

## LA COMUNICAZIONE PERSONALE DEL DETENUTO: DAGLI ALBORI NORMATIVI ALLA GIURISPRUDENZA POST PANDEMIA

Italo Iovine\*

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- *Excursus* storico: da illecito amministrativo a reato; 3.- La disciplina penitenziaria; 4.- I poteri del direttore e i poteri del magistrato: tutela amministrativa o giurisdizionale?; 5.- Garanzie costituzionali; 6.- La disciplina delle telefonate in carcere rispetta l'obbligo di motivazione giudiziale?; 7.- Le limitazioni amministrative ai colloqui e alle telefonate sono equiparabili alle limitazioni imposte a causa della pandemia Covid-19?; 8.- La sent. n. 105/2023 della Corte costituzionale; 9.- Il decreto-legge n. 92 del 4 luglio 2024: si può parlare di un decreto costituzionalmente garantito?; 10.- Le prospettive *de iure condendo* della riforma dell'ordinamento penitenziario.

### 1.- Premessa

Il tema della comunicazione del detenuto con l'esterno assume rilievo centrale nell'ordinamento giuridico, poiché impone un delicato bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali della persona ristretta e le esigenze collettive di sicurezza e ordine pubblico. Nel sistema costituzionale, il diritto al mantenimento delle relazioni familiari trova espresso riconoscimento negli articoli 29, 30 e 31 Cost., ed è garantito anche in stato di detenzione, in quanto la privazione della libertà personale non comporta, di regola, la compressione automatica di tali rapporti, salvo che ciò sia giustificato dal prevalere di interessi costituzionali contrapposti<sup>1</sup>. Nel delineare l'ordinamento penitenziario del 1975, il legislatore ha recepito tale impostazione, riconoscendo espressamente il diritto dei detenuti ai colloqui con i familiari. L'articolo 18, comma 1, ord. penit., utilizzando la formula "sono ammessi ai colloqui"<sup>2</sup>, esclude una discrezionalità amministrativa sull'an

\* Agente di Polizia penitenziaria nonché cultore di Procedura penale presso l'Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano 2012, p. 311.

<sup>2</sup> Art. 18. *Colloqui, corrispondenza e informazione*: - 1. I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici.

2. I detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall'articolo 104 del codice di procedura penale, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena. Hanno altresì diritto di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti.

3. I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia.

dell'esercizio del diritto, a differenza di quanto avviene per i colloqui telefonici, che l'articolo 39, comma 2, ord. penit. subordina a una specifica autorizzazione<sup>3</sup>. Da questa distinzione emerge la scelta legislativa di non configurare il colloquio telefonico come diretta estrinsecazione del diritto al mantenimento delle relazioni familiari, bensì come strumento funzionale alla finalità rieducativa della pena. Le comunicazioni telefoniche, infatti, sono concepite come mezzo di attenuazione del rigore del regime detentivo e di sostegno al reinserimento sociale, e risultano pertanto suscettibili di compressione in presenza di interessi costituzionali prevalenti. In tale prospettiva, il legislatore e la normativa regolamentare attribuiscono un valore differenziato alle comunicazioni del detenuto, riconoscendo una tutela rafforzata ai rapporti con familiari e conviventi rispetto ai contatti telefonici con soggetti terzi<sup>4</sup>.

---

I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici.

4. Particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari.

5. L'amministrazione penitenziaria pone a disposizione dei detenuti e degli internati, che ne sono sprovvisti, gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza.

6. Può essere autorizzata nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, corrispondenza telefonica con le modalità e le cautele previste dal regolamento.

7. I detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione.

8. Ogni detenuto ha diritto a una libera informazione e di esprimere le proprie opinioni, anche usando gli strumenti di comunicazione disponibili e previsti dal regolamento.

9. L'informazione è garantita per mezzo dell'accesso a quotidiani e siti informativi con le cautele previste dal regolamento.

10. Abrogato (L. 8 aprile 2004, n. 95).

11. Salvo quanto disposto dall'articolo 18-bis, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, i permessi di colloquio, le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica e agli altri tipi di comunicazione sono di competenza dell'autorità giudiziaria che procede individuata ai sensi dell'articolo 11, comma 4. Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado provvede il direttore dell'istituto.

12. Abrogato (L. 8 aprile 2004, n. 95).

<sup>3</sup> Art. 39. *Sanzioni disciplinari*. - 1. Le infrazioni disciplinari possono dar luogo solo alle seguenti sanzioni: 1) richiamo del direttore; 2) ammonizione, rivolta dal direttore, alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati; 3) esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni; 4) isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni; 5) esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni.

2. La sanzione della esclusione dalle attività in comune non può essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla. Il soggetto escluso dalle attività in comune è sottoposto a costante controllo sanitario.

3. L'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune è sospesa nei confronti delle donne gestanti e delle puerpere fino a sei mesi, e delle madri che allattino la propria prole fino ad un anno.

<sup>4</sup> Nei primi due casi, il detenuto richiedente l'autorizzazione non deve indicare i precisi motivi della richiesta, mentre essi sono obbligatori nel caso di comunicazioni con soggetti terzi. Cfr. Circ. DAP 3478/1998. Si noti che tale prevalenza viene meno nel caso di detenuti in regime carcerario speciale di cui al primo comma articolo 4 bis ord. penit. o al regime di alta sicurezza. Cfr. pure le eccezioni previste, di cui se ne parlerà *infra*, relative ai detenuti posti in regime di carcere duro ex art. 41 bis ord. penit., a quelli soggetti a sorveglianza speciale e ai detenuti per determinate tipologie di reati c.d. ostativi.

## Interventi

### 2.- Excursus storico: da *illecito amministrativo* a *reato*

Il tema delle comunicazioni in ambito penitenziario costituisce una questione relativamente recente, tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello europeo, a causa del tardivo sviluppo tecnologico dei mezzi di comunicazione. Fino alla metà del Novecento, infatti, la limitata diffusione del telefono e degli strumenti epistolari rendeva marginale il problema dei contatti tra detenuti ed esterno, che non assumeva rilievo centrale nel dibattito penitenziario. La rilevanza delle comunicazioni emerge, tuttavia, in stretta connessione con la funzione della pena. Già agli inizi del XIX secolo, negli Stati Uniti, il dibattito tra concezione afflittiva e rieducativa della detenzione si tradusse in modelli opposti: il sistema filadelfiano, fondato sull'isolamento totale del detenuto, e quello auburniano, caratterizzato dall'isolamento notturno e dalla vita collettiva diurna. L'esperienza dimostrò la superiorità pratica del modello auburniano, atteso che l'isolamento assoluto produceva gravi effetti psichici e comportamentali sui detenuti<sup>5</sup>.

Nel contesto italiano post-unitario, la questione penitenziaria rimase a lungo priva di una disciplina organica. I tentativi di riforma, come quello promosso nel 1857 da Rattazzi, ispirato al modello filadelfiano, non trovarono attuazione per l'eccessivo onere economico che avrebbe comportato. Il legislatore optò infine per un sistema intermedio, ispirato all'esperienza irlandese, fondato su un progressivo superamento dell'isolamento e sull'accesso graduale a forme di socialità e lavoro collettivo, con la possibilità di libertà condizionale, esclusa però per gli ergastolani. Dall'Unità d'Italia fino al Regolamento di esecuzione penitenziaria del 1891, prevalse un atteggiamento di sostanziale inerzia legislativa. Le carceri erano caratterizzate da promiscuità assoluta, assenza di regole e gestione arbitraria della disciplina, con una concezione della pena meramente retributiva e priva di finalità rieducative. Il sovraffollamento, aggravato dalla severità delle pene e dall'internamento di soggetti marginali, rese la situazione strutturalmente insostenibile<sup>6</sup>. Il Codice Zanardelli del 1889 segnò una svolta umanitaria, abolendo la pena di morte e introducendo sanzioni alternative e istituti come la libertà condizionale. Tuttavia, tali aperture furono vanificate dal Regolamento penitenziario del 1891, che riaffermò una concezione amministrativa e retributiva dell'esecuzione penale, concentrando ampi poteri nei direttori degli istituti e generando un apparato burocratico rigido e inefficiente. Non mancarono elementi innovativi, quali la distinzione degli istituti per tipologia di detenuto e l'introduzione dell'istruzione carceraria, sebbene attuata con modalità coercitive e sanzionatorie. Le prime aperture verso una concezione rieducativa della pena si ebbero solo negli anni Venti, con circolari che ampliarono i colloqui e la corrispondenza dei detenuti. Il trasferimento della Direzione Generale delle Carceri al Ministero di Grazia e Giustizia segnò un primo, timido avvicinamento tra esecuzione penale e funzione giurisdizionale. Il regime fascista, pur enfatizzando la rieducazione, mantenne un'impostazione fortemente afflittiva e disciplinare, riducendo drasticamente le comunicazioni con l'esterno e subordinando ogni agevolazione alla dimostrazione di

---

<sup>5</sup> Cfr. V. BAVARO, *Dei delitti e delle pene*, Milano 2021, pp. 117-118.

<sup>6</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino 1974, pp. 1909-1910.

pentimento<sup>7</sup>. Al contempo, De Foresta si dichiarava contrario al modello di vita comunitaria integrale tra i detenuti, proponendo come unica alternativa al sovraffollamento la deportazione del condannato, ovvero l'espulsione dal territorio nazionale al termine della pena. Tuttavia, tale visione rimase isolata e non trovò seguito nel dibattito dottrinale<sup>8</sup>. Il Codice Zanardelli del 1889 segnò una svolta umanitaria, abolendo la pena di morte e introducendo sanzioni alternative e istituti come la libertà condizionale. Tuttavia, tali aperture furono vanificate dal Regolamento penitenziario del 1891, che riaffermò una concezione amministrativa e retributiva dell'esecuzione penale, concentrando ampi poteri nei direttori degli istituti e generando un apparato burocratico rigido e inefficiente. Non mancarono elementi innovativi, quali la distinzione degli istituti per tipologia di detenuto e l'introduzione dell'istruzione carceraria, sebbene attuata con modalità coercitive e sanzionatorie<sup>9</sup>. Le prime aperture verso una concezione rieducativa della pena si ebbero solo negli anni Venti, con circolari che ampliarono i colloqui e la corrispondenza dei detenuti. Il trasferimento della Direzione Generale delle Carceri al Ministero di Grazia e Giustizia segnò un primo, timido avvicinamento tra esecuzione penale e funzione giurisdizionale. Il regime fascista, pur enfatizzando la rieducazione, mantenne un'impostazione fortemente afflittiva e disciplinare, riducendo drasticamente le comunicazioni con l'esterno e subordinando ogni agevolazione alla dimostrazione di pentimento. Fino a tempi recenti, la comunicazione non autorizzata tra detenuto ed esterno è rimasta qualificata come illecito disciplinare, in coerenza con la concezione amministrativa dell'esecuzione della pena e con la scarsa disponibilità di strumenti tecnologici idonei ad aggirare i controlli. A partire dagli anni Settanta, tuttavia, l'evoluzione tecnologica e il mutamento del profilo criminale dei detenuti – segnato dall'espansione della criminalità organizzata e dei reati associativi – hanno reso le comunicazioni illecite più frequenti e pericolose. In tale contesto, la possibilità di mantenere contatti con l'esterno ha assunto un rilievo strategico, ponendo nuove e complesse sfide all'amministrazione penitenziaria<sup>10</sup>.

### 3.- La disciplina penitenziaria

L'attuale assetto normativo evidenzia la scelta del legislatore di non disciplinare i colloqui telefonici mediante fonte primaria, demandandone la regolazione a norme di rango secondario. La materia trova il proprio fondamento essenziale negli articoli 18 ord. penit. e 37 del DPR n. 230 del 2000, che individuano le autorità competenti in base allo stato

<sup>7</sup> Cfr. A. DE FORESTA, *Nè patibolo, né carcere*, Bologna 1880, p. 15.

<sup>8</sup> Cfr. F. BELLAZZI, *Prigioni e prigionieri del regno d'Italia*, Firenze 1866, *passim*.

<sup>9</sup> Cfr. G. TESSITORE, *Carcere e fascistizzazione: analisi di un modello totalizzante*, Milano 2005, pp. 60-65.

<sup>10</sup> Cfr. G. RENATO, *Agenti di custodia (Corpo degli)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Varese, 1958, pp. 861-863; P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963, pp. 9ss.; C. POLOGNIERI - E. SILVESTRO, *Cenni di storia del diritto penitenziario e caratteristiche dell'ordinamento penitenziario italiano*, 2004, consultabile su <http://www.comune.torino.it/cultura/intercultura/index2.html>.

## Interventi

del procedimento<sup>11</sup>. Durante la fase cautelare e fino alla sentenza di primo grado, l'autorizzazione ai colloqui telefonici spetta all'autorità giudiziaria procedente ai sensi dell'articolo 11 ord. penit.; successivamente, la competenza passa al magistrato di sorveglianza e, una volta divenuta definitiva la condanna, al direttore dell'istituto penitenziario. Tale riparto è stato chiarito dal d.lgs. n. 123 del 2018, che ha risolto le incertezze interpretative circa l'individuazione dell'autorità competente<sup>12</sup>. La scelta di attribuire al direttore del carcere il potere di incidere su un diritto costituzionale riflette una concezione amministrativa dell'esecuzione penale che presenta profili problematici di compatibilità costituzionale<sup>13</sup>. La libertà di comunicazione, infatti, resta coperta dall'articolo 13 Cost. in assenza di un provvedimento giurisdizionale limitativo, sicché la sua compressione non dovrebbe derivare da atti amministrativi discrezionali. Analoghe criticità emergono in relazione ai colloqui con soggetti diversi dai familiari, rimessi a una valutazione ampiamente discrezionale del direttore, anche a seguito di prassi delegatorie da parte della magistratura di sorveglianza<sup>14</sup>. In giurisprudenza si è discusso dell'impugnabilità dei provvedimenti di diniego. Un primo orientamento li qualificava come atti amministrativi non impugnabili in sede giurisdizionale; tuttavia, l'indirizzo oggi prevalente riconosce loro natura giurisdizionale, in quanto incidenti sul grado di afflittività della pena<sup>15</sup>. Ne consegue la possibilità di reclamo al magistrato di

---

<sup>11</sup> Ossia la circostanza che, seconda della valenza costituzionale attribuita alle comunicazioni esterne dei detenuti, esse possono essere considerate espressione del diritto alla vita familiare e del diritto di comunicare liberamente, come sancito dagli articoli 15, 29, 30 e 31, oppure, qualora si ritenga che tali comunicazioni siano strumento di finalità rieducativa della pena, si farà riferimento all'articolo 27 comma 3 della Costituzione. Cfr. F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992, p. 26; F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 267, sottolinea come tale scelta normativa abbia in pratica vanificato la previsione dell'articolo 27 comma 3 Cost., e abbia ricalcato la previgente disciplina regolamentare dell'Ordinamento Penitenziario del 1931 il quale qualificava l'esecuzione della pena come semplice attività amministrativo-burocratica del tutto slegata dal controllo e dal sistema giurisdizionale; v. in materia, A. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, pp. 489ss.; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1980, p. 98.

<sup>12</sup> Cfr. DPR n. 230/2000, la Carta dei Diritti e dei Doveri dei Detenuti, il Regolamento interno di ciascun istituto penitenziario. Vedi pure, Corte Cost. n. 26/1999.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., Sez. I, n. 37834 del 07/05/2015, Rv. 265010; Cass., Sez. I, n. 38048 del 06/07/2017, Rv. 270976; Cass., Sez. III, n. 9987 del 19/12/2019, dep. 2020, Rv. 278533.

<sup>14</sup> Cfr. E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, p. 158.

<sup>15</sup> Si tratta del consueto orientamento tendente a qualificare la fase esecutiva della pena come attività amministrativa ormai priva di carattere giurisdizionale in quanto il processo è terminato; orientamento che era stato avallato per molti anni all'inizio anche dalla Corte Cost. con l'ordinanza n. 87 del 1978, attraverso la n. 103 del 1984 e l'ordinanza n. 166 del 1984, fino alla ordinanza n. 77 del 1986. Si noti che con le sentenze nn. 349 e 410 del 1993 e 227 del 1995 la Corte Cost. ancora riteneva che i provvedimenti relativi alla modalità di esecuzione della pena nel carcere fossero competenza della sola amministrazione penitenziaria con la conseguente previsione di rimedi esclusivamente amministrativi avverso di essi. In dottrina cfr. S. ARDITA, *Le questioni controverse in materia di esecuzione della pena. La funzione di vigilanza del magistrato di sorveglianza. I reclami ex art. 35 e 69 ord. penit. I rapporti con l'amministrazione penitenziaria.*, in [http://www.antoniocasella.eu/archiva/ARDITA\\_sorveglianza\\_reclami\\_2006\\_2.pdf](http://www.antoniocasella.eu/archiva/ARDITA_sorveglianza_reclami_2006_2.pdf).

sorveglianza e di successivo ricorso per cassazione *ex* articolo 111, comma 7, Cost., secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite<sup>16</sup>.

Il limite quantitativo delle telefonate continua a essere fissato in via regolamentare, con differenziazioni per i detenuti sottoposti al regime di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit.; le telefonate avvengono secondo modalità rigidamente controllate e a spese del detenuto<sup>17</sup>. L'ordinamento, tuttavia, non richiede espressamente la motivazione dei provvedimenti di diniego, né consente un sindacato nel merito, a differenza di quanto previsto per le limitazioni alla corrispondenza epistolare dall'articolo 18-*ter* ord. penit., che impone un decreto motivato impugnabile anche nel merito<sup>18</sup>. La giurisprudenza di legittimità ha infine escluso l'assimilabilità dei dinieghi di colloqui e telefonate in carcere ai divieti di comunicazione imposti nell'ambito degli arresti domiciliari, negando l'applicabilità dell'articolo 310 c.p.p.<sup>19</sup>. Mentre nel primo caso il diritto alla comunicazione è originariamente sospeso e può essere esercitato solo previa autorizzazione, nel secondo esso costituisce la regola generale, suscettibile di limitazione solo in via eccezionale<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Si vedano peraltro i vari decreti legge emanati dal governo in risposta alla crisi pandemica del covid, che hanno poi visto la emissione di penetranti DPCM, (cioè atti amministrativi o normativi di secondo livello) qualificati dal governo stesso come norme di attuazione pratica dei suddetti decreti legge, scelta lessicale che ha portato parte della dottrina a considerarli come regolamenti e non come decreti del presidente del consiglio, cfr. in tal senso L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid- 19: la reazione italiana*, p. 13, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid – 19. Una prospettiva comparata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). Di opinione difforme invece M. CAVINO, Covid- 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 4. In particolare si ricordino i vari DPCM e soprattutto quello emanato Il 22 marzo 2020 che con l'art. 1 lettera b ha ulteriormente limitato la libertà di circolazione, sopprimendo la previsione che prevedeva la garanzia di raggiungimento della dimora, dell'abitazione e del domicilio ed imponendo di rimanere nel comune in cui ci si trova, tranne che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; cfr. L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). G.M. NAPOLI, *I colloqui visivi e la corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, consultabile su [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2007, p. 46.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, n. 2222 del 07/04/2000, Rv. 216486; Cass., Sez. I, n. 24107 del 26/05/2009, Rv. 244651; Cass., Sez. VI, n. 3729 del 24/11/2015, dep. 2016, Rv. 265927; Sez. II, n. 23760 del 06/05/2015, Rv. 264388; Sez. V, n. 8798 del 04/07/2013, dep. 2014, Rv. 258823.

<sup>18</sup> Cfr. C. BARGIACCHI, *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto*, consultabile su [www.altrodiritto.it](http://www.altrodiritto.it), che stigmatizza la regolamentazione di un diritto costituzionale mediante legislazione secondaria

<sup>19</sup> Cfr. Circolare DAP circ. n. 486767 del 1993. Attualmente non vige più l'obbligo di registrare le conversazioni dei detenuti, quindi la telefonata può svolgersi in presenza di un operatore carcerario ma non sarà registrata. In linea di principio, la telefonata non dovrebbe essere registrata né svolgersi alla presenza del personale carcerario, a meno che l'autorità giudiziaria abbia disposto che, nelle modalità di esecuzione della pena o della misura cautelare in carcere, sia effettuato l'ascolto o la registrazione delle conversazioni telefoniche. L'autorità che ha il potere di disporre tali misure è il giudice che procede alle investigazioni prima della sentenza di primo grado e, dopo l'emissione di questa, il magistrato di sorveglianza. È rilevante sottolineare che l'Amministrazione Penitenziaria ha stabilito che, in genere, le comunicazioni telefoniche debbano avvenire tramite utenze fisse e non cellulari, in quanto questi ultimi facilitano molto eventuali comunicazioni con soggetti diversi dal titolare dell'utenza.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., Sez. Un. Penali, n. 24 del 3 dicembre 1996, dep. 1997, Rv. 206465; Cass., Sez. VI, n. 21296 del 12/05/2009, Rv. 243678.

## Interventi

Tale distinzione giustifica un diverso regime di tutela e conferma la peculiarità della disciplina penitenziaria delle comunicazioni<sup>21</sup>.

### *4.- I poteri del direttore e i poteri del magistrato: tutela amministrativa o giurisdizionale?*

Un ulteriore fattore decisivo nella trasformazione dell'illecita comunicazione del detenuto da illecito disciplinare a reato penale è rappresentato dal progressivo spostamento della disciplina penitenziaria dall'ambito amministrativo a quello giurisdizionale. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, le garanzie costituzionali sono state estese anche alla fase esecutiva della pena, concepita come parte integrante della reazione statale al reato e, in quanto tale, soggetta alle stesse tutele previste per il processo penale. In questa prospettiva, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 29 del 1999, ha chiarito che il detenuto, sia in custodia cautelare sia in espiazione definitiva, conserva una posizione giuridica attiva e non può essere privato dei diritti fondamentali spettanti ai cittadini, se non nei limiti strettamente necessari. Ne consegue che condotte quali la comunicazione fraudolenta con l'esterno o l'introduzione illecita di strumenti tecnologici non possono essere confinate nell'ambito amministrativo, ma devono essere ricondotte al diritto penale<sup>22</sup>, al fine di garantire l'applicazione delle relative garanzie, quali il principio di legalità, di tassatività, di offensività e di irretroattività della legge penale sfavorevole<sup>23</sup>. Il mantenimento di una qualificazione meramente amministrativa avrebbe attribuito all'autorità penitenziaria un potere discrezionale eccessivo, idoneo a incidere sull'afflittività della pena senza le garanzie del giusto processo di cui all'articolo 111 Cost. Proprio per tale ragione, la Corte costituzionale ha censurato l'assenza di una tutela giurisdizionale effettiva contro i dinieghi di colloqui e comunicazioni, imponendo la possibilità di ricorso per cassazione, seppur limitato alle violazioni di legge. In linea con tale orientamento, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura giurisdizionale dei provvedimenti che, in fase cautelare, vietano i colloqui telefonici, in quanto incidenti su diritti soggettivi di rilievo costituzionale. L'illecita comunicazione del detenuto con l'esterno incide infatti direttamente sulla libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.) e, indirettamente, sulla libertà personale (art. 13 Cost.), imponendo una rigorosa tipizzazione legislativa e l'assoggettamento della fattispecie a un pieno controllo giurisdizionale<sup>24</sup>. Infine, la qualificazione penale della condotta consente di sottoporre la disciplina al sindacato della Corte costituzionale, possibilità preclusa nel previgente sistema regolamentare del 1931, nel quale la materia era affidata esclusivamente all'amministrazione penitenziaria<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, n. 20380 del 07/03/2017, Rv. 270026; Cass., Sez. I, n. 6934 del 08/09/2020, dep. 2021, Rv. 280530.

<sup>22</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova 1964, p. 126.

<sup>23</sup> Cfr. V. GREVI, *Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova 1994, p. 152.

<sup>24</sup> Cfr. I. STURNIOLO, *Ruolo, compiti, profilo del Direttore penitenziario*, in *Rassegna Penitenziaria e criminologica*, 2-3/1983.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. I penale, n. 37834 del 2015.

### 5.- *Garanzie costituzionali*

L'entrata in vigore della Costituzione ha segnato una svolta fondamentale anche per la fase esecutiva della pena, introducendo un sistema di garanzie espressamente rivolte alle persone detenute. In particolare, il principio della funzione rieducativa della pena, sancito dall'articolo 27, comma 3, Cost., assume valore centrale, anche alla luce dell'uso del termine "pene" al plurale, che segnala il superamento concettuale della detenzione carceraria quale unica modalità di espiatione della sanzione penale. Ulteriori garanzie di rilievo sono rinvenibili nell'articolo 13, comma 4, Cost., che vieta in modo assoluto ogni forma di violenza fisica o morale nei confronti dei detenuti, nonché negli articoli 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost., che assicurano il diritto di difesa e la presunzione di innocenza per i soggetti in custodia cautelare o in attesa di giudizio. La Corte costituzionale ha progressivamente esteso l'applicazione dei principi costituzionali anche alla fase esecutiva della pena, affermando che il legislatore non può introdurre condizioni peggiorative per l'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative qualora esse non fossero previste al momento della commissione del reato, in ossequio al principio di irretroattività della legge penale, inizialmente riferito a specifiche categorie di reati e successivamente generalizzato<sup>26</sup>. Ne deriva una concezione secondo cui i principi costituzionali operano non solo nella fase delle indagini e del processo, ma anche durante l'esecuzione della pena, incidendo tanto sulla qualificazione giuridica del fatto e sulla determinazione della sanzione, quanto su ogni intervento normativo che modifichi la posizione giuridica del soggetto detenuto. In tale prospettiva, la Corte costituzionale ha chiarito che l'articolo 27, comma 3, Cost. vincola sia il legislatore nella fase di previsione astratta dei reati, sia il giudice nella concreta applicazione della pena, imponendo che essa sia umana, proporzionata e orientata alla rieducazione del condannato. Questo principio assume particolare rilevanza in materia di comunicazioni illecite dei detenuti, ove è necessario che le sanzioni siano commisurate alla gravità effettiva della condotta e al pericolo sociale concretamente derivante, evitando automatismi repressivi. La valutazione giudiziale deve dunque tener conto delle circostanze del caso concreto, distinguendo, ad esempio, tra comunicazioni rivolte a fini familiari e condotte funzionali al mantenimento di legami criminali. Una pena sproporzionata e sostanzialmente inumana risulterebbe infatti incompatibile con la funzione rieducativa che la Costituzione impone<sup>27</sup>. La posizione del detenuto deve essere valutata anche alla luce delle fonti sovranazionali, in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e della Convenzione europea per la prevenzione della tortura del 1987. L'articolo 3 CEDU vieta in modo assoluto la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, principi la cui applicazione è vigilata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La giurisprudenza della

<sup>26</sup> Cfr. F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino 2023, pp. 1-10. Corte Cost. n. 32 del 2020 relativa alle previsioni della legge n. 3/2019; Corte Cost., n. 193 del 2020

<sup>27</sup> Cfr. Corte Cost. n. 279 del 2013.

## Interventi

Corte di Strasburgo ha sviluppato un approccio casistico, valutando le condizioni detentive alla luce di molteplici fattori, quali la tipologia e la durata della pena, lo stato delle strutture carcerarie, le condizioni personali del detenuto e la proporzione tra reato e sanzione<sup>28</sup>. Secondo la CEDU, la tortura si configura in presenza di gravi sofferenze fisiche o psichiche intenzionalmente inflitte, mentre i trattamenti inumani e degradanti ricomprendono condizioni detentive idonee a ledere la dignità umana, come il sovraffollamento, la carenza igienica o l'assenza di spazi di privacy. Sebbene la dignità umana non sia espressamente menzionata nell'articolo 3 della Convenzione, essa emerge come valore tutelato in via implicita, trovando invece esplicito riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>29</sup>. Con riferimento all'Italia, le condanne della CEDU hanno riguardato prevalentemente il fenomeno del sovraffollamento carcerario, nonché, più recentemente, la disciplina dell'ergastolo ostativo. Nel complesso, il quadro costituzionale e convenzionale impone al legislatore e al giudice di evitare ogni eccesso di afflittività, assicurando che l'esecuzione della pena rimanga proporzionata, rispettosa della dignità umana e coerente con la sua funzione rieducativa<sup>30</sup>.

6.- *La disciplina delle telefonate in carcere rispetta l'obbligo di motivazione giudiziale?*  
Dalle considerazioni svolte emerge come la disciplina delle comunicazioni telefoniche e dei colloqui dei detenuti presenti evidenti profili di criticità sistematica. Essa è infatti affidata prevalentemente a una normativa di rango secondario, di natura regolamentare, sottratta al sindacato diretto della Corte costituzionale, e si limita a fissare limiti quantitativi, senza individuare presupposti sostanziali o criteri vincolanti per l'esercizio del potere autorizzatorio<sup>31</sup>. L'attuale assetto normativo ha progressivamente svuotato l'originaria funzione premiale delle comunicazioni, trasformandole in uno strumento ordinario del trattamento rieducativo; tuttavia, l'articolo 18 ord. penit. non riconosce un diritto incondizionato del detenuto, subordinando colloqui e telefonate a una previa autorizzazione dell'autorità competente. La scelta lessicale del legislatore, che evita di qualificare tali facoltà come "diritti", ha alimentato il dibattito circa la loro natura giuridica, oscillante tra interesse legittimo e diritto soggettivo, soprattutto con riferimento ai rapporti familiari<sup>32</sup>. Sul piano della tutela, la disciplina positiva non prevede espressamente rimedi contro il diniego delle comunicazioni, lacuna che ha determinato un iniziale orientamento giurisprudenziale volto a qualificare tali provvedimenti come

---

<sup>28</sup> Cfr. Corte CEDU, 19 giugno 2007, Ciorap v. Moldavia; Corte CEDU, 17 gennaio 2017, Karabet e altri c. Ucraina.

<sup>29</sup> Cfr. Corte CEDU, sentenza 18 marzo 2014, Ocalan v. Turchia; Corte CEDU, 1° giugno 2010, Gafgen c. Germania.

<sup>30</sup> Cfr. Corte CEDU, 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia; Corte CEDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia; 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia; Corte CEDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia.

<sup>31</sup> Cfr. E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - G. DELLA CASA, *L'ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Padova 2000, p. 167.

<sup>32</sup> Cfr. M. DE PASCALIS, *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, in *Diritto Penale e Processo*, 3/1996, p. 384; P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. GREVI, *I diritti del detenuto e il trattamento penitenziario*, Bologna 1981, p. 184.

meri atti amministrativi non impugnabili. Tale impostazione è stata progressivamente superata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto la natura giurisdizionale dei dinieghi in quanto incidenti sul grado di afflittività della pena e, dunque, suscettibili di reclamo<sup>33</sup>. L'intervento della Corte di Cassazione, culminato nelle pronunce delle Sezioni Unite, ha consolidato un sistema di tutela fondato sul reclamo al magistrato di sorveglianza, deciso con ordinanza motivata e impugnabile in Cassazione per violazione di legge<sup>34</sup>. In tal modo, la giurisprudenza ha colmato un vuoto normativo, assicurando una tutela giurisdizionale effettiva delle posizioni soggettive dei detenuti in materia di colloqui e comunicazioni, in coerenza con i principi costituzionali del giusto processo e della funzione rieducativa della pena<sup>35</sup>.

*7.- Le limitazioni amministrative ai colloqui e alle telefonate sono equiparabili alle limitazioni imposte a causa della pandemia Covid-19?*

La questione si inserisce nel dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito della crisi pandemica, incentrato sulla natura degli atti amministrativi che hanno inciso in modo significativo sui diritti costituzionali. In tale prospettiva, risulta utile verificare se le limitazioni introdotte mediante i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri possano essere assimilate ai provvedimenti adottati dal direttore dell'istituto penitenziario in materia di autorizzazione o diniego dei colloqui personali e telefonici<sup>36</sup>. Durante l'emergenza sanitaria, il governo ha fondato il proprio intervento sull'articolo 24 del d.lgs. n. 1/2018 e sull'articolo 32 della legge n. 833/1978, ricorrendo inizialmente alle ordinanze di protezione civile e successivamente ai DPCM, la cui adozione, contenuto e durata erano espressamente prefigurati da decreti-legge. Con l'evoluzione della pandemia, il legislatore ha progressivamente riportato le limitazioni direttamente nel testo dei decreti-legge, ridimensionando il ricorso agli atti amministrativi<sup>37</sup>. La Corte costituzionale, investita della questione in relazione alle sanzioni per la violazione delle prescrizioni emergenziali, ha escluso la violazione della gerarchia delle fonti, rilevando che i DPCM non costituivano esercizio di un potere amministrativo discrezionale in

<sup>33</sup> Cfr. E. BERTOLOTTI, in V. GREVI - G. GIOSTRA - G. DELLA CASA, op. cit., p. 171; M. DE PASCALIS, *Colloqui visivi e telefonici: non solo diritto del detenuto ma anche componente del trattamento*, in *Diritto Penale e Processo*, 3/1996, p. 384.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. n. 1572 del 7 febbraio 1977, Gattini; Cass., n. 200050 del 26 aprile 1994, Masia; Cass. n. 200886 del 9 dicembre 1995, Curinga; Cass. Sez. I, n. 22573 del 15.5.2002, imp. p.m. in proc. Valenti, CED; conforme Cass., Sez. I, n. 654 del 19.2.2002, Di Liberto, RCP, 2002, p. 231.

<sup>35</sup> Cfr. L. CESARIS, *Nota a ord. Mag. Sorv. Agrigento 8.11.2001*, in *Rassegna Penitenziaria Criminologica*, 2002, p. 237; Cass., Sez. U. 26.2.2003, n. 25079, Gianni, in *Giustizia Penale*, fasc. II, pp. 282-300.

<sup>36</sup> Cfr. Corte Cost., sentenze nn. 274/2010; 278/2010; 275/2011; in dottrina, cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, pp. 22ss. Corte Cost. n. 115 del 2011.

<sup>37</sup> Non ritengono che la pandemia abbia inciso sul sistema delle fonti R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 1/2020, p. 668; in tema vedi pure: Cfr. M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2020, pp. 174ss.; F. BOCCHINI, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, 2/2021, pp. 2 ss.

## Interventi

bianco, bensì atti attuativi di scelte già compiutamente delineate dal legislatore. In tal modo, la compressione dei diritti costituzionali risultava riconducibile a una norma di rango primario, nel rispetto della riserva di legge<sup>38</sup>. La Consulta ha ulteriormente chiarito<sup>39</sup> che i DPCM sono assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti previste e delimitate da norme primarie, e non alle ordinanze “necessitate”, caratterizzate da un contenuto rimesso alla libera determinazione dell’autorità amministrativa. Analoga conclusione è stata ribadita con riferimento alla disciplina della quarantena obbligatoria, ritenuta conforme a Costituzione in quanto prevista direttamente dal decreto-legge e non accompagnata da forme di coazione fisica o morale tali da incidere sulla dignità personale. Alla luce di tali coordinate, il confronto con i provvedimenti del direttore dell’istituto penitenziario evidenzia differenze strutturali rilevanti. I DPCM presentano caratteri di generalità, astrattezza e predeterminazione legislativa del contenuto, mentre le decisioni del direttore si configurano come atti individuali, temporanei e privi di natura normativa, destinati a incidere su singole richieste del detenuto. Esse non producono effetti stabili né generali e non sono qualificabili come atti regolamentari<sup>40</sup>. La divergenza si accentua considerando il fondamento giuridico: i DPCM trovavano legittimazione in norme di rango primario che ne delimitavano contenuto e finalità, mentre il potere del direttore del carcere in materia di colloqui si fonda su disposizioni di rango secondario, che non individuano criteri, presupposti né limiti sostanziali all’esercizio della discrezionalità<sup>41</sup>. Ne deriva un potere ampio e indeterminato, difficilmente compatibile con il principio di legalità sostanziale<sup>42</sup>. Proprio su questo punto la Corte costituzionale ha ribadito che l’ordinamento non consente l’attribuzione di potestà amministrative “in bianco”, prive di una previa delimitazione legislativa del contenuto, delle finalità e delle modalità di esercizio. Anche quando siano in gioco interessi collettivi di rilievo costituzionale, il potere amministrativo deve essere ancorato

---

<sup>38</sup> Cfr. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli 2021, pp. 98ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d’urgenza, poteri d’ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell’emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, pp. 361ss.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Cost. n. 198/2021, in dottrina cfr. A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., n. 198/2021*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, pp. 9ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *federalismi.it*, 25/2021, pp. 81ss.; B. SBORO, *Stato d’emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla n. 198 del 2021*, in *federalismi.it*, 9/2022, pp. 70ss.

<sup>40</sup> Cfr. O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, 11/2022, pp. 158ss. Cfr. Corte Cost., n. 127/2022, in dottrina cfr. A. MOLFETTA, *Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza della Corte costituzionale: elementi di continuità nella n. 127 del 2022 sulla quarantena da Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, pp. 1ss.

<sup>41</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, disponibile all’indirizzo [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1/2020, pp. 210ss.

<sup>42</sup> Cfr. M. DE NES, *Emergenza CoViD -19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, disponibile all’indirizzo [www.rivista.biodiritto.org](http://www.rivista.biodiritto.org), 1/2020, p. 316.

a una base normativa primaria sufficientemente determinata<sup>43</sup>. In tale prospettiva, il potere attribuito al direttore dell'istituto penitenziario in materia di colloqui appare strutturalmente carente sotto il profilo della legalità, risultando privo di un adeguato fondamento legislativo idoneo a giustificare la compressione dei diritti fondamentali del detenuto<sup>44</sup>.

#### 8.- *La sent. n. 105/2023 della Corte costituzionale*

La pronuncia in esame concerne la disciplina dei colloqui personali dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'articolo 41-*bis* della legge n. 354 del 1975, ambito nel quale il bilanciamento tra diritti fondamentali del detenuto e dei suoi familiari ed esigenze di sicurezza e contrasto alla criminalità organizzata assume particolare delicatezza, specie con riferimento al diritto dei figli e dei nipoti minorenni a mantenere relazioni affettive in condizioni di tendenziale normalità<sup>45</sup>. Il regime speciale prevede, in via ordinaria, un solo colloquio mensile con familiari o conviventi, escludendo quelli con soggetti terzi salvo autorizzazioni eccezionali<sup>46</sup>. I colloqui si svolgono in condizioni di controllo rafforzato, con ascolto e registrazione previa autorizzazione giudiziaria e costante videoregistrazione, in locali appositamente attrezzati per impedire comunicazioni illecite<sup>47</sup>, con effetti particolarmente gravosi sulla continuità del rapporto genitoriale<sup>48</sup>. In assenza di una disciplina legislativa puntuale sulle modalità dei colloqui, la prassi amministrativa ha introdotto l'uso del vetro divisorio a schermo totale, come previsto dalla circolare DAP del 2017,<sup>49</sup> che ha tuttavia consentito, per i figli e i nipoti minori di dodici anni, la permanenza accanto al detenuto durante il colloquio e ha ammesso deroghe motivate in senso migliorativo<sup>50</sup>. La legittimità dell'utilizzo del vetro divisorio, esteso anche ai colloqui con figli maggiori di dodici anni, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità in base al bilanciamento tra relazioni familiari e sicurezza

<sup>43</sup> Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 53.

<sup>44</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 1/2020, p. 374; A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu), 18 maggio 2020.

<sup>45</sup> Cfr. G. MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2014, pp. 230ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, pp. 75ss.

<sup>47</sup> Cfr. L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO - S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II, Napoli 2019, p. 467.

<sup>48</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano 2016, p. 236.

<sup>49</sup> Si tratta della circolare DAP del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, sulla quale V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis ord. penit.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

<sup>50</sup> Cfr. M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività dei detenuti al 41-bis*, in *Giurisprudenza penale*, 1bis/2020, p. 23.

## Interventi

sociale, sebbene parte della dottrina ne abbia evidenziato l'impatto negativo sul diritto del minore a una relazione affettiva effettiva<sup>51</sup>. La questione è stata quindi sottoposta alla Corte costituzionale,<sup>52</sup> che, investita della censura relativa all'articolo 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera b), ha ritenuto non fondate le questioni sollevate, chiarendo che la norma non impone l'uso del vetro divisorio, ma si limita a prescrivere modalità dei colloqui idonee a non compromettere la sicurezza<sup>53</sup>. La Corte ha così ribadito l'esclusione di automatismi applicativi nel regime speciale, riconoscendo all'Amministrazione Penitenziaria e all'autorità giudiziaria un potere discrezionale da esercitare caso per caso, nel rispetto del principio di proporzionalità e del bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela delle relazioni familiari, confermando che il vetro divisorio costituisce una modalità eventuale e non indefettibile di svolgimento dei colloqui<sup>54</sup>.

9.- *Il decreto-legge n. 92 del 4 luglio 2024: si può parlare di un decreto costituzionalmente garantito?*

Una delle più recenti innovazioni in materia penitenziaria è rappresentata dal decreto-legge n. 92 del 2024, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 4 luglio 2024. Il provvedimento introduce, all'articolo 656 c.p.p., il nuovo comma 10-*bis*, prevedendo che la liberazione anticipata non sia più subordinata a un'istanza del detenuto, ma venga disposta d'ufficio dal magistrato di sorveglianza, sia in prossimità della scadenza della pena, sia in occasione della richiesta di accesso a misure alternative o benefici penitenziari. Di particolare rilievo è altresì l'articolo 6 del decreto-legge, con il quale il legislatore preannuncia una futura modifica del Regolamento penitenziario volta ad equiparare il numero delle telefonate mensili a quello dei colloqui personali. In tale prospettiva, i detenuti non sottoposti al regime di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit. potrebbero beneficiare di sei telefonate mensili. Nelle more della revisione regolamentare, le direzioni degli istituti sono autorizzate a concedere un numero di colloqui e telefonate superiore a quello ordinariamente previsto. Questa impostazione si inserisce in una tendenza riformista già emersa durante l'emergenza pandemica, quando, in via eccezionale, fu ampliata la possibilità di contatti telefonici a fronte della sospensione dei colloqui visivi. Successivamente, la legge n. 70 del 2020 ha inciso direttamente sull'articolo 39 ord. penit., consentendo colloqui telefonici anche quotidiani in presenza di particolari esigenze familiari, quali la comunicazione con figli minori o

---

<sup>51</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, che richiama gli artt. 29, 30 e 31 Cost.; Cass., Sez. I, sentenza 3 novembre 2021, che fa riferimento all'art. 8 CEDU; Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, che richiama sia Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, sia Corte Edu, Sez. I, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi.

<sup>52</sup> Cfr. Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, e la nota di F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2015, pp. 159ss.

<sup>53</sup> Cfr. Corte Cost., n. 351/1996.

<sup>54</sup> Cfr. Corte Cost., n. 239/2014, 17/2017, 76/2017, 174/2018, nonché 187/2019. Cfr. D. CODUTI, *I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., n. 105 del 2023*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023; M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2/2013, pp. 1ss.

con familiari ricoverati, pur mantenendo un regime più restrittivo per i detenuti condannati per reati *ex* articolo 4-*bis* ord. penit. La Corte costituzionale è tuttavia intervenuta chiarendo che la disciplina più favorevole introdotta dalla legge del 2020 è applicabile anche a tali detenuti qualora ammessi ad altri benefici penitenziari<sup>55</sup>. Il decreto-legge n. 92 del 2024 sembra, per certi aspetti, segnare un arretramento rispetto alla L. 70/2020, poiché reintroduce una definizione quantitativa delle telefonate consentite. L'articolo 2-*quinquies* prevede infatti che il direttore possa autorizzare telefonate in numero superiore ai limiti ordinari solo in situazioni tipizzate, quali il trasferimento del detenuto o casi di urgenza o particolare rilevanza, pur ammettendo, in tali ipotesi, la possibilità di comunicazioni quotidiane<sup>56</sup>. La criticità principale attiene, tuttavia, al rango delle fonti: mentre la legge n. 70 del 2020 costituisce normativa primaria e prevede un trattamento più favorevole, il decreto-legge n. 92 rinvia l'attuazione delle innovazioni a una modifica del DPR n. 230 del 2000, atto di natura regolamentare. Ne consegue che le eventuali restrizioni introdotte in sede secondaria dovrebbero risultare recessive rispetto alla disciplina di fonte primaria. La dottrina ha evidenziato la timidezza del legislatore, che ha rinunciato a intervenire in modo deciso mediante una norma di rango primario, scelta difficilmente giustificabile alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità del divieto assoluto di colloqui intimi con il partner durante la detenzione<sup>57</sup>.

#### 10.- *Le prospettive de iure condendo della riforma dell'ordinamento penitenziario*

Il decreto-legge n. 92 del 2024 prevede che, entro sei mesi, il Governo intervenga sul Regolamento penitenziario al fine di equiparare il numero massimo delle telefonate a quello dei colloqui personali. Resta tuttavia incerta la direzione che tale intervento assumerà e, in particolare, se esso si limiterà a recepire una rigida quantificazione numerica ovvero se valorizzerà criteri di flessibilità coerenti con la finalità rieducativa della pena. L'introduzione di un tetto fisso alle comunicazioni telefoniche appare, infatti, difficilmente conciliabile con l'impostazione di precedenti fonti primarie, che attribuivano al direttore dell'istituto un potere valutativo più elastico. In senso critico depone anche la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2006, secondo cui le restrizioni ai diritti delle persone private della libertà devono essere limitate allo stretto necessario e proporzionate agli obiettivi perseguiti. Pur avendo la Corte costituzionale chiarito che la pena non si esaurisce nella funzione rieducativa, ma persegue anche finalità afflittive e di prevenzione generale, la dimensione rieducativa resta centrale e impone il rispetto della dignità umana e la compressione dei diritti fondamentali solo nei limiti indispensabili. Tra questi diritti rientra quello al

<sup>55</sup> Cfr. Corte Cost. n. 85/2024.

<sup>56</sup> Cfr. F. GIANFILIPPI, *Il decreto legge 4 luglio 2024 n. 92 "carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/giustizia-pene/3201-d-l-92-2024-carcere-sicuro-attese-mondo-penitenziario-fabio-gianfilippi>.

<sup>57</sup> Cfr. Corte Cost. n. 10/2024.

## Interventi

mantenimento delle relazioni familiari, che può essere sacrificato esclusivamente in presenza di esigenze di sicurezza effettive e concrete. In una prospettiva *de iure condendo*, il rafforzamento delle comunicazioni telefoniche con i familiari potrebbe trovare solido fondamento nei principi costituzionali di solidarietà e di tutela della famiglia. La stessa giurisprudenza costituzionale ha evidenziato come il ravvedimento del reo implichi l'adesione ai valori fondamentali della convivenza sociale, tra cui rientrano i doveri di solidarietà personale e sociale di cui all'articolo 2 Cost. Ne consegue che la richiesta del detenuto di mantenere contatti regolari con i propri familiari può essere letta non come fattore di rischio, ma come indice di un percorso di responsabilizzazione e di reinserimento. In tale ottica, il legislatore potrebbe legittimamente prevedere un ampliamento del numero di telefonate con i familiari, riservando un regime più rigoroso alle comunicazioni con soggetti terzi. Una simile scelta consentirebbe di superare l'attuale rigidità quantitativa, riallineando la disciplina penitenziaria ai principi costituzionali e sovranazionali, senza pregiudicare le esigenze di sicurezza che restano presidiate da strumenti di controllo mirati e proporzionati.