



[**Giustizia e Pene**](#) class="voce">

Realtà storica e Costituzione: una problematica dualità?

di [**Stefano Tocci**](#)

1 giugno 2020

Realtà storica e Costituzione: una problematica dualità?

di Stefano Tocci

sommario: 1.La Sentenza n. 97/2020: problema di contestualizzazione- 2. Illegittimità del divieto tra principio astratto e applicazione concreta - 3. Ragionevolezza della legge e storicità del diritto.

1.La Sentenza n. 97/2020: problema di contestualizzazione.

Con la pronuncia in esame la Corte delle Leggi ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata « *la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti* » anziché « *la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità* ».

Senza particolari approfondimenti la sentenza (n. 97/2020) ha risolto la questione sollevata dalla Corte di Cassazione ritenendo che “*il divieto di scambiare oggetti, nella parte in cui si applica anche ai detenuti inseriti nel medesimo gruppo di socialità, non risulta né funzionale né congruo rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al*

regime differenziato, consistente nell'impedire le sue comunicazioni con l'esterno. In queste condizioni, non è giustificata la deroga – da tale divieto disposta – alla regola ordinariamente valida per i detenuti, che possono scambiare tra loro «oggetti di modico valore» (art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 230 del 2000), e la proibizione in parola finisce per assumere un significato meramente afflittivo, in violazione anche dell'art. 27, terzo comma, Cost.”

Il problema giuridico sembra quasi banale e l'argomento appare estremamente specifico e settoriale nel suo contenuto sostanziale, ma in realtà costituisce un ulteriore tassello, in questo caso forse minuscolo, che s'inserisce nel quadro di una questione ermeneutica e normativa che si sta sviluppando in termini sempre più rilevanti nella giurisprudenza della Consulta, e nei suoi precipitati applicativi, sul tema più preoccupante per la vita democratica del Paese: la lotta alla mafia ed alla criminalità terroristica ed eversiva.

“Lotta alla mafia” e “lotta al terrorismo”, sembrano meri slogan, ma costituiscono forse il punto centrale della grande sfida che lo Stato di diritto è oggi chiamato ad affrontare per consentire lo svolgimento regolare di ogni aspetto della vita sociale, politica ed economica della nostra nazione, e forse non solo.

Il termine “mafia” come dato giuridico ha trovato la sua prima menzione nella L.n. 575/1965, contenente disposizioni da applicarsi a soggetti “indiziati” di appartenere ad associazioni mafiose. Come è noto trattasi di un primo tentativo del legislatore di intervenire sul fenomeno sociale, non più occultabile tra le pieghe della irrisolta “questione meridionale”, con l'estensione del sistema delle misure di prevenzione a soggetti individuati come appartenenti a sodalizi mafiosi; lodevole tentativo inficiato da una vistosa lacuna: il *corpus* normativo non contiene una definizione giuridica di “mafia”.

Toccherà alla legge “Rognoni – La Torre”, nel 1982, introdurre una definizione normativa di ciò che per il diritto penale debba intendersi per “associazione mafiosa”, e la formulazione strutturale di tale ente giuridico ha risentito dell'inevitabile risonanza sociologica del fenomeno: la delineazione del reato si sviluppa infatti intorno a tre poli descrittivi: forza di intimidazione del vincolo associativo – assoggettamento – omertà: elementi costitutivi del reato la cui enucleazione ermeneutica non trova certo fonte o scaturigine nei principi generali del diritto.

La “mafia” infatti non costituisce un mero “fatto”, un evento territorialmente e temporalmente circoscrivibile, ma un fenomeno sociale e subculturale, contraddistinto da proprie regole, “istituti” e simbolismi che, approfittando delle libere dinamiche istituzionali di un Paese democratico, ne inquina e corrompe i gangli vitali, condizionando il vivere civile, e non solo nei

territori in cui il fenomeno è storicamente radicato. Si pensi quanto il farraginoso sistema burocratico e la materia degli appalti pubblici siano pesantemente complicati proprio dalla necessità di fronteggiare il pericolo dell'infiltrazione mafiosa.

Nondimeno il terrorismo ha sempre radici ideologiche o religiose che impediscono la rigida definizione di precise strutture normative che ne contengano tutti gli aspetti fondativi.

Ma se il momento della risposta penale al fenomeno mafioso o terroristico può essere agevolato dal confluire dell'azione del sodalizio criminale in un fatto noto all'ordinamento giuridico penale (l'omicidio, il sequestro di persona, l'estorsione ecc.), estremamente più complicato appare il confronto con tali fenomeni in sede di prevenzione dei reati e di esecuzione delle pene.

Con tali realtà storiche, e la relativa esigenza di tutela sociale, deve confrontarsi la nostra Costituzione.

Mi rendo conto di aver palesemente invertito i termini del problema costituzionalistico: è il Legislatore che deve fare i conti con la Carta costituzionale, pena l'illegittimità della norma e la sua espunzione dall'ordinamento giuridico *ex tunc*. Ma i principi della Costituzione, così come formulati nel 1948, possono davvero essere intesi come dogmaticamente intangibili, anche se dovessero rivelarsi, alla luce dello sviluppo storico, non più perfettamente adeguati e corrispondenti allo spirito del popolo ed alle sue esigenze di tutela? Ma ancor più: è consentito all'ermeneutica costituzionalista disattendere la problematicità del dato fattuale rivolgendo il proprio sguardo al numinoso ed astratto empireo dei principi di diritto?

Non è questo il luogo per affrontare un tema così complesso, che attanaglia gli studiosi di diritto costituzionale e della filosofia del diritto, certo non da ora, e che merita approfondimenti e confronti molto seri, ma ritengo che la sentenza in esame alla fine si ponga proprio su tale sentiero problematico.

2. Illegittimità del divieto tra principio astratto e applicazione concreta.

La recente e progressiva erosione dell'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario ad opera della Consulta e il piccolo "ritocco" all'art. 41 *bis* operato dalla pronuncia in esame sono a mio avviso forti sintomi di una esigenza di maggiore riflessione, a tutti i livelli interpretativi, sulla concretezza storica del diritto, della dottrina e della giurisprudenza, troppo spesso lontane dalla vita quotidiana dei cittadini e sempre più perse negli intrichi del tecnicismo fine a sé stesso.

La Corte Costituzionale sembra consapevole di tale grave problema anche nella sentenza in esame, laddove, dopo aver sancito l'illegittimità del divieto di scambio di oggetti tra detenuti al

41 bis comunque ammessi alla socialità comune, tenta di “correre ai ripari”, affermando espressamente: “*Invece, anche dopo la presente sentenza di accoglimento, in forza della disposizione di cui alla lettera a) del comma 2-quater dell’art. 41-bis, ordin. penit. – secondo cui la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 può comportare «l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna» – resterà consentito all’amministrazione penitenziaria di disciplinare le modalità di effettuazione degli scambi tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo (ad esempio, qualora concernenti oggetti di cui non sia consentita la detenzione durante i momenti di socialità, prevedendo in proposito una annotazione in appositi registri), nonché di predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni (con riferimento a certi oggetti che, più di altri, si prestano ad essere veicolo di comunicazioni difficilmente decifrabili, come già previsto, ad esempio, per il divieto – già disciplinato dalla citata circolare DAP del 2 ottobre 2017 in via autonoma rispetto a quello, generale, qui censurato – di scambiare libri o copie parziali tra detenuti). Naturalmente, tali limitazioni dovrebbero risultare giustificate da precise esigenze, da motivare espressamente, e sotto questi profili ben potrebbero essere sindacate, di volta in volta, in relazione al caso concreto, dal magistrato di sorveglianza, in attuazione di quanto disposto dagli artt. 35-bis, comma 3, e 69, comma 6, lettera b), ordin. penit.*”

In parole povere: il divieto imposto in linea di principio non va bene, ma poi il caso concreto può consentire la limitazione purché adeguatamente motivata.

La Consulta, quindi, è ben cosciente che quanto rilevato nelle proprie conclusioni dall’Avvocatura di Stato non è una considerazione peregrina: “*il legislatore, con una scelta «non irragionevole», avrebbe voluto evitare che lo scambio di oggetti, sia pure all’interno dello stesso gruppo di socialità, possa essere utilizzato come forma di comunicazione non verbale e, come tale, «di assai più difficile leggibilità nello svolgimento dei necessari controlli a cui i detenuti sono sottoposti».* Inoltre, sempre secondo l’Avvocatura generale, “*per il tramite dello scambio o della cessione di oggetti potrebbero affermarsi, all’interno dello stesso gruppo di socialità, logiche di sopraffazione che condurrebbero «il detenuto più debole, per carisma personale o per carica rivestita all’interno dell’organizzazione criminale di appartenenza, a soggiacere alle prevaricazioni di uno di quei pochi soggetti con i quali egli può avere contatti con immaginabili conseguenze in termini di sicurezza all’interno dell’istituto penitenziario».*”

La stessa Suprema Corte di Cassazione aveva infatti già sottolineato che “*il Legislatore ha inteso escludere, con scelta non sindacabile in quanto non irragionevole, che lo scambio di oggetti, sia pure all’interno dello stesso gruppo di socialità, possa essere utilizzato come forma di comunicazione non verbale e, come tale, di assai più difficile leggibilità nello svolgimento dei*

necessari controlli a cui i detenuti sono sottoposti" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. [29300](#) del 18/04/2019 Cc. -dep. 04/07/2019- Rv. 276403 – 01; vds. anche Cass Sez. 1, Sentenza n. [5977](#) del 13/07/2016 Cc. - dep. 08/02/2017- Rv. 269185 - 01); è una forte sottolineatura dell'importanza del linguaggio simbolico che contraddistingue ad esempio la subcultura mafiosa e si estrinseca non semplicemente a parole, come testimonia del resto il requisito normativo descrittivo costituito dall'omertà (che non si riduce alla mera reticenza della vittima del reato a collaborare, ma si traduce in un vero e proprio "codice del silenzio"): trattasi di un elemento di valutazione che nasce dall'esperienza storica del fenomeno e che caratterizza lo stesso.

La Consulta però si eleva al di sopra del fenomeno storico negando la legittimità del divieto "in linea di principio", per poi ridiscendere dall'empireo del numinoso per ricordare che in concreto il divieto può comunque essere giustificato nel caso specifico. Non è sbagliato quindi ritenere, che "*lo scambio di oggetti, sia pure all'interno dello stesso gruppo di socialità, possa essere utilizzato come forma di comunicazione non verbale*" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. [29300](#) del 18/04/2019 Cc. -dep. 04/07/2019- Rv. 276403 – 01) ma toccherà all'Amministrazione dimostrarne il significato comunicativo e la relativa pericolosità: *probatio diabolica?* Sicuramente! Perché richiede che l'Amministrazione penitenziaria, per intervenire efficacemente nel "*predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni*", debba essere a conoscenza dei codici di linguaggio adottati dai soggetti coinvolti nello scambio: come potrebbe altrimenti interpretare il gesto e quindi motivare adeguatamente il proprio provvedimento ostantivo, suscettibile di reclamo ai sensi del combinato disposto *ex artt. 35 – 69 OP*? Si richiede cioè che gli operatori penitenziari siano immersi nella cultura mafiosa o nell'ideologia del movimento terroristico, ne conoscano perfettamente il simbolismo e siano in grado di decrittare la comunicazione non verbale in modo così preciso ed esauriente da consentire una argomentata motivazione del proprio divieto per il caso concreto.

Può sembrare paradossale ma, in realtà, la regola di diritto determinata dalla Consulta, con la pronuncia in esame, sembra condurre in un'unica direzione effettiva possibile, ossia la indiscriminata liberalizzazione dello scambio di oggetti tra detenuti al 41 bis OP all'interno del proprio gruppo di socialità, con effettiva obliterazione della funzione preventiva connaturata alla disposizione, ormai assolutamente inattuabile nel fatto concreto.

3.Ragionevolezza della legge e storicità del diritto.

Anche a livello meramente logico comunque mi pare evidente l'imbarazzo argomentativo in cui si incorre in sentenza, perché se in linea di principio "*alla certa compressione di una forma*

minima di socialità – estrinsecantesi, peraltro, nell’ambito di una cerchia assai ristretta di soggetti, e consistente nello scambio di cose di scarso valore e di immediata utilità, nella prospettiva di una (assai parziale) “normalità” di rapporti interpersonali – non corrisponde un accrescimento delle garanzie di difesa sociale e sicurezza pubblica” (sent. C. Cost. 97/2020 in esame) non si comprende cosa poi si voglia “salvare” per il caso concreto. C’è forse una netta dicotomia tra principio di diritto e realtà? *Rectius*: ciò che è escluso in via di principio può realizzarsi nel caso concreto? A mio avviso la ritenuta eventualità del caso concreto falsifica il principio astratto, e ciò tutto a nocimento delle esigenze di prevenzione e tutela sociale a cui tutto l’art. 41 bis OP sottende.

Al di là di un apparato argomentativo poco convincente (la ritenuta violazione dell’art. 27 Cost., ad esempio, è rimasta *in alta mente reposta*), la pronuncia in esame appare porsi nel solco di un orientamento ermeneutico della Consulta diretto a privilegiare una visione puramente tecnica e ideale delle norme sottoposte al suo vaglio, svalutando la *ratio* storica e sociale delle stesse. Tale problematica emerge fortemente laddove, come nel caso in esame, la norma scrutinata non si pone in evidente insanabile contrasto con una disposizione della Costituzione, ma se ne deduce l’irragionevolezza alla luce dell’art. 3 Cost.

È noto che il principio di ragionevolezza delle leggi costituisce un corollario del principio di uguaglianza, elaborato dalla Corte Costituzionale, ispirandosi ad un analogo principio individuato dalla giurisprudenza anglosassone. Il principio di ragionevolezza esige che le disposizioni normative contenute in atti aventi valore di legge siano adeguate o congruenti rispetto al fine perseguito dal Legislatore. Tale principio esige quindi che l’analisi della norma vada effettuato nella sua concretezza applicativa, non per mere ipotesi, attraverso una osservazione sul campo della sua funzione e della sua effettività secondo le peculiarità del caso, verificando che la stessa non assuma caratteri di arbitrarietà. Sicuramente il rischio della incongruità del portato legislativo è maggiormente forte laddove la norma si cala in una funzione emergenziale di prevenzione e tutela del corpo sociale, ma proprio su tale terreno le specificità del fenomeno, come la mafia o il terrorismo, devono essere considerate con maggiore attenzione nei relativi aspetti concreti. Una lettura idealisticamente tecnicista della ragionevolezza della legislazione antimafia e antiterrorismo, soprattutto per gli aspetti della sicurezza e dell’ordine pubblico, può comportare il pericolo di uno svuotamento dell’effettività della stessa, determinando situazioni che in concreto non consentono soluzioni applicative coerenti alla auspicata funzione di tutela. L’art. 3 comma 2 Cost. pretende, invero, decisa concretezza. Camminando guardando le stelle si rischia di cadere in un pozzo.