

DANILA CERTOSINO

Ricercatore in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell’ordinamento penitenziario

The defensive interviews from the Rocco code to the reform of the penitentiary system

Il colloquio tra difensore e assistito *in vinculis* rappresenta l’espressione più intensa del diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost. e, pertanto, deve essere efficacemente garantito sin dal momento iniziale in cui il soggetto venga ad essere privato della libertà personale, ammettendo ipotesi di dilazione, nel corso delle indagini preliminari, solo in presenza di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela. Nel corso degli anni, l’istituto *de quo* ha subito diverse modifiche legislative – tra cui si annoverano da ultimo la riforma Orlando e la riforma sull’ordinamento penitenziario –, che, pur orientate a riconoscere effettività e concretezza al diritto del detenuto di avvalersi di quel necessario “supporto tecnico” indispensabile per apprestare un’adeguata strategia difensiva, si sono, tuttavia, rivelate di scarsa portata dal punto di vista delle garanzie.

The interview between defender and assisted in vinculis represents the most intense expression of the right of defense protected by the art. 24 of the Constitution and, therefore, must be effectively guaranteed from the initial moment in which the subject is deprived of personal freedom, admitting hypotheses of deferment of the same, during preliminary investigations, only in the presence of specific and exceptional reasons of caution. Over the years, the institution in question has undergone several legislative changes - including, most recently, the Orlando reform and the reform of the prison system - which, while aimed at recognising the effectiveness and concreteness of the right of prisoners to avail themselves of the necessary "technical support" necessary to prepare an adequate defence strategy, have, however, proved to be of limited scope from the point of view of guarantees.

La disciplina poco garantista del codice del 1930

Il colloquio tra l’indagato destinatario di un provvedimento limitativo della libertà personale e il difensore rappresenta il primo significativo momento di esplicazione del diritto di difesa¹ nelle ipotesi

¹ Sul diritto di difesa la letteratura è molto vasta. Fra le principali opere di carattere generale, cfr. AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi. In memoria di Gian Domenico Pisapia. Atti del Convegno (Cagliari 29 settembre-1 ottobre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997; E. Amodio, *Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, p. 13 ss.; Id., *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1457 ss.; G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 454 ss.; L. Caraceni, *La nomina del difensore di fiducia da parte dell’imputato in vinculis*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 175 ss.; A. Carli Giardino, *Il diritto di difesa nell’istruttoria penale*, Milano, Giuffrè, 1983; N. Carulli, *La difesa dell’imputato*, Napoli, Jovene, 1985; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984; A. Cristiani, *Il difensore penale nell’arcobaleno legislativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 533 ss.; Id., *Nuovo vademecum del difensore nel processo penale*, Torino, 1994; Id., *sub art. 96 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura*

di applicazione di misure restrittive, «qualificandosi l'instaurazione della relazione tra professionista e interessato come un contatto ineludibile per concordare le strategie difensive» soprattutto in vista dell'interrogatorio².

Sotto la vigenza del codice Rocco, l'istituto *de quo* si inquadrava come attività sostanzialmente amministrativa demandata all'autorità giudiziaria³; il legislatore del 1930, «ben lungi dal configurare la difesa come “funzione” processuale»⁴, aveva subordinato l'esperibilità del colloquio fra difensore e imputato detenuto ad un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria precedente, che – ai sensi dell'art. 135 c.p.p. Rocco⁵ – avrebbe potuto essere rilasciato solo dopo l'assunzione degli interrogatori⁶.

penale, vol. I, Torino, Utet, 1989, p. 451 ss.; Id., *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, Utet, 1968, p. 401; D. Curtotti Nappi, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, Utet, 2005, p. 370 ss.; V. Denti, *La difesa come diritto e come garanzia*, in V. Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 48 ss.; M. D'Andria, *Garanzie difensive e ruolo del difensore nel nuovo processo*, in *Crit. Dir.*, 1989, p. 79 ss.; G. Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost.*, e il “nuovo” catalogo dei diritti dell'“accusato”, in G. Fiandaca-G. Di Chiara (a cura di), *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, p. 271 ss.; G. Di Federico-M. Sapignoli, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia*, Padova, Cedam, 2014; P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol III, Torino, Utet, 2001, p. 466 ss.; Id., *La difesa nel processo penale*, Torino, Utet, 1988; G. Frigo, *Difensore*, in E. Amodio-O. Dominiononi (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 567; Id., *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 547 ss.; G. Lozzi, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3628 ss.; G. Magliocca, *Il diritto di difesa*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 51 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, 6ª ed., Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1968, p. 542 ss.; E. Marzaduri, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 268 ss.; U. Palumbo, *Il difensore nel nuovo processo penale*, Milano, Il sole 24 ore, 1989; C. Piccinini, *Prime impressioni sulla nuova posizione dell'avvocato alla stregua del nuovo codice di procedura penale e delle sue norme d'attuazione e transitorie*, in *Riv. pen.*, 1990, p. 97 ss.; E. Randazzo, *Difesa e difensore*, in M. Chiavario (coordinato da), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, Utet, 1995, p. 253 ss.; A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2009; N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, Giuffrè, 2002; G.P. Voena, *Difesa (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, Treccani, p. 1 ss.

² In questi termini, A. Ricci, *Il difensore*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. I, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 758.

³ Così P. Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1573.

Sulla disciplina vigente nelle more del codice abrogato, cfr., altresì, R. Archidiacono, *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 558 ss.; G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 1970, I, p. 242 s.; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 292 ss.; S. Ramajoli, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 373 ss.; A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 758 ss.; G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 473 ss.; T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato “in vinculis” al colloquio con il difensore*, in *Giur. it.*, 1993, c. 193 ss.

⁴ Sul punto è stato rilevato che la difesa «è la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte a un giudice imparziale», sottolineando così come «la forza della difesa, più che da singole garanzie, dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni, dai suoi legami con l'accusatore e con il giudice». Per queste considerazioni, cfr. P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 466.

⁵ Per un commento, cfr. M. G. Aimonetto, sub art. 135 c.p.p., in G. Conso e V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1987, p. 483 ss.

⁶ In questi termini, L. Bresciani, sub art. 104 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III Agg., Torino, Utet, 1998, p. 76 s. Più precisamente, l'art. 135 cod. abr. contemplava un divieto assoluto di colloquio prima dell'interrogatorio; una possibilità di colloquio dopo quel momento ma previa autorizzazione; il diritto incondizionato al colloquio dopo il deposito degli atti in cancelleria ai sensi dell'art. 372 c.p.p. o dopo la citazione a giudizio ordinata dal pretore o richiesta dal pubblico ministero.

La questione era, pertanto, rimessa alla totale discrezionalità dell'organo giudicante, non sussistendo un preciso diritto⁷; solamente alla fine della fase istruttoria il difensore poteva conferire con l'imputato senza bisogno di autorizzazione, quando oramai – come è stato autorevolmente evidenziato – la situazione era «per lo più gravemente pregiudicata»⁸.

Tale previsione si traduceva non solo in una limitazione dell'attività difensiva, ma più ancora «in uno svilimento dell'autonomia della funzione professionale» che veniva subordinata «alla concessione di permessi da parte del giudice o, peggio ancora, del pubblico ministero»⁹; nei casi connotati da maggiore gravità – dove le indagini istruttorie potevano durare anche due anni – l'imputato poteva, addirittura, vedersi negata la possibilità di interloquire con il proprio patrono per un lungo periodo di tempo¹⁰.

Si trattava di una regolamentazione che teneva in scarsa considerazione le esigenze difensive dell'imputato in custodia, che proprio durante le prime fasi del processo aveva maggiore bisogno dell'assistenza del difensore ai fini dell'apprestamento di un'adeguata linea difensiva; un'assistenza che non era affatto preclusa all'imputato libero, mentre, paradossalmente, finiva per essere impedita ai soggetti accusati dei reati più gravi, i quali più degli altri avrebbero dovuto fruirne¹¹.

La pregressa disciplina – che vantava solide tradizioni nei codici antecedenti¹² – si poneva, evidentemente, in contrasto con l'art. 6, comma 3, lett. b) della CEDU, in forza del quale ogni

⁷ Secondo A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa* (L. 8 agosto 1995 n. 332), Torino, Giappichelli, 1995, p. 51, la finalità della precedente previsione normativa era «quella di impedire che l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini avvenisse con l'ausilio tecnico dei consigli di un difensore». La vecchia impostazione era così «chiaramente orientata nel senso di considerare l'interrogatorio come un mezzo di indagine, anziché come un'occasione di difesa per la persona *in vinculis*».

⁸ Così G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242.

⁹ In questi termini, G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, cit., p. 473.

¹⁰ In argomento, v. le efficaci considerazioni di G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242 s. Cfr., altresì, P. Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui*, cit., p. 1577, che evidenzia come l'impossibilità di comunicare con il proprio difensore, ove non congruamente motivata, si traduceva in «impedimento all'esplicazione della difesa tecnica, e, in sostanza, in una nullità *ex art. 185 n. 3 c.p.p.*». Ad avviso di quest'ultimo, inoltre, la sopravvenuta normativa sull'ordinamento penitenziario, disciplinando i colloqui degli imputati (art. 18), avrebbe derogato al codice di rito, «là dove fa rientrare nella competenza dell'autorità giudiziaria che procede i permessi di colloquio chiesti sino alla pronuncia della sentenza di primo grado». Quanto affermato trovava ulteriore conferma, secondo l'autore, nel disposto dell'art. 35, d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, in forza del quale «per i colloqui con gli imputati i richiedenti debbono presentare il permesso rilasciato dall'autorità giudiziaria che procede o dal magistrato di sorveglianza». Secondo questa parte della dottrina, quindi, il colloquio fra imputato detenuto e difensore era sempre subordinato ad un permesso dell'autorità giudiziaria; un permesso non più legato ad esigenze istruttorie che dipendeva da una valutazione ponderata, ma pur sempre discrezionale, dell'autorità procedente, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado.

¹¹ Per questi rilievi cfr. V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 293. Evidenzia F. Cordero, *Procedura penale*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1979, p. 442 come la norma *de qua* costituisse espressione di una «tenace sopravvivenza» delle originarie linee inquisitorie della nostra istruzione penale. Negli stessi termini A. Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 266.

¹² L'art. 75 c.p.p. del 1913 stabiliva, in modo simile che: «Durante l'istruzione e terminato l'interrogatorio, il difensore può conferire con l'imputato detenuto, purchè ne sia autorizzato dal giudice. Dopo l'atto di accusa, o il deposito degli atti a norma dell'art. 267, o dopo che la citazione fu ordinata dal pretore o richiesta dal pubblico ministero, il difensore può conferire liberamente coll'imputato». Maggiormente permissivo l'art. 816 c.p.p. del 1865 il quale

accusato ha il diritto di «disporre delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa»¹³: escludere o condizionare i colloqui con il detenuto significava, invece, ostacolare il diritto *de quo* «privando altresì l'assistenza del suo principale connotato»¹⁴.

Le numerose perplessità manifestate condussero a sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 24, comma 2, Cost., non solo perché l'art. 135 c.p.p. vietava il colloquio fra imputato detenuto e difensore prima della conclusione degli interrogatori, ma anche perché, terminati gli stessi, per tutta la fase istruttoria consentiva al magistrato istruttore di differire indefinitamente lo svolgimento di quel colloquio, senza alcuna possibilità di controllo sulle ragioni del differimento¹⁵.

Tuttavia, pronunciandosi sul punto, la Corte Costituzionale affermò che la subordinazione del colloquio dell'imputato con il difensore all'espletamento dell'interrogatorio non costituisse violazione dell'art. 24, comma 2, Cost.; in particolare, secondo il Giudice delle leggi la norma *de qua* garantisce la difesa in ogni stato e grado del procedimento, non postulando però «la presenza del difensore nella continuità dell'iter processuale»; né poteva parlarsi di limitazione al diritto di difesa solo perché l'interrogatorio avesse preceduto il colloquio col difensore. La Consulta poi – sulla scorta di un ragionamento assai poco convincente¹⁶ – richiamava fra le finalità della custodia preventiva quella di «impedire che l'imputato distorca i fatti o inquina le prove, cioè, in definitiva, cerchi di eludere l'applicazione della proporzionata sanzione punitiva»¹⁷; quasi che l'assistenza tecnica

prevedeva che: «*Se qualche detenuto, prima della notificazione dell'atto di accusa o della citazione, chiederà di parlare col difensore, o con qualche parente o amico, il pubblico ministero presso il tribunale o la corte, a norma dei casi, lo permetteranno, quando non abbiano ragionevoli motivi in contrario*».

¹³ Ad avviso di M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 312, l'art. 135 c.p.p. avrebbe dovuto considerarsi implicitamente abrogato proprio in forza dell'art. 6, comma 3, lett. b) CEDU.

Per un'attenta analisi sulle garanzie riconosciute dall'articolo convenzionale cfr. F. Cassibba, sub *art. 6 CEDU*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, 5^a ed., 2017, Milano, Ipsoa, p. 229 s., il quale evidenzia come dal generico contenuto della previsione, operativa lungo tutto l'arco procedimentale, si desume che all'accusato debbano essere assicurate almeno tre più specifiche garanzie: in primo luogo, devono essere riconosciuti termini ragionevoli in vista dell'esercizio del diritto di difesa; in secondo luogo, occorre che all'accusato sia assicurata la tempestiva conoscenza della data e del luogo dell'udienza, nonché la conoscenza del fascicolo processuale; in terzo luogo «viene in gioco il diritto dell'accusato detenuto di colloquiare riservatamente col difensore, dovendo egli disporre di un numero di colloqui sufficiente e di tempi sufficienti per preparare la difesa».

¹⁴ G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 243.

¹⁵ Sul punto cfr., in particolare, M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., p. 312; G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 243; F. Cordero, *Procedura penale*, 8^a ed., Milano, Giuffrè, 1985, p. 650; A. Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, cit., p. 266; V. Grevi, *La corrispondenza tra imputato detenuto e difensore, riflessioni sistematiche e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 63.

¹⁶ In questi termini V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, p. 294.

¹⁷ Così C. cost., sent. 17 febbraio 1972 n. 26, in *Giur. cost.*, 1972, p. 112 ss. Successivamente, in senso analogo, C. cost., sent. 18 maggio 1972 n. 100, *ivi*, 1972, p. 1177 ss.; C. cost., sent. 12 dicembre 1972 n. 178, *ivi*, 1972, p. 2128 ss. Nei riguardi della pronuncia della Consulta, rilievi critici sono stati mossi da V. Cavallari, *Assistenza dell'imputato nell'istruzione formale: diritto vigente e prospettive di riforma*, in AA.VV., *I problemi della istruzione formale penale*, Atti del Convegno nazionale di studio (9-10 giugno 1973), Bologna, Patron Editore, 1977, p. 47 ss.; F. Vignale, *I colloqui del difensore con l'imputato detenuto*, in *Quale giustizia*, 1973, p. 129 s.

prestata dal difensore per la messa a punto di una linea difensiva equivalga ad una distorsione dei fatti e quella prestata per l'individuazione e la conservazione dei mezzi di prova a discarico possa «far senz'altro paventare un “inquinamento” del materiale probatorio»¹⁸.

Come evidenziato, tale impostazione era conseguenza del fatto che alla base dell'art. 135 c.p.p. 1930 dominava una concezione dei rapporti fra organo istruttore ed imputato imperniata sull'assunto che fosse «compito del primo scoprire la verità *ex ore rei*»¹⁹.

Ad aggravare ulteriormente la situazione era l'impossibilità, altresì, per l'imputato di formulare impugnazione avverso il provvedimento di diniego del colloquio dell'organo procedente, non essendo espressamente previsto alcun mezzo di gravame; ad avviso della suprema Corte non era ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi degli artt. 190, comma 2, c.p.p. e 111 Cost., in quanto il diniego di colloquio non incideva sulla libertà personale del detenuto istante²⁰.

Appare, così, evidente come l'art. 135 cod. abr. si configurasse come norma decisamente «incivile»²¹ – inconciliabile con i principi fondamentali sanciti dagli artt. 13, 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost. – che necessitava di una attenta riflessione da parte del legislatore.

La riforma del 1988 e l'ampliamento di tutela

Con l'entrata in vigore del codice del 1988 ed il passaggio ad un sistema di stampo accusatorio, la disciplina “poco garantista” delineata dall'art. 135 cod. abr. è stata, finalmente, superata dalla formulazione normativa enucleata nell'ambito dell'art. 104 del “nuovo” codice di procedura penale²²;

¹⁸ O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 292.

¹⁹ V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, p. 294.

All'interno di un processo fortemente vincolato da caratteri di matrice inquisitoria, il difensore non era certo considerato un protagonista della vicenda conflittuale, ma, talora, addirittura «un muto o impotente spettatore» che, affiancandosi all'imputato, non potendo far nulla, diventava, come questi, un «succube dell'inquisitore». Così G. Foschini, *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in G. Foschini-V. Piergiovanni (a cura di), *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 164.

²⁰ Così Cass., Sez. I, 7 febbraio 1977, Gattini, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1572, secondo cui pur volendo accogliere il più esteso concetto di libertà personale, ne restava comunque esclusa la materia dei colloqui dei detenuti con i familiari e con il difensore.

²¹ L'espressione è di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 392.

²² Sulla nuova formulazione normativa, cfr. S. Astarita, sub *art. 104 c.p.p.*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4^a ed., Torino, Utet, 2012, p. 561 ss.; L. Bresciani, sub *art. 104 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, III Agg, cit., p. 76 ss.; M. Chiavario, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, 2^a ed., Torino, Utet, 1990, p. 19 ss.; Id., *Variazioni sul tema delle misure coercitive tra nuovo codice e legge anticipatrice*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 14; A. Cristiani, sub *art. 104 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1989, t. I, p. 477 ss.; T. Procaccianti, sub *art. 104 c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2015, p. 328 ss.; R. Puglisi, sub *art. 104 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., Milano, Ipsoa, 2017, p. 1033 ss.; A. Salemme, sub *art. 104 c.p.p.*, in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1056 ss.; A. Scalfati, sub *art. 104 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4^a ed., Milano, Ipsoa, 2010, p. 1091

il criterio della “benevola” concessione da parte del giudice²³ è stato sostituito da quello del “diritto al colloquio”²⁴, previsto sia dalla legge delega 3 aprile 1974, n. 108, che dalla legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, secondo, però, differenti formulazioni. Nella prima, il diritto al colloquio con il difensore era stato contemplato dal momento “immediatamente” successivo al primo interrogatorio davanti al magistrato²⁵, mentre la legge delega del 1987²⁶ ha previsto anche la possibilità che avvenga subito dopo, ma non oltre sette giorni dall’esecuzione del provvedimento limitativo della libertà personale²⁷. Traducendo in norma il principio sancito dall’art. 2, n. 6, l.d., l’art. 104 c.p.p.²⁸ ha svincolato il colloquio da qualsiasi provvedimento autorizzativo, statuendo il diritto “assoluto, disponibile ed incondizionato”²⁹ dell’imputato in stato di custodia cautelare di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della misura (art. 104, comma 1, c.p.p.) e della persona arrestata o fermata

ss.; A. Trinci, sub *art. 104 c.p.p.*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 336 ss.

²³ Si esprime in questi termini G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242.

²⁴ T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, cit., c. 193. Evidenzia A. Cristiani, sub *art. 104 c.p.p.*, cit., p. 477 s., che il riconoscimento del “diritto” al colloquio è «il corollario della nuova concezione dell’interrogatorio come mezzo processuale di difesa e non come strumento di violazione inquisitoria». Considera tale diritto “tendenzialmente assoluto” A. Salemme, sub *art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1060.

²⁵ Nella Relazione al progetto preliminare del 1978 si legge testualmente che, «se si fosse riconosciuta al difensore la facoltà di conferire con il proprio assistito anche in un momento anteriore a quello dell’interrogatorio compiuto per la prima volta, si sarebbe creato uno squilibrio rispetto alla posizione del p.m., nel senso che la parte-difesa avrebbe avuto una condizione privilegiata rispetto alla parte-accusa».

²⁶ Merita precisare che il testo licenziato in prima lettura alla Camera, non solo ribadiva il limite dell’interrogatorio, ma addirittura lo rafforzava, aggiungendo anche la previsione di un «potere del magistrato, in casi eccezionali e predeterminati, di ritardare, con provvedimento motivato, il colloquio con il difensore non oltre quindici giorni dall’inizio del primo interrogatorio». Una vera e propria inversione di tendenza si è realizzata, invece, durante l’esame del d.d.l. delega da parte del Senato, nell’ambito del quale, prima in sede di Commissione Giustizia e poi in aula, si è sviluppato un dibattito nel quale si è sottolineato, «da un lato, l’incongruenza di una diversità tra la situazione dell’imputato libero e quella del detenuto con riguardo al diritto di consultare il difensore anche prima dell’interrogatorio e, anzi, in vista del medesimo, e dall’altro, l’ovvietà, nel quadro di un rito accusatorio, di prevedere in ogni tempo tale diritto senza alcun legame condizionante con il compimento dell’interrogatorio stesso (...) ma semmai fissando un brevissimo tempo, decorrente dall’inizio di esecuzione della misura cautelare, oltre il quale deve comunque esserne assicurato l’esercizio». Per queste considerazioni, v. G. Frigo, sub *art. 104 c.p.p.*, in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 674 s.

²⁷ La modifica operata con la legge delega n. 81 del 1987 trae giustificazione nell’esigenza di evitare che l’interrogatorio dell’imputato «costituisse il momento discriminante tra il periodo nel quale è impedito e quello nel quale è concesso il colloquio con il difensore, nell’ottica dei caratteri accusatori che connotano il nuovo processo». Così T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, cit., c. 193.

²⁸ Sulle tappe del cammino legislativo che ha condotto alla regolamentazione dell’art. 104 c.p.p., cfr. G. Frigo, sub *art. 104 c.p.p.*, cit., p. 674 ss.; S. Ramajoli, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, cit., c. 373 ss.; R. Kostoris, *Commento all'art. 1 l. 332/1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 42 ss.

²⁹ Così R. E. Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, cit., p. 1391.

Già in sede di elaborazione della legge delega del 1987 fu efficacemente evidenziato che il colloquio con il difensore non doveva considerarsi come una facoltà o un diritto del difensore, ma un vero e proprio diritto dell’imputato. In questi termini M. Valiante, *La nuova delega per il codice di procedura penale-Prime osservazioni e proposte al progetto*, in *Giust. pen.*, 1985, I, c. 310.

di interloquire subito dopo l'arresto o il fermo (art. 104, comma 2, c.p.p.), così da garantire l'attuazione immediata di un'efficace assistenza tecnica³⁰.

L'equiparazione tra le varie figure soggettive³¹ risponde, così, ad un'esigenza di razionalità del sistema «trattandosi in ogni ipotesi di soggetti che vengono privati della libertà personale in virtù di provvedimenti per i quali sono previste dinamiche procedurali in cui necessariamente si inseriscono significativi spazi di assistenza difensiva»³².

Secondo la nuova disciplina l'indagato o imputato in stato di restrizione ha diritto di essere ammesso a colloquio con il proprio difensore anche prima di rendere l'interrogatorio, e ciò per la natura di strumento di difesa – e non più di ricerca della verità – che quest'ultimo ha assunto nel nuovo codice di rito³³.

La possibilità concessa al difensore di ottenere il colloquio con il proprio assistito immediatamente e, soprattutto, senza alcun preventivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria, «oltre che rappresentare un riconoscimento esplicito della inderogabile necessità di partecipazione paritaria tra accusa e difesa, riafferma la ineludibilità di una piena autonomia nell'adempimento dei compiti difensivi»³⁴. Il diritto di difesa può considerarsi effettivamente garantito quando l'assistenza non si limiti alla partecipazione allo svolgimento delle attività processuali, ma si concretizzi anche come «collaborazione prestata dal difensore nel corso dell'intero *iter* processuale»³⁵. Il riconoscimento del diritto ad interloquire con il legale «consentirà al soggetto di giovare di quella competenza tecnico-giuridica che non possiede e, contestualmente, al difensore di esplicare il suo ministero con pienezza e tempestività»³⁶.

Così riformulato, l'art. *de quo* tende, da un lato, a garantire una parità di trattamento tra gli imputati o gli indagati detenuti e quelli in stato di libertà e, dall'altro, si pone in linea con la previsione di cui all'art. 93 della Raccomandazione R (87) 3, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, contenente le c.d. “*Regole penitenziarie europee*” secondo cui «ogni

³⁰ Sorgerebbe un vero e proprio “diritto soggettivo” in capo all'indagato di interloquire con il proprio difensore subito dopo l'esecuzione del provvedimento restrittivo della libertà personale. Sul punto cfr. V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 183; G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 676.

³¹ Questo aspetto viene particolarmente messo in evidenza da G. Frigo, *Difensore*, cit., p. 673.

³² A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 759.

³³ Sul punto v. G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. III, Padova, Cedam, 2014, p. 185.

In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 1992, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 564 ss., con nota di R. Archidiacono, *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, il quale sottolinea come nella nuova ideologia di matrice accusatoria, il rispetto del diritto al colloquio si configura come irrinunciabile presupposto alla funzione difensiva dell'interrogatorio.

³⁴ G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, cit., p. 473.

³⁵ Così S. Astarita, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 562.

³⁶ M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, Utet, 1989, p. 132; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, Cedam, 2006, p. 357.

prevenuto ha diritto fin dall'inizio dell'incarcerazione (...) di ricevere visite dal proprio avvocato in vista della sua difesa»³⁷.

Nell'ottica di consentire l'immediato esercizio del diritto – che, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, non si estende al colloquio con gli altri componenti dell'*equipe* difensiva³⁸ – le previsioni contenute nell'art. 36, commi 1 e 2, disp. att. c.p.p. garantiscono al difensore la possibilità di accedere ai luoghi di custodia nei quali si trova ristretto il proprio assistito³⁹, «facendosi gravare sul professionista il solo onere di dimostrare la propria qualità nei modi previsti dall'art. 27 disp. att. c.p.p. ovvero altro mezzo equipollente, sempre che tale qualifica soggettiva non risulti già conosciuta all'autorità preposta alla detenzione»⁴⁰.

La regola di carattere generale sancita nei primi due commi dell'art. 104 c.p.p. non è, tuttavia, scevra di eccezioni: nel tentativo di “bilanciare” il diritto di difesa con le esigenze investigative, il successivo comma 3 consente, infatti, di dilazionare l'esercizio del diritto al colloquio nel corso delle indagini preliminari⁴¹ con provvedimento motivato del giudice⁴² su richiesta del pubblico ministero⁴³ – ove la privazione della libertà sia l'effetto di un'ordinanza cautelare – o con atto dello stesso organo

³⁷ Il testo completo della raccomandazione è consultabile in F. Peroni-A. Scalfati (a cura di), *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 103.

Per approfondimenti, cfr. R. Puglisi, sub *art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1033 s.; A. Scalfati, sub *art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1091 s.

³⁸ Così Cass., Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 15157, in *CED Cass.* n. 249900.

³⁹ Cfr. A. Cristiani, sub *art. 36 disp. att. c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale, Norme complementari*, vol. I, Torino, Utet, 1992, p. 150 ss.

⁴⁰ Così A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 759 s. Negli stessi termini R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, in D. Negri-P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 140; M.F. Cortesi, *Arresti domiciliari*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 160.

⁴¹ Il differimento del colloquio non può essere disposto durante la fase processuale, ma solamente nella precedente fase delle indagini preliminari, «essendo intimamente connesso alle “specifiche ed eccezionali ragioni di cautela” in essa sussistenti, funzionali alle indagini da svolgere, al fine delle determinazioni da assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale». Così Cass., Sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2565, in *CED Cass.*, n. 216492.

⁴² Pur prevedendo l'art. 104, comma 3, c.p.p., un obbligo di motivazione solo per l'ipotesi in cui il differimento venga disposto dal giudice, si ritiene che tale disposizione trovi concreta applicazione anche qualora il potere di dilazione sia concesso al pubblico ministero. L'operatività degli stessi presupposti contemplati per il differimento disposto dal giudice emerge, infatti, dal tenore letterale dell'art. 36, comma 3, disp. att. c.p.p., il quale, nel prevedere che «copia del relativo decreto è consegnata a chi esercita la custodia», richiama tanto la dilazione disposta dal giudice, quanto quella disposta dal pubblico ministero.

Dato che la motivazione costituisce requisito essenziale del decreto con cui si dispone il differimento, ne deriva, poi, che tanto il difetto di motivazione quanto la sua insufficienza determinano l'illegittimità della dilazione. Così Cass., Sez. VI, 10 giugno 1993, n. 1780, in *CED Cass.*, n. 194886; Cass., Sez. I, 12 giugno 1992, Mazzotta, in *Cass. pen.*, 1993, p. 89.

⁴³ Merita, al riguardo, evidenziare che la mancanza di impulso della parte pubblica rende illegittima l'iniziativa officiosa del giudice; il principio per cui il g.i.p. decide soltanto su impulso di parte è, infatti, cristallizzato nel sistema e trova una delle sue più evidenti esplicazioni proprio nella normativa che disciplina l'adozione di misure cautelari personali. Sul punto, cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 17 settembre 2009, p.g. in c. Di Nardo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1843 ss., con nota di M. Sculco, *Principio della domanda cautelare e differimento del colloquio*. Precedentemente, nello stesso senso, Cass., Sez. I, 12 maggio 2004, n. 23681, in *CED Cass.*, n. 228998.

In dottrina, cfr., in particolare, M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, Utet, 1990, p. 144; P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, I, Torino, Giappichelli, 1990, p. 54 ss.; D. Potetti, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2574; F. Romano Barocci, *Un (prezioso) chiarimento sui poteri di controllo del gip in materia cautelare*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 832.

dell'accusa – nell'ipotesi in cui lo stato restrittivo sia originato dall'esecuzione di una misura precautelare, fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice – quando sussistono “specifiche” ed “eccezionali” ragioni di cautela, per un tempo non superiore a sette giorni⁴⁴.

La discrezionalità del giudice nell'adottare la disposizione in esame è, dunque, vincolata a precisi limiti: oltre quello di carattere temporale sono individuabili – come poc'anzi accennato – limiti nell'esistenza di ragioni di cautela in fase di indagini, che devono essere non solo specifiche ed eccezionali⁴⁵, ma anche puntualmente indicate nella motivazione del relativo provvedimento, per consentirne il controllo⁴⁶. In particolare, mentre la specificità andrebbe individuata «con riferimento ai dati storici del caso concreto»⁴⁷, il carattere eccezionale delle ragioni di cautela si identificherebbe con vicende che, «pur trovando origine e ragion d'essere nelle indagini, esulano dal loro svolgimento, quando dal colloquio potrebbe derivare, per esse, uno sviamento o comunque un pregiudizio»⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. R. Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, cit., p. 1415; E. Squarcia, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 434; P. Tanda, *Sui limiti di legittimità del differimento del colloquio tra difensore e imputato*, in *Riv. pen. dell'economia*, 1992, p. 632 ss.; A. Verger, *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*, Padova, Cedam, 2001, p. 121.

Evidenzia A. Scalfati, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1093, come il differimento del colloquio fra indagato *in vinculis* e difensore rappresenti «una misura “rinnegante” il principio generale e, perciò, da ritenersi applicabile nei limiti di stretta necessità».

⁴⁵ Il requisito delle “specifiche ed eccezionali ragioni di cautela” ha destato qualche perplessità in dottrina, evidenziandosi come lo stesso si appalesi alquanto flessibile, demandando alla sensibilità di ogni singolo magistrato la concreta valutazione sulla necessità di sospendere o meno il diritto al colloquio. Per questi rilievi, v. T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato “in vinculis” al colloquio con il difensore*, cit., c. 195.

Ne valorizza, invece, la correttezza e la precisione A. Cristiani, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 479, il quale sottolinea che «se non fossero stati usati aggettivi così rigorosi in ordine al presupposto della deroga, questa per la innegabile suggestione delle ritenute esigenze cautelari, avrebbe avuto, fin dalla nascita, le virtù genetiche per diventare la regola. È da ritenere che, scolpiti in tal guisa i presupposti tecnici della dilazione, l'interpretazione non abbia spazio dilatante, a meno che una prassi già censurata dalla giurisprudenza del Supremo Collegio non riduca operativamente l'istituto a formule di stile, dimenticando che anche la discrezionalità tecnica deve riferirsi a parametri tipici: un'eccezione che non fosse adeguatamente motivata sarebbe soltanto una violazione di legge, tanto nella lettera che nello spirito».

⁴⁶ Come osserva A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 363, una corretta esegesi della disposizione dovrebbe concedere – anche alla luce delle regole del giusto processo – priorità alla libertà morale della persona *in vinculis*, imponendo, parallelamente, puntuali ed accorti obblighi motivazionali al giudice, al fine di consentire un loro controllo in punto di legittimità.

⁴⁷ La precisazione è di G. Frigo, *Difensore*, cit., p. 679.

⁴⁸ A. Salemme, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1059 s.

Ad avviso di A. Scalfati, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1093, la circostanza che le ragioni debbano essere “specifiche” ed “eccezionali” induce a ritenere insufficiente la loro identificazione con i presupposti che giustificano la misura cautelare, neppure se si trattasse delle condizioni previste dall'art. 274 lett. c) c.p.p.

La posticipazione del primo contatto indagato-difensore, giustificato “apparentemente” solo da specifiche ed eccezionali ragioni di cautela⁴⁹, si rivela un’arma potente nelle mani dell’autorità giudiziaria e, soprattutto, poco in linea con l’inviolabilità del diritto di difesa⁵⁰.

Il potere di differire il colloquio tra difensore ed assistito *in vinculis* delinea, in effetti, un delicato compromesso «tra istanze di efficienza processuale ed esigenze individuali di effettività della difesa tecnica»⁵¹, donde potrà essere esercitato in considerazione della «gravità dei fatti riguardanti più indagati, indipendentemente dalle ipotesi di reato attribuite ai singoli», ove ricorra l’esigenza di evitare la possibilità di comuni strategie difensive che potrebbero ostacolare le indagini in corso⁵².

Dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che ogni illegittima dilazione del colloquio, traducendosi nell’inosservanza di una norma volta a garantire l’assistenza difensiva dell’imputato, integra una nullità a regime intermedio, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p., soggetta al regime di deducibilità di cui all’art. 182 c.p.p., suscettibile di estendersi agli atti consecutivi del provvedimento viziato – e quindi anche all’ordinanza di convalida di un

⁴⁹ Evidenzia V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, cit., p. 184, come il divieto di comunicare con il proprio difensore – lungi dal poter essere finalizzato ad impedire il “confezionamento” di una adeguata strategia difensiva e dovendo essere motivato su esigenze cautelari di eccezionale e specifico rilievo – sembri incentrarsi proprio sul pericolo di inquinamento che ne può derivare, «in particolare in indagini di ampio raggio quali sono quelle in materia di fattispecie associative, dal contatto con un difensore “colluso”».

⁵⁰ L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 151, secondo il quale non può considerarsi appagante la precisazione che deve trattarsi di “necessità fuori dal comune, attinenti allo svolgimento di indagini che rischierebbero di subire uno sviamamento o comunque un pregiudizio da un colloquio della persona arrestata o fermata o dell’indagato con il proprio difensore”. In tal senso, Cass., Sez. II, 21 marzo 1990, Ghidini, in *Giur. it.*, 1990, II, p. 319.

⁵¹ S. Furlan, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719.

⁵² Di tale avviso Cass., Sez. III, 8 marzo 2018, n. 30196, in *CED Cass.*, n. 273756; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 2941, *ivi*, n. 245806; Cass., Sez. VI, 10 giugno 2003, Vinci, in *Giust. pen.*, 2004, III, c. 647; Cass., Sez. I, 3 giugno 1996, n. 3900, in *CED Cass.*, n. 205349; Cass., Sez. V, 21 giugno 1993, Zambrotti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 716.

Sottolinea sul punto V. Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in V. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 22, come il legislatore non ha voluto sottovalutare «il rischio di certi rapporti patologici, per quanto rari, tra l’imputato ed il suo difensore» in grado di minare le esigenze investigative. Negli stessi termini A. Scalfati, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1093.

Merita, segnalare, poi, come l’art. 3, § 2, lett. c) della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari» riconosce agli indagati/imputati il diritto di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale, potendo tale diritto, ai sensi del successivo § 6 essere derogato temporaneamente solo in circostanze eccezionali, attinenti al caso specifico, «ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l’integrità fisica di una persona» o «la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale». Appare evidente come, rispetto a quest’ultima fattispecie derogatoria, le esigenze di accertamento «non debbano mai porsi in conflitto con l’assistenza difensiva dell’imputato, essendo quest’ultima, in un processo di stampo accusatorio, una componente essenziale per un confronto ad armi pari». Per queste ultime considerazioni, v. R. Adorno, *Diritto al difensore dell’imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 142.

provvedimento di fermo o arresto⁵³ –, a norma dell'art. 185, comma 1, c.p.p.⁵⁴. Tale nullità colpisce il provvedimento di differimento illegittimo in quanto privo di sufficiente motivazione, o basato su motivi illegali, ovvero perché dispone la dilazione per un periodo superiore a quello consentito, o ancora perché emesso da un organo non legittimato o fuori dalla fase delle indagini preliminari.

L'invalidità va prospettata in sede di interrogatorio o immediatamente dopo, ovvero nel corso dell'udienza di convalida⁵⁵, salva la rilevabilità d'ufficio⁵⁶. L'interrogatorio rappresenta, pertanto, il termine ultimo entro il quale la parte che ha assistito al compimento dell'atto viziato dovrà eccepire la nullità⁵⁷.

Con riferimento ai rimedi esperibili nell'ipotesi di violazione dell'art. 104 c.p.p., la suprema Corte ha, poi, precisato che il decreto del g.i.p. che dilaziona il diritto dell'indagato al colloquio con il proprio difensore non è autonomamente impugnabile né può essere oggetto di riesame, non avendo la forma e il contenuto di un provvedimento applicativo di una misura coercitiva, ma può costituire oggetto di sindacato incidentale nell'ulteriore corso del procedimento, qualora abbia determinato una violazione del diritto di difesa che, se non eliminata con l'espletamento di un rituale colloquio,

⁵³ Cass., Sez. I, 5 maggio 1992, n. 1355, in *CED Cass.*, n. 190268.

Fra gli atti consecutivi colpiti da nullità a regime intermedio vi rientrerebbe anche l'interrogatorio di garanzia, salvo che la nullità stessa non venga eliminata mediante l'effettuazione del colloquio prima che l'atto consecutivo sia compiuto. Così Cass., Sez. II, 30 settembre 2014, n. 44902, *ivi*, n. 260875.

⁵⁴ In dottrina, v. R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 144 s.; S. Astarita, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 564; R. Archidiacono, *Divieto di colloquio con il difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, cit., c. 563; D. Carcano, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato: garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2144; G. Ciani, *I provvedimenti applicativi delle misure cautelari personali*, in M. Chiavario (coordinato da), *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, Utet, 1996, p. 95; M. Colamussi, *In tema di colloqui dell'imputato in custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2199; A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, Utet, 1995, p. 481; G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 683; F. Giunchedi, *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, p. 134; L. Filippi, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 324; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 365; R. Puglisi, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1036; C. Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 30; A. Scalfati, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1095; E. Squarcia, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 433; M. Tedesco, *I colloqui del difensore con la persona sottoposta a custodia cautelare e le modalità di documentazione dell'interrogatorio*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 500; T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, cit., c. 195.

Nella giurisprudenza di legittimità, sulla configurabilità di una nullità a regime intermedio, cfr. Cass., Sez. IV, 12 luglio 2007, n. 39827, in *CED Cass.*, n. 237845; Cass., Sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2565, cit.; Cass., Sez. I, 26 maggio 1997, n. 3643, in *CED Cass.*, n. 208254; Cass., Sez. II, 16 gennaio 1996, n. 176, *ivi*, n. 204038; Cass., Sez. I, 28 gennaio 1994, Baglio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2198 ss.; Cass., Sez. VI, 10 giugno 1993, n. 1780, in *CED Cass.*, n. 194886; Cass., Sez. I, 22 aprile 1993, n. 1265, *ivi*, n. 193908; Cass., Sez. I, 21 maggio 1992, Mistretta, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 558.

Si segnalano, poi, pronunce isolate che ravvisano, invece, una nullità relativa o una mera irregolarità. Per la prima ipotesi, Cass., Sez. I, 2 giugno 1994, n. 2675, in *CED Cass.*, n. 198902; per la seconda, Cass., 6 giugno 1991, Pascariello, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 96.

⁵⁵ Cass., Sez. I, 1 marzo 1993, Zagaria, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 471.

⁵⁶ Cass., Sez. II, 11 marzo 1992, n. 181, in *CED Cass.*, n. 189297.

⁵⁷ Cfr. M. Colamussi, *In tema di colloqui del difensore*, cit., p. 2200; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 366.

comporta la nullità dell'interrogatorio dell'indagato a norma dell'art. 178, comma 1 lett. c), c.p.p.⁵⁸. Non risulta, altresì, ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., quale mezzo comunque consentito avverso i provvedimenti sulla libertà personale, trattandosi di una disposizione che incide piuttosto sulla libertà di comunicazione e sul diritto di difesa⁵⁹.

Merita segnalare come l'art. 104, comma 3, c.p.p. sia stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, che ha ravvisato dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.⁶⁰, sia perché la norma non indicherebbe con sufficiente precisione le modalità di controllo circa l'esercizio del potere di differimento, sia perché «apparirebbe fortemente criticabile che le esigenze investigative assumano un valore prioritario rispetto ai diritti di libertà morale della persona *in vinculis*»⁶¹.

Non si è mancato, altresì, di rilevare un possibile contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c) CEDU⁶², atteso che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «il differimento dei colloqui fra persona privata della libertà e difensore alla scadenza delle ventiquattro ore successive all'arresto rischia di pregiudicare gravemente l'indiziato che si trova a dover operare una scelta rilevante, come quella dell'esercizio o meno del diritto al silenzio, senza potersi avvalere della consulenza del proprio difensore»⁶³.

⁵⁸ Così Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2009, n. 4960, in *CED Cass.*, n. 242912. Successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 44932, *ivi*, n. 254455.

Rileva A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., p. 53, come la violazione dei parametri imposti dall'art. 104 c.p.p. avrebbe dovuto comportare l'inutilizzabilità dell'interrogatorio. Il rimedio *de quo* è stato, invece, applicato con rigore in una norma «attinente alla registrazione del contenuto dell'interrogatorio, nella quale la sanzione di inutilizzabilità è chiaramente di notevole rilievo. Il fatto che in questo caso il legislatore abbia usato un criterio di particolare severità e l'abbia, invece, ignorato in tema di diritto dell'indagato al colloquio col difensore, costituisce una disarmonia che non può essere sottovalutata per una giusta sistemica futura delle garanzie difensive».

Concordano nel ritenere che la sanzione processuale più adatta a colpire l'atto garantito, che venga compiuto previo illegittimo divieto di contatto con il difensore, dovrebbe essere quella dell'inutilizzabilità anche A.A. Dalia-D. Cimadomo, *Difensore (dir. proc. pen)*, in *Enc. dir.*, vol. III, agg., Milano, Giuffrè, 1999, p. 509.

⁵⁹ In questi termini, G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 683; e già V. Grevi, *La corrispondenza tra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 985.

⁶⁰ In questo senso, A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 359 ss.; A.A. Dalia-D. Cimadomo, *Difensore (dir. proc. pen)*, cit., p. 508 s.; L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 154; O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 90 s.; G. Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1404.

⁶¹ S. Furlan, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, cit., p. 720.

È appena il caso di sottolineare, invece, come la giurisprudenza di legittimità, esprimendosi in più occasioni sui numerosi dubbi di legittimità costituzionale avanzati, li abbia giudicati non fondati, ritenendo che «il diritto di difesa può variamente atteggiarsi in funzione delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti e dei superiori interessi di giustizia cui le stesse sono rispettivamente preordinate». Cass., Sez. VI, 18 ottobre 1995, Cannizzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 451.

Inoltre, è stato precisato che il differimento non presenta alcun elemento di contrasto con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 24 e 111, «atteso il limitato sacrificio del diritto dell'imputato medesimo in ragione del superiore interesse della giustizia». Così Cass., Sez. IV, 1 marzo 2006, n. 15113, in *CED Cass.*, n. 233971.

⁶² O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 90.

⁶³ Così Corte e.d.u., sez. III, 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*, § 57-59; Corte e.d.u., 6 giugno 2000, sez. III, *Magee c. Regno Unito*, § 44-45, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1272.

La effettiva eccezionalità e specificità delle ragioni a sostegno del provvedimento di differimento del colloquio ed un rigoroso loro controllo avrebbero dovuto impedire il formarsi di una prassi generalizzata e deviante che conducesse al rinvio sistematico del colloquio con il difensore ad un momento successivo a quello dell'interrogatorio⁶⁴.

Purtroppo, così, non è stato, e – come già paventato dalla dottrina⁶⁵ – l'*iter* instauratosi successivamente all'entrata in vigore del “nuovo” codice di procedura penale si è rivelato distonico rispetto all'originaria intenzione del legislatore; sebbene, infatti, sia stato precisato che la dilazione non potesse essere disposta «per impedire di consultare il difensore per l'udienza di convalida del fermo o dell'arresto ovvero per l'interrogatorio»⁶⁶, di fatto è accaduto proprio ciò che si voleva evitare, come conseguenza della circostanza che i termini entro cui deve essere svolta l'udienza di convalida, nonché quelli entro cui si deve provvedere all'interrogatorio, quando sia disposta una misura cautelare, risultavano inferiori al termine massimo per la dilazione.

Le modifiche apportate dalla legge n. 332 del 1995

Il sistematico differimento dell'esercizio del diritto al colloquio con il difensore da parte della persona *in vinculis* ha rischiato di produrre lo svuotamento della stessa regola dettata dai primi due commi dell'art. 104 c.p.p., tanto da suggerire la soppressione *tout court* di una norma che «disegna in termini di non trascurabile discrezionalità un potere (...) il cui esercizio è modulato sul duplice parametro della specificità e della eccezionalità delle esigenze cautelari da salvaguardare, senza peraltro che la sua osservanza sia corroborata da sanzione processuale né supportata dal testuale assoggettamento a impugnazione»⁶⁷.

In senso contrario, antecedentemente alle pronunce della Corte europea, v. Cass., Sez. I, 12 ottobre 1994, Agostino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 571, secondo cui il differimento dei colloqui fra indagato detenuto e difensore in vista dell'interrogatorio «non presenta alcun elemento di contrasto con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione e neppure con l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le cui clausole non precludono minimamente una ragionevole posticipazione del primo contatto fra accusato in stato di restrizione della libertà e difensore, nel superiore interesse dell'amministrazione della giustizia».

⁶⁴ In questi termini Cass., Sez. I, 27 aprile 1992, in *Giur. it.*, 1993, c. 193 ss.

⁶⁵ È stato, infatti, evidenziato come il «temperamento» concesso ad una «immediata presa di contatto» con il difensore potesse portare a sovvertire progressivamente l'ordine metodologico tra regola ed eccezione. Così M. Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna, Clueb, 1989, p. 78.

⁶⁶ Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 47, ove si precisa che quanto appena enunciato è espressione di «un limite “in negativo”, che non si è giudicato conveniente esprimere in una norma, ma che discende dal sistema». Si precisa, altresì, che «tenuto conto che i termini entro cui deve essere svolta tale udienza e quelli entro cui si deve provvedere all'interrogatorio sono inferiori a quello massimo, si avrà, come conseguenza, di impedire quelle consultazioni. Ma deve trattarsi di una mera conseguenza di un provvedimento giustificato da altre ragioni».

⁶⁷ L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 584 s.

La soluzione più radicale è subito apparsa impraticabile sul piano operativo; così, il disegno di riforma si è indirizzato piuttosto nel senso di restringere le dimensioni temporali del differimento, al fine di imporre «un diverso e più soddisfacente punto di equilibrio fra la duplice necessità, da una parte, di impedire che il colloquio del difensore con l'indagato detenuto si trasformi in un fattore inquinante dagli effetti potenzialmente rovinosi per lo sviluppo delle indagini e, dall'altra, di garantire una piena e immediata attuazione del diritto di difesa indipendentemente dall'assoggettamento dell'indagato a provvedimento restrittivo della libertà personale»⁶⁸.

Durante i lavori preparatori della l. 8 agosto 1995, n. 332, il legislatore si è orientato in favore della difesa: il testo predisposto dal Comitato ristretto presso la Commissione Giustizia della Camera prevedeva, così, all'art. 1, una riduzione del termine massimo della dilazione da sette a tre giorni, garantendo in ogni caso all'indagato un margine di due giorni per le consultazioni difensive prima dello svolgimento dell'interrogatorio stesso⁶⁹.

Tale soluzione non apparve, tuttavia, adeguata⁷⁰ perché il messaggio lanciato avrebbe avuto, in questo modo, effetti dirompenti dal punto di vista sistematico⁷¹; anche la modifica *de qua* doveva, infatti, annoverarsi nel quadro degli interventi ispirati a una sempre più avvertita necessità di rafforzamento della funzione di garanzia e di terzietà assegnata dal codice del 1988 alla figura del giudice per le indagini preliminari. Riducendo drasticamente il termine per dilazionare il colloquio fra imputato e difensore, il legislatore «avrebbe significativamente ridimensionato il ruolo di mediazione che l'organo giurisdizionale è chiamato a esercitare fra le contrapposte esigenze di indagine e difesa e alla cui conciliazione è funzionalizzata la disciplina contenuta nell'art. 104 c.p.p.»; si sarebbe, così, generato un affievolimento dell'influenza che le ragioni di cautela riferibili all'attività investigativa del pubblico ministero possono esercitare sulla decisione del giudice e una conseguente «esaltazione dei *pericula* riconducibili alla configurazione funzionale propria del cosiddetto interrogatorio di garanzia»⁷².

⁶⁸ V., ancora, L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, cit., p. 585.

⁶⁹ Tale previsione era stata contemplata anche dalla proposta di legge Gargani (art. 1 p.d.l. n. 2591/C, nel testo riformulato dalla Commissione Giustizia della Camera il 29 luglio 1993) e dalla proposta di legge Saraceni (art. 1 p.d.l. n. 1005/C, presentata alla Camera il 22 luglio 1994).

⁷⁰ Si veda, in particolare, l'intervento dell'on. Ayala nella seduta del 18 ottobre 1994 presso la Commissione Giustizia della Camera.

⁷¹ Cfr., al riguardo, V. Grevi, *Perplexità e riserve di fronte ad un'iniziativa legislativa affrettata*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 1025, che ha ritenuto la soluzione *de qua* pregiudizievole per le indagini, «anche sul presupposto di un effetto “inquinante” che il contatto anticipato con il difensore avrebbe determinato rispetto all'interrogatorio». Analogamente G. Conso, *Le più recenti proposte legislative in tema di custodia cautelare*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 90.

⁷² L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, cit., p. 585, il quale sottolinea come alla nuova scansione temporale sarebbe seguita la inversione del criterio di priorità nella assunzione degli interrogatori, rendendo impraticabile il compimento di tale atto da parte del pubblico ministero prima che l'indagato *in vinculis* potesse conferire con il proprio difensore; in questo modo si sarebbe vanificata parzialmente la portata di un provvedimento di dilazione che si è rivelato

In sede di stesura definitiva della l. n. 332 del 1995, la Commissione Giustizia della Camera ha, così, optato per una riduzione meno drastica del termine di proroga del colloquio, contemplandolo in cinque giorni, in modo da coincidere con l'arco temporale massimo entro cui il giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 294, comma 1, c.p.p., deve procedere all'interrogatorio della persona che si trovi ristretta *in vinculis*⁷³. Dunque non solo ha trovato conferma la differibilità del colloquio, ma ne è stato, altresì, ribadito «l'assoggettamento a cadenze che lasciano al giudice congrui margini di discrezionalità nel calibrarne le dimensioni temporali in funzione della assunzione dell'interrogatorio»⁷⁴.

La modifica operata è risultata di scarsa portata dal punto di vista delle garanzie, non rappresentando per l'imputato una conquista esaltante⁷⁵; il fatto che il termine massimo di dilazione coincida con quello entro il quale la persona sottoposta a misura cautelare deve essere interrogata «incrementa i timori circa una possibile strumentalizzazione del divieto al fine di “orientare” verso un più “franco dialogo” con l'interrogante i contenuti dell'interrogatorio stesso»⁷⁶.

Nonostante, poi, l'introduzione delle nuove previsioni contenute nell'art. 294 c.p.p., non è stata eliminata né la possibilità che l'indagato possa essere sottoposto a interrogatorio da parte del giudice o del pubblico ministero prima di aver potuto conferire con il suo difensore, né l'astratto pericolo di differimenti disposti ricorrendo a mere “clausole di stile”. È, così, rimasto irrisolto il vero problema che aveva indotto il legislatore del 1995 a proporre un intervento correttivo sull'art. 104, comma 3, c.p.p.: la necessità di sancire definitivamente e senza possibilità di equivoci il principio secondo il quale la dilazione del colloquio deve rappresentare una eccezione, non potendo «mai essere disposta per impedire di consultare il difensore per l'udienza di convalida del fermo o dell'arresto ovvero per l'interrogatorio dell'indagato in custodia cautelare»⁷⁷.

strumento prezioso per l'organo dell'accusa, al fine di ottenere le condizioni ambientali favorevoli per poter pervenire ad una acquisizione genuina dell'interrogatorio.

⁷³ La modifica consegue all'approvazione da parte della Commissione Giustizia della Camera degli emendamenti 1.1, 1.3 e 1.4 presentati dai deputati Ayala e Paggini, Pecoraro Scanio e Neri al testo predisposto dal Comitato ristretto della medesima Commissione, che – come ricordato *supra* nel testo – prevedeva, invece, una riduzione del differimento da sette a tre giorni.

⁷⁴ L. Bresciani, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 84.

⁷⁵ G. Conti, *La “radiografia” della nuova normativa su misure cautelari e diritto alla difesa*, in *Guida dir.*, 1995, n. 33, p. 44. Hanno, altresì, manifestato perplessità A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa (L. 8 agosto 1995 n. 332)*, cit., p. 52; G. Frigo, *La riforma della custodia cautelare*, in *Il Sole 24 ore*, 4 agosto 1995, p. 3; R. Kostoris, *Commento all'art. 1 l. 332/1995*, cit., p. 48, secondo cui la modifica parrebbe sostanzialmente di facciata, «anche se con il pregio di aver eliminato o comunque attenuato l'intonazione discriminatoria per gli interessi della difesa che traspariva dalla precedente disciplina, imperniata sullo sfasamento dei termini».

⁷⁶ Così L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 153. Muove, altresì, rilievi critici, P. Bronzo, *sub art. 104 c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo (diretto da), *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1222, che evidenzia come nel momento in cui la dilazione venga disposta per tutto il tempo consentito, di fatto si impedisce il contatto tra difensore e detenuto prima dell'interrogatorio di garanzia.

⁷⁷ L. D'Ambrosio, *Misure cautelari personali e diritto di difesa. La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1164, che evidenzia come la modifica dell'art. 104, comma 3, c.p.p. avrebbe avuto effettiva significatività solo

Dei miglioramenti sono ravvisabili solo dal punto di vista quantitativo, con riferimento all'estensione temporale, mentre sotto il profilo qualitativo, ovvero di intensità della compressione del diritto, le cose non appaiono cambiate di molto rispetto al regime antecedente⁷⁸.

Come efficacemente osservato, in un sistema di tipo accusatorio l'interrogatorio ha natura di strumento di difesa e può essere reso in condizioni di "parità di armi" «solo se "prima" di esso l'indagato ha avuto possibilità di consultarsi con il difensore»; tale consultazione, non può, tuttavia, divenire essa stessa «elemento perturbatore delle indagini e perciò legittimare un decreto di differimento»⁷⁹. In questo modo, infatti, si rischia di rendere l'assistenza difensiva cedevole rispetto al "superiore interesse della giustizia", incidendo «negativamente su una delle condizioni irrinunciabili per consentire una più ampia autodifesa»⁸⁰.

La riforma Orlando

Con l'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. "Riforma Orlando", l'istituto dei colloqui tra soggetto *in vinculis* e difensore ha subito ulteriori sostanziali modifiche. L'art. 104, comma 3, c.p.p. è stato, infatti, sottoposto ad un significativo ritocco da parte del legislatore⁸¹: in particolare, la previsione circoscrive, attualmente – a seguito della modifica operata dall'art. 1, comma 25, l. 103/2017 –, la possibilità del differimento del colloquio nella fase delle indagini preliminari soltanto ad alcune categorie di reato, ovvero quelle connotate da maggior allarme sociale,

nel caso di abrogazione dell'ipotesi di dilazione del colloquio ovvero nel caso in cui i tempi previsti per l'interrogatorio fossero stati resi incompatibili con quelli della dilazione medesima, o ancora, nel caso in cui fosse stato espressamente previsto che il colloquio con il difensore doveva comunque avvenire prima dell'interrogatorio.

Ad avviso di V. Grevi, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, cit., p. 25 la sopravvivenza della possibilità di differimento del colloquio tra difensore ed imputato detenuto «dimostra come, anche rispetto all'interrogatorio di competenza del giudice a norma dell'art. 294 comma 1 c.p.p. (...), continui a prevalere l'esigenza di tutelare il profilo della totale genuinità delle risposte, al di fuori di qualunque eventuale suggerimento ad opera del difensore».

⁷⁸ In effetti – analogamente a quanto avveniva sotto la vigenza del codice Rocco – nell'ipotesi di differimento del colloquio, l'indagato finisce per parlare con il proprio difensore solo una volta "terminati gli interrogatori". Certo, come rileva L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 153, «l'isolamento difensivo non potrà nell'attuale sistema raggiungere mai l'assurda durata che lo caratterizzava nella precedente dinamica codicistica, ma è magra consolazione».

⁷⁹ Cfr. L. D'Ambrosio, *Misure cautelari personali e diritto di difesa. La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1164.

⁸⁰ L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 155.

⁸¹ La legge 103/2017 ha parzialmente ereditato i lavori della "Commissione Canzio"; la proposta della Sottocommissione "Misure cautelari" del 14 luglio 2013 proponeva, infatti, la seguente formulazione: «Nel corso delle indagini preliminari per i delitti di cui agli articoli 51 comma 3-bis e 372 comma 1-bis, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore».

delineate dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., per le quali opera il pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente⁸².

La *ratio* della previsione *de qua* risiederebbe nella esigenza di contenere la lesione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, restringendo le ipotesi in cui il diritto "assoluto" dell'indagato/imputato in stato di restrizione di conferire immediatamente con il proprio legale possa essere compreso⁸³.

Nonostante il nobile intento, non ci si può esimere dal sottolineare come la novella legislativa abbia suscitato più di una perplessità⁸⁴; obiezioni significative sono state formulate dall'Unione delle Camere Penali Italiane, che, già immediatamente dopo la pubblicazione del disegno di legge, ha espresso un parere negativo sulla modifica legislativa in tema di colloqui difensivi, sottolineando espressamente la loro contrarietà alla stessa e suggerendo l'integrale abrogazione dell'art. 104, commi 3 e 4, c.p.p. In particolare, l'UCPI ha precisato che quanto legiferato è l'inevitabile conseguenza non «di una valutazione circa la pericolosità del soggetto arrestato o sottoposto a custodia cautelare in carcere, quanto piuttosto di una inaccettabile manifestazione di totale sfiducia nei confronti del

⁸² Sulla nuova modifica legislativa cfr. R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 138 ss.; T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari (commi 25-30 L. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 89 ss.; G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 90 ss.; T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, in A. Conz-L. Levita (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Roma, Dike giuridica, 2017, p. 47 ss.; C. Fiorio, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, in L. Giuliani- R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 55 ss.; F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in D. Negri-P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, cit., p. 21 ss.; C. Parodi, *Riforma Orlando: tutte le novità*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 39 s.; G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, Napoli, Ed. Simone, p. 24; G. Spangher, *Il colloquio con l'indagato in vinculis*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini giuridica, 2017, p. 103; Id., *Il colloquio con l'indagato in vinculis*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pisa, Pacini giuridica, 2018, p. 193 s.; F. Vergine, *Norme "minori" nella c.d. "riforma Orlando"*, in G. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 173 ss

⁸³ Cfr. T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari (commi 25-30 L. n. 103/2017)*, cit., p. 90; G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, cit., p. 90.

⁸⁴ Come evidenzia G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso dal reato*, cit., p. 90, la soluzione prescelta configura «un automatismo di disagevole compatibilità con i profili empirici che possono manifestarsi in ambiti cautelari»; non può, infatti, negarsi che l'esigenza di differire il colloquio si possa manifestare anche in «contesti investigativi "altri" rispetto a quelli individuati nei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p.». Secondo l'autore il legislatore avrebbe potuto percorrere solamente due strade: o ritenere che nessuna ragione cautelare possa mai giustificare il sacrificio delle garanzie e, pertanto, vietare *tout court* il potere di disporre il differimento del colloquio, oppure mantenere nel complesso lo *status quo* – con opportuni accorgimenti, come la riduzione del differimento e/o il divieto di interrogatorio da parte della pubblica accusa prima del colloquio con il difensore – «nella speranza di un recepimento giurisprudenziale dei criteri ancorati ad ipotesi di effettiva specificità ed eccezionalità».

difensore e del suo ruolo», considerando del tutto paradossale la limitazione del relativo colloquio proprio per i reati più gravi, per i quali la persona arrestata necessita di un maggior confronto tecnico e, pertanto, dovrebbe poter interloquire con il legale immediatamente⁸⁵.

La nuova disciplina si pone, altresì, in netto contrasto con gli obiettivi di effettività e di concretezza della difesa tecnica auspicati dalla direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁸⁶, il cui art. 8 § 1 esclude che le eccezioni al diritto all'immediato colloquio con il proprio difensore possano essere basate «esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato»; si configura, così, una «grave compressione del diritto di difesa, da intendersi quale imprescindibile garanzia del rispetto dei diritti della persona sottoposta a procedimento penale»⁸⁷. In effetti, appare congruo che di fronte all'emissione della misura maggiormente afflittiva in termini di restrizione della libertà personale – quale appunto la custodia cautelare in carcere – l'organo della pubblica accusa deve, al tempo stesso, garantire all'indagato la massima esplicazione delle garanzie difensive e non può negarsi che, in relazione al diritto di difesa, «il colloquio con l'assistito *in vinculis* ne rappresenti espressione tra le più intense»⁸⁸.

Per tali ragioni, non si può non dubitare dell'incostituzionalità dell'art. 104, comma 3, c.p.p., che, nonostante le varie modifiche legislative registrate nel corso degli anni, continua ad impedire che il detenuto parli con il difensore prima dell'interrogatorio; si è così persa, nuovamente, l'occasione per ripristinare nella sua pienezza il diritto di difesa «in un momento nevralgico del procedimento penale»⁸⁹.

⁸⁵ Sul punto v. T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, cit., p. 50; C. Fiorio, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, cit., p. 70; F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, cit., p. 22.

Secondo G. Spangher, *Il colloquio con l'indagato in vinculis*, cit., p. 103, è auspicabile che la norma non venga interpretata nel senso di autorizzare il differimento del colloquio nei casi in cui si proceda per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, dovendosi escludere che la modifica operata dal legislatore possa essere letta come una previsione suscettibile di legittimare il differimento per i reati di criminalità organizzata e di terrorismo.

Ad avviso di G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, cit., p. 90, «introdurre criteri inderogabili *ad escludendum* non sembra proprio il rimedio ideale»; sarebbe stato preferibile disporre un'ulteriore riduzione del termine massimo di differimento, ovvero vietare che il pubblico ministero possa interrogare l'indagato prima che questi abbia conferito con il difensore.

⁸⁶ La violazione della direttiva europea è immediatamente ravvisabile considerando che l'art. 3 § 3 lett. a) prevede che l'indagato abbia il diritto di comunicare con il difensore anche prima dell'interrogatorio: sebbene, infatti, l'art. 104, comma 2, c.p.p. riconosca il diritto a confrontarsi con il proprio difensore subito dopo l'arresto o il fermo, i commi successivi, consentendo al pubblico ministero di differire il colloquio, impediscono, di fatto, all'indagato di incontrare il proprio legale prima dell'interrogatorio.

⁸⁷ T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, cit., p. 50, la quale evidenzia come l'art. 104, comma 3, c.p.p., così interpolato, paventi il rischio di creare una situazione per cui il differimento possa diventare una prassi comune per i reati di maggior allarme sociale.

⁸⁸ Così G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, cit., p. 90, nt. 18.

⁸⁹ Il divieto interviene, infatti, in un momento delicato del procedimento, pregiudicando la stessa utilità dell'interrogatorio e la possibilità di predisporre utilmente le necessarie strategie difensive. In questi termini, G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 24.

Le novità introdotte alla disciplina sull'ordinamento penitenziario

In attuazione della delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella l. 103/2017⁹⁰, l'art. 11, lett. g) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, ha da ultimo introdotto importanti modifiche all'art. 18 l. 26 luglio 1975, n. 354, in tema di colloqui e corrispondenza con il difensore.

Com'è noto, l'articolo *de quo*, nella sua originaria formulazione, non conteneva alcuna specifica indicazione relativamente alla possibilità da parte del condannato di avere colloqui con il proprio difensore; nel silenzio del codice di rito circa i colloqui dei difensori con i detenuti "definitivi", la prassi era inizialmente orientata nel senso di applicare le circolari amministrative del D.A.P. in tema di colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, le quali, nell'esigere l'autorizzazione del direttore dell'istituto, specificavano, da un lato, che le esigenze connesse alla predisposizione della difesa tecnica integrassero senz'altro i "ragionevoli motivi" richiesti per la concessione del colloquio, escludendo, dall'altro lato, che gli incontri con il difensore fossero computati nel "monte mensile" riconosciuto al condannato⁹¹.

Con la recente riforma – che ha recepito a livello normativo il *dictum* della sentenza "addittiva" della Corte Costituzionale n. 212/1997⁹² – è stato aggiunto all'art. 18 ord. pen., dopo il primo, un

⁹⁰ Sulla delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario contenuta nella "riforma Orlando" v. P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 19.01.2018, p. 1 ss.; P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in G. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, cit., p. 587 ss.; P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017*, in *questa rivista*, 2017, p. 1093 ss.; A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 20.6.2017, p. 1 ss.; F. Fiorentin, *I principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in C. Parodi (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, cit., p. 131 ss.; F. Fiorentin, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 415 ss.; F. Fiorentin, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., p. 305 ss.; C. Fiorio, *sub art. 85 Riforma Orlando*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., cit., t. III, p. 3544 ss.; A. Furguele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 325 ss.; G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 68 ss.; R. Polidoro, *L'auspicata riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, cit., p. 369 ss.; G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, University Press, 2018, p. 11 ss.

⁹¹ Cfr. C. Fiorio, *Regime penitenziario di rigore e colloqui difensivi*, in *www.treccani.it*.

⁹² Cfr. C. cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2141 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 208, con nota di F. Della Casa, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto" che ha dichiarato l'art. 18 ord. pen. costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost., nella parte in cui «non prevedeva che il detenuto condannato in via definitiva avesse il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena»*. Si sottolinea come «il diritto di difesa è diritto inviolabile, che si esercita nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale ove sia in questione una posizione giuridica sostanziale tutelata dall'ordinamento, e che deve essere garantita nella sua effettività. Esso comprende il diritto alla difesa tecnica, e dunque anche il diritto - ad esso strumentale - di poter conferire con il difensore, allo scopo di predisporre le difese e decidere le strategie difensive». Pertanto, il diritto di conferire con il proprio difensore «non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione,

nuovo comma, che contempla il diritto, per i detenuti e gli internati, di “*conferire con il proprio difensore sin dall’inizio dell’esecuzione della misura o della pena*”⁹³, salve le limitazioni previste dall’art. 104 c.p.p.⁹⁴.

La modifica operata è posta a garanzia del diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost., affinché non subisca indebite compressioni nei riguardi dei soggetti detenuti in fase esecutiva; tra l’altro, merita evidenziare come la stessa Corte Europea annoveri il diritto di comunicare confidenzialmente con il proprio difensore tra i principi fondamentali di un processo equo, precisando che, se un avvocato non potesse intrattenersi con il suo cliente senza essere controllato e ricevere istruzioni riservate, la sua assistenza perderebbe molto della sua utilità⁹⁵. Ne deriva che, sia l’imputato, sia il condannato o internato hanno diritto di avere colloqui visivi confidenziali con il proprio legale senza limiti numerici o previa autorizzazione; né vi sono limiti di durata del colloquio con il difensore, che è unicamente tenuto al rispetto degli orari di accesso in istituto⁹⁶.

Anche la corrispondenza telefonica, come quella epistolare, è sottratta alla possibilità di controlli; al riguardo, gli artt. 103, comma 5, c.p.p. e 35, comma 5, disp. att. c.p.p., escludono le conversazioni fra l’assistito e l’avvocato dalla possibilità di ascolto e registrazione.

se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti (...), e salva evidentemente la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo: modalità che, peraltro, non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all’ apprezzamento dell’ autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

La giurisprudenza di merito, in totale adesione al principio enunciato dalla Consulta, ha confermato che l’esercizio del diritto di conferire con il difensore, in quanto espressione del più generale diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell’amministrazione penitenziaria e rimane sottratto alla disciplina ordinaria dei colloqui prevista dall’ordinamento penitenziario. Così Mag. sorv. Varese, 14 aprile 2005, in *F. ambr.*, 2005, p. 91. Pertanto, i limiti allo svolgimento dei colloqui con persone esterne al carcere, individuati negli artt. 37 e 39 reg. esec., non si applicano ai colloqui con i legali, alla luce della peculiare posizione assicurata al difensore dall’ordinamento costituzionale e processuale penale (Mag. sorv. Vercelli, ord. 15 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1119).

⁹³ Merita segnalare che analoga facoltà è stata riconosciuta anche per i Garanti dei diritti dei detenuti, senza eccezioni riguardanti la tipologia di detenuti – dunque anche quelli sottoposti al regime di cui all’art. 41-bis, comma 2, ord. pen. – o dei Garanti (nazionale, regionali, comunali). Ai colloqui con i garanti non si estendono, tuttavia, le limitazioni di cui all’art. 104 c.p.p., che riguardano esclusivamente i rapporti con il difensore, non potendo i diritti primari della persona subire alcuna limitazione di carattere temporale.

Non è stata invece introdotta la proposta di modifica dell’art. 40, contenuta nel progetto Giostra, che avrebbe consentito ai detenuti di avvalersi nei colloqui, fatte “salvo le cautele previste dal regolamento”, di strumenti di comunicazione a distanza “mediante programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet”: un’occasione persa, poiché la ‘messa a regime’ di sistemi di comunicazione a distanza avrebbe potuto realmente contribuire ad attenuare i devastanti effetti di desocializzazione legati all’esperienza detentiva.

⁹⁴ Per una completa disamina sulla nuova previsione normativa v. A. Ciavola, *sub art. 18 ord. pen.*, in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi penali*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 226 ss.

Sulla disciplina ante-riforma, cfr. A. Diddi, *sub art. 18 ord. pen.*, in F. Peroni-A. Scalfati (a cura di), *Codice dell’esecuzione penitenziaria*, cit., p. 208 ss.; C. Fiorio, *sub art. 18 ord. pen.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., cit., t. III, p. 2223 ss.; C. Santinelli, *sub art. 18 ord. pen.*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5^a ed., 2015, Padova, Cedam, p. 200 ss.

⁹⁵ Cfr., tra le altre, Corte e.d.u., II, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; Corte e.d.u., II, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*; Corte e.d.u., III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*; Corte e.d.u., I, 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*.

⁹⁶ A. Ciavola, *sub art. 18 ord. pen.*, cit., p. 260.

Tuttavia, risulta dubbio se, analogamente ai colloqui visivi, anche i colloqui telefonici possano essere effettuati senza limiti numerici né previa autorizzazione. Si registrano, al riguardo, due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: mentre il giudice di legittimità continua a ritenere che la materia sia regolata dall'art. 39 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, il quale subordina l'esercizio del diritto alla previa autorizzazione del direttore dell'istituto⁹⁷, la giurisprudenza di merito si è attestata sulla posizione per cui l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strettamente inerente al diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione⁹⁸.

In siffatto contesto si iscrive, poi, la peculiare situazione dei detenuti in regime di "carcere duro" ex art. 41-bis l. 354/1975 – disciplina non investita dalla riforma dell'ordinamento penitenziario –, nei cui confronti sono previste maggiori restrizioni, e, conseguentemente, una maggiore compressione del diritto di difesa anche in relazione all'istituto dei colloqui difensivi.

Come accaduto per l'art. 18 ord. pen., anche sulla norma *de qua* si è abbattuta la scure della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'articolo in esame nella parte in cui prevede limitazioni al diritto di effettuare colloqui personali e telefonici con il difensore – consentiti nella misura massima di una telefonata o un colloquio tre volte alla settimana, della stessa durata di quelli previsti con i familiari –, statuendo che le restrizioni imposte dall'art. 41 bis, comma 2 *quater*, lett. b), ultimo periodo, ord. pen. – come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. f), n. 2), l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*) – ai colloqui con i difensori si traducono «in un *vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, secondo comma, Cost., non giustificato dall'incremento di tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della tutela dei cittadini»⁹⁹.

⁹⁷ Cass., Sez. I, 21 maggio 2013, n. 44011, in *CED Cass.*, n. 257405; Cass., Sez. I, 14 ottobre 2004, n. 43154, *ivi*, n. 230094.

⁹⁸ Mag. sorv. Vercelli, ord. 15 giugno 2011, *cit.*; Mag. sorv. Novara, ord. 10 marzo 2008, in *Dir. e giust. on-line*, 20 marzo 2008.

In dottrina, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, *cit.*, p. 76, precisa che la disciplina contemplata nell'art. 18, comma 2, ord. pen., si estende anche alle telefonate con il difensore, la cui effettuazione, quale esercizio del diritto di difesa, può essere regolata sotto il profilo esecutivo e delle concrete modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo, senza tuttavia che tale esercizio delle facoltà difensive finisca per essere affidato ad una mera valutazione dell'attività amministrativa. Negli stessi termini, N. Triggiani, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in M. Colamussi (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

Evidenzia C. Lara, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2389 s., che il diritto al colloquio telefonico con il patrono prescelto «non sopporta limitazioni o valutazioni ponderative, se non nell'ottica di un bilanciamento eccezionale con valori quantomeno equivalenti». *Contra*, per l'assunto secondo il quale la corrispondenza telefonica del condannato detenuto è legittimamente sottoposta ad una disciplina differente rispetto a quella dei colloqui difensivi, cfr. F. Picozzi, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1124 ss.

⁹⁹ Il Giudice delle leggi – scalfendo per la prima volta il meccanismo delineato dall'art. 41-bis l. 354/1975 – ha opportunamente rilevato che il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca il nucleo essenziale del diritto di difesa, «non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata

Sarebbe, pertanto, auspicabile che il legislatore, alla luce del *decisum* della Consulta, operasse una rivisitazione della materia, traducendo a livello normativo – come accaduto nei riguardi dell’art. 18 ord. pen. – le importanti statuizioni del Giudice costituzionale, volte a stemperare il regime particolarmente “restrittivo” imposto ai colloqui difensivi dei detenuti in condizioni di particolare “rigore”, in considerazione del fatto che il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, a condizione che non ne risulti compromessa l’effettività, e ferma restando, altresì, l’esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate.

ed efficace predisposizione delle attività difensive». Così C. cost., 20 giugno 2013 n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2164 ss., con nota di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis* e di F. Fiorentin, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*. A commento della decisione v., altresì, M.G. Coppetta, *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni quantitative*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2349; P. Corvi, *La Corte Costituzionale riafferma il diritto dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1185 ss.; C. Fiorio, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *questa rivista*, 2014, n. 1, p. 42 ss.; V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di carcere duro: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 3.7.2013.