



**«EST MODUS IN REBUS». MODALITÀ E CONTESTO NELLA
COMPRESSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI, A PARTIRE DALLA
SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 122 DEL 2017***

di ANDREA LONGO**

SOMMARIO: 1. Una decisione discussa – 2. La questione di costituzionalità – 3. Prima premessa teorica. Diritto, compressione, garanzia: un rapporto non lineare – 4. Seconda premessa teorica. Il problema del «quomodo»: modi, contesti, valori – 5. Il diritto allo studio – 6. La libertà di comunicazione – 7. L'art. 3 CEDU: la dignità come nucleo essenziale dei diritti – 8. L'art. 8 CEDU: ancora tra sussunzione e ragionevole bilanciamento – 9. Riflettendo su alcune obiezioni

1. *Una decisione discussa*

In estrema sintesi, la decisione di cui ci occupiamo trova il suo oggetto nella legittimità del divieto – nei confronti dei detenuti sottoposti allo speciale regime di cui all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, di seguito «ord. pen.») – di ricevere libri e riviste fuori dai canali predisposti dall'amministrazione penitenziaria; divieto, tra l'altro, esplicitamente disposto con una circolare¹. La Corte costituzionale ha deciso per l'infondatezza della questione, mantenendo perciò in vigore tale preclusione.

Questa scelta non ha mancato di suscitare, da parte della dottrina costituzionalistica e penalistica, alcune critiche, sia in riferimento al suo esito sia alla tecnica decisoria adottata².

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

¹ Già prima della sentenza in commento, dottrina costituzionalistica particolarmente attenta a questi temi, aveva espresso le proprie perplessità sulla legittimità della limitazione della ricezione di libri e giornali disposta con decreto del Ministro della Giustizia o con circolare del DAP. Cfr. M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. penale*, fasc. 2/2015, 842 ss..

² Tra i primi commenti di questa decisione cfr. A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 giugno 2017; S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017, 7-

Nel prosieguo della trattazione, spiegheremo le ragioni, di ordine teorico e pratico, in forza delle quali dissentiamo da tali critiche e riteniamo, invece, condivisibile la sentenza in esame, nel suo profilo argomentativo e nel suo esito decisionale. Nostro obiettivo è quello di mostrare come *dietro una decisione apparentemente semplice vi siano costruzioni teoriche particolarmente complesse* che toccano la rappresentazione dogmatica dei diritti costituzionali e, di conseguenza, il modo nel quale essi possono essere compresi all'interno di una dinamica ordinamentale di tipo pluralistico.

Per amor di chiarezza, specifichiamo che dopo aver introdotto la questione, ma prima di procedere all'analisi e al commento della motivazione, svolgeremo *due premesse teoriche*. Nella prima, descriveremo i postulati che, a parer nostro, rappresentano lo sfondo teorico nel quale inserire il ragionamento della Corte; nella seconda, cercheremo di mostrare come tali postulati si colleghino al caso in esame.

2. La questione di costituzionalità

La questione di costituzionalità, come è noto, origina dall'ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto, avente ad oggetto la legittimità dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettere a) e c), ord. pen., nella parte in cui – secondo il “diritto vivente” – «consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa».

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia aveva emanato, per finalità di prevenzione, la circolare n. 8845/2011, recante una serie di norme restrittive all'ingresso, alla circolazione e alla detenzione della stampa per i detenuti in regime speciale³. Tale circolare, tuttavia, era stata in varie occasioni disapplicata dai magistrati di sorveglianza, in quanto contraria all'art. 18-*ter* ord. pen., che subordina ad un atto dell'autorità giudiziaria l'imposizione di limiti alla

8; F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017.

³ La circolare in oggetto è stata emanata in seguito all'elusione, da parte di un detenuto, del visto di censura sulla corrispondenza, la cui funzione, come è noto, è quella di evitare lo scambio, con i soggetti esterni, di libri, riviste e altri atti, contenenti messaggi criptati. Le norme contenute nella circolare prevedevano che qualsiasi tipo di stampa autorizzata potesse essere acquistato dai detenuti in regime speciale solo nell'ambito dell'istituto, tramite l'impresa di mantenimento o personale delegato dalla direzione. Di conseguenza veniva vietata la ricezione e la trasmissione all'esterno di libri e riviste. Sull'art. 41-*bis* cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, 35 ss.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano 2009, 447-466; C. FIORIO, *Art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Milano 2010, 10444-10465; L. CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 2011, 447-489; L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, 155-176.

corrispondenza epistolare e alla ricezione della stampa⁴, provvedimenti che, tuttavia, venivano sistematicamente annullati dalla Corte di Cassazione. Secondo il giudice di legittimità, la circolare ministeriale si sarebbe, infatti, mantenuta nell'ambito del potere regolamentare attribuito all'amministrazione penitenziaria, poiché «meramente attuativa delle restrizioni previste dalla legge e dal provvedimento ministeriale e coerente con le finalità del regime speciale»⁵.

Alla luce dell'orientamento della Corte di Cassazione, assunto a diritto vivente⁶, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha emanato, l'11 febbraio

⁴ L'art. 18-ter ord. pen., come è noto, dà attuazione, in ambito penitenziario, alla garanzia costituzionale prescritta dall'art. 15 Cost., stabilendo che, in vista di esigenze investigative o di prevenzione dei reati, o per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, l'autorità giudiziaria indicata dal comma 3 del medesimo articolo possa disporre, nei confronti dei singoli detenuti, per periodi di tempo determinati, tre tipi di misure: limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima. L'autorità giudiziaria può poi disporre l'eventuale trattenimento della corrispondenza e della stampa che, all'esito del visto di controllo, si ritenga non debba essere consegnata o inoltrata al destinatario. Sulla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 189–212; ID., *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013; F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2008, 793–818; A. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, vol. VI; G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, 187 ss..

⁵ Cfr. Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre-1° dicembre 2014, n. 50158 e Corte di cassazione, sezione prima penale, 17 dicembre 2014-8 gennaio 2015, n. 314. Si fa inoltre riferimento al dato dell'esperienza: cfr. Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre 2014-17 febbraio 2015, n. 6889 e Corte di cassazione, sezione prima penale, 27 settembre-18 ottobre 2013, n. 42902.

⁶ Sulla nozione di diritto vivente cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352, nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 14; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605; T. LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149; A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 300; EAD., *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148; S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 22; L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990; M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396; A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989, 100; ID., *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 641; ID., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672; nonché ID., *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410)*, in *Foro it.*, 1995, I, 474 e ID., *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54; M. R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354)*, in *Foro it.*, 1998, I, 14; F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195; M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di Malfatti-Romboli-Rossi, Torino, 2002, 64; AA. VV., *Tradizioni e*

2014, una nuova circolare, con la quale ha ripristinato le disposizioni della circolare oggetto dei provvedimenti di disapplicazione, dando luogo al giudizio dinanzi al giudice rimettente.

Preliminarmente viene proposta, dall'Avvocatura generale dello Stato, una eccezione di inammissibilità delle questioni, in quanto dirette ad «aggirare» l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sopra richiamato contrario alla disapplicazione della circolare.

La Corte, coerentemente con la sua pregressa giurisprudenza, la dichiara infondata, poiché il giudice *a quo*, libero di interpretare la disposizione diversamente dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, mantiene tuttavia la facoltà di sollevare la questione di costituzionalità sulla disposizione per come interpretata in termini di «diritto vivente» e di richiederne, pertanto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali⁷.

Venendo al merito, il giudice rimettente solleva tre questioni, che saranno tutte dichiarate infondate dalla Consulta: la prima, avente ad oggetto la violazione degli artt. 21, 33 e 34 Cost., la seconda, sulla violazione dell'art. 15 Cost. ed infine la terza con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3 e 8 della CEDU⁸.

A questo punto, come già anticipato, introduciamo il complesso teorico alla luce del quale riteniamo condivisibile la decisione in esame.

3. *Prima premessa teorica. Diritto, compressione, garanzia: un rapporto non lineare*

Lo statuto teorico dei diritti costituzionali sconta una particolare complessità.

Ictu oculi questa difficoltà sfugge: così il contenuto degli artt. 13, 14, 15 Cost. (ossia del cosiddetto «nucleo di inviolabilità della persona») pare ridursi ad un rapporto assolutamente lineare tra i tre elementi di *diritto, compressione, garanzia*; con quest'ultimo elemento caratterizzato da una dimensione eminentemente procedurale secondo gli ascendenti tipicamente anglosassoni che caratterizzano

diritto vivente, Padova, 2003; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 368 ss.; R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 2013, 577. In giurisprudenza cfr. le sentt. della Corte costituzionale n. 200 del 2016; 3, 11, 14, 113 e 126 del 2015, 242 del 2014; nonché le ordinanze n. 96 del 2014, 191 del 2013.

⁷ Cfr. fra le tante, le sentenza n. 200 del 2016, 126 del 2015 e 242 del 2014, nonché l'ordinanza n. 191 del 2013.

⁸ Sulla questione sottoposta alla Corte costituzionale cfr. F. FALZONE – F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, 132 ss.; L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 173 ss.; M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 842 ss.; F. PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*, in *Cassazione penale*, 2015, 1552 ss.; R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro? Considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale in materia di libri e 41-bis*, in *Questionegiustizia.it*, 13 settembre 2016.

storicamente la dogmatica delle libertà negative e che correlano la tutela di un diritto ad un sistema di procedure preconstituito (*due process of law*)⁹.

Così tutte le volte che viene in gioco la compressione di uno di questi diritti, essa deve manifestarsi (pena la sua illegittimità) secondo forme prestabilite, manifestando, così, la chiara e rassicurante linearità dell'ipotesismo deontico, struttura archetipica di ogni disposizione giuridica (quanto meno in una visione normativista), in forza della quale ogni norma è configurata secondo una struttura ipotetica: «se A, allora B». Ipotetismo a propria volta proiezione giuridica di una mentalità filosofica apodittica, rigidamente ancorata ai principi di identità, non contraddizione e terzo escluso¹⁰.

In relazione alle garanzie normative dei diritti costituzionali, per fare un esempio del meccanismo proprio dell'ipotesismo deontico, possiamo pensare all'emissione di un atto astrattamente qualificabile come *coercitivo* (A) che, in teoria, dovrebbe *comunque* avvenire secondo le forme di cui all'art. 13 Cost. (B). Chiaramente, all'interno di un simile modello formalista, il meccanismo interpretativo non potrà che articolarsi nei modi, altrettanto lineari, della sussunzione giuridica, ossia della riconduzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta¹¹.

In realtà, come la dottrina ci ha mostrato da tempo, la logica identitaria (e consequenzialmente quella sussuntiva), fondata su inferenze valide tra categorie distinte, difficilmente può essere predicata in relazione al giudizio di costituzionalità – luogo privilegiato di una forma più tenue ma più comprensiva di razionalità¹² – *massime* per ciò che concerne le operazioni ermeneutiche e di bilanciamento dei diritti fondamentali¹³.

Allora, orfana della razionalità apodittica che ne costituisce la base, *la stessa linearità del rapporto tra diritto, compressione, garanzia, diviene tutt'altro che indiscutibile e, addirittura, facilmente contestabile*. Così - nel giudizio di legittimità in merito alla

⁹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 25.

¹⁰ ARISTOTELE, *Metafisica*, vol. IV.

¹¹ I numerosi e complessi nessi tra concetti identitari e cultura giuridica formalista sono splendidamente analizzati e problematizzati nel fondamentale lavoro di A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Vol. XVII, Milano, 1968, 1012 ss..

¹² F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, II ed., Napoli, 2010, diffusamente.

¹³ Nel testo, vengono distinte ermeneutica e bilanciamento poiché qui si accede a quel filone dottrinario secondo il quale l'interpretazione costituzionale (soprattutto nel bilanciamento di interessi/valori) trascende i canoni classici della mera sussunzione. Cfr. A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. I, 201 ss. nonché ID., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639 ss.; ID., *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 215 ss.; ID., *Relazione "Interpretazione costituzionale e politica costituzionale"*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, Padova, 2004, 185 ss.; ID., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, e infine ID., *Una risposta a Guastini*, in *Rivista Aic*, 21 novembre 2007; *contra* R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Rivista Aic*, 13 luglio 2007.

compressione dei diritti - al modello *qualitativo-identitario* se ne è progressivamente sostituito uno *quantitativo*, nel quale, per restare all'esempio della libertà personale, non ogni atto astrattamente coercitivo è effettivamente lesivo del diritto di cui all'art. 13 Cost., ma solo quelli che superano un determinato tasso di lesività¹⁴.

Chi scrive ritiene che questo modello quantitativo sia il migliore per descrivere, e in certo modo risolvere, il paradosso dei diritti costituzionali in un sistema pluralistico, i quali vivono una profonda tensione tra *astratto e concreto, assolutezza e relatività*, da un lato *astrattamente proclamati come assoluti*, dall'altro *concretamente relativizzati*, in quanto oggetto di (ragionevole) bilanciamento¹⁵.

La stessa immagine dei diritti fondamentali, che si trae dalla miglior dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, dà forma a questo rapporto paradossale tra assolutezza e relatività: i diritti come gli atomi possiedono una parte periferica la cui sostanza potremmo in certo modo definire nebulosa, che più o meno facilmente può adattarsi alle compressioni senza che la sua essenza ne venga stravolta; man mano che ci avviciniamo al nucleo (di senso) tale compressione diviene sempre più difficile, dovendo essere assistita dalle garanzie costituzionali, fino a diventare impossibile, per qualunque strumento giuridico, quando andasse a cancellare il cuore stesso del diritto. Con questa rappresentazione "atomistica"¹⁶, abbiamo in realtà semplicemente raffigurato la ben nota teoria del "nucleo essenziale" (*Wesensgehalt*)¹⁷, elaborata in Germania e utilizzata dalla miglior dottrina italiana, per motivare come esista un grado di intangibilità dei diritti (addirittura sottratta alla revisione costituzionale) che però

¹⁴ La dottrina costituzionalistica, ci pare in misura maggioritaria, si è da tempo schierata in tale senso; basti por mente alle riflessioni di Barile il quale, sulla scorta delle teorie di Mortati e Barbera, aveva rilevato che le limitazioni della libertà personale sussistono nel momento in cui incidono *sulla dignità sociale*. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 112. V. inoltre C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss., e A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 40, 52, 190 ss.. Come è noto, parte della dottrina più autorevole non condivide l'impostazione qui seguita, affermando invece che non solo «non è rilevante il livello quantitativo della gravità della restrizione» ma «è parimenti irrilevante la presenza di una valutazione degradante della dignità del destinatario del provvedimento restrittivo»; così A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali, parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 179.

¹⁵ Cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, 185 ss. V. inoltre A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005; nonché ID., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 101-107; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31, 2002, 865-897; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 170-178; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; infine, se si vuole, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Napoli, 2007.

¹⁶ Ho già utilizzato questa immagine nel commentare la sentenza n. 200/2016 della Corte costituzionale in A. LONGO, *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2016, 8.

¹⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32.

non si estende ad ogni manifestazione di essi, rendendoli, nell'ordinario svolgimento della vita ordinamentale, bilanciabili con altri interessi confliggenti.

Dunque, nel giudicare la legittimità o meno della compressione di un diritto, dovremo osservare diverse dimensioni, non solo la sua absolutezza astratta, derivante dal pregio assiologico della sua posizione sistemica, ma anche la qualità di tale compressione: quanto essa sia intrinsecamente diretta alle zone centrali o periferiche del diritto e persino al contesto nel quale tale compressione si svolge.

In definitiva la *qualità della compressione* (e, dunque, il suo essere diretta verso il centro piuttosto che verso la periferia del diritto) non può essere giudicata senza aver riguardo alla *modalità di tale compressione* e al *contesto nel quale essa si svolge*.

La giurisprudenza costituzionale si è da tempo posta su tale *modello quantitativo*. Un primo esempio lo troviamo nella ben nota (e oramai risalente) giurisprudenza costituzionale in materia di rilievi dattiloscopici, dove l'atto di costringere un soggetto ad apporre la propria impronta sarebbe astrattamente da considerarsi *coattivo* (secondo la ricostruzione del giudice remittente) e dunque suscettibile di essere svolta solo nelle forme dell'art. 13 Cost.; tuttavia a suo tempo la Consulta ebbe modo di chiarire come *la tipologia* di quest'atto non fosse in sé tanto lesiva da intaccare il nucleo sensibile della libertà personale¹⁸. Similmente nella giurisprudenza relativa alla captazione (nel processo penale) dei dati esterni alla comunicazione (e.g. i tabulati), la Consulta, nel respingere la questione di costituzionalità, ebbe modo di evidenziare come, pur ricadendo tali dati nell'oggetto tutelato dall'art. 15 Cost., la differenza di trattamento

¹⁸ Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 30 del 1962: «*L'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'habeas corpus (...)* Tuttavia (...) la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere. Il problema da risolvere è, dunque, questo: se l'esecuzione dei rilievi segnaletici importi l'assoggettamento, fisico o morale, di una persona al potere dell'organo di polizia, tale da costituire una restrizione della libertà personale equiparabile all'arresto. Il testo della disposizione (...) non può fornire una risposta univoca al quesito. I rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervellotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico. Più frequentemente quei rilievi possono rendere necessari accertamenti che vengano a menomare la libertà morale della persona, come, per esempio, nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all'intimità o al pudore della persona. In altri casi i rilievi descrittivi, fotografici ed antropometrici, e sempre i rilievi dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo), non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali. A ben guardare, la sostanziale differenza tra i due ordini di casi sopra esposti non consiste tanto nella momentaneità o nella levità della eventuale coercizione quanto, essenzialmente, nel fatto che nel secondo ordine di casi i rilievi, pur avendo per oggetto la persona, riguardano l'aspetto esteriore della persona, la cui sfera di libertà resta integra, mentre nel primo i rilievi importano una menomazione della libertà della persona pari a quella dell'arresto»; corsivi nostri.

autorizzatorio rispetto alle intercettazioni (da parte della autorità inquirente e non giudicante) fosse giustificato (o giustificabile) dal diverso grado di compressione della medesima libertà¹⁹.

Proprio parlando di *privacy*, e qui terminiamo questa minima carrellata esemplificativa, la dottrina, in particolare americana, ha da tempo messo in luce come essa sia *context-dependent*, ossia tutelabile in ragione di (e nei limiti del) contesto nel quale viene espressa la comunicazione²⁰.

Quasi pleonastico rilevare che l'elemento *modale* e quello *contestuale* sono in realtà significativamente collegati, in modo che il secondo ridondi sulla valenza significativa del primo: una compressione che potrebbe essere giudicata lesiva di un diritto all'interno di un determinato contesto diviene accettabile in un altro. Così se si viola la *privacy* di un soggetto ascoltandone le telefonate, non medesima tutela si può pretendere se quel soggetto in luogo pubblico parla al telefono ad alta voce²¹.

In una progressione dall'astratto al concreto, se la modalità di una compressione ne definisce la qualità, il contesto nella quale viene svolta contribuisce a determinare significativamente (e si spera ragionevolmente) il giudizio su quella modalità.

I presupposti teorici qui appena tratteggiati, ci paiono non inutili per il corretto intendimento dell'argomentazione di questa sentenza e perciò alla luce di essi vorremmo analizzarla.

4. Seconda premessa teorica. Il problema del «quomodo»: modi, contesti, valori

I due indicatori che abbiamo individuato come significativi per giudicare la qualità della compressione, *modo* e *contesto*, ricorrono continuamente nella parte motiva della decisione.

¹⁹ A suo tempo anche chi scrive aveva criticato questo orientamento della Consulta. Anche se all'epoca espressi riserve sul piano teorico (riserve sulle quali mi pare ora di aver cambiato idea) le mie critiche si basavano, in realtà, su un elemento, giuridico-contestuale: vale a dire che se la lesione del diritto *ex art. 15 Cost.* è certamente minore rispetto alle intercettazioni, non minore mi sembrava la compressione (all'interno del processo penale) del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*; cfr. A. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 1999, 2006 ss..

²⁰ A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla). II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 5, che cita la sentenza *Cady vs. Bombowski*, 413 US 433, 1975.

²¹ Cfr. A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla). III) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII (aggiornamento), Roma, 1995, 5: «la libertà e segretezza della corrispondenza non può ricever una tutela che vada oltre la natura stessa del mezzo adoperato. E, dunque, non può essere garantita la riservatezza di quel che si dice in presenza di altri e che altri, senza l'impiego di alcun mezzo artificioso, ha potuto ascoltare ... perché, appunto, il diritto di riservatezza così modellato, è pretesa alla "non intrusione", non anche diritto potestativo di imporre il silenzio su ciò che, senza intrusione, si è appreso».

La stretta correlazione tra profilo *modale* e *contestuale* (della compressione) appare significativamente al centro dell'argomentazione fin dal suo *incipit*²², divenendo presto chiaro che la questione di costituzionalità non attiene all'astratta possibilità di sottoporre limitazioni allo scambio di libri e riviste ma al concreto «*quomodo*» di tale acquisizione²³.

Bisogna sottolineare che, nel caso di specie, l'elemento contestuale assume a propria volta, una triplice valenza: *soggettivo-giuridica*, *oggettivo-teleologica*, *costituzional-assiologica*. Questi profili ricorrono nella motivazione sempre con una profonda interconnessione.

Il senso del profilo soggettivo-giuridico ci pare ovvio e attiene alle speciali forme derogatorie che gravano sul detenuto ai sensi del 41-*bis*, la cui *ratio oggettivo-teleologica* risiede in ragioni ugualmente contestuali, ossia la necessità di interrompere qualunque rapporto – non con amici, familiari, o persino complici del detenuto – ma con una vera e propria *istituzione* la quale dispone di organizzazione, mezzi e codici tutt'affatto peculiari.

Questa seconda peculiarità, causa finale della prima, determina, a sua volta, il terzo elemento contestuale, vale a dire *un bilanciamento di valori difforme rispetto a quello che si trova alla base del classico regime detentivo*.

Nel caso di specie, questo diverso bilanciamento si manifesta proprio rispetto alle ragioni che presiedono le modalità di comunicazione verso l'esterno: per esplicita ammissione della Corte, se per il detenuto sottoposto all'ordinario regime di detenzione i «contatti con il mondo esterno» sono favoriti «quali strumenti di *reinserimento sociale*», diversamente *tale esigenza recede nei confronti di coloro che sono sottoposti al regime ex 41-bis*, onde impedire che «sfruttando il normale regime penitenziario, "possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa" (sentenza n. 143 del 2013)»²⁴. Se il regime comunicativo dell'ordinario sistema carcerario è fortemente improntato al valore costituzionale della rieducazione (nella condivisa accezione di reinserimento sociale) di cui all'art. 27 Cost., diversamente, l'assetto di valori nel regime carcerario speciale vede recedere (anche se non scomparire) tale valore rispetto ad esigenze di sicurezza e prevenzione di reati.

La comunicazione (e la sua limitazione) *assume*, nei due regimi, diversa posizione gerarchica all'interno dell'assetto costituzionale, poiché diversi sono gli elementi contestuali nei quali strutturalmente si trova immersa. Diversità che

²² Punto 2 del *considerato in diritto*, dove leggiamo: «Le questioni sottoposte all'esame di questa Corte attengono alle *modalità* con le quali possono essere stabilite le limitazioni in tema di acquisizione e circolazione, di libri, riviste e stampa in genere nei confronti dei detenuti soggetti allo *speciale regime* di sospensione delle regole di trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.»

²³ Punto 4 del *considerato in diritto*.

²⁴ Punto 2 del *considerato in diritto*.

però, come vedremo, in forza del principio pluralistico non può mai cancellare il nucleo essenziale del diritto²⁵.

La difformità di questa gerarchia (bilanciamento se si preferisce) rispetto a quella del regime ordinario, costituisce il presupposto logico di gran parte dell'argomentazione e la via per sciogliere i nodi problematici della vicenda; vicenda che si muove sul filo di una sostanziale e per certi versi irrisolvibile aporia: l'autonomia (assiologica, funzionale, giuridica) del regime speciale rispetto alla generale pervasività delle ordinarie garanzie istituzionali. Giudizio che in parte si articola su canoni ermeneutici di sussunzione (o di mancata possibilità di sussunzione), in parte sui più comprensivi canoni della ragionevolezza.

5. Il diritto allo studio

Assorbe completamente la confutazione dei primi due motivi di censura – relativi alla violazione del diritto ad essere informati (*ex art. 21 Cost.*) e quello allo studio (artt. 33 e 34 Cost.) – il discorso sulla modalità della compressione, non a caso attentamente esaminata attraverso la disarticolazione dei suoi elementi essenziali; disarticolazione che tocca anche la significativa *distinzione tra la pretesa sostanziale di un diritto e i mezzi strumentali alla sua realizzazione*. Oggetto della tutela costituzionale rimane certamente la prima e non per forza i secondi, almeno finché il *nesso di strumentalità* che lega i due momenti non si caratterizzi in termini di *necessarietà assoluta*.

Così, per quanto attiene al diritto ad essere informati, «la tutela – tanto costituzionale quanto legislativa – è, dunque, riferita alla facoltà del detenuto di scegliere con piena libertà i testi con i quali informarsi mentre *restano indifferenti i mezzi* mediante i quali gli viene garantito il diritto di entrare in possesso delle pubblicazioni desiderate»²⁶.

Analogamente per ciò che attiene al diritto allo studio, la Consulta, sulla scia della giurisprudenza di legittimità, afferma che la misura di cui si discute «non limita il diritto dei detenuti in regime speciale a ricevere e a tenere con sé le pubblicazioni di loro scelta, ma *incide solo sulle modalità* attraverso le quali dette pubblicazioni possono essere acquisite ... nell'ottica di evitare che – secondo quanto è emerso dall'esperienza – il libro o la rivista si trasformi in un veicolo di comunicazioni occulte con l'esterno»²⁷.

²⁵ Una riflessione articolata sui termini del bilanciamento di tali valori, sebbene di segno diversa da quella qui proposta, è stata sviluppata da M. RUOTOLO *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., diffusamente.

²⁶ Punto 5 del *considerato in diritto*, corsivi nostri.

²⁷ Punto 5 del *considerato in diritto*, corsivi nostri. Sul diritto allo studio dei detenuti cfr. R. SOTTANIS, *Commento all'art. 19*, in V. GREVI–G. GIOSTRA–F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 276–291; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 127–138; M. CORALLI, *L'istruzione in carcere. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, www.altrodiritto.unifi.it.

È proprio questo *mero incidere sui mezzi* che rende la misura insuscettibile di toccare la sostanza assiologica del diritto, effettivo oggetto di tutela.

La Corte però, aggiunge un ulteriore argomento, questa volta di ordine *contestuale*, quando afferma che gli eventuali inconvenienti (disservizi se si vuole) derivanti dalla «"burocratizzazione" dei canali di rifornimento», non sarebbero ugualmente idonei a incidere sui diritti sopra enunciati poiché «in ogni caso suscettibili di trovare una *ragionevole giustificazione* alla luce delle esigenze poste a base del regime speciale»²⁸. Non mi pare qui casuale l'evocazione, pur indiretta, della ragionevolezza: la Consulta dopo aver descritto – con un *actio finium regundorum* di stampo squisitamente ermeneutico – i limiti entro il quale un elemento empirico rientra o meno nella prescrizione costituzionale, abbandona il modello sussuntivo per affermare, secondo appunto stilemi propri del ragionevole bilanciamento, che una parziale compressione di quella pretesa sostanziale potrebbe essere ammessa, o quantomeno tollerata, proprio in ragione della peculiare valenza significativa *del contesto giuridico-fattuale di riferimento*.

E tuttavia, ancora una volta secondo i classici canoni della logica dei valori, tali limitazioni di fatto diverrebbero intollerabili ove annichilissero il nucleo di senso del diritto stesso, ove la misura in discussione dovesse tradursi «in una negazione surrettizia del diritto»²⁹. Anche se, come chiarisce il giudice delle leggi, a quel punto «l'eventuale *vulnus* dei diritti del detenuto deriverebbe, comunque sia, non dalla norma, ma dal non corretto comportamento dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad applicarla, esulando perciò dalla prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale»³⁰.

Se dovessimo nuovamente indulgere in una rappresentazione spaziale, potremmo dire che dalla decisione della Corte si evincono tre aree diverse, una esterna al diritto, sostanzialmente non garantita; una mediana dove la situazione giuridica ammette una relativa compressione (prevalentemente in forza di ragioni contestuali); e, infine, una "nucleare" pienamente garantita dai presidi costituzionali. Quanto più un provvedimento limitativo penetra queste aree dall'esterno verso l'interno, tanto più si fa forte la tutela giuridica.

6. *La libertà di comunicazione*

Ulteriore motivo di cui ci occupiamo attiene alla presunta riconducibilità, secondo il giudice *a quo*, della trasmissione *brevi manu* di libri e riviste alla libertà di comunicazione, ovviamente per richiedere l'estensione a tale vicenda della tutela accordata alla corrispondenza recapitata ai soggetti sottoposti al regime *ex art. 41-bis*. Sul punto la Corte di Cassazione è piuttosto ferma nel ritenere che la lettera e) di tale disposizione non abbia natura derogatoria rispetto all'art. 18-ter

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

ord. pen., che sancisce il necessario intervento dell'autorità giudiziaria per controllare e censurare la corrispondenza dei detenuti. Estendere l'area dell'art. 15 Cost. avrebbe significato estendere anche la garanzia ex art. 18-ter (effettivamente plasmato sugli istituti della riserva di legge e di giurisdizione)³¹. Per confutare tale ricostruzione la Consulta segue un andamento non difforme da quello seguito in relazione ai motivi precedenti, muovendosi sui medesimi due piani argomentativi: *ermeneutico-sussuntivo* e *assiologico-contestuale*. In questo secondo caso tuttavia, forse proprio in forza del carattere autoevidente del primo livello argomentativo, la Corte si dilunga più sul secondo.

In primo luogo viene contestata la riconducibilità teorica dello scambio di libri e riviste all'interno della libertà di comunicazione. Poco da dire sul punto, considerando la chiarezza adamantina con la quale il giudice delle leggi ha sempre affermato che la tutela dell'art. 15 Cost. ha per proprio oggetto la «trasmissione di idee»³².

A questa consolidata ricostruzione il *giudice a quo* oppone l'obiezione che anche lo scambio di libri e riviste, in forza del proprio *contenuto simbolico*, possiederebbe una intrinseca capacità comunicativa che dovrebbe valere a ricondurlo sotto l'egida della tutela costituzionale.

Questa obiezione da un lato risulta troppo debole per scardinare il consolidato orientamento della Corte; dall'altro dimostra di *provare troppo* esponendosi ad una duplice confutazione da parte del giudice delle leggi.

La prima si muove secondo i classici stilemi della *reductio ad absurdum*: se infatti fosse ammissibile (e giuridicamente rilevante) che un «flusso comunicativo», tutelabile dalla norma costituzionale, fosse ricavabile non dalla verbale trasmissione di idee, ma dalla valenza simbolica di un oggetto, allora tale capacità comunicativa potrebbe essere attribuita a qualunque oggetto, con la paradossale (assurda appunto) conseguenza che qualunque oggetto potrebbe

³¹ In tal senso, facciamo notare personalmente, che, a completamento di tale argomentazione avrebbe potuto essere evocata, dal giudice *a quo*, anche la lesione dell'art. 3 Cost., in quanto fattispecie simili (perché entrambe riconducibili alla libertà di comunicazione) sarebbero regolate dal diritto vivente in maniera difforme. Anche se, benché corretta sul piano teorico, tale indicazione dell'ulteriore parametro dell'eguaglianza, avrebbe potuto considerarsi, sul piano pratico, in certo modo ridondante. Sul diritto alla corrispondenza cfr. P. BARILE–E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1962; A. PACE, *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna–Roma, 1977, 80–94; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1989, 201–202; G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA–P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino 2001, 661–670; F. DONATI, *Art. 15*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO–A. CELOTTO–M. OLIVETTI, Torino 2006, 364 ss.. Sulla libertà di corrispondenza dei detenuti v. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 75–99, e ID., *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis.*, cit., 846 ss.; E. BERTOLOTTO, *Commento all'art. 18 e all'art. 18-ter*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, 2011, 226–249 e 261–276; L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 50–66.

³² Punto 6 del *considerato in diritto*.

potenzialmente circolare fuori e dentro dal carcere (sia pur nelle forme garantite dalla riserva di legge e di giurisdizione). Esito questo chiaramente inammissibile.

La seconda obiezione, similmente a quanto detto in relazione ai diritti di studio e di informazione, ha invece carattere contestuale: così «anche riconoscendo, peraltro, che, a fronte dell'ampia formula dell'art. 15 Cost., le comunicazioni si collochino sotto il cono di protezione della norma costituzionale a prescindere dal mezzo materiale impiegato per la trasmissione del pensiero – e, dunque, anche se effettuate “in forma reale”, ossia tramite scambio di oggetti “significanti” – non si può fare a meno di considerare la particolare condizione in cui versa qualsiasi persona detenuta»³³.

Qui la Consulta fa, evidentemente, riferimento a quello che abbiamo definito *contesto soggettivo-giuridico*, vale a dire alla generica compressione dei diritti che deriva dalla condizione carceraria.

Tuttavia, in omaggio alla propria consolidata giurisprudenza, oltre che alle acquisizioni della miglior dottrina, ancora una volta, il giudice delle leggi distingue tra una porzione del diritto comprimibile (e in questo caso maggiormente comprimibile per ragioni contestuali) e una porzione nucleare, incomprimibile.

Dal primo punto di vista si afferma come «la legittima restrizione della libertà personale, cui è sottoposta la persona detenuta, non annulla affatto la tutela costituzionale dei diritti fondamentali»³⁴.

Dal secondo punto di vista si chiarisce però che tale tutela «opera, pur tuttavia, "con le limitazioni che, come è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta" (sentenza n. 349 del 1993)»³⁵. Una limitazione che, come appena detto, ha natura giuridica e contestuale perché «trova alla sua base un provvedimento giurisdizionale» sulla libertà personale e «si riverbera inevitabilmente, in modo più o meno significativo, sulle modalità di esercizio delle altre libertà costituzionalmente alla prima collegate»³⁶. E, ovviamente, «ciò avviene anche per la libertà di comunicazione, la quale, nel corrente apprezzamento, rappresenta – al pari della libertà di domicilio (art. 14 Cost.) – una integrazione e una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona, sancito dall'art. 13 Cost., in quanto espressione della “socialità”

³³ Punto 6 del *considerato in diritto*.

³⁴ *Ibidem*, dove così si continua: «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale (sentenze n. 20 del 2017 e n. 349 del 1993), e il cui esercizio, proprio per questo, non può essere rimesso alla discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva (sentenze n. 26 del 1999 e n. 212 del 1997)».

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

dell'essere umano, ossia della sua naturale aspirazione a collegarsi spiritualmente con i propri simili»³⁷.

7. L'art. 3 CEDU: la dignità come nucleo essenziale dei diritti

Per ciò che concerne la contestata violazione dell'art. 3 CEDU (come norma interposta rispetto all'art. 117 Cost.), che pone il divieto di trattamenti inumani o degradanti, la Consulta – in realtà descrivendo e applicando *il proprio concetto di dignità* o se si preferisce il concetto di dignità che ritiene accolto in Costituzione – applica pienamente la teoria del *Wesensgehalt*, affermando l'incongruità del richiamo del giudice *a quo* in ragione della sua assolutezza. Tale incongruità è manifesta nel momento in cui il giudice si duole non dell'esistenza della limitazione ma, come abbiamo già più volte ribadito, del «*quomodo*» delle limitazioni. Ora, nessuna forma di trattamento degradante, per quanto possa avvenire nel rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione, potrebbe essere ammissibile nell'ordinamento costituzionale³⁸.

Quest'affermazione che in sé è di immediata comprensibilità, oltre che assolutamente condivisibile, in certo modo sembra eccepire al discorso modale che è stato fin qui portato avanti dalla Consulta.

In realtà è assolutamente congruente con i postulati di cui abbiamo parlato in relazione alla costruzione concettuale dei diritti fondamentali, definendo un esempio archetipico del modello di interazione tra l'elemento modale e il problema del nucleo essenziale dei diritti, declinato sotto la latitudine della dignità umana.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sul vincolo derivante dalla CEDU cfr. le sentt. n. 49, 96, 150 del 2015 e n. 210 del 2013, oltre alle più note n. 348 e 349 del 2007 (c.d. sentenze gemelle). Su queste ultime cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Rivista Aic*, nonché ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Rivista Aic*; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *federalismi.it*, 22/2007; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *osservatorioaic.it*; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma I, Cost.*, entrambi in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente 3564 ss. e 3574 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, 213 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista Aic*, 1/2011.

L'elemento modale rimane infatti significativo, nel giudicare la legittimità di una compressione, finché (e quanto più) rimaniamo in un'area mediana di un diritto fondamentale, non quando essa tocca il suo nucleo fondamentale. Il contenuto essenziale di un diritto rappresenta la sua area di intangibilità che in uno stato pluralista, non può mai essere cancellata. Così se il bilanciamento è il modo in cui interagiscono le istanze costituzionali, il contenuto essenziale è il limite al bilanciamento. Per essere ulteriormente esplicitivi proviamo a rileggere la teoria dworkiniana in forza della quale le *rules* si applicano o si trasgrediscono («all-or-nothing fashion») mentre i *principles* si soppesano (in base al loro «weight»)³⁹; questo vale ovviamente per i diritti fondamentali ma non se toccati nel loro nucleo fondamentale. *Il modello quantitativo vale fino a quando, trasmodando in qualità, la quantità della compressione tocca il nucleo fondamentale dei diritti* che a quel punto, possiamo dire, cominciano a comportarsi come regole, dunque, non più secondo un modello quantitativo (quanta compressione si può legittimamente tollerare), ma secondo un modello identitario, per cui ogni compressione del nucleo fondamentale diviene inammissibile.

Il discorso sulla dignità (e, dunque, sul divieto di trattamenti degradanti) va visto in quest'ottica, con una precisazione: *in un ordinamento pluralistico la dignità è il centro di tutto il sistema*. Non è casuale che la teoria del *Wesensgehalt* nasca nel contesto del *Grundgesetz* che vede all'apice del proprio ordine di valori la dignità dell'uomo, come elemento assolutamente intangibile dai poteri costituiti.

La nostra Costituzione non possiede una rigida gerarchia di valori ma se, come afferma la miglior dottrina, ogni principio costituzionale rappresenta in sé la cristallizzazione di un bilanciamento (e, dunque, una micro-gerarchia)⁴⁰, credo

³⁹ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Right seriously*, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it., con saggio introduttivo di Giorgio Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93 ss.; la sua nota distinzione tra *rules* e *principles*, senza alcun dubbio, attribuisce a questi ultimi una fortissima connotazione assiologica. Le regole, infatti, come *standards* forti ubbidiscono alla logica del «tutto o niente», i *principles*, invece, sono *standards* di valutazione che, pur avendo una dimensione giuridica, traggono la loro validità dall'essere esigenze «di giustizia o di correttezza o di qualche altra dimensione morale»; in ogni caso essi non si applicano nella «all-or-nothing fashion» delle regole, invece si caratterizzano per avere un *weight*, un peso che non può mai essere completamente annichilito ma che, tuttavia, incontra sempre la necessità di essere bilanciato. Tale distinzione ha avuto nella riflessione giuridica un'importanza enorme: nella dottrina italiana cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 8 ss.; sul punto interessanti spunti si trovano anche in M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 141.

⁴⁰ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 658, dove leggiamo che la teoria dei valori costituzionali «è una tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione: una tecnica che, lungi dal sovrapporre una propria gerarchia culturale a quella espressa dalle disposizioni costituzionali, presuppone che ciascuna norma consista in una particolare gerarchia di valori relativa ad una determinata materia». Anche qui ho provato a svolgere qualche riflessione sul punto in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., spec. 374 ss.; cfr. inoltre G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.

che al centro della micro-gerarchia di ogni diritto costituzionale si trovi proprio la dignità umana, come limite assoluto ad ogni compressione che la leda. Dunque *ogni diritto può essere compresso solo finché tale compressione non rappresenta una lesione della dignità*.

La Corte, nella decisione che si commenta, sembra propendere per la prima delle teorie richiamate. Si legge infatti: «il mero fatto che il detenuto debba servirsi dell'istituto penitenziario per l'acquisizione della stampa, e non possa trasmetterla all'esterno, non determina livelli di sofferenza e di svilimento della sua persona tali da attingere al paradigma avuto di mira dalla norma convenzionale»⁴¹.

8. *L'art. 8 CEDU: ancora tra sussunzione e ragionevole bilanciamento*

Discorso diverso, per certi versi opposto viene svolto in relazione all'art. 8 CEDU che espressamente viene definito come «non assoluto»; infatti la stessa disposizione prevede le condizioni alle quali la limitazione del diritto risulta legittima, affermando che essa deve: 1) essere prevista dalla legge, 2) perseguire scopi legittimi; 3) essere necessaria in una società democratica. Il principio di tutela è, dunque, già astrattamente bilanciato dalla norma e, quindi, concretamente, bilanciabile nei casi concreti, secondo una duplice direttrice: da un lato il principio della riserva di legge, dall'altro i canoni classici del giudizio di proporzionalità e adeguatezza, tipici della *Abwägung* tedesca e della ragionevolezza italiana⁴².

La Consulta anche qui comincia il ragionamento sul piano della sussunzione ermeneutica, negando, ancora una volta, la riconducibilità della situazione in esame all'oggetto della norma *ex art. 8 CEDU*, escludendo che «il divieto di scambiare libri e riviste ... tramite il servizio postale ... possa essere assimilato ... alla sottoposizione della corrispondenza del detenuto al visto di controllo»⁴³, che era stato ripetutamente censurato dalla Corte EDU prima della legge n. 95 del 2004⁴⁴. Il superamento della disciplina sul visto di controllo fa, dunque, salvo il profilo della segretezza della corrispondenza; inoltre non potrebbe assumersi violato nemmeno il profilo della libertà, essendo questa riconosciuta al detenuto «in tutta la sua ampiezza ... tramite l'ordinaria corrispondenza epistolare»⁴⁵.

⁴¹ Emblematiche, da questo punto di vista, le parole della Corte costituzionale nella già richiamata sentenza n. 30 del 1962.

⁴² F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., spec. 74 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit..

⁴³ Punto 7 del *considerato in diritto*.

⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 gennaio 2001, *Natoli contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, *Domenichini contro Italia*, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° settembre 2015, *Paoello contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 luglio 2009, *Annunziata contro Italia*.

⁴⁵ Punto 7 *considerato in diritto*.

Il giudice delle leggi vaglia però anche la possibilità ermeneutica opposta: vale a dire che tale situazione effettivamente possa rientrare nel diritto tutelato dall'art. 8 CEDU. Sul punto vengono svolti due ordini di argomentazioni: il primo in relazione alla *sufficiente determinatezza della normativa italiana* rispetto a quanto previsto dalla riserva di legge richiesta dall'art. 8 CEDU; il secondo in relazione alla *legittimità dello scopo* perseguito della disciplina e, soprattutto, *della sua proporzionalità rispetto al raggiungimento dello stesso*.

Sul primo punto la Corte non mostra tentennamenti: se è vero, infatti, che prima dell'entrata in vigore della legge n. 95 del 2004, l'art. 18 ord. pen. peccava di eccessiva vaghezza (non disciplinando né la durata né i motivi alla base dell'adozione della misura), diversamente l'attuale art. 18-ter ord. pen., contiene un grado di dettaglio decisamente maggiore. A ciò si aggiunga che le lettere *a)* e *c)* dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, ord. pen. (il quale ad avviso della giurisprudenza concorde costituisce la base legale del potere dell'amministrazione penitenziaria di disporre le misure in questione), possiede un grado di dettaglio ancora maggiore, riferendosi puntualmente alla necessità di interrompere i contatti tra il detenuto con le organizzazioni criminali alle quali egli appartenga o con le quali si trovi in posizione di rivalità. Un grado di dettaglio ritenuto sufficiente, anche alla luce della stessa giurisprudenza CEDU, la quale riconosce che, sebbene una norma di legge nell'attribuire un potere debba limitarne la portata, è comunque «impossibile giungere ad una certezza assoluta nella sua formulazione, poiché il probabile risultato di tale desiderio di certezza, sarebbe un'eccessiva rigidità»⁴⁶. A questo passaggio è stata mossa una puntuale obiezione da parte di attenta dottrina, sostenendo che il difetto di determinazione della fattispecie in esame determinerebbe quello che crediamo di poter definire come "un'espansione di fatto della potestà amministrativa carceraria", che finirebbe addirittura per spostare il luogo del bilanciamento di valori (posto alla base di tali limitazioni) dalla sua naturale sede – il Parlamento nello svolgimento della sua attività legislativa o il giudice in sede di interpretazione e applicazione – e consegnerebbe alle circolari amministrative una potestà che esorbita grandemente dalla loro funzione esecutiva⁴⁷. Per

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, *Domenichini contro Italia*, citata al punto 7 del *considerato in diritto*.

⁴⁷ Cfr. F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza*, cit., 13, la quale sostiene che nella decisione della Corte «da una parte si evidenzia che appare irragionevole pensare che il legislatore possa prevedere a priori, in modo minuzioso e dettagliato, tutti i beni e gli oggetti la cui fruizione debba essere limitata, poiché incorrerebbe nel rischio di una lacuna; dall'altra però rileva che la ratio giustificativa di tali limitazioni (come del resto del carcere duro in genere) sta nel necessario bilanciamento tra il principio di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza e i diritti inviolabili della sfera personale. Ma tale bilanciamento, considerata la compressione di alcuni dei diritti in gioco, non dovrebbe essere operato dal legislatore o, tutt'al più, da un provvedimento specifico del giudice, in sede interpretativa-applicativa della norma in questione, anche per quanto concerne la durata delle stesse limitazioni che le circolari in questione pongono *sine die*? Di fronte ad una eventuale risposta

quanto interessante e ben articolata, la critica non ci convince del tutto: se essa possiede indubbia rilevanza pratica, tuttavia non può valere a contestare la congruità dell'attuale giudizio di costituzionalità, il cui oggetto non è la circolare ministeriale (né ovviamente potrebbe esserlo) ma semmai un complesso normativo – di cui, chiaramente, anche la circolare fa parte – per come interpretato dal diritto vivente. È, dunque, proprio il bilanciamento di valori, in una delle sue sedi naturali (l'opera del giudice di interpretazione-applicazione), a essere valutato, e "convalidato", dalla Corte.

Per ciò che attiene al secondo punto, posta come autoevidente la legittimità dello scopo perseguito, qualche parola viene spesa circa la proporzionalità della disciplina, utilizzando l'*argumentum a fortiori*. Si ricorda, infatti, come la Corte EDU abbia già consentito, per tutelare gli scopi legittimi dell'ordine pubblico e della sicurezza, mediante la recisione del legame tra il detenuto e il suo ambiente criminale, a restrizioni legate al regime di detenzione speciale, «assai più incisive di quelle di cui oggi si discute»⁴⁸.

9. Riflettendo su alcune obiezioni

Come immaginiamo si evinca da quanto detto finora, troviamo la sentenza in commento assolutamente condivisibile: internamente coerente, teoreticamente complessa, concretamente adeguata.

Tuttavia, come anticipato all'inizio di questo lavoro, tra i primi commentatori sono state sollevate alcune critiche, sia in relazione all'esito sia alla tecnica decisoria prescelti dalla Corte. Interessante notare che entrambe le tipologie critiche sembrano muovere da una base comune: la peculiare scissione che, nel contesto carcerario, si registra tra il piano normativo e quello concreto.

Un primo ordine di obiezioni sembra unicamente ruotare intorno al piano eminentemente empirico: pur non criticando (almeno non in maniera radicale) la struttura logica della decisione, si afferma però che, nell'attuale stato delle carceri, demandare il soddisfacimento del diritto di ricevere libri e stampa ai soli canali interni all'amministrazione carceraria significa condannare tale diritto (pur astrattamente garantito) a un effettivo annichilimento, a causa degli endemici

positiva a tale quesito, non convince l'avallo di rimettere all'amministrazione, tramite l'adozione di circolari, la scelta di operare tali specifiche limitazioni che risulterebbe difficile definire attività di stretta esecuzione»; l'Autrice, sul punto, si collega ad una riflessione, sul bilanciamento dei valori in gioco nel 41-bis, portata avanti da M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 849, il quale aveva già affermato come il punto di equilibrio, tra i valori confliggenti della libertà e del contrasto alla criminalità organizzata, «compete al legislatore (e non all'amministrazione), non potendosi peraltro prescindere, in presenza di riserva di giurisdizione, dall'intervento del giudice per operare la concreta limitazione».

⁴⁸ Cfr. per tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 gennaio 2010, *Montani contro Italia* e Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*.

disservizi interni che affliggono (per scarsità di mezzi e personale) le carceri italiane⁴⁹.

Un secondo ordine di obiezioni, che avrebbe voluto una diversa tipologia decisoria, parte però da una premessa simile: in un contesto come quello penitenziario – fortemente caratterizzato da un distacco tra l'astrattezza della normazione e la realtà carceraria – sarebbe stato più idoneo l'utilizzo di uno strumento alternativo a quello della sentenza di infondatezza. Qualcuno ha indicato la possibile via di una decisione monitoria, come invito al legislatore ad intervenire stabilendo nella legge gli oggetti «indisponibili» per il detenuto in regime speciale, altri avrebbero preferito una sentenza interpretativa di rigetto «per evitare in futuro la compromissione in concreto di diritti che la stessa Consulta ribadisce essenziali e meritevoli della più ampia tutela»⁵⁰.

Chi scrive si distanzia da tali conclusioni, ritenendo che la forte torsione fattuale – presente in ogni giudizio avente ad oggetto il carcere e, di conseguenza, i diritti costituzionalmente riconosciuti ai soggetti detenuti – pur essendo un dato significativo, non possa divenir prevalente nel determinare l'esito del giudizio di legittimità costituzionale.

Tale obiezione, certamente motivata da una profonda conoscenza dello stato dei detenuti in Italia, nonché da un più che encomiabile spirito solidaristico, ci pare però viziata da una prospettiva eccessivamente fattuale. Il giudizio della Corte attiene alla legittimità delle leggi, al loro raffronto con la Costituzione, alla valutazione del bilanciamento dei concreti interessi che da tale raffronto emerge; per quanto le meccaniche dell'accesso in via incidentale (e.g. il profilo della rilevanza) aggancino tale giudizio alla concretezza del singolo caso, esso non può, e direi non deve, spingersi fino al punto di valutare la legittimità di un assetto giuridico in relazione ad una situazione concreta che a tale assetto viene meno. La concretezza del giudizio di costituzionalità può, e deve, giungere a valutare l'applicazione di una legge, non il difetto (reale o ipotetico che sia) di tale applicazione. Anche perché pare evidente come *l'eventuale* inerzia dell'amministrazione si ponga, rispetto al caso di specie, come *fatto assolutamente estraneo al giudizio di costituzionalità perché insuscettibile di essere ricondotto ad alcuno dei suoi termini* (il parametro o l'oggetto) e che, dunque, ad avviso di chi scrive, non può nemmeno essere considerato fra quei fatti che possiedono una rilevanza – sposando una tassonomia recentemente ripresa nella riflessione di attenta dottrina – «extraprocessuale»⁵¹.

⁴⁹ S. AMATO, *op. cit.*, diffusamente.

⁵⁰ Cfr. rispettivamente F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza*, cit., 15, e S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, cit., 2.

⁵¹ Secondo tale dottrina i fatti, che possono assumere rilievo nel sindacato di costituzionalità, attengono o al parametro o all'oggetto del giudizio e possono distinguersi in fatti «endoprocessuali» che entrano formalmente, tramite l'istruttoria, nel giudizio di legittimità costituzionale e fatti «extraprocessuali» che, al contrario, vengono spontaneamente desunti dal giudice costituzionale nel

Paradossalmente ci pare che il pregio di questa decisione risieda proprio in una giusta forma di *concretezza teoretica* (per utilizzare un ossimoro), ossia nel rispetto dello statuto teorico dei diritti fondamentali, calato nella concretezza del loro effettivo bilanciamento, attraverso l'osservazione e la valorizzazione della natura modale e contestuale delle compressioni alle quali questi diritti vengono sottoposti.

Non di più, crediamo, si potesse chiedere al giudice delle leggi. La tesi appena discussa (come molte critiche mosse al regime speciale di detenzione) è saldamente ancorata alle nobili origini del giuspenalismo liberale che, dall'epoca di Verri e Beccaria, ha progressivamente contribuito a costruire le fondamenta della nostra cultura giuridica nel suo complesso, producendo un'eco che, oramai, si è spinta ben oltre l'ambito degli studi penalistici⁵². Tuttavia, per quanto sia doloroso dirlo, tale visione, soprattutto nei suoi presupposti teorico-ricostruttivi, non pare adeguata a dar conto della complessità della vicenda in esame né della generalità del sistema prodotto dal 41-*bis* ord.pen..

Il garantismo liberale immagina la relazione tra l'individuo (troppo piccolo, troppo solo, troppo inerme) e lo Stato (kafkianamente troppo grande, troppo potente, troppo disumano); da ciò deriva l'esigenza di tutelare il singolo, oggetto di una sperequazione talmente spaventosa, talmente immanente alla realtà del rapporto da essere teorica ancora prima che pratica, trascendentale ancora prima che empirica.

Ma questa relazione tra *antropos* e *macroantropos* non esaurisce i termini del problema di cui ci occupiamo, trascendendo in definitiva il fenomeno meramente sanzionatorio e, per certi versi, lo stesso presupposto (anch'esso liberale) della personalità della responsabilità penale, poiché la durezza del 41-*bis* non è giustificata dalla gravità del fatto commesso, dalla esecrabilità, morale o giuridica, delle azioni dell'individuo, ma da ragioni di sicurezza che attengono

proprio confronto con la realtà sociale. Per tale distinzione cfr. E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi, relazione al convegno: La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, 9 e 10 giugno 2017, Milano, in *gruppodipisa.it*, 4. Sul tema vedi già M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 525 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 333 ss..

⁵² Sul punto penso a quanto sia accesa la critica di una parte della dottrina costituzionalistica, particolarmente attenta a questi temi, in relazione al c.d. "carcere duro". Basti por mente all'articolata riflessione di A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2016, 193 ss., il quale in particolare si domanda (retoricamente): 1) se il passaggio del carcere duro da misura emergenziale ad ordinaria non dimostri che l'istituzione carceraria pensa a se stessa come qualcosa che può, in qualsiasi momento, sospendere le proprie regole; 2) se le limitazioni che il regime del carcere duro comporta per i detenuti siano davvero funzionali a recidere il legame con le associazioni criminali di appartenenza; 3) se la finalità rieducativa della pena rientri davvero nell'orizzonte del 41-*bis*; 4) se la finalità inconfessata di tale regime non sia quella di indurre il pentitismo. Provocatoriamente, peraltro, l'A. paventa la possibilità che il 41-*bis* costituisca l'anticamera della tortura.

all'attualità e alla pericolosità dei rapporti di quel singolo con un'organizzazione criminale.

Il conflitto ultimo, ma drammaticamente concreto, non è allora tra Stato e individuo, tra *antropos* e *macroantropos*, ma tra due *istituzioni*, entrambe dotate di uomini, mezzi, codici, o – volendo indugiare nelle rassicuranti plaghe della teoria giuridica – di plurisoggettività, organizzazione, regole⁵³.

La magnitudine di questo conflitto non può essere sottovalutata nel giudicare il senso di un regime carcerario che, giustamente, ripugna alla coscienza giuridica più garantista, pur nella dolorosa consapevolezza che sono sempre gli individui ad essere travolti dai conflitti fra simili istituzioni.

⁵³ M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 10 ss., nonché F. MODUGNO, *Legge - ordinamento giuridico - pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.

