



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

LORENZO SOTTILE

**L'INTERVENTO MANIPOLATIVO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
NEL QUADRO DELLA CONFORMAZIONE COSTITUZIONALE
DEL DIRITTO DI DIFESA NELL'ESECUZIONE PENALE
(RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 18 DEL 2022)**

1° SETTEMBRE 2022

Lorenzo Sottile

**L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della
conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale
(riflessioni a margine della [sentenza n. 18 del 2022](#))***

ABSTRACT: *In the judgment no. 18/2022 the Constitutional Court deals with the legitimacy of the article 41 bis, para. 2 quater, e) of the penitentiary law that does not exclude from censorship the correspondence between prisoners under the special regime and their lawyers. Resorting to the arguments developed by the previous judgment no. 143/2013 the Court based his decision on the right of defense, that overcomes in the balance against the demands of public order and security. By references to the European Court of Human Rights judgments and to the soft-law instruments, the Court declares unconstitutional the contested provision, after ruling out the possibility of a constitutionally oriented interpretation.*

SOMMARIO: 1. Una prima lettura della sentenza. – 2. La (mancata) ricostruzione della topografia del conflitto. – 3. Dall'iniziale posizione di debolezza del diritto di difesa alla sua piena affermazione nella giurisprudenza costituzionale. Le radici della [sentenza n. 18 del 2022](#). – 4. Considerazioni finali a partire dalla tecnica decisoria.

1. *Una prima lettura della sentenza.*

La Corte costituzionale, con la [sentenza n. 18 del 2022](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. e), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), nella parte in cui non escludeva dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori.

La pronuncia della Corte si iscrive nell'opera di costruzione e massima espansione del significato costituzionale del diritto di difesa, enunciato all'art. 24 della Costituzione, rivolgendo l'attenzione alla fase dell'esecuzione penale. La formulazione granitica di tale diritto, già connotata da un «marcato tasso di genericità»¹, tende, difatti, ad assumere contorni ancor più sfumati in relazione alla condizione di restrizione in carcere, sino a veder affievolita la sua forza valoriale con riferimento ai soggetti destinatari del regime di detenzione *ex art. 41-bis ord. penit.*

La necessità di affermare la prevalenza delle esigenze difensive sulle istanze di sicurezza ha indotto i giudici costituzionali ad operare alcune scelte di campo: innanzitutto, un'attenzione “totale” dedicata ai profili dell'art. 24 della Costituzione e alla precedente giurisprudenza sia propria, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha determinato l'assorbimento delle ulteriori censure². In secondo luogo, l'impiego della tecnica decisoria, nel caso di specie una sentenza di accoglimento di tipo additivo, ha reso manifesta la volontà di privilegiare la certezza “orizzontale” del diritto rispetto ad uno sforzo di interpretazione conforme alla Costituzione³.

Muovendo dal caso del trattenimento, per la supposta ambiguità del suo contenuto, di un telegramma indirizzato da un detenuto in regime di massima sicurezza al proprio difensore di fiducia, la Corte riflette sulla complessa cornice entro la quale sono andati ad inserirsi gli interventi legislativi in tema di limitazioni e forme di controllo sulla corrispondenza dei detenuti e degli internati.



¹ Così, 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4/2013, 337.

² Il riferimento va agli artt. 3, 15, 111 e 117, comma 1, della Costituzione.

³ Tale finalità è stata riconosciuta da F. MANNELLA, *La Corte costituzionale torna sulla garanzia del diritto di difesa dei detenuti in regime di cui all'art. 41 bis nelle comunicazioni con il proprio difensore. Commento alla sentenza Corte cost. n. 18 del 2022*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2022, 251. L'A. ha sottolineato come gli effetti *erga omnes* della sentenza di accoglimento siano funzionali alla semplificazione e all'uniformità dell'attività interpretativa dei giudici e delle amministrazioni penitenziarie.

Inizialmente, la Corte prova a mettere ordine attraverso una ricomposizione del quadro normativo⁴, ripercorrendo le vicende relative all'introduzione e alle novelle dell'art. 41-*bis* ord. penit., al fine di chiarire il rapporto che intercorre tra il comma 2-*quater*, lett. *e*), di tale disposizione e l'art. 18-*ter*, comma 2, ord. penit., che richiama espressamente l'art. 103, quinto comma, c.p.p. A differenza, infatti, di quanto disposto dalle due disposizioni da ultimo menzionate, un'evidente problematicità viene ravvisata nell'esclusione, da parte dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), ord. penit., del difensore dal novero dei soggetti per cui non è prevista la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza⁵.

Persuasa dalla soluzione interpretativa offerta dall'ordinanza di rimessione⁶, la Corte configura la disposizione, della cui legittimità si discute, quale *lex specialis*⁷, riconoscendone la funzione derogatoria e recuperando, quindi, parzialmente l'*iter* argomentativo sviluppato nella [sentenza n. 143 del 2013](#), di cui la decisione in commento è stata definita «naturale “seguito”»⁸; ritiene, inoltre, che la misura concernente il controllo preventivo delle comunicazioni tra il detenuto in regime di 41-*bis* e il proprio difensore appaia «certamente eccessiva rispetto allo scopo perseguito»⁹. Pertanto, all'esito del bilanciamento – cui concorre anche l'opinione scritta presentata dall'associazione “Italiastatodidiritto” in qualità di *amicus curiae* –, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *e*), ord. penit., per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, così eliminandosi l'insostenibile presunzione assoluta di pericolosità relativa all'esercizio della professione forense.

2. La (mancata) ricostruzione della topografia del conflitto.

Prima di ripercorrere la giurisprudenza costituzionale e di Strasburgo in merito alla dimensione costituzionale del diritto alla difesa tecnica, pare opportuna una riflessione sulla genesi della «topografia del conflitto»¹⁰.

La Corte costituzionale procede, in via preliminare, ad una ricostruzione cronologica delle vicende legate alla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit. e dell'art. 18-*ter*, ord. penit., per giungere, in conclusione, ad escludere la possibilità di un'interpretazione conforme alla Costituzione della norma censurata sulla base del suo dato letterale¹¹.

Per comprendere, tuttavia, approfonditamente i profili di interazione reciproca, l'analisi che si propone è incentrata sulla *ratio* dell'introduzione delle predette disposizioni nel nostro sistema, le cui difficoltà derivano soprattutto dal differente principio ispiratore della normativa emergenziale.

⁴ Appare tralasciato, tuttavia, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il cui art. 3, comma 1, lett. *a*) ha modificato l'art. 18-*ter*, comma 3, lett. *b*), ord. penit.

⁵ Solamente, infatti, i membri del Parlamento e le autorità europee e nazionali aventi competenza in materia di giustizia vengono esplicitamente sottratti alla restrizione.

⁶ Corte di cassazione, I sez. pen., ordinanza del 21 maggio 2021, iscritta al n. 96 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella *G.U.* n. 27, 1a s.s., del 2021.

⁷ Di segno contrario l'interpretazione di M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *DIRITTO DI DIFESA*, 4 marzo 2022, 5, che nel caso di specie non rileva l'esistenza di un'antinomia, bensì di una lacuna da colmare ricorrendo all'art. 18-*ter*, in linea con l'orientamento implicito maturato nella precedente giurisprudenza.

⁸ M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 1.

⁹ Sul punto, v., *infra*, il paragrafo 3.

¹⁰ Con questa espressione si intende «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente»: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 62.

¹¹ Nella [sent. n. 253 del 2020](#) (punto 6, *Considerato in diritto*), la Corte costituzionale aveva affermato, sulla base di un orientamento consolidato, che «l'interpretazione adeguatrice [...] ha pur sempre un insuperabile limite nel dato letterale della disposizione». A titolo di esempio, si vedano, *ex plurimis*, le [sentenze nn. 174 del 2019](#), [82 del 2017](#), [36 del 2016](#).

Per quanto riguarda l'art. 18-ter, ord. penit., introdotto con la legge n. 95 del 2004, si tratta di un «delicato punto di equilibrio»¹² raggiunto dal legislatore, dopo le condanne inflitte all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 CEDU¹³. Se, infatti, le ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto – accanto alle esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati – enunciate al primo comma dell'art. 18-ter, ord. penit., consentono di limitare la corrispondenza epistolare e telegrafica e la ricezione della stampa, di sottoporre la corrispondenza a visto di controllo e di verificare il contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima, queste stesse previsioni cedono, però, dinanzi alle esigenze difensive, come sottolineato dal disposto del secondo comma. Quest'ultimo, infatti, esclude le restrizioni menzionate quando la corrispondenza sia indirizzata ai soggetti indicati nell'art. 103, comma 5, c.p.p., tra i quali sono ricompresi i difensori¹⁴. È possibile, quindi, constatare una sorta di «allineamento» allo spirito che permea il Codice di procedura penale, diretto alla tutela delle garanzie dell'accusato a scapito dell'accertamento della colpevolezza al di fuori di ogni limite procedurale. Ciò è altresì testimoniato – per quanto qui interessa – dalla lettura del sesto comma dell'art. 103 c.p.p., ove si stabilisce il divieto di sequestro e controllo della corrispondenza tra imputato e difensore.

Presupposti differenti caratterizzano, invece, l'art. 41-bis, comma 2-*quater*, ord. penit. Come già preannunciato dalla «storia normativa» dell'art. 41-bis, comma 2, ord. penit.¹⁵ e da un modello penitenziario non più costituzionalmente orientato attestato dalle riforme degli anni Novanta¹⁶, anche gli interventi della prima decade degli anni Duemila si sono distinti per l'inasprimento del regime detentivo speciale.

Nel contesto di una rinnovata preferenza per l'impostazione custodialistica¹⁷, la legge n. 279 del 2002 ha introdotto il comma 2-*quater* nell'art. 41-bis ord. penit., prevedendo una serie di restrizioni – tra cui, alla lettera *e*), la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza. Successivamente, con la modifica del comma 2-*quater* da parte della legge n. 94 del 2009, la stretta repressiva ha assunto tratti ancor più evidenti con l'annullamento del margine di discrezionalità che l'Amministrazione conservava nella scelta delle limitazioni e l'applicazione automatica e cumulativa delle stesse.

Il contrasto tra il finalismo rieducativo, consacrato nell'art. 27, comma 3, della Costituzione e la stessa *ratio* dell'istituto, volto a tutelare le esigenze di ordine e sicurezza, svelava, dunque, l'obiettivo

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 20 del 2017 (punto 4, *Considerato in diritto*).

¹³ Tra le varie sentenze citate dalla Corte costituzionale nella sentenza che si annota, si ricordano i casi *Labita c. Italia* (2000), *Musumeci c. Italia* (2005) e *Stolder c. Italia* (2009).

¹⁴ Oltre agli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, ai consulenti tecnici e loro ausiliari.

¹⁵ Il regime detentivo speciale – introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 e convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992 n. 356 – era sorto come una misura di carattere eccezionale con un periodo di efficacia di tre anni dalla sua entrata in vigore, per fronteggiare il fenomeno della criminalità organizzata. Tale requisito venne, tuttavia, disatteso con una serie di proroghe legislative, sino alla stabilizzazione del regime con la legge n. 279 del 2002. Da 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, Editoriale Scientifica, 2019, 455-456.

¹⁶ In tal senso, 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 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, Giappichelli, 2009, 396-397; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 124 e ss., ha sottolineato la totale disaffezione del legislatore nei confronti di una sanzione penale finalizzata alla risocializzazione dell'autore del reato, comprovata da una disciplina penitenziaria improntata alla massima severità.

¹⁷ A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, 111-112, ha evidenziato come il regime detentivo speciale avesse affiancato alla sua funzione propria di prevenzione dei contatti tra i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza, una funzione impropria di repressione. Le prime applicazioni lasciavano «quasi pensare ad una "ritorsione dello Stato", il quale, "attaccato brutalmente" aveva in quel momento la necessità di dimostrare la sua forza».

di attenuazione della portata degli interventi giurisprudenziali più garantisti di rilettura dell'art. 41-*bis* ord. penit.¹⁸.

Su tali premesse, ben dovrebbe comprendersi la distanza che intercorre, nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, tra la previsione dell'art. 18-*ter*, e quella dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), laddove le istanze securitarie sottese a quest'ultima disposizione palesano un attrito "insuperabile", che rende arduo ipotizzare non solo la sua pacifica convivenza con l'altra disposizione, ma fors'anche concepirne una piana sopravvivenza nell'ordinamento.

Al proposito, non sembra, del resto, fuori luogo rilevare come il difetto di coordinamento sia ricorrente nella legislazione emergenziale, connotata sovente da improvvisazione, carenza di preoccupazione sistematica e, nei casi più critici, recessione in termini di garanzie¹⁹. Non sorprende quindi che tali elementi si ritrovino nella lotta alla criminalità organizzata, quando espressione di un riformismo nevrotico e "a getto continuo"²⁰ e di un uso «demagogico e congiunturale del diritto penale»²¹.

Alla luce di questi spunti dovrebbe, dunque, essere riletta la ricostruzione del quadro normativo offerta dalla sentenza in commento²², specialmente allorché venga a delinearsi l'annoso problema interpretativo.

3. Dall'iniziale posizione di debolezza del diritto di difesa alla sua piena affermazione nella giurisprudenza costituzionale. Le radici della [sentenza n. 18 del 2022](#).

La previsione del visto di censura della corrispondenza *ex* art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), ord. penit., costituisce uno degli elementi della strategia di contrasto alla criminalità organizzata volta principalmente a recidere il legame tra i ristretti e l'organizzazione criminale di appartenenza²³.

Come già accennato, negli interventi emergenziali degli anni Settanta, da una visione della pena focalizzata sulla soggettività²⁴ sembrò emergere una decisa preferenza per il profilo afflittivo-retributivo della sanzione penale rispetto a quello risocializzante. L'irrigidimento del regime di detenzione speciale, con l'indiscriminata applicazione delle restrizioni contenute nell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit., si pose, quindi, in linea con lo spirito che aveva forgiato il connubio tra l'art. 4-*bis*, comma 1, e l'art. 41-*bis*, commi 2 e seguenti, basato sul metodo della tipizzazione per titoli di reato²⁵ e sulla graduazione delle ipotesi di presunzione di pericolosità sociale.

Di qui anche la singolare traslazione di tale presunzione sul ruolo del difensore²⁶, operata dalla disposizione censurata, con un plateale *vulnus* al diritto di difesa.

¹⁸ Si vedano le [sentenze della Corte cost., nn. 349 del 1993, 410 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1997](#).

¹⁹ Così, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 53.

²⁰ G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema Penale*, 19 maggio 2020, 8.

²¹ L'espressione è stata ripresa da L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, 79.

²² V. Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (da punto 2 a punto 2.6, *Considerato in diritto*).

²³ Tuttavia, non bisogna sottovalutare gli obiettivi "collaterali", quali la pressione finalizzata ad ottenere un atteggiamento di collaborazione con la giustizia e l'impiego di mezzi di prevenzione generale nei confronti degli affiliati in libertà. Così, L. BRESCIANI, *Art. 2, comma 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in AA. VV., *Commentario al "Pacchetto Sicurezza"*, L. 15 luglio 2009, n. 94, Torino, Utet Giuridica, 2011, pp. 281 ss.

²⁴ M. PALMA, *Il diritto opaco*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, Dossier *Emergenze e libertà*, anno I n. 1 del 2006, 18.

²⁵ Più volte enunciato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 306 del 1993](#).

²⁶ Nell'opinione scritta proposta dall'associazione "Italiastatodidiritto", la presunzione assoluta di pericolosità dell'esercizio della funzione difensiva forense che caratterizza il visto di censura è stata definita «una manifestazione distonica rispetto allo statuto delle garanzie costituzionali [...] che mortifica la solennità e valenza del giuramento forense».

Del resto, seppur considerato alla stregua degli altri diritti inviolabili, il diritto di difesa ha subito (e subisce) l'assenza di un sostrato ontologicamente esistente che prescinda dalla relativa disciplina normativa²⁷, facendogli assumere una posizione di "debolezza" nel bilanciamento con altre esigenze costituzionalmente rilevanti²⁸ e, nel tempo, una compressione in tutte le sue declinazioni²⁹, persino in quella a conferire con il proprio difensore.

Al fine di fornire un quadro dettagliato del contesto in cui si inserisce la [sentenza n. 18 del 2022](#), sono ora necessari alcuni cenni alla giurisprudenza costituzionale più risalente.

Inizialmente, l'atteggiamento della Corte costituzionale si era attestato su posizioni conservative: esemplarmente, la [decisione n. 26 del 1972](#) aveva privilegiato gli interessi rintracciabili nelle finalità della carcerazione preventiva, quali l'evenienza che l'inquisito o l'imputato potesse distorcere i fatti o inquinare le prove³⁰, avallando la previsione dell'art. 135 del previgente codice di procedura penale, da cui si deduceva, *a contrario*, l'impossibilità per l'imputato di conferire con il difensore prima dell'interrogatorio.

Soltanto grazie all'adozione del nuovo codice, e per merito degli avanzamenti, in termini garantistici, della giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU, è stato possibile un cambio di rotta. In tale prospettiva, a partire dagli anni Ottanta³¹, la Corte costituzionale ha contribuito a dare sostanza alla qualificazione del diritto di difesa come "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale³², affermando che lo stesso ricomprende, in quanto ad esso inerente, il diritto di conferire con il difensore³³.

Nell'ambito dell'esecuzione penale, un ruolo decisivo per una lettura costituzionalmente orientata del diritto di difesa è stato assolto dalla [sentenza n. 212 del 1997](#). Il silenzio del legislatore in merito ai colloqui difensivi del detenuto destinatario di una sentenza di condanna definitiva aveva, infatti, incoraggiato una prassi che aveva assimilato questi ultimi ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, assoggettandoli all'autorizzazione discrezionale del direttore dell'istituto³⁴. La Corte costituzionale, tuttavia, intervenne con la decisione menzionata dichiarando l'illegittimità dell'art. 18 ord. penit., nella parte in cui non prevedeva esplicitamente che il detenuto condannato in via definitiva avesse il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In tal modo, fu sottolineato come lo stato di detenzione non potesse comprimere o

²⁷ V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 337.

²⁸ La stessa Corte costituzionale ha manifestato a più riprese la necessità di operare un bilanciamento tra le facoltà difensive ed altre istanze di rilevanza costituzionale che con esse potrebbero confliggere. Sul punto, *ex plurimis*, [sentenze nn. 173 del 2009 e 297 del 2008](#).

²⁹ Come rilevato dalla Corte cost. nella [sentenza n. 175 del 1971](#), l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, tutela l'interesse ad ottenere il riconoscimento della completa innocenza [...], ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale». M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24: Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, Bologna, Zanichelli – Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1981, 83, attraverso una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale degli anni Sessanta e Settanta, ha ricompreso tra tali pretese i vari aspetti del diritto al contraddittorio, quali il diritto dell'imputato ad essere informato dell'apertura di un procedimento penale a suo carico, dell'imputazione e delle eventuali richieste formulate dall'accusa, il diritto di preparare ed enunciare la propria tesi difensiva [...], nonché il diritto di farsi assistere o sostituire da un difensore.

³⁰ Cfr. Corte cost., [sent. n. 26 del 1972](#) (punto 2, *Considerato in diritto*).

³¹ Preme, tuttavia, sottolineare che già con le [sentenze nn. 29 del 1962 e 69 del 1970](#), la Corte costituzionale aveva iniziato a demolire gradualmente il codice di procedura penale del 1930 in merito alla necessità della presenza del difensore nelle varie fasi procedurali. Da A. POLICE, *Art. 24*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Vol. I, art. 1-54*, Torino, Utet Giuridica, 2006, 513.

³² Cfr. Corte cost., [sent. n. 18 del 1982](#).

³³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 216 del 1996](#).

³⁴ F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Diritto penale e processo*, 1998, n. 2/2018, 210, ha fortemente criticato sia l'atteggiamento rinunciatario del legislatore sia l'inadeguatezza dell'art. 35, primo comma, del regolamento d'esecuzione dell'ordinamento penitenziario.

condizionare siffatto diritto³⁵, svincolando i colloqui in questione sia dal provvedimento autorizzatorio dell'amministrazione, sia da limitazioni di frequenza e durata³⁶.

Ciononostante, rilevanti profili di criticità sono ugualmente emersi quando il difensore è stato interpretato come potenziale canale di comunicazione tra i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione e l'organizzazione criminale di appartenenza. In particolare, la legge n. 94 del 2009, oltre a prevedere la sottoposizione a visto di censura anche della corrispondenza indirizzata ai difensori, aveva aggiunto alla lettera *b*) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit. un limite quantitativo dei colloqui difensivi, nella misura di un massimo di tre volte alla settimana. Prescindendo dalla «singolare articolazione logico-sintattica»³⁷ del precetto risultante dalla modifica – frutto di quell'approssimazione tipicamente “emergenziale” a cui si è accennato –, è possibile evidenziare, nel testo novellato, una significativa compressione delle esigenze difensive del detenuto non giustificata dall'accrescimento di tutela degli interessi legati all'ordine pubblico e alla sicurezza dei cittadini. Proprio su questa base la Corte costituzionale ha fondato il percorso argomentativo della [sentenza n. 143 del 2013](#), concentrandosi unicamente sul parametro dell'art. 24 della Costituzione. Partendo dalle considerazioni della particolare rilevanza delle esigenze difensive della persona *in vinculis*, specialmente dei detenuti al c.d. regime di “carcere duro”³⁸, è stato operato un bilanciamento che vede primeggiare il diritto di difesa, altrimenti sacrificato³⁹, effettuando «una valutazione in termini di ragionevolezza delle restrizioni»⁴⁰. Prima di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità della norma attraverso una sentenza di tipo ablativo che ha “eliminato” le restrizioni quantitative, la Corte ha, inoltre, “vivificato” la sua argomentazione richiamando, nell'ottica dell'integrazione delle tutele, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, come subito meglio si dirà, atti di *soft law* in funzione di strumenti ermeneutici della Costituzione⁴¹.

La [sentenza del 2013](#) ha rappresentato il solco in cui si è incanalata la [sentenza n. 18 del 2022](#). La Consulta si è trovata nuovamente ad intervenire sull'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., per valutare la tenuta costituzionale della restrizione di cui alla lettera *e*). Qui la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza con il difensore è stata ritenuta una misura ancor più gravosa rispetto a quella giudicata costituzionalmente illegittima in precedenza⁴². La relativa procedura, comportando, infatti, l'apertura, l'integrale lettura e l'eventuale trattenimento della missiva, con un notevole rallentamento o, addirittura, un impedimento nella comunicazione, è stata ritenuta dalla Corte come un vistoso ostacolo al diritto di difesa⁴³, non rispondente ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità e potenzialmente in grado di vanificare l'effettività dell'assistenza tecnica garantita al detenuto.

Se, sempre entro le solide coordinate tracciate dalla [sentenza n. 143 del 2013](#), vengono rinnovati costanti rimandi alla giurisprudenza della Corte EDU⁴⁴ ed effettuato un bilanciamento che porta ad esiti analoghi, occorre però anche sottolineare alcuni profili innovativi che conferiscono importanti meriti alla pronuncia in commento.

³⁵ V. Corte cost., [sent. n. 212 del 1997](#) (punto 3, *Considerato in diritto*).

³⁶ V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 340.

³⁷ Cfr. Corte cost., [sent. n. 143 del 2013](#) (punto 4, *Considerato in diritto*).

³⁸ M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in questa *Rivista*, 2013, (08.10.13), 2-3, concorda con la lettura dei giudici costituzionali, i quali hanno prospettato l'eventualità dell'insufficienza del limite quantitativo dei colloqui difensivi, in virtù del fatto che potrebbero sussistere una pluralità di procedimenti particolarmente complessi.

³⁹ La Corte ha difatti affermato, al punto 7 del *Considerato in diritto*, che «nel caso in esame [...] alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini».

⁴⁰ M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni*, cit., 4.

⁴¹ In tal senso, V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 347 e M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni*, cit., 5-6.

⁴² Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (punto 4.4.2, *Considerato in diritto*).

⁴³ Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (punto 4.3, *Considerato in diritto*). M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 2, ha parlato di sacrificio forse persino “totale” del diritto di difesa.

⁴⁴ A titolo di esempio, si citano i casi *Schönenberger e Durmaz contro Svizzera* (1988), *Öcalan contro Turchia* (2005), *Ekinci e Akalin contro Turchia* (2007) e *Zagaria contro Italia* (2007).

In primo luogo, la Corte espande il riferimento alle fonti internazionali di *soft law*: alla Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle «Regole penitenziarie europee»⁴⁵, si affianca il rinvio alla Regola 61 delle “United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of prisoners”, laddove prevede che «ai detenuti siano fornite adeguate opportunità, tempo e mezzi per essere visitati, comunicare e consultarsi con il difensore di fiducia o d'ufficio, su ogni questione legale, senza ritardo, intercettazione o censura e in piena riservatezza, in conformità con la legge domestica applicabile. I colloqui dovranno avvenire senza il controllo audiovisivo da parte del personale penitenziario». Inoltre, si segnala il richiamo all'art. 8, paragrafo 2, lettera *d*), della Convenzione americana sui diritti umani, che sancisce il diritto dell'accusato di difendersi personalmente o di essere assistito da un difensore di sua scelta e di comunicare con lui liberamente e in privato.

In secondo luogo, oltre a stigmatizzare nuovamente la presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale, eleva coloro che esercitano la professione forense a custodi dello stato di diritto. Attraverso il contatto continuo con i propri assistiti, i difensori vengono responsabilizzati nell'esercizio di una sorta di “monitoraggio” degli istituti di pena, anche se indiretto, mirato anche a prevenire qualsiasi forma di abuso.

Infine, particolare attenzione viene dedicata alla situazione dei detenuti meno abbienti, nei confronti dei quali il *vulnus* al diritto di difesa appare più evidente. A tal proposito, la sentenza rileva che, in caso di traduzione del detenuto in un istituto di pena distante dalla sede del difensore di fiducia, la comunicazione epistolare potrebbe costituire la modalità prevalente di comunicazione, il che genererebbe una disparità non solo rispetto ai detenuti “comuni”, ma anche rispetto a coloro che sono sottoposti al regime speciale di detenzione con maggiori disponibilità economiche.

4. Considerazioni finali a partire dalla tecnica decisoria.

Nel quadro descritto, l'importanza della [sentenza n. 18 del 2022](#) emerge sotto più di un profilo.

Si consideri, anzitutto, il ruolo della pronuncia nella graduale conformazione costituzionale del diritto di difesa. Dove la garanzia dell'inviolabilità di tale diritto è stata ripetutamente vanificata per assicurare l'effettività di interessi antagonisti, in particolar modo le istanze di ordine pubblico e sicurezza, ritenute prioritarie nell'ambito dell'esecuzione penale, la decisione ha invece il merito di invertire il paradigma dominante del “diritto alla sicurezza” muovendosi verso il modello della “sicurezza dei diritti”⁴⁶.

Ma se attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), ord. penit. si giunge ad un esito sperato e pacificamente accolto dalla dottrina, permangono, tuttavia, dubbi intorno alla tecnica decisoria impiegata. Si è sostenuto⁴⁷, infatti, che il tentativo di un'interpretazione conforme a Costituzione del giudice *a quo*, così come la motivazione della Corte, difettino di un certo sforzo, in controtendenza rispetto all'orientamento per cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dovrebbe rappresentare una *extrema ratio*⁴⁸. Nell'opinione di alcuni Autori, pertanto, sarebbe stato preferibile l'utilizzo di una pronuncia interpretativa di rigetto, mentre l'esperimento di una interpretazione conforme sarebbe stato reso possibile dall'opposizione – tutt'altro che insuperabile – del dato letterale e del diritto vivente⁴⁹. In tal senso, ricorrendo al

⁴⁵ Citate, peraltro, solamente in altre quattro sentenze della Corte costituzionale.

⁴⁶ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia – M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, FrancoAngeli, 2001, 19 e ss. L'elaborazione teorica è stata poi ripresa da M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012 e da G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

⁴⁷ M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 3 e ss.

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 257.

⁴⁹ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?* in questa *Rivista*, 2019/III, 591-595, ha dichiarato che «ove il giudice ritenga l'ostacolo “insuperabile”, ma la Corte lo valuti invece “superabile” [...], la soluzione

contenuto dell'art. 18-ter ord. penit. e all'art. 18.1 della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 3676/6126, che vieta limitazioni e/o controlli sulla corrispondenza cd. "per giustizia", i giudici costituzionali avrebbero potuto prediligere una tecnica decisoria alternativa.

Sebbene tale argomentazione possa essere condivisibile in punto di "stretta" giustizia costituzionale, si vuole qui proporre un ragionamento che valuti la tecnica decisoria della [sentenza n. 18 del 2022](#) attraverso una differente prospettiva. In primo luogo, è essenziale sottolineare la diversa conseguenza sul piano pratico e la rilevanza "psicologica"⁵⁰ dell'accoglimento della questione nella forma della pronuncia additiva. In presenza di un conflitto tra le istanze securitarie e un diritto fondamentale, quale il diritto di difesa, occorre interrogarsi se siano sufficienti le fatiche interpretative del giudice comune o dei giudici costituzionali, o sia necessaria la maggiore incisività di una dichiarazione d'incostituzionalità con valenza *erga omnes*. Si tratta, nella sostanza, di trovare il punto d'equilibrio tra una indispensabile operazione ermeneutica e la centralità del ruolo assegnato al Giudice delle Leggi nel nostro ordinamento⁵¹.

In merito, è doveroso richiamare i precedenti interventi della giurisprudenza costituzionale in riferimento all'art. 41-bis, ord. penit., che, sin dalla sua introduzione, è stato sottoposto più volte all'attenzione della Corte costituzionale, la quale, in un primo momento, aveva "reagito" con una serie di sentenze interpretative di rigetto⁵². Se, da un lato, ad esse si riconosce il pregio di aver reso la disciplina maggiormente conforme a Costituzione, dall'altro, deve rilevarsi come, in tal modo, sia stata garantita la sua sopravvivenza⁵³, prestando il fianco a quell'inasprimento del regime verificatosi poi con la legge n. 94 del 2009.

Queste riflessioni, congiuntamente all'analisi della *ratio* sottesa al regime di detenzione speciale e alla trattazione sulla complessa espansione delle garanzie relative al diritto di difesa, suggeriscono di dare incondizionata accoglienza all'intervento manipolativo della Corte costituzionale, sia pure con la riserva dettata dall'assenza di alcuni riferimenti che avrebbero potuto rafforzare il percorso argomentativo della Corte⁵⁴.

Innanzitutto, il diritto alla difesa tecnica non è stato inquadrato come presupposto per la tutela ed il ripristino degli altri diritti del detenuto, aspetto ricavabile dal combinato disposto degli articoli 2, 24 e 27, comma 3, della Costituzione, che avrebbe conferito maggior peso nell'operazione di bilanciamento. Infatti, i rallentamenti derivanti dalla sottoposizione a visto di censura della corrispondenza con il difensore si mostrano in grado di compromettere, in astratto, anche la salvaguardia di un ampio ventaglio di diritti, in altro modo difficilmente "giustiziabili".

Qualche cenno in più avrebbe meritato, altresì, il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza. Le restrizioni previste per coloro che sono sottoposti al c.d. "carcere duro", per le finalità di contrasto alla criminalità che perseguono, impongono un regime ancor più limitativo delle "ordinarie" condizioni di reclusione. Tra i rari momenti sottratti al controllo dell'amministrazione possono essere annoverate proprio le interazioni con il difensore; quindi, anche esulando dagli adempimenti legati alla consulenza tecnica, l'inviolabilità della corrispondenza con il difensore

ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto», criticando la strategia "antistorica" che riconosce la prevalenza assoluta della "lettera" della disposizione.

⁵⁰ Espressioni mutuata da F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2411.

⁵¹ In questi termini, S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 524.

⁵² Cfr. Corte cost., [sentenze nn. 349 e 410 del 1993](#), [351 del 1996](#) e [376 del 1997](#).

⁵³ Così, L. PACE, *Libertà personale*, cit., 457, e V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 341.

⁵⁴ Va valutata criticamente anche la menzione della circolare del DAP, come avvenuto in dottrina e nella stessa [sentenza n. 18 del 2022](#). Pur apprezzando la concretizzazione dei precetti costituzionali da parte di un atto dell'amministrazione penitenziaria, non può sottostimarsi il rischio di "futuri" rimandi ad atti eventualmente diretti a comprimere i diritti fondamentali a vantaggio di esigenze securitarie. Al contrario, il riferimento agli strumenti di *soft law* e ad altri contesti regionali di tutela dei diritti umani, aggiunge un *quid pluris* ad una motivazione che ricalca, quasi pedissequamente, quella contenuta nel "precedente naturale" della [sentenza n. 143 del 2013](#).

potrebbe rappresentare quel residuo di libertà «che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁵⁵.

Tale “criterio” ha, del resto, ispirato anche le più recenti decisioni del Giudice delle Leggi che hanno tentato di dare un volto costituzionale all'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit.: le sentenze di accoglimento [n. 186 del 2018](#) e [n. 97 del 2020](#), relative rispettivamente al divieto di cuocere cibi e al divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, recuperano la dimensione risocializzante dei gesti di normalità quotidiana con l'obiettivo di eliminare i tratti esclusivamente afflittivi che connotano la disposizione emergenziale. Questo stesso scopo coincide senz'altro con quello che ha animato la [sentenza n. 18 del 2022](#), nonostante sia assente qualsiasi richiamo alle pronunce appena citate.

In quest'ottica è possibile, dunque, apprezzare l'azione manipolativa operata dalla Corte costituzionale, diretta all'affermazione dei diritti fondamentali in assenza di un radicale intervento del legislatore, la cui inerzia si protrae da un arco di tempo alquanto prolungato.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 349 del 1993](#) (punto 4.2, *Considerato in diritto*).