

UFFICIO DI SORVEGLIANZA VERCELLI
per le circoscrizioni dei Tribunali di Vercelli - Casale M.to -
Ivrea – Biella

Ordinanza del 17 giugno 2009

N. SIUS 2009/390

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

VISTI gli atti relativi al reclamo, ai sensi dell'art. 69
comma IV della Legge 26 luglio 1975, n. 354, avanzato da:
M.D., nato a XXX il XXX,
attualmente ristretto presso la Casa Circondariale di
BIELLA;

O S S E R V A:

RITENUTO IN FATTO

Con missiva in data 31.01.09, il detenuto M. D. formulava reclamo ai sensi degli artt. 14 *ter* e 69 della L. n. 354/75, avverso la decisione assunta dalla Direzione della CC di Biella, con atto in data 09.01.09, con il quale era comunicato il diniego alla richiesta dell'interessato di poter comunicare in via telefonica con il proprio legale fiduciario senza particolari limitazioni e, in particolare, in deroga al disposto dell'art. 39, D.P.R. n. 230/2000. La reiezione dell'istanza del detenuto era motivata dall'opportunità di uniformarsi – per quanto concerne la disciplina dei colloqui telefonici dei soggetti detenuti con il proprio difensore - al contenuto della nota del Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria del Piemonte-Valle d'Aosta n. 016449-IV dd. 28.04.06.

Precisamente, la nota del PRAP richiamata nel provvedimento

impugnato, ha ritenuto che i colloqui telefonici con il difensore ricadono nella disciplina dettata dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000, e che l'effettuazione della corrispondenza telefonica deve, di conseguenza, essere sottoposta al vaglio discrezionale dell'amministrazione ai fini della eventuale autorizzazione (art. 39, comma 2, D.P.R., cit.).

Il PRAP pone a sostegno della propria interpretazione della disciplina in materia di colloqui telefonici una giurisprudenza che, negando la equiparazione dei colloqui con il difensore a quelle con i familiari di cui all'art. 37, del D.P.R. n. 230/2000, cit., ha affermato il principio che i primi sono assoggettati alla disciplina delle autorizzazioni previste dalla disposizione di cui all'art. 39, cit.

Il reclamante contesta la decisione della Direzione CC Biella, e osserva che la prassi di subordinare l'effettuazione dei colloqui telefonici con il difensore fiduciario alla valutazione discrezionale della Direzione dell'istituto penitenziario sarebbe priva di legittimazione normativa e costituirebbe, inoltre, una compressione non giustificata del diritto di difesa.

Secondo l'interpretazione proposta nell'atto di impugnazione, i colloqui con il difensore avrebbero natura unitaria, e si distinguerebbero, pertanto, solo per le diverse modalità con le quali vengono effettuati (visive, epistolari, telefoniche, etc.). Ne conseguirebbe che – a prescindere dalle diverse modalità tecniche di effettuazione – i colloqui con il difensore dovrebbero andare soggetti alla medesima disciplina per quanto concerne la sottrazione al regime delle “autorizzazioni” di natura discrezionale da parte della direzione dell'istituto, potendo soltanto essere assoggettati alla regolamentazione del loro esercizio, anche sulla base delle direttive interne stabilite dall'amministrazione penitenziaria.

Diversamente opinando, la disciplina sarebbe contrastante con i principi stabiliti dalla normativa interna e transnazionale in ordine alle garanzie poste a presidio dell'esercizio del diritto di difesa.

A sostegno della propria prospettazione, il reclamante porta un recente orientamento di merito, che ha ritenuto illegittima qualsiasi limitazione al numero di colloqui telefonici che possono intercorrere con il difensore, rimanendo in ogni caso all'amministrazione penitenziaria di disciplinare le modalità concrete con le quali tale facoltà può essere esercitata.

L'interessato chiede, sulla base dei motivi esposti nel reclamo, la possibilità di effettuare colloqui con il proprio difensore senza alcuna limitazione e, in particolare, senza che il numero di tali colloqui sia cumulato con quello relativo ai colloqui autorizzati con i propri familiari e congiunti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

In via pregiudiziale, occorre verificare l'ammissibilità del reclamo. A tale proposito, si richiama la sentenza 8/11.2.1999, n. 26, con la quale la Corte Costituzionale è intervenuta sull'art. 35 e sul successivo art. 69, della legge 26 luglio 1975, n. 354, dichiarandone l'illegittimità di fronte alla Carta costituzionale nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

Come è noto, la Consulta non ha ritenuto di indicare positivamente quale fosse il rimedio giurisdizionale applicabile al fine di rendere effettiva la tutela *apud judicem*, così che, a fronte delle variegate soluzioni adottate dai magistrati di sorveglianza, la lacuna è stata successivamente colmata dall'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 26.2/10.6.2003, Gianni, che ha stabilito il principio – consolidatosi nella successiva elaborazione – secondo cui i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti su diritti soggettivi sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide con ordinanza ricorribile per cassazione, secondo la procedura indicata nell'art. 14 *ter*, della legge n. 354 del 1975.

Tanto premesso, deve essere precisato che le doglianze proponibili mediante tale rimedio devono consistere in pretese astrattamente riconducibili ad un diritto soggettivo, e non possono per converso investire questioni di mera opportunità, rimesse all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione. In tal senso si sono univocamente espresse sia la Corte Costituzionale che le Sezioni Unite della Cassazione, nelle decisioni sopra citate; analogamente si è espressa la stessa Corte europea, secondo la quale (con rinvio ad un principio già affermato nella decisione Bellet contro Francia del 4.12.1995) l'effettività del diritto di accesso alla giurisdizione richiede che un individuo goda di una possibilità chiara e concreta di contestare un atto che costituisce un'ingerenza nei suoi diritti e tale indirizzo si è consolidato nella recente giurisprudenza (Cass., Sez. I, 3.2/24.3.2004, Pazienza, in CED Cass.; Cass., Sez. I, 24.10/12.12.07 n. 46269, Musumeci, in CED Cass.).

Per effetto della ricordata pronunzia costituzionale n. 26 del 1999, l'ordinamento vigente appresta due livelli di tutela delle posizioni della persona detenuta, entrambi fondati sulla medesima combinata disposizione degli artt. 35 e 69, Ord. pen. Il primo e più incisivo presidio è costituito dalla giustiziabilità dei diritti soggettivi dei detenuti, con le forme giurisdizionali

sancite – pur nella vista indeterminatezza - dalla citata sentenza costituzionale. Il secondo piano di salvaguardia è individuato in negativo rispetto al primo livello di difesa, e comprende tutte le posizioni soggettive non sussumibili entro l'area protetta della tutela giurisdizionalizzata, che restano quindi comprese nell'ambito residuale gestito con lo strumento del reclamo "generico" deciso con procedura *de plano* (art. 35, Ord. pen.).

È affidato all'apprezzamento del giudice stabilire quali posizioni soggettive siano giustiziabili con le forme giurisdizionalizzate, in seguito alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, e quali, non assurgendo al rango di diritti soggettivi o di interessi giuridicamente tutelati, restino all'esterno della sfera di tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento e continuino a beneficiare, di conseguenza, della più limitata tutela assicurata dal procedimento semplificato previsto dall'art. 35, Ord. pen.

Si tratta, in altri termini, di selezionare, tra tutte le doglianze che pervengono alla magistratura di sorveglianza, quali debbano comportare l'adozione della procedura *ex art. 14 ter*, L. 26.7.1975, n. 354.

Il problema non si pone tanto rispetto alle ipotesi in cui sia applicabile una procedura diversa, visto che queste sono fattispecie espressamente previste (a es., in tema di reclamo avverso il decreto che dispone controlli sulla corrispondenza dei detenuti, ai sensi dell'art. 18 *ter*, L. 26.7.1975, n. 354), ovvero casi che ricadono nella giurisdizione generale (es. azione per risarcimento danni *ex art. 2043 c.c.*); bensì in relazione a quelle in cui resti utilizzabile soltanto la via del ricorso "generico" previsto dall'art. 35, Ord. pen., cit.

Si tratta di una questione che incide pesantemente sulla efficacia della tutela, posto che, molto spesso è la stessa materiale difficoltà di governare la massa delle istanze, denunce, segnalazioni a rendere tardiva e inefficiente la tutela. Detto in altri termini, una indiscriminata attuazione di tali modelli per ogni segnalazione ricevuta non solo rischia di comportare la paralisi della attività, ma renderebbe pressoché impossibile la selezione dei casi: in altri termini, la diluizione degli interventi su una miriade di casi ne eliderebbe la capacità di penetrazione.

Il problema più complesso (e più importante in pratica) è allora stabilire dove passi il confine tra le posizioni tutelabili e aspettative di mero fatto. In effetti, si possono ipotizzare modelli teorici assai diversi, ma la soluzione resta difficile. Una delle tentazioni più irresistibili per l'interprete è cercare di operare una selezione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, o modelli concettuali simili. Un'altra strada, diversa dal tradizionale ricorso alla sopra richiamata sistematizzazione, può essere

ravvisata nella verifica se, nella fattispecie, sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione (e allora la tutela è quella ordinaria), ovvero si tratta di interessi che vengono connotati dalla detenzione.

Qualora si verifichi questa seconda situazione, è evidente che l'interessato si trova in una situazione giuridicamente differente da quella del soggetto libero: nella situazione, cioè, di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione, o meglio con lo scopo della detenzione.

Tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella di un soggetto libero, ma pur sempre differente. Il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e l'interesse del singolo.

Siamo, in altri termini, nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, oltre a non ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. La linea di confine della tutela accordata dall'ordinamento sembra dover essere allora quella delle aspettative di mero fatto: non è azionabile la procedura a fronte di doglianze che non coinvolgano lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative.

La giurisprudenza è prevalentemente orientata in senso restrittivo, selezionando rigorosamente le posizioni soggettive fatte valere dalle persone detenute, e riconoscendo la più ampia tutela giurisdizionale assicurata dal combinato disposto dei già richiamati artt. 35 e 69, L. 26.7.1975, n. 354, soltanto alle doglianze riferibili alla ipotizzata violazione di diritti soggettivi.

Deve, altresì, essere ricordato che il detenuto – per effetto della sua peculiare posizione di persona sottoposta ad esecuzione di pena – è soggetto al potere organizzativo dell'amministrazione penitenziaria, talché egli non gode della pienezza delle facoltà inerenti ai propri diritti soggettivi; bensì gli è consentito di esercitare quelle facoltà il cui esercizio non è incompatibile con le superiori esigenze di natura pubblicistica, connesse all'ordine e alla sicurezza interne agli istituti di pena.

La ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato e l'interesse del singolo alla conservazione ed allo sviluppo della propria sfera soggettiva, rende, in definitiva, ragione dell'assunto, generalmente condiviso, che sono suscettive di tutela quelle (e soltanto quelle) attività che non comportino un sacrificio irrimediabile degli

interessi pubblici connessi all'esecuzione penale (in primo luogo, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza, e l'integrale esecuzione della pena o della misura di sicurezza: cfr. art. 1, comma 3, L. 26.7.1975, n. 354, e art. 2, d.p.r. 30.6.2000, n. 230).

Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario a realizzare la salvaguardia delle esigenze sopraordinate, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. Peraltro, tale principio generale è stato ripetutamente affermato in sede di giurisdizione internazionale dalla CEDU, che l'ha declinato nei termini del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, implicante che devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il detto principio di proporzionalità (nella giurisprudenza interna, ha affermato tale principio la recente Cass., Sez. I, 30.01/20.02.08, n. 7791, Rv. 238721, Madonia, in CED Cass.).

Con riferimento alla realtà penitenziaria, si tratta, in altri termini, di calibrare e dosare attentamente la quantità di interesse privato (e dunque, nel senso migliore del termine, *egoistico*) che può liberamente esplicarsi nel quadro dell'esecuzione penitenziaria per non incidere sul preminente interesse pubblico (patrimonio dell'intera società civile) alla certezza dell'esecuzione della pena e al mantenimento dell'ordine pubblico interno agli istituti di pena.

Strettamente connessa a tale ricostruzione della posizione della persona detenuta è l'assunto che all'amministrazione penitenziaria, per il conseguimento delle finalità pubblicistiche connesse al corretto esercizio della *potestas puniendi* statuale, è riconosciuto un margine di discrezionalità all'interno del quale maturano le scelte organizzative connesse al ruolo esecutivo della pena assegnato dall'ordinamento a tale articolazione amministrativa.

Ne consegue che il provvedimento amministrativo nel quale si cristallizza la scelta discrezionale dell'amministrazione penitenziaria, ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto.

Da tale articolata premessa, deve ritenersi, in via preliminare che, nella fattispecie, il reclamo del detenuto involge la ritenuta violazione di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito, quale il diritto di difesa, essendo tale la prospettazione che emerge dal testo del reclamo stesso ed essendo – in ogni caso –

sussumibile sotto il profilo della lesione di un diritto il contenuto sostanziale della posizione soggettiva azionata dall'interessato.

Con riferimento all'oggetto dedotto nel presente procedimento, la posizione giuridica dell'odierno reclamante si sostanzia nel diritto alla corretta osservanza delle norme in materia di colloqui, espressamente individuata dalla ricordata sentenza delle SS.UU. come posizione giuridica soggettiva suscettibile di tutela giurisdizionale piena, e pertanto adeguatamente valutabile con la procedura prevista dal coordinato disposto degli artt. 14 *ter*, 35 e 69, L. n. 354/75.

Questo Giudice ritiene che l'eventuale illegittimità del provvedimento dell'amministrazione che regola l'esercizio di un diritto garantito, incidendo su di esso, possa essere sottoposta a verifica sotto un duplice profilo, senza che tale controllo determini una violazione dei limiti posti dall'ordinamento alla sindacabilità dell'atto amministrativo da parte dell'autorità giudiziaria: deve essere verificata, anzitutto, l'astratta possibilità che all'amministrazione sia consentito esplicitare il potere organizzativo attribuitole in via generale a quella particolare fattispecie; occorre, in secondo luogo, accertare se tale potere sia stato correttamente utilizzato negli ambiti consentiti dall'ordinamento, sopra delineati, avendo di mira l'obiettivo di interesse pubblico che l'azione amministrativa deve sempre perseguire.

L'oggetto del presente procedimento, peraltro, circoscrive l'esame richiesto al giudice al primo profilo indicato, dolendosi il reclamante dell'esercizio da parte dell'autorità amministrativa di un potere a quest'ultima non spettante *ex lege*: ciò che – in definitiva – si contesta nell'atto di impugnazione è la "carenza di potere" in capo all'amministrazione piuttosto che il "cattivo uso" di tale potere.

Nel merito del reclamo, la valutazione della fattispecie deve essere correttamente inquadrata nell'ambito della disciplina dei colloqui dei soggetti detenuti con i familiari o con altri soggetti (c.d. "terze persone").

Rileva, anzitutto, la norma di cui all'art. 18, dell'Ord. pen., che consente, con una previsione di carattere generale, lo svolgimento dei colloqui e il flusso di corrispondenza dei ristretti con le persone all'esterno, rinviando al regolamento penitenziario per la disciplina di dettaglio (art. 18, comma 5, cit.).

Il D.P.R. 30.06.2000, n. 230, integra la normativa primaria principalmente con tre disposizioni, che regolano, rispettivamente, i colloqui visivi (art. 37), i rapporti epistolari e telegrafici (art. 38), e infine quelli telefonici (art. 39).

Con riferimento alla specifica materia dei colloqui con i difensori, la normativa di dettaglio contiene un'unica

disposizione specificamente diretta a regolarne le modalità, stabilendo che, per i colloqui visivi dei detenuti con i propri legali, sono predisposti appositi locali (art. 37, comma 6).

Circa la natura e la conseguente posizione di tali norme nella gerarchia delle fonti, occorre richiamare l'indirizzo che assegna alla norma secondaria (artt. 37 e 39, D.P.R. n. 230/2000) la funzione di integrare la norma primaria (art. 18, Ord.pen.) nel senso che "nella legge 26.7.1975, n. 354 non vi è riconosciuto un diritto del detenuto a godere di un numero minimo di colloqui ma, semmai, è riconosciuto il diritto al colloquio o alle telefonate, le cui modalità di esercizio sono, legittimamente, stabilite dalla Direzione o dal regolamento di attuazione" (Cass., Sez. I, n. 28724 del 09.07/25.07.2002, RV. 221757, PM in proc. Castellana, in CED Cass.).

La disciplina dei colloqui con il difensore è stata, peraltro, arricchita da un intervento della Corte costituzionale che, con sentenza 3 luglio 1997, n. 212, ha espressamente riconosciuto l'inviolabilità del diritto di difesa, che si esercita nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale ove sia in questione una posizione giuridica sostanziale tutelata dall'ordinamento, e che deve essere garantito nella sua effettività.

Tale ampio riconoscimento comprende in sé, secondo la Consulta, il diritto alla difesa tecnica, e dunque anche la facoltà - ad essa strumentale - di poter conferire con il difensore, allo scopo di predisporre le difese e stabilire le relative strategie processuali, ed ancor prima "allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti, non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione - tecnicamente assistita - degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall'ordinamento" ... con la conseguenza che "il diritto a conferire col difensore deve essere comunque garantito in quanto strumentale rispetto all'esercizio del diritto di difesa, anche in vista di procedimenti instaurandi anziché di procedimenti già instaurati."

Secondo la Corte, l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strettamente inerente al diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione e pertanto non può essere regolata dalla ordinaria disciplina dei colloqui prevista dall'ordinamento penitenziario, che è ispirata al criterio di affidare all'autorità carceraria - dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e dunque in ogni caso per il condannato

“definitivo” - la valutazione discrezionale dell’opportunità di ammettere i detenuti ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, in base all’apprezzamento di “ragionevoli motivi”.

Pertanto, in assenza di ogni altra norma che riconosca tale diritto, posto che la previsione dell’art. 104 del c.p.p. è univocamente limitata all’imputato in stato di custodia cautelare, l’art. 18 dell’ Ordinamento penitenziario, unica disposizione legislativa vigente in tema di colloqui del condannato “definitivo”, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede che il condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della condanna”.

Resta ferma ovviamente, così come ha precisato il Giudice delle leggi, (e come del resto avviene nel caso degli imputati in stato di custodia cautelare) la competenza dell’autorità carceraria a regolare le modalità pratiche di svolgimento dei colloqui col difensore, “senza peraltro che possa essere esercitato alcun potere di apprezzamento discrezionale sulla necessità e sui motivi dei colloqui medesimi” (sent. 212/97, cit.).

Il *dictum* costituzionale esplicita un fondamentale principio di civiltà giuridica, che garantisce il diritto alla difesa tecnica nell’ambito dell’intero procedimento penale, dalla fase delle indagini preliminari alla fase dell’espiazione della pena, cui è strumentale il diritto di chi si trovi privato della libertà di conferire col difensore.

Con riguardo alla fase esecutiva, il principio posto dalla Corte a tutela delle esigenze difensive è, del resto, in linea col principio della c.d. giurisdizionalizzazione dell’esecuzione penale, enunciato a più riprese dalla Consulta in numerosi e incisivi interventi sulla disciplina penitenziaria, come nel già ricordato caso afferente alla tutela dei diritti del detenuto mediante reclamo di natura, appunto, giurisdizionale.

È evidente, infatti, che non può parlarsi di “giurisdizionalizzazione” dell’esecuzione, e di conseguente sottrazione dall’area puramente amministrativa della sfera di attività che riguarda l’applicazione della sanzione penale (che comporta, inevitabilmente, la compressione di diritti fondamentali dell’individuo), senza che sia adeguatamente assicurata la garanzia della difesa tecnica, anche attraverso la presenza del difensore, che del processo è uno dei protagonisti necessari.

Né, del resto, può sottovalutarsi il ruolo di rilevante utilità sociale svolta dal difensore, nel fornire – proprio mediante gli accessi in carcere – l’opportuno ausilio all’interessato sia attraverso la “preventiva conoscenza e valutazione - tecnicamente assistita - degli

istituti e rimedi apprestati dall'ordinamento", come sottolineato dalla Corte Costituzionale, sia mediante il proprio contributo professionale al procedimento giurisdizionale già instaurato.

La rassegna delle fonti in materia di colloqui del detenuto con il proprio difensore consente di tracciare un quadro sufficientemente preciso per quanto concerne l'esercizio del diritto al colloquio visivo con il legale, atteso che la pronunzia costituzionale n. 212/97 modula direttamente la norma primaria che prevede tale diritto e che la fonte secondaria ne disciplina – se pure sinteticamente – le modalità esecutive.

Resta, invece, una lacuna normativa per quanto concerne la disciplina dei contatti telefonici del detenuto con il patrono.

A colmare la carente disciplina positiva soccorre l'interpretazione del giudice, in ossequio al principio generale che impone all'organo giudicante di assumere una decisione nel merito dell'oggetto dedotto (non potendosi risolvere, il ricorso al giudice, in una pronuncia di *non liquet* da parte dell'organo giudiziario adito), alla luce del principio che, in assenza di previsioni di legge, deve essere "il giudice a individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie in conformità dei principi indicati" (Corte cost., sent. n. 270/99).

Ciò premesso, nella fattispecie non può che valere il ricorso ai principi fondamentali stabiliti *in subjecta materia* dal Giudice costituzionale. E riprendendo proprio il percorso motivazionale dell'arresto n. 212/97, si ricava che l'esercizio della facoltà di conferire con il difensore è strettamente inerente all'esercizio di quel diritto di difesa che – consacrato nell'art. 24 della Costituzione – si pone quale cardine dell'ordinamento democratico ispirato ai valori di civiltà giuridica sanciti nella Carta costituzionale.

Per tale motivo, la Consulta ha considerato contraria allo spirito prima ancora che alla lettera della Legge fondamentale qualsiasi possibilità di compressione o limitazione al pieno esplicarsi di tale primario diritto dell'individuo, salvi i casi – che devono ritenersi comunque di carattere eccezionale – nei quali tale diritto possa temporaneamente essere limitato a tutela di interessi di rango costituzionale equiordinato.

In ogni caso, tali eccezionali limitazioni non possono che essere disposte dall'autorità giudiziaria (v. art. 104, c.p.p.), con esclusione, quindi, di qualsivoglia possibilità di una compressione del diritto in questione da parte di valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa.

A quest'ultima resta, pertanto, unicamente attribuito di regolare le modalità concrete con le quali tale diritto può

concretamente realizzarsi, nell'ambito del più generale potere organizzativo della gestione amministrativa dell'esecuzione penale.

Per tale motivo, non può condividersi l'opinione espressa dall'amministrazione penitenziaria, laddove ritiene che, mentre ai colloqui visivi del detenuto con il proprio difensore non possano apporsi limitazioni, quelli telefonici sarebbero, invece, sottoposti alla valutazione discrezionale della Direzione dell'istituto penitenziario, poiché espressione di una facoltà residuale rispetto al colloquio visivo, nel quale si realizzerebbe pienamente il diritto di difesa.

Invero, tale distinzione non trova alcun appiglio nel dettato normativo, ed anzi è palesemente contraddetta dai principi stabiliti dalla Corte costituzionale, che ha sempre ritenuto il diritto di difesa quale principio di carattere unitario, le cui diverse estrinsecazioni non possono soffrire limitazioni che non siano giustificate da esigenza di tutela di valori costituzionali di rango almeno equivalente.

Neppure convincente, per le medesime ragioni, appare l'orientamento che ritiene giustificata ai sensi dell'art. 39, D.P.R. n. 230/2000, l'eventuale limitazione numerica dei colloqui telefonici con il difensore alla luce di una presunta scelta legislativa (della quale – peraltro – non vi è traccia nell'articolato) volta a limitare questi ultimi “per problemi di gestione tecnica degli impianti” (Cass., Sez. I, 4.11.2004, n. 43154).

Né può essere ritenuto convincente, infine, l'assunto a mente del quale il diritto di difesa sarebbe comunque adeguatamente assicurato dalla possibilità di effettuare colloqui visivi o contatti epistolari (entrambe modalità non sottoposte a limiti), poiché la *ratio* desumibile dalla giurisprudenza costituzionale è chiara nel censurare ogni limitazione che non abbia fondamento in eccezionali e temporanee esigenze di tutela di valori costituzionali di rango equivalente al diritto inciso.

E non vi ha dubbio che le eventuali difficoltà o carenze dell'organizzazione penitenziaria che rendano difficoltoso assicurare l'esercizio del diritto di difesa non assurgono a valore costituzionale in nome del quale possa ammettersi - in assenza di una chiara ed espressa previsione limitativa posta dalla legge - alcuna limitazione al pieno esercizio di tale fondamentale diritto in tutte le sue forme ed articolazioni.

Resta a dire che il favore espresso dalla giurisprudenza costituzionale alla più ampia espressione del diritto di difesa trova una giustificazione anche sotto il profilo che la persona detenuta si trova in una posizione di intrinseca debolezza con riferimento

alla possibilità di esercitare pienamente le proprie *chances* difensive, rispetto al cittadino in stato di libertà, e che per tale ragione occorre aderire ad una lettura ampia e costituzionalmente orientata delle disposizioni che regolano l'esercizio delle facoltà connesse al diritto consacrato nell'art. 24 della Costituzione.

Del resto, e limitando l'analisi alla materia penitenziaria, il legislatore ha dimostrato in più occasioni una particolare attenzione alla garanzia del diritto di difesa, laddove ne ha assicurato il libero esercizio anche a potenziale detrimento delle esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico: basti pensare alla espressa salvaguardia delle comunicazioni tra detenuto e difensore contenuta nella riforma della disciplina del c.d. "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* dell'Ord. pen., ovvero alle medesime garanzie mantenute nella riforma dei controlli sulle comunicazioni dei detenuti (legge 8 aprile 2004, n. 85). Sul piano generale, l'inviolabilità del diritto di difesa è altresì sancita da un articolato compendio normativo inserito nel codice del rito penale (cfr. artt. 103, comma 6, c.p.p.; art. 35, disp. att. c.p.p.).

Sulla base dei principi fondamentali di derivazione costituzionale sopra richiamati, pare dunque che la lacuna normativa evidenziata nella materia dei colloqui telefonici del detenuto con il difensore sia colmata estendendo – per evidente identità di *ratio* – a questi ultimi la disciplina introdotta con riferimento ai colloqui visivi dal pronunciamento costituzionale n. 212/97 che ha arricchito il contenuto precettivo della norma di cui all'art. 18, Ord. pen. e che, per conseguenza, debba affermarsi il principio che l'amministrazione non ha il potere discrezionale di limitare il numero di contatti telefonici che il detenuto può attivare con il proprio difensore.

Deve, precisamente, essere affermato che il detenuto può entrare in contatto con il proprio difensore a prescindere dalla precedente instaurazione di un procedimento giurisdizionale, ma anche a fini esplorativi, con riferimento a instaurandi procedimenti giurisdizionali (e pertanto senza la necessità che la nomina sia riferita ad un procedimento già incardinato e tuttora in corso), nella stessa misura e modalità riconosciute dall'art. 104 c.p.p. ai difensori degli imputati in stato di custodia cautelare, e dunque, secondo le disposizioni previste in tale ambito dagli artt. 27 e 36 disp. att. c.p.p. (e pertanto con prova della qualità di difensore mediante esibizione del verbale contenente la nomina, o copia della nomina depositata o spedita all'A.G., o comunicazione al difensore di ufficio).

Le sole limitazioni opponibili a tale facoltà possono derivare eventualmente dai "limiti eventualmente disposti dalla legge a

tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti" (ad esempio attraverso temporanee, limitate sospensioni dell'esercizio del diritto, come quella prevista dall'art. 104, comma 3, c.p.p.), o dalla disciplina delle modalità concrete di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo, modalità che - si ribadisce - non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi subordinata ad una vera e propria autorizzazione di natura discrezionale.

È evidente, a tale proposito, che risponde alle esigenze connesse allo stato detentivo la necessità di apposita istanza da parte del detenuto, unicamente ai fini delle esigenze organizzative e di sicurezza dell'istituto, così come riconducibili alle esigenze predette sono le eventuali cautele adottate al fine di identificare con certezza l'interlocutore del detenuto.

Deve, pertanto, ritenersi che l'atto di diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria della CC di Biella alla richiesta del detenuto M. D. di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore in deroga alle limitazioni stabilite dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000 non trova legittimazione alla luce delle considerazioni e dei principi sopra esposti e deve, conseguentemente, essere disapplicato, in conformità a quanto previsto in via generale dall'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

P.Q.M.

Visti gli artt. 14 *ter*, 18, 35, 69 della L. 26.07.75, n.354, art. 39, D.P.R. n. 230/2000, art. 104 c.p.p., 27 e 36 disp. att. c.p.p., art. 4, comma 2, L. 20.3.1865, n. 2248, all. E, artt. 666, 679, c.p.p.,

acquisite le conclusioni del P.M. e della difesa,

ACCOGLIE

il reclamo formulato da M. D. avverso il diniego opposto dall'amministrazione penitenziaria della CC di Biella alla richiesta di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore in deroga alle limitazioni stabilite dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000 e, per l'effetto,

DISAPPLICA

l'atto amministrativo impugnato;

DICHARA

che il detenuto M. D. ha diritto di effettuare colloqui telefonici con il proprio difensore senza le limitazioni al numero di colloqui previsto dall'art. 39, D.P.R. n. 230/2000.

Manda la Cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Vercelli, così deciso il 17 giugno 2009

Il Magistrato di Sorveglianza
dott. Fabio FIORENTIN

L'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Vercelli ha accolto il reclamo di un detenuto inerente la possibilità di avere colloqui telefonici con il difensore senza le limitazioni previste dall'art. 39 D.P.R. 230/2000, con particolare riferimento all'autorizzazione del direttore dell'istituto per un numero di colloqui limitato, anche nel tempo, pari ad un massimo di 10 minuti per telefonata.

La posizione giuridica rivendicata necessitava di una tutela giurisdizionale piena e pertanto valutabile con la procedura prevista dal combinato disposto degli artt. 14 *ter*, 35 e 69 L. 354/1975, essendo espressione di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito quale il diritto di difesa.

Nell'ordinanza si cita la sentenza della Corte Costituzionale nr. 212 del 3.7.1997 che ha ribadito, per quanto concerne i colloqui visivi con il difensore, l'inviolabilità del diritto di difesa, da garantire, sempre, nella sua effettività. L'espletamento dei colloqui con il difensore non deve pertanto subire limitazioni rimesse alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione penitenziaria, che potrà solo regolare le modalità pratiche del loro svolgimento.

A fronte della carenza di specifica normazione relativa alla materia dei colloqui telefonici con il difensore, il Magistrato di sorveglianza di Vercelli ha ritenuto di interpretare estensivamente i principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza, espressi in riferimento ai colloqui visivi con il detenuto, considerando il colloquio telefonico alla stessa stregua del colloquio visivo, quali unitaria ed inscindibile espressione del diritto di difesa.

Il Magistrato di Sorveglianza ha così inteso superare, ritenendolo non convincente, ma senza entrare ulteriormente nel merito, il principio giurisprudenziale espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza nr. 43154 del 14/10/2004 imp. Roccalba *"La disciplina di cui al d.P.R. n. 230 del 2000 in tema di colloqui telefonici, per i quali sussiste un limite numerico settimanale e la sottoposizione alla valutazione del direttore dell'istituto di pena, si riferisce anche al difensore, atteso che il legislatore ha inteso limitare i colloqui telefonici per problemi di gestione tecnica degli*

impianti, e che in dipendenza di ciò non si configura una violazione del diritto di difesa in quanto il detenuto può mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza apposizione di limiti".

Il presupposto argomentativo del Magistrato di Sorveglianza di Vercelli circa l'equiparazione del colloquio telefonico con il colloquio visivo resta infatti, a parere di chi scrive, non del tutto dimostrato, risultando altrettanto valida l'interpretazione seguita dall'Amministrazione penitenziaria secondo la quale, mentre per i colloqui visivi o epistolari del detenuto con il proprio difensore non possono apporsi limitazioni, quelli telefonici sarebbero, invece, sottoposti alla valutazione della Direzione dell'istituto penitenziario, poiché espressione di una facoltà residuale rispetto al colloquio visivo, principale strumento di piena realizzazione del diritto di difesa. Ovviamente la discrezionalità del Direttore deve intendersi vincolata al solo fine di consentire la gestione tecnica e logistica delle istanze di colloquio telefonico nell'ambiente penitenziario, quale necessaria limitazione, di natura pubblicistica, connessa all'ordine e alla sicurezza interna agli istituti di pena. Non possono, infatti, troppo sbrigativamente liquidarsi i problemi tecnici e logistici relativi alla gestione di eventuali, incondizionate, facoltà, soprattutto se relazionate a complesse realtà penitenziarie, destinate al contenimento anche di migliaia di detenuti, i quali, tutti e contemporaneamente, potrebbero pretendere illimitati colloqui telefonici con i rispettivi difensori.

Al fine di contemperare le diverse esigenze ed in attesa che venga colmato il vuoto normativo esistente, ferma restando l'impostazione di base (art. 39 D.P.R. 230/2000) potrebbe, ad esempio, prevedersi la possibilità di effettuare colloqui straordinari (sia nella frequenza che nella durata) qualora giustificati dalla lontananza fra il luogo di detenzione e quello di residenza del difensore di fiducia ed in relazione ad imminenti incombenze processuali, che necessitano di approfondito colloquio per concordare le strategie difensive. Si pensi ad esempio all'approssimarsi di udienze dibattimentali, ovvero per la decisione sui riti alternativi o per concordare

alcune parti delle discussioni difensive.

In tali casi le esigenze poste alla base della regolamentazione dei colloqui telefonici con il difensore (giudicate corrette dalla citata sentenza della Suprema Corte), potrebbero esser adeguatamente temperate con l'insorgenza di specifiche e documentate urgenze processuali.

*Federico Falzone**

* Magistrato. Direttore Ufficio Studi, Ricerche, Legislazione e Rapporti internazionali del D.A.P.