

## AFFETTIVITÀ, MINORI E 41-BIS: UN CONNUBIO POSSIBILE\*

di Fenice Valentina VALENTI\*\*

### ABSTRACT

*Il contributo si concentra sulla sentenza n. 196 del 3 gennaio 2024, nella quale la Suprema Corte ha applicato l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, secondo la quale, in materia di interviste a detenuti sottoposti a reclusione dura, l'amministrazione penitenziaria o l'organo di vigilanza La magistratura su querela può disporre un colloquio senza vetrata anche con minori di età superiore ai 12 anni nei casi in cui non sussista rischio di strumentalizzazione.*

*This paper focuses on Judgment No. 196 of January 3, 2024, in which the Supreme Court applied the interpretation offered by the Constitutional Court, according to which, on the subject of interviews of detainees subjected to hard imprisonment, the prison administration or the supervisory judiciary on complaint may order an interview without dividing glass even with minors over the age of 12 years in cases where there is no risk of instrumentalization.*

### SOMMARIO

1. Introduzione.....	1
2. Il fatto .....	2
3. La decisione della Cassazione .....	2
4. Conclusioni .....	4

### 1. INTRODUZIONE

A guardare alcune vicende sembrano ancora attuali le parole che, nel 1764, Cesare Beccaria dedicò alla pena carceraria: «*Due altre funeste conseguenze derivano dalla crudeltà delle pene, contrarie al fine medesimo di prevenire i delitti. La prima è che non è sì facile il serbare la proporzione essenziale tra il delitto e la pena, perché, quantunque un'industriosa crudeltà ne abbia variate*

*moltissimo le specie, pure non possono oltrepassare quell'ultima forza a cui è limitata l'organizzazione e la sensibilità umana. Giunto che si sia a questo estremo, non si troverebbe a' delitti più dannosi e più atroci pena maggiore corrispondente, come sarebbe d'uopo per prevenirgli. L'altra conseguenza è che la impunità stessa nasce dall'atrocità dei supplicii<sup>1</sup>.*

Il tema oggetto di esame riguarda il problema dei colloqui visivi e telefonici dei detenuti in regime penitenziario speciale, di cui all'art. 41-bis O.P.

Quest'ultimo ha rappresentato, sin da subito, l'istituto "simbolo" della lotta contro la criminalità organizzata che, in ossequio alle preminenti esigenze di difesa sociale, sospende e comprime i diritti fondamentali dell'individuo. Esso prevede una vasta gamma di limitazioni: i colloqui telefonici sono ammessi solo per il tempo massimo di dieci minuti e solo una volta al mese; la corrispondenza epistolare viene sottoposta a censura e può essere bloccata qualora contenga frasi idonee a veicolare un messaggio criptico; i detenuti sono ristretti in una sezione speciale distaccata dalle sezioni comuni e possono relazionarsi, nelle ore d'aria, solo con il proprio gruppo di socialità; solo con questi ultimi, previa autorizzazione, è consentito il passaggio cibi e bevande; i colloqui visivi sono consentiti esclusivamente con i familiari e i conviventi una volta al mese, per la durata di un'ora, a mezzo di un vetro divisorio. Gli incontri sono video-registrati e sottoposti alla vigilanza costante delle guardie penitenziarie; è vietato qualsiasi contatto fisico durante gli incontri, eccezion fatta per i familiari che abbiano una età minore dei dodici anni. Il fine è chiaro: ridurre drasticamente le possibilità di contatto con l'esterno e debellare qualsiasi legame con il gruppo criminale di appartenenza.

È facilmente intuibile come, tra tutti gli istituti che governano l'ordinaria disciplina trattamentale, quello dei colloqui con i familiari o con terze persone rappresenta uno dei momenti a più alto rischio per la garanzia degli obiettivi perseguiti

\* Nota a sentenza.

\*\*Dottoranda di ricerca in Diritto della società digitale e dell'innovazione tecnologica presso l'Università degli studi Magna Graecia di Catanzaro. Avvocato.

<sup>1</sup>C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ristampa del 1974, Milano, p. 67

attraverso l'applicazione del regime detentivo differenziato, trattandosi del *“veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con l'esterno”*<sup>2</sup>.

Il perseguimento delle esigenze in commento, però, richiede che l'applicazione del regime differenziato sia rispettosa dei due limiti fissati dalla Corte costituzionale<sup>3</sup>: anzitutto, le misure speciali devono essere proporzionate alle concrete esigenze dell'ordine e della sicurezza sociale sì da non tradursi in sanzioni meramente afflittive; in secondo luogo, le limitazioni *de quibus* non dovrebbero mai *«vanificare completamente la necessaria finalità rieducativa della pena e da violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità»*<sup>4</sup>.

## 2. IL FATTO

Il ricorrente, detenuto presso la casa circondariale di Sassari, avanzava istanza alla direzione penitenziaria affinché gli venisse autorizzato un colloquio *de visu* con il figlio infradodicesimo senza il vetro divisorio; chiedeva, inoltre, che potesse godere di due ore di colloquio, di cui una unitamente agli altri familiari e l'altra esclusivamente con il figlio minore.

A seguito del diniego della struttura penitenziaria, il detenuto presentava, dapprima, reclamo dinanzi al Magistrato di Sorveglianza e, a fronte del rigetto dell'impugnazione, deduceva le proprie eccezioni dinanzi al Tribunale di Sorveglianza.

Il collegio, tuttavia, riteneva giuridicamente corretta la motivazione del giudice di prime cure in quanto il familiare aveva più di dodici anni e non presentava un quadro clinico-diagnostico tale da poter essere assoggettato ad un dodicesimo; né i risultati della perizia esperita potevano orientare il collegio ad una diversa motivazione sul punto.

A fronte di tale provvedimento è stato proposto ricorso per cassazione ed ha trovato accoglimento presso la Suprema Corte.

## 3. La decisione della Cassazione

Il bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico e il riconoscimento ai detenuti 41-bis O.P. del diritto ai colloqui con i figli minori, senza vetro divisorio, è un tema delicato e complesso, perché il colloquio con il minore non è solo un diritto del detenuto, ma anche dello stesso minore.

In passato la giurisprudenza di legittimità, pur riconoscendo questa doppia valenza, aveva sposato un orientamento particolarmente rigido<sup>5</sup>, ritenendo possibile negare i colloqui per ragioni organizzative e discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria; *ratio* connessa all'esigenza di non pregiudicare il controllo del detenuto per effetto di una eccessiva dilatazione della platea dei soggetti ammessi al colloquio con modalità derogatorie rispetto alle note cautele ordinarie<sup>6</sup>.

Un significativo cambio di rotta è stato tuttavia segnato dalla Corte costituzionale nella sentenza 6 aprile 2023, n. 105<sup>7</sup>. Nella specie, il giudice delle leggi, ha riconosciuto il diritto soggettivo dei detenuti ad ottenere un colloquio senza vetro divisorio anche in ipotesi di figli minorenni con età superiore a dodici anni.

La Corte Costituzionale, in particolare, nel ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.41-bis, comma 2-*quater*, lettera b), O.P. *“nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici”*, ha offerto una interpretazione adeguatrice della disposizione incriminata. Nella specie, la Consulta evidenzia come non sia stato un caso che il legislatore *«nel codificare le prescrizioni già contenute nelle precedenti circolari amministrative, abbia semplicemente indicato il risultato vietato - il passaggio di oggetti durante i colloqui visivi - senza affatto specificare, in dettaglio, le pertinenti soluzioni tecniche (in particolare, l'impiego del vetro divisorio a tutta altezza), limitandosi a richiedere che i locali destinati ai*

<sup>2</sup> Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., sent. 5 maggio 2020, n. 97, relatore Zanon, §2.2.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Tra le più recenti si v. Cass., sez. I, 30 marzo 2022, n.34388; Cass., Sez. 1, 03 novembre 2021, n. 46719

<sup>6</sup> Così testualmente Cass., sez. I, 30 marzo 2022, n.34388;

<sup>7</sup> Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105

*colloqui siano «attrezzati» in modo da impedire tale passaggio»<sup>8</sup>.*

L'impiego del vetro divisorio, dunque, che pur rappresenta uno strumento idoneo ad evitare il veicolare di oggetti e informazioni non è “imposto” dal testo della disposizione primaria che, invero, rimane particolarmente vaga allorché si limita ad affermare che i colloqui debbano avvenire in “locali attrezzati”.

In questo contesto, la Corte costituzionale non manca di evidenziare come l'automatismo applicativo del vetro divisorio anche in presenza di altri interessi di rango costituzionale rilevanti — qual è il diritto ai colloqui del detenuto con minori d'età — può apparire sproporzionato: differenti soluzioni tecniche potrebbero invece “risultare adeguate, sia a garantire la finalità indicata dalla disposizione censurata, sia, al contempo, a evitare che la restrizione assuma connotazioni puramente afflittive per il detenuto, sacrificando inoltre l'interesse preminente del minore. Tra queste, ad esempio, l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche”<sup>9</sup>.

Inoltre, precisa la Corte, la circolare non può impedire una deroga puntuale alla regola del vetro divisorio, anche per i colloqui con minori ultradodicesenni; dall'altro lato, e all'inverso, non attribuisce una pretesa intangibile alla condivisione del medesimo spazio libero, nemmeno durante i colloqui con minori infradodicesenni<sup>10</sup>.

Complice l'intervento della Consulta<sup>11</sup>, anche la Cassazione ha precisato che l'amministrazione penitenziaria può disporre un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore a dodici anni, quando sussistano ragioni tali da giustificare una simile scelta, oggetto di adeguata motivazione, volta ad escludere, in particolare, che i minori in questione siano strumentalizzabili per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive.

Nel sostenere ciò, la prima sezione penale si sofferma, in primo luogo, sulla disciplina dei colloqui dei detenuti sottoposti al circuito detentivo

speciale, per poi richiamare l'interpretazione offerta dal giudice delle leggi.

Si è precisato, quindi, che la disciplina di riferimento è rappresentata dall'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b), O.P., secondo cui “...[*la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti.[...]*]. Quanto alle modalità attraverso le quali è possibile esercitare i colloqui si richiamano le circolari del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP). La circolare attualmente in vigore è la n. 3676 del 2 ottobre 2017, la quale all'art. 16, comma 4 stabilisce che “*lo svolgimento dei colloqui visivi avviene presso locali all'uopo adibiti, muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione*”, mentre al comma 6 è previsto che “*in una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro*”.

Sebbene la Corte di Cassazione non si sia soffermata sul punto vale la pena di precisare che il tema del “diritto ai colloqui” è riconosciuto da diverse fonti dell'ordinamento penitenziario: dagli artt. 1, c. 6 e O.P. che, nel collocare i colloqui nel trattamento penitenziario, riconoscono la loro rilevanza anche nell'ottica della rieducazione del condannato; dall'art. 28 O.P. secondo cui “*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare, o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*. Un espresso riconoscimento si trova anche nel regolamento carcerario<sup>12</sup> e, in particolare, negli artt. 61 comma 1, lett. a) e art. 73, comma 3, ove si il mantenimento del diritto ai colloqui con i

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105, § 10.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105, § 11.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 rubricato “*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.”

familiari anche in caso di sottoposizione del detenuto alla sanzione disciplinare dell'isolamento con esclusione dalle attività in comune.

La disposizione più importante, però, è l'art. 18, comma 3 O.P. in virtù della quale “*i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*”. Essa, che è forte primaria, diversamente dalla circolare DAP, fa espresso riferimento ai minori di anni quattordici.

È pur vero che non tutta la disposizione si applica ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale<sup>13</sup>; tuttavia è indubbio come “*il legislatore penitenziario abbia tracciato una asticella in relazione all'età al di sotto della quale occorre tutelare specialmente i minori che debbano svolgere colloqui con i propri parenti detenuti, che non può che prescindere dalla pericolosità del congiunto ristretto e che impone, a prezzo altrimenti di una irragionevole discriminazione, un trattamento di analoga attenzione anche nei confronti dei figli e nipoti minorenni infra-quattordicenni di genitori e nonni ristretti in regime differenziato*”<sup>14</sup>.

L'orientamento commentato è sicuramente condivisibile, soprattutto nella parte in cui rileva che la circolare DAP - che, come visto, sembra escludere ogni possibilità di consentire colloqui senza vetri divisorii - conterebbe, in realtà, direttive

in grado di orientare uniformemente l'amministrazione penitenziaria, fornendole un riferimento che la esenti dall'obbligo di motivare puntualmente le ragioni della propria scelta su ogni richiesta di colloquio senza vetro divisorio con familiari minorenni, *infra* e *ultra*-dodicenni; dall'altro, appare evidente che, pure a fronte delle diverse e particolari condizioni in cui possono trovarsi il minore e/o il detenuto, essa non può dar luogo ad alcuna insuperabile rigidità.

Tale ultimo profilo sembra essere il perno che sorregge il nuovo orientamento giurisprudenziale commentato.

La circolare, nel fare espresso riferimento ai minori di dodici anni, non può rappresentare un ostacolo perché non ha natura normativa e non è richiamato dalla disciplina primaria<sup>15</sup>. Sicché è ben possibile che l'Amministrazione penitenziaria — e l'Autorità Giudiziaria in caso di reclamo — disponga un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore a dodici anni, quando sussistano ragioni tali da giustificare una simile scelta, oggetto di adeguata motivazione, volta ad escludere, in particolare, che i minori in questione siano strumentalizzabili per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive<sup>16</sup>.

#### 4. Conclusioni

La sentenza annotata è una delle prime pronunce dopo la sentenza adeguatrice del giudice delle leggi.

<sup>13</sup>Come ricordato dalla Corte di Cassazione con sentenza 3 novembre 2021, n. 46719 “*la disposizione [dell'art. 18], introdotta dal D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 rubricato “Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103” non era destinata a innovare la disciplina dettata per i detenuti e gli internati sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis Ord. Pen., considerato che nella enunciazione dei principi contenuti nella Legge-Delega 23 giugno 2017, n. 103, non erano in alcun modo compresi riferimenti a tale regime detentivo e che, soprattutto, L. n. 103 del 2017, art. 1, comma 85, lett. e), aveva espressamente escluso, dall'ambito della sua regolamentazione, le “condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale unitamente ai “casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati” dalla complessiva riforma che avrebbe dovuto portare alla “eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di*

*reati, individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali dei condannati, nonché alla revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo”. Indicazione, questa, certamente rilevante per ricostruire la voluntas legis sottesa alla riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018 e per trarre conferma del fatto che il regime detentivo di cui all'art. 41-bis Ord. Pen. non era in alcun modo oggetto della riforma”.*

<sup>14</sup>Così, testualmente, si esprime il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto nell'ordinanza con la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis O.P. che è consultabile al seguente link [https://pattest.humnet.unipi.it/webdev/osep/wpcontent/uploads/2022/09/ordinanza\\_Spoleto.pdf](https://pattest.humnet.unipi.it/webdev/osep/wpcontent/uploads/2022/09/ordinanza_Spoleto.pdf)

<sup>15</sup>*Ibidem.*

<sup>16</sup>*Cfr.* Cass., sez. I, 3 gennaio 2024, n. 196.

Le motivazioni della Corte di Cassazione, ancorché compendiate in sintetico provvedimento, racchiudono diversi profili, tutti di rilevanza costituzionale e internazionale.

Il mantenimento delle relazioni familiari e affettive è un diritto imprescindibile di ogni individuo e, come ricordato anche dalla Corte di Cassazione nel 2020<sup>17</sup>, costituisce un diritto soggettivo del detenuto che non può essere limitato — neanche nell'ipotesi estrema dell'isolamento disciplinare — pena la violazione dell'art. 27 Cost. per trattamento inumano.

È doveroso ricordare, oltretutto, che la condanna a pena detentiva ha una portata afflittiva non solo per il detenuto, ma anche per i familiari i cui diritti subiscono indirettamente una limitazione.

Una maggiore lesione della sfera soggettiva si registra soprattutto con riferimento al diritto all'affettiva dei familiari minorenni, la cui esigenza di tutela trova espressa previsione nelle convenzioni internazionali — quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo — ma anche nelle fonti comunitarie, prima fra tutte la Carta dei Diritti dell'Unione Europea che all'art. 24 parla espressamente di “interesse preminente” del minore.

Il tema, però, subisce significative modulazioni allorché si parla di criminalità organizzata e del regime detentivo speciale. L'esperienza giudiziaria dimostrata come i minori, in passato, siano stati strumentalizzati per aggirare i rigidi divieti speciali. Per tale ragione, ancorché le esigenze affettive costituiscano un diritto soggettivo del detenuto, quest'ultime non possono godere di una tutela assoluta e preordinata, in quanto devono essere bilanciate con la concomitante esigenza di difesa sociale.

Il che, in linea di principio, è assolutamente condivisibile. Tuttavia, il continuo rinvio alle esigenze di bilanciamento di diritti contrapposti supporrebbe un accertamento in concreto, mediante una disamina caso per caso in relazione alla sussistenza di esigenze tali da legittimare la prevalenza della difesa dell'ordine pubblico piuttosto che il diritto all'affettività e viceversa.

In realtà, le direzioni penitenziarie e la Magistratura di Sorveglianza, fino a giungere alla stessa Corte di Cassazione, si sono adagate su quanto previsto dall'art. 16 della circolare DAP senza tener conto che non fosse un divieto assoluto e insormontabile.

Inoltre, il *discrimen* tra i dodici e i quattordici anni dovrebbe risiedere nella maggiore persuasività e consapevolezza nel minore adolescente di cui potrebbe giovare il detenuto nel caso in cui volesse veicolare messaggi all'esterno.

Anche in questo caso, però, si è cristallizzata nella giurisprudenza penitenziaria una presunzione assoluta di cui non vi è traccia nella normativa di settore.

L'intervento costituzionale, invece, ha fatto registrare un condivisibile e necessario cambio di rotta introducendo, o meglio, privilegiando una lettura sistematica elastica e discrezionale che tenga conto, in maniera effettiva, delle esigenze dei richiedenti e quelle dell'Amministrazione Penitenziaria posto che, il colloquio con (o senza) vetro divisorio, a fronte della richiesta del detenuto, dovrà essere adeguatamente motivato sottolineando l'assenza (o la presenza) dei possibili rischi di strumentalizzazione del minore.

<sup>17</sup>Cass., sez. I, 17 luglio 2020, n. 21335.