

LA CORRISPONDENZA TELEFONICA DEI DETENUTI E DEGLI INTERNATI

di Giuseppe Melchiorre Napoli

Sommario: 1) Principi e disciplina normativa; 2) I soggetti legittimati; 3) Il provvedimento di autorizzazione; 4) Frequenza e durata dei colloqui telefonici; 5) Modalità di svolgimento; 6) La disciplina derogatoria dell'art.41 bis.; 7) La corrispondenza telefonica con il difensore.

1) PRINCIPI E DISCIPLINA NORMATIVA

1.1 CORRISPONDENZA TELEFONICA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

Si afferma che i principi costituzionali, posti a tutela della famiglia e dei minori (artt.29, 30, 31 Cost.), trovano attuazione anche attraverso le norme dell'Ordinamento penitenziario che garantiscono il diritto del detenuto e dell'internato ad avere periodici colloqui visivi con i familiari (art.18, commi I e III, o.p.). E si ritiene che tale diritto (in quanto espressione di principi fondamentali dell'ordinamento) non possa essere negato e, al più, possa essere limitato in presenza di "altri interessi costituzionalmente garantiti". Per tale motivo, la legge non attribuisce alcun potere discrezionale alle autorità competenti ad autorizzare i permessi di colloquio, stabilendosi che "i detenuti e gli internati sono (anziché, "possono essere") ammessi ad avere colloqui con i congiunti" (art.18, comma I, o.p.).

Nelle intenzioni del legislatore del 1975, invece, il diritto dei detenuti e degli internati alla corrispondenza telefonica con i congiunti non sembra riconosciuto a tutela delle relazioni familiari, bensì in una esclusiva prospettiva di rieducazione (art.27, comma III, Cost.). Di qui, la conseguenza che tale diritto potrebbe essere negato qualora, in concreto, il suo esercizio non avesse alcuna valenza trattamentale e fosse in contrasto con altri valori costituzionalmente tutelati. A confortare tale conclusione, vi sarebbe la stessa formulazione dell'art.18, comma V, o.p. che riconosce un potere decisionale di natura discrezionale, stabilendo che "può essere (anziché "è") autorizzata nei rapporti con i familiari corrispondenza telefonica". Tuttavia, introdotto tale potere discrezionale, sarebbe stato opportuno che il legislatore ne avesse indicato anche i criteri di esercizio (in ossequio all'art.15 Cost., che tutela ogni forma di comunicazione) e non si fosse limitato ad un generico rinvio alla disciplina regolamentare (si veda dopo: 5.1).

Nell'ambito di tale discrezionalità, dall'art.18, comma V, o.p. emerge comunque un *favor familiae* (in tal senso, circ. D.a.p. n.3478 del 1998), che trova ulteriore conferma nella disciplina dettata dall'art.39, comma II, reg. es.. In particolare, le due norme distinguono la corrispondenza telefonica diretta ai familiari (art.18 o.p.) e ai conviventi (art.39 reg. es.) da quella diretta ai terzi, diversi dai congiunti e dai conviventi, richiedendosi soltanto per questi ultimi la sussistenza di ragionevoli e verificati motivi ai fini dell'autorizzazione (art.39 reg. es.).

Inoltre, sempre in base all'art.39 reg. es., possono essere consentite telefonate con i familiari o i conviventi, oltre i limiti normativamente fissati, nel caso di rientro dal permesso o dalla licenza (comma II) e nel caso in cui la corrispondenza si svolga con figli di età inferiore ai 10 anni (comma III). Infine, secondo l'art.39, comma X, reg. es., può essere autorizzata la corrispondenza telefonica tra congiunti o conviventi, entrambi ristretti in istituti diversi, in deroga alla norma che vieta le telefonate provenienti dall'esterno dell'istituto penitenziario.

Secondo altra autorevole dottrina, il diritto dei detenuti e degli internati alla corrispondenza telefonica con i congiunti e i conviventi è pur sempre espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento, che tutelano, da una parte, le relazioni familiari e i minori (artt.29 e ss. Cost.) e, dall'altra, la libertà di comunicazione (art.15 Cost.). In tal caso, si dovrebbe affermare che (attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che regolano la materia) la corrispondenza telefonica con i familiari non potrebbe mai essere negata (escludendosi ogni potere discrezionale) e, semmai, potrebbe essere normativamente limitata, in presenza di altri valori tutelati dalla Costituzione. Mentre, in una prospettiva esclusivamente rieducativa, andrebbe ricondotta la sola corrispondenza telefonica con i terzi (diversi dai familiari e dai conviventi), per la quale l'esercizio del potere decisionale di natura discrezionale sarebbe guidato dal criterio dei "ragionevoli e verificati motivi".

1.2 NORME E QUESTIONI INTERPRETATIVE

La materia della corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati è regolata dall'art.18, commi V e VIII, o.p., che rinvia all'art.39 reg. es. per la disciplina di dettaglio sulle modalità di svolgimento della corrispondenza e sulle opportune cautele da adottare. Alla corrispondenza telefonica non è, invece, applicabile il comma I dell'art.18 che (pur utilizzando il generico termine "corrispondenza") disciplina soltanto la corrispondenza epistolare. La tesi contraria, difatti, farebbe sorgere un insanabile contrasto tra il comma I ("sono ammessi") e il comma V ("può essere autorizzata") dell'art.18 o.p..

In ogni caso, le norme sulle corrispondenza telefonica pongono alcuni problemi interpretativi in ordine alla delimitazione delle categorie di soggetti ammessi alla corrispondenza con i detenuti e gli internati; all'individuazione dell'autorità competente ad emettere il provvedimento di autorizzazione; alla forma, all'efficacia e alla ricorribilità di esso; nonché alle modalità di svolgimento, di controllo e alla frequenza delle telefonate. Si tratta, in parte, di questioni affrontate nello studio della disciplina de "I colloqui visivi dei detenuti e degli internati" (in questo sito), cui si rinvia per una più approfondita trattazione.

2) I SOGGETTI LEGITTIMATI

2.1 LE FONTI NORMATIVE

L'art.18, comma V, o.p. individua due categorie di persone che possono essere autorizzate ad avere corrispondenza telefonica con i detenuti e gli internati e sono: "i familiari e, in casi particolari, i terzi".

Il comma V rispecchia la disciplina del comma I (come integrato dal comma III), con alcune varianti lessicali, che non sembrano assumere particolare rilievo interpretativo, nell'individuazione dei soggetti legittimati. Anzitutto, mentre i colloqui visivi (e la corrispondenza epistolare) sono ammessi con "i congiunti", la corrispondenza telefonica può essere autorizzata "nei rapporti familiari". Inoltre, mentre il comma I fa riferimento alle "altre persone", il comma V utilizza la locuzione "terzi".

Ad integrare l'art.18, comma V, o.p. è intervenuto l'art.39 del nuovo reg. es., in base al quale "i condannati e gli internati possono essere autorizzati alla corrispondenza telefonica con i congiunti e i conviventi, ovvero, allorché ricorrono ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e dai conviventi".

Dunque, le due norme individuano le seguenti categorie di soggetti che possono essere ammesse alla corrispondenza telefonica con i detenuti e gli internati: i congiunti, i familiari, i conviventi, i terzi (cioè le altre persone diverse dai congiunti e dai conviventi).

2.2 LE TRE CATEGORIE DI SOGGETTI LEGITTIMATI

Familiari e congiunti) Nell'individuazione delle categorie di persone che possono essere ammesse alla corrispondenza telefonica, l'art.18, comma V, o.p. usa la locuzione "familiari". Mentre, l'art.39 reg. es. utilizza sia il termine "familiari" (comma II, seconda parte) sia il termine "congiunti" (comma II, prima parte). E' stato correttamente affermato che, ai fini della disciplina della corrispondenza telefonica (come per quella dei colloqui visivi), le due locuzioni (familiari e congiunti) hanno identico significato (in tal senso, circolare D.a.P. n.3478 del 1998) ed indicano una sola categoria di soggetti legittimati, per la cui delimitazione andranno applicate le norme del codice civile che disciplinano la parentela e l'affinità. Così, "agli effetti della normativa penitenziaria, andrebbero considerati congiunti o familiari, oltre al coniuge, le persone fra loro legate da vincoli di parentela o di affinità", entro il limite del sesto grado (artt.74 e ss. c.c.).

Ma l'amministrazione penitenziaria ha ulteriormente ristretto i gradi di parentela e affinità previsti dal codice civile e ha stabilito (circ. n.3478 cit.) che i termini "familiari" e "congiunti", usati dalla normativa penitenziaria, si riferiscono ai parenti e agli affini entro il quarto grado. Mentre, "con esclusivo riferimento" ai detenuti inseriti nelle sezioni di Alta Sicurezza (istituite con la circolare D.a.p. n.3359/5809 del 1993) o sottoposti al regime di cui all'art.41-bis o.p., ha disposto che i due termini si riferiscono ai parenti e gli affini sino al terzo grado.

Solo alla corrispondenza telefonica con questi congiunti (entro il quarto o il terzo grado di parentela o affinità e indipendentemente dallo stato di convivenza), saranno applicabili tutte quelle norme che sono espressione di un *favor familiae* (art.39, commi II, III, X, reg. es.).

I Conviventi) La categoria dei conviventi non è prevista dall'art.18 o.p. ma è introdotta dall'art.39 reg. es., a tutela di tutti quei particolari rapporti affettivi di convivenza, che fuoriescono dallo schema della parentela e dell'affinità. In particolare, il regolamento estende ai conviventi tutte le norme dettate a tutela delle relazioni familiari (comma II e X,

art.39 reg. es.). A riguardo, l'amministrazione penitenziaria (circ. del 1998, cit.) ha interpretato in senso ampio la nozione giuridica di convivente, facendovi rientrare tutte "le persone che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, senza attribuire nessuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti con il detenuto (*more uxorio*, di amicizia, di collaborazione domestica, di lavoro alla pari, ecc)".

I Terzi) Insieme alla categoria dei "familiari", l'art.18, comma V, o.p. individua, attraverso la locuzione "terzi", un'altra categoria di soggetti, che possono essere autorizzati ad intrattenere corrispondenza telefonica con i detenuti e gli internati, ma soltanto "in casi particolari". Si tratta di soggetti che l'art.39 reg. es. pone su un piano diverso da quello dei "congiunti" (entro il quarto o il terzo grado) e dei "conviventi", prevedendo soltanto per questi ultimi una disciplina di favore e consentendo la corrispondenza telefonica con le persone diverse solo in presenza di "ragionevoli e verificati motivi" (comma II). Inoltre, nel caso in cui il detenuto sia sottoposto al regime di cui all'art.41 *bis* o.p., non può essere autorizzata la corrispondenza telefonica con persone diverse dai familiari (parenti o dagli affini oltre il terzo grado) e dai conviventi (comma II *quater* lett. b).

Per un maggiore approfondimento delle tematiche relative all'individuazione della categoria dei congiunti e dei conviventi e ai criteri guida per la valutazione dei ragionevoli e verificati motivi ai fini dell'autorizzazione della corrispondenza telefonica con le altre persone, si veda: "I colloqui visivi dei detenuti e degli internati" (in questo sito).

3) IL PROVVEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE

3.1 LE AUTORITÀ COMPETENTI

A differenza dei colloqui visivi, l'art.18, comma VIII, o.p. individua le autorità competenti ad autorizzare la corrispondenza telefonica limitatamente alla fase processuale che precede la pronuncia della sentenza di primo grado, stabilendo che "per gli imputati, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica sono di competenza dell'autorità giudiziaria, ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art.11". La competenza per i gradi successivi al primo è attribuita, dall'art.39 reg. es., al magistrato di sorveglianza, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado (comma IV), e al direttore dell'istituto, dopo la sentenza di condanna o di applicazione della misura di sicurezza detentiva (comma II).

L'assenza di una completa disciplina legislativa che individui le autorità competenti ad autorizzare la corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati non sembra rispettosa dei principi enunciati dall'art.15 Cost, in materia di inviolabilità e segretezza della corrispondenza e di ogni forma di comunicazione. Peraltro, la stessa scelta compiuta dalla fonte normativa subordinata (il D.p.r. n.230 del 2000), di attribuire la competenza ad una autorità amministrativa (il direttore dell'istituto) appare in contrasto non soltanto con l'art.15 Cost. (che riserva all'autorità giudiziaria il potere di limitare il diritto inviolabile alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni), ma anche con la tendenza (che traspare in numerose norme dell'ordinamento

penitenziario) di presidiare con le garanzie della giurisdizione l'intera fase dell'esecuzione della pena e delle misure di sicurezza. E, tuttavia, si tratta di una opzione maggiormente in linea con tale tendenza rispetto a quanto disposto, in materia di colloqui visivi, dall'art.18, comma VIII, che riserva all'autorità amministrativa la competenza ad autorizzare i colloqui sin dopo la pronuncia della sentenza di primo grado (anche se, in tal caso, il potere decisionale di natura discrezionale è limitato all'ammissione delle "altre persone", diverse dai congiunti e dai familiari).

Sulla base dei principi enunciati, si può dubitare della legittimità della prassi in base alla quale il magistrato di sorveglianza delega al direttore dell'istituto il potere di autorizzare la corrispondenza telefonica degli imputati, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e fino alla conclusione del giudizio.

3.2 (segue) IL RIPARTO DELLA COMPETENZA

Dunque, l'art.18, comma VIII, o.p. e l'art.39, comma II e IV, reg. es. stabiliscono il seguente riparto di competenze:

A) Per gli imputati, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, la corrispondenza telefonica è autorizzata dall'autorità giudiziaria, ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art.11 o.p. (così l'art.18, comma VIII, o.p. ed anche l'art.39, comma IV, reg. es., che parla di "autorità giudiziaria precedente"). Ma l'art.11, comma II, o.p. è stato sostituito dall'art.240 norme att. c.p.p., che attribuisce la competenza ad emanare il provvedimento di ricovero in luogo esterno di cura al giudice per le indagini preliminari, prima dell'esercizio dell'azione penale, e al giudice che procede, dopo tale momento e sino alla pronuncia della sentenza di primo grado. Tuttavia, l'art.240 limita espressamente il proprio ambito d'applicazione ai provvedimenti previsti dall'art.11, comma II, o.p. senza alcun riferimento all'art.18, comma VIII o.p. Come per i colloqui visivi, quindi, si pone il problema se l'art.240 norme att. c.p.p. sia applicabile anche alla disciplina della corrispondenza telefonica.

Parte della dottrina e l'amministrazione penitenziaria (circolare n.3520/5970 del 2000) danno risposta positiva, valorizzando sia "gli argomenti testuali" ricavabile dalle tre norme, sia il principio (sancito dalla Corte costituzionale, con la sentenza n.26/99) secondo cui "la tutela delle posizioni soggettive dei detenuti, riflesso di diritti aventi fondamento nella costituzione e connesse all'esecuzione dei provvedimenti limitativi della libertà personale, deve essere assicurata attraverso modalità di natura giurisdizionale".

In giurisprudenza, invece, prevale la tesi contraria e, limitatamente al periodo precedente all'esercizio dell'azione penale, si ritiene competente il pubblico ministero (in tal senso, anche se con riferimento alla materia dei permessi di necessità: Cass. I, n.35284/01, secondo la quale "nella fase del procedimento concernente le investigazioni, il giudice per le indagini preliminari non ha potere di intervento o di iniziativa se non nei casi esplicitamente previsti dal codice di rito").

E' possibile, quindi, concludere che: nel corso delle indagini preliminari e sino all'esercizio dell'azione penale è competente il G.i.p. (o il P.M., se non si ritiene applicabile l'art.240 norme att. c.p.p.); dopo l'esercizio dell'azione penale è competente il G.u.p. (nel caso di richiesta di

rinvio a giudizio per un reato per il quale è prevista la fase dell'udienza preliminare, art.416 c.p.p.) o il G.i.p. (nel caso di richiesta di giudizio immediato, ai sensi degli artt.453 e 454 c.p.p., o di richiesta di applicazione della pena, ai sensi dell'art.447 c.p.p.) o il giudice del dibattimento (nel caso di citazione diretta a giudizio, ai sensi dell'art.550 c.p.p., o di instaurazione del giudizio direttissimo, ai sensi dell'art.449 c.p.p.); dopo la pronuncia del decreto che dispone il giudizio (a seguito di udienza preliminare, art.424, comma I, c.p.p., o di richiesta di giudizio immediato, art.455 c.p.p.), è competente il giudice del dibattimento.

Nel passaggio da un fase all'altra, deve ritenersi corretta la tesi che attribuisce la competenza all'autorità giudiziaria che ha la materiale disponibilità del processo.

B) Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, la competenza è attribuita al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto in cui il richiedente è detenuto o internato (art.39, comma IV, reg.es e art.71, comma III, o.p.).

Tale competenza ha inizio con la lettura o il deposito della motivazione della sentenza (artt.544 e 545 c.p.p.), momento in cui "il giudice di primo grado pone termine al suo rapporto con il processo" (Siracusano).

Considerato, inoltre, che la competenza del magistrato di sorveglianza è territorialmente limitata all'istituto sottoposto alla sua giurisdizione e nel quale il richiedente è detenuto o internato, in concreto potrebbe sorgere un conflitto di competenza tra magistrati. A riguardo, la giurisprudenza di legittimità (Cass. I, sentenza n.874/95) ha stabilito che "è ammissibile, in quanto inquadrabile nell'ambito dei casi analoghi cui si riferisce l'art.28, comma II, c.p.p., il conflitto (negativo) tra magistrati investiti di giurisdizione attinente a provvedimenti di natura amministrativa loro demandati dalla legge" (e, nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di legittimità, il conflitto negativo riguardava proprio la materia delle autorizzazioni ai colloqui telefonici).

Al fine di evitare l'insorgere di un conflitto negativo, la giurisprudenza ha individuato alcuni criteri di attribuzione della competenza. Così, nel caso in cui un detenuto, dopo la presentazione della richiesta di autorizzazione alla corrispondenza telefonica, sia trasferito in altro istituto, la competenza a decidere appartiene al magistrato di sorveglianza nella cui giurisdizione venga a trovarsi di fatto il richiedente. Diversa è, invece, l'ipotesi in cui il detenuto, dopo la presentazione della richiesta di autorizzazione, venga trasferito in altro istituto penitenziario per ragioni contingenti ("in transito"), nel qual caso non viene meno la competenza del magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto cui è assegnato, dall'amministrazione penitenziaria, il soggetto e nonostante la momentanea assenza (Cass. n.1904/86, in materia di permessi di necessità). Tuttavia, tale regola va precisata perché, ove si ritenga che la decisione sulla richiesta di autorizzazione alla corrispondenza telefonica implichi una serie di valutazioni relative non soltanto "all'andamento del trattamento rieducativo", ma anche all'ordine e alla sicurezza dell'istituto penitenziario, si deve affermare che è sempre competente il magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto in cui il richiedente è detenuto, anche se "momentaneamente, per ragioni contingenti (in transito)". Di qui, la conseguenza che il magistrato, che ha giurisdizione sull'istituto cui il detenuto è assegnato stabilmente, manterrà la competenza ad autorizzare la corrispondenza telefonica e il suo provvedimento sarà efficace a partire dal momento in cui il detenuto farà rientro in istituto; mentre, il magistrato, che ha giurisdizione sull'istituto in cui il detenuto è in transito, è competente ad autorizzare le telefonate in uscita da tale istituto e il provvedimento perderà efficacia non appena il ristretto sarà trasferito. L'applicazione di tali criteri evita anche l'insorgere di un contrasto tra provvedimenti, qualora i magistrati di sorveglianza abbiano deciso in modo diverso su una analoga richiesta.

Peraltro, la materia dei conflitti di competenza potrà essere regolata attraverso la procedura di cui all'art.28 c.p.p. (nel rispetto della tendenza che mira a presidiare con le garanzie della giurisdizione l'intera fase dell'esecuzione penale) solo quando il conflitto coinvolga più magistrati di sorveglianza. Ne discende, anche sotto tale profilo, l'inopportunità di delegare l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica ai direttori di istituto, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e prima del suo passaggio in giudicato.

Dal punto di vista interpretativo, inoltre, va segnalato che, in relazione alla fase successiva alla pronuncia della sentenza di primo grado, non si pone un problema di applicabilità dell'art.240 norme att. c.p.p., in quanto il richiamo contenuto nell'art.18, comma VIII, o.p. è limitato alla sola fase delle indagini preliminari e del giudizio di primo grado. E' evidente, comunque, come la scelta del nuovo regolamento sia parzialmente in linea con la disposizione dell'art.240 n. att. c.p.p., che, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, attribuisce al magistrato di sorveglianza la competenza ad autorizzare i ricoveri all'esterno dell'istituto.

C) Dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, è competente il direttore dell'istituto in cui il richiedente è detenuto o internato (art.39, comma II, reg. es.).

Il momento in cui il direttore dell'istituto assume la competenza ad autorizzare la corrispondenza telefonica va individuato ai sensi dell'art.648 c.p.p. Per cui, il direttore è competente quando, contro la sentenza di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione (perché sono decorsi i termini per proporre impugnazioni o quelli per impugnare l'ordinanza che ne ha dichiarato l'inammissibilità o, nel caso di ricorso per cassazione, perché il ricorso è stato rigettato).

Anche tra autorità amministrative è possibile un conflitto negativo di competenza, che andrà risolto dal magistrato di sorveglianza, in sede di procedimento per reclamo (si veda il par. 3.4, sulla impugnazione dei provvedimenti in materia di corrispondenza telefonica) o dall'autorità amministrativa gerarchicamente superiore (il cui intervento può essere sollecitato da uno dei direttori in conflitto). Tuttavia, nel caso di detenuto trasferito da un istituto ad un altro, un possibile contrasto tra diverse decisioni sulla corrispondenza telefonica andrà risolto secondo il criterio individuato dall'amministrazione penitenziaria (circ.3478 cit.), per cui "il trasferimento non deve comportare in alcun modo una modifica del regime dei colloqui e delle telefonate, che deve restare quello in atto nell'istituto di provenienza".

3.3 (segue) COMPETENZA ED ESECUZIONE DI DIVERSI TITOLI DETENTIVI

Qualora nei confronti dello stesso soggetto siano in *esecuzione diversi titoli detentivi* emessi in relazione a procedimenti che si trovano in fasi o gradi diversi, si pone il problema di individuare l'autorità competente ad autorizzare la corrispondenza telefonica (si pensi ad un soggetto detenuto in esecuzione: a) di una condanna definitiva; b) di una ordinanza che dispone la custodia cautelare in carcere, che sia ancora efficace o sia emessa dopo la pronuncia della sentenza di primo grado; c) di una ordinanza di custodia cautelare emessa in un procedimento ancora nella fase delle indagini preliminari o dopo l'esercizio dell'azione penale, ma prima della pronuncia della sentenza di primo grado).

Se si ritiene che le esigenze di cautela legate al procedimento penale ancora in corso prevalgano su ogni altra valutazione, si dovrà ritenere necessaria e sufficiente la sola decisione dell'autorità giudiziaria che procede, prima della pronuncia della sentenza di

primo grado (non sarà, quindi, necessaria l'autorizzazione del magistrato di sorveglianza né quella del direttore dell'istituto). Se i procedimenti sono pendenti in un grado di giudizio superiore al primo, sarà necessario e sufficiente il solo provvedimento del magistrato di sorveglianza, che, peraltro, si avvarrà degli stessi criteri di valutazione che potrebbe utilizzare il direttore dell'istituto (in tal caso, si privilegerà la pronuncia dell'autorità giudiziaria rispetto a quella dell'autorità amministrativa). Nella prassi, invece, è frequente l'ipotesi inversa, in cui il magistrato delega al direttore tutti i poteri decisionali in materia di corrispondenza telefonica.

Parte della giurisprudenza (ormai minoritaria) ritiene, invece, necessario che ciascuna autorità competente si pronunci, in quanto sono diversi i criteri di giudizio da porre a fondamento delle diverse decisioni.

Una variante di quest'ultima opzione interpretativa potrebbe essere quella di ritenere comunque necessari i provvedimenti dell'autorità giudiziaria procedente e del magistrato di sorveglianza o dell'autorità giudiziaria procedente e del direttore dell'istituto (quando nessuno dei procedimenti pendenti si trovi in un grado di giudizio successivo al primo). Sarebbe da escludere, comunque, la necessità di tre pronunce, in quanto il magistrato di sorveglianza e il direttore dell'istituto utilizzano identici criteri di valutazione e la pronuncia del magistrato è da privilegiare rispetto a quella dell'autorità amministrativa.

Peraltro, in caso di competenza concorrente, secondo alcuni sarebbe opportuno che la decisione del magistrato di sorveglianza (o del direttore) preceda quella dell'autorità giudiziaria, rimettendo a quest'ultima la decisione definitiva. Secondo altri (Cass. 15727/89), "anzitutto deve provvedere il giudice di cognizione e successivamente, in caso di provvedimento favorevole, deve provvedere il magistrato di sorveglianza".

Diverso, invece, è il caso in cui il soggetto sia detenuto in esecuzione di diversi titoli detentivi, emessi in procedimenti distinti, ma pendenti tutti nella fase anteriore alla pronuncia della sentenza di primo grado. In tale evenienza, le autorità giudiziarie che procedono saranno chiamate ad emettere autonomi provvedimenti di autorizzazione, in considerazione del fatto che diverse possono essere le esigenze di cautela legate ai distinti procedimenti penali ancora in corso.

3.4 LA FORMA DEL PROVVEDIMENTO

La corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati deve essere autorizzata o negata con provvedimento emesso dalle autorità indicate dall'art.18, comma VIII, o.p. (che rinvia all'art.11, comma II, o.p.) e dall'art.39, comma II e IV, reg. es.. Tuttavia, né la legge né il regolamento dettano disposizioni in ordine alla forma che deve assumere tale provvedimento, limitandosi a stabilire che "la decisione sulla richiesta, sia in caso di accoglimento che di rigetto, deve essere motivata" (art.39, comma V, ultima parte, reg. es.). La questione, dunque, va affrontata seguendo la tripartizione della competenza operata dalla legge e dal regolamento.

A1) Sino alla pronuncia della sentenza di primo grado, si possono prospettare due soluzioni. In base alla prima, se si ritiene che l'art.240, comma I, norme att. c.p.p. sia applicabile anche alla materia della corrispondenza telefonica, la decisione dovrà essere assunta dal giudice che procede (dopo l'esercizio dell'azione penale) o dal G.i.p. (nel corso delle indagini preliminari) con ordinanza, che deve "essere motivata a pena di nullità" (art.125, comma III, c.p.p., che applica il principio costituzionale di cui all'art.111, comma VI e che rende superflua, limitatamente a questa fase, la previsione dell'obbligo di motivazione contenuta nel comma V, ultima parte, dell'art.39 reg. es.).

La seconda soluzione, invece, è legata alla tesi che (negando l'applicabilità dell'art.240, comma I, norme att. c.p.p.) riserva, prima dell'esercizio dell'azione penale, la competenza in materia di corrispondenza telefonica (e di colloqui visivi) al pubblico ministero. Tale organo deciderà con decreto, cioè con un provvedimento che "ha di regola carattere amministrativo" (Leone) e che deve essere motivato, ai sensi dell'ultima parte, del comma V, dell'art.39 (in genere, invece, non sussiste un obbligo di motivazione, se non nei casi previsti dalla legge, art.125, comma III, c.p.p.). Anche dopo l'esercizio dell'azione penale e sino alla pronuncia della sentenza di primo grado, l'autorità giudiziaria che procede provvederà con decreto motivato.

Peraltro, potrebbe essere valorizzata anche la regola in base alla quale, qualora la forma non sia stabilita dalla legge, il provvedimento può essere adottato senza l'osservanza di particolari formalità (art.125, comma VI, c.p.p.), purché debitamente motivato, ai sensi del citato comma V, ultima parte.

B1) Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e sino al suo passaggio in giudicato, il magistrato di sorveglianza autorizza o nega la corrispondenza telefonica con decreto, da motivare, ai sensi del comma V, ultima parte, dell'art.39 reg. es.. Il decreto, difatti, è il tipico atto con cui il magistrato esercita un potere di natura amministrativa (ma, anche in tal caso, potrebbe applicarsi l'art.125, comma VI, c.p.p.).

C1) Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, il provvedimento di autorizzazione del direttore dell'istituto costituisce esercizio di una potestà amministrativa di natura discrezionale, che incide su una posizione soggettiva del detenuto, giuridicamente tutelata. Per tale motivo, anche se non vi fosse il comma V, ultima parte, dell'art.39 reg. es., il provvedimento andrebbe motivato, in applicazione dell'art.2 della legge 241 del 1990.

3.5 L'EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE

A differenza delle norme sui colloqui visivi, l'art.39 reg. es. introduce due ipotesi generali di perdita d'efficacia dei provvedimenti che autorizzano la corrispondenza telefonica. La prima è regolata dal comma V, secondo periodo, in base al quale "l'autorizzazione concessa è efficace fino a che ne intervenga la revoca". La revoca è un provvedimento di secondo grado (che, di regola, assume la stessa forma del primo), con il

quale l'autorità, che ha accolto la richiesta di corrispondenza telefonica, dispone il venir meno dell'efficacia del provvedimento di autorizzazione, "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

Secondo autorevole dottrina, sono revocabili soltanto gli atti discrezionali e non anche gli atti vincolati. Ora, poiché la seconda parte del comma V dell'art.39 reg. es. non distingue le telefonate con i congiunti e i conviventi da quelle con le altre persone, sarebbe confermata la tesi dell'esistenza di un generale potere decisionale di natura discrezionale, che le autorità competenti eserciteranno, contemperando le esigenze del detenuto o dell'internato al mantenimento delle relazioni familiari (o delle relazioni con l'ambiente esterno) con il pubblico interesse all'ordine e alla sicurezza degli istituti penitenziari (o con quello relativo alla prevenzione e alla repressione dei reati).

Inoltre, si sostiene che il provvedimento di revoca debba essere motivato. In materia di corrispondenza telefonica, a tale conclusione si può giungere anche applicando l'ultima parte del comma V dell'art.39 reg. es., la cui disciplina (introducendo un obbligo di motivazione per le decisioni che accolgono o rigettano la richiesta) non può non estendersi (pena l'irrazionalità) ai provvedimenti che revocano una richiesta già accolta.

La seconda ipotesi di perdita di efficacia del provvedimento di autorizzazione è prevista dal terzo periodo del comma V dell'art.39 reg. es., secondo il quale l'autorizzazione "resta efficace solo fino a che sussistono i motivi indicati" nella richiesta del detenuto o dell'internato. L'ambito di applicazione della norma è delimitato dal generico rinvio ai commi II e III, che regolano tutti i casi in cui è possibile autorizzare la corrispondenza telefonica. Tuttavia, una corretta interpretazione (che tenga conto anche del primo periodo del comma V), deve far preferire la tesi secondo la quale la norma sia applicabile ai soli casi regolati dai commi II e III in cui si faccia espresso riferimento alla sussistenza di particolari motivi, cioè al caso di corrispondenza telefonica con altre persone diverse dai congiunti e dai conviventi (per la quale sono richiesti "ragionevoli e verificati motivi", comma II) e al caso di corrispondenza telefonica da autorizzare qualora ricorrano "motivi di urgenza o di particolare rilevanza" (comma III). Mentre, nel caso di corrispondenza con i congiunti e i conviventi, non sarà necessario alcun particolare motivo da indicare nella richiesta di autorizzazione (comma I, primo periodo) e da porre a fondamento della decisione di accoglimento (e ad essa si applicherà la sola ipotesi di revoca, di cui alla seconda parte, del comma V).

Quella introdotta dalla terza parte del comma V, dunque, non è altro che una specificazione dell'ipotesi di revoca prevista dal secondo periodo, in quanto, in questo caso, "il mutamento della situazione di fatto" è dato dal venir meno dei motivi che hanno giustificato l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica (cioè dal venir meno delle "ragioni di opportunità che legittimavano l'atto al momento dell'emanazione"). Pertanto, nonostante la formulazione della norma faccia pensare ad un automatico effetto estintivo, la perdita di efficacia dell'autorizzazione deve essere disposta con un provvedimento motivato.

Altra fattispecie che produce la perdita di efficacia del provvedimento di autorizzazione è l'annullamento in sede di autotutela. Anche se non espressamente prevista dal regolamento, tale ipotesi di perdita di efficacia deve ritenersi operante, perché sarebbe irrazionale consentire la revoca di un provvedimento legittimo (nel caso di diversa valutazione degli interessi in gioco) e non anche l'annullamento d'ufficio di un'autorizzazione adottata in assenza dei requisiti di legittimità richiesti (invalidità originaria).

Accanto alle ipotesi generali di perdita di efficacia del provvedimento, vi sono ipotesi specifiche, legate alla scansione del procedimento penale, che fonda la tripartizione della competenza. Così:

A2) Sino alla pronuncia della sentenza di primo grado, il decreto (o l'ordinanza, se si ritiene applicabile l'art.240 norme att. c.p.p.) di autorizzazione perderà efficacia al momento della scarcerazione (per annullamento dell'ordinanza che dispone la custodia cautelare o per revoca o sostituzione o estinzione della misura coercitiva) o della pronuncia della sentenza di primo grado. Nessuna incidenza sull'efficacia del provvedimento di autorizzazione, invece, avranno sia il passaggio da un fase all'altra del procedimento (dall'indagine preliminare, all'udienza preliminare e al giudizio di primo grado), sia l'eventuale trasferimento del ristretto da un istituto penitenziario all'altro.

B2) Dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e sino alla conclusione del giudizio, il decreto del magistrato di sorveglianza perderà efficacia: 1) dal momento della scarcerazione (si veda A2); 2) nel caso di trasferimento del detenuto o dell'internato in un istituto posto sotto la giurisdizione di altro magistrato di sorveglianza (art.42 o.p., tuttavia, in caso di rientro in istituto, tornerà ad essere efficace la prima autorizzazione, purché sia ancora in esecuzione lo stesso titolo detentivo e l'assenza del detenuto non si sia protratta per un lasso di tempo tale da rendere opportuna una nuova valutazione della situazione di fatto). Dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, l'autorizzazione del magistrato di sorveglianza non perderà efficacia e non sarà necessario un nuovo provvedimento del direttore, a meno che il ristretto non sia trasferito in un istituto posto sotto la giurisdizione di altro magistrato (in tale evenienza, sarà necessaria una nuova decisione del direttore).

C2) Dopo la pronuncia della sentenza di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza detentiva, il provvedimento del direttore sarà efficace sino alla scarcerazione (per fine pena o per ammissione a misure alternative alla detenzione in carcere) e sino a quando il detenuto rimarrà ristretto nello stesso istituto (limite temporale e spaziale alla potestà amministrativa). Sicché, in caso di trasferimento in altro istituto (art.42 o.p.) sarà necessario emettere nuovi provvedimenti di autorizzazione ai colloqui. Di diverso avviso, invece, è l'amministrazione penitenziaria, secondo la quale "il trasferimento di detenuti da uno ad altro istituto non deve comportare in alcun modo una modifica del regime dei colloqui e delle telefonate, che deve restare quello in atto nell'istituto di provenienza", a meno che non si rilevi, "con intervento motivato, l'erroneità delle concessioni precedenti" (circ.3478, cit.).

3.6 LA RECLAMABILITA' DEL PROVVEDIMENTO

Come per i colloqui visivi, anche per la corrispondenza telefonica, in passato, si è negata la possibilità di impugnare i provvedimenti di rigetto della richiesta del detenuto o dell'internato. A riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che “non sono impugnabili i provvedimenti di diniego dell'autorizzazione del detenuto alla corrispondenza telefonica, adottati dall'autorità giudiziaria o da quella penitenziaria, secondo l'ordine delle rispettive competenze, sia per il principio di tassatività delle impugnazioni, sia perché detti provvedimenti non sono comunque annoverabili tra quelli concernenti la libertà personale, ricorribili *ex art.111 Cost.*” (Cass. I, sentenza n.4892 del 1993).

Limitatamente ai provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria, invece, non si negava la possibilità di ricorrere allo strumento del reclamo¹, previsto dall'art.35 o.p. e regolato dall'art.75 reg. es..

Tuttavia, il procedimento per reclamo (che consente ai detenuti e gli internati di rivolgere istanze e reclami, tra gli altri, anche al magistrato di sorveglianza) è privo dei caratteri propri della procedura giurisdizionale, risolvendosi in una mera doglianza rivolta al magistrato, che decide senza alcuna formalità, con provvedimento non impugnabile.

L'assenza di un sistema di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive, giuridicamente rilevanti, dei detenuti ha indotto la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità dell'art.35 e dell'art.69, comma VI, o.p. “nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale” (sentenza n.29 del 1999). Tale pronuncia ha spianato la strada alla successiva sentenza delle Sezioni unite della cassazione (n.25079 del 2003) con la quale si è stabilito che “i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria, in materia di colloqui visivi e telefonici dei detenuti e degli internati, in quanto incidenti su diritti soggettivi, sono sindacabili in sede di giurisdizione mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide, con ordinanza ricorribile per cassazione, secondo la procedura indicata nell'art.14 *ter* o.p.”.

Gli artt.14 *ter*, 69, comma VI, 71 e ss. o.p. prevedono: il termine di 10 giorni per proporre reclamo; il termine di cinque giorni per l'avviso dell'udienza al difensore, al P.M. e all'interessato; la partecipazione all'udienza non necessaria del difensore e del P.M.; la facoltà per l'interessato e l'amministrazione di presentare memorie (senza diritto di partecipazione); la possibilità di proporre ricorso per cassazione entro 10 giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Va sottolineato che le due sentenze non risolvono la questione della tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Per un ulteriore approfondimento della tematica, si veda: sub 5.2 e “I colloqui visivi dei detenuti e degli internati”, cit..

¹ Parte della giurisprudenza di legittimità riteneva che si potesse ricorrere anche ai mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento amministrativo (Cass. IV, n.2222 del 10.05.00)

4) FREQUENZA E DURATA

4.1 IL LIMITE MASSIMO DI COLLOQUI TELEFONICI

Il numero dei colloqui telefonici, che possono essere concessi ai detenuti e agli internati, non è determinato dalla legge, bensì dalla fonte normativa subordinata: il D.p.r. n.230/00. Si tratta di una scelta criticata da molti e che ha fatto dubitare della legittimità di talune norme regolamentari che pongono limitazioni all'esercizio di un diritto tutelato dagli articoli 15 e 27, comma III, della Costituzione.

In particolare, l'art.39, comma II, reg. es. stabilisce che i detenuti e gli internati possono essere autorizzati ad avere corrispondenza telefonica "una volta alla settimana". Limite che è ridotto a non più di due telefonate al mese, nei confronti dei detenuti e degli internati "per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4 *bis* della legge, per i quali si applichi il divieto di benefici".

Come ha correttamente affermato l'amministrazione penitenziaria (circ.3533/5983, cit.), sono due le condizioni che devono ricorrere per l'applicazione del regime differenziato. Anzitutto, che il detenuto o l'internato sia ristretto in carcere a seguito di condanna definitiva o di ordinanza che dispone la custodia cautelare per uno dei reati previsti dalla prima parte dell'art.4 *bis* o.p. (non si applicherà, invece, nel caso in cui il soggetto sia detenuto o internato per altro e indagato a piede libero per uno dei reati di cui all'art.4.*bis*, primo periodo). In secondo luogo, che il detenuto e l'internato siano sottoposti al divieto di concessione di benefici, per cui il limite di due telefonate al mese non opererà (e si tornerà ad applicare la regola generale di una telefonata alla settimana) nei casi, previsti dall'art.4 *bis*, di collaborazione ai sensi dell'art.58 *ter* o.p., di collaborazione irrilevante e di collaborazione impossibile. Si è stabilito, inoltre, che anche in materia di corrispondenza telefonica, sarà applicabile la regola della scissione del cumulo (materiale o giuridico) di pene, qualora solo alcune condanne siano state riportate per uno dei reati previsti dall'art.4 *bis*, comma I, prima parte, o.p., dovendosi considerare scontata per prima la pena che ha effetti pregiudizievoli per il condannato, con conseguente venire meno di tali effetti (nel nostro caso, ammissione ad una telefonata alla settimana).

Parte della giurisprudenza di merito, ha sostenuto l'illegittimità dell'art.39, comma II, reg. es., nella parte in cui introduce una limitazione del numero delle telefonate che possono essere autorizzate ai detenuti o agli internati per uno dei reati previsti dalla prima parte dell'art.4 *bis* o.p.. Si sostiene, infatti, che la norma regolamentare sarebbe in contrasto con gli artt.1, comma II, 3 e 4 o.p., che riconoscono e tutelano una serie di posizioni soggettive legate al trattamento penitenziario (tra cui il diritto alla corrispondenza telefonica), senza consentire alcuna differenziazione tra detenuti. Inoltre, si evidenzia che, quando l'ordinamento penitenziario ha voluto differenziare l'applicazione dei diritti del detenuto, l'ha fatto espressamente con norma di legge, in relazioni a particolari e comprovate esigenze legate all'ordine e alla sicurezza degli istituti o all'ordine e alla sicurezza pubblica e per periodi di tempo determinati, rimettendo all'Amministrazione il compito di valutare la sussistenza delle specifiche esigenze nel caso concreto (si pensi agli artt.14 *bis* e 41 *bis* o.p.)

Al contrario, la tesi della legittimità delle disposizioni regolamentari, è stata sostenuta dalla Corte di Cassazione, secondo cui “le disposizioni limitative che riguardano i detenuti sottoposti al regime carcerario di cui all’art.4 *bis* dell’ordinamento penitenziario, previste dall’art.37, comma VIII, e 39, comma II, del Dpr n.230 del 2000, sono pienamente legittime e si integrano con il regime differenziato stabilito, per esigenze di sicurezza pubblica, nei confronti di quei reclusi che, in relazione al titolo di reato, si presumono particolarmente pericolosi” (Cass I, 13079/2002; nello stesso senso Cass. SS. UU. 10.6.2003).

4.2 (segue) I COLLOQUI TELEFONICI ULTERIORI

Il limite massimo di un colloquio telefonico alla settimana o di due al mese (nel caso di detenuti o internati per uno dei reati di cui alla prima parte dell’art.4 *bis* o.p.) può essere superato in talune ipotesi tassativamente indicate dai commi II e III dell’art.39 reg. es..

1) Anzitutto, nel caso di rientro in istituto dal permesso (artt. 30 e 30 *ter* o.p.) o dalla licenza (artt.52 e 53 o.p.), al fine di avvisare i familiari o le persone conviventi (comma II).

La norma potrebbe applicarsi anche ai detenuti e agli internati per uno dei reati di cui alla prima parte dell’art.4 *bis* o.p., per i quali si applichi il divieto di benefici, ma limitatamente alle ipotesi di rientro dal permesso di necessità (art.30 o.p.) o dalla licenza concessa agli internati, nei casi previsti dai commi I e II dell’art.53 o.p.. Impossibile, invece, il verificarsi degli altri casi, stante il divieto di concessione dei permessi premio e della misura alternativa della semilibertà. Si noti, inoltre, che questa ipotesi di corrispondenza telefonica può essere autorizzata soltanto se diretta ai familiari o alle persone conviventi e non anche se diretta a terzi..

2) Analoga alla precedente è l’ipotesi di trasferimento del detenuto o dell’internato (comma III). La norma, però, non richiedendo che la telefonata sia diretta ai familiari o ai conviventi, consente la corrispondenza anche con altre persone.

Nel caso in questione, difatti, i “ragionevoli e verificati motivi” – oppure “i motivi d’urgenza o di particolare rilevanza” - (che potrebbero giustificare la corrispondenza telefonica con persone diverse dai familiari e dai conviventi, ai sensi del comma II - o III - , dell’art.39 reg. es.), sono dati dalla necessità di comunicare una situazione rilevante (il trasferimento) e dall’urgenza di farlo nel più breve tempo possibile (“immediatamente”). Così, ad esempio, sarà possibile autorizzare una telefonata diretta ad un parente oltre il quarto grado (o il terzo), in condizione di avvisare i familiari del detenuto, al momento non prontamente rintracciabili. Tale soluzione interpretativa trova conferma anche nell’art.29 o.p., in base al quale “i detenuti e gli internati sono posti in grado di avvisare immediatamente i congiunti e le altre persone da essi eventualmente indicate del loro ingresso in un istituto penitenziario o dell’avvenuto trasferimento” (in tal senso, anche l’art.62, reg. es., che regola l’ipotesi di comunicazione dell’ingresso in istituto o del trasferimento attraverso il mezzo postale ordinario o telegrafico).

Se pur non espressamente prevista, ma valorizzando il dato letterale dell’art.29 o.p., si deve ritenere che la corrispondenza telefonica, ai sensi del comma III dell’art.30 reg. es., possa essere autorizzata anche nel caso di primo ingresso in istituto e non soltanto in quello di trasferimento. Dunque, il combinato disposto delle tre norme (artt.29 o.p., 39 e 62 reg. es.), consente di concludere che (valutando anche le esigenze di cautela legate al procedimento penale in corso o

attinenti all'ordine e alla sicurezza dell'istituto penitenziario) le autorità indicate dai commi II e IV potranno accogliere o rigettare la richiesta di corrispondenza telefonica, per comunicare sia il primo ingresso sia il trasferimento. E, in caso di rigetto, il ristretto avrà comunque il diritto di avvalersi del mezzo postale ordinario o telegrafico, con le cautele indicate dall'art.62 reg. es. (soluzione da preferire, nei casi di cui alla prima parte dell'art.4 *bis* o.p.).

3) L'altra ipotesi di colloqui telefonici ulteriori, regolata dal comma II dell'art.39 reg. es., ha sollevato non pochi dubbi interpretativi. La formulazione della norma, secondo la quale può essere autorizzata corrispondenza telefonica oltre i limiti stabiliti nel comma II, "in considerazione di motivi di urgenza o di particolare rilevanza, se la stessa si svolge con prole di età inferiore a dieci anni", lascia aperte due diverse soluzioni. Secondo la prima (più rispettosa del dato letterale), è possibile autorizzare colloqui telefonici tra detenuti e figli minori dei dieci anni, soltanto se ricorrono "motivi di urgenza o di particolare rilevanza". In base alla seconda (che fa leva, invece, su di una interpretazione sistematica), la norma distinguerebbe due diverse ipotesi di colloqui telefonici: quelli che possono essere autorizzati qualora ricorrano "motivi di urgenza o di particolare rilevanza" e quelli che possono essere concessi quando si svolgano "con prole di età inferiore ai dieci anni". A favore di quest'ultima tesi, si è espressa l'amministrazione penitenziaria (circ.3533/5983 cit.), che ha evidenziato come "il riferimento alla prole di età inferiore ai 10 anni è parallelo a quello previsti dall'art.37, comma IX (in materia di colloqui visivi ulteriori)".

In conclusione, può affermarsi che le ipotesi di colloqui telefonici che possono essere autorizzati oltre i limiti previsti dal comma II, prima e terza parte, dell'art.39 reg. es., sono quattro: rientro dal permesso o dalla licenza, al fine di avvisare i familiari o le persone conviventi; ingresso in istituto penitenziario, "sia in caso di provenienza dalla libertà, sia in caso di trasferimento" (art.39, comma III, reg. es. e art.29 o.p.); motivi di urgenza o di particolare rilevanza; prole di età inferiore ai dieci anni.

4.3 DURATA MASSIMA DELLA CONVERSAZIONE

La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti. Così, dispone il comma VI, seconda parte, dell'art.39 reg. es., che ha innalzato di quattro minuti la durata del colloquio telefonico, stabilita dal vecchio regolamento di esecuzione. A differenza dell'art.37, comma X, reg. es. (che regola la durata dei colloqui visivi), l'art.39 reg. es. non prevede alcuna particolare circostanza che possa consentire un prolungamento della conversazione telefonica.

Pertanto, considerato che, in base al comma II, la settimana e il mese costituiscono il limite temporale invalicabile entro il quale va effettuata la telefonata, ne discende che (fuori dalle ipotesi di colloqui telefonici ulteriori, *sub* 4.2), se il ristretto non intrattiene corrispondenza telefonica entro la settimana o entro il mese, questa non potrà essere recuperata nella settimana o nel mese successivo, né potrà autorizzarsi un prolungamento del colloquio telefonico.

5) MODALITA' DI SVOLGIMENTO

5.1 LE TELEFONATE VERSO L'ESTERNO

In ordine alle modalità di svolgimento della corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati, l'art.39 reg. es. detta una articolata disciplina, che pone non pochi problemi interpretativi.

Anzitutto, è disposto che il colloquio telefonico può essere autorizzato soltanto su iniziativa del ristretto, che deve rivolgere, alle autorità indicate nei commi II e IV, istanza scritta, "indicando il numero telefonico richiesto e le persone con cui deve corrispondere". Nei casi di corrispondenza con "persone diverse dai congiunti e dai conviventi" e in quello di corrispondenza "per motivi d'urgenza o di particolare rilevanza", la richiesta dovrà anche indicare i motivi che ne rendono opportuno l'accoglimento (art.39, comma V).

Malgrado la norma faccia espresso riferimento ad una richiesta del detenuto e dell'internato, deve ritenersi ammissibile una istanza scritta, presentata da un familiare o da un convivente, per conto del ristretto.

Ottenuta l'autorizzazione, il detenuto potrà utilizzare i telefoni installati nell'istituto penitenziario (comma I, art.39 reg. es., che pone l'obbligo, a carico dell'amministrazione penitenziaria, di installare uno o più telefoni – a seconda delle occorrenze - in ogni istituto). Sarà, tuttavia, il personale di custodia a stabilire il contatto telefonico (comma VI). Si tratta di un'attività che richiede particolari cautele, al fine di evitare che la telefonata sia diretta ad un numero e ad un soggetto diversi da quelli indicati nel provvedimento di autorizzazione (comma VI).

Nella prassi, l'amministrazione ha dovuto affrontare diversi problemi, derivanti dallo sviluppo tecnologico. Da ultimo, ha dovuto far fronte al rischio che, nel corso di una telefonata autorizzata e attraverso il servizio di trasferimento di chiamata, il detenuto "si garantisca la comunicazione con un altro numero telefonico, di rete fissa o mobile, non autorizzato", stabilendo che (circ. n.3591/6041 del 2003) "ogni qual volta l'operatore di polizia penitenziaria, dopo aver composto il numero e attivato la connessione, nell'attendere la risposta, avverta che l'utenza fissa sta per essere trasferita ad altro diverso recapito, sia esso fisso o mobile, dovrà immediatamente intervenire, interrompendo il collegamento telefonico".

Meno recente, invece, è la questione relativa alla possibilità di autorizzare la corrispondenza telefonica diretta ad utenti di telefoni cellulari. A riguardo, il D.a.p. (circ. n. 486767 del 1993) ha stabilito che, "nella considerazione che l'utenza cellulare possa essere utilizzata, con probabilità maggiore rispetto a quella ordinaria, da chiunque, e, quindi da persone non legittimate, si ritiene che le autorizzazioni in questione non debbano essere concesse".

Legata alla abrogata norma regolamentare (art.37, comma VIII, vecchio reg. es.), che imponeva l'ascolto di ogni corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati, era la questione attinente alla possibilità di negare il colloquio telefonico agli stranieri, qualora questo si dovesse svolgere in una lingua straniera non conosciuta dal personale di custodia. Ad una prima scelta di rigore (circ. n.3136/5586 del 1985), che imponeva al direttore di rigettare la richiesta e di informare la direzione generale dell'amministrazione penitenziaria (al fine di individuare un interprete), ne è seguita una più rispettosa dei diritti dei detenuti stranieri, in base alla quale "i direttori degli istituti, faranno tutto il possibile per favorire i rapporti dei detenuti e degli internati con il mondo esterno". Pertanto, "qualora nell'istituto non vi sia un operatore in

grado di comprendere correttamente un lingua straniera, i direttori dovranno avvalersi dell'ausilio di un interprete di sicuro affidamento, ricercandolo fra coloro che sono iscritti nello speciale albo del tribunale nel cui circondario trovasi l'istituto" (circ. n.3254/5704 del 1988).

A seguito dell'abrogazione della norma che imponeva un generale obbligo di ascolto delle telefonate (con d.l. n.187 del 1983), la questione ha perso parte della sua importanza, riproponendosi soltanto nel caso in cui l'autorità giudiziaria abbia disposto l'ascolto e la registrazione della conversazione telefonica, da svolgersi in una lingua straniera non conosciuta dal personale di custodia .(comma VII, art.39 reg. es.). In tal caso, ci si avvarrà dell'ausilio di un interprete, "che effettuerà la traduzione simultanea della conversazione telefonica in lingua straniera, in modo che l'operatore penitenziario incaricato dell'ascolto sia in grado di comprendere il significato e di intervenire, bloccando la conversazione stessa, qualora sorgano sospetti o indizi di un riferimento ad attività o progetti illeciti, o tali da incidere sull'ordine e la sicurezza degli istituti" (circ. del 1988, cit.).

Le spese per la corrispondenza telefonica sono a carico del detenuto o dell'internato (anche mediante scheda telefonica prepagata, comma VIII) e la relativa contabilizzazione "avviene per ciascuna telefonata e contestualmente ad essa" (comma IX). Non è rinvenibile, invece, una norma che, come in materia di corrispondenza epistolare (art.38, comma II, e art.62, comma II, reg. es.), garantisca al detenuto e all'internato (privi di fondi) la possibilità di effettuare telefonate periodiche (o in casi particolari) con spesa a carico dell'amministrazione penitenziaria.

5.2 (segue) I CONTROLLI SUL CONTENUTO DELLE TELEFONATE

Dopo un aspro dibattito dottrinario, con il decreto legge n.187 del 14 giugno 1993, è stato abrogato il comma VIII dell'art.37 del vecchio reg. es., che introduceva l'obbligo di ascolto e di registrazione delle conversazioni telefoniche dei detenuti e degli internati. La scelta legislativa del 1993 è stata confermata dal nuovo regolamento di esecuzione che stabilisce un generale principio di segretezza delle corrispondenza telefonica e individua due ipotesi in cui è possibile procedere ad ascolto ed a registrazione.

La prima, è prevista dal comma VII dell'art.39 reg. es., in base al quale "l'autorità giudiziaria competente a disporre il visto di controllo sulla corrispondenza epistolare, ai sensi dell'art.18 della legge, può disporre che le conversazioni telefoniche vengano ascoltate e registrate a mezzo di apposite apparecchiature". L'ascolto e la registrazione costituiscono, dunque, una eccezione, da disporre con un provvedimento motivato.

Ai fini dell'individuazione delle autorità competenti a disporre il controllo, il comma VII rinvia all'art.18, comma VII (in base al quale, la corrispondenza epistolare può essere sottoposta a visto di controllo, con provvedimento motivato, dal magistrato di sorveglianza). Tale comma, tuttavia, è stato abrogato dalla Legge n.95 del 2004, che ha introdotto una organica disciplina delle limitazioni e dei controlli della corrispondenza epistolare, attribuendo la relativa competenza al magistrato di sorveglianza, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e al giudice che procede, ai sensi dell'art.279 c.p.p., prima di tale momento (art.18 *ter*, comma III, o.p.). Tale nuovo riparto di competenza deve ritenersi applicabile anche nel caso di cui

all'art.39, comma VII, reg. es.. Non sono applicabili, invece, le altre garanzie poste dall'art.18 *ter* o.p. a tutela della segretezza della corrispondenza epistolare.

E' evidente che la disciplina delle limitazioni (comma II e III, art.39 reg. es.) e dei controlli (comma VII, art.39 reg. es.) della corrispondenza telefonica è in contrasto sia con l'art.15 Cost. (secondo cui, la corrispondenza può essere limitata soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria, con le garanzie stabilite dalla legge), sia con l'art.8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in base al quale, non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla corrispondenza se non nei casi previsti dalla legge e per specifici motivi legati alla sicurezza e all'ordine pubblico o alla prevenzione dei reati).

In particolare, la norma regolamentare contrasta con il principio della riserva assoluta di legge in materia di limitazioni e di controllo di ogni forma di comunicazione, in quanto: è una fonte subordinata ad individuare le autorità competenti ad emettere i relativi provvedimenti; non sono indicati i motivi specifici che legittimano il diniego alla richiesta di autorizzazione al colloquio telefonico o che possono fondare il provvedimento che dispone l'ascolto e la registrazione delle telefonate; non sono indicati né la forma né il termine massimo di efficacia del provvedimento che dispone le limitazioni o il controllo né il meccanismo per la proroga; non è previsto alcun sistema di tutela giurisdizionale del detenuto; nei confronti dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, che dispongono le limitazioni o il controllo. Appare opportuna, dunque, una riforma che ricalchi la disciplina introdotta dall'art.18 *ter* o.p., in materia di corrispondenza epistolare.

Il provvedimento dell'autorità giudiziaria che dispone l'ascolto della conversazione telefonica deve anche prevedere la possibilità che l'operatore penitenziario incaricato interrompa la comunicazione, "qualora sorgano sospetti o indizi di un riferimento ad attività o progetti illeciti, o tali da incidere sull'ordine e la sicurezza degli istituti". In assenza di un'espressa disposizione in tal senso, ogni interruzione della conversazione telefonica dovrà considerarsi illegittima.

La seconda ipotesi di controllo della corrispondenza telefonica è introdotta dalla seconda parte del comma VII dell'art.39 reg. es., prevedendosi che "è sempre disposta la registrazione delle conversazioni telefoniche autorizzate su richiesta dei detenuti o internati per i reati indicati nell'art.4 *bis* della legge". Si tratta di una forma generalizzata di controllo (speculare alla limitazione di cui alla terza parte del comma II), giustificata da esigenze di tutela della sicurezza pubblica e dell'ordine e della sicurezza dell'istituto e stabilita "nei confronti di quei reclusi che, in relazione al titolo di reato, si presumono particolarmente pericolosi". Tuttavia, la norma regolamentare introduce un regime differenziato che appare in contrasto non soltanto con l'art.15 Cost. e con l'art.8 Cedu (come sopra), ma anche con gli art.3 e 27, comma III, Cost., come specificati dagli artt.1, comma II, 3 e 4 o.p., che riconoscono e tutelano una serie di posizioni soggettive legate al trattamento penitenziario (tra cui il diritto alla corrispondenza telefonica e alla sua segretezza), senza consentire alcuna differenziazione tra detenuti.

Si noti, inoltre, la diversa formulazione del comma VII rispetto al comma II. Quest'ultimo introduce una disciplina differenziata, in ordine al numero di colloqui telefonici mensili, applicabile a chi è detenuto o ristretto per uno dei gravi reati previsti dalla prima parte dell'art.4 *bis* o.p.. Il primo, invece, prevede un generalizzato controllo del contenuto delle conversazioni (mediante registrazione) senza distinguere tra i reati previsti dalla prima e dalla terza parte

dell'art.4 *bis* o.p.. A rendere ancora più rigorosa la disciplina dei controlli, è la mancanza, nel comma VII, dell'inciso (“per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsti”) che limita l'applicazione della disciplina restrittiva soltanto a chi non collabori con la giustizia nelle forme previste dall'art.4 *bis*. Malgrado il dato letterale, tuttavia, si deve ritenere che il comma VII è applicabile ai detenuti e agli internati per uno dei reati previsti dall'art.4 *bis* o.p. (prima e terza parte), per i quali non si applichi il divieto di benefici. Per cui, tornerà ad applicarsi il principio generale che tutela la segretezza della comunicazione (salvo provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria) qualora: i ristretti per uno dei reati previsti nella prima parte dell'art.4 *bis*, collaborino con la giustizia ai sensi dell'art.58 *ter* o.p. e nei casi di collaborazione irrilevante o impossibile (sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata) e qualora, in riferimento ai detenuti e agli internati per uno dei reati di cui alla terza parte dell'art.4 *bis*, siano stati raccolti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Inoltre, si deve ritenere applicabile il principio della scissione del cumulo delle pene (*sub* 4.1).

Il contenuto delle registrazioni potrà essere usato a fondamento di una notizia di reato o come prova, in un eventuale processo penale.

5.3 LE TELEFONATE PROVENIENTI DALL'ESTERNO

L'art.39, comma X, reg. es. vieta la corrispondenza telefonica con i detenuti e con gli internati, qualora la chiamata provenga dall'esterno. In tal caso, al ristretto “può essere data solo comunicazione del nominato dichiarato dalla persona che ha chiamato, sempre che non ostino particolari motivi di cautela”, legati al mantenimento dell'ordine e della sicurezza dell'istituto.

Posta la regola generale, il comma X individua subito una deroga ispirata al *favor familiae*, stabilendo che “nel caso in cui la chiamata provenga da un congiunto o un convivente anch'esso detenuto, si dà corso alla conversazione, purché entrambi siano stati regolarmente autorizzati”, ferma restando l'applicabilità delle norme sul controllo della conversazione, contenute nel comma VII.

6) LA DISCIPLINA DEREGATORIA DELL'ART.41 *bis*

6.1 LA REGOLAMENTAZIONE NORMATIVA

Per i detenuti e gli internati sottoposti al regime carcerario regolato dall'art.41 *bis* o.p. è in vigore una particolare disciplina dei colloqui telefonici. Il secondo periodo della lettera *b*) del comma II, difatti, stabilisce che “può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati sino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, un colloquio telefonico mensile della durata massima di dieci minuti”. A tal fine, però, è necessario che siano trascorsi almeno sei mesi dal giorno della prima applicazione del regime speciale e che la corrispondenza telefonica sia effettuata esclusivamente con familiari o con conviventi. In ogni caso, la conversazione è sottoposta a registrazione.

In base alla norma, dunque, l'accoglimento (o il rigetto) della richiesta di autorizzazione è rimesso alla discrezionale valutazione del direttore o dell'autorità giudiziaria che procede (nel rispetto del limite semestrale e del limite relativo al destinatario della telefonata). Sarebbe, invece, illegittima la previsione di limitazioni ulteriori (rispetto a quelle previste dalla legge) attraverso il decreto ministeriale di applicazione del regime. Illegittimità che potrà essere rilevata in sede di reclamo proposto avverso il provvedimento applicativo e presentato al tribunale di sorveglianza, ai sensi dell'art.41 *bis*, comma *quinquies*, o.p..

In merito alle autorità competenti ad autorizzare la corrispondenza telefonica, l'art.41 *bis* o.p. si discosta dalle regole contenute nell'art.39 reg. es., non tanto per il periodo precedente alla pronuncia della sentenza di primo grado (per il quale si pongono gli stessi dubbi interpretati: sub 3.1) o per quello successivo alla condanna definitiva, bensì per il periodo che va dalla pronuncia dalla sentenza di primo grado al suo passaggio in giudicato. In questa fase, per i detenuti non sottoposti al regime speciale, la competenza ad autorizzare la corrispondenza telefonica è attribuita al magistrato di sorveglianza (art.39, comma IV, reg. es.); mentre, per quelli sottoposti a tale regime, è attribuita al direttore dell'istituto. Si tratta di una scelta che, per quanto detto *sub* 3.1, non appare in linea con i principi che governano la fase dell'esecuzione penale. In ogni caso, avverso il provvedimento del direttore, che nega l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica, è proponibile reclamo al magistrato di sorveglianza, secondo quanto disposto dalla sentenza n.25079/03 delle Sezioni unite (*sub* 3.4).

6.2. LA CIRCOLARE N.3592/6042 DEL 2003

Con la circolare n.3592/6042 del 2003, il D.a.p. ha dettato alcune regole, attinenti alle modalità di svolgimento del colloquio telefonico, in considerazione della particolare pericolosità dei soggetti richiedenti (sottoposti al regime di cui all'art.41 *bis*) e della necessità di individuare con certezza i destinatari della telefonata (congiunti o conviventi). Così, è stato disposto che la richiesta del detenuto o dell'internato dovrà indicare, con precisione, le generalità, il luogo di residenza o di domicilio e il numero d'utenza telefonica (se esistente) dei familiari o dei conviventi con i quali stabilire il contatto telefonico. In caso di accoglimento, la direzione dell'istituto (dove è ristretto il richiedente) stabilirà il giorno e l'ora precisa in cui dovrà essere effettuata la telefonata e ne darà comunicazione alla direzione dell'istituto penitenziario più vicino al luogo di residenza o di domicilio dei familiari o dei conviventi. Quest'ultima direzione avviserà ("mediante telegramma, telefonata registrata o seguita da annotazione di servizio, o altro mezzo idoneo, con esclusione di richiesta di intervento alle forze dell'ordine") i familiari o i conviventi del giorno e dell'ora fissati per ricevere la telefonata. L'avviso conterrà anche l'invito a recarsi nell'istituto penitenziario, qualora si intenda effettuare il colloquio telefonico. Prima della telefonata, le persone autorizzate dovranno esibire un valido documento di riconoscimento e la documentazione che attesti lo stato di parentela o di affinità o di convivenza. Dopo le procedure di identificazione, i soggetti autorizzati riceveranno la telefonata in un apposito locale.

Le stesse modalità saranno applicate alla corrispondenza telefonica tra il ristretto e il proprio difensore.

7) LA CORRISPONDENZA TELEFONICA CON IL DIFENSORE

7.1 LE NORME DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

La corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati con i loro difensori è regolata dall'art.103, comma V, c.p.p. e dall'art.35, comma V, norme att. c.p.p.. La prima norma pone un generico divieto di intercettazione delle conversazioni o delle comunicazioni dei difensori (ma anche degli investigatori privati, dei consulenti e dei loro ausiliari) con le persone da loro assistite. In applicazione di tale regola generale e con specifico riferimento alla corrispondenza telefonica tra imputato detenuto e difensore ("come risultante dalle indicazioni del relativo procedimento"), l'art.35 cit. stabilisce che, quando tali colloqui sono autorizzati dalle autorità competenti, "non si applica la disposizione dell'art.37, comma VIII, del D.p.r. 29 aprile 1976 n.431" (norma, quest'ultima, che poneva un generico obbligo di ascolto e di registrazione in relazione ad ogni colloquio telefonico dei detenuti e degli internati e che è stata abrogata nel 1993; la nuova disciplina introdotta con il d.l. n.187 del 14 giugno 1993 è stata poi confermata con il comma VII dell'art.39 del nuovo regolamento di esecuzione; pertanto le due ipotesi, che attualmente consentono di sottoporre a controllo - mediante ascolto e registrazione - il contenuto delle telefonate, non sono applicabili ai colloqui con il difensore).

Le disposizioni del codice di procedura penale, dunque, tutelano la segretezza della conversazione tra difensore e imputato (sia in stato di libertà che di detenzione) a garanzia del diritto di difesa (art.24 Cost.). Tuttavia, a differenza dei colloqui visivi, le autorità competenti ai sensi dell'art.39 reg. es. mantengono il loro potere discrezionale di accogliere o rigettare la richiesta di colloquio con il difensore (in base all'art.35, comma V, norme att. c.p.p., difatti, il divieto di ascolto e registrazione opera soltanto "quando sono autorizzati colloqui telefonici", lasciandosi intendere che i colloqui possono anche non essere autorizzati). Una volta accolta la richiesta, però, non sarà possibile sottoporre a controllo il contenuto della corrispondenza telefonica.

A parte il comma 7 dell'art.39 reg. es., trovano applicazione tutte le altre norme che, in materia di corrispondenza telefonica: individuano le autorità competenti a decidere sulla richiesta (commi II e IV) e i motivi che possono fondarne l'accoglimento ("ragionevoli e verificati", comma II, o "urgenti e di particolare rilevanza", comma III); stabiliscono il contenuto della richiesta, i requisiti di forma dei provvedimenti di accoglimento o rigetto e l'efficacia delle autorizzazioni (comma V); regolano le modalità di svolgimento del colloquio telefonico (commi I e VI) e quelle di pagamento (commi VIII e IX); vietano le telefonate provenienti dall'esterno dell'istituto, consentendo la comunicazione del nominativo dichiarato dalla persona che ha chiamato, a meno che non ostino particolari motivi di cautela (comma X).

7.2 I COLLOQUI TELEFONICI DEI CONDANNATI DEFINITIVI

Poiché l'art.35, comma V, norme att. c.p.p. tutela esclusivamente la segretezza dei colloqui telefonici tra difensore e imputato detenuto, si è posto il problema se la norma fosse applicabile anche ai colloqui tra difensore e condannato detenuto. La questione è

stata risolta non tanto attraverso il citato art.35 (che, in modo esplicito, limita il suo ambito di applicazione agli imputati detenuti), bensì attraverso la regola generale introdotta dall'art.103, comma V, c.p.p. che (nel vietare ogni forma di intercettazione delle conversazioni e delle comunicazioni dei difensori - ma anche degli investigatori privati, dei consulenti e dei loro ausiliari - con le persone da loro assistite) è sicuramente applicabile ai colloqui telefonici dei condannati detenuti con il difensore (cui sia stato notificato l'ordine d'esecuzione o nominato nell'eventuale procedimento di sorveglianza).

In tal senso si è orientata anche l'amministrazione penitenziaria (circolare del 1990), secondo la quale "il divieto di intercettazione stabilito dal comma V dell'art.103 c.p.p. può assumere di certo valenza generale non circoscritta ad alcuna specifica fase processuale. Esso apparirà, dunque, valido ed operante anche nei confronti di ogni conversazione telefonica del condannato definitivo e dell'internato con il difensore regolarmente nominato in relazione ad un procedimento determinato".

Posto tale principio, il D.a.p. conferma che rimangono comunque in vigore le norme regolamentari che consentono i colloqui telefonici dei detenuti e degli internati con il difensore, "quando vi siano motivi d'urgenza o di particolare rilevanza". Anzi, proprio "il venir meno della possibilità di ascoltare e di registrare le comunicazioni con il difensore, dovranno indurre ad una accresciuta attenzione nella valutazione delle ragioni dedotte dal detenuto per giustificare la richiesta di colloquio telefonico con il difensore".