

QUESTIONI APERTE

Ordinamento penitenziario

La decisione

Ordinamento penitenziario - Questione di legittimità costituzionale - Regime differenziato - Regime detentivo speciale - 41-*bis* - Prevenzione - Difesa sociale - Sicurezza sociale - Collegamenti esterni - Bilanciamento di diritti - Diritti fondamentali - Genitorialità - Famiglia - Affettività - Tutela dei figli minori - Colloqui visivi - Tecnologia - Skype - Decretazione d'urgenza - Emergenza sanitaria - Covid-19 (L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 41-*bis*, 18, 37, 39, Decreto del presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; Decreto legge 10 maggio 2020, n. 29, art. 4, convertito con modifiche dalla Legge di conversione 25 giugno 2020, n. 70; Costituzione, artt. 2, 3, 27, 30, 31, co. 2, 32, 117; Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 4 novembre 1950, artt. 3, 8; Legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23; Circolare amministrativa del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 27 marzo 2020, n. 101903/AG)

«[...] dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, del decreto-legge 10 maggio 2020, n. 29, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, III comma, 30, 31, secondo comma, 32 e 117, I comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che i colloqui cui hanno diritto i detenuti o gli internati sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 bis della L. 26 luglio 1975, n. 354 possono essere svolti a distanza con i figli minorenni mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile»;

«[...] dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis 2-quater lett. b), terzo periodo, della L. 26 luglio 1975, n. 354, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, III comma, 30, 31, secondo comma, 32 e 117, I comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che i colloqui sostitutivi con i figli minorenni possono essere autorizzati a distanza, in alternativa a quelli telefonici, con modalità audiovisive».

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI REGGIO CALABRIA (ORD.), 23 GIUGNO 2020 (UD. 9 APRILE 2020) - R. DI BELLA, PRESIDENTE - P.M.

Sulla dimensione "bilaterale" della pena
nel regime differenziato del 41-*bis* ord. penit.:
ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità

Con il presente lavoro, l'autrice si propone di offrire una prima interpretazione a margine dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale di una duplice questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria, chiamato a decidere della tutela dei diritti soggettivi di un minore, figlio di un genitore (padre) recluso al regime del 41-bis ord. penit. Le criticità segnalate dal Giudice minorile riguardano l'assenza di una disciplina - anche provvisoria - che consenta l'accesso dei figli minorenni ai colloqui visivi con i genitori, sottoposti al regime differenziato, ponendo in luce numerose contraddizioni della disciplina ordinaria e di quella legata all'emergenza sanitaria da Covid-19.

On "bilateral" dimension of the punishment in the strong prison: about frozen relationships and denied parenthood

With this paper, the author proposes to offer a first interpretation about the ordinance of constitutional legitimacy raised by the Juvenile Court of Reggio Calabria, called to decide on the protection of the subjective rights of a minor, a son of a parent imprisoned in the strong prison. The critical issues reported by the Juvenile Judge concern the absence of a discipline - even provisional - that allows the access of minor children to visual interviews with their parents, even if subjected to the strong prison. The Juvenile Court highlighted numerous contradictions both of the ordinary law and of the emergency law to Covid-19.

SOMMARIO: 1. Premessa: la dimensione "bilaterale della pena" - 2. L'emergenza sanitaria da Covid-19 e la tutela dei diritti fondamentali - 2.1. (Segue) In relazione alla disciplina dei colloqui visivi e telefonici - 2.2. (Segue) Il potenziamento delle tecnologie: la diffusione di Skype - 3. L'ibernazione degli affetti per il 41-bis nella normativa d'emergenza - 3.1. La via obbligata della Corte costituzionale: la soluzione del Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria - 3.2. La parziale "smentita" della Cassazione nei casi di impossibilità oggettiva - 4. Verso un ridimensionamento del regime differenziato e del regime ostativo ai benefici penitenziari, nel dialogo tra le Corti.

«[...] Se è vero che la pena si realizza per effetto della privazione della libertà, tuttavia, è egualmente innegabile che essa debba, al contempo, consentire trattamenti idonei al recupero sociale del reo, e, fra questi, indiscussa importanza va attribuita al mantenimento dei rapporti familiari, e soprattutto, al recupero di quelli genitoriali»¹.

1. Premessa: la dimensione "bilaterale della pena". Quando si tratta del tema dell'esecuzione penale, si rammentano principi cardine del sistema costituzionale di impronta individualistica: l'umanità della pena, il finalismo rieducativo, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio, la progressione nel trattamento, ecc. Principi costituzionali, espressione di civiltà giuridica, propri di una comunità non solo nazionale, ma anche sovra ed inter-nazionale. Oltre

¹ Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 15.

all'accento sulla dimensione individuale della persona detenuta, l'attenzione deve ricadere anche sugli effetti che l'esecuzione della pena detentiva produce sulle persone vicine al detenuto, dato che la relazione di vicinanza con la famiglia e con il contesto sociale rappresenta parte integrante del trattamento rieducativo e contribuisce ad aumentare le *chances* di riuscita del processo di reinserimento sociale. La cura per gli effetti indiretti della pena, su terze persone, diverse dal detenuto destinatario degli effetti diretti, comporta delle ulteriori riflessioni sui diritti soggettivi delle terze persone c.d. "qualificate", che, senza colpa, si vedono coinvolte in un meccanismo di privazione incidente sulla propria vita.

La portata c.d. "bilaterale della pena"² evidenzia l'insieme delle ricadute negative che l'esecuzione della pena detentiva ha sui familiari e sui figli - spesso minorenni - che vivono la pena come se fosse propria, essendo limitati nell'esercizio di diritti fondamentali, come quelli legati alla sfera affettiva e all'esercizio della genitorialità³. La stretta correlazione degli effetti diretti sul detenuto e quelli indiretti sui familiari diviene drammatica e raggiunge la massima esasperazione nei momenti di criticità del sistema carcerario: ad esempio, per problemi connessi al sovraffollamento carcerario⁴, alle condizioni precarie all'interno delle carceri che rendono più difficile la quotidianità⁵, fino all'emergenza sanitaria. Tutti fattori che contribuiscono ad accentuare le problematiche di un sistema, votato, in parte, all'esclusione e all'afflizione (insite nella funzione, prima di tutto, custodiale, del carcere)⁶.

2. L'emergenza sanitaria da Covid-19 e la tutela dei diritti fondamentali. La pandemia da *Covid-19* è entrata anche nelle carceri. Con il 25 febbraio 2020, infatti, l'Amministrazione penitenziaria ha emanato la prima nota, in materia

² Cfr. MATTHEWS, *Forgotten Victims. How prison affects the family*, London, 1983.

³ Sul punto, sia consentito il rimando a AMERIO, V. MANCA, *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in www.giurisprudenzapenale.com.

⁴ I numeri del sovraffollamento carcerario, nel 2020, sono tornati ad essere preoccupanti con n. 61.230 detenuti al 29 febbraio 2020; in diminuzione per effetto del decreto legge n. 18 del 17 marzo, convertito con legge del 24 marzo 2020, n. 27, e, per effetto, della pressoché totale sospensione dell'attività giudiziaria durante il periodo di emergenza sanitaria dal febbraio al maggio 2020, con il congelamento anche dei nuovi ingressi e dei trasferimenti tra gli istituti di pena. Al 31 agosto 2020, si registrano n. 53.921 detenuti presenti nelle carceri italiane.

⁵ Si allude anche al diverso problema, in alcuni casi correlato alle difficili condizioni di detenzione, del tasso dei suicidi in carcere, sempre molto alto: nel 2020, si sono segnalati n. 43 suicidi, a fronte di n. 53 nel 2019, e ben 67 nel 2018.

⁶ Cfr. GIORS, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, a cura di G. Mantovani, *Donne ristrette*, Torino, 2018, 58-103.

di contenimento della diffusione del *virus*, prescrivendo delle misure a carattere organizzativo, solo per le c.d. zone dichiarate “rosse” dal Governo, come, ad esempio, la Regione Lombardia e alcune Province del Nord-Ovest⁷. Non si registravano, quindi, preclusioni generalizzate: tuttavia, il timore che il *Covid-19* potesse diffondersi negli istituti penitenziari iniziava a farsi sentire anche nelle zone non allertate⁸. Il 26 febbraio 2020, il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria (d’ora in poi, anche solo DAP) imponeva l’estensione poi delle misure restrittive-sospensive a tutti gli istituti di pena della Penisola⁹, con la sospensione dei permessi premio e della misura alternativa della semilibertà, salvo prescrizioni più puntuali da parte della Magistratura di Sorveglianza, il divieto di accesso di operatori e volontari dall’esterno (con conseguenziale sospensione del lavoro penitenziario e di tutte le attività trattamentali, dagli sportelli individuali, ai laboratori di gruppo, alle attività scolastiche) e la sospensione dei colloqui visivi con i familiari¹⁰. La mancata comunicazione preventiva di tali provvedimenti, con la circolazione di notizie non corrette, né adeguatamente motivate, hanno destato forti malumori all’interno delle carceri, tanto da sfociare, in alcuni casi, in violente proteste, con la morte anche di numerosi detenuti¹¹.

La sospensione dei colloqui visivi, la prescrizione più sentita per i detenuti e

⁷ Per una lettura delle principali note del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, cfr. www.ristretti.it, nonché V. MANCA, *Covid-19 e carceri: un’emergenza al quadrato, umana e sanitaria*, in www.ilpenalista.it.

⁸ In tali termini, si è espresso l’Ufficio del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nel diario giornaliero stilato durante l’emergenza sanitaria; per un approfondimento, cfr. www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

⁹ Cfr. Nota del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria del 26 febbraio 2020, in www.giustizia.it.

¹⁰ Così, infatti, stabiliva il § 2 della Nota del DAP: «A tale scopo può risultare funzionale ed idoneo assumere provvedimenti che tendano a: sospendere le attività trattamentali, per le quali sia previsto o necessario l’accesso della comunità esterna; contenere le attività lavorative esterne e quelle interne per le quali sia prevista la presenza di persone provenienti dall’esterno; sostituire i colloqui con familiari o terze persone, diverse dai difensori, con i colloqui a distanza mediante le apparecchiature in dotazione agli istituti penitenziari (Skype) e con la corrispondenza telefonica, che potrà essere autorizzata oltre i limiti».

¹¹ Il 2 marzo, vengono recepite le indicazioni amministrative del DAP, all’interno del decreto legge n. 9 del 2020, con cui si prevedeva la sospensione degli accessi esterni, fino al 31 marzo; termine poi posticipato, con il decreto legge dell’8 marzo 2020, fino al 22 marzo. Tuttavia, con una maldestra opera di comunicazione, è stata diffusa la bozza di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in cui si dava conto di una sospensione notevolmente più lunga, fino al 31 maggio 2020. Tale mancato coordinamento di notizie e l’assenza di punti normativi di riferimenti, certi ed univoci, ha dato il via ad una serie di proteste all’interno delle carceri, che, in alcuni casi, sono sfociate in numerosi morti, ben tredici nel carcere di Modena. Per una lettura completa di tutti i provvedimenti legati all’emergenza da *Covid-19*, cfr. www.governo.it.

per i familiari sull'esterno, ha avuto applicazione immediata: in termini speculari al "divieto" di circolare, se non nei casi consentiti dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, per le persone libere. La natura tendenzialmente assoluta e generalizzata del divieto esplicava, perciò, i suoi effetti soprattutto sui familiari delle persone recluse, che, anche laddove avessero voluto, per motivi specifici (come l'età avanzata, lo stato di salute, anche mentale del proprio congiunto), non avrebbero comunque potuto raggiungere una diversa destinazione, ad eccezione del Comune/o Regione di residenza (con ciò assumendosi, tra l'altro, il rischio di contrazione del *virus* durante lo spostamento, di regola, impegnativo; si pensi che la quasi totalità dei detenuti in 41-*bis* ord. penit. oppure i detenuti ristretti nei circuiti di Alta sicurezza sono dislocati in Regioni del Nord Italia)¹².

2.1. (Segue) In relazione alla disciplina dei colloqui visivi e telefonici. Durante la primavera del 2020, dal febbraio ad aprile, quindi, i detenuti non hanno avuto la possibilità di usufruire di colloqui visivi con i familiari. Solo con il DPCM (ossia: decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) del 26 aprile 2020, il Governo apre alla possibilità - eccezionale - di un colloquio mensile

¹² Per una lettura critica dell'insieme dei provvedimenti connessi all'emergenza sanitaria, sia consentito il rinvio al lavoro monografico di V. MANCA, *Carcere ed emergenza sanitaria: soluzioni operative*, Milano, 2020; nonché FIORENTIN, *Decreto legge "Cura Italia": le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in www.ilpenalista.it. Sulla base dei dati pubblicati dal rapporto del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, ripresi da Antigone, risulta, al 3 gennaio 2019, che, all'interno delle sezioni 41-*bis* ord. penit., sono ristretti 748 detenuti (di cui 10 donne), non tutti definitivi (per l'esattezza solo n. 363), alcuni in posizione mista, altri, n. 5, a titolo di misura di sicurezza (fa specie il caso di un detenuto ristretto presso Tolmezzo sottoposto al regime del 41-*bis* ord. penit., a titolo di misura di sicurezza dalla casa lavoro, dal 1984). Le problematiche maggiori, inoltre, si riscontrano in relazione a Parma e a Milano-Opera, in cui si collocano la maggior parte di detenuti disabili e/o ricoverati presso reparti ospedalieri specializzati. Il più alto tasso di presenze di detenuti in 41-*bis* si ha con L'Aquila (n. 10 donne, di cui solo n. 4 definitive; uomini n. 153), seguito da Milano-Opera (n. 97 uomini) e da Sassari-Bancali (n. 87 uomini). Ancora. Ben 51 persone sono ristrette nelle c.d. "Aree riservate", istituite ex art. 32 del reg. esec. Di notevole interesse, anche se afferente a dati del 2015/2016, comunque di poco precedenti alla rilevazione da ultimo citata, è la fotografia scattata dal rapporto della Commissione straordinaria sui diritti umani del Senato, da cui si ricavano ulteriori elementi significativi: (i) la durata del regime: per il 26% delle persone recluse, il regime ha una durata oscillante tra i 10 ed i 20 anni, con una percentuale minima di persone sottoposte al 41-*bis* ord. penit., da oltre 20 anni (se non 30 anni); (ii) lo status di condannato: solo il 45,6% è definitivo, mentre per un 26%, si ha una parte di detenuti in fase cautelare, e, per il resto, in posizione mista. Residua lo 0,5% a titolo di misura di sicurezza; (iii) il titolo di reato: ben il 70,8% delle persone recluse ai sensi del 2° co. dell'art. 416 c.p. (a titolo di partecipazione), mentre solo il 21,3% ha una condanna/imputazione con una posizione al vertice; (iv) la compagine criminale di appartenenza: per il 21,7% di affiliati alla 'Ndrangheta; n. 26,6% a Cosa Nostra; n. 40,3% alla Camorra (per un approfondimento, cfr. www.garantenazionaleprivatiliberta.it e www.antigone.it).

per le persone ristrette, con il previo necessario coordinamento tra le direzioni locali, i provveditorati e le autorità sanitarie regionali per l'individuazione del numero massimo di accessi di esterni negli istituti penitenziari e la predisposizione di misure preventive-organizzative dal punto di vista sanitario¹³.

Con l'avvio della c.d. fase 2, in aprile, e quella c.d. fase 3, dal giugno, le carceri hanno ripreso ad accogliere il flusso di familiari anche in presenza¹⁴.

Se, con riguardo alla disciplina dei colloqui visivi, si è assistito ad una contrazione dell'esercizio del diritto, con riguardo, invece, alla disciplina dei colloqui telefonici, si è registrata una maggiore flessibilità – consentita alla deroga disposta dal Governo e dalle diverse note del DAP¹⁵ – da parte delle direzioni locali, che hanno autorizzato le chiamate “straordinarie”, eccezionalmente a quanto previsto dagli artt. 18 ord. penit. e 39 del reg. esec. (cioè: d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) per numero e per modalità, anche sui numeri di cellulari (e non più solo sulle linee telefoniche fisse; questo specie per i detenuti in Alta sicurezza).

Con nota del 12 marzo 2020, il DAP ha quindi autorizzato l'utilizzo anche del numero di cellulare per le chiamate con i familiari (in automatico, se congiunti o familiari già autorizzati dall'Amministrazione, o previa verifiche, in caso di persone mai autorizzate). Il ricorso al numero di cellulare è stato consentito anche per le telefonate al difensore: una possibilità prima mai concessa, che ha reso praticabile la continuità della difesa, anche durante l'emergenza sanitaria. Il flusso di chiamate, in intensità differenti a seconda della struttura carceraria, è proseguito per tutta la fase dell'emergenza sanitaria e continua ad oggi: non sono state, infatti, emanate circolari contrarie da parte dell'Amministrazione penitenziaria, che ha autorizzato la continuità delle deroghe anche per i detenuti in Alta sicurezza, con il titolo di reato di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.¹⁶.

Tale è stata la linea seguita dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, anche in ragione della novella legislativa che è sopraggiunta, con la legge di conversione 25 giugno 2020, n. 70, del decreto legge n. 28 del 2020: l'art. 2-*quinqüies*, destinato a incidere in maniera significativa sulla disciplina

¹³ Per una visione della nota, cfr. www.giustizia.it.

¹⁴ Cfr. V. MANCA, *Carcere ed emergenza sanitaria: soluzioni operative*, cit.

¹⁵ Sul punto, si veda www.governo.it per le fonti normative; per la raccolta di tutte le circolari e delle note sia del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria sia del Dipartimento di Comunità e di Giustizia minorile, in www.ristretti.it.

¹⁶ Un minimo dubbio applicativo si è generato sull'emanazione solo provvisoria di una nota contraria del DAP per i detenuti in Alta sicurezza, poi revocata, ripristinando il regime straordinario (v. le due note del 27 marzo 2020 e quella successiva del 16 giugno; pubblicate in www.ristretti.it).

dei colloqui telefonici prevista ai sensi dell'art. 39 del reg. esec., prevede, infatti, che il numero delle telefonate autorizzate può derogare a quello generale (sei al mese, per i detenuti comuni, e quattro per i detenuti in regime ostativo, di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.), laddove vi siano motivi di urgenza o di particolare rilevanza, o ancora in caso di trasferimento¹⁷. Una dicitura testuale - ad avviso di chi scrive - più ampia rispetto alla versione precedente, che prevedeva l'autorizzazione a chiamate "straordinarie" solo in presenza di motivi di particolare rilevanza, derivanti dalla presenza di prole di minore età o di trasferimento: con la nuova formulazione si attribuisce, invece, maggiore autonomia e discrezionalità alle Direzioni degli istituti per la valutazione dei casi di urgenza o di particolare rilevanza, come, ad esempio, nel caso di emergenza sanitaria in corso, per la mancanza di colloqui visivi con i familiari¹⁸.

2.2. (Segue) Il potenziamento delle tecnologie: la diffusione di Skype. Cruciale nel processo di mantenimento del contatto con i familiari, con il difensore e con gli operatori penitenziari (con questi da includersi i garanti, i docenti, ecc.) è stato il ricorso alla tecnologia, mediante il potenziamento della piattaforma *Skype for business* e del programma *Whatsapp*: anche in questo caso, si tratta di possibilità, che il Dipartimento non aveva mai colto strutturalmente, dato che l'ultima circolare in cui si autorizzavano colloqui visivi, con l'ausilio della tecnologia non era stata attuata su larga scala, anche per la mancanza di risorse adeguate (dal cavo *Internet*, alla linea telefonica, alla strumentazione elettronica, dal *personal-computer*, al *tablet* o allo *smartphone*, di cui

¹⁷ Ai sensi dell'art. 2-*quienquies*, si cambia anche il co. 2 dell'art. 39 del d.P.R. n. 230 del 2020, per cui si prevede che l'autorizzazione può essere concessa una volta al giorno se la corrispondenza telefonica si svolge con figli minori o figli maggiorenni portatori di una disabilità grave; è, inoltre, concessa nei casi in cui riguardi il coniuge o la parte di un'unione civile con persona stabilmente convivente o legata da relazione affettiva, o, ancora con il padre, la madre, il fratello o la sorella del condannato qualora gli stessi siano ricoverati presso strutture ospedaliere. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del co. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., l'autorizzazione non può essere concessa più di una volta a settimana; estranei da queste innovazioni i detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit.; sul punto, sulla differenziazione della disciplina per il regime differenziato e per i circuiti di Alta sicurezza, cfr., per tutti, FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 4 ss.; FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in a cura di Mazza, Viganò, *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 395 ss.; nonché in chiave monografica, anche cfr. 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, 2016.

¹⁸ Cfr. sul punto, si consenta il rinvio a V. MANCA, *Il regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano, 2020, 91-93.

si è dotata l'Amministrazione penitenziaria, anche grazie ad una copiosa donazione da parte di una compagnia telefonica).

L'innovazione ha, perciò, riguardato l'applicabilità di tali disposizioni a tutte le tipologie di detenuti, sia per i detenuti comuni o di media sicurezza, sia per i detenuti in regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.: per i primi, i colloqui visivi si sono svolti con maggiore regolarità, grazie anche ad uno sforzo organizzativo da parte delle Direzioni e della Polizia penitenziaria nel verificare la regolarità della connessione, nel predisporre fasce orarie e postazioni adeguate, ecc.; con più rigidità – stante il limite normativo – per i detenuti con un reato annoverato nell'art. 4-*bis* ord. penit., per i quali è stata predisposta la possibilità di usufruire di un colloquio a settimana di un'ora ciascuno (per il numero massimo di quattro colloqui), a differenza delle modalità visive, per evidenti questioni organizzate, dovendo autorizzare più persone, nell'arco della medesima giornata.

Dall'insieme delle misure adottate dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, emerge come l'ordinamento penitenziario contenga al suo interno già degli strumenti cruciali per la tenuta del sistema nel suo complesso e per l'effettività dei diritti dei detenuti, anche in tempo di emergenza sanitaria¹⁹.

3. L'ibernazione degli affetti per il 41-bis nella normativa d'emergenza. Se, quindi, si è colta con favore la novità proposta dal Dipartimento, anche con riguardo ai detenuti in Alta sicurezza, si è da subito criticata, invece, la diversa impostazione di trattamento adottata per i detenuti in regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.: tale categoria, infatti, è stata totalmente esclusa da qualsiasi deroga alla disciplina dei colloqui telefonici e visivi. Solamente con la nota del DAP, del 21 marzo 2020, si è precisato che i familiari della persona ristretta al 41-*bis* ord. penit., in mancanza della possibilità di effettuare il colloquio visivo – uno al mese – avrebbero potuto accedere alla telefonata, che si sarebbe effettuata o presso il comando dei carabinieri o presso la struttura penitenziaria più vicina al luogo di residenza del familiare, per evitare spostamenti ulteriori fuori dalla Regione. In altri termini, il Legislatore anche in fase di emergenza non ha inteso alterare la disciplina di cui all'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) ord. penit.; scelta che però, dall'altra, ha comportato delle pesanti ricadute sui familiari, evidenziando la c.d. “portata bilaterale della pena” – come si è detto in apertura – , dato che si sono colpiti in modo emblematico i familiari, e soprattutto, i figli minori «lesi, senza colpa,

¹⁹ Per tutti, LOCCHI, PETTINARI, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 20 ss.

nel diritto di crescere accanto ai propri genitori e in un ambiente che ne favorisca il sano sviluppo psicofisico»²⁰.

Il DAP, infatti, con nota del 27 marzo 2020, ha voluto precisare come «la concessione di un ulteriore colloquio telefonico, in aggiunta a quello sostitutivo spettante per i detenuti, sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis*, co. 2 c.p.»²¹ sia da intendersi per il numero massimo di due familiari per colloquio, con esclusione della presenza dei figli minori. L'ulteriore circolare del 12 maggio 2020, che consente il ripristino dei colloqui in presenza, nulla aggiunge circa la disciplina del 41-*bis* ord. penit.: così anche il decreto legge n. 29 del 2020, ai sensi dell'art. 4, che consente la prosecuzione delle modalità a distanza per i colloqui visivi; né l'art. 2-*quienquies* del decreto legge n. 28 del 2020, così come convertito dalla legge di conversione, che, pur ampliando la discrezionalità delle Direzioni degli istituti, non interviene in materia di 41-*bis* ord. penit.²².

3.1. La via obbligata della Corte costituzionale: la soluzione del Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria. È evidente, quindi, che l'assenza di una normativa d'emergenza sulla situazione sanitaria ha comportato di fatto la privazione totale dell'esercizio della genitorialità da parte dei detenuti ristretti al 41-*bis* ord. penit.

Il *vulnus* al diritto alla genitorialità e alla tutela dei diritti del figlio minore si fa sentire pesantemente nella realtà pratica della gestione dei casi: con ordinanza

²⁰ Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 6.

²¹ Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 8.

²² In chiave critica, DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in www.sistemapenale.it; FIORENTIN, *Con controlli cadenzati sui casi blindate le procedure per i benefici*, in *Guida al diritto*, 2020, 23; GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra emnesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in www.sistemapenale.it; GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria e differimento pena nelle forme della detenzione domiciliare: il fardello della M. di sorveglianza. Note a Trib. Sorv. Milano, 31.3.20*, in www.giustiziainsieme.it; ID., *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in www.giurisprudenzapenale.com; ID., *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n. 29*, in www.giustiziainsieme.it; V. MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, in www.giurisprudenzapenale.com; ID., *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro) riforma*, *ivi*; MINNELLA, *Emnesimo d.l. per "monitorare" le scarcerazioni legate all'emergenza coronavirus di imputati e condannati*, in www.ilpenalista.it; MASSARI, *Passione, Azioni ed omissioni; far finta di essere sani*, in www.dirittodidifesa.eu; PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, *ivi*; SPANGHER, *Un differimento ora più giustificato dall'esigenza di adeguare le strutture*, in *Guida al diritto*, 2020, 22.

del 9 giugno 2020, infatti, il Tribunale dei minorenni, su sollecitazione della Procura, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata l'assenza di una previsione - anche provvisoria - che consenta il mantenimento del rapporto genitore-figlio, anche laddove il genitore sia sottoposto al regime speciale di detenzione. La norma di riferimento è l'art. 4 del decreto legge n. 29 del 2020, trasfuso nell'art. 2-*quinqüies* del decreto legge n. 28 del 2020, così come convertito con le modifiche della legge di conversione n. 70 del 2020: la mancanza di una regolamentazione per i detenuti di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. si ripercuote sulla posizione del figlio minore - i cui diritti rammenta il Tribunale - sono deducibili proprio dalla magistratura minorile. Si premette, infatti, che «la bilateralità della relazione giuridica tra figlio minore e detenuto pone pertanto la preliminare questione della legittimazione di questo Tribunale per i minorenni a sollevare la questione di costituzionalità della norma indicata»²³. Non solo. Il Tribunale evidenzia l'onere che incombe sulla giurisdizione civile minorile - chiamata a decidere sulla gestione della genitorialità nell'interesse esclusivo del minore - di risolvere qualsivoglia criticità che impedisca la tutela del diritto soggettivo del minore a mantenere rapporti affettivi e a ricevere dal genitore - anche se detenuto - un'educazione coerente ai valori costituzionali, «fattori tutti idonei a consentire al minorenne un adeguato sviluppo della sua personalità (diritto inviolabile di rango costituzionale che connota i valori della persona umana)»²⁴.

La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale si ravvisa secondo il Tribunale dei minorenni, in diversi punti: in primo luogo, si segnala un'evidente disparità di trattamento tra i figli minorenni di detenuti ordinari e quelli di detenuti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., con la «correlata violazione di diritti inviolabili come quello di intrattenere rapporti affettivi con i familiari detenuti, idonei a garantire un corretto sviluppo della personalità ed una condizione di benessere psico-fisico del minore»²⁵. Con ciò si ritengono violati gli artt. 2, 3, 30 della Costituzione: così si conclude per gli ulteriori parametri costituzionali di cui agli artt. 31, secondo comma e 32, nella misura in cui le istanze di promozione e tutela della infanzia e della gioventù subiscono una totale compressione, all'interno del bilanciamento degli interessi, rispetto alle esigenze di sicurezza e ordine pubblico.

L'azzeramento degli interessi del minore, in assoluto, a fronte di interessi contrapposti mal si concilia con l'approdo più recente della Corte costituzio-

²³Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 9.

²⁴Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 9.

²⁵ Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 10.

nale, che sin dalle prime pronunce degli anni '90, fino alla più vicina, la n. 97 del 2020, impongono al legislatore - anche rispetto alla disciplina di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. - la massima attenzione in materia di bilanciamento²⁶. Sul punto, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che: «*Da questo punto di vista, l'applicazione necessaria e generalizzata del divieto di scambiare oggetti anche ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, sconta il limite di essere frutto di 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. È, in definitiva, la previsione ex lege del divieto assoluto a costituire misura sproporzionata, anche sotto questo profilo in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.*»²⁷. In sostanza, anche in questo caso, si procede all'introduzione di una preclusione assoluta, fondata da una presunzione di pericolosità sociale, che non consente margini di manovra contrari, alla luce del caso concreto: ragionando in tali termini, risultano violati anche gli artt. 3 e 27 della Costituzione, dato che «alla compressione di una forma minima di socialità - estrinsecatesi, peraltro, nell'ambito di una cerchia assai ristretta di soggetti - non corrisponde un accrescimento delle garanzie di difesa sociale e sicurezza pubblica»²⁸.

In definitiva, tale preclusione non consente al detenuto di poter recuperare correttamente il rapporto con il figlio minore, e, quindi, indirettamente di reinserirsi in famiglia e nel contesto sociale di appartenenza, «emendando la sua condotta che ha provocato e sta provocando (con la lunga carcerazione) enorme sofferenza pure alla prole minore»²⁹.

Il secondo punto di non manifesta infondatezza viene ravvisato nella contrarietà della normativa d'emergenza con le fonti sovranazionali, che valorizzano l'interesse del minore come diritto soggettivo preminente; così per la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza del 1989. Sulla base della grammatica internazionale comune, si è introdotto

²⁶Cfr. Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143, in cui la Consulta ha precisato che: «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», dato che «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti non può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost.». Sul punto, v. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2013, 2, 199.

²⁷Cfr. Corte cost., 5 maggio 2020 (dep. 22 maggio 2020), n. 97, in www.cortecostituzionale.it.

²⁸Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 14.

²⁹Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 14.

nell'ordinamento giuridico il concetto di “*best interest of child*”, che deve essere perseguito tanto dal legislatore quanto dal giudice ed essere considerato preminente, laddove siano coinvolte dinamiche essenziali del minore, specie se in tenera età. In ragione della preminenza della posizione del minore, dovrebbero essere individuate tutte quelle misure che hanno diretta incidenza sulla vita del minore o che si ripercuotono sulla vita di esso, in relazione a soggetti qualificati, come i genitori (c.d. “*action concerning children*”)³⁰.

Dello stesso tenore sono anche le fonti europee, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi anche solo CEDU). Con riguardo alla CEDU, il Tribunale riconduce la preminenza degli interessi del minore all'interno degli artt. 14, 8 e, infine, dell'art. 3 CEDU³¹.

Sempre in ambito del Consiglio d'Europa, vengono in considerazione anche le Regole penitenziarie europee, agli artt. 24, 64 e 65: secondo il Tribunale dei minorenni, dall'analisi delle fonti, emerge una precisa linea interpretativa da adottare sul trattamento sanzionatorio e sulla pena a carico dei genitori, che non dovrebbe mai avere una ricaduta tale da annullare i diritti soggettivi dei figli minori; «aspetto di precipuo interesse costituzionale del quale il Legislatore si deve fare carico e dal quale il Giudice non può non farsi orientare nelle questioni sottoposte alla sua attenzione e che comportano una delicata riflessione sul bilanciamento degli interessi emergenti di volta in volta»³².

Tale onere dovrebbe, quindi, anche alla luce dell'art. 1 CEDU, in materia di obblighi positivi, essere esteso anche all'Amministrazione penitenziaria, nell'applicazione ordinaria della legge sull'ordinamento penitenziario e nelle fonti di rango inferiori, come le circolari, *in primis*, quella in relazione al regime detentivo speciale (v. quella del 2 ottobre del 2017)³³.

Il Tribunale dei minorenni prosegue nella delineazione dei punti di incostituzionalità, ravvisando medesime criticità - non solo sulla normativa d'emergenza - ma anche rispetto alla normativa ordinaria, di cui all'art. 41-

³⁰Per un approfondimento delle fonti internazionali, v. LOCHI, PETTINARI, *L'utilizzo di Skype in carcere al fine del mantenimento e del rafforzamento dei rapporti dei detenuti con il mondo esterno*, cit., 2-6.

³¹In una prospettiva comparata, cfr., per tutti, CONDRY, SCHARFF SMITH, *The Sociology of Punishment and the Effects of Imprisonment on Families, in Prisons, Punishment, and the Family. Towards a New Sociology of Punishment?*, a cura di Condry, Scharff Smith, Oxford, 2018, 4 ss.

³²Cfr. Trib. min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., *inedita*, 17.

³³Si allude alla Circolare DAP del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, con cui, da una parte, si aspira a garantire un'uniformità di trattamento, mediante la razionalizzazione di tutte le precedenti circolari, riunite in un documento unico; dall'altra, si tenta di circoscrivere l'ambito di operatività del regime, riportando l'attenzione alla sua *ratio* originaria, di prevenzione e difesa sociale: le prescrizioni, quindi, «*non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata*».

bis, co. 2-*quater* lett. b), terzo periodo, ord. penit.: i parametri violati, infatti, sono gli stessi, artt. 2, 3, 27, 30, 31, co. 2, 32 e 117 della Costituzione (quest'ultima disposizione come parametro interposto agli *standard* convenzionali di tutela dei diritti umani). Secondo il Giudice minorile, l'assenza di una previsione normativa che consenta lo svolgimento dei colloqui coi figli minori per genitori in regime di 41-*bis* ord. penit. è una violazione che trova le proprie ragioni nella tutela costituzionale dello sviluppo della personalità del minore e del rapporto indispensabile – per una educazione adeguata ai principi costituzionali – con i propri genitori, anche se reclusi.

La possibilità, infatti, che il minore possa svolgere dei colloqui in modalità a distanza, protetti, in luoghi più adeguati e familiari del carcere, con il supporto del familiare e/o degli assistenti sociali, all'interno di un percorso di avvicinamento graduale al proprio genitore, rappresenta una potenzialità che il sistema penitenziario deve garantire, a fronte della preminenza dell'interesse del minore.

Su altro versante, la modalità a distanza dei colloqui – che si è rivelata vincente per la tenuta del sistema carceri durante l'emergenza sanitaria – può assicurare comunque un importante margine di sicurezza intramuraria ed esterna, lasciando immutate le esigenze proprie del 41-*bis* ord. penit. Infatti, il Tribunale dei minorenni precisa che, in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, residuerebbe la piena discrezionalità in capo all'Amministrazione penitenziaria nel delineare le modalità concrete di organizzazione e gestione del colloquio a distanza, così come la stessa scelta della tipologia di colloquio (se con il sistema della video-conferenza, con *Skype*, ecc.)³⁴.

L'ordinanza di rimessione si può apprezzare anche nel passaggio in cui, nelle more della decisione della Corte costituzionale, rileva l'illegittimità della circolare amministrativa del DAP del 27 marzo 2020, in cui vieta l'accesso dei figli minori ai colloqui telefonici sostitutivi dei colloqui visivi e, questo, in assenza di una disposizione normativa al riguardo (la cui assenza è palese sia nell'art. 4 del decreto legge n. 29 del 2020, ma anche nello stesso art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b) ord. penit.).

Come spesso è accaduto, in materia di 41-*bis* ord. penit. – si pensi alla questione della permanenza all'aria aperta – il DAP fornisce interpretazioni anche più rigorose del dettato normativo, generando dubbi applicativi e frizioni,

³⁴In linea con l'orientamento della Prima Sezione della Cassazione, espresso con Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 7654, in www.dejure.it.

anche non sanabili, con la magistratura di sorveglianza³⁵. Nell'ordinanza si rammenta come le circolari siano atti privi di forza vincolante, per i soggetti terzi, lo sono per gli organi destinatari solo se legittime: in nessun caso, inoltre, possono contenere disposizioni derogative di norme di legge, né essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie. In questo caso, la circolare del DAP del 27 marzo 2020 ha ristretto il campo di esercizio del diritto per i colloqui telefonici, vietandone, in assoluto, l'accesso ai figli minori: per il Giudice civile ciò non è ammissibile: nel rispetto della gerarchia delle fonti e della superiorità della legge ordinaria, si deve procedere con la disapplicazione della circolare amministrativa, demandando all'Amministrazione penitenziaria e, in particolar modo, alla Direzione dell'istituto penitenziario, il compito di organizzare, nell'immediato, i colloqui - solo telefonici e sostitutivi - tra genitore detenuto in 41-*bis* ord. penit. e il figlio minore.

3.2. La parziale "smentita" della Cassazione nei casi di impossibilità oggettiva.

In materia, da ultimo, si è pronunciata anche la Suprema Corte³⁶: la Prima Sezione della Cassazione, infatti, discostandosi da un proprio precedente che aveva negato l'accesso a modalità alternative di svolgimento dei colloqui visivi, per l'assenza di una regolamentazione normativa, ha aderito all'orientamento contrario, che, in determinate circostanze, riteneva pienamente legittimi le autorizzazioni per i colloqui visivi tra coniugi, con il sistema della videoconferenza³⁷.

Secondo la Cassazione, quindi, la mancanza di una regolamentazione è da imputarsi all'Amministrazione penitenziaria e non può ricadere sulle persone interessate, al punto da sopprimere totalmente un diritto soggettivo: la pronuncia è di rilievo anche nella misura in cui afferma chiaramente il diritto della persona reclusa al mantenimento della vita familiare e del contatto con i propri congiunti. Tale diritto deve essere garantito - in un'ottica di bilanciamento di interessi - anche per il tramite del sistema della videoconferenza, o

³⁵Così come si è verificato in relazione alla permanenza all'aria aperta, in ragione dell'interpretazione restrittiva delle circolari del DAP, dal 2003 al 2009, fino a quella più recente del 2017, fino all'intervento della Corte di Cassazione; sul punto, cfr. ADDANTE, *Il diritto alla permanenza all'aria aperta per il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale: un'evasione dalla legalità*, in *Arch. pen.*, I, 2017, 371-380; nonché V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, *ivi*, 2017, 2, 9 ss.

³⁶Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, in *www.dejure.it*.

³⁷Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 marzo 2019, n. 16557, in *www.dejure.it*.

con le modalità che l'Amministrazione penitenziaria è chiamata a individuare - soprattutto nei casi di impossibilità oggettiva o di gravissima difficoltà ed onerosità a svolgersi con le modalità ordinarie³⁸.

La Cassazione individua tale opportunità, come possibilità estrema, laddove le altre modalità *standard* non siano eseguibili: ciò perché nessuna norma dell'ordinamento penitenziario preclude di estendere tali modalità al regime del 41-*bis* ord. penit., né la norma di legge, né la normativa emergenziale. L'art. 4 del decreto legge n. 29 del 2020, così come trasfuso nell'art. 2-*quinquies* del decreto legge n. 28 del 2020, nel consentire la prosecuzione anche con le modalità a distanza, non impedisce espressamente tale opportunità al regime del 41-*bis* ord. penit.; dove, invece, lo si è voluto fare, il Legislatore lo ha chiaramente indicato (come ad es., nell'art. 2-*sexies*, in materia di colloqui telefonici, in modifica dell'art. 39 del d.P.R. n. 230 del 2000, che esclude l'applicabilità al 41-*bis* ord. penit.).

La decisione della Cassazione prosegue nel solco già tracciato dall'ordinanza del Tribunale dei minorenni nel tentativo di riportare a conformità costituzionale l'ordinamento penitenziario, fornendo un'interpretazione evolutiva della disciplina normativa dei colloqui. La Corte di Cassazione, pur all'interno di un caso particolare, si spinge oltre, indicando all'Amministrazione penitenziaria le vie da seguire per attuare un diritto chiaramente qualificato come soggettivo e costituzionalmente orientato.

Si potrebbe dire, in apparenza, che la Cassazione abbia già individuato il percorso argomentativo per legittimare i colloqui a distanza anche per i figli minorenni, dato che, all'interno della nozione di impossibilità oggettiva potrebbe ben collocarsi il diritto del minore a mantenere il contatto con il genitore detenuto, se allo stato non vi sono altri modi normativi consentiti di svolgimento del colloquio visivo. Nella nozione di "impossibilità oggettiva" e/o "di gravissime difficoltà" esecutive possono collocarsi inoltre molteplici situazioni, ad es., tutte quelle legate all'emergenza sanitaria da *Covid-19* e alla prevenzione del rischio di contrazione dello stesso, con spostamenti che dovrebbero essere evitati, o, in presenza di sintomatologie legate al *virus*; o, ancora, tutte quelle situazioni legate alle difficoltà organizzative della Direzione e dell'Amministrazione penitenziaria; oppure, anche tutte quelle situazioni connesse a profili "soggettivi" del detenuto e della propria famiglia, dall'età, ai problemi di salute, alle difficoltà economiche, alla presenza di altre carcerazioni simultanee, ecc.

³⁸Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, cit.

Anche dalla luce della posizione della Cassazione, risulta evidente la rilevanza della questione sollevata dal Giudice minorile: di rilievo, in prima battuta, sarà l'applicazione che ne verrà data dall'Amministrazione e dalla Direzione e dagli effetti a catena che si avranno sull'esecuzione della pena del detenuto genitore, con l'interpretazione della Magistratura di Sorveglianza.

4. Verso un ridimensionamento del regime differenziato e del regime ostativo ai benefici penitenziari, nel dialogo tra le Corti. Il processo di “sgretolamento” delle preclusioni assolute è ormai in corso, più intensamente, da qualche anno, ad opera delle numerose pronunce della Corte costituzionale, sia con riguardo nello specifico al 41-*bis* ord. penit., sia più, in generale, con riguardo al regime ostativo ai benefici penitenziari³⁹. Di pochi giorni fa, è infatti il comunicato della Cassazione che annuncia il promovimento della questione di legittimità costituzionale dell'applicazione del regime del 41-*bis* ord. penit. alle persone internate, sottoposte alla misura di sicurezza della casa di lavoro⁴⁰. Non solo. Fa ancora discutere, per le sue sorti applicative, demandate all'Amministrazione penitenziaria, la pronuncia della Corte costituzionale n. 97 del 2020 sulla illegittimità del divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità⁴¹; così come quella n. 186 del 2018 sulla contrarietà a Costituzione del divieto di cottura dei cibi in cella, da parte dei detenuti in regime speciale. Sulla tutela dei figli minori, non può inoltre non citarsi la pronuncia della Corte costituzionale n. 376 del 1997⁴²; così come in materia di colloqui con il difensore, la n. 143 del 2013⁴³. Più in generale, in materia di tutela del minore, in relazione al mantenimento del rapporto con il genitore, anche se recluso, sono seguite importantissime pronunce della Corte costituzionale, che hanno di fatto riscritto la misura della detenzione

³⁹Si consenta il rinvio al lavoro monografico in materia, cfr. V. MANCA, *Il regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, cit., 1-9.

⁴⁰Si allude al comunicato della Prima Sezione della Corte di Cassazione, con ord. n. 1944/2020, dell'11 settembre 2020.

⁴¹Cfr. Corte cost., 5 maggio 2020 (dep. 22 maggio 2020), n. 97, cit.

⁴²Cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, con nota di CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 12, 3179 ss.; più recente, Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, con nota di DE VITO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di cottura dei cibi per i detenuti in 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2018, 5, 2088C.

⁴³Cfr. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2180 ss.; sul fronte sovranazionale, di recente si assiste alla valorizzazione del diritto di difesa, ritenuto come un diritto soggettivo “rafforzato”, anche in relazione ai detenuti ritenuti altamente pericolosi, cfr. Corte EDU, 09.04.2019, *Altay* (n. 2) c. *Turchia*, ric. n. 11236/09. In senso parzialmente contrario, la giurisprudenza italiana, in un recente arresto, Cass. pen., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 231820, in *www.dejure.it*.

domiciliare, eliminando numerose preclusioni assolute: tra le molte, come non menzionare le sentenze nn. 239 del 2014, 76 del 2017, alla più recente n. 18 del 2020⁴⁴.

Più in generale, ancora, il percorso risulta ormai inarrestabile anche rispetto alla stessa legittimità costituzionale del regime ostativo ai benefici penitenziari: la sentenza n. 149 del 2018⁴⁵, per gli autori dei reati di sequestro di persona a scopo estorsivo e per finalità di eversione dell'ordine democratico, e quella n. 253 del 2019⁴⁶, per gli autori di reati in materia di associazione per delinquere di stampo mafioso hanno tracciato un solco indelebile, un punto di non ritorno, di massima civiltà giuridica, riconoscendo il diritto alla rieducazione e la possibilità di beneficiare degli effetti della stessa nel proprio reinserimento sociale, a tutte le persone reclusi, a prescindere dal titolo di reato.

Il punto di forza di tali pronunce risiede in una più corretta distribuzione dei compiti istituzionali tra il Legislatore e la Magistratura di Sorveglianza, quest'ultima definita anche come la giurisdizione della rieducazione, chiamata alla rivalutazione in concreto della persona ristretta. Il superamento delle preclusioni assolute, pur lasciando piena autonomia valutativa al Legislatore nell'individuazione dei requisiti di accesso ai benefici penitenziari, riattribuisce il potere di verifica del caso concreto alla Magistratura di Sorveglianza, che può valutare il superamento del requisito "ostativo" all'accesso ai benefici penitenziari.

Battaglie di civiltà giuridica, che, nonostante il clima politico di diffidenza e sfiducia verso un potere dello Stato, e a fronte di un Legislatore in controtendenza sulla normativa d'emergenza⁴⁷, procedono a passo spedito verso

⁴⁴ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, con nota di SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 3940B ss.; Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76, con nota di SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, ivi, 2017, 2, 733 ss.; Corte cost., 15 gennaio 2020, n. 18, con nota di APRILE, *Osservazioni: C. cost., data udienza (15 gennaio 2020), data deposito 14 febbraio 2020, n. 18*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 1839 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, in *Cass. pen.*, 2018, 4, 1657, con nota di FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione della condanna*; cfr., altresì, PUGIOTTO, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione della condanna*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1646 ss.

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *Cass. pen.*, 2020, 3, 1019, con nota di FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*; nonché, tra i molti, DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, 0259B.

⁴⁷ Si allude alle questioni di legittimità costituzionali pendenti sul decreto legge n. 29 del 2020, sollevate dal Trib. Sorv. Sassari, 9 giugno 2020 e Uff. Sorv. Spoleto, 26 maggio 2020 e 18 agosto 2020, con nota di V. MANCA, *"The match goes on": il Magistrato di Sorveglianza solleva nuovamente questione di*

orizzonti più ampi, dalle vedute di sistema, connotati da fini costituzionali e obiettivi incentrati sul recupero della persona detenuta, come parte integrante della società.