



## Giustizia e Pene

# Il diritto di colloquio dei detenuti con i garanti

di Mariella De Masellis

29 dicembre 2018

---

Sommario:

---

**LA MODIFICA DELL'ART. 18 ORDINAMENTO PENITENZIARIO -decreto legislativo 2 ottobre 2018, n.123-**

## **IL DIRITTO DI COLLOQUIO DEI DETENUTI SOTTOPOSTI AL 41 BIS O.P. CON I GARANTI TERRITORIALI**

Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, istituito con decreto legge n.146/2013 conv. in legge n.10/2014, è un' Autorità di garanzia, collegiale e indipendente, non giurisdizionale che vigila su tutte le forme di privazione della libertà, dagli istituti di pena, alla custodia nei luoghi di polizia, alla permanenza nei Centri di identificazione ed espulsione, alle residenze di esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche (Rems), ai trattamenti sanitari obbligatori. Con l'istituzione del Garante Nazionale, sul modello del cd Ombudsman di matrice svedese, sono state recepite le reiterate sollecitazioni formulate in ambito sovranazionale[1], sulla necessità di predisporre efficaci strumenti di tutela dei diritti

delle persone private della libertà personale.

Il Garante regionale dei diritti dei detenuti è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 12-bis del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, (convertito in legge 27 febbraio 2009, n. 14), che ha modificato gli articoli 18 e 67 O.P. al fine di accordare una forma di tutela extra-giurisdizionale alle persone in vinculis, per promuovere l'esercizio dei diritti, verificare le condizioni detentive e il trattamento operato dall'amministrazione e segnalare eventuali abusi. Il Garante, oltre a ricevere istanze o reclami in forma orale o scritta, anche in busta chiusa (art. 35 ord. penit.), può far visita agli istituti penitenziari senza il bisogno di autorizzazione (art. 67, lett. l-bis, ord. penit.) ed interloquire con i detenuti e gli internati.

I Garanti provinciali e i Garanti comunali operano nei limiti fissati dai relativi atti istitutivi. I Garanti territoriali ricevono segnalazioni sul mancato rispetto della normativa penitenziaria, sulle violazioni o sulla parziale attuazione dei diritti dei detenuti e si rivolgono all'autorità competente per chiedere chiarimenti o spiegazioni, sollecitando gli adempimenti o le azioni necessarie. Il loro operato si colloca su un piano diverso, per natura e funzione, da quello degli organi di ispezione amministrativa interna e della stessa magistratura di sorveglianza.

Il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n.123, entrato in vigore il 10 novembre 2018, ha modificato il comma I dell'articolo 18 O.P., che disciplina i colloqui dei detenuti, sopprimendo le parole: "nonché con il garante dei diritti dei detenuti" ed introducendo, dopo il primo comma, al comma 1 bis la previsione: "I detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall'art. 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".

Il diritto di colloquio con i Garanti non è più previsto dal comma I dell'art. 18 O.P., relativo ai colloqui con i congiunti e con altre persone, ma è stato inserito in un comma autonomo, concernente i colloqui con i difensori e con i garanti.

La nuova previsione normativa fa riferimento a tutti i Garanti, senza alcuna distinzione. Ciò trova conferma nella relazione illustrativa dell'intervento di modifica che nel richiamare le modifiche all'art. 18 O.P. con l'introduzione del comma 1 bis, pone in evidenza - ff. 50 e 61- la facoltà del detenuto di "conferire con i Garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, in vista della complessiva tutela dei diritti primari della persona detenuta, che non può subire alcuna limitazione di natura temporale".

Con la modifica apportata all'art. 18 O.P. il legislatore ha inteso differenziare i colloqui con i familiari da quelli con i Garanti. I colloqui con i Garanti risultano fruibili indipendentemente dai limiti previsti per i colloqui con i familiari. La stessa Corte di legittimità ha ritenuto irragionevole porre il detenuto di fronte all'alternativa tra esercitare il suo diritto al mantenimento delle relazioni familiari ovvero quello di accedere a una forma di tutela extragiudiziaria di particolare rilevanza (in tal senso Cass. Sez. 1, n.46169/18 e Cass. Sez.1, n.53006/2018).

Sul sito del Ministero della Giustizia nella scheda relativa al Garante Nazionale e ai Garanti territoriali, aggiornata al 9/11/2018, si legge:” *I garanti possono effettuare colloqui con i detenuti e possono visitare gli istituti penitenziari senza autorizzazione, secondo quanto disposto dagli artt.18 e 67 dell'ordinamento penitenziario. Inoltre detenuti ed internati hanno diritto ad avere colloqui e corrispondenza con i garanti come previsto dall'art.18 riformulato dal d.lgs. 123/2018.*”

La novella legislativa non ha, tuttavia, modificato l'articolo 41 bis O.P. escludendo i Garanti territoriali, al pari dei difensori, dal controllo auditivo e dalla video registrazione prevista per i colloqui effettuati dai detenuti inseriti nel circuito dell'alta sorveglianza.

Va evidenziato che il regime differenziato di cui all'art. 41 bis O.P., ha carattere di previsione normativa "speciale" che trova giustificazione nel più elevato livello di pericolosità soggettiva espresso dal provvedimento ministeriale di adozione ed oggetto di controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 41 bis, comma 2 sexies O.P.. I più stringenti presidi di sicurezza rispondono all'esigenza di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, alla necessità di recidere il vincolo associativo che lega i membri delle organizzazioni criminali e i collegamenti tra i detenuti collocati in posizione verticistica all'interno delle stesse e le consorterie operanti all'esterno del carcere.

Quanto alle modalità di svolgimento dei colloqui dei detenuti sottoposti al 41 bis O.P. con i Garanti va sottolineato che lo strumento del colloquio previsto dall'art. 18 O.P. è diverso da quello del “colloquio riservato”, prerogativa esclusiva del Garante Nazionale, istituito in attuazione di un sistema interno e indipendente di monitoraggio sui luoghi di privazione della libertà personale e in ottemperanza alla ratifica del Protocollo Opzionale alla convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti (OPCAT).[2] La possibilità di svolgere colloqui riservati diretti e senza testimoni con persone private della libertà è espressione del Meccanismo nazionale di prevenzione realizzato attraverso il Garante nazionale, organo collegiale costituito dal presidente e da due membri che restano in carica per cinque anni non prorogabili. La legge istitutiva - n.146/2013 conv. in L. n.10/2014 - ha previsto peculiari requisiti di indipendenza ed imparzialità del Garante nazionale e disciplinato la procedura di individuazione e nomina dei

componenti: "Essi sono scelti tra persone, non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani, e sono nominati, previa delibera del Consiglio dei ministri, con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, sentite le competenti commissioni parlamentari".

La possibilità di avere colloqui riservati con i detenuti non è estesa ai Garanti territoriali.

Le prioritarie esigenze di sicurezza non permettono di escludere i Garanti territoriali dalla disciplina dettata dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ord. penit.. L'esercizio del diritto del detenuto al confronto con il Garante va necessariamente contemporaneo con quello, di rango costituzionale ed oggetto di riserva di legge statale ex art. 117 Cost., dell'ordine e della sicurezza dei consociati, garantendo i beni della libertà e della stessa vita, ferma restando la possibilità per il detenuto di rivolgere istanze o reclami, in forma orale o scritta, «anche in busta chiusa», al Garante (art. 35, n. 3, ord. penit.), corroborata dal divieto di sottoporre a limitazioni e controlli la corrispondenza epistolare o telegrafica ad esso indirizzata o da esso inoltrata (art. 18-ter, comma 2, ord. penit.).

Né il ruolo del Garante territoriale, quale difensore civico dei diritti del detenuto, può parificarsi a quello di chi garantisce ai soggetti in vincolis il diritto di difesa tecnica, a cui non si applicano le disposizioni della lett. b), comma 2, dell'art. 41 bis e neanche il limite numerico di cui all'ultimo periodo della medesima previsione, attinto da declaratoria di incostituzionalità con sentenza C.Cost. nr. 143 del 2013. Depongono in tal senso anche il recentissimo intervento normativo che distingue il diritto ai colloqui con i difensori da quello con i Garanti e l'assenza di modifiche alla previsione di cui all'art. 41 bis comma 2, lett.b) ultimo periodo, che esclude i colloqui con i soli difensori dai presidi di sicurezza dalla stessa norma disciplinati.

Il giudice delle leggi, con sentenza nr.122/2017 nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. a) e c), l. 26 luglio 1975, n. 354, sollevate, in riferimento agli artt. 15, 21, 33, 34 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in relazione al divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa, ha ribadito che il regime di alta sorveglianza mira a far fronte ad esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza esterne al carcere e connesse alla lotta alla criminalità organizzata, terroristica ed eversiva, impedendo, in particolare, i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno, che lo stesso ordinamento penitenziario pure favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale (sentenza n. 376 del 1997;

ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998). Si intende evitare, soprattutto, che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione, sfruttando il normale regime penitenziario, «possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa» (sentenza n. 143 del 2013). In questa prospettiva, il comma 2-quater dell'art. 41-bis ord. pen. - nel testo novellato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 - disposizioni in materia di sicurezza pubblica - dopo aver previsto, in termini generali, che il regime speciale comporta «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna», finalizzate principalmente a «prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento» del detenuto o dell'internato, oltre che «contrastare con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate» (lettera a), elenca una serie di misure specifiche costituenti il contenuto tipico e necessario del regime stesso. Figurano nell'elenco, in particolare, la drastica limitazione dei colloqui personali (uno al mese, con i soli familiari e conviventi, salvo casi eccezionali, in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti) e dei colloqui telefonici (uno al mese con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti, per i soli detenuti che non effettuino colloqui visivi), con previsione, in entrambi i casi, del controllo auditivo e della videoregistrazione (lettera b); la «limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno» (lettera c); la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza (lettera e); l'adozione di misure che assicurino «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità» (lettera f).

La Corte di legittimità, pronunciandosi sul tema dei colloqui dei detenuti sottoposti al 41 bis O.P. con i Garanti territoriali ha ritenuto che in assenza di una specifica disciplina debba trovare applicazione, sia sul piano della quantità, che dei soggetti ammessi alla fruizione e delle modalità di svolgimento, il regime di particolare rigore previsto per i colloqui; le disposizioni derogatorie investono tutti i colloqui ex art. 18 O.P., ivi compresi quelli con il Garante locale, con la sola espressa esclusione dei difensori, atteso il carattere generale della previsione normativa e stante la necessità di documentare i contatti con il mondo esterno, previsione che in quanto disciplinata con norma primaria, non è suscettibile di disapplicazione. (Cass., Sez. 1, n. 46169/2018)

Con un arresto coevo (Sez.1 n. 53006/2018) la Corte di Cassazione ha, altresì, sottolineato che lo status dei detenuti sottoposti al regime del carcere duro impone il rispetto di maggiori cautele in ragione della pericolosità loro riconosciuta che potrebbe indurli a strumentalizzare la diretta interlocuzione con i Garanti anche per esercitare forme di coercizione volte ad attuare all'esterno finalità illecite. Secondo la Corte ciò non va letto come manifestazione di sospetto

verso la persona e il ruolo del Garante locale quanto piuttosto come misura necessaria a prevenire l'elusione delle finalità del regime di alta sorveglianza e la possibilità che i Garanti territoriali si trovino esposti a forme di condizionamento nei confronti di detenuti portatori di elevatissima pericolosità.

Alla luce delle considerazioni che precedono non può escludersi la necessità che i colloqui dei detenuti sottoposti al 41 bis o.p. con i Garanti territoriali debbano essere autorizzati. Il parametro di riferimento per l'amministrazione è quello tracciato dalla Corte di legittimità con la sentenza sez. 1, n. 46168/18) secondo cui la possibilità, per l'amministrazione penitenziaria, di limitare l'accesso del garante è affievolita, posto che, in caso contrario, si ridurrebbero le occasioni di contatto e di comunicazione dei detenuti con il Garante. La Corte ritiene che “*i ragionevoli motivi sono immanenti alla funzione svolta dal Garante e, come tali, sempre sussistenti, in ogni caso l'autorizzazione ai colloqui non potrebbe essere, almeno tendenzialmente, negata, salvo la ricorrenza di situazioni eccezionali*”.

I colloqui con i garanti territoriali sottostanno, pertanto, alle modalità di maggior rigore previste dal medesimo articolo per tutti i colloqui dei detenuti e degli internati sottoposti al regime del 41 bis O.P., fatta eccezione per quelli con i difensori. Trattasi di restrizioni proporzionali agli scopi di prevenzione cui il regime detentivo speciale è finalizzato e che non obliterano l'equo bilanciamento tra i diversi valori di rango costituzionale coinvolti.

[1] Si fa riferimento alla Raccomandazione R (1975) 757 dell'assemblea Parlamentare, adottata il 29/1/1975, alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R. (1985) 13, adottata il 23/9/1985, alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26/6/1987 e aperta alla firma il 26/11/1987, alle Regole penitenziarie europee del 1987, adottate con Raccomandazione R 1987-3 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, alle Regole del 2006 adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con Raccomandazione R ( 2006) 2 e, ancora, al Protocollo Opzionale della Convenzione ONU contro la tortura, adottato dall'assemblea Generale delle nazioni Unite con Risoluzione 9/1/2003 n.57/1999, ratificato dall'Italia con legge n.195/2012 (cfr. Cass. Sez.1, n.46169 del 27/6/2018, dep.11/10/2018).

[2] In tal senso il DM 11 marzo 2015, n.36, recante il “Regolamento sulla struttura e composizione del Garante e la Circolare DAP del 18/5/2016 sul garante nazionale”.

