

## ATTUALITÀ

---

**GIOVANNI CARUSO**

### **Una nuova stagione del c.d. carcere duro nel prisma delle tecniche decisorie della Consulta? I diritti fondamentali tra “piccoli gesti di vita quotidiana”, auspici e perplessità**

Lo scritto propone una riflessione sulla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di c.d. “carcere duro”, movendo dalle recenti decisioni, rispettivamente n. 105/2023 della Corte costituzionale e n. 196/2024 della Corte di cassazione, con le quali è stata esclusa la necessità che i colloqui tra detenuti sottoposti a regime “differenziato” ex art. 41-*bis* con figli e abiatoci ultra-dodicenni avvenga con vetro isofonico a tutta altezza al fine di impedire il passaggio di oggetti. Le due pronunce si pongono in tensione sia con il tenore della lettera legis, sia con la consolidata interpretazione giurisprudenziale dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P. (la prima, la lettera legis, che testualmente dispone che i colloqui si svolgano «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti»; la seconda, integratrice del c.d. diritto vivente, secondo cui “per locali attrezzati” si sarebbero dovuti intendere solo quelli muniti di vetro divisorio a tutta altezza). La riflessione condotta su tale dispositivo di sicurezza consente all’Autore di misurarsi con l’enucleazione di almeno tre stagioni del c.d. “carcere duro”, ove riguardate dalla prospettiva delle tecniche decisorie seguite dalla Consulta per assicurarne la compatibilità costituzionale. Allo scopo, lo scritto si sofferma sulla rilevanza pratica dell’opzione tecnico-decisoria della sentenza interpretativa di rigetto, esprimendo al contempo auspici e perplessità in ordine all’idoneità dell’intervento costituzionale a scongiurare la persistenza o il riaffiorare di prassi interpretative elusive, tanto da parte del giudice ordinario, quanto da parte dell’amministrazione penitenziaria.

*A new season of the so-called ‘carcere duro’ in the prism of the Constitutional Court’s decision-making techniques? Fundamental rights between ‘piccoli gesti di vita quotidiana’, hopes and doubts.*

*This contribution proposes a reflection on the constitutional and legitimacy decisions regarding so-called ‘carcere duro’, starting from recent decisions, respectively n. 105/2023 and n. 196/2024, which excluded the need for interviews between prisoners subjected to a ‘different’ regime pursuant to the so-called art. 41-bis with children aged over twelve to take place with full-height soundproof glass in order to prevent the passage of objects. The decisions run counter to the tenor of the ‘littera legis’, as well as the consolidated case law interpretation of the art. 41-bis, co. 2-quater lett. b) O.P. (the first one, which verbatim provides that the interviews take place “in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti”; the second one identifying “locali attrezzati” with rooms equipped with full-height soundproof glass). The reflection conducted on this safety device allows the Author to measure himself with the enucleation of at least three seasons of the so-called ‘carcere duro’, when considered from the perspective of the decision-making techniques followed by the Constitutional Court to ensure its constitutional compatibility. For this purpose, the paper focuses on the practical relevance of the decision-making option for the interpretative rejection decision, highlighting the reasons for hopes and perplexity regarding the suitability of the constitutional intervention to avoid the persistence or re-emergence of elusive interpretative practices, both on the part of the judge and on the part of the penitentiary administration.*

**SOMMARIO:** 1. Il versante del giudice ordinario: illegittimo l'obbligo di vetro divisorio nei colloqui tra il detenuto "al 41-bis" e il familiare in linea retta ultra-dodicenne. La sentenza 3 gennaio 2024, n. 196 della Corte di cassazione. - 2. Il versante del giudice delle leggi. Le diverse stagioni del c.d. "carcere duro" tra tecniche decisorie e irrigidimenti legislativi. - 3. I casi e i reclami all'origine del recente intervento costituzionale (continua). - 4. (segue) Le ordinanze di rimessione. Parametri costituzionali, rilevanza e non manifesta infondatezza (continua). - 5. (segue) La soluzione "mite" della Corte costituzionale. Un non condivisibile esito decisorio tratto da una condivisibile trama argomentativa. - 6. Un esito decisorio discutibile: l'obliterazione della *littera legis* e il (disinteresse verso il) diritto vivente. (continua) - 6.1. La discutibilità della tecnica decisoria alla stregua della considerazione della *littera legis* (continua). - 6.2. (segue) La discutibilità della tecnica decisoria alla stregua del c.d. diritto vivente. - 7. Eterogeneità dei fini perseguiti dal legislatore e ciclicità della giurisprudenza costituzionale. - 8. Una nuova stagione della Corte costituzionale in tema di "carcere duro"?

1. *Il versante del giudice ordinario: illegittimo l'obbligo di vetro divisorio nei colloqui tra il detenuto "al 41-bis" e il familiare in linea retta ultra-dodicenne. La sentenza 3 gennaio 2024, n. 196 della Corte di cassazione.* Chiamata a pronunciarsi su di un ricorso proposto avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di sorveglianza aveva rigettato il reclamo presentato da un detenuto in regime di c.d. "art. 41-bis", la Prima sezione penale della Corte di cassazione, con la sentenza 3 gennaio 2024, n. 196, ha affermato il principio secondo cui l'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza, in sede di reclamo, possono autorizzare il colloquio senza vetro divisorio del detenuto con figli o abiativi minorenni ultra-dodicenni, purché, in forza di un prudente apprezzamento discrezionale, non siano ravvisati motivi di ritenere che i predetti minori siano strumentalizzabili per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive<sup>1</sup>.

A quanto consta, la sentenza costituisce la prima occasione in cui la Cassazione, solo a distanza di qualche mese, ha recepito l'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina relativa all'utilizzazione del vetro divisorio

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 3 gennaio 2024, n. 196, in *Il Quotidiano Giuridico*, 11 gennaio 2024. Sulla *ratio* di fondo del regime speciale, sulle origini storiche rivisitate anche alla luce della concreta considerazione dell'esperienza storico-penitenziaria comprovante la capacità delle consorterie di stampo mafioso di perseverare nella propria operatività anche nei periodi di detenzione degli associati, i quali, in virtù dei legami con le associazioni criminali di appartenenza, avrebbero continuato a impartire ordini e direttive all'esterno del carcere, cfr. l'approfondito studio di DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2017, spec. cap. I, 1-74, con richiami di sentenze di merito inedite e atti giudiziari comprovanti la persistenza dei legami associativi in costanza di detenzione.

a tutta altezza per i colloqui del detenuto in regime di c.d. “carcere duro”<sup>2</sup> con i figli e abiativi ultra-dodicenni<sup>3</sup>. La predetta interpretazione<sup>4</sup> era stata offerta, ed evidentemente sollecitata *pro futuro*, dalla Consulta con la sentenza interpretativa di rigetto del 5-6 aprile 2023, n. 105, a mente della quale l’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b), lungi dall’*imporre* indistintamente – in ogni caso, senza alcuna flessibilità discrezionale e margine valutativo – l’adozione della specifica cautela del vetro isofonico a tutta altezza per ‘impedire il passaggio di oggetti’ durante i colloqui tra il detenuto al “carcere duro” e i familiari, avrebbe comunque riconosciuto all’amministrazione penitenziaria, prima, e alla magistratura di sorveglianza, poi, la possibilità di autorizzare i colloqui del detenuto coi componenti il nucleo familiare anche senza il suddetto dispositi-

---

<sup>2</sup> Nel presente contributo ci si avvarrà della ormai tralattata nomenclatura che denota l’istituto di cui all’art. 41-*bis*, co. 2 e ss. O.P. come c.d. “carcere duro”. Non può, tuttavia, non condividersi la tanto persuasiva quanto accorata ultima raccomandazione del *Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* contenuta nel più recente *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41-bis dell’Ordinamento penitenziario* del 20 marzo 2023, 46 (reperibile al sito istituzionale [www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/pages/it/homepage/dettaglio\\_contenuto/?contentId=CNG15263&modelId=10019](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/pages/it/homepage/dettaglio_contenuto/?contentId=CNG15263&modelId=10019)): si «raccomanda di non definire mai il regime detentivo speciale quale «carcere duro» perché questo concetto implica in sé la possibilità che alla privazione della libertà – che è di per sé il contenuto della pena detentiva – possa essere aggiunto qualcos’altro a fini maggiormente punitivi o di deterrenza o di implicito incoraggiamento alla collaborazione. Fini che porrebbero l’istituto certamente al di fuori del perimetro costituzionale» (enfasi nostre).

<sup>3</sup> Per comodità di consultazione di séguito si riporta il testo dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*: «I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 *prevede*: [...] b) 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*. 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. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell’articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del 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, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque videoregistrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari» (enfasi nostre).

<sup>4</sup> Sulla quale ci si soffermerà *infra*, par. 4.

vo, in tutti i casi in cui le esigenze di ordine e sicurezza pubblica si fossero potute fronteggiare adeguatamente in ossequio ai criteri di “proporzionalità” e del “minimo sacrificio necessario” dei diritti costituzionali del detenuto e dei familiari del medesimo.

Questo il nodo interpretativo: quale il significato della disposizione che prevede che i colloqui ammessi per i detenuti al c.d. carcere duro si tengano in *locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti*?<sup>5</sup> Quale la “portanza semantica” dell’espressione predicativa “locali attrezzati”, finalisticamente connotata dall’efficacia in vista dell’impedimento del “passaggio di oggetti”?

In proposito, la circolare del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, recante «*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41-bis O.P.*», sembra offrire una proiezione interpretativa meccanicistica e oggettuale della norma, essendo “cose” – e non, quindi, le potenziali esplicazioni dell’attività di controllo umano – gli strumenti volti a fronteggiare le esigenze securitarie: “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”; aggiungendosi, poi, 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”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Di séguito, si riporta per esteso l’attuale disciplina, contemplata dall’art. 16, co. 4, della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017: «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. Il chiaro ascolto reciproco da parte dei colloquianti sarà garantito con le attuali strumentazioni all’uopo predisposte. 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 [...] Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione e ascolto, previo provvedimento motivato dall’A.G. [...] Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto [...] In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cau-

D'altra parte, almeno fino ad oggi, la Corte di cassazione, più volte chiamata a confrontarsi con la questione, ha sempre ritenuto legittime le disposizioni dell'Amministrazione penitenziaria che, in attuazione dell'art. 16 della circolare del DAP del 2 ottobre 2017, autorizzavano il colloquio visivo senza vetro divisorio nel solo caso in cui esso avesse luogo con figli o nipoti in linea retta minori di 12 anni, detta regolamentazione rappresentando - a giudizio della Corte nomofilattica - un ragionevole esercizio del potere amministrativo, espressivo di un apprezzabile temperamento tra le esigenze proprie delle relazioni familiari e quelle di ordine e sicurezza imposte dal regime penitenziario<sup>6</sup>.

Merita rammentare come nello specifico caso da ultimo deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza 3 gennaio 2024, n. 196, il Tribunale di sorveglianza di Sassari avesse rigettato il reclamo presentato dal condannato al fine di ottenere che la casa circondariale permettesse colloqui visivi senza vetro divisorio con il figlio minorenni, e affinché non limitasse la durata di tali colloqui ad un'ora sola, chiedendo il detenuto, in particolare, di poter disporre di due ore di colloqui con il figlio minore ultra-dodicenne (un'ora insieme agli altri familiari e un'ora da solo).

Il Tribunale non ravvisava la sussistenza di ragioni per equiparare la posizione del figlio del condannato a un minore degli anni 12 (sotto altro profilo, pur non del tutto pertinente alla *quaestio iuris* qui esaminata, va detto che la perizia espletata sullo stesso non dimostrava l'esistenza di significative alterazioni dello sviluppo psichico tali per cui lo stesso potesse assimilarsi a un infra-dodicenne).

Avverso tale provvedimento, la difesa del detenuto proponeva ricorso per cassazione deducendo, oltre la questione di costituzionalità della disciplina

---

tele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare». Sulla circolare, ultima in ordine di tempo contenente la disciplina di dettaglio della più generale previsione di cui all'art. 41-bis, co. 2-*quater* O.P., cfr. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.; un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 6 novembre 2017.

<sup>6</sup> Cfr., *ex pluribus*, e di recente, Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719, con la quale si è ancora una volta precisato come il nuovo testo dell'art. 18, co. 2 O.P., introdotto dall'art. 11, co. 1 lett. g) n. 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, secondo cui «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici», non deroghi alla disciplina ordinaria dei colloqui dei detenuti in regime differenziato con i propri familiari.

limitativa, la violazione del diritto soggettivo del detenuto al “contatto fisico” col familiare minorenni, posto che l'impossibilità di trascorrere un'ora da solo e senza vetro divisorio con il figlio sarebbe equivalso a porre una restrizione incongrua e sproporzionata rispetto alle finalità di sicurezza perseguite mediante il regime dell'art. 41-*bis* O.P.

La Cassazione, nell'accogliere la tesi difensiva, recepiva i contenuti della sentenza interpretativa di rigetto con cui la Corte costituzionale aveva, solo qualche mese prima<sup>7</sup>, offerto una lettura diversa del sistema normativo di riferimento, ritenendo che esso in realtà non individuasse una preclusione, assoluta e non superabile, all'ammissibilità di colloqui senza vetro divisorio tra il detenuto nel regime dell'art. 41-*bis* O.P. e il congiunto ultra-dodicenne.

Ne conseguiva l'accoglimento del ricorso, e l'annullamento con rinvio per nuovo giudizio volto al riesame del reclamo alla luce della diversa opzione ermeneutica prospettata dalla sentenza costituzionale.

Su quest'ultima merita quindi portare l'attenzione critica.

2. *Il versante del giudice delle leggi. Le diverse stagioni del c.d. “carcere duro” tra tecniche decisorie e irrigidimenti legislativi.* La sentenza costituzionale n. 105 del 5-6 aprile 2023, depositata il 26 maggio 2023 - pronunciata in tema di restrizioni pertinenti al trattamento differenziato dei detenuti in regime di c.d. “carcere duro” *ex art.* 41-*bis* O.P., consistentemente richiamata *per relationem* dalla sentenza di legittimità sopra illustrata - costituisce solo l'ultima tessera di un ricco mosaico di interventi “ortopedici” della Consulta sul regime differenziato, la quale offre l'occasione di un ripensamento sulle disposizioni derogatorie del trattamento ordinario originariamente introdotte, in prospettiva emergenziale, dall'art. 19, d.l. 306/1992, convertito nella L. 356/1992<sup>8</sup>, successivamente “istituzionalizzato” con L. 23 dicembre 2002, n.

---

<sup>7</sup> Corte cost., 25 maggio 2023, n. 105; per i primi commenti alla decisione v., in particolare nella dottrina costituzionalistica, CODUTI, *I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra la tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., sent. n. 105 del 2023*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 2, 669 ss.; GIUBILEI, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Rivista costituzionale AIC*, 2024, 1, 205 ss.

<sup>8</sup> L. 7 agosto 1992, n. 356 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla

279<sup>9</sup> e, infine, ulteriormente modificate e irrigidite con la novella *ex lege* 15 luglio 2009, n. 94<sup>10</sup>.

Se il caso in sé oggetto di scrutinio costituzionale non rappresenta un nodo giuridico-concettuale di prorompente rilevanza dogmatica (riferendosi all'ammissibilità per i detenuti sottoposti al regime di "carcere duro" di avere colloqui con i figli ed abiativi maggiori di anni dodici in assenza di vetro divisorio isofonico a tutta altezza), nondimeno esso si pone quale ulteriore passaggio di un quasi "omeopatico" itinerario di rimodellamento del regime differenziato, nel solco di una lunga, ultratrentennale vicenda legislativa e giurisprudenziale, caratterizzata sovente per prese di posizione eterogenee, quando non francamente antinomiche, sia sul piano politico-legislativo, sia su quello della politica penitenziaria, sia sul piano della giurisprudenza costituzionale.

In tale prospettiva, confinando la tematizzazione - ai più limitati fini del presente scritto - nel perimetro dei tracciati costituzionali rivisitati alla luce del formante legislativo e del diritto "vivente", sembra possibile partitamente caratterizzare sul piano storico-giuridico la complessa vicenda del c.d. carcere duro.

A nostro modo di vedere, il diritto vivente ha vissuto tre fondamentali stagioni<sup>11</sup>.

---

criminalità mafiosa).

<sup>9</sup> Su cui cfr., per tutti, ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, 1, 4 ss.: «Il recente varo, con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, della riforma del regime speciale, previsto dall'art. 41-bis comma 2 l. 26 luglio 1975, n. 354 ha determinato l'effetto di portare 'a regime' una normativa sinora considerata figlia dell'emergenza ed in quanto tale ritenuta provvisoria, anche se prorogata per un decennio».

<sup>10</sup> L. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), per cui v. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di Corbetta-Della Bella-Gatta, Milano, 2009, 447 ss.

<sup>11</sup> Solo il tempo, come si cercherà di mettere a tema *infra*, par. 8, potrà incaricarsi di confermare se l'opzione ermeneutica della Corte costituzionale qui considerata, laddove saldata a una adeguata conformazione del diritto vivente, potrà inaugurare - per il futuro - anche una quarta stagione. Per una suddivisione delle tre stagioni in parte difforme, cfr. MARINI, *Il regime dell'art. 41-bis ord. penit. negli itinerari della giurisprudenza costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 40. L'Autore procede a una ripartizione della giurisprudenza costituzionale muovendo dalle sentenze degli anni Novanta - richiamate *infra* nel presente scritto - e riconoscendo in esse «un profondo ridisegno della disciplina derogatoria». Quindi, individua un nucleo di decisioni che avrebbero conservato un maggiore *self-restraint* rispetto al passato, nei primi anni Duemila. Da ultimo, ricomprende in un'unica categoria le pronunce più recenti, «tanto nei casi in cui la Corte perviene a una declaratoria di illegittimità costituzionale, quanto nelle

Una prima stagione è tendenzialmente riconducibile a note e significative sentenze-monito della Consulta pronunciate nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, probabilmente favorite, sul piano della tecnica decisoria “non demolitiva” della sentenza interpretativa di rigetto, dalla laconicità della disciplina legislativa di allora<sup>12</sup>; una seconda stagione, riconducibile al turno temporale tra la riforma dell’istituto del 2002 e quella del 2009<sup>13</sup> - in cui, pur a

---

pronunce in cui si ferma alla verifica di ammissibilità, oppure entra nel merito, ma propende per l’infondatezza», in quanto comunque accomunate da ampie ricostruzioni ermeneutiche e, come tali - secondo l’Autore -, suscettibili di garantire proficui risvolti sul piano della prassi dell’amministrazione penitenziaria.

<sup>12</sup> Cfr., più in dettaglio, ancora *infra*, par. 7. Trattasi, in particolare, di Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, con nota di VITELLO, *Brevi riflessioni sull’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario nel più vasto complesso del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, 2861 ss.; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351, con nota di FIORIO, *L’inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell’esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3056 ss.; Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, con nota di CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l’art. 41-bis comma 2 ord. penit. norma effettiva o virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 3179 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. PALMA, *Relazione del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, 20 marzo 2023, 13, in cui si dà riscontro delle criticità che fin dal 2008, quindi prima della approvazione della riforma *ex lege* n. 94/2009, avevano allertato il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti: «Può essere allora utile ricordare che le misure maggiormente afflittive introdotte con la legge 15 luglio 2009, n. 94 erano state oggetto di un preliminare esame da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti (Cpt) nel 2008 e che molte osservazioni erano state avanzate nel Rapporto relativo a tale visita. Il Cpt precisò, al termine della visita e dopo aver effettuato colloqui con molte persone detenute in regime *ex art. 41-bis*, che era risultato evidente che per molte di esse - se non per tutte - il regime era stato rinnovato automaticamente e che di fatto queste persone detenute erano state sottoposte a un regime caratterizzato dall’accumulo di molte restrizioni, una situazione che si avvicina fortemente a una negazione in sé del trattamento penitenziario che invece è un fattore essenziale per la riabilitazione. Inoltre, il Cpt osservava come quasi sistematicamente i ricorsi fossero stati rigettati e, in aggiunta, i ricorrenti fossero stati condannati a pagare le spese del proprio ricorso [...] il Comitato, in quell’occasione, ha ritenuto essenziale *avvisare* le Autorità italiane circa i rischi insiti nella legge che in quel periodo il Parlamento stava approvando. Nel rapporto vengono citate, in particolare: l’estensione del rinnovo di biennio in biennio e non più annualmente; la riduzione a sole due ore del tempo da trascorrere fuori dalla cella; la riduzione di visite e telefonate; la competenza del solo Tribunale di sorveglianza romano contro l’applicazione del regime speciale e altri aspetti [...] Nella sua risposta, il Governo italiano ha informato il Comitato che la legge era comunque stata approvata il 2 luglio 2009, proprio con quelle caratteristiche. Ha poi affermato chiaramente che essa costituiva un aggravamento del regime speciale [...] e, sostanzialmente, ha rigettato le critiche avanzate dall’Organismo europeo di prevenzione e controllo». Insomma, sembra che la stagione “demolitoria” della Corte costituzionale fosse già stata per certi versi una cronaca abbondantemente annunciata: «*La complessa e per molti versi critica situazione in cui versa attualmente il regime speciale risiede forse nel non aver accolto quelle indicazioni preventive allora enunciate dal Comitato europeo [...] Inoltre, discendono dall’allora mancata considerazione di tali raccomandazioni molti aspetti su cui la Corte costituzionale è dovuta successivamente intervenire per disporre l’abrogazione di misure chiaramente afflittive e non giustificate dalla*

fronte della più analitica regolamentazione legislativa del regime differenziato, essa comunque preservava la discrezionalità applicativa delle diverse misure previste dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P.<sup>14</sup> -, di sostanziale “stagnazione costituzionale”; una terza stagione, infine, successiva all'irrigidimento della disciplina derogatoria intervenuto con l'intervento legislativo del 2009, nella quale la Consulta si è pronunciata con ben quattro interventi demolitori, a fronte dell'automaticità e obbligatorietà applicativa delle analitiche previsioni limitative dei diritti del detenuto di cui alle lettere da a) a f) dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P.<sup>15</sup> .

Ebbene, non essendo affatto mutato il quadro normativo di riferimento, caratterizzato dalla fissità contenutistica e dall'obbligatoria adozione delle singole misure previste dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P. secondo l'irrigidimento disciplinare introdotto dal legislatore del 2009, il ritorno alla tecnica decisoria *floue* “non demolitiva” si rivela per certi versi sorprendente, sia sul piano dei criteri che solitamente guidano il Giudice delle Leggi nell'opzione tra l'epilogo rescissorio del testo normativo e quello meramente interpretativo, sia sul piano delle perplessità che quest'ultimo possa saldamente mantenersi nel futuro diritto vivente, tanto per il giudice ordinario, quanto nelle prassi penitenziarie.

3. *I casi e i reclami all'origine del recente intervento costituzionale* (continua).  
Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con due ordinanze del 5 luglio 2022 (depositate il 5 agosto 2022), rispettivamente iscritte ai numeri 104 e 105 del

---

necessaria interruzione di comunicazione tra realtà criminali - e talvolta non giustificate sul piano della fondazione logica» (enfasi nostre).

<sup>14</sup> Evocativo di come - nella transizione dalla disciplina del 2002 alla novella del 2009 - l'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P. abbia subito una chiara torsione in senso restrittivo appare lo stesso mutamento del verbo della disposizione reggente; laddove era previsto che «[l]a sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 può comportare: a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna [...]», oggi la disposizione sancisce che «[l]a sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede» tali misure: appunto, obbligatoriamente e cumulativamente (corsivi nostri).

<sup>15</sup> Cfr., in particolare, Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143; Corte cost., 22 maggio 2020, n. 97; Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, per le quali v. *amplius infra*, nt. 23, anche in relazione agli opportuni rinvii bibliografici; inoltre, Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, con nota di ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 ottobre 2018.

registro ordinanze della Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 40, prima serie speciale dell'anno 2022<sup>16</sup>, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b), O.P nella parte regolatrice del colloquio visivo del detenuto in regime differenziato, da tenersi cioè in locali attrezzati in modo tale da impedire il passaggio di oggetti anche quando i figli e i nipoti in linea retta fossero minori infra-quattordicenni, ravvisando il contrasto di tale previsione con gli artt. 3, 27, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e all'art. 8 CEDU sul rispetto della vita privata e familiare.

Le ordinanze di remissione - trattate unitariamente dalla Consulta, in quanto di tenore analogo - traevano origine dai reclami presentati da due detenuti in regime di c.d. "carcere duro" aventi ad oggetto colloqui con figli e abiatrici minorenni ultra-dodicenni, in relazione ai quali la disciplina dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P., siccome integrata da quella amministrativa del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - segnatamente dalla circolare DAP del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, recante «Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* O.P.» -, avrebbe consentito che il detenuto in regime differenziato *ex* art. 41-*bis* O.P. potesse beneficiare di colloqui visivi senza vetro divisorio a tutta altezza soltanto con figli e nipoti minori di anni età non superiore ad anni dodici.

Più specificamente, il reclamante di cui all'ordinanza iscritta al n. 104 (considerato autonomamente nella sentenza costituzionale in commento, e poi dalla stessa richiamato *per relationem* e identità contenutistica con la vicenda riferibile all'ordinanza iscritta al n. 105) lamentava l'irragionevolezza di detta disciplina, al contempo rilevando come, tra il 2020 e il 2021, tali modalità fossero state sospese per l'intera popolazione carceraria allo scopo di limitare la diffusione del contagio da COVID-19<sup>17</sup>. Con la conseguenza che

---

<sup>16</sup> Cfr. Gazz. Uff., 1ª serie speciale, n. 40/2022, 45-60.

<sup>17</sup> Puntualizzazione, a nostro modo di vedere, non strettamente pertinente il tema giuridico e l'esigenza di bilanciare principi costituzionali e sovranazionali *in subiecta materia*. A nostro giudizio, la misura emergenziale dell'adozione generalizzata del vetro isofonico a tutta altezza volta a fronteggiare il rischio contagio nel corso dei colloqui avrebbe potuto indurre il singolo magistrato di sorveglianza a valutare volta per volta il *vulnus* all'integrità affettiva del minore appena ultra-dodicenne, e tuttavia già da tempo impossibilitato ad abbracciare il genitore o l'ascendente, non certo giustificare l'intervento della Corte costituzionale al fine di incidere in via generale sulla disposizione normativa di cui all'art. 41-*bis*, co. 2-

l'interessato non solo non aveva più abbracciato il figlio da quando questi aveva compiuto dieci anni, ma non lo avrebbe più potuto riabbracciare, avendo ormai quest'ultimo, all'epoca del reclamo, superato l'età di dodici anni. Alla luce di tali premesse, il reclamante chiedeva «la rimozione del limite di età, ovvero, in subordine, almeno il riconoscimento della possibilità di fruire “eccezionalmente” di ulteriori colloqui con il figlio ormai ultra-dodicenne, “compensativi di quelli che non ha potuto svolgere, eventualmente fintanto che lo stesso non compia quanto meno tredici anni»<sup>18</sup>.

In prospettiva analoga, il reclamante di cui all'ordinanza di rimessione iscritta al n. 105 si doleva delle modalità con le quali l'istituto penitenziario, alla stregua del combinato disposto dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P. e della menzionata circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, consentiva di svolgere il colloquio visivo con i propri nipoti in linea retta ultra-dodicenni: trattavasi, in particolare, di due nipoti, uno di tredici e uno di quattordici anni.

In entrambi i casi, la direzione dell'istituto penitenziario faceva pervenire al Magistrato di Sorveglianza, adito in sede di reclamo *ex artt.* 35-*bis* e 69, co. 6 lett. b) O.P., una nota nella quale assumeva di essersi esattamente attenuta alla citata previsione di cui all'art. 16 della predetta circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017<sup>19</sup>.

4. (segue) *Le ordinanze di rimessione. Parametri costituzionali, rilevanza e non manifesta infondatezza* (continua). Articolata è la motivazione in ordine ai parametri costituzionali asseritamente violati, *in parte qua*, dalla disciplina penitenziaria, puntualmente dettagliati dal Magistrato di Sorveglianza.

Il rimettente, dopo aver collocato proceduralmente i reclami degli interessati nel contesto dell'ormai consolidato riconoscimento del carattere giurisdizio-

---

*quater* lett. b) O.P. Tanto che, d'altra parte, i detenuti reclamanti chiedevano al magistrato di sorveglianza, *in via subordinata*, almeno un intervento che consentisse, eccezionalmente e in deroga alla complessiva disciplina dianzi illustrata, «di fruire di ulteriori colloqui con il figlio ormai ultra-dodicenne, compensativi di quelli che non ha potuto svolgere, eventualmente fintanto che lo stesso non compia quanto meno tredici anni» (così ord. 105/2022, in Cfr. Gazz. Uff., 1° serie speciale, n. 40/2022, 46).

<sup>18</sup> Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 5 agosto 2022, n. 104.

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, nt. 5. Sull'evoluzione della disciplina approntata dall'amministrazione penitenziaria in tema di restrizioni ai colloqui, cfr., *ex multis*, MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, 221 ss.

nale della tutela dei diritti dei detenuti incisi dai provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria<sup>30</sup>, passava in rassegna i principi costituzionali asseritamente violati dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P., a mente del quale, si è visto, «[l]a sospensione delle regole di trattamento prevede: [...] b) 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*» (enfasi nostra).

I canoni costituzionali con i quali tale disciplina si sarebbe posta in contrasto sarebbero stati i seguenti: il divieto di trattamento penitenziario disumano in

---

<sup>30</sup> Sul punto, come noto, essenziale è il riferimento a Corte cost., 8 febbraio 1999, n. 26, in *Cass. pen.*, 1999, 1718, con la quale la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 24, co. 1 e 113, co. 1 Cost., degli artt. 35 e 69 L. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), quest'ultimo come sostituito dall'art. 21, L. 10 ottobre 1986, n. 663, nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale (cfr. D'ALESSIO, *Nota a prima lettura*, in *Giur. cost.*, 1, 189). Sul punto, cfr. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1, 190 ss. Con la predetta pronuncia si era evidenziata l'assoluta insufficienza degli strumenti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario in tema di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto; in particolare, con riferimento al reclamo ex art. 35 O.P. in caso di lesione dei diritti o degli interessi legittimi del detenuto, la Consulta, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma per la mancanza delle garanzie minime di giurisdizionalità ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost. (rispetto del principio del contraddittorio e la proponibilità del ricorso per cassazione avverso la decisione), aveva escluso di poter provvedere mediante un intervento additivo, in ragione della pluralità dei moduli processuali di tutela utilizzabili dal detenuto (cfr. CONTI, *Il reclamo sulle restrizioni della corresponsione in carcere nel quadro della tutela dei diritti del detenuto*, in *Cass. pen.*, 2006, 282 ss.; FIORIO, *Ancora verso la 'giurisdizionalizzazione' del procedimento per reclamo*, in *Giur. mer.*, 2006, 402 ss.) e della inevitabile sovrapposizione di qualsivoglia opzione nell'ambito della discrezionalità legislativa. Di qui, l'invito-monito della Corte costituzionale al legislatore a colmare il vuoto legislativo: dapprima, nell'inerzia legislativa, le Sezioni Unite intervengono nel tentativo di conformare un diritto vivente adeguato al fine di garantire la giurisdizionalizzazione della tutela dei diritti e degli interessi legittimi dei detenuti e internati (cfr. Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, in *Cass. pen.*, 4, 1362 ss., con nota di MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*); quindi, a fronte della richiesta della Corte europea di introdurre senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che avessero effetti preventivi e compensativi e che garantissero una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU, interviene il legislatore modificando radicalmente la disciplina dell'art. 35 O.P. con l'art. 3, co. 1 lett. a) e b) d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, e introducendo un nuovo art. 35-*bis* O.P. Come si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto-legge, si è voluto «sottolineare la progressività di meccanismi di tutela e la loro riconducibilità ad un sistema integrato e unitario»: da un lato, l'art. 35 continua a disciplinare il solo reclamo generico per far valere ogni tipo di doglianza, dovendosi invece riservare la concreta tutela di un diritto o interesse legittimo del detenuto allo strumento disciplinato dall'art. 35-*bis* O.P.

danno del detenuto, rilevante ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost., per la sofferenza provocata in conseguenza dell'interdizione a qualsiasi rapporto fisico col prossimo congiunto pubere (dall'abbraccio, alla carezza, al bacio, *etc.*); il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per lo scarto rispetto a quanto consentito invece alla popolazione carceraria detenuta in sezioni diverse da quelle a regime differenziato, e cioè il mantenimento di un legame, innanzitutto fisico, con il proprio nucleo familiare, e segnatamente con i figli minori, diritto protetto, a propria volta, tanto nella stessa legge penitenziaria (ai sensi – *inter alia* – dell'art. 28 O.P.), quanto sul piano costituzionale, negli artt. 29, 30 e 31 Cost. Il novero dei parametri asseritamente violati sarebbe stato da ultimo completato dai corrispondenti referenti normativi sovranazionali e, segnatamente, dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza e all'art. 8 CEDU, richiamati per il tramite del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.

Alla luce di detti parametri, la questione di costituzionalità si sarebbe rivelata *rilevante e non manifestamente infondata*.

In punto *rilevanza*, il rimettente censurava l'incostituzionalità della disposizione dell'art. 41-*bis*, co. 2 *quater* lett. b) O.P., assumendo che la stessa avrebbe espresso un significato “inequivocabile”: stabilire che l'unico colloquio mensile del detenuto in regime differenziato si possa tenere solo *in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti* costituirebbe una regola «*decisamente tranciante in senso negativo*», tale da interdire «*sempre e con chiunque* i colloqui visivi *senza vetro divisorio*, e rispetto alla quale non appare residuare una discrezionalità amministrativa, anche ove volta a mitigare gli effetti potenzialmente incostituzionali della lettera della legge» (enfasi nostra). Perspicua, di conseguenza, la rilevanza della questione sollevata in relazione al caso (*recte*: ai casi) di specie: una eventuale valutazione di compatibilità della disposizione censurata con i richiamati profili costituzionali avrebbe determinato l'inevitabile rigetto dei reclami, i quali non avrebbero potuto che trovare accoglimento nel solo caso in cui, viceversa, la questione di legittimità costituzionale fosse stata accolta.

Quanto alla *non manifesta infondatezza* della questione, la stessa si sarebbe dovuta desumere dalla “puntualità” del disposto di cui all'art. 41-*bis*, co. 2-

*quater*, O.P., nella parte in cui, imponendo che l'unico colloquio mensile con familiari e conviventi consentito al detenuto in regime differenziato si svolga «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti», avrebbe presupposto l'adozione del dispositivo costituito dal «vetro divisorio a tutta altezza».

Disposizione cardine del regime sotteso al c.d. “carcere duro”, catalizzatrice di essenziali ed opposte esigenze: da un lato, costituendo il colloquio con il familiare un momento essenziale e imprescindibile per preservare l'umanità della pena e garantire il diritto della persona detenuta al mantenimento di rapporti - pur fortemente compromessi dalle limitazioni imposte - con la propria famiglia ai sensi dell'art. 8 CEDU; dall'altro, potendo rappresentare un'occasione favorevole all'eventuale scambio di informazioni, in forma scritta o mediante il dialogo, all'esterno della struttura penitenziaria, evenienza che il regime differenziato è inteso nel complesso a scongiurare, e tale quindi da richiedere accorgimenti volti a neutralizzare la pericolosità sociale dei detenuti destinatari del decreto ministeriale impositivo del regime differenziato, tra i quali essenziale funzionalità assumerebbe la particolare conformazione della sala ove il colloquio si svolge.

D'altronde, a giudizio del rimettente, la predetta formula avrebbe trovato un'interpretazione univoca in seno al formante giurisprudenziale<sup>21</sup> - anche di legittimità -, venendo costantemente “attuata” mediante l'installazione all'interno dei locali del vetro divisorio a tutta altezza. L'ordinanza di rimessione infatti afferma che lo stesso costituirebbe «l'unica struttura fisica in grado di consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi, ma al contempo di impedire il passaggio di oggetti, per come richiesto dalla normativa»<sup>22</sup>.

Orbene, proprio in detta misura, necessariamente attuativa della lettera dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P., si consumerebbe il contrasto con i parametri costituzionali evocati. Sarebbe, più specificamente, l'eccessiva rigi-

---

<sup>21</sup> Nell'ordinanza di rimessione viene riportata, in particolare, Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719 in cui la Suprema Corte, pronunciandosi su di una “questione largamente sovrapponibile”, rigettava il reclamo proposto dall'interessato, il quale voleva continuare a fruire dei colloqui senza vetro divisorio, nonostante i figli fossero ormai ultra-dodicenni. Il rimettente nota come in detta pronuncia si dia per presupposto come il vetro divisorio costituisca la necessaria modalità attuativa del disposto di cui all'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P.: sul punto si tornerà *amplius infra*, par. 6

<sup>22</sup> *Ibid.*

dità della disposizione a porsi in insanabile contrasto con un adeguato bilanciamento tra esigenze di ordine e sicurezza e diritto di godere e mantenere i rapporti familiari. Una rigidità – a giudizio del rimettente – insuscettibile di venir “lenita” dal contenuto della circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 del DAP, in quanto normativa di derivazione secondaria, cui è precluso derogare a una fonte sovraordinata di carattere tassativo, perentorio e inequivocabile come quella di cui all’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P. In tali ipotesi, «non residua infatti all’amministrazione una discrezionalità nel valutare se una limitazione, imposta dal legislatore, si riveli giustificata da specifiche esigenze, e ciò si deduce per altro ampiamente proprio dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, a fronte di altre limitazioni, ritenute non giustificate in tal senso o frutto di un mancato adeguato bilanciamento tra sacrificio imposto e obiettivo di sicurezza perseguito, è dovuta intervenire a rimuovere la disposizione normativa contrastante»<sup>23</sup>. Insomma, l’eccessiva rigidità della

---

<sup>23</sup> *Ibid.* I casi che il giudice rimettente menziona come dimostrativi della necessità della declaratoria d’incostituzionalità per impercorribilità di un’interpretazione costituzionalmente conforme delle prescrizioni legislative restrittive contenute nell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P sono i seguenti: Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2164 ss. – con note di RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa*, ivi, 2176 ss. e FIORENTIN, *Regime speciale del ‘41 bis’ e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, ivi, 2180 ss. -, secondo cui «È costituzionalmente illegittimo l’art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. b), ultimo periodo, l. 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall’art. 2, comma 25, lett. f), n. 2), l. 15 luglio 2009, n. 94, limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari». Premesso che la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica e, dunque, anche il diritto – ad essa strumentale – di conferire con il difensore, la norma censurata, nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del comma 2 del medesimo art. 41-*bis*, in particolare prevedendo che detti detenuti possono avere con i difensori, «fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari» (pari, rispettivamente, a dieci minuti e a un’ora) – limiti, questi, che operano a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il detenuto è coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare – determina una compressione del diritto ai colloqui in modo automatico e indefettibile all’applicazione del regime detentivo speciale, introducendo limitazioni che non possono trovare giustificazione nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale quali la protezione dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini, in quanto, anche in conformità con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, 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, cosa che *prima facie* non è ravvisabile nel caso di specie (sentt. n. 125 del 1979, 80 del 1984, 212, 407 del 1993, 216 del 1996, 212, 376 del 1997, 341 del 2006, 297 del 2008, 173, 317 del 2009, 190 del 2010; ordd. n.192 del 1998, 417 del 2004); Corte cost., 22 maggio 2020, n. 97, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1181 ss., con nota

disposizione non lascerebbe spazio a deroghe da parte della normazione “secondaria” di fonte amministrativa, ragion per cui la norma di favore contenuta nella circolare del DAP non avrebbe potuto validamente costituire un’alternativa utile al fine di garantire un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco. Di qui, la necessità di optare per la più radicale declaratoria d’illegittimità costituzionale.

Da tale prospettiva, l’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P. - a maggior ragione se riletto prescindendo dal contenuto “ampliativo” della summenzionata circolare - determinerebbe un eccessivo sacrificio del diritto della persona detenuta al mantenimento dei rapporti col proprio nucleo familiare, pregiudizio

---

di GALLIANI, *Incostituzionale, ma senza esagerare. Il divieto di scambiare oggetti al 41-bis*, ivi, 1197-1206: «È costituzionalmente illegittimo l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede l’adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità». In lesione dell’art. 3 Cost., il divieto di scambiare oggetti, nella parte in cui si applica anche ai detenuti inseriti nel medesimo gruppo di socialità, non risulta né funzionale né congruo rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al regime differenziato, consistente nell’impedire le sue comunicazioni con l’esterno. In queste condizioni, non è giustificata la deroga — da tale divieto disposta — alla regola ordinariamente valida per i detenuti, che possono scambiare tra loro ‘oggetti di modico valore’ (art. 15, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000), e la proibizione in parola finisce per assumere un significato meramente afflittivo, in violazione anche dell’art. 27, terzo comma, Cost. Infine, in ulteriore lesione dei parametri ricordati, il carattere non proporzionato del divieto in questione si evidenzia considerando la scelta legislativa di farne contenuto necessario del regime differenziato, da applicarsi — a prescindere dalle esigenze del caso concreto — ogni qualvolta sia disposto il provvedimento di assegnazione del detenuto al regime differenziato (sentt. nn. 349 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1998, 143 del 2013, 20, 122 del 2017, 135, 186 del 2018, 189 e 241 del 2019, 11 e 50 del 2020; ordd. nn. 192 del 1998, 417 del 2004)»; Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, in *Giur. cost.*, 2022, 1, 229 ss., con nota di GIANFILIPPI, *La Corte costituzionale e la corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime differenziato con il proprio difensore*, ivi, 241-251: «È costituzionalmente illegittimo l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori. La misura prevista dalla disposizione censurata, nel limitare vistosamente il diritto di difesa, si appalesa del tutto inidonea a impedire che il detenuto o l’internato possano continuare a intrattenere rapporti con l’organizzazione criminale di appartenenza, dal momento che il temuto scambio di informazioni tra difensori e detenuti o internati potrebbe comunque avvenire nel contesto dei colloqui visivi o telefonici, oggi consentiti con il difensore in numero illimitato, e rispetto al cui contenuto non può essere operato alcun controllo. Essa appare anche certamente eccessiva rispetto allo scopo perseguito, dal momento che, fondandosi su una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale, sottopone a controllo preventivo tutte le comunicazioni del detenuto con il proprio difensore, in assenza di qualsiasi elemento concreto che consenta di ipotizzare condotte illecite da parte di quest’ultimo, finendo così per gettare una luce di sospetto sul ruolo insostituibile che la professione forense svolge per la tutela non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso (sent. n. 143 del 2013)».

inutilmente afflittivo, ben potendosi assicurare le concorrenti istanze di ordine pubblico e di prevenzione dei reati attraverso strumenti parimenti efficienti – eppure meno invasivi –, secondo il principio – in certo senso – del minimo sacrificio necessario<sup>24</sup>.

Sul piano propositivo di una disciplina compatibile coi principi costituzionali, il rimettente chiude le due ordinanze di rimessione interrogandosi circa la soglia di età al di sopra della quale l'applicazione della misura del vetro divisorio a tutta altezza nello svolgimento del colloquio diverrebbe ragionevole, tenendo in precipua considerazione il “superiore interesse del minore”. Detta linea di demarcazione veniva individuata dal giudice *a quo* nel compimento degli anni quattordici, una volta vagliata la esistenza di possibili indicatori, all'interno della normativa penitenziaria, idonei a costituire «un importante elemento di comparazione»<sup>25</sup>. Orbene, ritiene il giudice *a quo* che nemmeno pressanti esigenze di sicurezza pubblica possano costituire ragioni idonee a obliterare l'interesse di un ultra-dodicesimo – peraltro, in un'età ritenuta dal rimettente «ancora pienamente infantile»<sup>26</sup> – a mantenere un rapporto apprezz-

---

<sup>24</sup> Il rimettente menziona Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, in *Dejure*, in cui si afferma che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto compatibile con la Carta fondamentale il sistema delle limitazioni ai colloqui dei detenuti con i familiari «nei limiti in cui le deroghe al regime ordinario siano strettamente connesse a non altrimenti gestibili esigenze di ordine e sicurezza (v. Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376), atteso che, diversamente, le misure derogatorie del regime ordinario acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale (così Corte Cost., 14 ottobre 1996, n. 351 e, più recentemente, Corte Cost., 5 maggio 2020, n. 97). E sulla stessa lunghezza d'onda, anche la giurisprudenza di legittimità ha affermato che «quella della congruità tra misura e scopo costituisce una declinazione del principio di proporzione, rispetto al quale la stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo richiede che le misure incidenti sulle libertà riconosciute dalla convenzione Europea dei diritti dell'uomo debbano, per poter essere considerate legittime, perseguire un fine legittimo; essere idonee rispetto all'obiettivo di tutela; risultare necessarie, non potendo essere disposte misure meno restrittive e parimenti idonee al conseguimento dello scopo; non realizzare un sacrificio eccessivo del diritto compresso» (Sez. I, n. 43436 del 29/5/2019, Gallucci, non massimata).

<sup>25</sup> Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto individua, in particolare, quale primo elemento di comparazione l'art. 18, co. 3 O.P. che, nel regolare i colloqui dei detenuti in regime ordinario, dispone che «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici»; detta disposizione, seppur non applicabile ai detenuti in regime di “carcere duro”, ad avviso del rimettente denota 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». Peraltro, la soglia dei quattordici anni sarebbe stata individuata dal legislatore anche in altri settori, quale linea di demarcazioni tra diversi regimi giuridici, come nel caso dell'imputabilità penale o conclusione del ciclo di scuola secondaria inferiore.

<sup>26</sup> Per contro, considera il giudice *a quo* come la soglia dei quattordici anni risulterebbe senz'altro più

zabile con il genitore o il nonno detenuti.

Conseguendone l'evidente - e asseritamente non emendabile per via interpretativa - "sbilanciamento" della disposizione censurata in favore delle esigenze di pubblica sicurezza - quasi assumente lo sproporzionato ruolo di "istanza tiranna" - a detrimento del diritto al mantenimento dei rapporti familiari del condannato in regime di detenzione speciale, con inaccettabile sacrificio del "superiore interesse del minore" delineato in ossequio dei parametri costituzionali sopra richiamati.

5. (segue) *La soluzione "mite" della Corte costituzionale. Un non condivisibile esito decisorio tratto da una condivisibile trama argomentativa.* Con una sentenza che - quanto a opzione decisoria - pare discostarsi dalle più recenti e plurime decisioni "demolitorie" della normativa penitenziaria in materia di "carcere duro", la Corte costituzionale disattende la richiesta avanzata dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, dichiarando infondate le relative questioni di legittimità. Rimane, pertanto, allo stato intatta la previsione di cui all'art. 41-bis, co. 2-*quater* lett. b) O.P. in quanto, secondo la Consulta, un'interpretazione conforme a Costituzione del disposto normativo - diversamente da quanto opinato dal giudice *a quo*, che aveva ritenuto il contenuto di detta disposizione "inequivocabile" - sarebbe rinvenibile nelle pieghe del testo legislativo.

Alle argomentazioni che più da vicino si soffermano sul *thema decidendum*, la Corte antepone una dettagliata ricostruzione dell'evoluzione normativa dei colloqui tra detenuto in regime differenziato e familiari, ribadendo come detto istituto necessiti di peculiari cautele, rappresentando «uno dei momenti a più alto rischio per la garanzia degli obbiettivi perseguiti attraverso l'applicazione del regime detentivo differenziato»<sup>27</sup>. In tale prospettiva, il vetro divisorio isofonico a tutta altezza veniva impiegato dall'amministrazione penitenziaria sin dagli anni Novanta, in esecuzione delle prime circolari attuative

---

idonea - in ragione del diverso livello di sviluppo intellettuale del minore nelle due fasce di età prese in considerazione - a «rendere maggiormente comprensibile il passaggio, comunque traumatico, in cui cessano i colloqui visivi con contatto fisico, spingendo in avanti il momento in cui si impone al minore questo sforzo, davvero arduo, di accettazione della regola».

<sup>27</sup> Corte cost., 26 maggio 2023, § 7.1.

dei provvedimenti di sospensione delle ordinarie regole di trattamento *ex art. 41-bis* O.P. La tipizzazione all'interno delle fonti primarie avveniva – come ricordato in apertura – a partire dal 2002, con legge n. 279: più specificamente, lo svolgimento dei colloqui «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti» veniva inserito nell'ampio novero di misure che, ai sensi del nuovo art. 41-*bis*, co. 2-*quater* O.P., il Ministro della Giustizia avrebbe avuto – almeno fino alla riforma del 2009 – la *facoltà* di adottare con apposito decreto. Come noto, detta disciplina avrebbe conosciuto un “giro di vite”<sup>28</sup> per effetto della legge n. 94/2009, all'esito della quale veniva sottratta ogni discrezionalità nell'applicazione delle misure previste dall'art. 41-*bis* co. 2-*quater* O.P., irrogate obbligatoriamente e cumulativamente ogniqualvolta fosse disposta l'applicazione del regime differenziato a carico di un detenuto. Non sorda alla opportunità di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, l'amministrazione penitenziaria avrebbe parallelamente tentato di attenuare – attraverso l'emanazione di circolari – la rigidità della disciplina dei colloqui per detenuti in regime differenziato, introducendo la possibilità di fruire di colloqui senza vetro divisorio con figli minori (un tempo di anni sedici, quindi di anni dodici)<sup>29</sup>, «consolidando in tal modo i contorni di una prassi giunta immutata fino ad oggi»<sup>30</sup>.

In tale pur frastagliato contesto – e alla luce dei parametri costituzionali, benché correttamente individuati dal giudice rimettente nel bilanciamento tra l'esigenza «sia di garantire che il complessivo trattamento penitenziario non contrasti con il senso di umanità, al metro dell'art. 27 Cost., sia di tutelare il

---

<sup>28</sup> Cfr. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 147.

<sup>29</sup> Il primo atto con cui l'amministrazione penitenziaria si interessava alla materia si identifica nella Circolare DAP del 6 febbraio 1998, n. 543884, verosimilmente ispirata dal tenore delle prime sentenze della Corte costituzionale in tema di ‘carcere duro’ che, come noto, individuavano – con una perimetrazione ancora attuale – i cardinali limiti interni che la legislazione penitenziaria deve costantemente osservare. A questa prima circolare – che fissava a sedici la soglia massima di età dei figli con cui i genitori, reclusi in regime differenziato, avrebbero potuto intrattenere colloqui senza vetro divisorio – seguiva a breve distanza la Circolare DAP del 20 febbraio 1998, n. 3470/5920, che abbassava la soglia di età massima a dodici anni. Successivamente, la disciplina sarebbe stata ragionevolmente estesa ai colloqui con nipoti *ex filio* infra-dodicenni, vieppiù consolidandosi, sino ad arrivare all'ultimo atto emanato dall'amministrazione penitenziaria, con Circolare DAP del 2 ottobre 2017, indirettamente interessata dalla questione sollevata dal giudice rimettente.

<sup>30</sup> Corte cost., 26 maggio 2023, § 7.3.

preminente interesse dei minori»<sup>31</sup> – sarebbe comunque stato possibile enucleare una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata.

La Corte riconosce di avere «sempre ribadito che l'interesse del minore «non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena» (sentenza n. 174 del 2018; nello stesso senso, più di recente, sentenza n. 30 del 2022). Esigenze che, appunto, si riscontrano al massimo grado per i detenuti assoggettati al regime detentivo differenziato»<sup>32</sup>.

Senonché, a giudizio della Consulta, il vetro isofonico a tutta altezza non costituisce una soluzione obbligatoriamente imposta dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P. Indubbiamente, trattasi della soluzione più efficace e immediata, come conferma l'esperienza concreta, oltre che modalità attuativa senz'altro conforme alla *littera legis*. E, tuttavia, non l'unica alternativa possibile.

In tale prospettiva, significativa sarebbe stata la scelta del legislatore del 2002 di evitare una capillare individuazione delle modalità tecniche di esecuzione dei colloqui, limitandosi a fissare il fine perseguito mediante tale accorgimento (appunto, il divieto di passaggio di oggetti tra detenuto in regime differenziato e visitatore). Per converso, nulla più sarebbe stato richiesto se non che i «locali [siano all'uopo] attrezzati», venendo le concrete modalità attuative lasciate al prudente apprezzamento e alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria. Da tale angolatura, la sentenza costituzionale cataloga, in via esemplificativa, differenti soluzioni tecniche parimenti idonee a garantire un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco, quali «l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani [ovvero] la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche».

Insomma, la disposizione censurata fisserebbe un'obbligazione di risultato, non di mezzi, per certo inidonea a imporre l'adozione del vetro divisorio come necessaria modalità di esecuzione dei colloqui concessi a detenuti in regime differenziato.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>32</sup> *Ibid.*

E anche la normazione “secondaria” rinvenibile nelle circolari del DAP si sarebbe dovuta interpretare nei limiti di quanto «consentito dalla *littera legis*», posto che «l’interpretazione delle disposizioni restrittive tipiche del regime detentivo speciale «deve essere orientata verso soluzioni che ne garantiscano la miglior compatibilità con i precetti costituzionali di riferimento nella materia in esame» (sentenza n. 197 del 2021)». Orbene, movendo da un disposto normativo di rango ordinario - a giudizio della Corte - sufficientemente ampio, si sarebbe dovuta valutare favorevolmente la prassi dell’amministrazione penitenziaria di operare tramite circolari, proprio in ragione della natura sublegislativa - e, per l’effetto - meramente orientativa delle stesse. Si sarebbe assicurato ulteriormente, in altri termini, il ragionevole contenimento degli interessi in concreto, in quanto tanto la stessa amministrazione penitenziaria, quanto la magistratura di sorveglianza avrebbero potuto, in relazione alle esigenze di volta in volta prevalenti nel caso di specie, autorizzare deroghe *in melius* o *in peius* alla disciplina sublegislativa, pur sempre nel rispetto della lettera della legge.

Con la conseguenza di privare di rilevanza anche la seconda questione dedotta dal giudice *a quo*, in relazione all’opportunità di innalzare a quattordici anni la soglia di età massima dei figli o abiatrici in occasione di colloqui senza vetro divisorio, potendosi tanto «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, [quanto rigettare] una richiesta di colloquio non schermato anche con un minore infradodicesenne, nei casi in cui, nel bilanciamento tra il suo interesse, i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza, risultino elementi specifici, tali da rendere oggettivamente prevalente l’esigenza di contenimento del rischio di contatti con l’ambiente esterno»<sup>33</sup>.

In definitiva, è agevole notare come la Corte non formuli un giudizio circa la idoneità intrinseca del vetro divisorio - che, anzi, potrebbe «apparire spro-

---

<sup>33</sup> Corte cost., 26 maggio 2023, § 11.

porzionato»<sup>34</sup> - a realizzare il summenzionato bilanciamento d'interessi, bensì con riguardo al "testo" della disposizione, siccome integrato dalla normativa secondaria, considerato sufficientemente "poroso", "anfibiologico" ed elastico e, per l'effetto, suscettibile di affidare al prudente apprezzamento dell'amministrazione penitenziaria le peculiarità del caso concreto, facendo prevalere ora le esigenze di sicurezza pubblica, ora le istanze solidaristiche dei rapporti familiari.

6. *Un esito decisivo discutibile: l'obliterazione della littera legis e il (disinteresse verso il) diritto vivente.* Rileggendo la sentenza in commento, viene fatto di rievocare il giudizio espresso in dottrina con riguardo a un'altra pronuncia della Consulta in materia di "carcere duro"<sup>35</sup>, in cui, pur a fronte di un testo normativo parzialmente silente e di un diritto vivente conforme all'interpretazione costituzionalmente orientata, la Consulta ebbe a pronunciare - forse per ogni migliore garanzia - una sentenza additiva di accoglimento: «un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria»<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 10.

<sup>35</sup> Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, con note di BRUCALE, *Con la sentenza n. 18 del 2022 la Corte costituzionale afferma che la corrispondenza del detenuto in regime derogatorio ex art. 41 bis comma II O.P. con il proprio difensore non è assoggettabile a visto di censura*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 marzo 2022; CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1° aprile 2022; MENNELLA, *La Corte costituzionale torna sulla garanzia del diritto di difesa dei detenuti in regime di cui all'art. 41 bis nelle comunicazioni con il proprio difensore. Commento alla sentenza Corte cost. n. 18 del 2022*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 7 giugno 2022; RAGAZZO, *La Corte Costituzionale dichiara illegittimo il controllo sulla corrispondenza tra detenuto sottoposto al regime ex art 41-bis ed il proprio difensore*, in *Diritto di Difesa*; RAMPIONI, *Corrispondenza e visto di censura: prosegue il cammino verso un pieno riconoscimento del diritto di difesa*, in *Penale - Dir. e Proc.*, 2022; SOTTILE, *L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)*, in *Giur. cost.*, 1° settembre 2022. Detta sentenza, come si dirà, si inserisce nel solco delle pronunce con cui la Corte costituzionale, a partire dal 2013, ha inaugurato un indirizzo "demolitorio" nei confronti del regime del "carcere duro", rispetto a cui la decisione in commento (n. 105/2023) sembra parzialmente - non certo nell'opzione decisoria - allinearsi.

<sup>36</sup> Il caso di specie originava dalla decisione del Tribunale ordinario di Locrì di trattenere un telegramma indirizzato da un detenuto al proprio difensore di fiducia, giustificando tale scelta - a rigetto del reclamo avanzato dal detenuto - in base all'asserita sussistenza di un «pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, connesso all'ambiguità del contenuto della missiva, composta da una serie di periodi non legati da un filo logico in grado di rendere coerente e comprensibile il testo nella sua interezza». Il giudice *a quo*, investito del ricorso avverso tale decisione di rigetto, sollevava questione di legittimità costi-

Indubbiamente, dalla sentenza costituzionale n. 105 affiora l'acuta sensibilità dei giudici costituzionali per un tema delicatissimo, in cui sono coinvolte esigenze tanto cruciali, quanto opposte. Nel ritenere ragionevolmente "modulabile" l'utilizzazione o meno in concreto del vetro divisorio nei colloqui con detenuti sottoposti a regime differenziato, la Corte ha senz'altro fatto buon governo delle direttrici di "proporzionalità" e "congruità" che, secondo lo stesso insegnamento costituzionale, sin dagli anni Novanta<sup>37</sup> hanno contrassegnato l'ermeneusi della disciplina di ordinamento penitenziario e, nello specifico, delle restrizioni derivanti dal "carcere duro".

Tanto più laddove si consideri che - nonostante il rigetto della questione - il fine ultimo perseguito dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto può comunque ritenersi raggiunto seguendo un itinerario certo meno radicale (una sentenza interpretativa di rigetto) a quello invocato dal rimettente. D'altronde, ben potrà l'amministrazione penitenziaria - nella concreta gestione dei casi *de quibus* - prendere atto della linea interpretativa condivisa dalla Corte costi-

---

tuzionale ravvisando - con una trama parallela, ma con esiti opposti, a quella che portava alla decisione in commento - un'irragionevole disparità tra la disciplina in materia di corrispondenza prevista per i detenuti in regime ordinario dall'art. 18-ter O.P. - laddove viene esclusa, al comma 2, ogni forma di controllo e di limitazione della corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati dall'art. 103, co. 5 c.p.p. - e quella "speciale" di cui all'art. 41-bis, co. 2-*quater* lett. e) O.P., a mente del quale la corrispondenza dei detenuti e internati è sottoposta a visto di censura, eccezion fatta per «quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia». Come conseguenza, la possibilità per l'amministrazione penitenziaria di prendere visione e persino bloccare l'inoltro della corrispondenza tra detenuto e difensore si sarebbe posta in contrasto con la libertà e segretezza della corrispondenza, ex art. 15 Cost., con il diritto di difesa e a un equo processo, ex artt. 24, 111, Cost. e 6 CEDU. Sul punto, a fronte della successiva dichiarazione d'illegittimità costituzionale, veniva sottolineato in dottrina (v., in particolare, RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *Diritto di difesa*, 4 marzo 2022) come l'opzione decisoria prescelta non fosse obbligata, potendo risultare sufficiente una sentenza interpretativa di rigetto. A ben vedere, qualora si dovesse ritenere che anche con riguardo ai detenuti in regime "differenziato" trovasse applicazione il generale divieto di controllo della corrispondenza con i soggetti di cui all'art. 105, co. 3 c.p.p., dovrebbe conseguire una decisione di inammissibilità o, al più, di infondatezza, potendosi fornire un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. Soluzione che - ad avviso della dottrina - sarebbe stata ben possibile in relazione al caso di specie, guardando, da un lato, alla disciplina sublegislativa contenuta in una circolare DAP (la medesima, peraltro, che interessava la materia del vetro divisorio a tutta altezza), la quale dispone il «tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispondenza c.d. «per giustizia», ovvero la corrispondenza indirizzata a soggetti indicati nel comma 5 dell'art. 103 del codice di procedura penale»; dall'altro lato, allo stesso "diritto vivente" formatosi in sede di legittimità, dal quale si sarebbe potuto desumere, in particolare, l'illegittimità delle misure di controllo sul contenuto della corrispondenza del detenuto in regime "differenziato" con il proprio difensore.

<sup>37</sup> Sul punto, v. la dettagliata ricostruzione di MARINI, *Il regime dell'art. 41-bis*, cit., 4 ss.

tuzionale, non ostando - alla luce del disposto costituzionale - la soglia dei dodici anni di età, siccome testualmente prevista dalla Circolare DAP del 2017, alla concessione in concreto di colloqui dei detenuti in regime differenziato con figli o nipoti ultra-dodicenni.

Un esito certamente “garantistico” per i detenuti al regime speciale, che tuttavia avrebbe forse richiesto una radicale soluzione simbolico-rescissoria (quale la declaratoria d’illegittimità costituzionale, nel solco dei precedenti “colpi” inflitti al 41-*bis* negli ultimi dieci anni), in grado di scongiurare la riemersione di interpretazioni rigoriste (e incostituzionali) in modo maggiormente rassicurante rispetto alle potenziali, e spesso incerte, sequele della soluzione decisoria dell’interpretativa di rigetto. In effetti, al di là di qualsiasi considerazione assiologica sulla funzione di fondo del trattamento penitenziario, vieppiù nei casi in cui giunga dubitare che il regime derogatorio dell’ordinarie regole di trattamento determinino una forma di *imprisonment within prison*<sup>38</sup>, ci sembra che il caso di specie esibisse plurime ragioni tali da reclamare la declaratoria d’illegittimità costituzionale, forse non sufficientemente lumeggiate nelle pagine della sentenza in commento.

6.1. *La discutibilità della tecnica decisoria alla stregua della considerazione della littera legis (continua)*. Come anticipato, la decisione - certo pregevole nella valorizzazione in concreto del canone di proporzionalità, quale dinamico strumento di dialogo tra esigenze contrapposte - sembra affrontare e risolvere in modo “atipico” la questione relativa alla tecnica decisoria da adottare,

---

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”. Tra esigenze di prevenzione tutela dei diritti fondamentali*, cit., XVI: «La conclusione cui perverremo all’esito di questo percorso è che il regime detentivo speciale comporta un carico afflittivo ulteriore rispetto a quello normalmente connesso all’esecuzione di una pena detentiva, come emerge anche nella giurisprudenza europea, che definisce i regimi detentivi di rigore (e tra questi anche il nostro) un *imprisonment within prison*». Sul punto, cfr. RONCO, *Riflessioni su una «nuova» sanzione: l’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino, Raccolti sotto la direzione di Marcello Gallo*, a cura di Amisano-Caterini, Napoli, 2102, 217-225, ora in RONCO, *Scritti patavini*, Torino, 2017, t. II, 1495: «occorre domandarsi, soprattutto dopo la riforma dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario, per opera della legge 15 luglio 2009, n. 94, quali siano la natura e la funzione di tale istituto. Dipende dalla soluzione del problema anche il giudizio sulla compatibilità costituzionale della normativa speciale, vista non come istituto temporaneo in risposta a contingenti motivi di ordine e sicurezza pubblica, ma, addirittura, come misura stabile prevista nei confronti di una determinata classe di detenuti, allo scopo di contrastarne la pericolosità sociale».

avuto riguardo al vincolo imposto tanto dalla c.d. *littera legis* nella “disposizione di legge”, quanto dalla corretta individuazione e valorizzazione della “norma” nel c.d. diritto vivente.

Con riguardo al primo tema menzionato, appare perlomeno dubbio che lo spartito normativo al vaglio della Consulta («locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti») ammetta soluzioni diverse dalla utilizzazione di un vetro divisorio a tutta altezza tra i colloquianti, salvo una forzatura del dato letterale. Se è vero, in accordo con quanto osservato dalla Corte, e a mente della *ratio legis* sottesa alla riforma del 2002, che tra le righe della succitata locuzione può intravedersi in filigrana un’obbligazione di risultato<sup>39</sup>, è nondimeno evidente l’univocità del riferimento legislativo *all’attrezzatura dei locali* - non all’organizzazione dei controlli - in modo da impedire all’origine la stessa possibilità dello scambio di oggetti: evitare che detenuto e interlocutore si scambino oggetti, significa, prima di tutto, prevenire la consegna degli stessi, ben prima che l’azione fisica della consegna, attraverso controlli umani o videocamere, possa *ex post* essere scoperta e rimediata.

Insomma, impedire lo scambio di oggetti significa, prima di tutto, *impedire lo scambio materialmente*.

Diversamente, «telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani», «dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche» - come enunciato in via esemplificativa dalla Corte - appaiono accorgimenti suscettibili di garantire un risultato solo apparentemente - non impedendo lo scambio di oggetti, ma solo la possibilità di accertarlo - identico (appunto, impedire lo scambio di oggetti), raggiungibile in effetti solo a posteriori, mediante un intervento di terzi. Più chiaramente: è fuor di discussione che una telecamera adeguatamente puntata sugli interlocutori - assicurando la integrale videoripresa del colloquio - permetterà di rilevare se tra costoro sia intervenuto uno scambio di oggetti, sollecitando, per l’effetto, l’intervento del personale di vigilanza e il verosimile sequestro degli stessi. Ciò tuttavia non equivale ad affer-

---

<sup>39</sup> Corte cost., 26 maggio 2023, § 10: «Non è senza significato 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 colloqui siano «attrezzati» in modo da impedire tale passaggio».

mare che tale tecnica di sorveglianza *osti materialmente* alla consegna di un oggetto dalla mano dell'interlocutore a quella del detenuto, e viceversa.

Altrimenti detto: il vetro divisorio è l'unica misura che, sul piano fisico-materiale, può frapporsi tra due soggetti, impedendone il contatto materiale. Dunque, si tratta del solo accorgimento idoneo a eliminare alla radice il rischio di uno scambio di materiale tra gli interlocutori: il più rudimentale, ma altresì il più efficace. Viceversa, qualsiasi altra misura di carattere tecnico non può – seguendo un criterio strettamente letterale – fungere da *barriera impeditiva* del contatto tra soggetti. Che, in una prospettiva “teleologica”, vetro divisorio e altri rimedi enucleati dalla Corte condividano il fine, parimenti assicurando quanto prescritto dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P., appare pacifico.

Ciò tuttavia non consente il referente letterale che, limitandosi a vietare il materiale passaggio di oggetti mediante locali attrezzati *ad hoc*, evoca una connotazione strettamente fenomenologica, materialmente tangibile della misura da adottare, posto che non esiste nella natura delle cose alcun rimedio – eccezion fatta per il vetro, ovvero altro materiale rigido e trasparente – idoneo ad assicurare, al contempo, la reciproca visibilità tra due soggetti, e l'impedimento del loro contatto fisico.

Già sotto tale liminare profilo, la sentenza costituzionale sembra aver disatteso il primo criterio di legittimazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata, e cioè il rispetto del pur più periferico *limes* semantico della lettera della legge<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Sul limite invalicabile della lettera della legge come argine a tentativi ‘forzati’ di interpretazione conforme v., anche per opportuni riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 117 ss.; sul tema, v. altresì, *ex multis*, DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, vol. IV, 1353; EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 26 ss.; LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 agosto 2007; PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2021, 3, spec. 163 ss., nonché, seppur dalla prospettiva relativa ai rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 luglio 2012, 15 ss.

6.2. (segue) *La discutibilità della tecnica decisoria alla stregua del c.d. diritto vivente*. Ci sembra che anche l'appropriata considerazione del tenore del diritto vivente, secondo criterio di legittimazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata nelle sentenze interpretative di rigetto, avrebbe richiesto la più radicale opzione rescissoria con una pronuncia di accoglimento.

A ben vedere, la soluzione della Corte non si confronta, *in subiecta materia*, con la dominante giurisprudenza di legittimità, che - come noto - nell'orizzonte decisorio costituzionale assume una valenza autenticamente con-formativa, garantendo che «il controllo di costituzionalità non [sia più] un giudizio su fattispecie ipotetica, il diritto per come esso è in potenza; diventa, invece, un giudizio su fattispecie concreta, il diritto per come esso è in atto»<sup>41</sup>. Sul punto, il formante giurisprudenziale appare infatti consolidato nel far *necessariamente* discendere dal monito di attrezzare locali «al fine di impedire il passaggio di oggetti» l'installazione di vetri divisorii a tutta altezza nello svolgimento di colloqui concessi a detenuti in regime differenziato. Anzi, tale misura viene data per presupposta all'interno delle decisioni di legittimità e di merito<sup>42</sup>, a conferma di come detta modalità attuativa costituisca - a voler (davvero!) rispettare la lettera della legge - l'unica soluzione concretamente praticabile da parte dell'amministrazione penitenziaria. In via esemplificativa, basti richiamare il corposo filone giurisprudenziale affermatosi a seguito della proposizione di ricorsi volti ad ottenere un allargamento delle maglie dell'art. 41-bis, co. 2-quater lett. b) O.P., siccome integrato dalla circolare del DAP del 2016<sup>43</sup>. In proposito, è venuta ormai tralattivamente consolidandosi la massima che considera l'impiego del vetro divisorio nei colloqui dei detenuti sot-

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2007, vol. I, 109.

<sup>42</sup> Per riferimenti alla giurisprudenza di merito, v., per esempio, Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, con nota di PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, 2, 159 ss.; Mag. Sorv. L'Aquila, ord. 7 giugno 2013, con nota di FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 2, 187 ss.

<sup>43</sup> Trattasi di ricorsi promananti da provvedimenti di rigetto della magistratura di sorveglianza avverso reclami dei detenuti sottoposti al regime di detenzione speciale di cui all'art. 41 bis O.P. Nella casistica giurisprudenziale, rilevano in particolare i ricorsi proposti a seguito di dinieghi dei competenti istituti penitenziari avverso richieste di colloqui senza vetro divisorio con figli che abbiano superato l'età dei dodici anni, secondo quanto fissato con la circolare del DAP del 2016, ovvero con nipoti *ex fratre*, alla stregua di un'analogia *in bonam partem* che compari questi ultimi agli abiativi.

toposti a “carcere duro” una «scelta organizzativa dell’Amministrazione penitenziaria che risponde all’esercizio non irragionevole della discrezionalità propria della stessa, commessa all’esigenza di non pregiudicare il controllo per effetto di una eccessiva dilatazione della platea dei soggetti ammessi al colloquio con modalità derogatorie rispetto alle *cautele ordinarie previste dalla richiamata disposizione legislativa, ovvero in locali muniti di vetro divisorio*»<sup>44</sup> (corsivi nostri). Tale asserto – reiteratamente richiamato in sede di legittimità – rende scoperta la lettura univocamente fornita del disposto dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) O.P., in base alla quale ‘attrezzare locali in modo da impedire il passaggio di oggetti’ *equivale* a ‘dotare gli stessi di vetro divisorio a tutta altezza’. Un’equazione ormai radicata nella elaborazione pretoria – e confermata dalle prassi dell’amministrazione penitenziaria, trasposte in circolari orientative che hanno costantemente concepito la cautela disposta dalla summenzionata disposizione nel senso anzidetto – e che, tuttavia, secondo la Corte costituzionale, non costituirebbe una soluzione obbligata.

Ciò desta più di qualche perplessità: se già, come visto, appare discutibile<sup>45</sup> l’estensione semantica ha ispirato il congedo dell’interpretazione della Corte dal dato letterale<sup>46</sup>, ancora più appariscente è l’atipico allontanamento dello scrutinio di costituzionalità dall’interpretazione performativa del diritto vivente. Sembra in effetti che la Corte non abbia manifestato alcun interesse verso

---

<sup>44</sup> Cfr. *ex plurimis*, e limitandosi alle più recenti, Cass., Sez. I, 9 aprile 2021, n. 28260, *Mangione*; Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719; Cass., Sez. I, 30 marzo 2022, n. 34388; Cass., Sez. I, 25 maggio 2023, n. 41369.

<sup>45</sup> Si pensi, in via esemplificativa, a Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, che, nel delineare i rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p., recupera la discussa distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, sollecitando un approccio interpretativo aderente alla lettera della legge, e «ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore».

<sup>46</sup> Sul punto, cfr. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19 gennaio 2021, 16: «Dal punto di vista istituzionale, la soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) – e dunque il vincolo gerarchico di compatibilità dello stesso ‘diritto vivente’ alla legge – esprime l’idea della primazia del Parlamento nella configurazione del diritto; primazia a sua volta limitata dalla necessità che la legge rispetti la Costituzione, il cui *enforcement* è ripartito nel nostro ordinamento tra la Corte costituzionale e gli stessi giudici comuni, ai quali spetta il *duplice compito dell’interpretazione conforme e della sollevazione della questione di legittimità costituzionale, nei casi in cui il testo della legge si opponga alla stessa interpretazione conforme*».

il formante giurisprudenziale<sup>17</sup>.

7. *Eterogenesi dei fini perseguiti dal legislatore e ciclicità della giurisprudenza costituzionale.* La decisione costituzionale in considerazione si disallinea rispetto alla tendenza ermeneutica che, negli ultimi dieci anni, ha propiziato a più riprese la declaratoria d'illegittimità costituzionale di plurime disposizioni previste dall'art. 41-*bis* O.P.

Come enunciato in apertura, le pronunce “demolitorie” del “carcere duro” ad opera della Corte costituzionale costituiscono una tendenza relativamente recente, che ha fatto séguito a stagioni ben più timide sul versante della tecnica decisoria.

Idealmente, considerando quale *starting point* l'introduzione del regime speciale nel 1992, possono isolarsi tre periodi fondamentali entro cui scandire l'andamento delle sentenze costituzionali in tema di “carcere duro”.

Dapprincipio si assiste, in un contesto regolativo limitato alla semplice previsione del provvedimento ministeriale di sospensione delle ordinarie regole di trattamento, senza alcuna specifica disciplina di rango ordinario, a una sorta di “scrittura giurisprudenziale” del c.d. carcere duro a opera della Corte costituzionale, la quale avrebbe delineato le coordinate di fondo dello speciale regime penitenziario, fissandone i limiti pur senza mai censurarne «le ragioni fondamentali, riconoscendo l'utilità dello strumento nel contrasto alla criminalità mafiosa [...] in una profonda opera di ricostruzione della disciplina»<sup>18</sup>. Così, nel torno di soli quattro anni, si susseguivano quattro sentenze interpre-

---

<sup>17</sup> Sul punto, VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 9 s., considera il formante giurisprudenziale di fondamentale importanza nella definizione dell'oggetto della questione incidentale di legittimità costituzionale, rilevando che, qualora «l'interpretazione che il giudice assume dover ricavare dalla disposizione impugnata corrisponda effettivamente a quella indicata dalla giurisprudenza consolidata – il diritto vivente, nella terminologia della Corte –, la Corte si ritrae, ed evita di proporre una interpretazione alternativa della disposizione censurata conforme alla Costituzione, assumendo piuttosto che la disposizione esprima proprio e soltanto la norma enucleata dal diritto vivente, anche laddove il dato testuale avrebbe consentito di ricavarne una norma diversa, in ipotesi non contrastante con la Costituzione. Sicché, a questo punto, l'alternativa che si spalanca alla Corte è soltanto tra la dichiarazione di non fondatezza della questione, ovvero della sua fondatezza; ipotesi, quest'ultima, in cui la Corte dichiarerà – a ben guardare – costituzionalmente illegittima la disposizione come interpretata dal diritto vivente». Sulla recente “riabilitazione” della dottrina del diritto vivente, v. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 95 ss.

<sup>18</sup> DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 116.

tative di rigetto<sup>49</sup>, le quali avrebbero tuttavia fissato i principi performativi del regime speciale, tra tutela dei diritti fondamentali ed esigenze di prevenzione, per la giurisprudenza costituzionale e di legittimità a venire: delineando i limiti c.d. “esterni” e, ciò che più rileva dal punto di osservazione privilegiato della Carta costituzionale, i limiti c.d. “interni”, individuati, in particolare, nei parametri di cui agli artt. 13, co. 4, 27, co. 3 e 24 Cost.<sup>50</sup>

A tale prima fase di vivacità dogmatica – seppur contenuta quanto a opzione decisoria prescelta, costantemente individuata nella sentenza interpretativa di rigetto – avrebbe fatto séguito una stagione di “stagnazione” interpretativa, tendenzialmente corrispondente all’arco temporale ricompreso tra le due riforme del “carcere duro” del 2002 e del 2009, sopra richiamate. Durante detto frangente temporale, venivano emesse decisioni – talora di manifesta infondatezza<sup>51</sup>, talora di inammissibilità<sup>52</sup>, talora di manifesta inammissibilità<sup>53</sup> – espressive – in certo senso – di un’istanza conservatrice dell’esistente, probabilmente giustificate dalla considerazione che la disciplina allora vigente *ratione temporis*, all’esito cioè della riforma del 2002, avesse inteso positivizzare gli orientamenti interpretativi delle prime pronunce della Corte costituzionale nel corso degli anni ’90.

Trattavasi, tuttavia, di un indirizzo destinato a mutare in conseguenza della riforma del 2009 che – come già precisato – avrebbe apportato un considere-

---

<sup>49</sup> Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351; Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376; per i relativi rimandi bibliografici, v. *supra*, nt. 12, oltre alla ricca ricostruzione, di recente, di MARINI, *Il regime dell’art. 41-bis*, cit., 4 ss.

<sup>50</sup> È possibile, in proposito, tracciare sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 349/1993 una differenziazione tra limiti “interni” ed “esterni” del “carcere duro”: i primi riferendosi all’applicabilità del regime “differenziato” ai soli istituti che già rientrano nelle competenze dell’amministrazione penitenziaria e che concernono il regime detentivo in senso stretto (all’uopo distinti, in particolare, dalle misure alternative alla detenzione); i secondi attenendo alle “modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione)”, le quali non devono eccedere «il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che naturalmente rimangono soggett[e] ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24)».

<sup>51</sup> Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 390.

<sup>52</sup> Corte cost., 26 maggio 2010, n. 190, con note di DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 12, 2511 ss. e FIORIO, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2256 ss.

<sup>53</sup> Corte cost., ord. 9 giugno 2010, n. 220.

vole irrigidimento alle già significative restrizioni del regime differenziato. Così, a partire dal 2013, prendeva gradualmente avvio il filone “demolitorio” degli scrutini costituzionali, in conseguenza dei quali anche la disciplina del c.d. “carcere duro” avrebbe subito le “manipolazioni” delle franche declaratorie d’illegittimità costituzionale<sup>54</sup>. Le decisioni – come noto – interessavano vuoi l’imprescindibile riguardo per l’esercizio del diritto di difesa, *sub specie* del diritto ai colloqui con il difensore<sup>55</sup>, vuoi la dimensione (indebitamente) afflittiva del trattamento penitenziario, con particolare riferimento alla irragionevolezza delle restrizioni imposte dalla normativa di cui all’art. 41-*bis* O.P. verso i “piccoli gesti di normalità quotidiana”.

Con precipuo riguardo a quest’ultimo profilo, in una prima occasione<sup>56</sup>, la Corte costituzionale dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. f) O.P. nella parte in cui sanciva l’assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di “cuocere cibi” – restrizione introdotta nel 2009, nella prospettiva di contenere il prestigio criminale che alcuni detenuti avrebbero potuto riacquisire seppur *in vinculis*, vantando «la disponibilità di generi alimentari “di lusso”»<sup>57</sup> – rilevando in tale divieto «un’inutile e ulteriore limitazione, contraria al senso di umanità», incompatibile con la necessità di garantire anche a tale categoria di detenuti «i piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la [loro] libertà individuale»<sup>58</sup>.

In analogia prospettiva si colloca la decisione<sup>59</sup> con cui veniva caducato il divieto – previsto nella medesima disposizione di cui sopra – di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Il Giudice delle

---

<sup>54</sup> Invero, tale stagione si caratterizza altresì per un andamento non sempre omogeneo e coerente, alternando agli interventi demolitori altresì interventi conservativi, nelle rispettive forme delle sentenze di illegittimità o interpretative di rigetto. Indubbiamente, la peculiarità va rinvenuta nell’utilizzo del primo genere di decisioni citate, prima del 2013 mai impiegato con riguardo all’apparato normativo in esame.

<sup>55</sup> Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, per cui v. *supra*, nt. 13, nonché DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 243 ss.; Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, per cui v. *supra*, nt. 13 e 25.

<sup>56</sup> Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186. Nella giurisprudenza di legittimità, v. le decisioni citate in DELLA BELLA, *Per la Cassazione i detenuti in “41 bis” non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto dal sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017, 1690 ss.

<sup>57</sup> Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, § 4.4.

<sup>58</sup> *Ibid.*, § 4.5.

<sup>59</sup> Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97.

Leggi riteneva, una volta di più, irragionevole la compressione «di una pur minimale facoltà di socializzazione», riconducibile a «un bilanciamento condotto *ex ante* dal legislatore, a prescindere, perciò, da una verifica in concreto dell’esistenza delle ricordate, specifiche, esigenze di sicurezza, e senza possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi»<sup>60</sup>.

Tali pronunce contribuivano a esprimere una rinnovata istanza costituzionale di ripudio, in aperta adesione al principio di proporzionalità, dei rigidi automatismi legislativi comunque preclusivi *ex ante* della possibilità di ogni forma di bilanciamento tra opposte esigenze. In tale quadro, veniva reiteratamente osservato dalla Corte come, ad esempio, la possibilità di cuocere cibi – espressiva di un livello minimo di socializzazione *intra moenia* –, pur non coincidendo con specifici diritti fondamentali dei detenuti, potesse nondimeno ragionevolmente venir meno solo al sopraggiungere di rilevanti esigenze di sicurezza pubblica<sup>61</sup>.

Si osservi, a questo punto, la similitudine tra le due pronunce poc’anzi ricordate e quella concernente la necessaria adozione del vetro divisorio a tutta altezza: i “piccoli gesti di normalità quotidiana” che un’applicazione serrata del “carcere duro” sarebbe destinata a obliterare meritano invece adeguata salvaguardia, pur nel perdurante bilanciamento con le contrapposte esigenze che il regime differenziato persegue. Laddove la legge li vieti in modo tassativo e indiscriminato, rinunciando *ex ante* ad affidare il contemperamento delle esigenze di pubblica sicurezza con istanze strettamente personalistiche dei detenuti alla prudente valutazione della magistratura di sorveglianza o dell’amministrazione penitenziaria, si consumerebbe un insanabile contrasto con il principio, oltre che di individualizzazione trattamentale, anche di “indispensabilità” della limitazione, di congruità della misura limitante e di “proporzionalità” anche in fase esecutiva della pena.

Occorre quindi chiedersi: perché la Corte costituzionale non si è pronunciata con sentenza di accoglimento in relazione alla necessità del c.d. vetro divisorio a tutta altezza, optando per una tecnica decisoria diversa da quella adottata

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>61</sup> D’altra parte, le prescrizioni che vietino anche innocue manifestazioni della vita quotidiana, le quali tengono in qualche modo ancorato il detenuto al mondo esterno, si risolvono in inutili e ingiustificate afflizioni, intollerabili nello specchio degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.

nei precedenti relativi alla “cottura di cibi” e allo “scambio di oggetti”, addirittura alla luce di probabili forzature del testo di legge? Una sentenza di accoglimento avrebbe ottenuto il medesimo risultato conseguito dalla decisione in commento, costituendo al contempo una significativa presa di posizione avverso gli irrigidimenti di matrice legislativa, inserendosi in un ormai non più sorprendente orientamento giurisprudenziale, già da tempo inaugurato.

Ci sembra che l’opzione decisoria manipolativa di accoglimento sarebbe stata preferibile anche nel caso del “vetro divisorio a tutta altezza”.

Tornando alla ciclicità delle tecniche decisorie *in subiecta materia*, si osservi come la stagione “demolitoria” avrebbe preso avvio per emendare taluni inaccettabili profili di irrigidimento repressivo del regime speciale realizzato con la riforma *ex lege* n. 94/2009: a partire dal 2013, la Corte costituzionale avrebbe reiteratamente “inciso” il testo dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, O.P., una volta deprivate l’amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza di ogni discrezionalità in ordine all’*an* e al *quomodo* delle prescrizioni limitative della predetta disposizione normativa, capillare al punto di influire sulla più minuta articolazione della “vita quotidiana” del detenuto (dalla cottura dei cibi allo scambio di oggetti, dalla ricezione e controllo della corrispondenza alle visite dei congiunti).

La disciplina in esame subiva quindi una sorta di ripristino del regime di discrezionalità nell’adozione delle singole misure, quasi che la Corte – seppur, come evidente, miratamente e gradualmente – intervenisse per recuperare l’equilibrio raggiunto all’esito della riforma del 2002 (tacitamente confermato dal periodo di “stagnazione” costituzionale che ne era conseguito), equilibrio incrinatosi nel 2009. Tuttavia, tale effetto “domino” – spinto dall’intento di riadattare il sistema del “carcere duro” al volto costituzionale della pena – avrebbe conosciuto una progressiva decelerazione, essendo decorso ormai un rilevante intervallo temporale dalla riforma del 2009 nonché, forse, essendo venuto meno il prorompente entusiasmo che aveva caratterizzato le sentenze che per prime avevano conosciuto la vertigine dell’incostituzionalità dell’art. 41-*bis* O.P.

Insomma, il verosimile propulsore della ciclicità della giurisprudenza costituzionale in tema di “carcere duro” sarebbe da ricercarsi nella evoluzione nor-

mativa dell'art. 41-*bis* O.P., la quale avrebbe, dapprima, creato l'occasione per fissare i "paletti di costituzionalità"<sup>62</sup> della materia mediante l'introduzione di una disciplina che, prima del 1992, non aveva conosciuto eguali; avrebbe, quindi, garantito l'immobilismo della Corte, conformandosi ai moniti di questa, attraverso la riforma del 2002; l'avrebbe, infine, sollecitata all'uso dello strumento più incisivo, a seguito degli irrigidimenti repressivi del 2009.

8. *Una nuova stagione della Corte costituzionale in tema di "carcere duro"?* È comprensibile, quindi, che l'inaspettato epilogo decisivo della sentenza n. 105 del 2023 abbia catturato l'attenzione della dottrina<sup>63</sup>.

Da un lato, la pronuncia, sul piano dell'argomentazione – in certo senso – si allinea ai precedenti (e, in particolare, a quelli del 2018 e del 2020), ponendo nuovamente l'accento sulla tutela dei piccoli gesti di vita quotidiana come espressione di applicazione effettiva di principi fondanti dell'ordinamento; da un altro lato, tuttavia, fa registrare una battuta di arresto nel percorso demolitorio dei più rigidi profili del regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* O.P. *ex lege* 94/2009 inaugurato dalla Consulta nel 2013.

Almeno due ragioni di fondo inducono a esprimere perplessità sul nuovo orientamento interpretativo adottato dalla Consulta e, per la prima volta, confortato dalla Corte di cassazione con la sentenza 3 gennaio 2024, n. 196: una di carattere tecnico e una di carattere – in certo senso – politico-penitenziario. La prima ragione. Sul piano tecnico, è del tutto evidente come la dichiarazione di illegittimità costituzionale – sulla spinta generalizzante riconosciuta *ex art.* 136 Cost. – garantisce l'uniformità, a valle, dell'interpretazione. Ciò, come noto, non può affermarsi con riguardo a una decisione interpretativa di rigetto. Da un lato, se è indubbia l'idoneità di una pronuncia della Corte – ancorché meramente interpretativa – a costituire da prezioso indicatore al fine di orientare le future decisioni della giurisprudenza di legittimità e di merito – tanto più ove si consideri che gli stessi giudici costituzionali, nel motivare e deliberare, considerano le proprie decisioni come potenziali precedenti<sup>64</sup>,

<sup>62</sup> DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., 116.

<sup>63</sup> Si rimanda, in particolare, ai contributi segnalati alla nt. 7.

<sup>64</sup> VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 17 s.: «il giudice dovrebbe essere consapevole del proprio ruolo di attore dotato di margini più o meno ampi di discrezionalità, e che per questo non può tranquil-

contribuendo le stesse a fondare e limitare la conoscibilità del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziali –; da un altro lato, tuttavia, la “portanza” nel diritto “vigente” posseduta da una sentenza interpretativa è comunque limitata al giudizio *a quo*, indicando al giudice rimettente una via alternativa quella, demolitoria, dal medesimo prospettata<sup>65</sup>.

Ma nei confronti degli altri giudici, e dell’amministrazione – in questo caso, penitenziaria –, il condizionamento dell’interpretativa di rigetto è di tipo persuasivo, non prescrittivo.

Altrimenti detto, la “conformazione” alla sentenza interpretativa di rigetto, nel segno di nuovo diritto vivente a formazione progressiva, costituisce un esito tutt’altro che scontato, potendo la giurisprudenza altresì ritenere che i profili d’illegittimità costituzionale non siano stati rimossi. Di qui, la forza (soltanto) orientativa della stessa potrebbe non rivelarsi sufficiente, in quanto il sindacato accentrato di costituzionalità potrebbe essere da un momento all’altro “riattivato”, all’esito della proposizione di una nuova – strutturalmente ripensata – questione di legittimità costituzionale<sup>66</sup>.

---

lizzare la propria coscienza, nella soluzione dei casi “difficili”, limitandosi ad affermare di avere soltanto “applicato” la legge [semmai perseguendo] un’opera che si sostanzia nella corale e progressiva formazione di regole – più specifiche e precise di quelle contenute nella legge – destinate a costituire criteri per la decisione di nuovi casi, e assieme a orientare i comportamenti dei destinatari delle norme, che su quelle regole baseranno le proprie decisioni future rispetto alla conclusione di contratti o di negozi di qualsiasi genere, allo svolgimento di attività di rilievo pubblicistico, al compimento o all’omissione di condotte di potenziale rilievo penale, e così via».

<sup>65</sup> In tale prospettiva – pur trattandosi, beninteso, di un contesto relativo alla disciplina dei soli detenuti in regime ordinario e non, per converso, afferente al “carcere duro” – e in vista del rispetto dei diritti fondamentali del singolo ristretto *intra moenia* non può non segnalarsi come, di recente, la Corte costituzionale abbia nuovamente optato per l’intervento demolitorio, dichiarando costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3 e 117, co. 1 Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 8 CEDU – l’art. 18 O.P. nella parte in cui non prevede che «la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui in motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell’unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell’ordine e della disciplina, né, riguardo all’imputato, ragioni giudiziarie» (Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10, con nota di DE VITO, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l’affettività in carcere*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 5 febbraio 2024).

<sup>66</sup> Preoccupazioni analoghe sono espresse da GIUBILEO, *Persone, non oggetti*, cit., 223 ss. e spec. 226, laddove si rileva che «a seguito della sentenza in esame parte dell’amministrazione penitenziaria o della magistratura di sorveglianza potrebbe continuare ad applicare passivamente i criteri cristallizzati nella circolare D.A.P. del 2 ottobre 2017, trincerandosi dietro soluzioni ormai consolidate anziché valorizzando la portata innovativa dell’orientamento della Corte costituzionale. In altri termini, la decisione in esame non sembra impedire che possano determinarsi orientamenti difformi all’interno

Quanto al caso del vetro divisorio a tutta altezza, tale evenienza parrebbe essere stato “disinnescata” all’origine da parte della giurisprudenza di legittimità che, nel primo approdo<sup>67</sup> successivo alla sentenza costituzionale in commento, dà riprova di averne già accolto il *dictum*.

La seconda ragione. Sul piano politico-penitenziario, la viscosità e resistenza che l’attuazione degli insegnamenti addirittura *imposti* dalle sentenze costituzionali della stagione “demolitoria” ha incontrato nel “diritto penitenziario vivente” nelle prassi dell’amministrazione non può che ulteriormente alimentare le perplessità circa la tecnica decisoria “mite” da ultimo seguita dalla Corte costituzionale. Certo, si tratterà, nel futuro prossimo, di verificare non solo se la giurisprudenza si conformerà a tali sentenze interpretative “inaugurali”<sup>68</sup>, ma anche se – tema non meno rilevante – le prassi interne agli istituti del 41-*bis* si dimostreranno maggiormente recettive delle superiori indicazioni costituzionali rispetto a quanto non abbiano sinora dimostrato di essere riguardo alle stesse, ben più perentorie, decisioni costituzionali “demolitorie”. In proposito, desolante il quadro tratteggiato molto recentemente dal Garante dei diritti dei detenuti al c.d. carcere duro, che si trae dall’ultima relazione che, sotto tale profilo, merita una pur lunga citazione: «gli interventi meritori della Corte su tali aspetti non hanno complessivamente determinato le auspiccate modifiche sul piano della quotidianità detentiva speciale, anche a causa di ambiguità prodotte nelle varie circolari e lettere. Se, per esempio, la Corte ha stabilito – abrogando la relativa proibizione – la possibilità di passaggio di oggetti tra persone dello stesso gruppo di cosiddetta “socialità”, l’Amministrazione ha introdotto una procedura di preliminare comunicazione scritta di ciò che si intende passare e di corrispondente dichiarata accettazione scritta di ricevimento che rende laborioso – e denso di carte burocratiche – tale passaggio. Se ormai è lecito cuocere cibi, le prescrizioni sulle possibili pentole e sulle dimensioni dei coperchi permangono nella loro capillarità. Analogamente, la previsione di accesso all’acquisto di beni di vario tipo, in-

---

dell’amministrazione penitenziaria e della giurisprudenza».

<sup>67</sup> Cass., Sez. I, 3 gennaio 2024, n. 196, sopra citata alla nt. 1.

<sup>68</sup> Solo il tempo potrà dare ragione a siffatta ipotesi. Allo stato, sembra che l’approccio più “blando” seguito dalla Consulta stia recando i propri frutti, pur senza ricorrere ad una ulteriore destrutturazione dell’apparato di cui all’art. 41-*bis* O.P., diversamente dai precedenti del 2018 e del 2020.

clusi gli alimenti, non diverso da quello previsto per le persone detenute in regime non speciale, non ha inciso sulla varietà degli elenchi dei beni acquistabili nelle diverse sezioni speciali: con conseguenti situazioni micro-conflittuali all'interno di una comunità naturalmente attenta agli aspetti anche minimali dello svolgersi delle scadenze fondamentali della giornata. Così si era espresso in una lettera il Garante nazionale considerando questi aspetti: «aspetti che appaiono minori, ma che costituiscono non solo elementi di degrado della quotidianità, ma anche fattori di indubbia tensione interna e che potrebbero essere facilmente risolti con il ricorso al buon senso e alla ragionevolezza». A monte, inoltre, c'è la persistente volontà dell'Amministrazione penitenziaria di ricorrere contro ogni accoglimento da parte della Magistratura di sorveglianza della richiesta formulata da una persona detenuta: anche quando si tratti di questioni su cui già la Corte costituzionale si sia pronunciata in casi analoghi e pienamente in linea con la richiesta prodotta<sup>69</sup>.

Che la nuova stagione della giurisprudenza costituzionale sul “carcere duro” - inaugurata dalla sentenza n. 105/2023 - rischi di costituire espressione di un diritto *troppo* “mite”?

---

<sup>69</sup> *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario* del 20 marzo 2023, 15 s.