al regime ordinario che siano necessarie al conseguimento degli scopi di sicurezza che la nuova disposizione intende perseguire; specie allorquando le nuove disposizioni, come nel caso in esame, consentono pur sempre il mantenimento di stabili relazioni dei detenuti con le famiglie (nello specifico con i minori), senza ridondare in un trattamento disumano o lesivo dei diritti fondamentali non comprimibili». (Cass. Sez. 1, n. 32842, del 4-6-2014 Cc. (dep. 23-7-2014) Rv. 260808, Licciardi, *CED Cass.*).

15. In altri termini, secondo l'indirizzo di legittimità sopra riassunto, con riferimento alle modalità del colloquio che vengono qui in rilievo, non si ha posizione soggettiva del detenuto che possa configurare un "diritto" a fruire di determinate forme di contatto con i propri cari. Tale assunto è, invero, confermato dal tenore della disposizione normativa che stabilisce – con previsione che non contempla eccezioni – che il colloquio debba avvenire «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti» (art. 41-bis, comma 2, lett. b). Si tratta, peraltro, di una disposizione di fonte primaria, non suscettibile quindi di essere disapplicata dal giudice, né di essere superata tramite una *interpretatio abrogans* della detta disposizione, dal momento che la pretesa veicolata dal detenuto si fonda non già su un diritto stabilito da fonte primaria, bensì sulla pretesa necessità di una estensione della prassi adottata dall'Amministrazione che, nel consentire i colloqui senza vetro divisorio per i nipoti "ex filio", sembra operare – sia pure per commendevoli ragioni – al di fuori del perimetro normativo sopra evocato.

16. Ed in effetti, la pretesa del detenuto posta alla base del reclamo in esame non pare trovare copertura normativa nell'ambito della legge di Ordinamento penitenziario o del relativo Regolamento esecutivo.

17. La tutela delle relazioni affettive in ambito familiare trova, benvero, copertura generale nel disposto degli artt. 29 e 31 della Costituzione. Per quanto riguarda i soggetti minorenni, occorre, inoltre, considerare che la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, ratificata in Italia con l. 176 del 27-5-1991, stabilisce che in «tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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» (art. 3). L'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prescrive che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare...», sicché eventuali ingerenze dell'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto sono coperte da riserva di legge e devono essere giustificate da esigenze di sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, dei diritti e delle libertà altrui. In particolare, la Corte EDU ha avuto modo di occuparsi più volte della compatibilità delle disposizioni degli ordinamenti nazionali, che, nel disciplinare le modalità di esecuzione della pena detentiva (comportante per sua natura limitazioni alla vita individuale e familiare per il distacco forzato che realizza), prescrivono in vario modo l'isolamento dei detenuti ed inibiscono colloqui con i

familiari, con il principio che vieta trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 della CEDU. La Corte di Strasburgo ha ammesso, da un lato, la necessità che la struttura penitenziaria realizzi qualche forma di controllo sui contatti tra il detenuto ed il mondo esterno (CEDU, sez. II, 8 giugno 1999, *Messina c. Italia*), ma ha affermato, dall'altro, che la detenzione, per quanto giustificata dalla condanna per gravi reati e da esigenze di tutela della collettività, non può sopprimere in modo assoluto la relazionalità e la vita affettiva mediante l'isolamento completo del prigioniero, che può produrre effetti negativi sulla personalità e la sua desocializzazione con pregiudizi irreversibili sul processo di reinserimento nel contesto civile (CEDU, sez. II, 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*).

18. Con riguardo, tuttavia, alle fonti primarie del diritto interno, in stretta relazione alla tematica della salvaguardia e della promozione dei rapporti familiari in ambito penitenziario la disciplina contenuta in alcune specifiche disposizioni della legge di Ordinamento penitenziario si riferisce esclusivamente alla «famiglia» e ai «familiari». L'art. 18, comma 3, ord. penit., espressamente assegna «particolare favore... ai colloqui con i familiari», intesi quali occasioni relazionali personali e dirette, perché strumento per il mantenimento dei contatti con quanti sono liberi così da impedire effetti negativi sulla personalità del detenuto, determinati dalla condizione di isolamento. Per tali ragioni, ai sensi dell'art. 1, comma 6, e dell'art. 15, ord. penit., i colloqui sono inseriti nel trattamento penitenziario e la disposizione dell'art. 73, comma 3, D.P.R. 230/2000, prescrive la conservazione del diritto ai colloqui con familiari e conviventi anche in caso di sottoposizione del detenuto alla sanzione disciplinare dell'isolamento con esclusione dalle attività in comune. Deve osservarsi che, ai fini della legge penitenziaria, con specifico riferimento alla disciplina restrittiva del "41-bis", per «familiari» devono intendersi il coniuge, gli eventuali conviventi, i figli, i genitori e i fratelli, in analogia con quanto stabilito con riferimento all'affine regime di sorveglianza particolare, il cui contenuto è stabilito dall'art. 14-*quater*, ord. penit. Ed il riferimento ai «familiari» contenuto nell'art. 18, ord. penit., pare essere ancor più restrittivo, riferendosi ai soli congiunti conviventi, come pare di dover concludere sulla base del raffronto tra la disposizione del comma 1 della norma citata (che fa riferimento ai «congiunti») e il comma 3 della medesima norma, che accorda «particolare favore ai colloqui con i familiari». Il Regolamento di esecuzione della legge di Ordinamento penitenziario prevede, inoltre, disposizioni particolari relative alla corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati (art. 39, D.P.R. 230/2000) e prevede (art. 48, comma 13, D.P.R. 230/2000 cit.) che, nell'articolazione delle prescrizioni che il detenuto ammesso al lavoro all'esterno deve rispettare durante il tempo da trascorrere fuori dall'istituto si debba tenere «anche conto della esigenza ... del mantenimento dei rapporti con la famiglia, secondo le indicazioni del programma di trattamento». Altre disposizioni sono, inoltre, dedicate alla promozione dei rapporti familiari, quali l'art. 28, ord. penit., per il quale «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»; l'art. 37, comma 11, D.P.R. 230/2000 recita: «Qualora risulti che i familiari non mantengono rapporti con il detenuto o l'internato, la Direzione ne fa segnalazione al centro di servizio sociale per gli opportuni interventi» e l'art. 61 del medesimo Regolamento, prevede che la Direzione degli istituti e l'U.E.P.E. dedichino particolare attenzione ad affrontare la crisi conseguente all'allontana-

mento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro in società. Anche in questi casi, tuttavia, il termine «famiglia» e «familiari» è utilizzato con riguardo al nucleo familiare inteso in senso stretto, come appare evidente dal riferimento ai figli ed al contesto familiare in cui il soggetto vive abitualmente.

19. Nel caso di specie viene, inoltre, in rilievo la circostanza che il soggetto reclamante è sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis, ord. penit., che importa, anche nella materia dei colloqui, una significativa differenziazione rispetto all'ordinario regime penitenziario desumibile dal quadro normativo sopra evocato, giustificata dall'esigenza di impedire i contatti e il passaggio di comunicazioni tra il soggetto detenuto e gli appartenenti al sodalizio mafioso all'esterno del carcere. Precisamente, le dette limitazioni sono indicate nel già citato comma 2-*quater*, lett. b), dell'art. 41-bis, e implicano restrizioni sia sotto il profilo quantitativo («La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: ... la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari»), sia qualitativo (quali il divieto di «passaggio di oggetti»), nonché in relazione alla riservatezza dei medesimi, essendo prevista la possibilità di sottoporre il colloquio a controllo auditivo ed a registrazione. La evocata disposizione stabilisce altresì – come si è visto – che i colloqui si svolgano «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti», così che l'Amministrazione ha predisposto apposite sale divise da un vetro a tutta altezza che tiene separati gli ospiti autorizzati al colloquio dalla persona detenuta. È, inoltre, previsto che i colloqui siano videoregistrati e sottoposti a controllo auditivo e relativa registrazione su autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b), ord. penit.).

20. Tali disposizioni non possono ritenersi direttamente contrastanti con alcun principio costituzionale né con i dianzi richiamati principi stabiliti dalla Convenzione EDU. La Corte costituzionale, con sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1990, ha affermato un principio generale nella materia della tutela dei diritti dei detenuti, statuendo che «l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è la finalità non possono mai consistere in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovino nella restrizione della loro libertà». Tra le situazioni giuridiche soggettive che fanno capo ai detenuti sono tutelabili, secondo quanto stabilito dalla Corte, non solo quelle riconosciute dalle norme penitenziarie, ma anche quelle riconoscibili ad un soggetto libero, ispirandosi comunque sempre al principio della proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della persona singola. Nella medesima scia, la Corte costituzionale, con sentenza 26-11/ 5-12-1997, n. 376, ha affermato il principio che le limitazioni all'esercizio dei diritti dei soggetti detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis, ord. penit., non possono constare «di misure diverse da quelle riconducibili con rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale; dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione» e «non possono comunque violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità né vanificare la finalità rieducativa della pena». La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU, 13 novembre 2007, ric. 65039/01, *Schiavone c. Italia*) ha

ritenuto che le restrizioni proprie del regime speciale del "41-bis", pur costituendo una «ingerenza» nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo («Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»), non possono, tuttavia, configurarsi quali violazione del diritto medesimo, quando siano rispettati i canoni ed i presupposti contemplati dal § 2 dello stesso art. 8, CEDU a cui mente: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». In forza di tale principio, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il regime speciale disciplinato dall'art. 41-bis, ord. penit., non costituisca una violazione del diritto fondamentale sancito dalla norma convenzionale, precisando tuttavia che «un'ingerenza, per essere considerata necessaria "in una società democratica", deve ... in particolare rimanere proporzionata allo scopo legittimo ricercato», così introducendo un canone interpretativo della disciplina penitenziaria vigente nel diritto interno che impone di valutare le restrizioni applicate ai detenuti assoggettati al regime speciale del "41-bis" alla luce del principio del "minimo sacrificio necessario" a contemperare le esigenze preventive e quelle afferenti alla posizione soggettiva incisa. Sotto tale profilo, la Corte EDU, con un indirizzo consolidato, ritiene compatibili con l'evocato art. 8 della Convenzione le limitazioni connesse all'effettuazione dei colloqui e delle visite dei familiari, nel caso di detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis, ord. penit., poiché finalizzate a recidere i legami tra il condannato e l'organizzazione mafiosa di appartenenza minimizzando il rischio di strumentalizzazione dei rapporti personali e familiari, stante l'accertato ricorso agli incontri con i familiari quale veicolo di trasmissione di ordini ed istruzioni all'esterno degli istituti penitenziari, al fine di conseguire le finalità preventive connesse alla prevenzione di reati (CEDU, GC, 17-9-2009, *Enea c. Italia*; CEDU, sez. II, 12-1-2010, *Mole c. Italia*; CEDU, sez. II, 19-1-2010, *Montani c. Italia*; CEDU, sez. II, 13-11-2007, *Schiavone c. Italia*, cit.). Con un precedente specifico nella materia che qui occupa, la Corte di Strasburgo ha, in particolare, ritenuto che la presenza del vetro isofonico, quale barriera di separazione fisica fra detenuto e congiunti nel corso degli incontri in contesto carcerario sia giustificata dalla necessità di prevenire il passaggio di oggetti che possano agevolare la fuga del detenuto e con essa la commissione di ulteriori reati e, in ultima analisi, da ragioni di tutela della collettività, che a norma dell'art. 8 CEDU consentono tali forme di ingerenza nella vita individuale e familiare (CEDU, GC, 17-9-2009, *Enea c. Italia* cit.).

21. L'elaborazione della giurisprudenza di legittimità pur adottando, nella materia della tutela dei diritti fondamentali della persona detenuta, l'analogo principio per cui «il sacrificio imposto alla persona ristretta non deve mai eccedere il minimo necessario ai fini di sicurezza» così che la rilevanza primaria dei diritti connessi alla persona umana «deve trovare ragionevole e positiva espansione, in un equo contemperamento delle esigenze in gioco» (Cass. Sez. I, sent. n. 46728/2011, in tema di accesso dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis, ord. penit., alle tecniche di fecondazione assistita), ha valutato, tuttavia – delibando

una fattispecie analoga alla presente – non corretta la prospettiva, affacciata da un indirizzo di merito, relativa alla possibilità di effettuare il colloquio con il minore infradodicesimo alla presenza dei familiari, considerato che la previsione per cui al detto colloquio non possono partecipare i familiari appare coerente con le esigenze preventive connesse alla particolare pericolosità dei soggetti sottoposti al regime differenziato del "41-bis" (Cass. Sez. I, 4 giugno 2014, Maranzano, RV 260128).

22. A tale complesso quadro giuridico-normativo consegue che non è possibile affermare, sul piano della fonte primaria, l'esistenza di un diritto soggettivo del detenuto ad effettuare colloqui con soggetti appartenenti alla propria famiglia allargata, quali i nipoti ("*ex filio*" così come "*ex fratre*").

23. Tale possibilità è stata consentita – come si è già rilevato – unicamente dalla prassi organizzativa dell'Amministrazione penitenziaria che, conformemente all'evoluzione del concetto di famiglia, letta in senso estensivo, ha emesso la Circolare DAP n. 3478 dell'8-7-1998, che ha ritenuto i termini «congiunti» e «familiari» come equivalenti e che fosse opportuno considerare un concetto di famiglia in termini sociologici anziché strettamente giuridici, delimitato, in ultima analisi, dalla presenza della *affectio familiaris*.

(*Omissis*)

24. Le modalità ampliate dello svolgimento dei colloqui, in altri termini, sia con riguardo alle persone ammesse (i nipoti in linea retta) quanto con riferimento alla possibilità di un contatto diretto tra il recluso ed i minori, hanno formato oggetto di una disciplina di natura amministrativa tesa a superare il disposto normativo per ragioni umanitarie. Su questo piano, peraltro, la decisione sull'ammissibilità ai colloqui nel caso di soggetti non appartenenti al nucleo familiare strettamente inteso viene assunta – come si è rilevato – con piena discrezionalità dall'Amministrazione che viene invitata, dalla lettera circolare DAP 3478/5928, ad usare criteri di particolare favore nei confronti delle relazioni affettive, con particolare riguardo ai rapporti costruttivi e strutturati.

25. Ne consegue che, nei confronti di tale prassi organizzativa, il detenuto vanta (non già un diritto bensì) un mero interesse legittimo in relazione alle scelte operate dall'Amministrazione.

*La valutazione del caso di specie.*

26. Nella fattispecie, il caso si caratterizza per la condizione del soggetto, che si trova sottoposto al regime restrittivo di cui all'art. 41-bis, ord. penit. Egli chiede di esercitare l'affettività quale nonno di nipoti "*ex fratre*", e chiede altresì che ciò possa essergli consentito tramite colloqui visivi svolti per tutta la durata dei medesimi senza il vetro divisorio ed alla presenza degli altri familiari.

27. Muovendosi nell'ambito perimetrato dalle disposizioni promananti dalle Circolari DAP sopra richiamate, non può ritenersi che la Direzione penitenziaria di Tolmezzo abbia operato, nel caso di specie, in termini formalmente illegittimi. Al proposito, si osserva che le restrizioni dei diritti dei detenuti quanto ad estensione e portata sono giustificate dalle rilevanti esigenze di sicurezza pubblica

connesse alla pericolosità dei soggetti sottoposti al regime differenziato del "41-bis" (Cass., sez. I, n. 39966 dd. 11-06-2014, dep. 26-9-2014, Rv. 260357, Ministero della Giustizia in proc. Pariante, cit.; CEDU, II, *Enea c. Italia*, cit.). Le speciali modalità esecutive adottate in forza delle sopra richiamate Circolari, nel caso dei colloqui con minori infradodicenni non ledono alcun diritto soggettivo del detenuto, realizzando, al contrario, un contemperamento tra l'interesse privatistico e quello pubblico connesso alla tutela delle esigenze preventive, rilevantissime nel caso di soggetti sottoposti al regime differenziato del "41-bis", da valutarsi nei termini di una accettabile ingerenza dello Stato anche sotto il profilo della rispondenza ai principi europei sopra richiamati. In questa prospettiva, invero, la stessa giurisprudenza di legittimità, con il richiamato arresto, ha stabilito il principio che il detenuto sottoposto al regime speciale del "41-bis", al quale sia comunque consentito di svolgere i colloqui con i familiari e, nel caso di minori, con contatto diretto, è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle medesime condizioni anche ad altri soggetti, ma non di un diritto, così che la sua aspettativa pur giuridicamente qualificata è recessiva rispetto al preminente interesse pubblico connesso alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica, alla cui salvaguardia sono coerenti e proporzionate le modalità imposte dall'Amministrazione penitenziaria che, disciplinando le cautele necessarie, realizza il disposto normativo di rango primario (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a), ord. penit.).

28. Accertata la legittimità formale dell'operato dell'Amministrazione, sul piano sostanziale, occorre ulteriormente verificare se l'Amministrazione abbia, nella regolamentazione dei colloqui avversata dal reclamante, rispettato il principio di proporzionalità, disponendo che i colloqui con "modalità mista" (contemporanea presenza di altri familiari nel locale posto al di là del vetro divisorio) possano avvenire solo con i nipoti "*ex filio*". Alla luce del quadro giuridico e normativo brevemente sopra richiamato, pare infatti che la materia *de qua* non possa sottrarsi al principio-guida enunciato dalla Corte costituzionale italiana con l'arresto n. 376/1997 e da copiosa giurisprudenza di matrice europea, che hanno enucleato quale fondamentale parametro di verifica della legittimità delle limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali la circostanza che esse siano somministrate nella misura strettamente necessaria ad assolvere le esigenze preventive. Tale asserto, che si può condensare nel concetto di "minimo sacrificio necessario", 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 osserva – *per incidens* – che tale principio è stato recentemente ribadito dalla Corte costituzionale in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione penitenziaria sopra richiamata, poiché ritenuta in contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui conteneva una specifica disciplina dei colloqui difensivi tra il soggetto ristretto nel regime detentivo speciale del "41-bis", e il proprio difensore, contraddistinta da incisive limitazioni relative al numero e alla durata dei medesimi (Corte cost., sent. 17 giugno 2013, n. 143). Con l'evocato arresto costituzionale, la Corte ha, invero, riconosciuto che i diritti fondamentali della persona sanciti dalla Carta fondamentale possono legittimamente entrare nel bilanciamento con altri valori dell'ordina-



mento costituzionale di rango analogo, nell'ambito della pur ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore. La Consulta ha, tuttavia, affermato che, ferma la possibilità che, nel singolo caso, alcune facoltà proprie di un diritto fondamentale siano sacrificate a vantaggio delle esigenze connesse alla tutela di un altro diritto fondamentale dell'ordinamento, una siffatta operazione non si configura legittima nel momento in cui ecceda il "minimo sacrificio necessario" dell'interesse cedente, il quale deve sopravvivere con un adeguato indice di "effettività". Si tratta di un parametro che ha trovato applicazione estesa anche nella giurisprudenza della CEDU: la Corte EDU ha, invero, affermato costantemente il principio che ogni provvedimento restrittivo della stessa difesa deve risultare assolutamente necessario e, quando una misura meno restrittiva di un'altra può essere sufficiente, deve essere applicata la prima (precedenti in termini: CEDU, 23-04-1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*; CEDU, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, ric. n. 35795/02. Tale principio è stato affermato nella giurisprudenza interna da Cass., Sez. I, 30-01-20-2-08, n. 7791, Rv. 238721, Madonia, in *CED Cass.*).

29. Il punto di equilibrio va, dunque, collocato in una posizione mediana tra l'esigenza di assicurare la piena effettività del diritto fondamentale del singolo (che assume, in ogni caso, una valenza trascendente l'interesse privato, assumendo a connotazione imprescindibile di una società democratica ed assurge, pertanto, al rango di interesse pubblico), e la difesa della *salus reipublicae*, che rappresenta pur sempre il bene supremo all'autoconservazione cui è rivolto l'ordinamento, messo in obiettivo pericolo dalla virulenza del fenomeno mafioso esteso a larghe porzioni del territorio nazionale.

30. Occorre, a questo punto, precisare quali siano, con riferimento alla situazione dei detenuti sottoposti allo speciale regime del "41-bis", i parametri concretamente utilizzabili per l'effettuazione del bilanciamento tra i diritti fondamentali, alla luce dei quali effettuare il controllo di legittimità sostanziale dell'operato dell'Amministrazione penitenziaria. Seguendo il percorso già tracciato dalla Corte costituzionale nella evocata sentenza n. 143 del 2013, si può, anzitutto, ritenere che 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 preventive al cui soddisfacimento il regime speciale è preposto, atteso che nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Deve, infatti, ritenersi che il medesimo principio che la Corte individua quale misura per la verifica della legittimità dell'operato del legislatore non possa non informare anche l'attività della pubblica autorità. Il secondo parametro idoneo a saggiare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione coincide con il già richiamato principio, di matrice europea, del "minimo sacrificio necessario". Su tale profilo ci si è già dianzi soffermati. Si richiama, infine, il terzo criterio che deve essere utilizzato, afferente alla circostanza che, in tanto le misure limitative delle facoltà soggettive delle persone detenute hanno motivo di sussistere ed essere applicate, in quanto – per i soggetti coinvolti nel colloquio e/o per le par-

ticolari circostanze e modalità del medesimo – 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 "41-bis". Esemplicando: in forza di quello che potrebbe definirsi "principio della concreta offensività", il colloquio con determinati soggetti (a es. l'incontro con il proprio figlio neonato o con una persona incapace di intendere e volere), ovvero effettuato con modalità tali e in situazioni in cui sia impossibile l'utilizzo strumentale del beneficio, sembrerebbero suscettibili di meno rigorose modalità esecutive.

31. Nel caso specifico, tuttavia, l'Amministrazione pare avere già operato un'estensione delle modalità di colloquio più favorevoli ben oltre il limite soggettivo stabilito in modo apparentemente assoluto dal disposto legislativo: «*Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11*» (art. 41-bis, lett. b), ord. penit.), avendo ritenuto di ricomprendere nella dizione normativa anche i nipoti in linea retta. La decisione assunta dall'Amministrazione in via generale di acconsentire ai colloqui a "modalità mista" con i soli nipoti "ex filio" introduce pertanto, nell'ambito del novero dei "familiari", una lettura estensiva che – essa stessa – appare già evolutiva rispetto allo stretto dettato normativo, del che essa concreta non già un'incisione, bensì un accrescimento della facoltà dei soggetti detenuti di coltivare le proprie esigenze affettive.

32. Così inquadrata la fattispecie, appare arduo ravvisare nella scelta operata dall'Amministrazione oggetto del reclamo che qui occupa un indicatore sintomatico di un eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, atteso che la dimensione affettiva del soggetto detenuto è stata, con riferimento alla platea soggettiva dei possibili destinatari delle modalità ampliate di colloquio, non solo non ristretta rispetto alla perimetrazione operata dalla normativa primaria, ma addirittura ampliata a comprendere soggetti che – secondo la lettura sopra illustrata – non potrebbero a stretto rigore di legge farsi rientrare nella nozione di "familiari" sussunta dalla legge di ordinamento penitenziario nelle disposizioni, sopra ampiamente richiamate, dedicate appunto alla tutela delle relazioni affettive e familiari della persona detenuta.

33. Nel caso in valutazione, la decisione della Direzione penitenziaria di Tolmezzo – assunta richiamando le direttive delle sopra citate note circolari del DAP – esercita concretamente una facoltà discrezionale che ammette le modalità più ampie per soggetti non ricompresi nella previsione della fonte primaria. Nella fattispecie, in altri termini, l'Amministrazione penitenziaria di Tolmezzo ha agito applicando la ponderazione cristallizzata nelle Circolari pertinenti del DAP che – in nome di esigenze *lato sensu* umanitarie – avevano contemperato le esigenze preventive con quelle connesse all'esercizio dell'affettività. A fronte di tale oggettivo ampliamento pertanto, non pare che l'esito del bilanciamento operato possa risultare mai limitativo della facoltà soggettiva dell'interessato, riguardata alla luce del bene giuridico dell'affettività che già la fonte primaria ha provveduto a connotare in termini formalmente graviori rispetto alla scelta operata

dall'Amministrazione, del che può individuarsi in tale ampliata prospettiva la linea di confine di quale "minimo" sacrificio necessario imposto al pieno esplicarsi delle facoltà personali alla luce della pericolosità soggettiva dell'interessato.

34. Il reclamo non pare, altresì, fondato nella parte in cui si chiede che il colloquio venga effettuato senza la separazione del vetro divisorio e per tutta la durata in presenza dei familiari, considerato che le concrete modalità organizzative adottate dall'Amministrazione penitenziaria, come indicate nelle note circolari sopra richiamate, appaiono congrue e proporzionate a contemperare gli interessi privatistici e pubblici in gioco. Al proposito, va osservato che l'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b), ord. penit., come introdotto dalla l. n. 94 del 2009, stabilisce che i colloqui tra i detenuti sottoposti allo speciale regime detentivo e quanti ammessi a tali incontri, abbiano luogo in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, sebbene sia prescritta la sottoposizione a controllo auditivo ed a videoregistrazione. La *ratio legis* deve, pertanto, identificarsi con l'intento di limitare le possibilità per il detenuto di qualificata pericolosità sociale di mantenere contatti con l'ambiente esterno all'istituto e di continuare ad esercitare la propria attività criminosa mediante la propalazione a e dall'esterno di notizie e comunicazioni anche mediante (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a), ord. penit.) l'adozione di «*misure di elevata sicurezza interna ed esterna che si rivelino necessarie per prevenire contatti con l'organizzazione di appartenenza*». Tale obiettivo è stato concretamente attuato con la previsione di strumenti di controllo a distanza sulle manifestazioni comunicative verbali e sui comportamenti tenuti dai partecipanti ai colloqui e di presidi fissi, tali da ostacolare in senso fisico il trasferimento di oggetti. La disciplina è stata integrata – sul piano operativo – dalle sopra richiamate note circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e in particolare dalla circolare nr. 3592 del 9-10-2003 che, al suo capo f), ha prescritto che i colloqui tra i familiari o altri soggetti ammessi ed il detenuto debbano avvenire in locali dotati di vetri o altri mezzi di separazione fisica a tutta altezza, atti ad impedire il passaggio di oggetti di qualsiasi natura, tipo o dimensioni e ha indicato la registrazione quale rimedio alternativo all'eccessivo ricorso alla perquisizione dei partecipanti, fonte di disagio per coloro che vi sono sottoposti e di difficoltà operative per il personale addetto. La fonte secondaria ha successivamente introdotto – come si è sopra ricordato - un regime di favore, introducendo la possibilità di eliminare il vetro divisorio per consentire l'effettuazione di incontri visivi tra detenuto sottoposto a trattamento differenziato e figli minori di dodici anni e, in caso di colloqui con più persone, la limitazione dell'assenza del vetro divisorio ai soli figli minori di dodici anni e per la durata non eccedente un sesto di quella complessiva con videoregistrazione ed esclusione del sonoro. All'atto pratico, la detta modalità di colloquio si realizza alternativamente con il passaggio del minore nell'area del locale colloqui ove si trova il detenuto, o della rimozione materiale del vetro divisorio, alternativa che comunque contempla nel primo caso il trattenimento degli adulti nell'area posta al di là del vetro, nel secondo il loro allontanamento dalla stanza. Ancor più recentemente, il DAP ha esteso – come si è già rammentato – tale più ampia modalità di colloquio ai colloqui del detenuto con i nipoti, figli di figli, purché infradodicesenni, al fine di contemperare le contrapposte esigenze di assicurare anche nell'istituzione carceraria la possibilità di manifestazioni affettive, quali estrinsecazione dei vincoli fami-

liari, minimizzando per quanto possibile i prevedibili disagi arrecati a persone in tenera età e, al contempo, di impedire strumentalizzazioni di tale possibilità di contatto ravvicinato.

35. Alla luce del sopra illustrato quadro normativo, emerge, in definitiva, che la duplice previsione della videosorveglianza e registrazione dei colloqui e della presenza di ostacoli divisorii non costituiscano forme di controllo alternative, bensì cumulative, avendo finalità di prevenzione di differenti *pericula* (rispettivamente, quelli connessi alla propalazione di notizie o direttive mediante la comunicazione verbale e gestuale e quelli derivanti dalla possibilità di passaggio occulto di oggetti tra il detenuto e i partecipanti al colloquio, favorito dalla prossimità fisica), così che la sussistenza dell'una non implica necessariamente la superfluità dell'altra (Cass., sez. I, n. 39966/2014, cit.).

36. Nel caso di specie – come si è posto in evidenza – le speciali modalità esecutive adottate nel caso di colloqui a “modalità mista” con congiunti infradodicienni in concreto non ledono alcun diritto soggettivo del detenuto, dal momento che le stesse non ostacolano l'effettuazione dell'incontro, le comunicazioni verbali e le manifestazioni affettive, consentite anche mediante contatto fisico diretto, né incidono sulla stabilità del legame e la relazione parentale, la cui realizzazione non impone come necessaria ed imprescindibile la contestuale presenza, durante l'incontro, anche di un familiare adulto del minore (nei precisi termini cfr. Cass., sez. I, n. 39966/2014, cit.), realizzando, al contrario, un contemperamento tra l'interesse privatistico e quello pubblico connesso alla tutela delle esigenze preventive, rilevantissime nel caso di soggetti sottoposti al regime differenziato del “41-bis”, valutato nei termini di una accettabile «ingerenza» dello Stato anche sotto il profilo della rispondenza ai principi europei sopra evocati. In definitiva, il detenuto sottoposto al regime speciale del “41-bis”, al quale sia comunque consentito di svolgere i colloqui con i familiari e, nel caso di minori, con contatto diretto, è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle medesime condizioni anche ad un adulto che accompagni il minore, ma non di un diritto, così che la sua aspettativa pur giuridicamente qualificata è recessiva rispetto al preminente interesse pubblico connesso alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica, alla cui salvaguardia sono coerenti e proporzionate le modalità imposte dall'Amministrazione penitenziaria che, disciplinando le cautele necessarie, realizza il disposto normativo di rango primario (art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a), ord. penit.).

(*Omissis*)

Nota di FRANCESCO PICOZZI

1. L'ordinanza in rassegna si segnala poiché affronta, con ampia e dettagliata motivazione, un particolare aspetto della disciplina dei colloqui visivi dei detenuti sottoposti al regime spe-

ciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. Al Magistrato di sorveglianza di Udine, infatti, è stata sottoposta la questione della estensibilità ai colloqui con i nipoti *ex fratre* delle regole di esecuzione previste, dalle circolari ministeriali, per gli incontri con i figli o i nipoti *ex filio*.

Il Giudice, sviluppando un principio succintamente affermato in un isolato precedente di legittimità<sup>1</sup>, fornisce una risposta negativa al quesito.

Per meglio apprezzare tale condivisibile conclusione, sembra utile procedere ad un sintetico inquadramento delle norme e delle prassi concernenti le modalità di effettuazione dei colloqui dei detenuti in discorso e delle controversie che in anni recenti sono sorte intorno alla loro interpretazione.

2. I colloqui visivi sono uno degli istituti trattamentali su cui maggiormente incide l'applicazione del regime speciale, poiché – ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) ord. penit. – né viene drasticamente ridotto il numero ad «uno al mese»; inoltre, «salvo casi eccezionali», il novero dei soggetti che possono recarsi a visitare il detenuto è ristretto ai soli «familiari e conviventi»; infine le loro modalità di svolgimento sono disciplinate in maniera completamente differenziata rispetto al regime ordinario.

Gli incontri, infatti, sono sempre «videoregistrati» e, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, «vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione», ma soprattutto devono «svolgersi [...] in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti», cioè «in sale divise con vetro a tutta altezza che tiene separati ospiti e detenuto»<sup>2</sup>. Proprio l'applicazione di quest'ultima previsione – che, oggi più di ieri, distingue i parlatoi delle sezioni "41-*bis*" da quelli destinati alle altre categorie di ristretti<sup>3</sup> – ha costituito l'oggetto principale delle doglianze respinte dal provvedimento in commento.

<sup>1</sup> C. cass., sent. 14 febbraio 2014, n. 31278, Cordi.

<sup>2</sup> Trib. Sorv. Roma, ord. 19 giugno 2015, n. 3921.

<sup>3</sup> Si consideri il recente comunicato stampa del 30 luglio 2015 del DAP con il quale è stato reso noto che «per il miglioramento delle condizioni detentive, in linea con le prescrizioni dettate dalla sentenza *Torreggiani*, [...] si è provveduto all'abbattimento di tutti i banconi divisorii ancora presenti nelle sale colloqui di alcuni istituti penitenziari». Peraltro, i pochi residui divisorii di recente rimossi a vantaggio della restante popolazione detenuta, non erano comunque paragonabili a quelli "a tutta altezza" tipici delle sale colloqui del circuito "41-*bis*".

Tale disciplina attua nel campo dei colloqui visivi la generale funzione preventiva del regime detentivo speciale. Se quest'ultimo, infatti, è volto a impedire «le comunicazioni ed ogni forma di collegamento con» le strutture malavitose operanti all'esterno<sup>4</sup>, le disposizioni appena viste «esprimono la preoccupazione che anche i colloqui con i familiari possano essere strumentalmente utilizzati per mantenere contatti con l'organizzazione criminale»<sup>5</sup>

3. Dunque, dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b) si evince chiaramente che la regola della separazione fisica tra il detenuto e i suoi familiari durante il colloquio è prevista dal Legislatore in maniera tassativa e non derogabile.

Nonostante ciò, per ragioni umanitarie, l'autorità amministrativa in talune ipotesi ha ritenuto di poter accordare deroghe al rispetto di tale vincolante previsione, permettendo – in tutto o in parte – l'effettuazione di colloqui senza vetro divisorio. Talvolta ciò è stato fatto in via episodica ed eccezionale: si pensi ai casi di imminente pericolo di vita, alla celebrazione di un matrimonio o alla nascita di un figlio<sup>6</sup>. Nell'ipotesi che interessa in questa sede, al contrario, la deroga alla regola del vetro divisorio costituisce una prassi amministrativa cristallizzata «in apposite circolari con valenza generale»<sup>7</sup>.

Tralasciando le modifiche e gli aggiustamenti delle direttive ministeriali susseguitesi negli anni<sup>8</sup>, occorre soffermarsi sulla più recente regolamentazione della materia per descrivere i contrasti – giurisprudenziali e dottrinali – che questa ha generato.

Invero, nel 2013, il DAP ha emanato alcune direttive<sup>9</sup> volte ad uniformare le disomogenee prassi in uso negli istituti peni-

<sup>4</sup> Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Giuffrè, 2007, p. 87 e s.

<sup>5</sup> C. cass., sent. 4 giugno 2014, n. 35488, Maranzano, in *Cassazione Penale*, 2014, 12, p. 4239.

<sup>6</sup> Ne dà conto in dottrina F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 2, p. 198.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Per una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione della disciplina dei colloqui visivi dei detenuti in regime speciale, svolta anche con riferimento alle direttive dell'Amministrazione penitenziaria, si rinvia a 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*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, in part. pp. 238-241.

<sup>9</sup> DAP, nota 18 aprile 2013, n. 0140006, nonché nota 10 giugno 2013, n. 0206255.

tenziari concernenti la «procedura di effettuazione del colloquio visivo dei detenuti 41-bis con i figli e/o nipoti» di età inferiore ai 12 anni. In particolare, l'Amministrazione, «tenendo conto di specifiche gravi situazioni [...] che avevano visto minori strumentalizzati per l'invio di messaggi all'esterno», ha cercato di contemperare le «esigenze di prevenzione proprie del regime» con le «necessità affettive dei bambini»<sup>10</sup>.

A tal fine, le circolari hanno previsto, innanzitutto, che se al colloquio prende parte soltanto il minore di anni dodici, questo può svolgersi senza vetro divisorio per l'intera sua durata di un'ora.

Laddove, invece, partecipino anche familiari adulti, allora i minori infradodicesenni possono recarsi a diretto contatto con i nonni o i genitori ristretti, passando al di là del divisorio, a due precise condizioni: a) che la loro permanenza nella porzione della sala colloqui riservata al detenuto sia limitata ad un sesto della durata totale dell'incontro; b) che contestualmente al passaggio del bambino dall'altro lato del vetro, i parenti adulti presenti vengano «accompagnati all'esterno della sala» per la restante durata del colloquio. In altri termini, il colloquio del minore (o dei minori, se più di uno) senza la separazione prevista dalla legge si potrebbe svolgere per una durata massima di dieci minuti e senza la contestuale presenza degli altri congiunti dall'altra parte del vetro.

4. Le due condizioni sub a) e b) poste dalle circolari ministeriali sono state oggetto di numerosi reclami che, in non pochi casi, hanno trovato accoglimento da parte di Magistrati di sorveglianza.

In misura maggiore è stata censurata l'imposizione ai familiari adulti di uscire dalla sala colloqui durante i dieci minuti di contatto diretto fra il bambino ed il detenuto. Tale previsione, infatti, è stata giudicata illegittima «in quanto [...] non congrua e proporzionata al fine di tutela della sicurezza cui» è rivolta<sup>11</sup>; essa, infatti, inciderebbe negativamente sulla

<sup>10</sup> DAP, nota 18 aprile 2013, cit.

<sup>11</sup> Così, Mag. Sorv. Spoleto, ord. 29 luglio 2013, n. 1095, in *Rassegna giuridica umbra*, 2013, 2, pp. 328-329, con nota adesiva di S. DILETTI, *Regime carcerario differenziato e diritti della persona in viculis: il colloquio con il minore di dodici anni senza il vetro divisorio*.

tranquillità psicologica del minore<sup>12</sup> senza che vi siano «ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione», alla «luce della integrale registrazione audio e video dei colloqui effettuati dai detenuti in regime differenziato»<sup>13</sup>.

Secondo questa impostazione giurisprudenziale, l'allontanamento degli altri congiunti, in particolare quando si tratti della madre del bambino, determinerebbe altresì «una compressione ingiustificata del diritto alla vita familiare per come garantito a livello normativo sovranazionale e nazionale»<sup>14</sup>. Al contrario, la necessità che il colloquio si svolga in presenza anche di altri familiari corrisponderebbe «a quanto insegnatoci dalla giurisprudenza della Corte costituzionale circa il valore insostituibile dei rapporti» del bambino «con entrambi i genitori nella loro reciproca integrazione e dunque nella compresenza»<sup>15</sup>.

Pertanto, «in una prospettiva di bilanciamento [...] tra tutela del diritto inviolabile del detenuto di mantenere i rapporti affettivi con i figli ed i nipoti e quello di garantire la protezione dell'ordine e della sicurezza pubblica, la soluzione adottata [...] dal DAP si risolve in un'afflizione aggiuntiva ingiustificata» contrastante «con il principio dell'umanità della pena» di cui agli artt. 27 Cost. e 3 CEDU<sup>16</sup>.

5. Anche la determinazione in dieci minuti del tempo che il minore può trascorrere a diretto contatto con il proprio ascendente è stata oggetto, sia pure in misura più contenuta, di censure da parte dei magistrati di sorveglianza.

<sup>12</sup> Mag. Sorv. Spoleto, ord. 29 luglio 2013, cit.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Così sempre il medesimo Ufficio di sorveglianza, ma diverso giudice, Mag. Sorv. Spoleto, ord. 10 luglio 2013, in *www.personaedanno.it*, 16-11-2013, nonché in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, che per il livello sovranazionale richiama tanto la Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, quanto l'art. 8 della Convenzione EDU, mentre per il livello nazionale ricorda gli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost. nonché l'art. 28 ord. penit. Similmente Mag. Sorv. Roma, ord. 28 ottobre 2013.

<sup>15</sup> Mag. Sorv. Spoleto, ord. 10 luglio 2013, cit. In senso adesivo, in dottrina, M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 4, p. 6, parla di «palese lesione dei principi costituzionali posti a fondamento della tutela della vita familiare [...] prontamente rilevata dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto».

<sup>16</sup> Così, Mag. Sorv. L'Aquila, ord. 1 agosto 2013, n. 894, giud. Serafini.



Taluni giudici di primo grado, infatti, hanno ritenuto detta previsione incongrua rispetto ai fini perseguiti e, dunque, irragionevole<sup>17</sup>. Ciò in quanto le istanze della sicurezza non sarebbero «sensibilmente pregiudicate da una durata maggiore del colloquio senza vetro divisorio» fra il bambino ed il suo ascendente detenuto; infatti, laddove emergessero tentativi di avvalersi della presenza del minore per eludere i controlli sulle comunicazioni, «potrebbe procedersi in ogni momento all'interruzione» del colloquio<sup>18</sup>.

6. L'orientamento giurisprudenziale sin qui descritto, però, è stato completamente sconfessato dall'indirizzo univocamente espresso in sede di legittimità.

Infatti, ad avviso della Corte di cassazione, la regolamentazione amministrativa non può certo essere qualificata come restrittiva, ma al contrario rappresenta una «apprezzabile apertura nei confronti delle esigenze dei minori»<sup>19</sup>, posto che la lettera della legge è chiara nel prevedere l'inderogabile separazione tra il detenuto ed i familiari in visita.

In particolare, le disposizioni che impongono l'esclusione dalla sala colloqui degli adulti non ledono «alcun diritto soggettivo del detenuto», poiché non «ostacolano l'effettuazione dell'incontro, le comunicazioni verbali e le manifestazioni affettive». Il detenuto, dunque, «è titolare di un mero interesse legittimo all'estensione delle medesime condizioni anche ad un adulto che accompagni il minore», ma tale sua posizione giuridica soggettiva, visto il livello di pericolosità dei detenuti in questione, «cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica»<sup>20</sup>.

I giudici di legittimità hanno censurato le decisioni di merito anche per la loro lettura parziale delle norme. Infatti, le disposizioni che tutelano i rapporti familiari avrebbero dovuto essere sottoposte ad una «lettura logico sistematica con l'art. 41-*bis* ord. pen.», anche al fine di «effettuare il doveroso e ineludibile bilanciamento tra il diritto del detenuto a fruire di colloqui visivi e l'e-

<sup>17</sup> In tal senso Mag. Sorv. Viterbo, ord. 20 novembre 2014.

<sup>18</sup> Così, Mag. Sorv. Spoleto, ord. 29 aprile 2014, n. 627; per identiche conclusioni v. Mag. Sorv. L'Aquila, ord. 10 ottobre 2014, n. 1374.

<sup>19</sup> Cfr., in part. Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, Panico.

<sup>20</sup> C. cass., Sez. I, sent. 11 giugno 2014, n. 39966, Pariante.

signenza di contenere la particolare pericolosità di cui è portatore»<sup>21</sup>.

Tale impostazione giurisprudenziale, più volte ribadita<sup>22</sup>, da ultimo è stata definita dalla stessa Corte di cassazione come «assolutamente univoca»<sup>23</sup>.

7. Anche la limitazione temporale imposta dalle circolari amministrative è stata ritenuta pienamente legittima e ragionevole, alla luce dell'insegnamento della Cassazione appena visto.

Infatti, diversi Tribunali di sorveglianza, hanno considerato «pacifica, secondo la lettura della suprema Corte, anche la legittimità della regola della limitazione temporale a 10 minuti dei colloqui senza vetro divisorio»; è, infatti, «indiscutibile che quanto più duri il colloquio del ristretto in regime differenziato a diretto contatto fisico con il minore in compresenza degli altri familiari tanto più alto sarà il rischio, concreto ed effettivo, [...] che il detenuto riesca a ricevere e inviare fraudolentemente messaggi»<sup>24</sup>. Tenendo ciò presente, è chiaro che la regolamentazione ministeriale si dimostra «atta sia a garantire [...] la possibilità di manifestazioni affettive sia a contenere i possibili disagi a persone in tenera età sia, infine, ad impedire strumentalizzazioni del contatto con i minori ed il loro utilizzo quali vettori più o meno inconsapevoli di messaggi dall'esterno e verso l'esterno»<sup>25</sup>.

Ma soprattutto, nel caso in discorso, non vi è alcuna limitazione in senso tecnico. Infatti la possibilità di andare al di là del divisorio è una «pacifica deroga migliorativa al divieto legislativo di qualunque contatto fisico»<sup>26</sup>; pertanto la sua disapplicazione dal parte del giudice non potrebbe comportare altro che la piena ed integrale applicazione della disposizione di rango primario e non certamente la creazione di una nuova regola, di creazione giurisprudenziale, in base alla quale il bambino potrebbe permanere nell'area riservata al detenuto per l'intera ora di colloquio.

Infine, giungendo a conclusioni ancor più nette di quelle della suprema Corte, si è precisato che a fronte di una così chiara

<sup>21</sup> C. cass., Sez. I, sent. 4 giugno 2014, n. 35489, Montani.

<sup>22</sup> V., tra le altre, C. cass. sent. 15 luglio 2014, n. 38072, De Sena.

<sup>23</sup> C. cass., Sez. I, sent. 25 marzo 2015, n. 32464, Aprea.

<sup>24</sup> Così, Trib. Sorv. Perugia, ord. 9 luglio 2015, n. 1042.

<sup>25</sup> Trib. Sorv. Roma, ord. 10 ottobre 2014, n. 891.

<sup>26</sup> Trib. Sorv. Perugia, cit.

previsione di legge, «i detenuti sottoposti al regime differenziato non possono allora essere riconosciuti titolari di alcuna posizione soggettiva» all'estensione della possibilità di contatto diretto con il detenuto, poiché si tratta di una concessione «*praeter* (se non proprio *contra*) *legem* dell'Amministrazione penitenziaria»<sup>27</sup>.

8. L'Amministrazione penitenziaria dal canto suo, pur non rinunciando a difendere – peraltro con successo – la legittimità delle proprie scelte in sede giurisdizionale, ha comunque riformulato la disciplina delle modalità di effettuazione dei colloqui delle persone in regime "41-bis", revocando il divieto alla compresenza dei familiari adulti, ovvero la più contestata fra le sue disposizioni in materia<sup>28</sup>.

Attualmente, dunque, è concesso al minore svolgere un sesto dell'incontro a contatto fisico con il proprio ascendente in linea retta, senza che ciò comporti l'obbligo per gli altri familiari adulti di uscire dal locale colloqui. Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sin qui descritti, tale disciplina – pur con alcune perplessità quanto al rispetto della previsione di legge – è ormai da considerare "diritto vivente" in materia.

---

<sup>27</sup> Trib. Sorv. L'Aquila, ord. 1° dicembre 2015, n. 1887. Similmente, in dottrina, v. G.M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 19 e s. Tale Autore fa notare come nel caso *de quo* «non può sostenersi di essere in presenza di circostanze del fatto concreto che la legge non è stata in grado di predeterminare e disciplinare». Al contrario, dalla lettera della legge si desume chiaramente la volontà di escludere «in modo consapevole, il contatto diretto tra i detenuti in questione e qualsivoglia familiare o convivente».

<sup>28</sup> Sul punto cfr. la nota DAP 28 aprile 2014, n. 0151557, «Detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o.p.».

