

*Sull'illegittimità costituzionale dell'articolo 18 della legge penitenziaria
(limitazioni alla corrispondenza telefonica delle persone detenute, in violazione della doppia
riserva ex articolo 15 della Costituzione)*

[Claudio Conte]

1. Premessa

Si narra che intorno al 1951, negli Stati Uniti d'America, una bambina di colore sali su un pullman e si sedette in un posto riservato ai bianchi. Allorché tutti inorridirono, l'autista che intervenne prontamente, i passeggeri bianchi e finanche il padre della piccola, che spostò la bambina scusandosi per l'accaduto. L'unica che non comprese cosa stava accadendo fu la bambina. Poco tempo dopo ci fu la vicenda di Rosa Parks che cambiò la storia della segregazione razziale negli USA. Ella si rifiutò di cedere il posto ad un bianco sul pullman e fu arrestata. Ne seguirono una serie di proteste guidate da Martin Luther King che si conclusero con la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti che dichiarò incostituzionali le leggi sulla segregazione razziale.

Mi piace raccontare questa storia per evidenziare come nonostante la Costituzione americana tutelasse il diritto all'uguaglianza fin dalla sua entrata in vigore nel 1789, due secoli dopo, sembrava, a tutti proprio a tutti, normale che una persona di colore dovesse vivere segregata anche sui pullman. L'unica che non comprendeva tale discriminazione era stata la bambina che guardava con gli occhi liberi dai condizionamenti storico-sociali. Per tutti gli altri vivere la discriminazione era qualcosa di normale.

Questa vicenda serve per spiegare come molte cose che diamo per scontate e normali a volte possano nascondere una violazione importante di diritti costituzionalmente protetti.

Solo che non lo vediamo.

2. ... Veniamo alla quaestio iuris

Gli artt. 15 e 28 OP, che implementano l'art. 27.3 della Costituzione, prevedono quale elemento essenziale del trattamento rieducativo quello di «agevolare i contatti col mondo esterno e i rapporti con la famiglia», la cui «unità» è protetta a livello costituzionale attraverso gli artt. 29, 30 e 31, e dall'art. 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU).

Come si può immaginare, per le persone private della libertà, i “rapporti” col mondo esterno, con la famiglia, e dunque soprattutto lo “spazio” riservato alla sfera dell'affettività sono mantenuti prevalentemente attraverso i colloqui visivi, la corrispondenza telefonica ed epistolare (Santinelli, 2015, 218), previsti e disciplinati dalla legge penitenziaria (18, 41-*bis* OP, 37 e 39 DPR 230/2000).

Per queste ultime materie a livello costituzionale è prevista una “doppia riserva” (di legge e di giurisdizione) per limitare la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione (15 Cost.).

Appare ultroneo ma è bene precisare come per la Costituzione, la corrispondenza epistolare e “ogni altra forma di comunicazione” (corrispondenza epistolare, telefonica, *e-mail* e qualunque conversazioni a distanza) si equivalgano e ricevano la stessa protezione.

Nel caso dell'art. 15 della Costituzione siamo di fronte ad una disposizione dettagliata che per la diretta applicazione non necessita di ulteriore specificazione legislativa, ciononostante è un dato di fatto che la prevista “doppia riserva” non sia rispettata dall'art. 18 OP che stabilisce delle limitazioni, a priori e per categorie, in relazione ai colloqui visivi e corrispondenza telefonica (non per quella

epistolare), senza prevedere anche la necessità di un provvedimento motivato e individuale del giudice, demandando addirittura ad un organo amministrativo l'autorizzazione dei colloqui e telefonate (18 OP, 37 e 39 DPR 230/2000).

Un altro profilo di incostituzionalità dell'art. 18 OP sembra derivare dall'irrazionalità (3 Cost.), rivelata dal *tertium comparationis* rappresentato dalla disciplina telefonica con i difensori e dall'art. 18-ter OP che, nello specifico, disciplina le limitazioni per la corrispondenza epistolare delle persone detenute o internate. In quest'ultima disposizione penitenziaria, infatti, è previsto un provvedimento motivato del giudice per la limitazione sia della libertà (quantità), sia della segretezza (visto di controllo) della corrispondenza epistolare.

L'art. 18-ter è stato introdotto con la legge dell'8 aprile 2004, n. 95, ma solo a seguito delle ripetute condanne dell'Italia da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo (Corte EDU) che ha riscontrato la violazione dell'art. 8 CEDU, determinando la parziale abrogazione dell'art. 18 OP.

È opportuno accennare che la Corte costituzionale ha riconosciuto la permanenza e inviolabilità in capo ai condannati di tutti quei diritti che non sono stati incisi dalla sentenza di condanna (*ex multis*, nn. 204/1974, 26/1999 e 266/2009). E tra questi, evidentemente, rientrano quelli alla libertà e segretezza della corrispondenza e ogni altra forma di comunicazione, come rispecchia l'articolo 18-ter OP per la materia della corrispondenza epistolare.

Senza far ricorso ad argomentazioni di diritto comparato, con riferimento agli altri Stati Parte della Convenzione europea per i diritti umani (Spagna, UK, Germania), nei quali le discipline dei colloqui visivi e telefonici non conoscono limitazioni se non per atto dell'autorità giudiziaria e solo nei casi previsti dalla legge, appare sufficiente il prevalente riferimento ai principi costituzionali nazionali per evidenziare la non manifesta infondatezza di illegittimità costituzionale delle limitazioni poste dalla normativa penitenziaria succitata.

Disciplina che mostra la sua illegittimità nella parte in cui non rispetta la "doppia riserva" costituzionalmente prevista (15 Cost.), che è bene sottolineare non conosce alcuna deroga, a differenza, per esempio, dalla libertà fisica di cui all'art. 13, comma terzo della Costituzione, nel qual è permesso, nei casi eccezionali e urgenti, l'adozione di provvedimenti provvisori da parte dell'autorità di pubblica sicurezza che devono, comunque, essere immediatamente comunicati all'autorità giudiziaria che deve convalidarli entro le successive 48 ore, o restano privi di ogni effetto. Da queste premesse si sviluppa l'analisi della disciplina, che sviscera i profili d'incostituzionalità con un'elaborazione propedeutica alla formulazione di un quesito di costituzionalità da proporre in sede giurisdizionale per adire il Giudice delle Leggi, auspicando, in tal modo, un intervento a difesa di quei pochissimi spazi di libertà e affettività residuati alle persone private della libertà, che in quanto tali sono ancora più importanti e vitali. Per non dimenticare che la libertà è di tutti.

3. *L'art. 15 della Costituzione: contenuto, caratteri e struttura*

L'art. 15 della Costituzione stabilisce che: «*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*».

Il diritto alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione è ritenuto all'unanimità un diritto di carattere individuale e inviolabile. Ne deriva che tale libertà sia la regola e la sua limitazione l'eccezione. Pertanto le leggi che restringono tale libertà sono soggette a stretta interpretazione.

Strutturalmente il diritto alla *libertà e segretezza* si concretizza nella garanzia che nessuna autorità pubblica o soggetto privato possa ingerirsi nella sfera di libera determinazione del soggetto titolare (Troisio, 1989, 5; Salerno, 2006, 662), sia come diritto attivo (di comunicare), sia passivo (di non comunicare o ricevere comunicazioni).

I termini dei diritti di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, indicano che siamo di fronte a qualità di due diritti autonomi e distinti.

La libertà consiste nella pretesa che i terzi si astengano da interferenze in grado di impedire oppure ostacolare la comunicazione; la segretezza mira invece ad impedire abusive prese di cognizione del contenuto della comunicazione. Un riscontro a tale impostazione può aversi dalla struttura delle ipotesi di reato di cui agli articoli 616, 617, e 617-*quater* c.p. per le quali l'indebita presa di cognizione si distingue dalla condotta di impedire la comunicazione. La libertà di comunicazione può avvenire anche in assenza di segretezza laddove si opta per uno strumento di comunicazione di per sé inidoneo a garantire la segretezza della comunicazione. Come può essere il caso di quando si parla ad alta voce o con l'uso di ricetrasmittenti di debole potenza (Corte cost., nn. 1030/1988 e 366/1991).

Da questa prospettiva, pertanto, solo le comunicazioni che (per scelta legislativa o) adottano tecniche che impediscano con sufficiente certezza a terzi di ostacolarne la trasmissione possono essere assoggettate alla tutela offerta dall'art. 15 della Costituzione (Gianfrancesco, 2010, 431-432).

Sul significato di *inviolabilità*, invece, autorevole dottrina evidenzia come sia un termine utilizzato dal costituente in poche occasioni all'interno della nostra Costituzione (artt. 2, 13, 14, 24), art. 15 compreso. Tale parsimonia e l'uso della nozione di inviolabilità permettono di affermare che si tratti di un termine rilevante che determina una limitazione non solo per il legislatore ordinario ma finanche per quello impegnato in eventuali procedimenti aggravati di revisione costituzionale. In tal senso si è espressa la Corte costituzionale con l'arresto n. 366 del 1991, attraverso il combinato disposto dell'art. 15 con l'art. 2 della Costituzione, affermando: «*il diritto ad una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente*».

È un diritto con struttura e a carattere *individuale*, appartenendo alla persona in quanto tale e non legato al suo eventuale *status*, e pertanto svolge la sua efficacia a tutela della personalità umana. Parte della dottrina ritiene estensibile tale diritto anche alla persona giuridica di diritto privato ma non a quella di diritto pubblico. Poiché gli enti pubblici non sono considerati titolari di diritti ma semmai obbligati al rispetto di quelli altrui alla luce dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, e responsabilità per effetto degli articoli 28 e 97 della Stessa (Italia, 1963, 104; Valastro, 2001, 95 e 97; Donati, 2006, 366; Gianfrancesco, 2010, 426).

Ne deriva che tale diritto può essere esercitato individualmente e sempre individualmente può essere limitato.

Allo stesso modo diversi autori evidenziano come il diritto alla libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione mostri i caratteri *dell'irrinunciabilità, indisponibilità e imprescrittibilità*. Conseguendone che il soggetto del diritto non possa assumere una valida obbligazione verso un terzo o il pubblico a rinunciare per sempre alla sua libertà di corrispondere o comunicare o di non farlo in forma segreta.

L'eventuale mancato esercizio del diritto non determina la sua prescrizione ma è espressione della sua volontà negativa di esercitarlo. Ne deriva il carattere della imprescrittibilità della libertà sull'uso

o sul non uso di tale diritto, costituendo un diverso modo di esercizio (Grossi, 1991, 286; Gianfrancesco, 2010, 424-425).

3.1. Nozioni di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione

Il precetto in questione offre la tutela dei diritti di libertà e segretezza alla corrispondenza epistolare e ad “ogni altra forma di comunicazione”.

La dottrina prevalente ritiene che *oggetto* della garanzia non sia il supporto o la forma sul quale viaggia la comunicazione ma l’atto stesso, quando questo non è conoscibile dalla generalità delle persone, ma solo da soggetti determinati (Giocoli-Nacci, 1990, 115 e 119; Troisio, 1989, 3), da cui ne discendono gli elementi distintivi della intersoggettività, commutabilità dei ruoli e infungibilità del diritto che, unitamente all’attualità, lo differenzia dalle altre libertà di espressione, come la libertà di pensiero tutelata dall’articolo 21 della Costituzione (Barile-Chieli, 1962, 745; Caretti, 1989, 202; Valastro, 2001, 163).

Le garanzie alla libertà e segretezza di comunicazione permangono per alcuni, fino al momento della presa di cognizione della comunicazione, per altri, solo fino alla ricezione del messaggio al destinatario (Pace, 1992, 246; Italia, 1963, 30; Giocoli-Nacci, 1990, 113; Valastro, 2001, 110; Gianfrancesco, 2010, 430).

La stessa natura psichica, concettuale dell’oggetto trasferito (pensiero) limita la tutela offerta dall’art. 15, escludendo per esempio le merci (Manzini, 1985, 915; Barile-Chieli, 1962, 744).

La formula aperta a “ogni altra forma di comunicazione” che i costituenti hanno introdotto, consente, invece, di ampliare l’oggetto della garanzia e tenere il passo con l’evoluzione tecnologica in materia di comunicazione.

Nella definizione dell’oggetto tutelabile dalle garanzie costituzionali, soccorre l’art. 24 DPR 655/1982 del Regolamento postale, che opera una presunzione legale ritenendo che nel caso di “invio chiuso” si tratti sempre di comunicazioni a carattere attuale e personale, dunque soggette alle garanzie offerte dall’art. 15 della Costituzione, diversamente accade ed è ritenuto nel caso di “invii aperti”.

Sempre dallo stesso art. 24 DPR 655/1982 è possibile dedurre l’esclusione, dalla nozione di corrispondenza, i “pacchi” e dunque anche dalla relativa tutela (Valastro, 2001, 191), salvo non siano accompagnati da una lettera; mentre l’articolo 23 dello stesso regolamento di esecuzione, include in tale nozione i “pacchetti” che pertanto restano assoggettati alle tutele costituzionali sulla corrispondenza.

In ambito penitenziario, la nozione di corrispondenza (18 OP), è inquadrata nella: «*definizione giuridica rintracciabile nel c.p. art. 616, comma 4, che la definisce epistolare, telegrafica, telefonica, informatica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza. In sostanza deve considerarsi corrispondenza ogni comunicazione di idee, sentimenti, propositi o notizie tra due o più persone determinate, in modo diverso dalla conversazione in presenza, e che presenta i caratteri della personalità (nel senso che sia determinato il destinatario) e dell’attualità*» (Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126).

Ne consegue che anche in ambito penitenziario non risultano differenze sostanziali tra corrispondenza epistolare, telefonica e ogni altra forma di comunicazione che non sia effettuata di presenza e con modalità che escludano la segretezza della stessa.

Ci poniamo dunque la domanda quale sia il motivo per il quale il legislatore abbia disciplinato diversamente due aspetti dello stesso diritto, libertà di corrispondenza epistolare e telefonica, nel rispetto della “doppia riserva” la prima (18-ter OP), e nella violazione della riserva giurisdizionale la seconda (18, 41-bis OP e 39 RE).

3.2. *La riserva assoluta di giurisdizione (15 Cost.)*

La tutela della libertà e della segretezza di comunicare in ogni forma si riscontra nel comma 2, dell’art. 15 laddove stabilisce che tali diritti possono essere limitati solo per atto motivato dell’autorità giudiziaria e secondo le garanzie stabilite dalla legge. Pertanto, come abbiamo già ripetuto, il diritto alla libera e alla segretezza della comunicazione gode di una doppia riserva, quella di legge e di giurisdizione.

La riserva di legge assicura che la limitazione di tali diritti non può avvenire con atto regolamentare, ma solo per mezzo di legge ordinaria o con atti aventi valore di legge, come possono essere i decreti legge o legislativi. Si ritiene che peraltro ci troviamo di fronte a una «*riserva assoluta*» inderogabile, per la quale la legge deve disciplinare anche in dettaglio la limitazione del diritto, dei modi e delle forme, restringendo al massimo i margini di discrezionalità del momento applicativo (Crisafulli, 1993, 62; Gianfrancesco, 2010, 432-433).

Ma tanto non basta. Ai sensi dell’art. 15 della Costituzione, è necessario che la legge preveda l’intervento del giudice attraverso un provvedimento motivato, impugnabile e individuale. Non sono ammissibili provvedimenti decisi da organi amministrativi. Siamo pertanto di fronte ad una “seconda riserva assoluta” quella che assegna il momento applicativo della legge esclusivamente all’autorità giudiziaria, come tra l’altro è rimarcato nel testo costituzionale, che non si riferisce genericamente all’autorità competente ma a quella giudiziaria.

La *riserva giurisdizionale assoluta*, è espressione tra l’altro di uno dei pilastri del principio di legalità, che mette al riparo le libertà fondamentali della persona dall’ingerenza delle autorità governative (Crisafulli, 1962, 132; Id., 1993, 81; Gianfrancesco, 2010, 433). Si è discusso in dottrina sulla derogabilità di tale riserva anche in via solo provvisoria, come avviene per le altre libertà ex artt. 13, 14, 16 della Costituzione, ma è stata rigettata stante la distinzione strutturale delle libertà citate da quella relativa alla comunicazione per la quale si nega la possibilità di poteri straordinari affidati ad autorità diverse da quella giudiziaria. Orientamento quest’ultimo al quale ha aderito la Corte costituzionale con l’arresto n. 100/1968, dichiarando illegittimo il «fermo postale» previsto dal codice postale del 1963.

La “riserva assoluta di giurisdizione” si conferma anche di fronte alla “deriva giustizialista” del Legislatore degli ultimi anni che seppur orientata a restringere tali garanzie (Caretti, 2005, 284; Gianfrancesco, 2010, 434), come si è potuto assistere in occasione di novellazioni peggiorative in materia di intercettazioni, con discipline speciali volte alla repressione di reati gravi, per le quali sono mutati *in peius* i presupposti, (sostituendo per esempio i “gravi” indizi di reato prima ritenuti necessari, con la nozione di “sufficienti”) e della durata; e soprattutto ampliando l’istituto delle intercettazioni preventive (226 DL.vo 271/1989 e successive modifiche), affidando l’autorizzazione di queste ultime al Procuratore della Repubblica (51, comma 3-bis e 407, comma 2, lett. a, n. 4 c.p.p.) anziché al Giudice delle indagini preliminari (267 c.p.p.), e ai direttori dei servizi di sicurezza, previa delega del Presidente del Consiglio dei ministri, di chiedere le autorizzazioni al pubblico ministero (DL 144/2005 conv. L. n. 155/2005). Nonostante tale deriva, come dicevamo, il Legislatore mai si è

spinto, comunque, all'assegnare tale funzione agli organi dell'amministrazione pubblica, diversamente da quanto avviene ai sensi dell'articolo 18 OP e 39 RE che assegnano al direttore dell'istituto il potere di 'autorizzare' se non quando di 'concedere' la corrispondenza telefonica al detenuto o internato che deve farne addirittura richiesta, accettando incondizionatamente le restrizioni e limitazioni alla sua libertà e segretezza di comunicazione (l'art. 39.7 RE prevede la registrazione del contenuto delle telefonate per tutti i condannati per reati *ex art. 4-bis OP*), per poter comunicare con i congiunti ovvero con terze persone.

Si può discutere se la registrazione delle telefonate prevista automaticamente dalla legge per i detenuti per reati di cui all'articolo 4-*bis OP*, violi o meno il diritto alla segretezza e relativa utilizzabilità processuale, inclusa la risibile ipotesi di «una situazione di "consenso dell'avente diritto"» avanzata dalla dottrina (ben riassunta da Santinelli, 2015, 222-223) per giustificare tale *vulnus*. Ma nessun dubbio può aversi sulla violazione della libertà di corrispondere telefonicamente nel momento in si affida ad un organo amministrativo l'autorizzazione e la quantificazione di tale diritto *ex post* come previsto dalla legge e regolamento.

L'esercizio di tale diritto è impedito a priori dalla legge e per l'intera categoria dei detenuti, senza prevedere alcun provvedimento motivato del giudice (18 OP). Libertà che resta poi ulteriormente soggetta all'autorizzazione da parte di un organo amministrativo (direttore dell'istituto *ex art. 39.2 RE*).

Ne discende che non risulta violata solo la riserva assoluta di giurisdizione *ex art. 15* della Costituzione ma finanche il fondamentale principio che vieta all'organo amministrativo (di governo) di incidere le libertà fondamentali e i diritti inviolabili della persona.

3.3. *Le limitazioni alla corrispondenza telefonica (18, 41-bis OP e 39 RE)*

All'interno delle norme penitenziarie, oggetto del nostro interesse, gli artt. 18, 41-*bis OP* e 39 DPR 230/2000 prevedono: la limitazione *ex ante* della corrispondenza telefonica a 1 telefonata settimanale della durata di 10 minuti, ridotte a 2 telefonate mensili nei casi di condannati per taluni dei delitti di cui all'articolo 4-*bis OP* (18 OP e 39 DPR 230/2000) a sua volta limitabili a 1 telefonata mensile per i soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis.2*, lett. b, OP (sempre che, in quest'ultimo caso, i familiari si rechino in un altro istituto di pena per ricevere la chiamata).

Per tutte le categorie di detenuti, i soggetti legittimati a effettuare i colloqui e ricevere le telefonate sono stabiliti dalla legge e regolamento (18 OP e 39 RE).

Si sottolinea come per la dottrina affidare alla fonte regolamentare (o peggio alle circolari amministrative) la limitazione della frequenza, durata e soggetti legittimati ai colloqui (e per estensione anche alla corrispondenza telefonica), rappresenti «una grave violazione del principio di legalità sostanziale, Napoli, Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare [e-book], Torino, 2014, cap., III, §1.2» (Santinelli, 2015, 202), essendo riservata esclusivamente alla legge ordinaria la disciplina relativa alle libertà individuali.

Come già anticipato, dal tenore letterale delle succitate disposizioni troviamo conferma come il diritto alla libertà di corrispondere telefonicamente sia compreso dalla sola legge penitenziaria mentre risulta assente qualsiasi provvedimento limitativo e motivato dall'autorità giudiziaria. L'intervento di quest'ultima, a ben vedere, è previsto ma solo nella fase dell'autorizzazione alla corrispondenza telefonica, che differisce da quella dei colloqui rispetto alle competenze solo per gli imputati. Infatti, mentre per i colloqui la competenza per gli imputati è ripartita tra autorità giudiziaria fino alla

condanna di primo grado e poi passa al direttore dell'istituto (18 OP e 37.1 RE); per la corrispondenza telefonica, tale indicazione non solo manca, ma dalla lettura sistematica delle disposizioni (18 OP e 39.4 RE) si perviene alla previsione che dopo la sentenza di primo grado la competenza spetti al magistrato di sorveglianza (anziché l'autorità giudiziaria) che delega, per prassi, il potere di autorizzazione al direttore dell'istituto (Santinelli, 2015, 222), che a sua volta è competente per le autorizzazioni richieste dai condannati e internati (39.2. RE).

Le limitazioni previste dall'art. 18 OP non incidono individualmente i soggetti detenuti o internati ma colpiscono per categoria. Tale disposizione si atteggia dunque a presunzione legale e pertanto incostituzionale (sull'illegittimità delle presunzioni assolute, vi è costante giurisprudenza costituzionale: nn. 1/1971, 71/1978, 139/1982, 126/1983, 62/1986, 333/1991 e 41/1999, 139/2010, 164/2011, 231/2011, 110/2012, 57/2013, 213/2013, 232/2013 e 185/2015). Così per esempio avviene anche per la registrazione delle telefonate. All'articolo 39 del Regolamento di esecuzione è infatti stabilito che per la categoria dei condannati per reati di cui all'art. 4-*bis* OP è sempre prevista la registrazione delle telefonate. Registrazione che, invece, per i condannati per reati diversi deve essere disposta dal magistrato di sorveglianza competente a disporre la misura del controllo sulla corrispondenza *ex art.* 18-*ter* OP (39.7 RE), senza che sia neanche comunicata, con relativa lesione del diritto all'impugnazione.

Sia la legge sia il regolamento di esecuzione non prevedono l'intervento *ex ante* dell'autorità giudiziaria per la limitazione quantitativa (numero di telefonate effettuabili) e soggettiva dei legittimati a ricevere la comunicazione (prevista solo per i familiari, congiunti ed eccezionalmente terzi), che può avvenire solo previa autorizzazione del direttore dell'istituto. È sempre a quest'ultimo organo amministrativo che la legge (rinviando al regolamento) che devolve la competenza per l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica (18.5 OP e 39.2-4 RE).

L'assegnazione della competenza dell'autorità amministrativa di molti aspetti relativi alle libertà di colloquio e corrispondenza telefonica è stigmatizzata dalla dottrina (Santelli, 206ss).

Di tutta evidenza come la disciplina esaminata violi palesemente in tal modo la garanzia della riserva di giurisdizione stabilita dall'art. 15 della Costituzione, ma anche il principio di legalità nella parte in cui tutela la persona dalle ingerenze dall'organo governativo nello spazio delle sue libertà fondamentali.

Giova chiarire che con tale affermazione non si vuole sostenere un paradossale divieto di limitazione della libertà di comunicazione della persona detenuta, la stessa può essere sempre prevista, ma con le garanzie già previste per la corrispondenza epistolare (18-*ter* OP).

Né valgono obiezioni di carattere organizzativo o strumentale tra le due forme di corrispondenza (telefonica ed epistolare). Infatti, alla luce dell'innovazione tecnologica ed informatica, non ostano motivi al rispetto dell'esercizio di tale libertà anche per la persona ristretta, sia sul piano organizzativo (con la previsione di più installazioni telefoniche ovvero con la dotazione dei telefonini portatili), sia sul piano dei controlli (sicurezza), essendo possibili con le moderne tecniche di intercettazione assoggettare al controllo tutte le comunicazioni realizzate sia da impianti telefonici "fissi" sia "mobili". E in tal modo contemperare e bilanciare i due valori costituzionali, senza il maggior sacrificio di alcuno dei due.

Tanto in premessa, sotto il profilo del rispetto della riserva assoluta di giurisdizione, appaiono incomprensibili i due diversi approcci legislativi (18 e 18-*ter* OP) per disciplinare la stessa materia, ossia corrispondenza epistolare e telefonica. In specie se si tiene conto del relativamente recente intervento legislativo attraverso il quale si è novellato l'art. 18-*ter* OP, abrogando i commi 7 e 8

dell'art. 18 OP, per ovviare alle diverse sentenze di condanna della Corte EDU in materia di corrispondenza epistolare, ritenendo la violazione della Convenzione proprio sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali: «*L'estrema discrezionalità lasciata all'a.g., unitamente alla mancata previsione di limiti temporali, rendeva evanescente il requisito della motivazione*» (Santinelli, 2015, 242; *ex multis*, C. EDU, Messina c. Italia, 24 ott. 2002).

4. *Il tertium comparationis: la disciplina relativa ai difensori e l'articolo 18-ter OP*

Il profilo di illegittimità che in questa sede si sta cercando di profilare riguarda direttamente l'art. 15 della Costituzione, il mancato rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, essendo stata rispettata solo la prima e non anche la seconda come può evincersi dagli artt. 18 OP e 39 RE relativi alla corrispondenza telefonica.

Un altro profilo d'illegittimità costituzionale potrebbe comunque rilevarsi ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, dal quale la Consulta, in una fase ormai matura della sua attività, ha enucleato il principio di ragionevolezza quale criterio per valutare le leggi poste al suo sindacato.

Parte della dottrina ritiene che laddove si sostenga l'irragionevolezza della disposizione legale censurata sia necessaria un'altra disposizione, che abbia almeno il rango di legge ordinaria, da usare come termine di paragone (*tertium comparationis*) e sostenerne l'irrazionalità (Cerri, 2001, 111).

Soccorrono a tal fine le diverse discipline previste per la corrispondenza telefonica con i difensori e l'art. 18-ter OP che disciplina la corrispondenza epistolare per le persone detenute.

Iniziando dal primo, possiamo osservare come per il regime derivante dagli artt. 18 OP e 39 RE nulla statuiscono gli stessi in relazione alla corrispondenza telefonica con i difensori, solo l'articolo 36.6 RE «*si limita a stabilire che "appositi locali sono destinati ai colloqui dei detenuti coi loro difensori"*» (Santinelli, 2015, 223). La disciplina di riferimento, pertanto non può essere che quella espressa da altre fonti (41-bis OP; 104 c.p.p.; 36 disp. att. cpp; Corte cost., nn. 212/1997, 143/2013; Circ. DAP, nn. 19-5-1994, 8-1-1999 e 2-10-2017), che nella sostanza stabiliscono che i difensori possono avere colloqui coi propri assistiti detenuti, sia nella fase preliminare che in quella esecutiva, che tale regime «*rimane sottratto alla disciplina ordinaria dei colloqui prevista dall'ord. Penit. (Mag. Sorv. Varese 14-4-05, F. ambr. 05, 91)*» (Santinelli, 2015, 224), deroga estesa anche alla corrispondenza telefonica poiché ai sensi del «*l'articolo 104 cpp attribuendo all'imputato il diritto di "conferire" con il proprio difensore, non distingue tra colloquio visivo e quello telefonico*» (Corso, 2013, 358ss), che «*non conosce nessuna limitazione né numerica né discretiva*» (Santinelli, 2015, 228). Tale peculiarità viene fatta discendere dal più generale e incompressibile inviolabile diritto di difesa di cui all'articolo 24 della Costituzione, che non può essere compresso neanche nelle ipotesi di soggetti sottoposti al regime *ex art. 41-bis OP*.

La Corte dichiarando fondata la questione posta con l'arresto n. 143/2013, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 41-bis, comma 2, lett. b), ultimo periodo OP nella parte in cui prevedeva che col difensore poteva effettuarsi nel massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari (limiti che erano stati introdotti con la legge n. 94/2009), ha tenuto a sottolineare la conformità del suo orientamento a quello espresso e consolidato dalla Corte di Strasburgo (Trombetta, 2013, 5).

Il regime che ne è derivato, sostanzialmente rispetta il diritto alla libertà della corrispondenza telefonica, anche se poi non risulta garantita effettivamente per carenze organizzative (in alcuni istituti, infatti, le telefonate possono effettuarsi solo in determinate giornate, orari, contestualmente a

quelle per i familiari e attraverso un solo apparecchio telefonico, presente in sezioni occupate da 30 a 70 detenuti).

Nonostante la diversità delle garanzie poste a fondamento della deroga alla disciplina ordinaria dei colloqui, corrispondenza telefonica ed epistolare con i difensori, individuate nel diritto di difesa (24 Cost.); l'ontologica differenza, quanto a caratteristiche e finalità, tra i colloqui con i familiari, terze persone rispetto ai difensori; sotto il profilo della sicurezza, di eventuali collegamenti criminali che «*se non può essere esclusa a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo*» (Corte cost., 143/2013; Santinelli, 2015, 224), non può non evidenziarsi la disparità trattamentale rispetto ai valori costituzionali in gioco (la libertà di comunicazione è pari a quello del diritto di difesa) e di come quella con i difensori dimostri che possa avvenire senza pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica, prevedendo se del caso delle limitazioni solo in presenza di fondati sospetti con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

L'art. 18-ter OP, a sua volta, può essere utile parametro comparativo per evidenziare non solo la violazione della riserva assoluta di giurisdizione ma anche per evidenziare come l'ordinamento possa prevedere la limitazione della libertà di comunicazione nei casi motivati.

È bene riassumere brevemente come l'art. 18-ter OP ha visto la sua novellazione in seguito ai ripetuti interventi di condanna della Corte di Strasburgo in relazione alla violazione dell'articolo 8 CEDU (*ex multis*, C. EDU, Di Giovine c. Italia, 2001). Novellazione che ha comportato la parziale abrogazione del precedente articolo 18 OP che disciplinava la materia.

L'art. 18-ter OP prevede la possibilità di limitare la corrispondenza epistolare e telegrafica e la ricezione della stampa; la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; il controllo del contenuto della busta che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima, con decreti motivati, validi per sei mesi e prorogabili per periodi non superiori a tre mesi, emessi ad opera del giudice competente, su richiesta del pubblico ministero o del direttore dell'istituto. Provvedimenti avverso i quali possono proporsi reclamo al tribunale di sorveglianza, se emesso dal magistrato di sorveglianza, o al tribunale di competenza negli altri casi.

Di tutta evidenza come per le limitazioni della corrispondenza epistolare, telegrafica e ricezione della stampa la disciplina soddisfi la doppia riserva di legge e di giurisdizione. L'art. 18-ter OP, infatti, prevede che i provvedimenti che limitano la libertà di corrispondenza, possono «*essere adottati unicamente da giudici (cfr., da ultimo, C 12-12-13, C.S. Dir. E giust. 17 febbraio 2014; conf. C 21-11-12, Di Trapani, 253978)*» (Santinelli, 2015, 248).

È da sottolineare che i ripetuti interventi della Corte EDU e del legislatore nazionale non hanno risolto tutti i dubbi concernenti la disciplina in oggetto, considerate le condanne anche successive all'introduzione dell'art. 18-ter OP (vedi, C. EDU, Di Giacomo c. Italia, 24 gennaio 2008; Id., Zara c. Italia, 20 gennaio 2010), ciononostante è indubbio che tali interventi «*hanno rafforzato la posizione soggettiva del detenuto in tema di corrispondenza, che ora può considerarsi “un vero e proprio diritto soggettivo” (Filippi, op. cit., 1203; Fiorentin, Guida dir. 04, f. 18, 22; Cicala, G. mer. 09, 465)*» (Santinelli, 2015, 242).

La chiosa sul riconoscimento di un “vero e proprio diritto a corrispondere” in capo alla persona detenuta, ci permette di prendere atto del riconoscimento anche nella giurisprudenza di legittimità e di merito di quello già presente da oltre 70 anni nella Costituzione.

5. La titolarità di diritti inviolabili in capo alle persone detenute

Sulla titolarità di diritti inviolabili e inalienabili della persona condannata e detenuta ormai non sembrano esserci dubbi, così come sembra non vi siano più dubbi che tra questi vi sia il diritto alla corrispondenza. Eppure si assiste a discriminazioni lapalissiane tra le discipline che regolano le limitazioni dei diritti a secondo si tratti di ristretti e liberi, ovvero che si tratti di corrispondenza epistolare o telefonica per le persone detenute.

La stessa dottrina, ancora oggi, sembra che si sia limitata ad osservare lo *status quo*, non portando l'affondo neanche dopo che la Corte Costituzionale e Suprema della Cassazione a Sezioni Unite ha ricompreso la materia della corrispondenza telefonica nell'area dei diritti soggettivi, con le conseguenze che ne dovrebbero derivare sulla disciplina limitativa della corrispondenza telefonica: «*La prescritta necessità di un provvedimento di ammissione aveva indotto parte della dottrina a ricondurre il consentire questo tipo di comunicazioni – anche quelle con i familiari, non solo quelle con le terze persone – ad una mera “facoltà”, e non ad un vero e proprio “obbligo”, dell’amministrazione (cfr., Alessandri-Catelani, 53; Turrini Vita, op. cit., 506; De Pascalis, op. cit., 385; in giurisprudenza, v. Mag. Sorv. Catania, 22-3-01, Rass. Penit. Crim. 01, f. 1-3, 481), con conseguente ridimensionamento del “tanto conclamato diritto alla corrispondenza telefonica” (Stortoni, in Bricola, 55); tale orientamento può tuttavia dirsi ad oggi superato sia in dottrina sia in giurisprudenza (cfr., 26-2-03, Gianni, cit., secondo la quale le disposizioni legislative e regolamentari in materia di corrispondenza telefonica fanno ricorso alle espressioni ‘sono ammessi’ o ‘può essere autorizzata in senso atecnico; nel senso che la materia della corrispondenza telefonica rientri nell’area dei diritti soggettivi, v. Mura, op. cit., cap. III, § 4.1» (Santinelli, 2015, 219).*

Ci chiediamo allora per quale motivo non si è reclamato il rispetto della libertà di comunicazione e la sua eventuale limitazione nei modi previsti dalla Costituzione, dal momento che ci si trova davanti a un diritto riconosciuto (non solo dalla Costituzione) ma anche dalla giurisprudenza.

D'altra parte lo stesso Emmanuel Kant, che pure attribuiva i diritti naturali all'uomo in quanto tale, li negava a coloro che “ferivano” l'umanità degli altri, riflettendo un'idea culturale che ha resistito per secoli, per la quale il detenuto era considerato privo di diritti. Una configurazione giuridica capovolta dall'entrata in vigore della Costituzione e riflettuta nella legge penitenziaria (4 OP) che riconoscono al detenuto una “soggettività giuridica formale, sostanziale, attiva di posizioni qualificabili come diritti” (Bortolato, 2015, 37-38). Soggettività ineliminabile per effetto del principio personalistico espresso dall'articolo 2 della Costituzione che permea e al quale s'informa tutta la Carta Fondamentale e al quale deve obbedire qualunque legge ordinaria e costituzionale.

Di riconoscimento di diritti inalienabili in capo alla persona detenuta parla anche l'articolo 1 delle Regole penitenziarie europee (2006) dell'11 gennaio 2006, nel quale si afferma: «*tutte le persone private della libertà devono essere trattate con rispetto per i loro diritti umani” e “conservano tutti i diritti che non sono esplicitamente limitati dalla sentenza di condanna”» (Bortolato, 2015, 38).*

Posizione questa ribadita anche dalla Corte costituzionale (26/1999 e 266/2009). E nella sentenza di condanna, per tornare al tema in discussione, non risulta limitata (ne potrebbe esserlo in via permanente) la libertà di corrispondenza telefonica. È infatti necessario sempre un provvedimento motivato che rispetti il presupposto dell'attualità della pericolosità sociale seppur desumibile dalla commissione di un reato per il qual è stata emessa una sentenza di condanna, per la limitazione di un tale diritto.

Le Regole penitenziarie europee si collegano a loro volta alla Carta dei diritti fondamentali dell'uomo (6, comma 1, TUE), a sua volta collegata alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (1-8, CEDU).

Questa potrebbe essere un'occasione per fare un ulteriore passo culturale, nella consapevolezza che la Costituzione tutela la persona e il «supervalore» o «l'assoluto costituzionale» della sua dignità in quanto tale (Ruggeri-Spadaro, 1991, 343ss; Salazar, 2015, 205; Silvestri, 1997, 85) non rilevando in nulla le «condizioni personali» (3.1 Cost.), di persona (Viganò, 2017, 5) detenuta o libera, quanto meno rispetto alle procedure democratiche, ai presupposti e criteri formali previsti per la limitazione di quei diritti costituzionalmente rilevanti, nel rispetto dell'uguaglianza formale (3.1 Cost.) che assume maggior valore laddove intende tutelare i «soggetti più deboli» come sono le persone recluse ed erano consapevoli i Padri costituenti, *ex* detenuti anch'essi.

La conservazione della titolarità dei diritti in capo alla persona detenuta è affermato dalla giurisprudenza costituzionale con diversi arresti (204/1974, 26/1999 e 266/2009; 210/2017-8; 143/2013) propedeutici all'introduzione dell'art. 35-bis OP: «*La norma in esame segna una tappa decisiva nel lungo cammino verso il riconoscimento di una piena ed effettiva tutela dei diritti del detenuto. Il fondamento teorico poggia sul concetto secondo cui è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti, l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'amministrazione penitenziaria. La restrizione della libertà personale, secondo la Costituzione vigente, non comporta una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (Corte cost. 79/114)*» (Bortolato, 2015, 395).

Se il principio di absolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale di cui parla l'autore citato, esclude che vi siano posizioni giuridiche soggettive carenti di tutela attivabile *ex post* alla violazione del diritto, allo stesso modo non possono non prevedersi delle tutele *ex ante*, attraverso la legge che, appunto, dovrebbe anticipare. Poiché un sistema di diritti e garanzie in altro modo concepito rifletterebbe l'assurdo di un diritto che esisterebbe solo grazie all'azione prevista per la sua tutela. Com'è stato dolentemente notato dalla dottrina, per molto tempo al riconoscimento dei diritti in capo ai detenuti non è corrisposto un loro effettivo rispetto (Bortolato, 2015, 37 e 396). C'è comunque da registrare, come in quest'ultimo periodo al sistema di tutele della persona detenuta, fondato sul principio umanitario e rieducativo espresso dal comma 3 dell'articolo 27 della Costituzione, che riflette ancora l'idea di un «soggetto senza diritti» da tutelare in nome di una pena non contraria al senso di umanità e che tende alla rieducazione, si sta affermando un altro sistema che *riconosce* anche alla persona detenuta la titolarità di diritti inviolabili e inalienabili e pertanto tutelabili anche rispetto alle pretese di ingerenza da parte dello Stato. In questo senso con il decreto legge n. 146/2013 è stato introdotto l'art. 35-bis OP quale rimedio giurisdizionale generalizzato e vincolante per l'amministrazione penitenziaria, per azionare la tutela dei diritti delle persone detenute (Bortolato, 399-340).

Istituto che ha visto la luce dopo le sentenze della Corte costituzionale con le quali è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale dell'art. 35 OP nella parte in cui non assicurava l'effettiva tutela dei diritti riconosciuti in capo alla persona detenuta.

Giova solo rammentare che l'uso del termine *riconosciuti* che trova la sua cristallizzazione all'art. 2 della Costituzione, sta a significare che vi sono diritti che lo Stato, non concede alla persona ma che preesistono e che lo stesso si limita solo a riconoscere. In altre parole lo Stato con le sue leggi anche costituzionali non può violare i diritti inalienabili della persona e tra queste rientrano, oltre a quello di uguaglianza, la libertà fisica, di domicilio, di comunicazione, di circolazione, di riunione, di associazione, di religione, di pensiero eccetera.

Il comma 1 dell'art. 2 della Costituzione recita: «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», con ciò significando che si riconosce al singolo, alla persona in quanto tale la titolarità di diritti che preesistono allo Stato che deve garantire positivamente, creando le condizioni per permetterne l'esercizio, e negativamente, astenendosi dall'ostacolarne il loro esercizio. Tali garanzie devono essere assicurate al singolo all'interno delle "formazioni sociali" intese come famiglia, comunità, Stato, carcere incluso.

Ne deriva, per la questione in esame, che anche per le persone detenute la limitazione della corrispondenza telefonica può avvenire solo nel rispetto della doppia riserva assoluta di legge e di giurisdizione.

Parma, 4 gennaio 2019

Bibliografia

- BARILE P. – CHIELI E., «*Corrispondenza (Libertà di)*», in Enc. Dir., vol. X, Milano, 1962.
- BORTOLATO M., *Reclamo giurisdizionale*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di) F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, 5° ed., Cedam, Vicenza, 2015.
- Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, 2° edizione, Torino, 2005.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, 2001.
- CORSO P., (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 5° edizione, Bologna, 2013.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale – II.1 Le fonti normative*, 6° edizione, vol. II, Padova, 1993.
- CRISAFULLI V., «*Principio di legalità e "giusto procedimento"*», in Giur. Cost., 1962.
- DONATI F., «*Art. 15*», in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006.
- GIANFRANCESCO E., *Comunicazione e corrispondenza (libertà di)*, in *Il Diritto*, Enc. Giur., 2010.
- GIOLICI P. – NACCI P., «*Libertà di corrispondenza*», in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. SANTANIELLO, Padova, 1990.
- GROSSI P. F., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, 1, 2° ed., Torino, 1991.
- ITALIA, *Libertà segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, 5° edizione, (a cura di) G. D. PISAPIA, Torino, 1985.
- RUGGERI A. – SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in Pol. dir., 1991.
- SALAZAR C., *Principi in materia di libertà*, in *Principi costituzionali*, (a cura di) L. VENTURA – A. MORELLI, Giuffrè, Milano, 2015, citando SILVESTRI G., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Roma, 1997.
- SALERNO G. M., «*La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*», in AA.VV., *I diritti costituzionali*, (a cura di) R. NANIA – P. RIDOLA, 2° edizione, Torino, 2006.
- SANTINELLI C., *Limitazioni e controllo della corrispondenza*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di) DELLA CASA F. – GIOSTRA G., 5° ed., Cedam, Vicenza, 2015.
- TROISIO C., «*Corrispondenza (libertà e segretezza della)*», in Enc. Giur., vol. IX, Roma, 1989.
- TROMBETTA L., *In tema di colloqui tra difensore e detenuto in regime di «41-bis»*, in Archivio Penale, 2013, n. 3.

VALASTRO A., *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie. Inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*, Milano, 2001.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dirittopenalecontemporaneo*, 2017.