

Marco Ruotolo

Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*

1. Con la [sentenza n. 143 del 2013](#), il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario, d'ora in poi ord. penit.), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), numero 2), della legge n. 94 del 2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del medesimo art. 41-*bis*.¹

Prima della novella del 2009, l'ordinamento penitenziario non sanciva limitazioni di tipo «quantitativo» al diritto dei detenuti in questione a conferire con i propri difensori, non applicandosi a quest'ultima fattispecie le restrizioni sancite per i colloqui personali, giusta l'espressa statuizione contenuta nell'art. 41-*bis*, comma 2 quater, ord. penit.: «le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori». L'art. 2, comma 25, della legge n. 94 del 2009, ha aggiunto alla predetta previsione le parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari» (ossia della durata massima di un'ora, quanto ai colloqui visivi, e di dieci minuti, quanto ai colloqui telefonici)². La predetta limitazione – per effetto di quella che la Corte ha definito «singolare articolazione logico-sintattica del precetto che ne risulta» – non determina l'applicazione ai colloqui con i difensori delle altre disposizioni che riguardano i contatti con i familiari dei detenuti in regime di 41-*bis*, prescriventi, in particolare, il vetro divisorio, il controllo auditivo e la videoregistrazione. Insomma, nel novero di misure dichiaratamente volte a prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento del soggetto detenuto per reati di criminalità

* Destinata alla pubblicazione anche nel fascicolo n. 3/2013 di *Giurisprudenza costituzionale*.

¹ Analoga questione, sottoposta in passato alla Corte costituzionale, fu dichiarata inammissibile in quanto in quel caso fu rilevata la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità, nonché l'assoluta carenza di motivazione in punto di rilevanza ([ord. n. 220 del 2010](#)).

² Sul regime dei colloqui con il difensore per i detenuti in regime di 41-*bis*, a seguito della riforma introdotta con la legge n. 94 del 2009, si vedano le diverse posizioni espresse da P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova 2010, 316 s., la quale sostiene che le esigenze di difesa sociale possano legittimare limitazioni in tal ambito, e da C. FIORIO, *La stabilizzazione delle «carceri fortezza»: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di) *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino 2009, 415, che dubita della legittimità costituzionale di siffatte restrizioni fondate su una «sgradevole presunzione di reità» in capo agli avvocati, richiamando sul punto il documento della Giunta dell'Unione delle Camere penali, *Osservazioni sul d.d.l. n. 733 sulla sicurezza*, 18 novembre 2008, nel quale si parla di «tentativo di criminalizzare il difensore, individuato quale possibile contatto con l'esterno» Più di recente, dubbi sulla costituzionalità della previsione contenuta nell'inciso finale dell'attuale comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., sono stati espressi da G.M. NAPOLI, *Trattamento penitenziario*, Milano 2012, 239 s.

organizzata, si introduce una limitazione legislativa di tipo «quantitativo» ai colloqui con gli avvocati, sulla base del «sospetto» che questi «possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni» nell'ambito dei sodalizi criminali.

Il Magistrato di sorveglianza di Viterbo, chiamato a decidere un reclamo proposto da un detenuto avverso il provvedimento del direttore della locale casa circondariale con il quale si respingeva la richiesta di colloquio con il difensore essendo stati già raggiunti i sopra richiamati limiti «quantitativi», ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo le predette restrizioni in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. La disciplina censurata riserverebbe ai detenuti in regime speciale un trattamento deteriore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, senza che ciò sia giustificato dalla loro maggiore pericolosità o da un presunto minore livello delle esigenze difensive, che anzi, di solito, sarebbero maggiori rispetto a quelle dei detenuti comuni. Né l'esigenza di impedire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza sarebbe ragione idonea a legittimare una così evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, non essendo riferibile ai rapporti con i difensori, «i quali non potrebbero essere normativamente gravati del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione». Infine, la norma censurata non consentirebbe ai detenuti in questione di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa.

2. La Corte costituzionale ritiene fondata la questione con riferimento all'art. 24 Cost., restando così assorbite le censure riferite agli artt. 3 e 111 Cost.

Per giungere alla predetta conclusione la Corte offre una motivazione persuasiva che si articola attorno a due punti essenziali: a) l'esercizio del diritto di difesa può subire limitazioni nel bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, ma non oltre il punto che ne comprometta l'effettività; b) l'eventualità che gli avvocati – tenuti al rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia e sottoposti a vigilanza disciplinare dall'ordine di appartenenza – si prestino a fungere da tramite tra il detenuto e altri membri dell'organizzazione criminale, se non può escludersi a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in un enunciato normativo.

La Corte sottolinea opportunamente la particolare delicatezza delle restrizioni in parola che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, rimarcando – in linea con la giurisprudenza della Corte EDU – come «ogni misura limitativa di tal fatta debba risultare assolutamente necessaria». Peraltro – evidenzia ancora la Corte – il detenuto potrebbe essere coinvolto in una pluralità di procedimenti, di cognizione ed esecutivi, particolarmente

complessi, non potendo considerarsi remota l'eventualità che le tre ore o i trenta minuti settimanali complessivi di colloquio risultino in concreto insufficienti a soddisfare le esigenze difensive³.

A una così grave compressione delle esigenze difensive corrisponde un incremento della tutela dell'interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini? La Corte risponde giustamente di no, visto che i colloqui con i difensori, pur così sensibilmente limitati nella cadenza e nella durata sono comunque sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, il che certamente non impedisce il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno⁴. Paradossalmente, la disciplina censurata, pur assumendo a regola di esperienza che l'avvocato si presti a fungere da tramite fra il detenuto e l'organizzazione criminale, non impedisce, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di informazioni, non circoscrivendo «in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili». Corollario di questa considerazione è l'importante affermazione secondo la quale «l'operazione normativa considerata viene ... a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Nella specie, a un'indiscutibile compressione del diritto di difesa non corrisponde, appunto, «prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse» alla salvaguardia della sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità organizzata.

Mi pare un passaggio importante nella definizione degli schemi di giudizio riguardanti le operazioni di bilanciamento compiute dal legislatore⁵, che si va ad aggiungere alla nota considerazione, tratta proprio dalla lettura della giurisprudenza costituzionale, per cui «nel bilanciamento» il singolo diritto «potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti (e secondo lo schema o struttura assiologica già delineata in Costituzione) fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua

³ Si tenga presente che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ha fornito una lettura della normativa censurata che consente il «cumulo» dei colloqui settimanali spettanti ai detenuti: in luogo dei tre colloqui visivi o telefonici di un'ora o di dieci minuti ciascuno, è possibile richiedere un unico colloquio visivo o telefonico, rispettivamente, di un'ora o di trenta minuti (circolari DAP n. 434778-2009 del 3 dicembre 2009 e n. 233598-2010 del 1° aprile 2010). Le limitazioni indicate nel testo operano, comunque, a prescindere dal numero dei procedimenti nei quali il detenuto risulti coinvolto e del numero dei legali che abbia designato, tant'è vero che nel caso di specie il detenuto aveva «esaurito» i colloqui settimanali avendo già usufruito di colloqui visivi di tre ore con il difensore nominato in distinto procedimento di sorveglianza.

⁴ Si ricordi che le condotte di agevolazione delle comunicazioni con l'esterno dei detenuti in regime speciale sono specificamente sanzionate dall'art. 391-bis c.p. (introdotto dall'art. 2, comma 26, della legge n. 94 del 2009), che dispone un aggravamento di pena (da due a cinque anni di reclusione, anziché da uno a quattro anni) se il fatto è commesso da un «soggetto che esercita la professione forense».

⁵ Lo scrivono anche, in una pregevolissima nota alla sentenza qui commentata, V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di «carcere duro»: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2013, specie 19 ss.

ineliminabile ragion d'essere»⁶. Perché una «soluzione normativa» che incida sull'esercizio di un diritto fondamentale possa dirsi giustificata in una «prospettiva di bilanciamento» con interessi contrapposti di rango costituzionale, non basta rilevare che la situazione soggettiva considerata non è totalmente sacrificata (come accadrebbe, nella specie, se il legislatore vietasse i colloqui con il difensore o se disponesse che questi siano sottoposti ad ascolto o videoregistrazione⁷), ma occorre riscontrare se la compressione della stessa (ancorché non implicante il «completo» sacrificio) sia idonea a determinare un incremento della tutela dell'altro interesse in gioco. I due momenti, le due verifiche, sembrano comunque distinguibili: la prima attiene al *se* del bilanciamento, la seconda al *come* dell'operazione di ponderazione, implicando una valutazione che finisce per essere compiuta in termini di ragionevolezza, propriamente di congruità del mezzo prescelto (la compressione di un diritto) rispetto al fine che si propone di raggiungere (l'incremento della tutela di altro interesse di rango costituzionale). In effetti, quella compiuta nella sentenza in commento è una valutazione in termini di «ragionevolezza delle restrizioni operate», che si traduce nella rilevazione della violazione del diritto di difesa del detenuto, la cui compressione non trova nella specie «adeguata» giustificazione in nome del soddisfacimento delle pur presenti esigenze di sicurezza. Insomma, il sensibile (qui non «totale») sacrificio del diritto di difesa imposto dalla disciplina censurata è incostituzionale in quanto incongruo rispetto allo stesso fine che l'intervento normativo si proponeva⁸.

3. La decisione della Corte è resa «unicamente» sul parametro dell'art. 24 Cost., senza per questo tralasciare gli importanti apporti che ai fini della configurazione stessa del diritto di difesa

⁶ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 101. V. già, in senso analogo, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 81.

⁷ La riservatezza è infatti componente essenziale del diritto del difensore di conferire con il proprio assistito, così come del corrispondente diritto dell'imputato e del condannato a conferire con il suo legale (su questi ultimi v. Corte cost., [sentt. n. 216 del 1996](#) e [212 del 1997](#)). Di vero e proprio diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore, ai sensi dell'art. 6, par. 3, CEDU, parla anche la Corte di Strasburgo in diverse decisioni, tra le quali, limitandosi a quelle richiamate dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 143 del 2013](#): Corte Edu, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Ascitutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia.

⁸ Questo schema di giudizio ben può essere seguito anche dalla Magistratura di Sorveglianza, allorché sia chiamata a pronunciarsi sulla lesione dei diritti dei detenuti conseguente a provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria. Se ne può vedere una recente applicazione nella decisione del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto del 10 luglio 2013 (2013/3117), che ha accolto il reclamo di un detenuto in regime di 41-*bis* che si doleva dei provvedimenti adottati nella Casa Circondariale di Terni in esecuzione di diverse note del DAP (datate 18 aprile, 23 maggio e 11 giugno 2013) con le quali si disponeva, in deroga alla precedente prassi, che l'effettuazione del colloquio senza vetro divisorio con i figli minori, già limitato nella durata, avvenisse in assenza dei restanti familiari ospiti, che debbono essere allontanati dalla sala colloqui e non possono permanervi neanche (come avveniva in precedenza) al di là del vetro divisorio. La predetta misura è stata ritenuta «non congrua e proporzionata» al fine di tutela della sicurezza cui si deve intendere rivolta, essendo questo obiettivo garantito già dalla audio e video registrazione integrale dei descritti colloqui. La pronuncia può essere letta al seguente link: www.ristretti.it/commenti/2013/luglio/pdf5/ordinanza_spoletto.pdf. Per qualche prima riflessione in merito si veda, in questa *Rivista*, la [Postilla](#) al mio commento alla [sent. n. 135 del 2013](#), [The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti](#).

provengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella sentenza in commento si ricorda, infatti, non solo come la giurisprudenza costituzionale abbia da tempo riconosciuto che la garanzia del diritto di difesa comprende la difesa tecnica (sin dalla [sent. n. 59 del 1963](#)) e dunque anche il diritto – ad essa strumentale – di conferire con il difensore (per tutte, [sent. n. 216 del 1996](#) e [n. 212 del 1997](#)), ma anche come sia «sostanzialmente sintonica» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che considera «il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore» quale requisito fondamentale del «processo equo» in una società democratica, ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. c), CEDU⁹. Peraltro – come ancora rileva il giudice delle leggi in un punto successivo della motivazione – la Corte di Strasburgo ha già reputato lesiva del diritto all'equo processo una limitazione analoga a quella di cui alla norma censurata, sia pure con riferimento a normativa di altro Paese che consentiva all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori della durata di un'ora l'uno¹⁰.

Il metodo seguito dalla Corte costituzionale – ancorché necessitato dalla mancata evocazione del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. da parte del remittente – mi sembra il più convincente, in quanto percorre la via della “integrazione” con la CEDU per il tramite dell'interpretazione. Ho, infatti, già altrove sottolineato come, secondo il mio punto di vista, il limite di cui all'art. 117, comma 1, Cost., per ciò che concerne il rispetto degli obblighi internazionali, dovrebbe intendersi come “residuale”, concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia causa di decremento di tutela rispetto a quella già assicurata dall'ordinamento interno¹¹. Ciò non significa essere contrari all'avvertita esigenza di apertura del tessuto costituzionale agli apporti sovranazionali (d'altra parte già manifestata dai Costituenti con gli artt. 10 e 11), quanto essere propensi ad una valorizzazione di quegli apporti per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime.

È proprio nello spirito dell'apertura, se si vuole della integrazione delle tutele, che deve apprezzarsi il richiamo operato nella decisione in commento non solo alla giurisprudenza europea e quindi anche alla CEDU, ma, finalmente, ad altri importanti atti sovranazionali che riguardano i diritti dei detenuti. Il riferimento è al passo della sentenza nella quale si richiamano le Regole

⁹ Le decisioni richiamate sono quelle indicate nella precedente nota 8.

¹⁰ È il noto caso Öcalan contro Turchia, deciso dalla Corte Edu con sentenza del 12 marzo 2003.

¹¹ M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 2/2013, 19/04/2013, specie 7 ss.

penitenziarie europee del Consiglio d'Europa, adottate in forma di Raccomandazione dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, ove si riconosce tanto all'imputato (regola n. 23) quanto al condannato (regola n. 98) il diritto a conferire con il difensore. Fino ad oggi, a quanto mi consta, le predette Regole – la cui prima versione risale al 1973 – sono state “citate” nelle argomentazioni della giurisprudenza costituzionale soltanto in tre occasioni, peraltro piuttosto recenti¹². Eppure sono Regole che, ancorché considerate di *soft law*, esercitano da tempo un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ai fini della “concretizzazione” dei parametri convenzionali impiegati nella soluzione delle questioni riguardanti i diritti dei detenuti. Ben ha fatto, allora, la Corte costituzionale a richiamarle e utilizzarle, anche quando, come nella specie, non considerate nell'atto introduttivo del giudizio. Non si tratta solo di rispondere a un'esigenza di “apertura” della nostra giurisprudenza agli apporti europei o di rendere più proficuo il “dialogo” con la Corte di Strasburgo. Si tratta anche, e forse soprattutto, di saper far emergere attraverso l'interpretazione le potenzialità insite nei disposti costituzionali in tema di diritti, utilizzando a tale fine pure gli apporti sovranazionali. Anche così si può in certa misura contribuire per evitare che il compito della tutela dei diritti sia appannaggio esclusivo di “altre” Carte e, in conseguenza, di altre Corti.

¹² Si tratta delle [sentt. n. 158 e 274 del 2001](#), nonché [n. 301 del 2012](#). In realtà, però, l'unico caso nel quale hanno assunto un qualche rilievo ai fini della decisione è quello della nota sent. n. 158 del 2001 sul diritto alle ferie dei detenuti, in quanto nelle altre due pronunce il richiamo alle stesse, pur contenuto nel considerato in diritto, era compreso nella parte dedicata alla sintesi delle questioni prospettate dal rimettente e poi non sviluppato in ragione della rilevata inammissibilità delle stesse.