

Il Merito

Diritto penitenziario

La decisione

Diritti dei detenuti - Legge penitenziaria - Colloqui visivi - Libertà di comunicazione - Regime detentivo speciale - Amministrazione penitenziaria - Giurisdizione rieducativa (Cost., artt. 15; L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4, 18, 35, 35-bis, 69; D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, art. 37).

Non è conforme al dettato dell'art. 18 ord. penit. considerare il "garante" come un visitatore che non possa intrattenere "colloqui" in senso tecnico con detenuti e internati. Le interlocuzioni o scambi verbali comunque denominati che intervengono tra garante e detenuti soggiacciono, per espressa previsione normativa, alla disciplina dei "colloqui" prevista dall'art. 18, co. 2, ord. penit., con quanto ne consegue in ordine all'operatività del divieto, sempre previsto dal legislatore primario, di controllo auditivo da parte del personale dell'Amministrazione penitenziaria. Ne consegue che si possono disapplicare quelle disposizioni della circolare del 7 novembre 2013 del DAP e dell'ordine di servizio n. 7 emanato dalla Direzione dell'Istituto di pena di Spoleto in data 16 giugno 2014 che trattano degli incontri detenuti/garanti alla stregua di un genus differente dal "colloquio" in senso tecnico disciplinato dall'art. 18 ord. penit.

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI PERUGIA, (ord.) 13 novembre 2015 (ud. 27 ottobre 2015) - FERRANDO, *Presidente* - CRISTIANI, *Estensore* - X, Interessato.

Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante

1. Il provvedimento in commento lascia presagire dinamiche penitenziarie che potrebbero rivelarsi virtuose. Con esso, infatti, il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, accogliendo il reclamo presentato dal condannato, ha adottato una soluzione che consegna alla figura del garante dei diritti dei detenuti la meritata centralità rispetto alla congenita funzione di presidio che svolge anche rispetto alla giurisdizione rieducativa, consolidandone la effettività della sua azione.

È fuor di dubbio come prerogative del garante e diritti dei detenuti fossero stati, di fatto, sviliti dalle assai discutibili restrizioni in materia di colloqui imposte dall'Istituto di Pena che ospitava il reclamante.

Questi i fatti: la Direzione dell'Istituto Penitenziario di Spoleto, allineandosi a quanto stabilito nella circolare del 7 novembre 2013¹ del Ministero della giustizia, D.A.P., in materia di visite agli istituti penitenziari ex art. 67 ord. penit., aveva emanato il 16 giugno 2014 l'ordine di servizio n. 7, con il quale si adottavano le regole elaborate dal ministero sulla premessa che contatti tra detenuti e soggetti esterni, tra cui i garanti, e colloqui ex art. 18 ord. penit. fossero due fattispecie distinte, rientrando i primi nella categoria delle mere "interlocuzioni" e i secondi in quella dei "colloqui in senso tecnico".

Mutuando dalle disposizioni della circolare del D.A.P., la Direzione di Spoleto aveva così disposto una serie di restrizioni anche più limitanti: il garante non poteva effettuare veri e propri colloqui, né interviste, con i detenuti; doveva rispettare i divieti di cui all'art. 117, co. 1, primo periodo, reg. penit., ovvero il divieto di trattare con imputati argomenti relativi al processo penale in corso; non poteva fare riferimento con il detenuto alle vicende personali dello stesso né al processo nel quale fosse coinvolto; non poteva svolgere indagini o assumere dichiarazioni o ancora effettuare colloqui "finalizzati ad attività investigative"; poteva essere allontanato dal colloquio se l'interlocuzione si fosse estesa "ad argomenti diversi da quelli consentiti"; non doveva interloquire col detenuto in una lingua non comprensibile al Direttore dell'Istituto o al suo delegato presente; e infine era interdetto l'accesso autonomo dei collaboratori, neppure se delegati dal medesimo Garante.

A fronte di tali restrizioni, il reclamante denunciava il sopravvenuto mutamento, in senso deteriore, delle modalità di effettuazione dei colloqui con il garante dei diritti dei detenuti designato dalla regione dell'Umbria. Se dapprima, infatti, essi potevano svolgersi presso la sala biblioteca della Casa di reclusione e con riservatezza e rispetto della *privacy* sull'argomento trattato, a decorrere dal 5 gennaio 2015, era stato imposto al garante di essere «itinerante», quindi di incontrare i detenuti sottoposti al regime differenziato dell'art.

¹ Ove, espressamente, si attestava come le visite di cui all'art. 67 ord. penit. fossero dirette a verificare le condizioni di vita dei detenuti e degli internati, potendo all'uopo il garante rivolgere la parola agli stessi, evitando tuttavia che il dialogo travalichi in veri e propri colloqui e/o interviste, specialmente se vertenti su contenuti espressamente vietati dall'art. 117, co. 1, secondo periodo, del D.P.R. n. 230 del 2000; specificando, altresì, come le interlocuzioni dovessero avvenire obbligatoriamente in lingua italiana, in maniera comprensibile al direttore dell'istituto o al suo delegato, presente durante la visita, e che dovessero vertere sulle condizioni di vita del detenuto, sulla conformità del trattamento ad umanità, sul rispetto della dignità della persona, non potendo mai avere ad oggetto le vicende personali del detenuto. Quanto al *modus operandi*, era previsto che, durante le loro visite, i garanti non dovessero essere lasciati soli con i soggetti reclusi avvicinati e che l'Autorità penitenziaria, presente alle interlocuzioni, avrebbe potuto intervenire allorché il dialogo si fosse esteso ad argomenti non consentiti, dovendo, in caso di persistenza, interromperne lo svolgimento e, se necessario, allontanare il detenuto. Infine, si richiedeva che il rispetto di dette regole fosse particolarmente rigoroso quando l'interlocuzione si rivolgeva ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

41-*bis* ord. penit. all'interno della sezione, alla presenza del vicecomandante e dell'ispettore di sezione, privandolo, inoltre, della possibilità di prendere appunti.

Ripristino delle precedenti regole e disapplicazione del provvedimento amministrativo impugnato erano, pertanto, i *petita* del reclamante. Il Tribunale, risolto il contrasto tra normativa secondaria e normativa primaria a favore di quest'ultima, ha accolto le doglianze del ricorrente, annullando l'ordinanza di rigetto del Magistrato di sorveglianza di Spoleto e, previa disapplicazione di entrambi i provvedimenti di natura amministrativa emessi rispettivamente dal D.A.P. e dalla Direzione della Casa di Reclusione di Spoleto, ha ordinato che i colloqui tra il reclamante e il garante regionale dei diritti dei detenuti fossero disciplinati dall'art. 41-*bis* ord. penit., con richiesta alla autorità giudiziaria competente di autorizzare, se del caso, il controllo auditivo e la registrazione, restando impregiudicata la videosorveglianza.

2. La decisione annotata merita un'attenta riflessione non foss'altro per le ricadute certamente positive che si riflettono sulla ormai avviata presa di coscienza della necessità di rafforzare l'effettività del catalogo degli strumenti destinati a presidiare l'attività del garante.

Non nuoce preliminarmente risalire all'origine del rilevato contrasto tra normative, ricordando le modifiche apportate dalla riforma c.d. "Milleproroghe"².

Con l'art. 12-*bis* d.l. 207 del 2008, infatti, erano stati interpolati gli artt. 18 e 67 ord. penit., che disciplinano rispettivamente i colloqui con i detenuti e le visite presso gli istituti penitenziari, prevedendosi, da un lato, che i detenuti potessero avere colloqui, anche al fine di compiere atti giuridici, tra gli altri pure con il «*garante dei diritti dei detenuti*» - figura che, all'epoca della riforma, non era stata ancora istituita³ - e, dall'altro, che tutti «i garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati» - riferito ai garanti già attivi a livello territoriale - avessero la facoltà di visitare senza autorizzazione gli istituti penitenziari. Sennonché, la differente espressione utilizzata dal legislatore del 2008 aveva innescato più di una perplessità interpretativa, dovendosi ritenere, almeno stando a una lettura formale del dettato normativo, che i colloqui con i detenuti ex art. 18 ord. penit. dovessero riservarsi al solo istituendo garante nazionale dei diritti dei detenuti, con esclusione pertanto degli organi di ga-

² Si tratta del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv., con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14.

³ La figura del "Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale" è stata infatti istituita successivamente, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

ranzia istituiti e già operativi a livello locale, ai quali invece sembrava fosse riservata unicamente la facoltà di visita. Sin da subito, si era, tuttavia, notato come un approdo che diversificasse le due situazioni dal punto di vista dei soggetti legittimati avrebbe finito col privare di significato la modifica dell'art. 18 ord. penit. che, pertanto, avrebbe riconosciuto dei poteri a un organo inesistente, in quanto ancora non istituito⁴.

Nonostante, dunque, l'ambiguità lessicale fosse ragionevolmente superabile in considerazione della *ratio* sottesa alla creazione di un organo «incaricato di vigilare affinché l'esecuzione della pena detentiva sia conforme, nella sostanza, al dettato costituzionale», onde depurarla «di ogni afflittività aggiuntiva rispetto a quella, già così devastante, che le è propria»⁵, essendo, peraltro, del tutto illogico riconoscere ai garanti regionali il solo diritto di visita e non anche quello di colloquio, il Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria emanava la circolare di cui si è detto - rubricata "Nuovo testo unico delle disposizioni dipartimentali in materia di visite agli istituti penitenziari ex art. 67 O.p." - con la quale veniva delineato, in tema di visite e incontri con i detenuti da parte dei soggetti di cui all'art. 67 ord. penit., un apparato organico di regole e limiti che, alludendo a mere "interlocuzioni che non sostanziano i colloqui in senso tecnico", mirava, come prima precisato, a differenziare le due fattispecie, prevedendone un'applicazione rigorosa nei confronti dei detenuti sottoposti al regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit.

Come era intuibile, le restrizioni imposte dal Ministero della giustizia non furono accolte con entusiasmo, provocando reazioni di disapprovazione da parte dei diversi garanti regionali, tra cui quelli del Piemonte e dell'Umbria, che ne hanno sottolineato la connotazione *contra legem*⁶, invitando l'amministrazione penitenziaria a modificare le prescrizioni indicate al paragrafo 6, punto 4, della pregiudizievole circolare ministeriale, ove erano condensate le disposizioni che, imponendo appunto le nuove modalità di svolgimento degli incontri, avevano messo fortemente in discussione la facoltà pie-

⁴ F. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.*, Dossier/2, 2009, 108, il quale rimarcava, altresì, l'illogicità che sarebbe scaturita dal riconoscere ai garanti già istituiti a livello locale il diritto di visita e non quello di colloquio.

⁵ F. DELLA CASA, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio» delle situazioni detentive: il difensore civico della libertà personale*, in *Pol. dir.*, 2003, 70.

⁶ C. FIORIO, *Il Garante dei Detenuti tra Amministrazione e Giurisdizione*, in www.ombudsman.marche.it, che, in qualità di Garante della Regione Umbria, fa presente come la circolare in oggetto, «prendendo le mosse dall'erroneo ed illegittimo assunto (arg. ex art. 18 ord. penit.) secondo il quale le «interlocuzioni» dei garanti con i detenuti non sostanziano «colloqui in senso tecnico», preluda «a limitazioni contenutistiche ed al controllo uditivo del colloquio del garante con il detenuto».

na dei garanti di potere effettuare colloqui personali e soprattutto riservati con ciascuna tipologia di detenuto e ristretto⁷.

3. Alle segnalazioni suddette è seguito il reclamo da parte del detenuto, privato del suo diritto di svolgere colloqui “riservati” ai sensi dell’art. 18 ord. penit. con il garante regionale. I giudici della sorveglianza di Spoleto si sono quindi posti il quesito se fosse legittimo prevedere che alle “interlocuzioni” tra il reclamante e il garante designato dalla Giunta Regionale dell’Umbria dovesse essere presente il Direttore della Casa di Reclusione di Spoleto o un suo incaricato e, in conformità alle norme della legge penitenziaria e del suo regolamento che specificamente si occupano della figura del garante, hanno deciso *secundum legem*, facendo prevalere la normativa penitenziaria in tema di colloqui con i detenuti su quella amministrativa che, incidendo *in peius* sul *quomodo* degli stessi, ne aveva messo in discussione addirittura il medesimo *an*.

Orbene, sono tre, e tra loro intersecate, le aree di interesse della pronuncia in esame: anzitutto il ruolo e l’effettività delle funzioni del garante; in secondo luogo, la natura del diritto dei detenuti a svolgere colloqui con il garante e la sua tutela; infine, il perimetro dei poteri riconosciuti alle autorità ministeriale e penitenziaria di interferire sui diritti dei detenuti, con particolare riguardo ai detenuti sottoposti al regime detentivo di cui all’art. 41-*bis* ord. pen.

4. Partendo dalla figura del garante e dal ruolo di crescente centralità che riveste nel c.d. “pianeta carcere”, è opportuno rammentare come tale organo, da tempo presente a livello territoriale⁸, è stato istituito a livello nazionale dall’art. 7 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con mod., dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. Si tratta di un organismo di garanzia preposto a svolgere un ruolo fondamentale nella risoluzione di conflitti interni tra detenuti e amministrazione penitenziaria⁹. A tal fine gli sono riconosciuti poteri sia di vigilanza, “affinché l’esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati, dei soggetti sottoposti a custodia cautelare in carcere o ad altre forme di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate

⁷ Cfr., *Prima relazione annuale delle attività svolte*, redatta dal Garante della Regione Piemonte il 31 marzo 2015.

⁸ Al momento si contano quattordici garanti regionali, sette provinciali e trentatré comunali.

⁹ A ciò si aggiunga la funzione fondamentale di sollecitare l’adozione di provvedimenti di carattere generale da parte degli organi governativi e parlamentari, cercando di evidenziare all’esterno i problemi che affliggono il sistema penitenziario e promuovendo forme di comunicazione e collaborazione tra le comunità esterne con l’istituzione penitenziaria.

dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti", sia di ispezione, potendo visitare tutti i *loci* detentivi, ivi comprese le sezioni c.d. 41-*bis* ord. pen., con facoltà di accesso agli atti e possibilità di effettuare i colloqui secondo il disposto di cui all'art. 18, comma 1, ord. penit., ove è stabilito che «i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, nonché con il garante dei detenuti, anche al fine di compiere atti giuridici».

Chiamato, pertanto, ad affiancare la tutela giudiziaria affidata alla magistratura di sorveglianza con un compito di promozione e di tutela extragiudiziale dei diritti dei detenuti che prende avvio proprio dalle attività di ispezione e di vigilanza, o dai reclami *ex art.* 35 ord. penit., o ancora a seguito dei colloqui *ex art.* 18 ord. penit., la sua comparsa nel mondo carcerario ha dovuto fare i conti, purtroppo, con intuibili resistenze culturali che ne hanno frenato l'attesa espansione¹⁰.

Ciò premesso, è comprensibile come lo strumento del colloquio abbia un ruolo determinante nell'attività che il garante è chiamato a svolgere di mediazione tra amministrazione penitenziaria e detenuti. Non sfugge, inoltre, come, al fine di mantenere la caratteristica di terzietà, egli debba potere effettuare i colloqui di cui all'art. 18 ord. penit. con autonomia e indipendenza. L'adeguatezza delle modalità di svolgimento del colloquio, infatti, sono funzionali all'efficacia del suo intervento, mettendolo nelle condizioni di captare eventuali situazioni di illegalità e di prodigarsi per una tempestiva rimozione. Del resto la sua missione è quella di porsi a servizio della persona detenuta, tutelandone i diritti, e a tal fine potrà avvalersi anche dello strumento delle visite *ex art.* 67 ord. pen., mediante il quale può entrare negli istituti penitenziari, ospedali psichiatrici giudiziari e strutture sanitarie, senza necessità di autorizzazione¹¹.

5. Dal versante dei detenuti considerati come persone, vale a dire con riguardo alla loro soggettività giuridica¹², il colloquio rappresenta una estrinsecazione del diritto alla "risocializzazione": mediante tale strumento il detenuto può

¹⁰ Secondo D. CHINNICI, "Appunti" sul Garante dei diritti delle persone in *vinculis*. "Disappunti" ... quando la funzione non è una "pura formalità", in questa Rivista online, scontare «una sorta di resistenza culturale da parte dei "referenti classici"» è «la "sorte" di ogni *quid novi*».

¹¹ Facoltà introdotta dal già citato d.l. n. 207 del 2008, conv. dalla l. 27 febbraio 2009, n.14.

¹² I profili inerenti alla titolarità e all'esercizio dei diritti riconosciuti al detenuto all'interno dell'istituzione carceraria, come noto, non hanno avuto il meritato riguardo da parte del legislatore e della comunità scientifica all'indomani del varo della riforma penitenziaria del 1975, essendosi, l'attenzione, focalizzata più verso lo studio delle dinamiche deflative dell'esperienza carceraria, così C. FLORIO, *Quarant'anni di ordinamento penitenziario: bilanci e prospettive*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, 53.

tenere vivi i suoi rapporti con la società esterna. La disciplina dei colloqui visivi ha, infatti, un fondamento costituzionale nel principio rieducativo sancito dall'art. 27, co. 3, Cost. Se la rieducazione deve attuarsi mediante la predisposizione e lo svolgimento di un trattamento personalizzato del reo che si avvale principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, onde agevolare i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia, il contatto con persone esterne all'organizzazione penitenziaria diviene, pertanto, una leva virtuosa per la realizzazione dei richiamati elementi del trattamento. Da qui gli artt. 18 ord. penit. e 37, co. 1, reg. penit. ove si riconosce in capo al detenuto e all'internato un "diritto" ai colloqui visivi, che potrà essere negato solo in presenza di "altri interessi costituzionalmente garantiti"¹³.

Non può ignorarsi, peraltro, come riconoscere a ogni detenuto la facoltà di comunicare con persone appartenenti alla società libera sia altresì espressione del diritto alla libertà di comunicazione sancito dall'art. 15 Cost. Posto a salvaguardia della sfera sociale e affettiva del "detenuto-uomo", il diritto alla comunicazione contribuisce alla realizzazione personale dello stesso, ragione per cui il legislatore, come sopra precisato, ai sensi dell'art. 15 ord. penit., pone i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia tra gli elementi su cui si fonda il trattamento penitenziario.

Tuttavia, poiché il dato letterale delle norme non qualifica l'accesso ai colloqui in termini di «diritto», inizialmente esso era stato fatto rientrare nella categoria più limitata dell'interesse legittimo, tesi che trovava un avallo nel sistema di autorizzazioni giudiziarie e amministrative prestabilito dall'art. 18 ord. penit., la cui necessarietà – si affermava – lo poneva in contrasto con la natura di diritto soggettivo perfetto¹⁴, privandolo sostanzialmente di una idonea tutela. Tale situazione, soprattutto a seguito di prassi consolidate che sono sfociate nella legittimazione di forme di trattamento diversificato in relazione al tipo di reato commesso (il c.d. «doppio binario» penitenziario), ha generato inediti modelli di contrazione del diritto al colloquio e delle relative modalità di svolgimento, di matrice per così dire amministrativa, vale a dire frutto dei "dicta" dall'amministrazione penitenziaria. Occorre, pertanto, stabilire fino a dove potesse spingersi il potere autoritativo dell'amministrazione penitenziaria in un sistema che comunque si preoccupava di dovere apprestare una

¹³ Corte cost., n. 143 del 2013, con la quale il Giudice delle leggi ha precisato come l'operazione di bilanciamento non si configuri legittima nel momento in cui ecceda il "minimo sacrificio necessario" dell'interesse cedente, il quale deve sopravvivere con un adeguato indice di "effettività".

¹⁴ F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, 2810.

tutela ai diritti soggettivi del detenuto dinnanzi al giudice ordinario. A provvedere in tal senso si impegnava la Corte costituzionale¹⁵ che, con un *iter* lungo e travagliato, ha, dapprima, eliminato ogni dubbio circa la titolarità in capo ai detenuti di diritti soggettivi, per poi sancire la correlata pretesa che tali diritti debbano trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale¹⁶. La persona detenuta, infatti, pur trovandosi in una situazione di privazione della libertà personale in forza dell'esecuzione penale, rimane pur sempre titolare di diritti incompressibili la cui tutela giurisdizionale è posta in capo alla magistratura di sorveglianza¹⁷: al riconoscimento della titolarità dei diritti non poteva non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale¹⁸, ove le garanzie procedurali minime prescritte a livello primario trovassero una ponderata attuazione¹⁹.

Non restava, pertanto, che mettere ordine alla vasta materia inerente alle diverse posizioni soggettive dei detenuti, onde trarne un catalogo dei diritti tutelabili, da assegnare «al vaglio esclusivo della magistratura di sorveglianza *ratione materiae*»²⁰. Da qui la lenta affermazione di un indirizzo che, muovendo dalla distinzione tra “diritti”, intesi quali posizioni soggettive qualificate, e interessi di mero fatto, coincidenti con la figura dell’“aspettativa di fatto”, è giunto ad affermare che, ai fini dell’apprestamento della tutela giurisdizionale, solo i primi possono beneficiarne, restandone esclusi, invece, i secondi²¹. A quel punto perdeva di rilievo la tradizionale distinzione tra diritti e interessi legittimi. Si andava, infatti, consolidando la tesi che rinviene nel “rapporto esecutivo penale” una peculiarità, ossia l’esistenza di un potere pubblico che con propri atti e provvedimenti interagisce con i detenuti non già in termini unilaterali, bensì bilaterali. Su tale premessa, è stato affermato che «l’ordinamento democratico riconosce, accanto al potere organizzativo dell’amministrazione penitenziaria la sussistenza (*recte*: permanenza) in capo al soggetto privato su

¹⁵ Corte cost., n. 349 e 410 del 1993; n. 351 del 1996; n. 376 del 1997; n. 190 del 2010; n. 26 del 1999; n. 266 del 2009; n. 135 del 2013.

¹⁶ Corte cost., n. 204 del 1974. Come noto, dopo tale pronuncia si è proceduto alla riforma dell’ordinamento penitenziario grazie alla quale, ribaltandosi il tradizionale rapporto tra detenuto e amministrazione penitenziaria, la figura del detenuto venne portata in primo piano, non più quale soggetto passivo dell’esecuzione penale, bensì quale titolare di diritti.

¹⁷ Corte cost., n. 212 del 1997.

¹⁸ Corte cost., n. 26 del 1999.

¹⁹ Sono garanzie minime: la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l’impugnabilità con ricorso per cassazione.

²⁰ M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *questa Rivista online*, 4.

²¹ Corte cost., n. 26 del 1999, n. 266 del 2009, e Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Giust. pen.*, 2004, II, 282 ss.

cui esercita detto potere, di un fascio di diritti e posizioni soggettive non sacrificabili di fronte alle scelte discrezionali dell'organo amministrativo e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti²².

6. Da qui un punto fermo: l'illecito dal quale deriva la lesione del diritto può essere riconducibile all'abuso di potere, o al suo cattivo uso, da parte della pubblica autorità²³. L'amministrazione penitenziaria, infatti, può disporre, in presenza dei presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del trattamento del detenuto, o intercedere nella gestione ordinaria della vita del carcere. Laddove dalle decisioni dell'amministrazione penitenziaria derivi una lesione dei diritti dei detenuti è il reclamo lo strumento attivabile dal detenuto, la cui disciplina, «frutto di una legislazione stratificata, frammentaria, basata sulla tecnica del rinvio e di alcuni interventi correttivi della Corte costituzionale»²⁴, è stata in parte messa in ordine dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146²⁵, conv. in l. n. 10 del 2014, che ne ha coniato un nuovo modello, il “reclamo giurisdizionale” ex art. 35-*bis* ord. penit., accrescendo così il tasso di giurisdizionalità nella materia dei diritti delle persone detenute²⁶. Dal combinato disposto degli artt. 4, 35-*bis*, lett. *b*), e 69, comma 6, ord. penit. discende, infatti, il riconoscimento in capo alla persona detenuta della facoltà di agire personalmente davanti al giudice, a tutela

²² Corte cost., n. 212 del 1997.

²³ La tutela dei diritti dei detenuti viene efficacemente ricondotta da FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 705, «in un'area che è ristretta tra l'autoritarismo dell'attività amministrativa e le garanzie del potere giurisdizionale».

²⁴ CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1804. Va rammentato che la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 26 del 1999, definita “additiva di principio”, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. penit., «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale», sostenendo che il c.d. reclamo generico previsto dall'art. 35 ord. penit. fosse privo dei requisiti minimi necessari per ritenerlo sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale, risolvendosi, di fatto, in una mera segnalazione o in una sollecitazione all'amministrazione penitenziaria.

²⁵ Si tratta dell'iniziativa legislativa in risposta ai noti *dicta* europei contenuti nella sentenza della Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, affinché si colmasse la riscontrata inadeguatezza degli strumenti di tutela del detenuto introducendo rimedi di natura sia preventiva sia compensativa a tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

²⁶ FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit.*, 2013, 3, 236, per il quale resterebbero estranee alla sfera di applicabilità del nuovo strumento le aspettative di mero fatto, le lesioni che non possiedono i caratteri dell'attualità e gravità, le fattispecie che afferiscono a posizioni che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale e le situazioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale (p. 245).

dei propri diritti, qualora dall'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal suo regolamento derivi al detenuto o all'internato un "attuale e grave pregiudizio" all'esercizio dei diritti, accertato il quale il giudice, con l'ordinanza che chiude il procedimento, ordina all'amministrazione di porre rimedio, *id est* condanna l'amministrazione a un *facere*, ancorché, come è stato a ragione precisato, di tipo «generico»²⁷.

7. Ciò posto, che il diritto ai colloqui visivi rientri tra le posizioni soggettive suscettibili di tutela giurisdizionale è un dato ormai indiscusso. Del resto, il detenuto ha il diritto alla corretta osservanza delle norme in materia di colloqui e l'amministrazione penitenziaria potrebbe imporre limitazioni solo per ragioni di tutela della sicurezza dell'ordine carcerario, la cui sussistenza sarà verificabile dal magistrato di sorveglianza, che ne dovrà vagliare la proporzionalità²⁸. Il detenuto, infatti si trova nella situazione di chi ha posizioni giuridiche da contemperare tuttavia con lo stato detentivo, o meglio con lo scopo della detenzione: il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e l'interesse del singolo.

Le modalità di svolgimento del colloquio sono regolate dall'art. 37 reg. penit., limitandosi l'art. 18, co. 2, ord. penit., a stabilire che i colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. La regola è, quindi, che i colloqui si svolgano in locali senza mezzi divisorii o all'aperto, salvo ricorrano particolari ragioni sanitarie o di sicurezza, nel qual caso il colloquio deve svolgersi in locali interni, muniti di mezzi divisorii. In ogni caso il colloquio si svolge sotto il controllo a vista del personale di custodia, che deve garantire la riservatezza del medesimo e assicurare che ognuno tenga un corretto contegno, legittimando un intervento del personale volto a interromperne lo svolgimento.

Nell'ambito dei poteri discrezionali comunque riconosciuti agli organi amministrativi - rientranti, secondo attenta dottrina, tra gli atti c.d. a discrezionalità vincolata²⁹ - si rinviene, dunque, il potere dell'amministrazione penitenziaria

²⁷ Rimarca la genericità del comando e i suoi limiti, FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale"*, cit., 241.

²⁸ Viene in gioco, come già precisato, il concetto di "minimo sacrificio necessario" che impone alla pubblica autorità di adottare, nell'ambito delle scelte amministrative di propria competenza, un corrispondente criterio di proporzionalità «in modo da imporre il minor sacrificio possibile in proporzione alla concreta efficacia della misura adottata». Criterio che, peraltro, trova conferma anche nella giurisprudenza europea, dove è stato enucleato, quale fondamentale parametro di verifica della legittimità di dette limitazioni, la circostanza che esse siano somministrate nella misura strettamente necessaria ad assolvere le esigenze preventive (Corte eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi; Id., 27 novembre 2007, Ascutto c. Italia).

²⁹ FIORENTIN, *Sub art. 18, in Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giuri-*

di incidere sui diritti dei detenuti. A tale potere autoritativo si contrappone il sindacato del giudice di sorveglianza sull'operato dell'amministrazione penitenziaria, ai sensi dell'art. 69, co. 5, ord. penit., allorché la compressione del diritto alla libera comunicazione ecceda i limiti della discrezionalità vincolata, come ad esempio quando celi fini di premialità al di fuori dei margini consentiti dalla legge o, all'opposto, sia finalizzata a sanzionare detenuti c.d. "difficili"³⁰.

Quanto ai poteri concessi alle autorità ministeriali e penitenziarie in materia di regime speciale ex art. 41-*bis* ord. pen., va precisato come essi, diversamente dal passato, dovranno misurarsi con le prescrizioni contenute nella legge penitenziaria, rese più stringenti dalla legge n. 94 del 2009, nel senso che il potere di sospensione delle regole di trattamento non potrà eccedere i parametri legislativi stabiliti dal co. 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit, sia con riguardo alla proporzionalità rispetto agli scopi di prevenzione cui la misura è preordinata, sia sotto il profilo dei contenuti propri del regime speciale. Ed è proprio in questo secondo livello che rientrano le regole in tema di colloqui: alla lett. *b*) del comma 2-*quater* è, infatti, stabilito il numero (uno al mese); le modalità, da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati, in modo da impedire il passaggio di oggetti, vietando, nel contempo, 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; il controllo auditivo e la registrazione solo previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente.

Superati i tempi in cui l'autorità amministrativa disponeva di carta bianca nella definizione dei contenuti del regime di rigore, il merito della novella del 2009 sembrerebbe proprio quello di avere messo ordine alla regolamentazione di un istituto che è figlio dell'emergenza ma che è largamente applicato, mantenendone la competenza ministeriale, ma demandando al legislatore la definizione dei relativi contenuti, sì da circoscrivere l'ambito all'interno del quale può esplicarsi la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in

sprudenza ragionata, Milano, 2013, 290, che sostiene come il canone costituzionale della doppia riserva (di legge e di giurisdizione) posta a tutela della libertà di comunicazione, caratterizzi le autorizzazioni di competenza dell'autorità amministrativa (direzione dell'istituto di pena) previste dalle norme regolamentari, quali atti a discrezionalità vincolata, il cui rilascio è, cioè, subordinato al mero accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivi previsti dalla norma, senza che sussista in capo all'organo deputato alcun ulteriore margine di apprezzamento discrezionale.

³⁰ Correlata al diritto costituzionalmente tutelato di comunicare con gli altri è la corrispondenza con l'esterno che, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 8 aprile 2004, n. 95, è stata sottoposta a una completa giurisdizionalizzazione, con l'indicazione di condizioni tassative per l'attivazione delle misure restrittive, e soprattutto con l'introduzione della possibilità di reclamo di fronte all'autorità giudiziaria.

merito ai profili operativi³¹. Grazie al nuovo assetto si è così giunti ad escludere l'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione penitenziaria con riguardo alle modalità con cui effettuare i colloqui, vincolando la pubblica autorità ad attenersi al rigoroso rispetto delle limitazioni imposte dalla legge, senza potervi derogare, nemmeno *in melius*³².

Insomma, ulteriori limitazioni che non siano giustificate da concrete esigenze di natura preventiva assumerebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe al regime ordinario³³.

A fronte di eventuali eccessi di potere, la magistratura di sorveglianza deve potere contare sul carattere vincolante delle sue determinazioni in materia di violazione dei diritti dei detenuti. A tale fine, come sopra precisato, si è previsto il procedimento di ottemperanza nell'ambito della disciplina del nuovo reclamo giurisdizionale, rafforzando il ruolo del magistrato di sorveglianza, quale baluardo della legalità nell'esecuzione delle misure detentive, contro gli abusi dell'autorità amministrativa³⁴.

³¹ «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 particolari 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", così testualmente, FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it.

³² Cass., Sez. I, 22 gennaio 2015, V.L., in www.dirittoegiustizia.it, con la quale i giudici di legittimità, meglio definendo il principio del "minimo sacrificio necessario", sancito da Corte cost., n. 143 del 2013, hanno ritenuto che, in assenza di specifiche previsioni contenute nel decreto ministeriale, anche per il detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit., possono trovare applicazione le norme dell'ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione e che «il parametro di riferimento della norma è comunque rappresentato dalle normali regole di trattamento dei detenuti» poiché «l'ampiezza della previsione normativa in materia di colloqui è tale da indurre a ritenere che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da un'assoluta incompatibilità della norma ordinamentale - di volta in volta considerata - con i contenuti tipici del regime differenziato».

³³ Cfr. Mag. sorv. Udine, (ord.) 10 dicembre 2015, G.G., in *questa Rivista* online, con cui è stato dichiarato illegittimo, perché in contrasto con il diritto sancito dall'art. 18, co. 6, ord. penit., il divieto opposto dalla direzione penitenziaria alla consegna al detenuto di alcune riviste per adulti regolarmente acquistate dall'interessato. Al riguardo, GAITO, *Cosa leggere in carcere: tra diritto alla libera scelta, tutela della sensibilità dei terzi ed esigenze di ordine di sicurezza*, *ivi*, 5, rileva come la decisione *de qua* abbia opportunamente chiarito che «limitazioni *extra ordinem* ai già circoscritti diritti dei detenuti non possono essere adottate se non con argomentazioni adeguate, congrue e logicamente esplicate».

³⁴ Già prima del nuovo "reclamo giurisdizionale", i Giudici di Palazzo della Consulta, chiamati a risolvere il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato per avere il Ministro della giustizia disposto di non dare esecuzione a un provvedimento del magistrato di sorveglianza con il quale era stato dichiarato lesivo dei diritti del detenuto reclamante un determinato comportamento dell'amministrazione penitenziaria, ovvero l'oscuramento di alcuni canali televisivi innocui, avevano affermato, con assoluta perentorietà, il dovere del Ministro di giustizia di dare esecuzione alle disposizioni dettate dal magistrato di sorveglianza, consolidando così l'effettività del rimedio di cui all'art. 14-ter ord. penit. (Corte cost., n. 135 del 2013).

8. Dal quadro tracciato può desumersi che la circolare del D.A.P., cui si è uniformata la Direzione della Casa di Reclusione di Spoleto, è frutto di un uso disinvolto del potere discrezionale concesso alle autorità amministrative: attraverso un'interpretazione della legge penitenziaria che trascende la *ratio* sottesa alla istituzione di un organo qualificato chiamato a svolgere delicatissime funzioni di mediazione tra "custodi" e "custoditi", sembra che l'autorità ministeriale abbia oltrepassato i confini della ragionevolezza in favore di "celate" esigenze di prevenzione e di sicurezza: nel dettare le nuove modalità di svolgimento delle visite *ex art. 67* ord. penit. da parte dei garanti dei diritti dei detenuti, concepite proprio al fine di far partecipare anche la società esterna all'azione rieducativa, l'amministrazione penitenziaria finisce per ignorare la disciplina penitenziaria in materia di colloqui, applicando in sua vece una serie di disposizioni che si pone in netta frizione con la normativa ordinaria.

Le contestate restrizioni, incidendo in modo rilevante non solo sull'esercizio del diritto al colloquio da parte del detenuto, ma anche sulla reale efficacia dell'attività propria del garante, il quale in concreto è privato di uno strumento essenziale per l'adempimento delle proprie funzioni, presentano indubbiamente un problema di legittimità. Non sfuggono, inoltre, le ricadute negative delle nuove disposizioni dipartimentali sulla possibilità da parte dei detenuti di inviare agli uffici del garante corrispondenza riservata: anche tale facoltà è messa in discussione, nonostante la norma penitenziaria riconosca al detenuto, tanto il diritto di effettuare colloqui "al fine di compiere atti giuridici", quanto il diritto di rivolgere ai garanti istanze o reclami "in busta chiusa".

I contatti tra detenuti e garanti non trovano fondamento in un atto amministrativo bensì direttamente nella legge, che include la figura del garante tra coloro che possono effettuare i colloqui di cui all'art. 18 ord. penit. Inoltre, un atto amministrativo, qual è una circolare D.A.P., non può di certo sopprimere o limitare un diritto costituzionalmente garantito. È lampante, pertanto, come, derogando *in peius* l'art. 18 ord. penit., la circolare in oggetto sia chiaramente illegittima, vanificando il pieno dispiegarsi della libertà di comunicazione sancito dalla Costituzione.

Il Tribunale di sorveglianza di Perugia, in definitiva, correggendo le storture di una prassi «caratterizzata da un'eccessiva "amministrativizzazione" trattamentale, non disgiunta da una pilatesca ipocrisia nella decodificazione degli elementi del trattamento stesso»³⁵ - nel caso in esame si era preteso l'illegittimo controllo auditivo del colloquio tra detenuto e garante regionale -

³⁵ Testualmente, FIORIO, *Quarant'anni di ordinamento penitenziario*, cit., 51.

ARCHIVIO PENALE 2016, n. 1

dà prova dell'efficacia delle garanzie insite nel potere giurisdizionale, che, in difesa dei diritti dei detenuti, si estrinseca nella rimozione degli abusi della pubblica autorità.

CATERINA SCACCIANOCE