

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2021

## La «disciplina del minuscolo»

La Corte costituzionale alle prese con la ragionevolezza del divieto assoluto di scambiare oggetti per detenuti al 41 bis.

### *La "disciplina de lo minúsculo"*

*El Tribunal Constitucional se enfrenta a la razonabilidad de la prohibición absoluta de intercambiar objetos que tienen las personas condenadas al alero del artículo 41 bis.*

### *The "Rules on Micron"*

*The Constitutional Court on the Reasonableness of the Strict Prohibition of Exchanging Objects Among Detainees Under 41-bis*

ALESSANDRO TESAURO

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Palermo  
alessandro.tesauro@unipa.it*

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA,  
CARCERE, DIRITTI FONDAMENTALI

CRIMINALIDAD ORGANIZADA, CÁRCEL,  
DERECHOS FUNDAMENTALES

ORGANIZED CRIME, IMPRISONMENT,  
FUNDAMENTAL RIGHTS

---

---

#### ABSTRACTS

Il presente articolo si propone di analizzare criticamente l'impianto argomentativo della sentenza con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'irragionevolezza della disposizione che vietava in modo categorico e incondizionato lo scambio solidale di oggetti fra detenuti al 41 bis. In particolare, le principali riserve si concentrano sulla plausibilità empirico-criminologica del prospettato trasferimento alle agenzie penitenziarie di controllo di compiti di accertamento in concreto della pericolosità/innocuità del singolo scambio.

El presente artículo tiene por objeto analizar críticamente el razonamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, en la cual sostuvo la irracionalidad de la prohibición absoluta de intercambiar objetos entre detenidos al alero del artículo 41 bis. En particular, las principales reservas se concentran sobre la plausibilidad empírico-criminológica de la eventual transferencia a las instituciones penitenciarias de las tareas de constatación concreta de la peligrosidad/inocuidad del intercambio individual.

This paper aims to analyse the reasoning of the Italian Constitutional Court judgment about the strict prohibition to give and receive objects among detainees under article 41-bis. The main issues focus on the empirical and criminological plausibility of transferring monitoring tasks to the jail authorities in order to verify the actual danger of each exchange.

## SOMMARIO

1. Un'istantanea della sentenza e uno sguardo ai precedenti. – 2. Una “delega di bilanciamento” agli organi dell'applicazione per l'accertamento in concreto della effettiva pericolosità dello scambio. – 2.1. (segue). Un possibile ponte tra procedure penitenziarie di controllo e scienze cognitive. – 3. Alcune considerazioni critiche tra diritto e sociologia della devianza. – 3.1 (segue). Segnali convenzionali e segnali iconici. – 4. Si possono distinguere razionalmente scambi pericolosi da scambi innocui? – 5. Conclusioni.

«Quanto è pericoloso trascurare le piccole cose»  
(Jean-Baptiste de La Salle)

# 1. Un'istantanea della sentenza e uno sguardo ai precedenti.

Con la sentenza n. 97 del 2020, la Corte costituzionale ha giudicato costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'art. 41-bis, comma 2-quarter, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), nella parte in cui prevede un divieto assoluto di scambiare oggetti, pur se di uso quotidiano e di modico valore, nei confronti dei detenuti sottoposti al regime speciale del “carcere duro”, anche se appartenenti al medesimo «gruppo di socialità»<sup>1</sup>.

Nell'affermare l'irragionevolezza della disposizione denunciata, la sentenza si caratterizza per un sostanziale accoglimento di almeno alcune delle cadenze argomentative tipiche del *test* di proporzionalità, come strumento-cardine ormai stabilmente inserito nella cassetta degli attrezzi di cui solitamente si serve il “costituzionalismo globale” per il trattamento giudiziario di più o meno complesse questioni di compatibilità tra diritti o principi fondamentali e politiche pubbliche (incluse le politiche criminali o quelle penitenziarie)<sup>2</sup>. E, più in particolare, (anche se il vocabolario usato dalla Corte preferisce ricorrere a equivalenti semantici come «congruità all'obiettivo» *et similia*) per un uso esplicito del criterio dell'«idoneità», in combinato disposto con un (forse meno esplicito) ricorso al criterio della «necessità»<sup>3</sup>.

Sotto il primo profilo, si trattava di verificare la presenza di un effettivo *nesso di strumentalità funzionale* tra la misura legislativa che vietava in modo categorico e incondizionato gli scambi solidali di oggetti fra detenuti e la «finalità tipica ed essenziale» del regime differenziato: finalità riassumibile nell'obiettivo di assicurare, con questa e altre misure, la rottura dei legami con le associazioni criminose di appartenenza operanti all'esterno, in vista del perseguimento di esigenze di stampo preventivo-repressivo collegate al contrasto alle organizzazioni di stampo mafioso.

Lo schema di ragionamento seguito dalla Corte è grosso modo questo: se il tipo di trattamento “speciale” configurato in sede legislativa si dovesse rivelare, in base a giudizi di normalità suffragati dall'esperienza (ossia in base a valutazioni di tipo *empirico-fattuale*) oggettivamente inidoneo al perseguimento degli scopi di tutela presi di mira - e, cioè, si dimostri non atto a garantire un'efficace salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini da eventuali rischi di collegamenti del detenuto con l'associazione criminale di riferimento - ciò significa che il sacrificio legislativamente imposto al diritto o principio concorrente si dimostra *inutile* e, quindi, sproporzionato, «perché la limitazione non porta alcun contributo al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dall'autorità politica»<sup>4</sup>. Sicché la norma che lo prevede la si può considerare come irragionevole.

Sulla base di questo *test* di controllo sulla proporzionalità-ragionevolezza dell'interferenza prodotta a carico del principio di rieducazione/umanità delle pene previsto all'art. 27, terzo

<sup>1</sup> Per alcuni commenti a caldo alla sentenza v. I. GIUGNI (2020); S. TALINI (2020).

<sup>2</sup> A. STONE SWEET, J. MATTHEWS (2008), p. 80, il quale dà conto di come il *test* di proporzionalità abbia vieppiù assunto i tratti di un vero e proprio «global constitutional standard»; D. BEATTY (2004), 162 («proportionality is a universal criterion of constitutionality»).

<sup>3</sup> Sul *test* di proporzionalità, come procedura argomentativa “strutturata”, articolata nelle tre fasi dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (o bilanciamento), concepite come passaggi (caselle, gradini) successivi all'interno dei quali sistematizzare le considerazioni da adottare nel valutare l'ammissibilità di una limitazione a carico di un diritto o principio fondamentale da parte di una misura legislativa posta a tutela di un determinato interesse pubblico v. R. ALEXY (2012), 133; G. SCACCIA (2000); R. BIN, G. PITRUZZELLA (2020) pp. 487 e ss. G. PINO (2010), pp. 205 e ss.

<sup>4</sup> G. PINO (2010), 206.

comma Cost., la Corte conclude nel senso di ritenere il divieto in questione «né funzionale né congruo» rispetto alla finalità primaria di «impedire comunicazioni con l'esterno».

Per arrivare a escludere, nel caso di specie, la presenza dell'indispensabile nesso di congruità funzionale tra strumenti legislativi e obiettivi di tutela perseguiti, la Corte prende atto che la trasmissione, attraverso scambi di oggetti fra detenuti, di messaggi criptati «da veicolare all'esterno magari in occasione di un colloquio con familiari o terze persone» può essere agevolmente, e forse anche più efficacemente, rimpiazzata da un'«esternazione orale o gestuale» che i detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità possono più comodamente scambiarsi nelle svariate occasioni di contatto personale in cui può svolgersi la loro, pur ridotta, «socialità intramuraria» («cortili di passeggio», «salette» per lo svolgimento in comune di attività di tipo culturale ricreativo o sportivo, comunicazioni «da cella a cella»).

La possibilità di realizzare *aliunde* il «temuto passaggio di direttive e informazioni tra il carcere e l'esterno» si traduce, perciò, in un giudizio di superfluità che rende la disposizione inutilmente vessatoria, gratuitamente afflittiva.

E' lo stesso modulo argomentativo che si è visto all'opera in almeno altre due occasioni: si allude alla sentenza n. 143 del 2013, relativa alle restrizioni quantitative al diritto dei detenuti al 41 *bis* a intrattenere colloqui con i difensori di cui alla lett. b) del comma 2 *quater*<sup>5</sup>; e alla sentenza n. 186 del 2018, sull'assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi di cui alla lett. f)<sup>6</sup>.

In particolare, l'impianto motivazionale della prima delle due sentenze ora menzionate si divide tra considerazioni legate al piano dell'intangibilità (o incomprimibilità) del nucleo *minimo* del diritto di difesa, visto come limite strutturale invalicabile da parte del bilanciamento legislativo; e considerazioni più direttamente legate al piano dell'idoneità-ragionevolezza delle restrizioni legislative al diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette al 41 *bis*.

Sotto il primo profilo, la Corte osserva che il bilanciamento degli interessi in gioco (diritto di difesa e sicurezza pubblica), per come è stato concepito dal legislatore, finisce col compromettere «l'effettività» e, dunque, con l'intaccare il «nucleo essenziale» del diritto di difesa, violando così la garanzia costituzionale della sua inviolabilità: il senso ultimo dell'invulnerabilità di un diritto fondamentale, infatti, si racchiude tutto nella sua «dimensione *difensiva*», la quale «si riferisce in primo luogo al “grado minimo” di quel diritto, che deve comunque essere assicurato anche se quel diritto è uscito “soccumbente” da un bilanciamento con altri diritti o principi», pena la perdita di identità o di riconoscibilità di quel diritto<sup>7</sup>.

Da queste premesse teoriche la Corte ne conclude che «nella specie, il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca l'anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive», considerata tra l'altro l'usuale complessità e numerosità dei processi di mafia.

Sotto il secondo profilo, la Corte, dopo avere contestato, quanto meno nella sua pretesa assolutezza, la plausibilità empirico-criminologica della massima di esperienza alla base della supposizione legislativa secondo cui i difensori – peraltro tenuti all'osservanza di codici deontologici e connesse sanzioni disciplinari – «possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni», esclude anche qui il nesso di congruità funzionale tra strumenti legislativi e obiettivi di tutela presi di mira e, con esso, la ragionevolezza del bilanciamento condensato nella previsione normativa. E, sulla base di un simile giudizio di inidoneità dei mezzi rispetto agli scopi, considera «dirimente il rilievo che, pur quando l'eventualità temuta si materializzi, le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti.

Posto, infatti, che i colloqui con i difensori – diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone – restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa,

<sup>5</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2013, con nota di V. MANES e V. NAPOLEONI (2013).

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 186 del 2018, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 2325 e ss, con nota di S. BERNARDI (2018).

<sup>7</sup> Così G. PINO (2017), p. 161, il quale, con una notazione che ben si adatta al senso ultimo del ragionamento fatto dalla Corte, osserva che se la limitazione del diritto si spinge fino al nucleo, allora si crea una situazione di “impedimento”: si rende cioè impossibile esercitare il, o godere del, diritto stesso».



ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno». Se ne fa pertanto discendere l'esclusione della proporzionalità tra sacrifici e benefici, dato che «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango».

Lo stesso schema argomentativo viene poi replicato dalla Corte con la sentenza n. 186 del 2018 per giudicare come «privato di ragionevole giustificazione» il divieto di cottura dei cibi previsto in via generale e astratta dal legislatore a carico dei detenuti in regime differenziato.

Valutato alla luce della sua presumibile *ratio* giustificativa, nella specie consistente nell'intento legislativo di evitare che la spendita di potere e prestigio criminale all'interno del carcere attraverso la messa a disposizione di altri detenuti di generi alimentari di lusso possano funzionare come mezzi per «aggregare un consenso traducibile in termini di potenzialità offensive criminali», il divieto in questione non è stato giudicato capace di reggere alla verifica di idoneità, considerato che: a) analoghi effetti deriverebbero dalla disponibilità di cibi da consumare crudi (ostriche e champagne, per intenderci); b) che il c.d. gruppo di socialità con cui il detenuto può interagire è assai ristretto; e c) che la stessa acquisizione a monte di generi alimentari pregiati al c.d. "sopravvito" soggiace, già in ingresso, a stringenti limitazioni qualitative e quantitative.

La conclusione che se ne trae, anche qui, è che «in quanto incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., configurandosi come «un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario dotata di valenza meramente e ulteriormente afflittiva», e cioè come una pura e semplice «discriminazione negativa».

Tornando alla sentenza n. 97 del 2020, la Corte si preoccupa, altresì, di valutare l'ammissibilità della misura legislativa sospetta alla luce della concorrente finalità legislativa di impedire che, attraverso la riproduzione all'interno del carcere di codici di comportamento tipici della sottocultura mafiosa e ispirati a sudditanza, fedeltà e rispetto, si possano acquisire o riconfermare, grazie alla cessione di beni ai detenuti, posizioni gerarchiche di supremazia da proiettare all'esterno (qualcosa come: 'sono un capo' o 'continuo a essere io il capo'). Verosimilmente quello a cui si allude è a una forma indiretta di "conservazione o rafforzamento" *in chiave psicologica* della cosca di appartenenza derivante dall'esibita ostentazione di potere economico, per certi versi simile a quella cui la giurisprudenza penale ha fatto talvolta ricorso in materia di concorso esterno nelle associazioni mafiose.

Ora, anche con riferimento a questa seconda possibile *ratio* giustificativa del divieto, la Corte esclude la proporzionalità (e, con essa, la ragionevolezza) della disposizione che lo prevede. Ma è plausibile supporre che, questa volta, abbia contestato l'ammissibilità del divieto, più che sul terreno dell'idoneità, per la riscontrata carenza del requisito della «necessità»: e cioè, sotto il profilo della sua sostituibilità con misure meno invasive.

Se, infatti, si attribuisse alla disposizione che inibiva in radice gli scambi lo scopo di prevenire il formarsi o il consolidarsi di posizioni di predominio cui dare opportuna risonanza esterna, a rendere, già in partenza, "non necessaria" la misura è la prevista applicazione, anche nei confronti dei detenuti sottoposti al regime speciale del 41 *bis*, della disciplina ordinaria (segnatamente, l'art 15, comma 2, del d.P.R. n. 230 del 2000) che circoscrive, già a monte, il novero dei beni legittimamente cedibili unicamente alle cose di «modico valore».

Per perseguire finalità di questo tipo è, pertanto, sufficiente ricorrere, in linea con l'essenza del requisito della necessità, al "mezzo più mite"; e non c'è affatto bisogno, per usare una efficace metafora, di "usare il martello pneumatico per schiacciare una noce".

## 2.

### Una "delega di bilanciamento" agli organi dell'applicazione per l'accertamento in concreto dell'effettiva pericolosità dello scambio.

A tirare le fila, dunque, la disposizione esaminata viene giudicata come «inidonea» (superflua, inutile, incongrua), se considerata in rapporto alla finalità primaria di impedire, anche solo parzialmente, «il temuto passaggio di direttive e informazioni tra il carcere e l'esterno»; è giudicata come «non necessaria» (a ciò bastando le regole ordinarie), se considerata in rappor-

to alla finalità secondaria di impedire, mercé la distribuzione di beni di consumo ai detenuti, la sottolineatura “enfatica” di posizioni di potere mafioso da fare filtrare all'esterno.

Nell'uno e nell'altro caso, il risultato non cambia: la norma di legge non viene ritenuta in possesso delle credenziali richieste per superare il vaglio di ragionevolezza e il dispositivo della sentenza ne registra fedelmente gli esiti, invalidandola ad ogni formale effetto.

Ma la Corte, forse presa da un (più o meno) comprensibile *horror vacui*, nella parte finale della motivazione, rettifica il tiro e svela che è soltanto la «previsione *ex lege*» (ossia, in via generale e astratta) di un divieto «assoluto» di scambiare oggetti di scarso valore e di immediata utilità, e cioè la previsione di un divieto ad applicazione «necessaria e generalizzata», a non superare indenne il *test* di proporzionalità.

Conseguentemente il giudice costituzionale affida, in base al disposto di cui alla lett a) del comma 2 *quater* dell'art. 41 *bis*, al “potere disciplinare” dell'istituzione penitenziaria il compito di procedere *caso per caso* - sembrerebbe in base a una occhiuta «anatomia politica del dettaglio»<sup>8</sup> - a una «verifica in concreto dell'esistenza delle specifiche esigenze di sicurezza» poste a base del regime speciale, della cui sussistenza in ciascun singolo caso andrebbe fornita un'adeguata motivazione da offrire all'eventuale controllo giurisdizionale successivo: esigenze, come dicevamo, sintetizzabili nella sopra segnalata necessità prevenire, grazie alla rescissione dei legami con l'organizzazione di appartenenza, fenomeni di conservazione o rafforzamento dei soldalizi mafiosi operanti nella società esterna<sup>9</sup>.

Per inciso, va segnalato fin d'ora che l'espedito decisionale della “pericolosità in concreto” del singolo scambio rinvia a una nozione di sicurezza che parrebbe doversi intendere in senso “oggettivistico”, come «stato di cose», e non invece in senso “psicologico”, come «condizione mentale»: ma è facile pronosticare che la linea di demarcazione tra una sicurezza intesa come assenza di pericolo *oggettivo* e una sicurezza intesa, invece, come assenza timore *soggettivo* (come mero *sentimento* di insicurezza “percepito” sublimato in un'entità concettuale astratta dai contorni facilmente manipolabili) saranno concepiti dalla futura prassi applicativa come una frontiera di facile e continuo trapasso<sup>10</sup>. Lo vedremo.

Quel che, invece, va subito messo in rilievo è che sembra si tratti, in definitiva, di una sentenza che, per far uso di una nota distinzione freudiana, se nel suo *contenuto manifesto* si presenta indubbiamente come una pronuncia di annullamento secco, nel suo *contenuto latente* non si discosta di molto da una “interpretativa di accoglimento” con cui la Corte finisce, di fatto, per considerare la disposizione censurata come irragionevole *soltanto* nei più ristretti limiti in cui l'automatismo legislativo da essa sancito si ponga in contrasto con il principio di uguaglianza (e, più precisamente, con la c.d. dimensione negativa di tale principio, quella che impone di trattare diversamente casi diversi).

In particolare la sentenza in questione, per conseguire il risultato del superamento dello schema presuntivo originariamente previsto a livello legislativo, a favore di decisioni individualizzate *case by case*, “ricollocà” il divieto di scambiare oggetti dalle c.d. misure “tipizzate” a quelle “atipiche” di competenza dell'amministrazione penitenziaria (misure eventualmente sottoponibili a successivo vaglio giurisdizionale in sede di reclamo a norma degli artt. 35 *bis*, comma 3, e 69, comma 6, lett. b, O.P.)<sup>11</sup>

<sup>8</sup> M. FOUCAULT (1976), p. 151.

<sup>9</sup> Un simile modello di soluzione potrebbe costituire l'“apripista” per una riconsiderazione della questione relativa all'illegittimità del combinato disposto delle lett. a) e c) dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, nella parte in cui continui a essere interpretato, in sede di regolamentazione amministrativa contenuta in circolari del Dap - come peraltro da ultimo ribadito dall'art. 11.6 (*servizio biblioteca e libri*) della Circolare del 2017 - nel senso di prevedere un divieto *assoluto* e *generalizzato* di inviare all'esterno e ricevere dall'esterno libri e riviste mediante consegna diretta o spedizione postale, a prescindere dall'effettiva presenza nel caso singolo di un pericolo di comunicazioni illecite tra detenuto e familiari. Illegittimità già vagliata dalla Corte con la sentenza n. 122 del 2017 con riferimento agli artt. 15, 21, 33 e 117 Cost. ed esclusa, con riferimento all'art. 15 Cost., sulla base del rilievo per cui la consegna o l'invio di pubblicazioni a stampa non è una forma di corrispondenza; ed altresì esclusa, con riferimento agli altri parametri invocati (posti a tutela del diritto allo studio e all'informazione) sulla base del rilievo per cui, sussistendo pur sempre la possibilità di ottenere i libri e le riviste di cui si intende fruire attraverso una richiesta rivolta all'amministrazione penitenziaria (che vi provvede attraverso circuiti interni all'istituto), il divieto colpisce soltanto le *modalità* attuative dei diritti in questione ma non anche le loro effettive possibilità di esercizio. Questione che potrebbe adesso essere utilmente reimpostata ex art. 3 Cost. sotto il profilo della proporzionalità-ragionevolezza del divieto indiscriminato di ricevere libri e riviste da canali esterni, affermando l'illegittimità delle disposizioni coinvolte nei limiti in cui non prevedono un accertamento in concreto della pericolosità del singolo movimento. Sul punto cfr. A. DELLA BELLA (2018), pp. 62 e ss.

<sup>10</sup> Cfr. A. PINTORE (2010), p. 127, secondo cui «l'esperienza (insieme con le scienze cognitive) ci dice che l'aspetto soggettivo e quello oggettivo della sicurezza sono tra loro collegati (...) ma non in modo necessario o meccanico, perché non è affatto detto che il pericolo e il timore seguano la stessa metrica. Sono anzi possibili divaricazioni anche notevoli».

<sup>11</sup> Sulla distinzione tra c.d. misure non tipizzate di elevata sicurezza interna ed esterna e quelle a contenuto tipizzato e ad applicazione obbligatoria v. MARTUFI A. (2019), 259.

Nell'effettuare questa riconversione ermeneutica, la Corte, in sostanza, è come se si fosse, in fin dei conti, limitata ad operare una semplice trasformazione del vecchio divieto categorico e incondizionato in una regola "rivedibile" posta al servizio delle circostanze e aperta alle eccezioni: in altre parole, una mutazione genetica nel cui quadro il divieto assoluto e indiscriminato originariamente vigente, una volta rimosso, vivrebbe una "seconda vita" come "doppio spettro", a livello di normazione amministrativa, nelle forme di una regola defettibile, superabile, derogabile, (una regola, come si dice, "pro tanto" o "tutto considerato"), subordinata all'accertamento delle giustificazioni di sfondo e al bilanciamento delle ragioni in conflitto, per di più a cura di un attore amministrativo prevalentemente polarizzato su uno solo degli interessi in gioco.

Nel far ciò, il tribunale costituzionale non sembra che si sia discostato di molto dal consueto repertorio della c.d. "ragionevolezza in negativo" - e cioè da quella più tradizionale strategia di controllo costituzionale, frequentemente impiegata, ad es., nel vaglio di legittimità delle fattispecie a pericolo astratto (o presunto) che consiste nel dichiarare la disposizione "non manifestamente irrazionale o arbitraria" secondo l'*id quod plerumque accidit*, e cioè fondata su una «generalizzazione statisticamente valida ma non universale»<sup>12</sup>, salvo poi affidare agli organi dell'applicazione il compito di sovvertirla nel caso concreto.

Vero è che, da un punto di vista formale, se la regola generale di fonte legislativa prima in vigore era: *'tutti gli scambi di oggetti sono vietati, senza eccezioni'*, dopo l'intervento della Corte, la regola generale che ne ha preso il posto è diventata: *'tutti gli scambi sono permessi, salvo eccezioni'*.

Ma è altrettanto vero che, al netto dell'(apparente?) più intenso appagamento, quanto meno a livello di retoriche argomentative, di ineludibili esigenze rieducative di rango costituzionale avvertite anche in questo campo come meritevoli di considerazione, e della conseguente approvazione etico-politica che, da questo specifico punto di vista, si sarebbe disposti a concederle, la presa di posizione della Corte per cui *'tutti gli scambi sono permessi, tranne quelli concretamente pericolosi'*, nei suoi esiti decisori ultimi, finisce con l'apparire non molto dissimile, se non proprio col sovrapporsi e coincidere, con quella per cui *'tutti gli scambi sono vietati, tranne quelli concretamente innocui'*.

Una equivalenza funzionale che esce, peraltro, ulteriormente rafforzata dal fatto che restano del tutto in ombra presupposti e modalità pratiche di funzionamento del sistema di controlli prefigurato dalla Corte: si è forse pensato a un sistema di "vigilanza continua" sugli scambi, da esaminare uno alla volta, allo scopo di bloccarli in anticipo, secondo modalità di controllo assimilabili a un *Panopticon* (nel qual caso le differenze tra le due suddette strategie decisorie finirebbero con l'assottigliarsi di molto)? Oppure a un sistema che si attiva solo in presenza di precisi segnali di allarme, e per il resto, consente un'economia di "libero scambio"? Sul punto la Corte omette di fornire istruzioni anche solo debolmente orientative.

Insomma, anziché affermare l'illegittimità della norma che inibisce gli scambi *a meno che* la p.a. non ne decreti la pericolosità in concreto, il giudice costituzionale avrebbe parimenti potuto asserirne, con una "interpretativa di rigetto", la *legittimità* costituzionale *a patto che* se ne dimostri nei singoli casi la pericolosità effettiva, e il risultato finale - garantire «una pur minimale facoltà di socializzazione» attraverso «piccoli gesti di normalità quotidiana», senza il timore di cedimenti sul fronte della sicurezza antimafia - sarebbe rimasto sostanzialmente invariato. Se è stata data la preferenza alla prima modalità di intervento, si può supporre allora che sia stato anche per sfruttare tutto il potenziale retorico-evocativo di una sentenza di accoglimento pieno su un fronte caldo per la tenuta dell'ideale morale-costituzionale della rieducazione come il 41 *bis*, salvo poi tornare a concedere ampio spazio a *totem e tabù* antimafia<sup>13</sup>.

Data la fungibilità pratica dei due schemi decisori ora messa in evidenza, si può perciò avanzare il (malizioso) sospetto che la Corte, in questa occasione, abbia volutamente rinuncia-

<sup>12</sup> Per questa nozione e per la correlativa distinzione con l'opposta categoria delle «generalizzazioni senza base statistica» (o «spurie») v. F. SCHAUER, (2008), pp. 27 e ss.

<sup>13</sup> Da questo punto di vista, l'apertura mostrata dalla Corte al versante dei bilanciamenti in concreto potrebbe essere interpretato come una sorta di parziale cedimento compromissorio alla visione radicale che della lotta alla criminalità organizzata continuano a coltivare ampi settori dell'antimafia politico-sociale e giudiziaria, la prima portata a difendere a tutta oltranza il carcere duro come «una sorta di istituzione sacralizzata attraverso il sacrificio della vita di Falcone e Borsellino e di tante altre vittime note e meno note del terrorismo mafioso, per cui il 41 *bis* andrebbe mantenuto integro in tutte le sue componenti rigoristiche anche per ragioni di ordine simbolico», la seconda portata «per lo più a considerare interesse assolutamente prioritario (tendenzialmente non bilanciabile) l'efficacia preventivo-repressiva della normativa di contrasto alle mafie»: così G. FIANDACA (2020), par. 4.

to a servirsi del più tradizionale schema della “non manifesta irragionevolezza” della fattispecie legislativa, a vantaggio di una (apparentemente?) più radicale pronuncia di annullamento pieno, *proprio perché* consapevole dell’esistenza del “salvagente” offerto dalle c.d. misure atipiche di cui alla lett a) del comma 2 *quater* dell’art. 41 *bis*, in grado di garantire risultati funzionalmente equivalenti.

Quel che preme mettere a fuoco è, infatti, che, in fin dei conti, la logica sottostante a entrambe le strategie decisionali sembra essere, comunque, la medesima: e la si potrebbe riassumere nel prospettato ricorso alla c.d. «delega di bilanciamento in concreto agli organi dell’applicazione»<sup>14</sup>.

Una strategia, quella della delega di bilanciamento, largamente utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale come correttivo alla rigidità legislativa in ampi settori della legislazione penale (dalle presunzioni assolute di pericolosità sociale alle fattispecie di pericolo astratto o presunto)<sup>15</sup> con cui in sostanza la Corte «si limita a temperare la rigida assegnazione di valore che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore». Quando si serve di questo strumento, infatti, il giudice delle leggi il più delle volte non contesta in radice la plausibilità empirico-criminologica o tecnico-scientifica dei predicati fattuali a base della presunzione legale, «ma solo la loro assolutezza, ritenendo che essi possano rivelarsi non attendibili nel caso concreto, per cui al giudice di merito viene “delegato” il compito di procedere ad accertamenti e a valutazioni coerenti con la specificità del caso»<sup>16</sup>.

Viste le cose in quest’ottica, la Corte sembra non essersi spinta molto oltre la scelta di scommettere sulla possibilità di determinare lo spazio dei diritti dei detenuti in rapporto alle ragioni della sicurezza dei cittadini secondo modelli di bilanciamento sensibili alla logica particolaristica dei casi concreti, optando per un meccanismo decisionale che, in fin dei conti, punta esclusivamente a rendere più “malleabile” la presunzione legale alla base del rigido automatismo previgente.

Una simile strategia decisionale si espone, però, a consistenti obiezioni teoriche e pratico-applicative.

Non è chiaro, innanzitutto, quale sia la *ratio* di fondo, l’apposita giustificazione razionale che sta dietro alla generalizzazione prescrittiva adottata, almeno implicitamente, dalla Corte: quella per cui gli scambi solidali di oggetti tra detenuti al 41 *bis non sono pericolosi ma* possono diventarlo eccezionalmente in alcuni casi.

La domanda che resta pendente è: in quali tipologie casistiche e alla presenza di quali specifiche condizioni ciò dovrebbe precisamente accadere? La Corte, al di là del formalistico richiamo alle generiche finalità sottese al regime speciale nel suo complesso<sup>17</sup> e di un vago accenno al «significato simbolico o convenzionale dell’oggetto scambiato», non lo dice, si astiene dal fornire più puntuali criteri-guida in grado di orientare l’ipotizzata procedura di “correzione degli errori” prodotti dalla regola generale adottata<sup>18</sup>.

In altre parole, il giudice costituzionale, nell’optare per una tattica di spostamento ad altra sede (quella amministrativa) di decisioni che, in teoria, dovrebbero istituzionalmente spettargli, si ferma alla fase dell’idoneità-necessità, saltando la fase conclusiva del giudizio di proporzionalità, e cioè quella c.d. del “bilanciamento in senso stretto”: fase funzionalmente deputata a fissare le specifiche condizioni in presenza delle quali un interesse, un diritto o un principio (per es. il finalismo rieducativo delle pene e il senso di umanità che le deve ispirare) può pre-

<sup>14</sup> R. BIN (1991), p. 3574.

<sup>15</sup> Volendo, se ne veda una rassegna in A. TESAURÒ (2012), pp. 4915 e ss.

<sup>16</sup> R. BIN (2004).

<sup>17</sup> Come recita l’art. 41-bis, comma 2-quater, lettera a), O. P. evitare – «contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni criminali contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate».

<sup>18</sup> Per considerazioni analoghe a quelle qui svolte, proporziate da discussioni informali con lo stesso intrattenute, v. G. FIANDACA (2020), par. 4, il quale, nel quadro di una valutazione complessiva della sentenza in questione nei cui confronti manifesta «una condivisione di principio insieme a qualche ragione di perplessità», avanza riserve «rispetto a quella parte della sentenza n. 97/2020 in cui la facoltà di scambiare oggetti finisce con l’essere relativizzata sulla base di un bilanciamento in concreto con eventuali esigenze contingenti di sicurezza, la cui valutazione rimane pur sempre rimessa all’amministrazione penitenziaria. Innanzitutto, non mi riesce facile immaginare circostanze concrete nelle quali lo scambio possa risultare concretamente pericoloso, né tipi di oggetti passibili di apparire pericolosi in concreto: il dubbio che tali situazioni di contingente pericolo possano davvero verificarsi mi sembrerebbe avvalorato dal fatto che la Corte – forse non a caso! – si astiene dal fare qualsiasi esemplificazione in proposito. Sicché, azzarderei l’impressione che essa lasci la porta aperta a possibili bilanciamenti in concreto, più per stornare da sé il temuto rimprovero da parte di settori di un’antimafia radicale di procedere ad un progressivo svuotamento del 41 *bis*, che non per la realistica preoccupazione di prevenire effettive situazioni di rischio per la sicurezza collettiva».



valere su un altro (per es. il fascio di interessi protetti dalla normativa antimafia)<sup>19</sup>.

In proposito, quel che va opportunamente messo in evidenza è che, se la Corte avesse *davvero* deciso di chiudere definitivamente i conti col precedente assetto legislativo attraverso una declaratoria secca di illegittimità costituzionale (e conseguente caducazione della disposizione denunciata *senza resurrezioni postume*), allora si che avrebbe potuto limitarsi esclusivamente ad una mera valutazione di inidoneità della misura legislativa sospetta. Ma, una volta determinatasi a riesumare sotto altra forma il fantasma della norma caducata attraverso il contemporaneo ricorso a contro-misure congiunturali rimesse alla competenza dell'amministrazione penitenziaria, al doppio registro di aperture programmatiche di principio e restrizioni compensative *a posteriori*, avrebbe dovuto coerentemente integrare il sindacato di ragionevolezza della norma impugnata con le valutazioni tipiche della terza fase in cui si può idealmente scomporre il relativo giudizio, e cioè quella del bilanciamento "propriamente detto": un'attività ponderativa a carattere «definitorio» cui è - per l'appunto - assegnato il compito di formulare "regole di preferenza condizionata" tra gli interessi in conflitto, tendenzialmente applicabili a casi futuri secondo una logica "sussuntiva" che è direttamente proporzionale al rispettivo grado di "apertura" o "chiusura" del criterio di bilanciamento prescelto<sup>20</sup>.

Il fatto è che, in un quadro epistemologico di riferimento che, come vedremo nel prossimo paragrafo, appare dominato da forti incertezze cognitive e da ancor più pronunciate disfunzionalità pratico-applicative, la mera richiesta rivolta all'amministrazione penitenziaria di fornire la prova empirica della pericolosità in concreto del singolo scambio equivale, in molti casi, a una richiesta 'supererogatoria' ai limiti della *probatio diabolica*.

E, in un quadro come questo, il correttivo della ricerca di indici di pericolosità effettiva finisce, come vedremo, con l'assomigliare molto da vicino a una "delega in bianco" che, in nome di una certa "ideologia del particolarismo", attribuisce agli amministratori penitenziari un ruolo quasi "sapienziale": quello di un arbitro che, per potere regolare il traffico degli scambi ammessi ed esclusi, deve necessariamente ricorrere a generalizzazioni contingenti di tipo prevalentemente intuizionistico-emotivo, come tali ineluttabilmente destinate a convogliare bisogni retributivo-repressivi, esigenze di stigmatizzazione simbolica, aspettative sociali di sicurezza, valutazioni etico-politiche di riprovevolezza, diagnosi di pericolosità individuale, esitazioni e iper-cautele da "panico securitario".

Pensare al pericolo concreto di collegamenti esterni come a un criterio regolativo passibile di applicazioni tendenzialmente oggettive si risolverebbe, pertanto, in un'operazione ideologica di occultamento delle cruciali scelte di politica criminale penitenziaria che l'interprete amministrativo è volta per volta chiamato ad effettuare<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Il criterio di bilanciamento, a conti fatti, non viene, quindi, esplicitato dalla Corte o resta sotto traccia e, in queste condizioni, il rinvio alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione competente apre uno scenario in cui, a dirla brutalmente, la norma è costituzionalmente illegittima...entro i limiti stabiliti dal circuito penitenziario: sicchè, volendo liberamente adattare una celebre metafora platonica [PLATONE, *Politico* (294a-b)] al rapporto tra Corte costituzionale e amministratori carcerari, si potrebbe dire che la prima, mentre rinuncia ad assumere il ruolo del «medico» o dell'«allenatore» che fornisce un programma di istruzioni da osservare in sua assenza, affida ai secondi il compito del «capitano di una nave» che, «tenendo per legge la propria arte», emette ordini particolari riferiti alla situazione concreta.

<sup>20</sup> Tutto questo ovviamente sempre a patto che si ritenga concretamente possibile formulare un criterio di soluzione del conflitto tra sicurezza e rieducazione/umanità delle pene che vada oltre l'uso di concetti generici a metà strada tra "clausole generali" e "concetti disposizionali", e cioè un po' più articolati della mera pericolosità in concreto del singolo scambio desunta dal suo significato metaforico-allusivo (un criterio che, come vedremo, apre la strada a cortocircuiti applicativi di difficile soluzione). Perché, altrimenti, se - come spesso accade quando si ricorre alla delega di bilanciamento - l'unica opzione a disposizione è preconstituire regole di bilanciamento con un livello di vincolatività *ex ante* così basso da risultare integralmente consegnate alla discrezionalità politico-valutativa dell'interprete (amministrativo), forse sarebbe stato il caso di valutare la preferibilità di una pronuncia radicalmente demolitoria. Per un affresco generale sul bilanciamento come tecnica argomentativa, e in particolare per la nozione di bilanciamento definitorio, e la sua distinzione dal bilanciamento "caso per caso" v. G. PINO (2010), pp. 173 e ss., e bibliografia ivi citata. Per un'indagine sui caratteri generali del bilanciamento condotta nel prisma del (neo-)costituzionalismo contemporaneo, v. sempre G. PINO (2017), pp. 142 e ss.

<sup>21</sup> Al punto che non sembra del tutto fuori luogo ipotizzare che sul meccanismo disegnato dalla Corte pesi l'ombra del c.d. *argomento della sfiducia* (nei confronti di una certa classe di decisori: nel nostro caso, i decisori penitenziari; in relazione a certi tipi di decisioni: nel nostro caso, l'accesso a forme minime di socialità tramite un'autorizzazione agli scambi): una volta che il meccanismo per correggere «gli errori inevitabilmente commessi decidendo secondo generalizzazioni sia creato, esso sarà comunque in balia dei della discrezionalità dei correttori d'errore: una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona allocazione dell'autorità decisionale ma ad altri sembrerà variabile quanto la misura delle scarpe del cancelliere»: così F. SCHAUER, (2008), p. 57.

## 2.1. (segue). Un possibile ponte tra procedure penitenziarie di controllo e scienze cognitive.

Sulla scia delle considerazioni appena fatte, se si volesse tentare una applicazione a questo micro-ambito specifico delle elaborazioni di stampo “cognitivistico” note come “Dual Process Theories”<sup>22</sup>, si potrebbe provare a ricondurre il controllo ispettivo demandato al complesso penitenziario alla fortunata distinzione che D. Kahneman fa tra due tipi fondamentali di processi che caratterizzano l’apparato cognitivo degli esseri umani, rispettivamente denominati «Sistema 1» e «Sistema 2»<sup>23</sup>.

Le operazioni svolte dal «Sistema 1» sono automatiche, intuitive, veloci, non richiedono un particolare impegno cognitivo né un laborioso sforzo “raziocinativo” scandito da inferenze coscienti. I processi svolti dal «Sistema 2», invece, sono «lenti, soggetti a controllo cosciente, costosi in termini di attenzione e sforzo cognitivo (...) Il Sistema 2 è pigro: interviene in modo residuale e, poiché le sue operazioni sono dispendiose in termini di risorse cognitive (scarse), risulta inibito in condizioni di carico cognitivo» particolarmente intenso<sup>24</sup>.

Ora, la Corte costituzionale, con il prospettato allestimento di un regime derogatorio di misure atipiche «di elevata sicurezza interna ed esterna», all’interno del qual far transitare il vecchio divieto, sembrerebbe volere caricare sulle spalle della burocrazia carceraria uno sforzo cognitivo da «Sistema 2», almeno a interpretare in modo rigido il previsto accertamento della pericolosità in concreto di ogni singolo scambio nei più rigorosi termini di un capillare apparato di controllo che funziona come un «microscopio della condotta»<sup>25</sup>. E invece, lo scenario d’insieme che, in tali condizioni, ci possiamo realisticamente aspettare come più probabile è, piuttosto, quello di un sistematico ricorso alle «scorciatoie cognitive» (le c.d. «euristiche») di cui tipicamente si avvale il «Sistema 1», tanto più se, in generale, è vero che gli «aspetti automatici, meccanici e intuitivi ascrivibili al Sistema 1 costituiscono la parte preponderante del funzionamento (produzione e applicazione di norme) degli apparati amministrativi»<sup>26</sup>.

Si tratta, però, di *flash* decisionali che, se da un lato, «consentono di sostituire a un compito cognitivo più difficile compiti cognitivi più facili e meno dispendiosi» sono, dall’altro, frequentemente causa di *bias*, di errori di valutazione, di «distorsioni cognitive sistematiche»<sup>27</sup>.

Ma comunque, anche a volere ammettere la possibilità di un equilibrato dosaggio, in sede di prognosi di pericolosità dei singoli passaggi di beni di consumo, tra S1 e S2, tra efficiente impiego di risorse cognitive scarse e correttezza sostanziale dei risultati, il dubbio radicale che si prospetta, e che tenteremo di affrontare subito appresso, è un altro: e, cioè, se la possibilità di procedere a una «riconsiderazione» della regola autorizzativa statuita dalla Corte, e alla correlativa distinzione tra «casi normali» e «casi anomali» di scambio, non si riveli, in larga parte, priva di intrinseca plausibilità empirico-criminologica<sup>28</sup>.

Se questo è lo sfondo teorico, la probabilità che l’eccesso di ottimismo manifestato dalla Corte sull’affidabilità empirica degli accertamenti «diretti ed effettivi» dell’amministrazione carceraria<sup>29</sup> possa comportare, come in un paradossale “gioco dell’oca”, il rischio di ritornare ricorsivamente alla casella di partenza e, in ogni caso, quello di affidarsi, per dirla ancora con M. Foucault, alla «minuzia cattiva e pignola delle discipline e delle loro investigazioni»<sup>30</sup> sembra, per le ragioni che diremo, tutt’altro che remota.

<sup>22</sup> M. BRIGAGLIA, B. CELANO (2017), 526.

<sup>23</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, London, Penguin, 2011, trad. it. a cura di L. Serra, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012.

<sup>24</sup> M. BRIGAGLIA, B. CELANO (2017), 527.

<sup>25</sup> M. FOUCAULT (1976), 190: «il che implica due dispositivi essenziali. E’ necessario che il prigioniero possa essere tenuto sotto controllo permanente; è necessario che siano registrate e contabilizzate tutte le note che si possono raccogliere» (Id, p. 272). E del resto si può dire che «il tema del *Panopticon* - nello stesso tempo sorveglianza e osservazione, sicurezza e sapere, individualizzazione e totalizzazione, isolamento e trasparenza» ha trovato nella disciplina del 41 bis O. P. un luogo privilegiato di realizzazione.

<sup>26</sup> M. BRIGAGLIA, B. CELANO (2017), 530.

<sup>27</sup> M. BRIGAGLIA, B. CELANO (2017), 527.

<sup>28</sup> Sul problema della «riconsiderazione» e sulla possibilità di una distinzione tra «casi normali» e «casi anomali», proiettata su uno sfondo teorico di stampo “psicologista” v. B. CELANO (2017), pp. 332 e ss.

<sup>29</sup> Sul punto F. SCHAUER, (2008), pp. 96 e ss.

<sup>30</sup> M. FOUCAULT (1976), p. 246.

### 3. Alcune considerazioni critiche tra diritto e sociologia della devianza.

In effetti, forse, la vera questione di fondo non era quella, in un certo senso più formale, dell'idoneità/necessità della misura legislativa al perseguimento delle esigenze di sicurezza avvertite nella lotta all'(arci-)nemico mafioso, secondo i moduli argomentativi tradizionalmente in uso in questo settore, ma una questione più sostanziale: quella della "ragionevolezza intrinseca" della previsione di rischio alla base della disposizione sospetta.

A ben guardare, il *thema decidendum* sottoposto alla cognizione del giudice delle leggi ha finito, in un certo senso, con l'oscurare quello che ci appare come il vero nodo centrale dell'intera questione: la connessione tra scambio di oggetti e trasferimento di messaggi all'esterno è una connessione assistita da premesse empiriche razionalmente controllabili?

Rispondere a una simile domanda avrebbe significato per la Corte affrontare le insidie del sindacato di costituzionalità sui c.d. «giudizi di fatto» emessi dal legislatore<sup>31</sup>. Un tipo di controllo, quello esercitato sui presupposti empirico-fattuali della normativa da scrutinare, il cui più elevato tasso di problematicità risiede tutto nei maggiori rischi di conflittualità col decisore politico: rischi derivanti dal fatto che si tratta di una diagnosi tutt'altro che oggettiva, asettica e neutrale, ma che, al contrario, è di regola, ampiamente infiltrata da componenti assiologico-valutative che riguardano principalmente il diverso peso specifico che si è disposti ad assegnare agli interessi in gioco (nel nostro caso, per sfruttare un noto gioco di parole, i "diritti della sicurezza" e la "sicurezza dei diritti").

Il sindacato che assume ad oggetto i predicati fenomenico-fattuali su cui la generalizzazione legislativa si basa è, infatti, normalmente caratterizzato da uno strettissimo, e pressoché indissolubile, intreccio tra "giudizi di fatto" e "giudizi di valore", nel senso che l'uno "impregna" l'altro in una spirale ermeneutica di continue interazioni reciproche. Il che accade soprattutto quando, come nel nostro caso, gli apprezzamenti valutativo-discrezionali del giudice costituzionale non si innestano su considerazioni fattuali a carattere tecnico-scientifico in senso stretto, ma su un retroterra fenomenico di tipo genericamente storico-sociologico.

La Corte però non si avventura su questo scivoloso terreno, non dice che la fattispecie in discussione è costituzionalmente illegittima perché si fonda su una «generalizzazione senza base statistica» (o «spuria»). Al contrario, tratta (quantomeno implicitamente) la norma in questione come imperniata su una «generalizzazione statisticamente fondata *ma non universale*», e tenta di prescriverne un uso appropriato e accorto, attento alla peculiarità dei singoli casi.

Più in particolare, la generalizzazione originariamente posta a base della disposizione dichiarata incostituzionale - e poi mantenuta parzialmente in vita (una volta riveduta e corretta in chiave particolaristica) dalla Corte - non è certo quella, vaga e generica, secondo cui si possono, in generale, trasmettere messaggi cifrati attraverso passaggi di oggetti carichi di significato simbolico; ma quella, più specifica e settoriale, secondo cui i mafiosi a) vi ricorrono abitualmente e b) comparativamente posseggono più spiccate abilità comunicative che li rendono capaci più di altri di sfruttare opportunisticamente oggetti di uso quotidiano nella libera disponibilità dei detenuti per fare filtrare all'esterno (più o meno complessi) messaggi in codice: insomma, una diabolica fantasia comunicativa, un multiforme "pensiero simbolico" difficilmente contenibile, in possesso di soggetti dotati di risorse intellettuali superiori alla media ma resi perversi - per recuperare una classificazione etnografica di Ferrus citata da M. Foucault - «sia dalle "tendenze della loro organizzazione" e da una "predisposizione nativa", sia da una "logica perniciosa"»<sup>32</sup>.

Insomma, la mafiosità come *fattore predittivo significativo* della propensione all'uso strumentale di oggetti all'apparenza innocui per scopi simbolico-espressivi.

Nell'orizzonte di senso in cui si iscrive, inoltre, la generalizzazione su cui la norma si basa presuppone anche una situazione in cui l'avvenuto scambio di oggetti - che, in base alle norme che presiedono alla formazione dei c.d. "gruppi di socialità" non dovrebbe intercorrere con «soggetti della medesima organizzazione, ovvero componenti di rilievo di organizzazioni operanti in alleanza o in contrapposizione tra loro o su territori confinanti» o «tra personaggi di spicco, a qualunque formazione mafiosa appartengano» (art. 3.1, n. 8) - sia reso noto dal de-

<sup>31</sup> Per rilievi di analogo tenore cfr., in una prospettiva teorica di respiro più generale, FIANDACA (2011), pp. 270 e ss., e 288 e ss.

<sup>32</sup> M. FOUCAULT (1976), p. 278.

tenuto incaricato ai suoi familiari e, poi, da questi portato a conoscenza del destinatario finale.

Si tratta, perciò, non di una comunicazione *one to one* ma di una comunicazione *one to many* che «richiede coordinazione per essere concretamente fattibile»<sup>33</sup>. Per esemplificare, una situazione del tipo: il detenuto A chiede al familiare B di riferire al mafioso in libertà Z che il mafioso H, suo compagno di gruppo, gli ha dato o ha ricevuto - per citare a casaccio dal c.d. Modello 72 allegato alla Circolare D.A.P. n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 - un barattolo di acciughe sott'olio, un adesivo per dentiera, o uno spremi agrumi in plastica<sup>34</sup>.

Orbene, nessuno contesta ovviamente che - per capovolgere il noto motto di John Austin - in generale si possano “dire parole con le cose”.

Né che esista un apparato linguistico mafioso - con caratteristiche (semantiche, lessicali, morfologiche, sintattiche) che si collocano a metà strada tra vera e propria «lingua speciale» o «sotto-codice» e mero «gergo» malavitoso - alla stregua del quale, come direbbero i linguisti, sia astrattamente possibile attribuire anche ad oggetti di uso quotidiano un significato “marcato” (ossia traslato)<sup>35</sup>.

Quello che può, invece, apparire meno empiricamente plausibile è il salto logico-concettuale tra scambio di oggetti tra detenuti e passaggio di informazioni all'esterno.

Questo salto presuppone infatti a) o un'inesistenza pregressa di un “cifrario mafioso” già consolidatosi, di un sistema simbolico-rituale di connessioni semantiche già formatosi come patrimonio comune degli associati: e cioè un deposito preesistente di assunzioni linguistiche condivise tra i parlanti, un sapere “iniziatico” preventivamente disponibile in grado di attribuire un preciso significato metaforico-allusivo all'oggetto dello scambio; oppure b) una serie di stipulazioni linguistiche contingenti *concordate volta per volta* fra tutti i soggetti implicati nella complessa dinamica interazionale, e cioè una “transazione linguistica” fra mittente, intermediario, familiari e destinatario finale in grado di attribuire uno specifico significato convenzionalmente pattuito all'oggetto dello scambio.

Come vedremo, se queste sono le precondizioni essenziali per la sua effettiva realizzabilità, l'opera di preselezione e successiva decifrazione che la Corte fiduciosamente affida al circuito penitenziario può andare incontro a disfunzioni applicative difficilmente superabili.

## 3.1. *(segue). Segnali convenzionali e segnali iconici.*

In proposito la letteratura socio-criminologica di riferimento distingue tra «segnali convenzionali» e «segnali iconici»<sup>36</sup>. Vediamone i tratti basilari.

Intanto, la premessa di fondo data per scontata è che una comunicazione può basarsi con successo su un segnale convenzionale a patto che almeno due soggetti, il mittente (*signaler*) e il ricevente (*receiver*), «sappiano quale significato attribuirgli e che il significato sia lo stesso per entrambi»<sup>37</sup>.

Fatta questa premessa, la caratteristica essenziale dei *segnali convenzionali*, di cui fanno (largo) uso le associazioni criminali, viene individuata nella capacità di stabilire un collegamento *arbitrario* tra “segno” e “referente”. I segnali convenzionali ampiamente diffusi nel sotto-mondo mafioso sono, cioè, per dirla con F. De Saussure, «Significanti Fluttuanti»: nel senso che «sono *contingentemente* associati al messaggio che intendono trasferire».

La conseguenza che se ne ricava è che «la contingenza del legame tra segno e messaggio, quando sia stata privatamente concordata, consente agli intranei (*insiders*) di lasciare gli estranei (*outsiders*) all'oscuro su quanto si stanno comunicando l'un l'altro». Ovviamente sempre fatta salva la possibilità che questi ultimi non abbiano avuto «prior knowledge of the meaning», non ne abbiano avuto preventiva contezza<sup>38</sup>.

Il connotato dell'“arbitrarietà” (o dell'«indifferenza», per cui, ad. es, *big* può significare *small*

<sup>33</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 172 (traduzione nostra).

<sup>34</sup> Sulla circolare in questione cfr. per un sintetico quadro d'insieme, V. MANCA, Il DAP riorganizza il 41 bis O. P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, in *Diritto penale contemporaneo* 6 novembre 2017.

<sup>35</sup> Per i rispettivi punti di contatto e di separazione tra i concetti (indagati dalla c.d. “linguistica della variazione”) di «lingua speciale» o «sotto-codice» e «gergo» v. G. PATERNOSTRO (2017), pp. 18 e ss.

<sup>36</sup> In proposito cfr. D. GAMBETTA (2009), pp. 150 e ss. Le traduzioni che seguono sono tutte traduzioni di servizio.

<sup>37</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 150.

<sup>38</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 151.



e *red* può significare *go!*) e il connesso allentamento dei vincoli di coerenza contenutistica tra vettore e messaggio vale, però, più in sede teorico- astratta che non sul terreno delle concrete esigenze di funzionamento dell'apparato comunicativo di cui si avvalgono le organizzazioni mafiose: nel senso che «in vista del raggiungimento di scopi comunicativi pratici, il ricorso a segnali convenzionali deve tenere conto sia di assicurare le condizioni per un loro agevole impiego, sia dell'eventualità che possano essere fraintesi o mal impiegati (...) Pertanto, la loro ideazione deve cercare di ottimizzarne la capacità di essere chiaramente decodificabili dal destinatario, agevolmente distinguibili da segnali concorrenti con esso potenzialmente confondibili, facilmente memorizzabili, separabili senza difficoltà da un'emissione involontaria di essi».<sup>39</sup>

Quanto alle specifiche modalità attraverso cui può emergere il collegamento tra un significato *s* e un significante *k* se ne individuano almeno tre: la più semplice consiste in un accordo stipulativo (*agreement*) tra due o più soggetti (ad es. “se mi gratto la punta del naso, o “se consegno una lozione antizanzare, un lucido da scarpe o una pinzetta per sopracciglia” “allora significa che...”); un'altra modalità per mezzo della quale si possono produrre effetti denotativi passa attraverso una «attribuzione autoritativa di senso» con cui si stabilisce, con effetto per tutti gli interessati, che, d'ora in poi, *s* significa *k*: azione autoritativa che, a differenza dell'accordo, richiede necessariamente più di due *partners* e un tessuto connettivo comune, uno stesso *network* criminale; una terza modalità attraverso cui, come direbbero i linguisti, può emergere un “riferimento”, una corrispondenza semantica tra segno e messaggio, può consistere nello sfruttamento di una ben nota associazione, già acquisita in precedenza, tra *s* e *k* (come accade per es. con l'utilizzo dell'immaginario linguistico e dell'universo simbolico-visuale dei *gangster movies*); infine, un altro modo grazie al quale possono germogliare segnali convenzionali è attraverso una progressiva, non pianificata genesi e stabilizzazione di senso: «essi possono, in altre parole, emergere “naturalmente”, senza un preventivo accordo o una preesistente autorità a ciò abilitata che intervenga a fissarli»<sup>40</sup>.

Dal canto loro, i c.d. *segnali iconici* presentano rispetto ai *conventional signal*, il non trascurabile vantaggio di riuscire a «convogliare con successo informazioni senza che ci sia alcun bisogno dell'intervento di un accordo, un'autorità o un precedente». E ciò si spiega col fatto che, a differenza dei segnali convenzionali, i segnali iconografici sono «Significanti non Arbitrari»: nel senso che si tratta di «segnali concepiti e impiegati in modo tale da alludere o rinviare, più o meno esattamente, allo specifico contenuto del messaggio che il mittente intende far pervenire al ricevente».

Pur potendo avere anch'essi una radice genetica di tipo convenzionale, il loro potere denotativo non dipende da questo ma è interamente attribuibile alla stretta omogeneità semantica tra segno e riferimento. Date tali caratteristiche, ciò che potrebbe rendere potenzialmente attrattivo e redditizio il ricorso a tale tipologia di segnali è il fatto che essi «non sono così criptici come i segnali convenzionali puri, in cui non c'è niente che connette il segno al messaggio» e, dunque, possono essere afferrati e compresi «alla prima interazione»<sup>41</sup>.

Ma la medaglia ha un rovescio: poiché il significato veicolato da un messaggio iconografico può essere decrittato «senza necessità di acquisire di previe informazioni» da chi condivide (o conosca) lo stesso universo simbolico, le controindicazioni cui tali codici comunicativi naturalmente si espongono, e che ne sconsigliano l'uso, sono costituiti dal fatto che essi «possono essere afferrati e compresi anche da coloro che il mittente vorrebbe, piuttosto, mantenere all'oscuro». Certo, tali vettori di messaggi crittografati possono essere «scelti o costruiti in modo meno letterale e abbastanza ambiguo da consentire una comunicazione riservata che non riveli apertamente le proprie intenzioni». ma resta il fatto che in tal modo si corre il serio rischio di creare «disorientamento e diffidenza piuttosto che sicure certezze nelle terze parti riceventi»<sup>42</sup>.

Ora, come segnalavamo in precedenza, il funzionamento pratico del sistema di controlli abbozzato a grandi linee dalla Corte presuppone l'impiego da parte dell'amministrazione di un serbatoio preesistente di connessioni simboliche già sedimentatosi (che si può dare già per acquisito); oppure la specifica conoscenza di un'apposita transazione linguistica tra i soggetti interessati in grado di attribuire un significato metaforico contingente all'oggetto dello scambio.

<sup>39</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 153.

<sup>40</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 152.

<sup>41</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 154.

<sup>42</sup> D. GAMBETTA (2009), p. 154.

Sulla scia delle considerazioni a carattere sociologico sopra tratteggiate a grandi linee, il punto che conviene mettere nel dovuto risalto è che, iconici o convenzionali che siano, deve necessariamente trattarsi di segnali che, per raggiungere il loro scopo comunicativo (per risultare praticamente efficaci) non possono ovviamente essere stati già decodificati, per es. dal sapere giudiziario o criminologico; altrimenti - in nome del c.d. «opportunismo comunicativo» che tipicamente contraddistingue l'«agire comunicativo» degli affiliati di mafia - verrebbero sicuramente abbandonati a vantaggio di altri.<sup>43</sup> Deve, dunque, giocoforza trattarsi di segnali che, per poter essere utilmente impiegati, continuano a beneficiare di un alone di «segretezza esoterica»: e, cioè, di segnali che, per definizione, devono rimanere sottratti al patrimonio cognitivo di amministratori, operatori e consulenti penitenziari.

Insomma, se sono noti, sono stati già «sgamati» e, con ogni probabilità, non verranno usati; e, se sono rimasti ignoti, non li si può sventare<sup>44</sup>!

Se è davvero così che stanno le cose, il rischio che un «baco del sistema» inceppi il meccanismo «particolarista» prospettato dalla Corte, fino a farlo collassare su sé stesso e farlo assomigliare molto da vicino a un «cane che si morde la coda», è tutt'altro che remoto.

Se si accettano le premesse socio-criminologiche sopra passate in rassegna, infatti, se ne dovrebbe concludere, innanzitutto, che si tratta di messaggi in codice insuscettibili di formare oggetto di una regolamentazione normativa allestita preventivamente, del tipo di quella adombrata dalla sentenza in questione.

Sembra infatti di dover fare i conti con una regolamentazione che, proprio per le *caratteristiche di segretezza* che tipicamente connotano c.d. «comunicazione interna» delle organizzazioni mafiose<sup>45</sup>, non sembra - contrariamente alle attese della Corte - già *per ragioni strutturali* nelle condizioni di potere «predeterminare» - di poter definire *in anticipo*, a livello di norma-zione amministrativa - un elenco che codifichi *ex ante* le tipologie merceologiche di oggetti non scambiabili, in quanto potenziale «veicolo di comunicazioni difficilmente decifrabili»: come nel famoso paradosso di «Achille e la tartaruga», una regolamentazione costantemente «all'inseguimento» che, per quanto insolito possa a prima vista apparire, proprio quando pare conseguire i suoi obiettivi, nello stesso tempo li vanifica!

In secondo luogo, si tratta di segnali che - come avremo modo di rilevare subito appresso - finiscono, *di fatto*, per non risultare quasi mai intercettabili da parte del personale addetto alla vigilanza degli istituti o delle sezioni «speciali», neanche quando si tratta quella particolare categoria di *segnali convenzionali* che costituiscono il frutto di un accordo stipulativo *ad hoc* (*agreement*) tra mittente, destinatario e intermediario.

Tutto questo non può che generare un cortocircuito, una crisi di funzionamento, nel sistema di verifiche «in concreto» progettato dalla Corte. Vediamo più in dettaglio perché.

## 4. Si possono distinguere razionalmente scambi pericolosi da scambi innocui?

Premesso che l'interdizione del singolo scambio - almeno se gli si deve davvero assegnare una funzione di prevenzione anticipata in vista del conseguimento di utilità finali - non può intervenire «a cose fatte», a scambio e comunicazione avvenuti (e cioè in chiave meramente reattivo-sanzionatoria *ex post*) ma deve necessariamente intervenire *prima* dello scambio, si può realisticamente ipotizzare che la Corte abbia immaginato un «gioco di coordinazione strategica» (un gioco di «decisioni interdipendenti»)<sup>46</sup> tra «circolari» del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, cui assegnare il compito di stabilire in via generale e astratta quando

<sup>43</sup> Di «opportunismo comunicativo», per alludere alla capacità degli associati di mafia di sapere adeguare il sistema di comunicazione da adottare di volta in volta alle mutevoli condizioni di contesto esterne, G. PATERNOSTRO (2018), p. 28.

<sup>44</sup> Come confermano anche le c.d. «ricerche cliniche nel sociale», «le espressioni utilizzate all'interno di Cosa Nostra non vengono quasi mai codificate rigidamente a priori, il linguaggio come strumento di comunicazione segreta si realizza spesso in maniera dinamica, la sensazione è quella che questi uomini non si rifacciano ad un codice ben preciso ma piuttosto a regole espressive che incorniciano e fanno da veicolo di espressione/comprendimento delle loro comunicazioni. Lo scenario è quello di un linguaggio implicito, ricco di simbolismi e caratterizzato da una forte obliquità semantica: i termini non diretti e non trasparenti, lasciano intravedere significati, senza mai mostrarli chiaramente, quindi semanticamente obliqui, il linguaggio diviene metaforico, fortemente allusivo e mai esplicito»: G. MANNINO, S. GIUNTA, S. BUCCAFUSCA, G. CANNIZZARO, G. LO VERSO (2014). Sul punto v. anche S. DI PIAZZA (2010).

<sup>45</sup> Per la distinzione tra «comunicazione interna» e «comunicazione esterna» v. G. PATERNOSTRO (2018).

<sup>46</sup> Per l'uso di questa terminologia, ispirata alla teoria dei giochi interpretativi «cooperativi» e non «cooperativi» cfr. CELANO (2006), pp. 86 ss.

un oggetto possedga virtualità comunicative, e “ordini di servizio” (cioè, provvedimenti applicativi) delle direzioni dei singoli istituti: un riparto di competenze decisionali in cui alla prima venga riservato un primo, più generico, bilanciamento “all’ingrosso” (o “per grandi categorie”) tra sicurezza e rieducazione, in base al quale disporre, per es., che sono vietati gli scambi di oggetti che «per caratteristiche intrinseche, precedenti convenzioni o rapporti interpersonali» recano con sé il rischio di «trasformarsi in uno strumento per la trasmissione di messaggi all’esterno»<sup>47</sup>; e alle seconde venga invece affidato il compito di specificare in dettaglio le indicazioni ‘a trama aperta’ fornite loro *via* circolare ministeriale attraverso bilanciamenti *ad hoc* tra gli stessi interessi in gioco da compiersi caso per caso (*one case at the time*).

Ora, niente assicura, però, che all’implementazione applicativa di una normativa interna di questo tipo riesca quanto non è riuscito di fare, né al legislatore prima, né alla Corte costituzionale poi: e cioè distinguere razionalmente scambi pericolosi da scambi innocui.

Verosimilmente, proprio per la sopra segnalata difficoltà strutturale di «portare il retroscena alla ribalta»<sup>48</sup> al momento di fare i conti col c.d. «paradosso della comunicazione mafiosa» - una comunicazione sempre sospesa tra rigidi vincoli di segretezza verso l’esterno e ineludibili esigenze di gestione degli affari e controllo del territorio<sup>49</sup> - le direzioni dei singoli istituti, più che analizzare la pericolosità degli scambi con gli strumenti della “sociolinguistica” e della “pragmatica della comunicazione” (e, cioè, studiando il modo in cui si collegano al loro “contesto di produzione e fruizione”) saranno, piuttosto, presumibilmente indotte a orientare le proprie determinazioni in base a un complesso di fattori di natura intuizionistico-emotiva del tipo di quelli segnalati nel paragrafo precedente. Fattori il cui nocciolo duro è costituito da *diagnosi di pericolosità individuale*, a loro volta desunte dalla caratura, anche socio-antropologica, dei personaggi coinvolti, dalla loro biografia criminale, dal loro più o meno altolocalo *pedigree* mafioso.

Il che, contrariamente alle premesse programmatiche da cui parte la sentenza, sposterebbe fatalmente il *focus* dell’indagine dall’oggetto al soggetto, visto come «unità biografica, nucleo di pericolosità, rappresentante di un tipo di anomalia»<sup>50</sup>.

Non è difficile ipotizzare, cioè, che le decisioni adottate in questo ambito dalle agenzie penitenziarie di controllo verranno prese col sistema del c.d. «resoconto morale», ossia in base alle risultanze di una sorta di *vademecum*, di «bollettino individuale» in mano all’amministrazione, in cui viene registrato un sapere biografico-esistenziale sul detenuto «che deve servire da principio regolatore per l’esercizio della pratica penitenziaria»<sup>51</sup>. Cosa che, tra parentesi, potrebbe esporre all’ulteriore rischio di strumentalizzazioni in chiave ritorsiva con cui convertire una tale «disciplina del minuscolo» in una «tecnica dell’esistenza raddrizzata»<sup>52</sup>.

Ma non è solo questo.

Non è infatti da escludere che, in definitiva, il programmato ricorso a questo «infradiritto» di matrice penitenziaria<sup>53</sup> possa pure risolversi in un deludente “gioco a somma zero” in grado di smentire le sue stesse premesse di partenza, che dietro l’angolo si accampi, sempre in agguato, il rischio di un freudiano “ritorno del rimosso”: fuor di metafora, che i provvedimenti applicativi della direzione del carcere - soprattutto se, come c’è da aspettarsi, gli oneri motivazionali cui pure allude la Corte verranno assolti in modo sostanzialmente elusivo, riproducendo in forma stereotipata le formule adottate in via generale e astratta a livello ministeriale - si traducano, proprio per la difficoltà di promuovere applicazioni razionali differenziate ‘caso per caso’, o in selezioni arbitrarie di oggetti ammessi e di oggetti esclusi dal novero degli scambi leciti, come tali rimesse alla «sapienza sovranità del guardiano»<sup>54</sup>; oppure, in sbrigative inter-

<sup>47</sup> Così la sentenza n. 97 del 2020, citando testualmente il precedente di Corte Cost. n. 122 del 2017.

<sup>48</sup> Per parafrasare E. GOFFMAN (1969).

<sup>49</sup> Così G. PATERNOSTRO (2017), p. 8 secondo cui la stingente necessità di orientare la propria azione a vincoli di segretezza-silenzio-omertà (apparentemente l’antitesi della comunicazione) dà luogo a un «peculiare sistema comunicativo».

<sup>50</sup> M. FOUCAULT (1976), p. 279.

<sup>51</sup> M. FOUCAULT (1976), pp. 274 e ss..

<sup>52</sup> M. FOUCAULT (1976), pp. 152 e 276: uno scenario di «piccole astuzie dotate di grande potere di diffusione, disposizioni sottili, d’apparenza innocente, ma profondamente insinuanti, dispositivi che obbediscono a inconfessabili economie o perseguono coercizioni senza grandezza».

<sup>53</sup> «Infradiritto» che, secondo M. FOUCAULT (1976), p. 242, è fatalmente destinato ad assumere piuttosto i tratti di un «contro-diritto»: «un meccanismo immenso e minuscolo insieme, che sostiene, rinforza, moltiplica la dissimmetria dei poteri e rende vani i limiti che le sono stati posti» (per esempio, nel nostro caso, dalla Corte Costituzionale); un meccanismo che opera attraverso «discipline minutissime» che funzionano come «contropartita biopolitica delle norme giuridiche» (ancora una volta, ad esempio, quelle statuite dalla Corte con la sentenza in questione): «di qui senza dubbio l’importanza attribuita ai piccoli procedimenti della disciplina, alle piccole astuzie che essa ha inventato o, ancora, ai saperi che le conferiscono un aspetto confessabile; di qui il timore di disfarsene se non si trova loro un sostituto».

<sup>54</sup> L’espressione è di M. FOUCAULT (1976), p. 270.

dizioni “a tappeto”<sup>55</sup>.

Sotto tale ultimo profilo, si può, ormai, francamente riconoscere che la disposizione pre-vigente era espressione dell’atteggiamento di “paranoia emergenziale” che deve avere verosimilmente ispirato i compilatori della riforma del 41 *bis* all’epoca della sua introduzione. Col supporto della letteratura psicoanalitica, si può, cioè, dire che, almeno per come era stata originariamente concepita, la norma risentiva di quella che, in sede di psicologia clinica, viene individuata come la caratteristica centrale dell’atteggiamento paranoico, l’assioma per cui «*tutto è segno*»<sup>56</sup>: un assioma che «sopprime il non-senso dal registro dell’esperienza per ricondurre - in un movimento di surriscaldamento semantico della catenaificante - tutto ciò che accade alla dimensione del senso»<sup>57</sup>.

La domanda provocatoria che, alla luce di quanto detto finora, ci si potrebbe legittimamente porre è allora: siamo sicuri che scommettere su un sistema non formalizzato di sorveglianza “orientato al caso concreto” serva davvero a mettere al riparo da una simile tendenza all’«accelerazione dell’attitudine ermeneutica», in cui il soggetto tenuto alla vigilanza sugli scambi «accerchiato da questi fenomeni enigmatici, si trova costantemente impegnato in un esercizio di decifrazione» che risolve per lo più vietando<sup>58</sup>? O siamo, piuttosto, di fronte a una mera riproduzione in abiti politicamente (e costituzionalmente) più corretti della stessa logica di fondo?

Muovendoci nel campo del pronostico puro, alla domanda su come l’amministrazione penitenziaria potrebbe gestire questo “bilanciamento caso per caso” delegatogli dalla Corte tra il fascio di interessi protetti dalla normativa antimafia e le esigenze costituzionali di rieducazione/umanità delle pene di cui all’art. 27, terzo comma, Cost., si potrebbe in effetti teoricamente rispondere profilando due possibili scenari.

Nello Scenario 1, le direzioni dei singoli istituti, prese dall’incertezza su come agire, si faranno appunto dominare da una paralizzante “ermeneutica del sospetto” su possibili flussi informativi in uscita e, nella maggior parte dei casi, vieteranno lo scambio, ripristinando, *nei fatti*, lo *status quo ante*.

Nello Scenario 2, invece, le direzioni dei singoli istituti, ancora una volta non disponendo, nella maggior parte dei casi, di strumenti cognitivi di tipo socio-criminologico in grado di fornire risultati univoci, si comporteranno in modo diametralmente opposto, autorizzando tutti gli scambi.

Se mai dovesse finire col prevalere quest’ultimo orientamento di fondo, l’unica eccezione potrebbe essere costituita da quella specifica sotto-categoria, sopra menzionata, di segnali convenzionali che costituiscono il frutto di un accordo stipulativo (*agreement*) tra due o più soggetti: e cioè dei (per il vero, non molto frequenti) casi in cui si riesca ad avere preventiva contezza, a livello probatorio, di una “triangolazione semantica” *ad hoc* (tra mittente, intermediario e destinatario), di un accordo multilaterale sul significato convenzionale da attribuire in concreto ad un determinato oggetto.

In questa cornice, cioè, l’unica possibilità rimasta sul piatto - l’unico significato plausibilmente attribuibile alla “mistica del caso concreto” promossa dalla Corte - sarebbe quella di «casuali percezioni» o di «specifiche captazioni o intercettazioni ambientali» (per usare la terminologia adottata dalla sentenza in questione) che consentano di svelare tempestivamente specifiche “convenzioni interpretative” *ad hoc* con cui i partecipanti alla negoziazione semantica assegnano a determinati generi merceologici significati previamente concordati.

Al riguardo è, però, forse il caso di chiedersi: non è un po’ “contro-intuitivo” immaginare un *setting* in cui mafiosi reclusi al 41 *bis* e mafiosi in libertà possano realisticamente trovarsi nelle condizioni materiali di contesto adatte per siglare un “patto semantico” con cui decidere

<sup>55</sup> Se davvero così fosse, formalmente si potrà pure assistere in futuro al passaggio da una previsione come quella attualmente contenuta nell’art. 3 della vecchia circolare del 2017 (integralmente riproduttiva del disposto legislativo) secondo cui «dovrà essere assicurata l’impossibilità di scambiare oggetti tra tutti i detenuti/internati anche appartenenti allo stesso gruppo di socialità», ad una nuova previsione secondo cui «dovrà essere assicurata la possibilità di scambiare oggetti tra detenuti/internati appartenenti allo stesso gruppo di socialità, a patto che non si tratti di oggetti che, per caratteristiche intrinseche, precedenti convenzioni o rapporti interpersonali rechino con sé il rischio di trasformarsi in uno strumento per la trasmissione di messaggi all’esterno». *Ma*, per l’impossibilità di stabilirne in modo sufficientemente affidabile la pericolosità, non è da escludere che la quasi assoluta maggioranza degli scambi solidali di oggetti fra detenuti al 41 *bis* possa essere inibita in modo del tutto casuale e incontrollabile o, peggio, tornare a esserlo in modo massivo e senza distinzioni.

<sup>56</sup> J. LACAN (2010), p. 12. Con curiosa assonanza, G. FALCONE (1991), p. 51, aveva affermato, con tutto il peso della sua influenza politico-culturale e con tutto il suo prestigio mediatico-giudiziario, che «tutto è messaggio, tutto è carico di significato nel mondo di Cosa Nostra».

<sup>57</sup> M. RECALCATI (2016), p.136.

<sup>58</sup> M. RECALCATI, (2016), pp. 136-7.



di assegnare un determinato significato simbolico a un futuro scambio di oggetti con soggetti terzi? *Come e quando* potrebbero farlo?

Con uno sforzo di fantasia si potrebbe, forse, pensare a codici convenzionalmente pattuiti in chiave “proattiva” dai soggetti interessati *prima* di subire lo *status detentionis*, ossia a codici personalizzati, pianificati in precedenza e destinati a valere *pro futuro*. Ma, a occhio e croce, non pare possa realisticamente trattarsi di un’ipotesi statisticamente molto frequente.

A volere tirare le somme, dunque, al sistema di controlli «calibrati sulle peculiarità dei singoli casi», cui Corte intende affidare (ottimisticamente) il ruolo di fare emergere, al di sotto del livello «letterale» (o «esplicito»), un livello «figurato» o «implicito» degli scambi, non sembra si possa riservare un cospicuo spazio applicativo: per un verso, i c.d. codici semiotici di tipo «gergale» - quelli in virtù dei quali intere famiglie di “lessemi” muterebbero di significato in base a usi linguistici consolidati nel “mondo di sotto” criminale - come abbiamo visto, se sono noti, evidentemente non verranno impiegati e, se sono rimasti ignoti, altrettanto evidentemente non potranno essere captati<sup>59</sup>. Dall’altro, i c.d. codici semiotici di tipo «interazionale» presuppongono una transazione linguistica tra soggetti ristretti e soggetti in libertà di più che improbabile realizzabilità pratica.

Come se ciò non bastasse, a quanto appena detto si può aggiungere una difficoltà ulteriore. Soprattutto quando si tratta di trasferire messaggi contenenti istruzioni articolate e complesse, come per es. le specifiche direttive per la conduzione di un affare illecito (che, quindi, il più delle volte, necessitano di delucidazioni illustrative a corredo) o di decisioni impegnative e costose, come per es. l’assenso all’eliminazione fisica di politici, magistrati o rappresentanti di forze dell’ordine o di esponenti di rango di una cosca avversaria (che, per la loro rilevanza strategica, non dovrebbero lasciare spazio a dubbi interpretativi di sorta), si può davvero sperare di fare utile ricorso a modalità di comunicazione così remote e indirette, che dovrebbero affidare a un mero scambio di oggetti materiali il compito di “condensare” un “testo”, per di più con l’intermediazione di soggetti terzi, estranei alla dinamica comunicativa mittente/destinatario finale? Non pesa, forse, l’ipoteca di una “mafia immaginaria”, un’enfatizzazione ingenua di suggestioni etnografiche da “sasso in bocca”, un’eccessiva «mitizzazione del linguaggio mafioso»?<sup>60</sup>

Se è vero che «la domanda, l’unica, che si pongono gli uomini d’onore quando comunicano è: quale mezzo adottare affinché il messaggio risponda a criteri di efficacia, efficienza e sicurezza»<sup>61</sup>, si può forse legittimamente nutrire al riguardo più di qualche dubbio.

E del resto, il sistema dei “pizzini”, con tutto il peculiare “labirinto linguistico” che ne garantisce la segretezza, non è forse una conferma empirica del fatto che, nelle concrete pratiche comunicative interne all’«ordine del discorso» mafioso, la gestione degli affari interni di Cosa nostra richiede l’uso di dinamiche e codici più espliciti e diretti (il c.d. “codice Provenzano”) per amministrare un «bene strategico» per queste organizzazioni come l’«informazione»<sup>62</sup>? Il documentato ricorso alla “scrittura”, come ineludibile strumento di gestione politico-amministrativa di Cosa nostra<sup>63</sup>, non toglie, forse, almeno in parte, fondamento alla pretesa di pensare che la trasmissione di informazioni rilevanti possa passare attraverso modalità così farraginose e iper-semplificate ad un tempo? Che la comunicazione interna a Cosa Nostra sia, cioè, davvero possibile “miniaturizzarla” in un passaggio simbolico di oggetti da rappresentare come avvenuto a intermediari col compito di riferire a chi di dovere<sup>64</sup>?

E, per continuare con gli interrogativi che la pronuncia della Corte lascia in sospeso, ha veramente senso impegnarsi in una faticosa verifica “caso per caso” della pericolosità del singolo scambio sospetto, quando effetti equipollenti potrebbero essere ugualmente raggiunti, con più speditezza e minori rischi, comunicando al portatore del messaggio la semplice *intenzione teorica* di procedervi? ‘Devi dire al boss K che il mio compagno di gruppo H mi ha dato (o ha ricevuto) l’oggetto Z’ non potrebbe essere sostituita, con effetti equivalenti, da: ‘Devi dire al

<sup>59</sup> Prendo a prestito questa nomenclatura da G. PATERNOSTRO (2017), p.101.

<sup>60</sup> G. PATERNOSTRO (2017), p. 24: «L’impressione che si ha è che la mitizzazione degli uomini di Cosa nostra, contro la quale più di una volta Giovanni Falcone e Paolo Borsellino hanno messo in guardia, è in parte passata anche per la mitizzazione del loro linguaggio, che non è in nulla diverso da quello che tutti quanti noi usiamo, in modo più o meno competente, per gli scopi più disparati». “La mafia immaginaria” è il titolo di un recente libro di Emiliano Morreale dedicato a “Settant’anni di Cosa Nostra al cinema (1949-2019), Donzelli Editore, Roma, 2020.

<sup>61</sup> G. PATERNOSTRO (2017), p. 74.

<sup>62</sup> Sul punto cfr. M. CATINO (2014), pp. 266 e ss.

<sup>63</sup> D. PUCCIO-DEN, 2015, pp. 73 e ss.

<sup>64</sup> Per un’analisi condotta con gli strumenti della sociolinguistica contemporanea del c.d. codice Provenzano, così come della gestione della corrispondenza clandestina di Vito Ciancimino v. sempre G. PATERNOSTRO (2017), pp. 91 e ss.

boss K che mi piacerebbe dare ad H (o ricevere da lui) l'oggetto Z? E la pacifica percorribilità di una simile alternativa funzionale non finisce col gettare un'ombra di ulteriore superfluità sull'opportunità del mantenimento, sia pure in chiave residuale, di un sistema di controlli e interdizioni "caso-dipendenti"?

Se i rilievi avanzati sono fondati, non si può escludere che un tale mantenimento finisca, più che altro, per obbedire a esigenze di *ordine interno* piuttosto che a reali esigenze di *sicurezza esterna*. Oltre che servire all'appagamento di bisogni emotivi di rassicurazione della collettività sul fronte della lotta alle mafie.

## 5. Conclusioni.

E' venuto il momento di tentare un sintetico bilancio finale. Abbiamo visto come fattori, quali l'appartenenza al "sottomondo mafioso", e il connesso, presunto "opportunismo" che ne dovrebbe contraddistinguere le prassi comunicative, certamente "sovra-stimati" nel contesto dell'originaria disciplina interdittiva degli scambi per finalità di mutuo soccorso assistenziale, hanno continuato ad essere, perlopiù, considerati nella *Leitkultur*, nella "cultura di sfondo" criminologico-penitenziaria, così tanto rilevanti sul piano statistico che stabilirne un divieto assoluto di utilizzo avrà verosimilmente prodotto nella Corte il timore di drastici arretramenti sul terreno dell'efficienza preventiva nel contrasto alle organizzazioni di stampo mafioso.

Ecco perché si è ha sentito il bisogno di affiancare, accanto alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione, il paracadute del "sottoutilizzo" della generalizzazione socio-criminologica su cui si basava, e lo si è fatto attraverso il collaudato espediente decisionale della "pericolosità in concreto", concepita un "freno di emergenza" contro possibili rimbalzi negativi a carico della sicurezza esterna della scelta liberalizzatrice fatta a monte.

Forse, però, sarebbe il caso di esaminare più da vicino, al netto dell'appagamento di pulsioni rabbioso-regressive di stampo "neo-retributivo" contro i «mostri morali o politici caduti fuori dal patto sociale»<sup>65</sup>, quale sarebbe il prezzo sociale effettivo da pagare se si rinunciava anche a questo correttivo: esiti catastrofici o modesti pregiudizi eventualmente arginabili *aliunde*?

L'opportunità di una simile indagine empirica risulta tanto più raccomandabile se, come abbiamo tentato di mettere in evidenza, si considera che quello proposto dalla Corte è un correttivo che, o si rivela di fatto sostanzialmente inapplicabile, o è rimesso all'insondabile opacità di un giudizio emesso nell'esercizio di una poco controllabile (quando non dispotica) «microeconomia dei privilegi e dei pensì»<sup>66</sup>. Cosa che, nonostante le buone intenzioni della Corte, non è escluso che possa anche dare luogo agli esiti "controfinalistici" di un possibile "ritorno del rimosso".

Come sempre accade quando si deve prendere partito tra "generalismo" e "particolarismo", tra soluzioni generali e accertamenti individualizzati, anche in questo caso si trattava di 'scegliere la migliore cattiva idea': che qui avrebbe forse potuto essere quella di optare con più coraggio per una pronuncia radicalmente demolitoria e, cioè, per una "strategia decisionale di tipo generalista" con cui liberalizzare gli scambi solidali di oggetti di uso quotidiano tra detenuti condannati al carcere duro *senza condizioni*, senza improbabili tentativi di recupero a valle di una pericolosità difficilmente pronosticabile in astratto<sup>67</sup>.

Sotto tali condizioni poteva, allora, non apparire del tutto insensato o irrazionale nel nostro caso optare per una soluzione permissiva di tipo "generalista", abbandonare la retorica che riduce lo scambio solidale di beni di prima necessità e di modico valore tra appartenenti

<sup>65</sup> L'espressione è di M. FOUCAULT (1976), p. 281.

<sup>66</sup> M. FOUCAULT (1976), p. 198.

<sup>67</sup> Nel tentativo di riscattare le strategie decisionali basate su regole ad applicazione incondizionata - come per es. quella per cui "tra detenuti del medesimo gruppo sono permessi tutti gli scambi di oggetti di cui è consentita la detenzione" - dal sospetto di irrazionalità o assurdità che potrebbe pendere su di esse si è, con buoni argomenti, ritenuto, in sede di teoria generale delle norme, che, se per qualsiasi ragione - per esempio, presenza di *deficit* cognitivi riscontrati in rapporto a questioni empiriche complesse dal punto di vista socio-criminologico; o incidenza di pregiudiziali politico-valutative, soprattutto in relazione a questioni altamente controvertibili dal punto di vista etico-sostanziale - un certo ambiente decisionale ha ragione di fare scarso affidamento sull'effettiva capacità di giudici o, peggio ancora, di funzionari amministrativi, di pervenire a soluzioni razionalmente giustificate dei casi individuali tramite l'applicazione diretta della *ratio* sottostante o il bilanciamento in concreto di tutte le ragioni rilevanti, può allora apparire moralmente più difendibile (e costituzionalmente meno ingiustificabile) vincolare al rispetto inderogabile di norme eguagliatrici astratte, pur se si sa già in partenza che esse contengono una collezione di casi dissimili costretti alla coabitazione forzata: sul punto cfr. F. SCHAUER (2000), pp. 237 e ss.. Sui rapporti tra particolarismo e generalismo v., per tutti, B. CELANO (2016).

allo stesso gruppo di socialità a oggetto di una mera «facoltà» e rassegnarsi all'inevitabilità di piccole perdite e all'ineluttabilità di non inconsolabili rimpianti.

## Bibliografia

- ALEX Y R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna, Il Mulino, 2012.
- BEATTY D. 2004. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BERNARDI S. 2018. *Per la consulta il divieto di cuocere cibi imposto ai condannati al 41-bis è inutile e meramente afflittivo. verso un "carcere duro" più umano?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 2325 e ss.
- BIN R. 2004. *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Parma 19 marzo 2004.
- BIN R., 1991. *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1991, p. 3574 e ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- BRIGAGLIA M., CELANO B. 2017. *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2017, XVII, p. 523 e ss.
- CATINO M., *l'organizzazione del segreto nelle organizzazioni mafiose*, in «Rassegna italiana di sociologia», a. LV, n. 2, 2014, p. 266 e ss.
- CELANO B. 2017. *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico*, in «Rivista di filosofia del diritto» n. 2, 2017, 315 e ss.
- CELANO B., *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa non può fare la filosofia al riguardo*, in «Diritto & Questioni pubbliche», n. 6, 2006, pp. 86 e ss.
- CELANO B. (2016). *Rule of Law e particolarismo etico*, in Giorgio Pino e Vittorio Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 237 e ss.
- DELLA BELLA A. 2018. *Libri e riviste al 41bis: la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in «Diritto penale e processo», 2018, fasc.1, pp. 62 e ss.
- DI PIAZZA S. 2010. *Mafia, linguaggio, identità*, Palermo, Centro Studi Pio La Torre, 2010.
- F. SCHAUER 2008. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, trad. it. a cura di A. M. Taruffo, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- FIANDACA G. 2011. *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in «Studi in onore di Mario Romano» I, Napoli, 2011, 265 e ss.
- FIANDACA G. 2020. *Ergastolo ostativo e 41 bis ord. pen. L'interazione virtuosa tra giudici ordinari e Corte costituzionale*, intervista pubblicata in «Giustiziainsieme», 4 luglio 2020.
- FOUCAULT M. 1976. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, trad. it. a cura di A. Tarchetti, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Editions Gallimard, 1975.
- GAMBETTA D. 2009. *Codes of Underworld. How Criminals Communicate*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- GIUGNI I. 2020. *Incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetti fra detenuti al 41 bis appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Una nuova ripermimetrazione del regime differenziato*, in «Sistema penale», 8 giugno 2020.

GOFFMAN E., *La vita quotidiana come rappresentazione*, Il Mulino, 1969, trad. it. a cura di M. Ciacci, *The Presentation Of Self in Everyday Life*, Anchor, Garden City, New York., 1959.

KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012, trad. it. a cura di L. Serra, *Thinking fast and slow*, London, Penguin, 2011,

LACAN J., *Il seminario. Libro III (1955-1956)*, A. Di Ciaccia (ed.), Torino, Einaudi, 2010.

MANCA V., *Il DAP riorganizza il 41 bis O. P. : un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in «Diritto penale contemporaneo» 6 novembre 2017.

MANES V. E. NAPOLEONI V. 2013. *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in «Diritto penale contemporaneo», 3 luglio 2013.

MANNINO G., GIUNTA S., BUCCAFUSCA S., CANNIZZARO G., LO VERSO G. 2014. *Le strategie comunicative di Cosa nostra: una ricerca empirica*, in «Etnografia dell'interazione quotidiana». Prospettive cliniche e sociali», vol. 9, n° 1 - 2, Aprile 2014.

MARTUFI A. 2019. *Il "carcere duro" tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in «Diritto penale e processo», 2019, fasc. 2, p. 259 e ss.

PATERNOSTRO G. 2017. *Il linguaggio mafioso. Scritto, parlato non detto*, Palermo, Aut Aut Edizioni, 2017.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, bologna, Il Mulino, 2017.

PINTORE A. 2010. *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in Ead., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, p. 144 e ss.

PUCCIO-DEN D., *La costruzione giuridica della prova di mafia, o la storia di un teorema*, in Santoro M. (ed.), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Il Mulino 2015, pp. 73 e ss..

RECALCATI M., *Jacques Lacan. La clinica psicanalitica: struttura e soggetto*, Milano, Raffaello Cortina editore M., 2016.

SCACCIA G. 2000. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

SCHAUER F. 2000. *Le regole del gioco Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, Il Mulino 2000, trad. it. a cura di C. Rustici, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based- Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991

STONE SWEET A., MATTHEWS J. 2008. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», vol. 47, 2008, 73-165.

TALINI S. 2020, «Una nuova manipolazione ad effetto sostitutivo: cade il divieto di scambiare oggetti all'interno della medesima "socialità" (riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 97 del 2020)», in *Osservatorio A.I.C.*, n. 4/2020.

TESAURO A. 2012. *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2012, pp. 4915 e ss.