

La “cultura” della giurisdizione

di Michele Passione

Avvocato del Foro di Firenze

Nuove considerazioni in materia di libri e 41 *bis*

questionegiustizia.it, 20 gennaio 2017

Essere colti è l'unico modo per essere liberi

José Martí

Il prossimo 8 febbraio la Corte Costituzionale esaminerà la questione di legittimità sollevata il 26 aprile 2016 dal magistrato di sorveglianza di Spoleto, relativa al ritenuto contrasto dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a) e c) O.P., con gli artt. 15, 21, 33, 34, 117 comma 1 Cost. (con riferimento agli artt. 3 e 8 della Convenzione).

Il provvedimento del rimettente è già stato commentato in questa rivista da Roberta Mura. Queste brevi note, al dunque, intendono offrire qualche ulteriore spunto di riflessione, anche in relazione ad aspetti non direttamente evocati quali parametro di riferimento per il controllo della normativa devoluta al giudizio del giudice delle leggi.

Premessa

“Bisogna aver visto”^[1]. Queste le parole utilizzate da Piero Calamandrei, riprendendo quelle pronunciate alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904 da Filippo Turati. Parole che molti anni dopo furono pubblicate nell'opuscolo *Il cimitero dei vivi*.

A partire da questa premessa, muovendo da una profonda consapevolezza e conoscenza della realtà carceraria (“fatta di un coacervo inimmaginabile per una persona libera di domande che il detenuto deve porre all'amministrazione per risolvere anche la più semplice esigenza della vita quotidiana, con tratti lungamente criticati per gli effetti infantilizzanti che se ne determinano”, di talché “le difficoltà pratiche, ove non giustificate e proporzionate, trasmodano inevitabilmente in compressione di diritti”), unita ad una attenta analisi del *diritto vivente*, il giudice *a quo* ha sollevato la questione di legittimità costituzionale che qui si commenta.

A ben vedere, com'è chiaro, la posta in gioco appare ancor più rilevante di quella concretamente apprezzabile nel caso di specie, essendo in discussione, come già accaduto in passato, i rapporti tra diritto, *jus dicere* e fonti regolamentari; tra *formante* e *deformante*.

Il giudice ha individuato il contrasto dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater* O.P., lett. a) e c) con cinque disposizioni costituzionali. Si proverà in questa sede, richiamando *dicta* domestici (anche costituzionali) e sovranazionali, nonché contributi dottrinari, a verificare se appaiano violati, sotto altri profili, ulteriori diritti costituzionali, così apprezzabili in via consequenziale dalla Consulta.

“Una rosa è una rosa, è una rosa”

Quale che sia l'interpretazione preferita del celebre verso di Gertrude Stein, tratto dal poema *Sacred Emily*, possiamo convenire che il divieto di ricezione di libri da parte dei familiari (di cui alle circolari DAP 3701/2014 e 8845/2011), ed anche “il divieto di accumulo di un numero eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di testi” (sic!), appaia davvero incomprensibile.

Così, nello stesso numero del Ponte, rammentando la sua prigionia dal 1939, sino alla liberazione dopo la caduta del fascismo, Bruno Corbi^[2], avvocato e deputato comunista, scriveva: “Ogni carcere ha una propria biblioteca, ma impossibile, o quasi, era trovarvi un libro di qualche valore; ed anche quando sul catalogo se ne scovava qualcuno, vi si leggeva immancabilmente a fianco: non più in lettura... bisognava dunque comperarne, ma neppure era facile ottenerne il permesso del Ministero prima e del Direttore poi... nessuno ha mai apprezzato il valore di un libro, nessuno lo ha più desiderato, nessuno lo ha più gelosamente custodito. Per il carcerato il libro era uno strumento di lotta, un mezzo di vita... immaginavo che, finito il fascismo, vi fosse in carcere libertà di leggere e di studiare, ma purtroppo ho dovuto ricredermi”.

Quali diritti?

Prima di addentrarci nell'analisi dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza, pare opportuno verificare se la pretesa avanzata dal reclamante, ex art. 35 *bis* O.P. sia effettivamente relativa ad un pregiudizio grave e perdurante di un proprio diritto di corrispondere ed informarsi (ed eventualmente di difendersi), o ci si trovi in presenza di interessi di altra natura^[3].

Com'è noto, ci son voluti molti anni per ottenere pieno riconoscimento al diritto di avere diritti. Si è infatti dovuto attendere la storica sentenza n. 26/1999, della quale vale sempre la pena, a parere di chi scrive, richiamare i passi salienti: “L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare consequenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979)”.

Si tornerà diffusamente sul significato e l'influenza che la sentenza citata ha poi spiegato negli anni successivi, ma deve ricordarsi come il monito al Legislatore a disegnare una disciplina procedimentale sia rimasto a lungo lettera morta, sebbene fossero stati dichiarati “incostituzionali, per difetto della garanzia giurisdizionale sancita dall'art. 24 Cost., gli artt. 35 e 69 L.26 luglio 1975 n.354, nella parte in cui non prevedono, in favore di chi subisca restrizioni della libertà personale, una tutela giurisdizionale nei confronti di atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti, quando la lesione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a quella restrizione”.

Vi è ancora da aggiungere, quanto al *petitum* specifico formulato dal rimettente in quel caso, che la Corte era stata chiamata ad intervenire in relazione ad una determinazione dell'istituto penitenziario che non consentiva ai reclamanti di ricevere in carcere riviste spedite in abbonamento, ovvero da parte di familiari, in ragione del loro contenuto asseritamente osceno.

Come si vede, ferma la distinzione del particolare regime di cui all'art. 41 *bis* O.P., anche in quel caso si trattava di un limite apposto dall'Amministrazione (sia pure per altre ragioni) alla ricezione dall'esterno di riviste (non di corrispondenza, *stricto sensu* intesa).

Appena un anno dopo, con sentenza n. 526/2000, il giudice delle leggi ribadiva che “occorre che vi sia una sede giurisdizionale nella quale l'eventuale illegittimità della misura possa essere direttamente e pienamente fatta valere *ex se*, come motivo di impugnazione della misura medesima, per garantire l'osservanza sia dei limiti esterni del potere esercitato, sia dei limiti interni inerenti alla congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto (cfr. sentenze n. 410 del 1993, n. 351 del 1996, n. 376 del 1997) il sistema normativo deve essere interpretato in conformità alla Costituzione, e questa impone, come si è detto, che sia assicurata una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti”, e nel richiamare la sentenza dell'anno precedente ricordava come “spetta al Legislatore effettuare le scelte necessarie per disciplinare la materia, e spetta ai giudici, frattanto, individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato (cfr. sentenze n. 270 del 1999, n. 295 del 1991)”.

Per la verità, già con sentenza n. 212 del 1997 la Consulta aveva affermato che l'ordinamento penitenziario costituisce “un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria”, senza distinzione delle posizioni soggettive coinvolte, rilevando tuttavia nel contempo il denunciato vuoto normativo in ordine ad un ordinato sistema di rimedio giurisdizionale.

Così, in ossequio alle ricordate pronunce, e nel perdurante silenzio del Legislatore, le Sezioni Unite, con la nota sentenza 26 febbraio 2003, n. 25079, *Gianni*, ribadivano la cognizione piena della magistratura di sorveglianza, senza distinzione (quanto all'accesso alla tutela giurisdizionale) tra posizioni giuridiche, ben potendo (e dovendo) il magistrato scrutinare l'*an* ed il *quomodo* delle misure eventualmente adottate dell'Amministrazione, con l'individuato schema di cui all'art. 14 *ter* O.P.

Faraway, so close

Abbandonando per un attimo lo sguardo dagli schemi, avvicinandoci piuttosto all'essenza delle cose, della posta in gioco (“prendere sul serio i diritti dei detenuti”, richiamando l'invito della Corte, con la sentenza n. 266/1999), possiamo convenire con quanto affermato dal magistrato di sorveglianza di Lecce^[4], secondo cui “nei rapporti tra amministrazione e detenuto, teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione, che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria... la centralità della funzione rieducativa della pena, come appare evidente anche dall'impianto generale dell'ordinamento penitenziario, non riguarda solo gli strumenti alternativi alla detenzione, ma anche la conduzione della detenzione stessa... i diritti soggettivi correlati al trattamento che l'amministrazione deve soddisfare non sono riconducibili ad atti autoritativi dell'amministrazione penitenziaria”^[5].

Eppure, com'è stato segnalato^[6], “il problema vero è la visione deformante di un ceto di giuristi che, restando nel metafisico distacco dalla immane concretezza, non riesce a vedere il dinamismo di un ordinamento che consente l'affermazione di diritti non più e non solo attraverso la qualificazione sostanziale, ma anche attraverso il diritto processuale e il diritto dell'esecuzione penale”.

Nel caso di specie, memore di quanto dichiarato all'inaugurazione dell'anno giudiziario dall'allora Primo Presidente della Suprema Corte, secondo cui “occorre riaffermare che, se il carcere non può essere un terreno avulso dallo stato di diritto, occorre che il magistrato, cui spetta di vigilare sulla

coerenza tra norme di legge e regime penitenziario, eserciti con pienezza e ne veda riconosciuti i risultati dall'Amministrazione, che non può arrogarsi di decidere qual'è il diritto, essendo la parte nei confronti della quale il diritto viene fatto valere”, il giudice umbro ha fatto invece fino in fondo il suo dovere.

Del resto, non sono mancati interPELLI della Consulta sul punto.

Con la sentenza n. 410 del 1993, in conformità alla sentenza n. 349, dello stesso anno, era stato stabilito che “una volta affermato che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che, per la loro stretta inerenza alla persona umana, sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione non può che spettare al giudice dei diritti, e cioè al giudice ordinario”.

Ancora.

Con la notissima sentenza n. 351 del 1996, a seguito di tre incidenti promossi dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze (il cui estensore era l'indimenticato, e indimenticabile, Sandro Margara), la Corte affermava che “non vi è dubbio che il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni dell'amministrazione, per esplicitare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, debba estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo”, tanto che “eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell'amministrazione solo in quanto legittimi (art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)”.

Meno noto, ma veramente significativo (tanto più a seguito della riforma intervenuta con L.n. 94/2009), risulta il passaggio della citata sentenza, nella quale si affermava che “la Corte non ignora che, nei fatti, il contenuto dei decreti ministeriali applicativi dell'art. 41 *bis* corrisponde spesso ad uno schema comune, tanto che, per ciò che riguarda le misure disposte, si è in presenza di una sorta di regolamentazione derogatoria di carattere generale, di cui si decide l'applicazione ai singoli detenuti, più che di provvedimenti singoli volta per volta autonomamente determinati nel loro contenuto dispositivo: il che concorre, evidentemente, ad allontanare l'attenzione dalla specificità dei singoli casi, per concentrarla sulle scelte di carattere quasi normativo effettuate dall'amministrazione penitenziaria attraverso i provvedimenti in questione”.

Colpisce, in questa presa d'atto, il riferimento ad uno sguardo che si allontana dai singoli casi (dall'Uomo), nonché quello a “scelte di carattere quasi normativo effettuate dall'amministrazione penitenziaria”, e non convince la motivazione con la quale la Corte, ciò nonostante, riteneva non venire in considerazione “né la riserva di legge, né la riserva di giurisdizione stabilite dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione”.

In difesa della prima, ormai sotto attacco concentrico da parte dello *jus dicere*, domestico e sovranazionale (in attesa di quel che sarà l'imminente decisione della Corte sul punto nel caso *Taricco*, questa essendo, molto più che la natura stessa della prescrizione, la posta in gioco posta sul tavolo dal Tribunale di Milano e dalla Suprema Corte), possiamo limitarci a evidenziare che la riserva di legge deve intendersi quale *modo di disciplina*, più che *campo di materia*.

Anche la sentenza n. 190 del 2010, intervenuta in seguito al giudizio promosso dal Tribunale romano dopo la riforma citata, dichiarando inammissibili le questioni sollevate non ha sciolto i nodi sopra indicati.

Con la sentenza *de qua*, infatti, il giudice delle leggi riconosce “la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge che ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini”; ciò malgrado, il richiamo al perdurante “controllo sul contenuto dell'atto, in ordine alla violazione di diritti soggettivi del detenuto”, in relazione alla ritenuta mancante (nel caso di specie) “ricostruzione sistematica del quadro normativo”, ha condotto la Corte a fermarsi sulla soglia delle questioni proposte.

Difficile resistere alla tentazione, ben potendosi obiettare che il controllo sul contenuto rischia d'essere un guscio vuoto, ove questo sia predeterminato a monte, ponendo in discussione (in via *quasi normativa*) un ampio panorama di diritti.

Tant'è.

Infine, non pare inutile richiamare la sentenza n. 135/2013, con la quale (facendo seguito all'ordinanza n. 46 del 2012) la Corte Costituzionale ha risolto un conflitto di attribuzione tra Poteri dello Stato, dichiarando che “non spettava al Ministro della Giustizia disporre, su conforme proposta del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che non fosse data esecuzione all'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Roma n. 3031 del 9 maggio 2011” (relativa al riconoscimento del diritto all'informazione, costituzionalmente tutelato, *sub specie* di accesso a emittenti televisive, tra le quali Rai Sport e Rai Storia, non venendo in rilievo “una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione penitenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost.”).

Come si sa, anche in quel caso l'Amministrazione aveva addotto (con atto asseverato dal Ministro) persino di poter limitare il diritto all'informazione (!), in ragione di pretese esigenze di cautela (evitare che durante le trasmissioni venissero inviate ai detenuti in regime speciale di reclusione messaggi scritti dal pubblico).

In quel caso invece, ricordando le pronunce precedentemente citate, la Corte ha osservato che “quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la pretesa lesione di un diritto, e non si risolve in una semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario, il procedimento che si instaura davanti al suddetto magistrato assume natura giurisdizionale, giacché non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere (sentenza n.212 del 1997)”

L'ulteriore inferenza che si trae dall'assunto, validamente evocabile anche *in subiecta materia*, è che “se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato di sorveglianza si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto destinati ad assicurare la tutela dei diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità” (giusto richiamo ulteriore alla sentenza della Corte EDU dell'8 gennaio 2013, *Torregiani e altri c. Italia*).

Così ricostruito il quadro degli interventi della Corte, possiamo ora provare ad avvicinarci al tema sollevato dal magistrato di Spoleto.

Corrispondenza e dintorni

Quanto al diritto scolpito nell'art. 15 Cost., con il suo corollario della conseguente riserva di legge e di giurisdizione, il giudice *a quo* ha mirabilmente rappresentato l'esatta corrispondenza e riferibilità a quel presidio della possibilità di ricevere dall'esterno volumi a stampa.

Si è già ricordato come le pretese ragioni di sicurezza addotte dall'amministrazione non siano state ritenute (neanche in un *obiter*) nella sentenza n. 135/2013.

Possiamo dunque limitarci a riproporre alcune considerazioni riportate dal magistrato salentino, nella richiamata (cfr. nota 5) ordinanza *Slimani*. “L'individuo quale soggetto di diritto vive nelle carte costituzionali non solo attraverso l'intangibilità di alcune delle sue posizioni giuridiche definite fondamentali, ma per il tramite delle relazioni sociali attraverso le quali proietta la sua individualità, che deve essere tutelata anche in quelle dinamiche. Di questa doppia valenza che assume il patrimonio giuridico dell'individuo una sintesi eccellente è rappresentata dalla dignità umana”.

In forza di detta individuata relazione (la Dignità risulta il valore fondante del *Grundgesetz*, all'art. 1, comma 1), viene richiamato il ritenuto rapporto tra dignità umana e la libertà e la segretezza della corrispondenza, come indicato nella sentenza costituzionale n.366/1991, secondo la quale “sin dalla sentenza n.34 del 1973 questa Corte ha affermato che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile. La stretta attinenza di tale diritto al nucleo essenziale dei valori di personalità – che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona, e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana – comporta una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. In base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente. In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti, se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria”.

Ancora.

Con ordinanza 10-11 dicembre 2015^[7] il magistrato di sorveglianza di Udine ha affermato che “non sussiste un divieto generale ed assoluto per il detenuto, ristretto nel regime speciale di cui all'art. 41 *bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, di intrattenere corrispondenza con altri soggetti detenuti sottoposti al medesimo trattamento differenziato, ospitati in istituti penitenziari diversi. Limitazioni al diritto alla corrispondenza possono essere stabilite – ai sensi dell'art. 18 *ter*, della medesima legge – in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria”.

Pur vertendosi incontrovertibilmente, nel caso richiamato, nell'ambito del diritto di cui all'art. 15 Cost., la decisione citata rivela non poche inferenze con quella che la Corte è chiamata ad adottare rispetto alla questione sollevata dal giudice umbro.

Vediamo.

Il magistrato friulano ricorda a tal proposito la circolare D.A.P. n. 0147611, che dispone nel senso contrario, nonché l'esistenza sul punto di due indirizzi contrastanti (il primo dei quali, non condiviso, del magistrato di sorveglianza di Sassari)[8].

Aderendo alla interpretazione già indicata dal medesimo giudice rimettente (cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 25.8.2015, SIUS 2015/3305), che richiama le censure mosse dal giudice alsaziano all'Italia (sentt. *Diana c. Italia* 15.11.1996; *Domenichini c. Italia* 15.11.1996; *Messina c. Italia* 28.9.2000; *Natoli c. Italia* 9.1.2001; *Giovine c. Italia* 26.7.2001; *Messina c. Italia* 24.10.2002) prima dell'introduzione dell'art. 18 *ter* O.P. (con L.n. 95/2004), riportando altresì la giurisprudenza di legittimità (cfr., *ex multis*, Cass. Sez. I del 20.6.2014, n. 43522), si afferma che “non vi è dubbio che lì dove si tratti di corrispondenza la sottoposizione al visto di controllo vada realizzata – anche nell'ipotesi di regime differenziato – nelle forme dell'art. 18 *ter* O.P. In tal senso è evidente che l'adozione del decreto di sottoposizione funge da presupposto legittimante l'emissione del provvedimento di cui all'art. 18 *ter*, comma 3, ma la scelta sul trattenimento o meno della missiva spetta alla autorità giudiziaria (con facoltà di specifico reclamo) e non a quella amministrativa”.

A nulla valgono dunque richiami ad aspetti di afflittività e contenimento di accertata pericolosità, dovendo essere “l'isolamento sociale correlato allo stato detentivo soltanto relativo, e non di tipo assoluto” (cfr. Corte EDU 4.2.2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*), ed anzi potendosi affermare che “le formule generali che autorizzano la sospensione di regole del trattamento penitenziario adoperate nell'art. 41 *bis* O.P. devono essere quindi necessariamente lette in combinato con le disposizioni inserite per la materia che ci occupa nell'art. 18 *ter*”.

Vengono in gioco, di nuovo, la riserva assoluta di legge statale e la riserva di giurisdizione; le rilevanti esigenze di sicurezza, presidiate dall'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. e) ed f) O.P., peraltro, devono essere perseguite nel rispetto del principio generale di proporzionalità dell'azione amministrativa (cfr. Cass. Sez. I, 30.1 – 20.2.2008, n. 7791, *Madonia*).

Diversamente opinando, al dunque, si perverrebbe ad un'inammissibile *interpretatio abrogans* dell'art. 18 *ter* O.P.

Fermiamoci.

L'ordinanza citata si rivela di particolare interesse, poiché (come nel caso sollevato dal giudice umbro) emergono diverse analogie, pur volendo ritenere (ma così non è, come già segnalato) che nell'ultimo caso non ci si trovi in presenza del diritto alla corrispondenza, di cui all'art. 15 Cost.

Ed infatti, anche in tal caso il contrario orientamento segnala come in realtà il divieto di comunicazione mediante corrispondenza tra detenuti sottoposti al 41 *bis* trarrebbe origine dalla legge, e non dal provvedimento amministrativo (la citata circolare DAP), in forza dell'ampia formulazione delle lett. a) ed f) del comma 2 *quater* della norma.

Così argomentando, tuttavia, si pretenderebbe di recuperare una previsione legislativa, che in realtà è inesistente, e non è rintracciabile *aliunde*[9], né può sostenersi la natura di specialità della norma disciplinante “situazioni di emergenza” rispetto allo schema tipizzato dell'art. 18 *ter* O.P.

Di più.

Il (a torto) evocato criterio interpretativo di specialità dell'art. 41 *bis*, rispetto all'art. 18 *ter* O.P. parrebbe soccombere (né recuperabile, per le ragioni appena segnalate, attraverso il richiamo al comma 2 *quater* della disposizione) a fronte del fatto che della stampa, a differenza della corrispondenza (menzionata nella lett. e), nulla si dice nella norma relativa al regime differenziato.

Chi controlla il controllore?

Abbiamo già evidenziato, e così il giudice *a quo*, come non sia consentito all'Amministrazione limitare, e perfino conculcare, l'esercizio di un diritto (tanto più se costituzionalmente previsto) per regolamentare il dispiego del regime detentivo.

Del resto, la Corte è giudice della legge, e non del fatto, e dunque dovrà verificare se le addotte esigenze pratico-organizzative possano legittimare, appunto, la lesione di un diritto.

Il magistrato di sorveglianza ha ritenuto di trovarsi in un vicolo cieco, a fronte di un *diritto vivente* che lo obbliga ad *andare a Corte*; lo stesso rovello, la stessa matrice democratica, che nutrì lo spirito di Alessandro Margara nel formulare, quale estensore, le questioni di legittimità costituzionale di cui alla già richiamata sentenza n. 351/1996.

Difficile dar torto al rimettente, quando rileva come l'art. 15 Cost. preveda la doppia riserva, di legge e di giurisdizione, per la libertà e la segretezza della corrispondenza *e di ogni altra forma di comunicazione*, che i Costituenti distinsero non a caso dalla prima, e nella quale, all'evidenza, rientra a pieno titolo la stampa.

Ed ancora.

Con ordinanza emessa il 17 giugno 2009^[10] il magistrato piemontese (successivamente passato ad altro Ufficio, e redigente l'ordinanza citata in nota 8) ha affermato che “le eventuali difficoltà o carenze dell'organizzazione penitenziaria che rendano difficoltoso assicurare l'esercizio del diritto di difesa non assurgono a valore costituzionale in nome del quale possa ammettersi – in assenza di una chiara ed espressa previsione limitativa posta dalla legge – alcuna limitazione al pieno esercizio di tale fondamentale diritto in tutte le sue forme e articolazioni”.

Come si vede, veniva in gioco in quel caso il parametro di cui all'art. 24 Cost. (peraltro evocato dallo stesso rimettente, che ha ritenuto che la limitazione scrutinata sia “persino ridondante nel corretto e pieno esercizio del diritto di difesa, ex art. 24 Cost.”), ma il principio affermato (un'esigenza pratica, individuata con norma secondaria, non può mai conculcare un diritto) appare utilmente richiamabile nel caso in oggetto.

Per altro, proprio al termine della sua ordinanza, il giudice *a quo* ha ritenuto che “l'art. 41 *bis* sembra in contrasto con l'art. 117 Cost., integrato dagli artt. 3 e 8 della Convenzione Europea poichè si determina un divieto generale, imposto per altro senza limiti temporali e senza specifica motivazione, nonché senza impugnazioni possibili, e dunque sproporzionato rispetto all'obiettivo dell'art. 41 *bis* ord. pen., raggiungibile invece mediante l'ordinario provvedimento disposto ex art. 18 *ter* nei confronti del singolo detenuto, e con adeguata motivazione”.

Sul punto, sotto altra angolazione (sia pur riferibile anch'essa, *per incidens*, all'art. 41 *bis* O.P.), valgono le considerazioni svolte da autorevole dottrina^[11]

Analizzando la sentenza costituzionale n. 306/1993, con la quale è stato escluso il contrasto della norma penitenziaria con l'art. 24 Cost., essendo tale diritto esercitabile solo entro il perimetro

tracciato dalla legge “sicchè se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi”, l'Autore rileva (e non può che essere così, anche nel nostro caso) come “così argomentando, però, il diritto costituzionale alla difesa è subordinato alla sua traduzione legislativa, quando invece il principio di legalità costituzionale impone un rapporto gerarchico esattamente capovolto”.

Come si vede, non fa una piega; può solo ribadirsi quanto già rilevato in precedenza, cioè a dire come lo strappo al diritto (anche) di difesa sia stato in questo caso posto in essere con una circolare(!), il che non può che aggravare le cose.

Serve altro?

Quando poi si allontani lo sguardo (il primo senso a cedere, la vista, in un regime senza senso) ci si accorge che anche altre (alte) Corti non fanno sconti.

Ci si riferisce, ad esempio, a quanto statuito dalla Corte distrettuale di Oslo in data 20 aprile 2016^[12] nel caso *Breivik*, ed alle relative considerazioni svolte sul punto dalla più autorevole dottrina^[13]

A fonte dell'eccidio del luglio 2011 ad opera del criminale neonazista, la Corte norvegese si è pronunciata sulle modalità detentive che caratterizzano la misura di sicurezza (*forvaring*) applicatagli, ritenendo la violazione dell'art. 3 CEDU per la carente motivazione nel provvedimento con il quale il ricorrente è stato assegnato alla sezione SHS (ed ivi trovasi recluso da quattro anni e nove mesi, al momento della citata sentenza), nonché per l'inadeguatezza degli strumenti che l'Ordinamento norvegese mette a disposizione per contestare sia la collocazione nella sezione di massima sicurezza, sia il regime di isolamento carcerario in atto (cfr. pg. 32 sent.)

Sul punto, la richiamata dottrina ha efficacemente evidenziato come “senza nulla togliere al requisito della motivazione la garanzia di maggior peso va individuata nel riconoscimento – patrocinato con molta fermezza dalla Corte EDU – del diritto del detenuto ad ottenere da un'autorità indipendente il riesame, anche nel merito, del provvedimento assunto a suo carico da parte dell'amministrazione penitenziaria”.

Soccorre a tal proposito il richiamo alla giurisprudenza alsaziana^[14], ove si afferma che “it is essential that a prisoner should be able to have an independent judicial authority review the merits of, and reasons for a prolonged measure of solitary confinement”.

Non vi è chi non veda come l'aver ritenuto addirittura privo di controllo il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste, nel caso analizzato dal rimettente (come già segnalato in precedenza), non può che dar luogo (anche) alla violazione del diritto sancito dall'art. 24 Cost.

La parola alla difesa

Sebbene il giudice di Spoleto non abbia espressamente indicato l'art. 24 Cost. tra i parametri posti alla base della sua ordinanza, la Corte potrebbe ritenere la norma penitenziaria comunque contrastante con il diritto di difesa, laddove non consente che venga utilizzabile un rimedio giurisdizionale, essendo il precetto citato (indirettamente) individuabile nell'art. 24 Cost. (cfr. ord. Corte Cost. n. 129 del 2003).

Come affermato in dottrina^[15] “quando il parametro è individuato inesattamente, ma i termini della questione le risultino sufficientemente chiari, la Corte stessa considera l'inesattezza frutto di errore materiale, con la conseguenza che provvede senz'altro alla rettifica (ordd. nn. 5 del 1998, 476 del 1994, 429 del 2002, 211 del 2004)”.

Sarà in ogni caso compito della Corte verificare se *il verso* indicato dal giudice *a quo* consenta (anche attraverso un'interpretativa di rigetto) di individuare nell'art. 18 *ter* O.P. la scansione procedimentale da utilizzare, laddove non ritenga di risolversi ad una sentenza additiva di principio, restando al rimettente il compito di dar seguito al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale.

Staremo a vedere.

Quel che è certo, è che è lecito attendersi una decisione che verifichi *funditus* la compatibilità con la Carta di una norma che, non solo a chi scrive (un avvocato), pare soffrire di troppi strappi alle regole.

“Dappertutto cercavo un difensore, il quale dappertutto è necessario”^[16].

[1] P. Calamandrei, in *Il Ponte, Rivista di politica e letteratura diretta da Pietro Calamandrei*, Anno V – N. 3, 1949

[2] B. Corbi, *I libri nel “collettivo”*, *ivi*, 406 ss

[3] C. Renoldi, *Poteri del Giudice di Sorveglianza e doveri dell'Amministrazione Penitenziaria*, in *Antigone, Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario, Diritti reclusi*, 2001, Anno VI, n. 2-3, 80 ss

[4] Mag. Sorv. Lecce, est. Tarantino, 9 giugno 2011, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 settembre 2011

[5] Sia consentito un richiamo a M. Passione, *La tutela dei diritti dei detenuti, alla ricerca del principio di effettività: i casi Suljmanovic e Slimani*, in www.europeanrights.eu, 15 febbraio 2012, n. 31

[6] F. Maisto, *Afflittività e affettività*, in S. Anastasia, F. Corleone, e L. Zevi, a cura di, *Il Corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Ediesse, 171 ss

[7] Mag. Sorv. Udine, est. Fiorentin, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 marzo 2016

[8] Mag. Sorv. Sassari, in www.archiviopenale.it, 2 ottobre 2015

[9] L. Cesaris, in *Ordinamento Penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Cedam, 2015, 464 ss.

[10] Mag. Sorv. Vercelli, est. Fiorentin, 17 giugno 2009, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2010, 115 ss.

[11] A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, EDS, 2016, 99 ss.

[12] M. Ruaro, F. Della Casa, *Un'interessante pronuncia norvegese sulla legalità della detenzione concernente il condannato Breivik*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 20 ottobre 2016

[13] F. Della Casa, *La detenzione speciale norvegese al setaccio dell'art. 3 CEDU. La Corte di Oslo apre alle doglianze del condannato Breivik*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LIX Fsc. 3 - 2016

[14] Corte EDU, *Babar Ahamad v. United Kingdom*, § 212, 10 aprile 2012

[15] C. Pinelli, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 17 ottobre 2016

[16] F. Kafka, *I patrocinatori*, in *Tutti i racconti*, Mondadori, 2005, 414