

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Ordinamento penitenziario

La decisione

Ordinamento penitenziario - Incostituzionalità - Corrispondenza detenuto - Difensore - Ammissibilità - Esclusione - (Cost., artt. 3, 15, 24, 111 e 117 co. 1; CEDU art 6; Legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 18-*bis*; 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. e).

È incostituzionale, per contrasto con il diritto di difesa, l'art 41bis co. 2-quater, lett. e) ord. penit. nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza tra detenuto e difensore.

CORTE COSTITUZIONALE, 24 gennaio 2022 (2 dicembre 2021), n. 18 CORAGGIO, *Presidente* - VIGANÒ, *Redattore*.

La corrispondenza con il difensore del detenuto sottoposto al 41-*bis* e i visti di censura.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. e nella parte in cui il visto di censura della corrispondenza intrattenuta con il difensore non è escluso.

Dopo aver indagato la normativa italiana in materia di corrispondenza con il difensore, il presente contributo analizza la specifica disciplina che interessa coloro che sono ristretti al regime di cui all'art 41-*bis* ord penit.

L'autore ricostruisce la vicenda processuale, dubbi e la conclusione è affidata al commento della pronuncia, alla luce del bilanciamento tra rilevanti esigenze preventive e tutela della corrispondenza (art 15 Cost) e del diritto di difesa (art. 24 Cost).

The correspondence with the convict's defender subjected to 41-bis and censorship visas.

The Constitutional Court declared the illegitimacy of art. 41-bis co 2- quarter e) of the Italian Prison Law, in the part in which the censorship of the correspondence with the defender is not excluded.

After investigating the Italian legislation on correspondence with the defender, this contribution analyzes the specific discipline that affects those who are restricted to the regime referred to in Article 41bis of the Italian Prison Law.

The author reconstructs the procedural story, doubts and the conclusion is entrusted to the comment of the sentence, in light of the balance between relevant preventive needs and protection of correspondence (Article 15 Cost) and the right of defense (Article 24 of the Constitution).

SOMMARIO: 1. Ricostruzione della vicenda. - 2. Il controllo sulla corrispondenza. - 3. Regime restrittivo del carcere duro e bilanciamento con i diritti fondamentali. - 4. La difficile compenetrazione tra art 18-ter ord penit e "carcere duro". - 5. Le argomentazioni dell'illegittimità sentenza. - 6. Tecniche del giudizio di costituzionalità tra bilanciamento di interessi e test di proporzionalità. - 7. Conclusioni.

1. *Ricostruzione della vicenda.* Con la sentenza n. 18 del 2022, la Corte

costituzionale dichiara l'illegittimità¹ dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), L. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intercorsa con i difensori.

In particolare, la vicenda concreta sorge a partire da un decreto del Presidente del Tribunale di Locri con cui si dispone il trattenimento di un telegramma inviato da un detenuto in regime di massima sicurezza al proprio difensore di fiducia. La motivazione del trattenimento risiede nella sussistenza di un «*pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, connesso all'ambiguità del contenuto della missiva, composta da una serie di periodi non legati da un filo logico in grado di rendere coerente e comprensibile il testo nella sua interezza*».

La prima sezione penale della Suprema Corte di Cassazione, investita della questione a seguito del ricorso dell'imputato, solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), L. 26 luglio 1975, n. 354, in riferimento agli artt. 3, 15, 24, 111 e 117, primo comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 Cedu.

In particolare, la Corte ritiene che la disposizione in esame risulti in contrasto con la libertà e segretezza della corrispondenza ex art 15 Cost. e con il diritto di difesa ex art 24 Cost e quello ad un equo processo ex art 6 Cedu. Così, si evidenzia l'irragionevolezza dell'equiparazione del difensore agli interlocutori non qualificati, oltre la contraddittorietà poichè la disciplina dettata per i colloqui visivi e telefonici tra difensori e detenuti non prevede, ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) ord. penit. alcuna forma di controllo.

2. *Il controllo sulla corrispondenza.* L'art 18-*ter* ord. penit. disciplina il controllo² sulla corrispondenza di detenuti e di internati e dispone, al comma 2, che tali controlli siano esclusi nel caso in cui la corrispondenza sia indirizzata ai soggetti di cui all'art 103, co. 5, cpp., tra cui sono annoverati i difensori. Prima della legge del 2004, l'art 18-*ter* ord penit prevedeva una generica possibilità di sottoporre la corrispondenza a controllo da parte dell'amministrazione penitenziaria, salva una limitazione introdotta nel 1989 dall'art 103, comma 6, c.p.p., che impediva tale controllo per la corrispondenza con il proprio difensore.

Originariamente, pertanto, il provvedimento era frutto di una decisione

¹ KALB, *Corte costituzionale: illegittimo il visto di censura della corrispondenza tra difensore e sottoposto al 41-bis*, in www.ilpenalista.it, 2022

² Nell'accezione logico-filosofica, la voce "controllo" sta a designare un aspetto dell'agire umano necessariamente secondario ed accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primaria o principale, BERTI - TUMIATI, in *Enc. Dir.*, voce "Controllo", Milano, 1962, 298 ss.

motivata dell’Autorità Giudiziaria, senza che il Legislatore avesse disegnato una cornice all’interno della quale ci si potesse muovere³.

A tal proposito, dottrina e giurisprudenza avevano attribuito al provvedimento carattere amministrativo, escludendo l’ammissibilità di specifici mezzi di gravame e del ricorso in Cassazione ai sensi dell’art 111 Cost.

Di conseguenza, dottrina e giurisprudenza riconoscevano in capo al detenuto un mero interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo⁴.

Nel corso degli anni, la disposizione di cui all’art 18-ter è stata più volte ritenuta in contrasto con l’art 8 CEDU⁵, in quanto la limitazione del diritto costituzionale alla riservatezza non era ben definita⁶.

Per ovviare a tali lacune evidenziate dalla Corte di Strasburgo, la legge 95 del 2004 ha riformato la disciplina sui limiti e i controlli⁷ della corrispondenza.

Il nuovo art 18-ter prevede⁸, in particolare, la possibilità per l’autorità giudiziaria competente ai sensi del comma 3 - in presenza di «*esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell’istituto*» - di disporre nei confronti di singoli detenuti o internati, per periodi non superiori a sei mesi, prorogabili per successivi periodi

³BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Milano, 2019, 147.

⁴RUARO - SANTINELLI, *art 18-ter*, in DELLA CASA - GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, 284.

⁵L’art. 8 CEDU stabilisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell’esercizio di questo diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine pubblico e per la prevenzione di reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri". Corte EDU, 9 aprile 2019, *Altay c. Turchia* (n. 2), ric. n. 11236/09, in *Osservatorio Europa*, 16 maggio 2019, con nota di MANCA, *La corrispondenza avvocato-detenuto come diritto soggettivo 'privilegiato' secondo i parametri convenzionali*. Pare opportuno sottolineare che la tutela apprestata dalla Corte EDU alla corrispondenza difensore-detenuto risale al noto leading case *Campbell c. Regno Unito*, 25 marzo 1992, ric. n. 13590/13, in cui venne sostenuta la natura "privilegiata" della relazione tra avvocato ed assistito: "[...] the lawyer-client relationship is, in principle, privileged".

⁶Si segnalano: Corte EDU, 26 febbraio 1993, *Messina c. Italia*, ric. n. 13803/88; Corte EDU, 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, ric. n. 15943/90; Corte EDU, 15 novembre 1996, *Calogero Diana c. Italia*, ric. n. 15211/89; Corte EDU, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95; Corte EDU, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; Corte Edu, 21 dicembre 2000, *Rinzivillo c. Italia*, ric. n. 31543/96; Corte Edu, 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, ric. n. 26161/95; Corte EDU, 26 ottobre 2001, *Di Giovine c. Italia*, ric. n. 39920/98; Corte EDU, 24 ottobre 2002, *Messina c. Italia*, ric. n. 33993/96; Corte EDU, 7 luglio 2009, *Piacenti c. Italia*, ric. n. 24425/03; Corte EDU, 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas c. Italia*, ric. n. 40750/98; Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. n. 33695/96; Corte Edu, 29 settembre 2005, *Zappia c. Italia*, ric. n. 77744/01; Corte EDU, 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, ric. n. 56317/00; Corte EDU, 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*, ric. n. 8316/02; Corte EDU, 11 luglio 2006, *Campisi c. Italia*, ric. n. 24358/02; Corte EDU, 11 luglio 2006, *Bastone c. Italia*, ric. n. 59638/00; Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Papalia c. Italia*, ric. n. 60395/00; Corte EDU, 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia*, ric. n. 25522/03; Corte EDU, 19 gennaio 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01.

⁷BOCCHINI, *Modi e tempi dei controlli sul "carcere duro"*, in *Giur. It.*, 2004, 2146 ss.

⁸FIorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Padova, 2013, 306 ss.

non superiori a tre mesi, tre distinte misure, di impatto decrescente rispetto al diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza:

a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa;

b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo⁹;

c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima (comma 1).

Si tratta di attività di controllo molto diverse tra loro: le ultime due realizzano un *vulnus* alla riservatezza della corrispondenza, mentre la prima pregiudica la possibilità di esercitare in modo pieno il diritto.

Tale diritto, a seguito delle modifiche apportate, pare potersi qualificare come diritto soggettivo¹⁰, valorizzando l'art 15 Cost a seguito del rafforzamento della posizione del detenuto.

Ciò detto, il comma 2 dell'art. 18-ter ord. penit. esclude l'applicazione di tali misure qualora la corrispondenza epistolare o telegrafica sia indirizzata ai soggetti di cui al comma 5 dell'articolo 103 cpp e cioè ai difensori, agli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, nonché ai consulenti tecnici e ai loro ausiliari¹¹. La *ratio* si rinviene nella volontà di creare una categoria di corrispondenza protetta, tale da consentire al detenuto di interloquire con soggetto investiti del controllo sulle condizioni del trattamento penitenziario.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale¹², il limite di tale categoria protetta va individuato nella stessa funzione difensiva in quanto il divieto non può riguardare indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste la qualifica di difensore, bensì solo di quelle inerenti alla funzione esercitata, la quale si esplica mediante consigli, strategie difensive e richieste di chiarimenti. Merita aggiungere la necessità di rispettare gli adempimenti formali previsti dall'art. 35 disp. att. cpp, in assenza dei quali, invece, può esserci il sequestro e il controllo della corrispondenza fra il difensore ed il proprio assistito.

In particolare, l'art. 35 disp. att. cpp., prevede, al comma 1, che la busta della corrispondenza tra l'imputato e il suo difensore riporti:

a) il nome e il cognome dell'imputato;

⁹RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis a proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. Pen.*, 2015, 842 ss.

¹⁰FERRINI, *Corrispondenza dei detenuti: da interesse legittimo a diritto soggettivo*, in *Giuris merito*, 2008, 10, 2623 ss.

¹¹ Cfr. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 252 ss.

¹² Cass, Sez. VI, 3 Giugno 2008, n. 38578, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3916; Cass, Sez. IV, 5 Ottobre 2016, n. 55253, in *CED Cass. pen.* 2017.

b) il nome, il cognome e la qualifica professionale del difensore;
c) la dicitura “corrispondenza per ragioni di giustizia” con la sottoscrizione del mittente e l’indicazione del procedimento cui la corrispondenza si riferisce. Inoltre, il comma 2 puntualizza che “*quando mittente è il difensore, la sottoscrizione è autenticata dal presidente del consiglio dell’ordine forense di appartenenza o da un suo delegato*”.

Infine, nei casi in cui l’imputato sia detenuto, il comma 3 stabilisce che l’autorità che ne ha la custodia appone il proprio timbro o firma sulla busta chiusa che già reca le indicazioni suddette, senza che ciò ritardi l’inoltro della corrispondenza.

Così, la mancanza di attestazione circa l’autenticità di un atto giudiziario giustifica il trattenimento dell’atto, trattandosi di un adempimento formale volto a verificare la natura di quanto trasmesso e l’assenza di alterazioni del testo funzionali a veicolare informazioni non consentite.

3. Regime restrittivo del carcere duro e bilanciamento con i diritti fondamentali. La funzione del regime di cui al 41bis ord penit.¹³ si individua nella necessità di contenere la pericolosità del detenuto causata dal collegamento dello stesso con componenti di organizzazioni criminali.

Tale fine è perseguito mediante la limitazione degli istituti dell’ordinamento penitenziario, volti a favorire il reinserimento sociale.

Così, la norma prevede l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, la determinazione di un numero massimo di colloqui con i familiari e conviventi, i quali vengono sottoposti a controllo auditivo e registrazione, previa autorizzazione dell’autorità competente.

Inoltre, le limitazioni riguardano le somme che possono essere ricevute dall’esterno, l’esclusione delle rappresentanze di detenuti o internati, la limitazione della permanenza all’aperto.

Appare di tutta evidenza come il tema del “carcere duro”, nella misura in cui incide sulla finalità rieducativa della pena, chiama in causa il valore di tutela della dignità umana e il divieto di trattamenti, appunto, “inumani e degradanti” iscritto nell’art. 3 della Convenzione.

La giurisprudenza è, infatti, alla perenne ricerca del difficile equilibrio tra le esigenze preventive connesse alla repressione del fenomeno mafioso e l’imperativo, altrettanto forte in uno Stato di diritto, a che tale fermo contrasto avvenga sempre nel rispetto dei principi di civiltà giuridica che affondano salde radici nei principi costituzionali e convenzionali.

La Corte Edu ha, invero, affermato che il regime detentivo di cui all’art. 41-bis

¹³ Cfr. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex 41 bis o.p.*, Milano, 2016, 1 ss.

ord. penit., pur rappresentando una limitazione di alcuni diritti fondamentali del detenuto, non integra, di per sè, una violazione dell'art. 3 CEDU, atteso che tali deroghe sono giustificate da «*evidenti ragioni di sicurezza pubblica*»¹⁴. Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità¹⁵ ritiene non esservi alcuna incompatibilità strutturale tra l'adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l'allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l'esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l'esistenza per il detenuto di spazi minimi e incomprimibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte, che "rassicura circa la permanenza di un margine di flessibilità del trattamento derivante dalla verifica giurisdizionale del rapporto tra contenuto della prescrizione ed esigenze di tutela dei diritti del soggetto recluso". La previsione di un sindacato giurisdizionale per l'eventuale lesione di diritti soggettivi derivante dalle singole disposizioni rende, inoltre, il regime differenziale conforme ai principi costituzionali.

Orbene, il regime di cui all'art 41-bis è sicuramente oggetto di una pluralità di limitazioni, legittime se proporzionate e finalizzate allo scopo precipuo di contenere la pericolosità dei detenuti e prorogabili¹⁶ con l'assolvimento di uno specifico onere motivazionale¹⁷.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte costituzionale¹⁸, con un'importante sentenza del 2013, le cui argomentazioni sono spesso richiamate nella sentenza in commento, aveva dichiarato l'illegittimità dei rigidi limiti quantitativi settimanali ai colloqui con il difensore dei detenuti e internati¹⁹ in regime differenziato

¹⁴ Corte EDU, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, *ric. n. 26772/85*.

¹⁵ Cass., sez. 1, 19 aprile 2016, n 44149, CED 268294.

¹⁶ GIANNOCARO, *La proroga del regime detentivo speciale tra pericolosità sociale necessaria ed esiti del trattamento penitenziario*, in *Dir. Pen Cont*, 2015

¹⁷ FIORIO, *La motivazione del provvedimento di proroga del regime carcerario differenziato*, in *Giur. It*, 2014, 710 ss.

¹⁸ Corte Cost., 17 giugno 2013, n 143, in *Proc. Pen. Giust*, 2014, 1, 37; *A margine della decisione vedi: COPPETTA, I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni quantitative*, in *Giuris It*, 2013, 2349; CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art 41 bis o.p.*, in *Dir Proc Pen*, 2013, 1189; FIORENTIN, *Regime speciale del "41 bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *G. Cost*, 2013, 2180; FIORIO, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Proc. Pen Giust*, 2014, 1, 42; RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *G. Cost*, 2013, 2176; TROMBETTA, *In tema di colloqui tra difensore e detenuto in regime di "41-bis"*, in *Arch. Pen*, 2013, 3, 1 ss.

¹⁹ La Corte costituzionale n 197 del 2021 ritiene non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt 3, 25, 27, 111, 117 co. 1 Cost nella parte in cui consente l'applicazione del regime differenziale anche nei confronti di persone internate. In ragione della specifica natura della misura e alla luce dei principi costituzionali di ragionevolezza e di finalità rieducativa, il trattamento differenziale deve adattarsi alla condizione di internato. Cfr, FIORIO *Situazioni di emergenza*, 2022.

ex art. 41-bis ord. penit.

Infatti, la disciplina realizzava un decremento di tutela del diritto di difesa, cui non corrispondeva un incremento di tutela di un diritto di pari rango, quale l'ordine pubblico o la sicurezza, in un'ottica di bilanciamento.

Le limitazioni in questione, secondo la Corte, non potevano trovare giustificazione neppure nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale poiché la previsione di un limite quantitativo non impediva un eventuale passaggio illecito di informazioni, visto che i colloqui con il difensore erano comunque sottratti all'ascolto e alla registrazione da parte dell'autorità penitenziaria.

Aderendo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che da sempre si mostra più sensibile alla questione riconoscendo che il diritto dell'accusato a comunicare con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari dell'equo processo di cui all'art 6 Cedu, si stabilisce che lo Stato può limitare solo in casi eccezionali i contatti confidenziali tra avvocato ed assistito; qualsiasi misura limitativa deve infatti risultare assolutamente necessaria e non può, comunque, frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato.

4. *La difficile compenetrazione tra art 18-ter ord penit e "carcere duro".* La problematica di fondo nasce dal mancato coordinamento tra la disciplina di cui all'art 18-ter e la disciplina di cui all'art 41-bis²⁰.

Infatti, l'art. 41-bis co.1 quater lett. e) annovera la possibilità di sottoporre a visto di censura la corrispondenza tra le misure limitative previste ed esclude da tale procedura solo *"quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia"*.

Così, dalla lettura combinata di tali norme emerge il diverso ambito soggettivo delle limitazioni.

In particolare, la normativa generale di cui all'art. 18-ter co. 2 ord. penit esclude la possibilità di apporre delle limitazioni alla corrispondenza tra detenuto e difensore, mentre l'art. 41-bis co. 2-quater lett. e), ponendosi in piena rotta di collisione con la previsione generale, consente espressamente la sottoposizione al visto di controllo della corrispondenza tra detenuto e il proprio difensore, quale conseguenza dell'applicazione del regime detentivo speciale²¹. Le questioni interpretative che si sono poste sono principalmente di due tipi e la loro risoluzione è necessaria per delineare il delicato equilibrio tra le due norme.

Un primo quesito emerso è se il visto di censura debba essere disposto dal

²⁰ ARDITA, *Il nuovo regime dell'art 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass Pen*, 2003, 1, 4 ss.

²¹ CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in *www.sistemapenale.it*, 1 Aprile 2022

Ministro di giustizia nel medesimo provvedimento applicativo del regime penitenziario differenziato o se, alternativamente, debba essere disposto dall'autorità giudiziaria competente ex art 18-ter co. 3 ord penit.

Orbene, la giurisprudenza maggioritaria sostiene che la libertà di corrispondenza dei detenuti in regime speciale possa essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 Cost., solo con un provvedimento dell'autorità giudiziaria, specificamente motivato²² in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dai commi da 1 a 4 dell'art. 18-ter²³.

Ulteriore quesito riguarda l'operatività o meno anche nei confronti di detenuti o internati in regime di 41-bis ord. penit. dell'art. 18-ter co 2 ord. penit., il quale esclude la possibilità di limitare e controllare la corrispondenza tra detenuto e difensore; ovvero se, almeno per gli imputati in custodia cautelare sempre in regime di 41-bis, valga la previsione di cui all'art. 103 c.p.p, di contenuto analogo a quanto previsto dal co. 2 dell'art. 18-ter ord. pen.

In merito, la Corte evidenzia come l'interpretazione operata dal giudice rimettente, secondo cui l'art. 41-bis co.1- quater è norma speciale e deroga quindi a quanto disposto nell'art. 18-ter, sia del tutto conforme al dato letterale della disposizione censurata.

Nonostante ciò, si rileva come siano in realtà diffuse alcune interpretazioni costituzionalmente conformi per cui l'art.18-ter troverebbe applicazione anche nei confronti di detenuti sottoposti al 41-bis, sostenute tanto da alcune pronunce della Cassazione quanto dalla stessa Amministrazione penitenziaria nella circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017²⁴.

Tale circolare intitolata «*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis O.P.*» stabilisce che “*v'è tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispondenza cd. “per giustizia”, ovvero la*

²² Cass, Sez. I, 4 dicembre 2008, Lioce, Rv. 242525; Cass, Sez I, 20 giugno 2014, Gionta, Rv. 260692

²³ In particolare, i diritti inerenti la corrispondenza, sia per la particolare posizione nel contesto costituzionale della norma che li prevede, sia per la qualifica di "inviolabili" ad essi riconosciuta, si pongono, al pari della libertà di domicilio garantita dall'art.14, come un ampliamento ed una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona umana sanzionato dall'art.13 Cost., BARILE - CHELLI, in *Enc. Dir.*, voce *Corrispondenza (libertà di)*, Milano, 1962, 746 ss.

²⁴ L'art. 18.1 di tale circolare dispone infatti espressamente che «*v'è tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispondenza cd. “per giustizia”, ovvero la corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'art. 103 del codice procedura penale*»; Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, circolare 2 ottobre 2017, n. 3676/616, con nota di FIORIO, “*Fermo restando*”: l'art. 41-bis Ord. penit. tra il gerundio della legislazione e l'imperativo dell'amministrazione, *Proc Pen Giust*, 2018, 2, 388 ss.

MANCA, *Il DAP riorganizza il 41 -bis: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 novembre 2017. In particolare, la prescrizione riportata è affermata dall'art 16.3, 25. Così anche con riferimento ai colloqui del detenuto a cui sia stata comminata la pena accessoria dell'interdizione legale con il proprio tutore, art. 16.5, 25-26; in termini analoghi anche per il detenuto non legalmente interdetto in presenza di un notaio o pubblico ufficiale, art. 21, 30.

corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'art. 103 del codice procedura penale – tra cui rientrano i difensori –, nonché a tutte le autorità indicate nell'art. 35 delle relative norme di attuazione²⁵.

5. Motivazioni sentenza. La questione di legittimità della norma è incentrata sul diritto di difesa del condannato o internato nella struttura penitenziaria, un principio supremo sia a livello interno che sovranazionale.

Strumentale al diritto di difesa di cui all'art 24 della Carta costituzionale è certamente il diritto di conferire con il proprio difensore²⁶, in modo da avere la possibilità di discutere le strategie difensive, conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli nel miglior modo possibile.

Inoltre, il diritto del detenuto a conferire con il difensore è oggetto di riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle "Regole penitenziarie europee", adottata dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all'imputato (regola numero 98).

La Corte di Strasburgo ha osservato che, l'impossibilità di conferire con il proprio avvocato depotenzia l'utilità dell'assistenza tecnica, contemplata dall'art. 6 par. 3 lett. c) Cedu, che lo stesso è in grado di offrire.

Di contro, la Convenzione mira a garantire diritti concreti ed effettivi anche rispetto alla necessità di assicurare la tutela del detenuto contro eventuali abusi delle autorità penitenziarie.

È pur vero che il diritto alla segretezza della corrispondenza non è un diritto assoluto, bensì bilanciabile con altri interessi costituzionalmente garantiti, sempre entro i limiti della ragionevolezza e proporzionalità.

Così, il Giudice delle leggi sottopone a test di proporzionalità il compresso diritto di difesa e l'esigenza di difesa sociale e di impedire comunicazioni illecite tra detenuto e mondo esterno.

Il visto di censura della corrispondenza è volto ad impedire che il detenuto o l'internato possa continuare a svolgere un ruolo attivo all'interno

²⁵ Un punto importante che occorre evidenziare riguarda l'ammissibilità della questione di legittimità: la Corte costituzionale, infatti, in tale occasione ritiene di poter intervenire pur riconoscendo espressamente l'esistenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, autorevolmente sostenuta dalla dottrina e regolarmente praticata non solo dalla giurisprudenza ma anche dalla stessa amministrazione penitenziaria. Cfr. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in www.dirittodidifesa.eu, 4 marzo 2022. Secondo l'autore la motivazione utilizzata dalla Corte rischia di "contraddire il consolidato orientamento per cui l'incostituzionalità è sempre extrema ratio, espressiva del fallimento dell'interpretazione, da riservare all'ipotesi in cui la "lettera" o il "diritto vivente" oppongano una resistenza davvero insuperabile ad una lettura conforme a Costituzione, impedendo il ricorso alla decisione interpretativa di rigetto".

²⁶ MARINO, *La censura sulla corrispondenza dei detenuti al 41 -bis con i propri difensori è incostituzionale*, in *Dir e Giust*, 2022, 17, 12 ss.

dell'organizzazione criminale ma risulta eccessivo rispetto allo scopo perseguito poiché sottopone a controllo preventivo tutte le comunicazioni intrattenute con il difensore, a prescindere da qualsivoglia elemento volto a ipotizzare condotte illecite. In conclusione, quindi, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata per contrasto con l'art. 24 Cost.

Le argomentazioni della Corte²⁷ riprendono quelle della sentenza 143 del 2013 sopra citata relativa alla previsione di un numero massimo di colloqui²⁸ e, in base ad un confronto tra le due limitazioni, si evidenzia come le motivazioni che avevano condotto alla declaratoria di illegittimità della sottoposizione a visto della corrispondenza siano rafforzate a causa di una limitazione ancora più grave del diritto di difesa. Infatti, la possibilità di trattenere definitivamente la corrispondenza e non semplicemente di restringere il limite numerico dei colloqui, azzerava la tutela e il diritto di difesa del soggetto.

Tale *vulnus* di tutela diventa particolarmente gravoso per i detenuti meno abbienti poiché l'eventuale trasferimento in altra struttura penitenziaria potrebbe rendere la corrispondenza epistolare l'unica utile per comunicare con il proprio legale. Questo discriminerebbe il cliente meno abbiente rispetto a quello in grado di sostenere i costi e gli onorari del viaggio del proprio legale in vista dei colloqui programmati con lo stesso.

Merita aggiungere che data l'illegittimità dichiarata dalla Consulta nel 2013 e la conseguente possibilità di svolgere colloqui visivi e telefonici in un numero illimitato, il visto alla corrispondenza è inidoneo allo scopo anche in considerazione di questi altri strumenti mediante cui il temuto scambio di informazioni tra detenuto o internato e difensore potrebbe avvenire.

Un ulteriore passaggio motivazionale, che evidenzia quanto l'intervento della Consulta si rendesse necessario in una logica di tutela dei diritti fondamentali, si evince dalla presunzione di collusione del difensore, peraltro insostenibile, che getta discredito su una figura professionale che, diversamente dagli altri soggetti, è tenuta al rispetto di specifici doveri comportamentali relativi all'etica professionale.

Nonostante non possa escludersi a priori la sussistenza di un rapporto illecito tra difensore e associazione criminale, tale ipotesi non può essere assunta a regola di esperienza e tradotta in una disposizione normativa.

In tal modo si andrebbe a parificare il difensore, custode di un diritto fondamentale di ogni individuo e tenuto all'osservanza di un codice deontologico,

²⁷ BRUCALE, *41-bis e corrispondenza con il difensore*, in www.questionegiustizia.it

²⁸ L'art. 41 *bis*, comma 2 *quater* ord. penit., come ridisegnato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, aveva limitato ad uno il numero dei confronti mensili. Cfr. FIORIO, *La stabilizzazione dei "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in MAZZA - VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 395 ss.

ad altre figure parentali non qualificate rispetto alle quali la presunzione appare giustificata.

Orbene, affinché il difensore possa svolgere efficacemente il suo ruolo, è necessario che il proprio cliente venga messo in condizione di comunicare liberamente e in modalità riservata con lo stesso.

6. Tecniche del giudizio di costituzionalità tra bilanciamento di interessi e test di proporzionalità. In merito alle tecniche di giudizio, il bilanciamento dei diritti è un settore in cui si impone il ricorso ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità. In particolare, i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti ma sono predicati insieme ai loro limiti e il bilanciamento è una tecnica volta al contemperare più interessi tra loro concorrenti.

Nessun diritto fondamentale è protetto in termini assoluti poiché si farebbe “tiranno” e annienterebbe altri diritti e valori in gioco.

Tale bilanciamento tende all’ottimizzazione della tutela dei diritti coinvolti e da ciò deriva l’assunto per cui il decremento di tutela non può aver luogo se non accompagnato ad un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango.

Orbene, il principio di proporzionalità è frequentemente richiamato insieme al principio di ragionevolezza, talvolta come sinonimo dello stesso. La Corte richiama sovente il «canone generale della ragionevolezza e proporzionalità», ricomprendendo in un’unica formulazione entrambi i parametri.

Così, l’approccio tradizionale della Corte costituzionale italiana è de-strutturato, ossia è un sindacato di incongruità, abnormità della legislazione, destinato ad intervenire in via residuale a fronte di un’incontrovertibile evidenza poiché mira a lasciare un ampio spazio di discrezionalità al legislatore. Ne discende che tale sindacato di bilanciamento non richiede di essere dimostrato attraverso un percorso argomentativo complesso.

Di contro, altri ordinamenti europei, tra i quali l’ordinamento tedesco, hanno adottato un modello di sindacato incentrato su un test di proporzionalità articolato in quattro fasi: la prima incentrata sulla verifica della legittimità dello scopo; la seconda basata su una valutazione del rapporto mezzi-rischi; la terza volta a valutare la “necessità”; l’ultima fase sulla “proporzionalità in senso stretto” per esaminare gli effetti dell’atto, comprensivi di costi e benefici.

Tale sequenza di standards di giudizio agevola indubbiamente il lavoro della Corte, rendendo lo stesso maggiormente coerente, favorendo una motivazione più ordinata, più persuasiva e consolidando l’autorevolezza delle decisioni del giudice.

Nonostante nel nostro ordinamento il giudizio di bilanciamento sia ancora ancorato ad un sindacato prevalentemente destrutturato, la Corte ha negli ultimi

anni tentato di delineare uno schema argomentativo simile al test di proporzionalità in alcune delle sue pronunce.

Occorre guardare con favore questa evoluzione del sindacato della Corte costituzionale, la quale si riscontra anche nella pronuncia in commento.

Infatti, il Giudice delle leggi pone sotto la lente del test di proporzionalità il bilanciamento di valori sotteso alla vistosa limitazione del diritto di difesa, legittima solo se funzionale (ossia idonea) e non eccessiva (ossia necessaria) rispetto alla finalità del regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen. In base a tali parametri la sentenza ritiene che la compressione del diritto in questione sia inidonea rispetto allo scopo perseguito dalla generalità delle limitazioni che discendono dall'applicazione del regime differenziato, posto che *“il temuto scambio di informazioni tra difensori e detenuti o internati potrebbe comunque avvenire nel contesto dei colloqui visivi o telefonici”*. D'altra parte, tale limitazione appare eccessiva e sproporzionata, dato che la previsione del controllo sulla corrispondenza è basata su una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale²⁹.

7. Conclusioni. La sentenza in commento appare essere un'affermazione del diritto fondamentale alla difesa, il quale storicamente tutela avverso qualsivoglia forma di abuso e consente la tutela in ogni stato e grado del processo, ma ad oggi ha richiesto più volte l'intervento della Consulta al fine di ripristinarne l'effettività a fronte di una logica di bilanciamento.

Se tale diritto spetta ad ogni individuo, a maggior ragione tale garanzia deve essere assicurata a soggetti che siano privati della libertà personale, in esecuzione di una misura cautelare o di una pena definitiva, poiché essi si trovano in una posizione debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive, viste le scarse possibilità di contatti con l'esterno.

La garanzia del diritto di difesa comprende sia la difesa tecnica, sia il diritto di conferire con il difensore allo scopo di definire e predisporre le strategie difensive e, ancor prima, di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti. Infatti, il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica.

A parere di chi scrive, nonostante la sentenza in commento possa apparire come un passo in avanti, il quadro di continui necessari interventi a garanzia di

²⁹ CATANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, cit.

tale diritto fondamentale appare poco rassicurante.

Invero, la prospettiva dei padri costituenti era la garanzia perentoria del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo, volta a superare gli abusi e le incertezze che caratterizzavano il precedente regime fascista.

Ad oggi, questo fine ultimo sembra messo in secondo piano e il fondamentale diritto di difesa appare non solo in declino rispetto alla concezione storicamente voluta dai Padri Costituenti, ma quasi come un ostacolo al percorso processuale volto ad accertare la verità.

Tale riflessione induce lo scrivente ad auspicare un intervento legislativo volto a fare chiarezza e a definire la portata dei diritti fondamentali che vengono in gioco in modo da garantire la difesa ad ogni soggetto, evitando al contempo i continui interventi della Consulta, indice di scarsa chiarezza e vaghezza normativa in materia.

GIULIA MOSCATELLI