

Editoriale

Sulla necessità di assumere il pensiero di Lorenza Carlassare come guida per un “diritto di resistenza” al potere: a un anno dalla sua scomparsa, o meglio, a un anno della sua “*presenza che perdura nell’assenza*”

Anna Lorenzetti

p. 3

Gli interventi sul sistema giustizia: lo stato dell’arte

Gian Paolo Dolso

p. 7

Sui giudici “fuori ruolo”. Qualche spunto di riflessione a partire da una proposta di Serio Galeotti

Gianpietro Ferro

p. 21

Le revisioni costituzionali del 2022 e 2023. Ambiente, sport e isole: prospettive critiche per nuovi contenuti e un nuovo stile della Costituzione

Matteo Carrer

p. 39

Inquinamento acustico e nuovi paradigmi amministrativi: sostenibilità, fruibilità e qualità sonora

Marco Brocca

p. 67

La *regulatory sandbox* nell’ordinamento italiano: profili critici e prime applicazioni

Nicolò Pini

p. 75

«*I principi generali*» del d.lgs. n. 36/2023

Giuliano Gruner

p. 91

Le misure alternative alla detenzione. Un’innovativa applicazione pratica: il progetto *Una scuola come casa*

Andrea Tonello

p. 99

editoriale

Sulla necessità di assumere il pensiero di Lorenza Carlassare come guida per un “diritto di resistenza” al potere: a un anno dalla sua scomparsa, o meglio, a un anno della sua “*presenza che perdura nell’assenza*”

di Anna Lorenzetti

Poco più di un anno è trascorso dalla scomparsa di Lorenza Carlassare (era il 21 agosto 2022) ed è a lei che vogliamo dedicare questo editoriale per ricordare, a noi stessi in primo luogo, l’importanza del nostro essere studiose e studiosi, sensibili a quei fenomeni giuridici che chiedono di assumere posizionamenti.

Molto avrebbe da dire oggi Lorenza Carlassare su una contemporaneità che, all’indomani dell’ennesima modifica, pur puntuale e circoscritta, della Carta (sullo sport, con l.c. 1/2023, dopo quelle sull’ambiente, con l.c. 1/2022, e sull’insularità, con l.c. 2/22), vede il dibattito sulle riforme prepotentemente schiacciato sul quando e sul come, non più discutendosi sul se. Il pensiero di Carlassare è dunque sempre presente, anche rispetto alle recenti riforme, nel ricordo della sua tenace avversione al progetto Renzi-Boschi, che ha contestato con la straordinaria forza delle argomentazioni, con la sua vivace presenza in ogni contesto (più o meno formale, più o meno mediatizzato) e con una instancabile capacità di far emergere la china su cui quella Riforma avrebbe condotto. Anche sulle recentissime riforme avrebbe molto da dire Lorenza Carlassare, poiché pure se apparentemente minimali in quanto puntuali e circoscritte, hanno, per la prima volta, riguardato la parte che la nostra Carta dedica ai principi fondamentali, considerata intoccabile.

*Ma Lorenza Carlassare molto avrebbe da dire oggi anche sulla guerra, o meglio sulla pace, sul tradimento del principio pacifista che la partecipazione italiana al conflitto in Ucraina rappresenta e su cui è necessaria una riflessione attualizzata, proprio in doveroso ossequio a quel radicale ripudio del conflitto bellico «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» (art. 11). Un tema, quello del principio pacifista che, rispetto alla forma di Stato, è centrale al punto di non ammettere neppure la sola idea di una guerra quale via per la pace tra i popoli e su cui Carlassare ha scritto pagine importanti ([L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti](#), in *Costituzionalismo.it*, 1/2013), fin dagli anni 80 ([L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?](#), Ferrara, 1988) e da ultimo anche dal sito di [Giustizia e libertà](#).*

*Certamente, la sua voce sarebbe forte, oggi, nel denunciare, con la sua consueta lucida determinazione, l'abbandono del Parlamento come sede di confronto e di ricomposizione del conflitto, un ruolo progressivamente avvilito dalle sempre più imperanti modalità dell'agire politico; rappresenta una constatazione il fatto che si tratti di modalità acriticamente condivise da tutte le forze politiche delle maggioranze degli ultimi anni, come può dimostrare anche la strabordante normazione dell'esecutivo e la sostanziale estromissione del confronto fra le diverse componenti del Parlamento, dunque fra maggioranza e minoranza. Come noto, anche questo è un tema su cui gli studi di Carlassare hanno donato un contributo fondamentale alla comunità scientifica e che involge, da un lato, la lettura del sistema delle fonti per come chiama in causa la forma di governo, dall'altro, la rappresentanza politica, la sovranità popolare, il sistema elettorale. E sul punto, non può che ricordarsi la decisa preferenza da lei sempre espressa per un sistema elettorale proporzionale, in quanto unico in grado di rappresentare il pluralismo della società civile. Carlassare collegava fortemente il tema alla democrazia e alla rappresentanza, ai limiti al potere, nella necessità di individuare confini all'agire delle maggioranze, comunque transitorie e contingenti (*Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, 2020, nella sua più recente edizione; [Sovranità popolare e Stato di diritto](#), in *Costituzionalismo.it*, 1/2006; [Maggioritario](#), in [Costituzionalismo.it](#), 1/2008) e porre così barriere al “riaffiorare dei modelli autoritari” (così recita il titolo di un importante scritto: [Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari](#), pubblicato sulla rivista *Costituzionalismo.it*, 1/2010; ma si veda anche *Strutture di governo e strutture di garanzia nell'attuazione della Costituzione*, in un volume a cura di Barbara Pezzini e Mauro Baronchelli, che raccoglie gli atti del Convegno svoltosi a Bergamo, nei giorni 28-29 ottobre 2005, *La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino*).*

L'editoriale è dunque dedicato a Lorenza Carlassare, alla Lorenza Carlassare studiosa che con i suoi scritti, tanto ha donato ai suoi allievi, all'intera comunità scientifica e a tutti noi, cittadine e cittadini di questo Paese, scritti sempre fonte di riflessione e ispirazione, per

chiunque, sempre necessario momento di confronto su qualunque tema, alla luce della vastità di questioni di cui si è occupata; è dedicato alla Lorenza Carlassare vera e propria militante costituzionale, grazie alla sua opera di instancabile divulgatrice di una cultura costituzionale e, dunque, di una cultura giuridica del nostro paese, al suo “impegno scientifico e civile”. Così si ricorda nel ben volume a lei dedicato dai suoi allievi ferraresi, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto, Paolo Veronesi, in cui sono raccolte “testimonianze e ricordi” della sua opera scientifica e della sua dimensione umana (Nel segno di Lorenza Carlassare. Testimonianze e ricordi, Volta la carta, Ferrara 2023, VII).

L’editoriale è dedicato a lei per averci ricordato e per ricordarci, ora come prima, l’importanza di un costituzionalismo vitale, di un costituzionalismo in grado di incarnare la necessaria analisi critica del potere, dando spazio a quel “diritto di resistenza” che, nella continua verifica della tensione, quasi della messa in discussione, dei limiti al potere (politico), trova fondamento (così, nello scritto dedicato alla teoria di Costantino Mortati); l’idea dunque del diritto costituzionale quale “catena del potere” a garanzia del pluralismo, dei diritti, dell’uguaglianza, dunque, quale “regola e limite al potere”, come recita il titolo dell’opera, in 5 volumi, che raccoglie gli scritti in suo onore (Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, Jovene, 2009, a cura degli allievi ferraresi, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto, Paolo Veronesi), la cui presentazione è reperibile sul nr. 3, della rivista Costituzionalismo dell’anno 2009 (a firma di Paolo Veronesi, [Lorenza Carlassare e i suoi “Scritti in onore”: una presentazione](#)).

L’editoriale è dedicato a lei in segno di gratitudine, per l’eredità di cui tutte e tutti noi ci sentiamo onorate e onorati, nella possibilità che abbiamo di continuare a rendere viva l’idea del(la) costituzionalista come “controllore” del potere, della stessa Costituzione come limite al potere, per colmare non (solo) quel vuoto che Lorenza Carlassare ha lasciato, nelle sue allieve e nei suoi allievi, nella comunità scientifica, in ognuno di noi, ma (soprattutto) il suo “pieno”, per la sua “presenza che perdura nell’assenza”, come Andrea Pugiotto ha ricordato nel corso del recente Convegno organizzato in suo onore a Ferrara, il 22 settembre 2023, e in occasione del quale è stata a lei intitolata la Sala Consiliare del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara e ([Lorenza Carlassare, un anno dopo](#), i cui lavori sono disponibili sul sito di Radio radicale).

queste istituzioni

**Gli interventi sul sistema giustizia:
lo stato dell'arte**

Gian Paolo Dolso

Numero 3/2023
30 settembre 2023

Gli interventi sul sistema giustizia: lo stato dell'arte

di Gian Paolo Dolso*

Sommario

1. La “questione giustizia”. – 2. La legge delega 71/2022. – 3. Conclusioni.

Sintesi

Il contributo, partendo dalla “questione giustizia” analizza la legge delega 71/2022. Si tratta di disposizioni articolate che si riferiscono alla valutazione dei magistrati, per i quali è opportuno scongiurare il rischio di un eccessivo dispendio di energie rispetto ai risultati prodotti; agli illeciti disciplinari, per i quali sono state previste nuove fattispecie e un procedimento di archiviazione, non privo di criticità. La legge ambisce a rendere più efficiente il sistema, anche se l’impatto è di un intervento di “manutenzione” che può produrre effetti migliorativi, soprattutto se si sfruttassero al meglio i margini di discrezionalità rilasciati al legislatore delegato.

Abstract

The essay, starting from the "justice question", analyzes the law 71/2022. This law contains detailed provisions that refer to the evaluation of magistrates, for whom it is appropriate to avoid the risk of excessive expenditure of energy compared to the produced results; to disciplinary offences, for which new cases and a dismissal procedure have been established, which are not without critical issues. The law aims to make the system more efficient, even if the impact is of a "maintenance" intervention that can produce improving effects, especially if the margins of discretion given to the delegated legislator are made best use of.

Parole chiave

Riforma della giustizia; collocamento fuori ruolo; illeciti disciplinari; legge delega.

Keywords

Justice; out-of-tenure placement; disciplinary offences; law.

1. La “questione giustizia”.

Tra i tanti temi che il Governo si troverà in agenda in autunno, accanto alle proposte di revisione costituzionale relative alla forma di governo¹, accanto alla approvazione del disegno di legge ordinaria – ma dalla valenza ordinamentale – sull’autonomia differenziata, vi è certamente la “questione giustizia”. Da diversi anni a questa parte il mondo della giustizia è interessato, senza soluzione di continuità, da riforme, più o meno ampie, e/o da tentativi di riforme, non sempre andati a buon porto. Non si tratta, per vero, di una forma di

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Trieste.

¹ Su cui cfr. l’Editoriale di A. LORENZETTI, *Alle radici del patto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2023.

“accanimento” della politica volto in qualche misura conformare o, peggio condizionare, l’esercizio della giurisdizione. È uno scenario – questo – che appare smentito sia dalla natura per così dire *bipartisan* dei tentativi di riformare, pur con ampiezza, modalità, finalità e risultati alquanto disparati, vari aspetti del pianeta giustizia, sia anche dalla situazione oggettiva in cui in effetti versa il sistema nel suo complesso, a iniziare dai tempi dei processi: si tratta di un profilo non a caso “attenzionato”, come noto, in sede europea, e di cui lo Stato si deve fare carico nella cornice dell’attuazione del PNRR².

Anche sulla scorta delle indicazioni dispensate in sede di Unione europea, e non trascurando nemmeno le criticità evidenziate da tempo dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, *sub specie*, soprattutto, di “ragionevole durata”, si sono messe in cantiere un’ampia gamma di riforme, articolate su vari livelli. Vi sono misure adottate a livello legislativo, che hanno a che fare con la macchina giudiziaria e sono tese a migliorarne il funzionamento e il “rendimento”. In questa prospettiva vanno in primo luogo annoverati interventi organici che mettono mano a un plesso più o meno ampio di norme o a un determinato sistema o sotto-sistema: tipico esempio è costituito dalle cosiddette riforme “Cartabia”, una relativa al processo civile e una al processo penale, di recente entrate in vigore (riforme che seguono di pochi anni quelle del 2015 e del 2017). Altri interventi hanno oggetti più vari e non rispondono a esigenze “di sistema”, ma sono volti a porre rimedio ad alcuni snodi del processo o a taluni istituti di diritto sostanziale rispetto ai quali una rivisitazione è ritenuta consigliabile oppure anche necessaria. Paradigmatico di questa modalità di azione è, da ultimo, il disegno di legge voluto dal Ministro della Giustizia Nordio e recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento giudiziario [...]”. Tale disegno di legge prevede una serie di misure puntuali e circoscritte.

In particolare, in relazione al codice penale, si dispone l’abrogazione del reato di abuso d’ufficio e la modifica di quello di traffico d’influenze illecite; quanto al codice di rito, si interviene in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, con particolare attenzione al profilo della loro pubblicazione; in tema di misure cautelari, si prevede la necessità, salvo alcune eccezioni, dell’interrogatorio preventivo del destinatario della misura; si prevede inoltre che la custodia cautelare in carcere sia adottata da un organo “collegiale” e non monocratico; in relazione all’istituto dell’informazione di garanzia si introducono una serie di elementi aggiuntivi nella prospettiva della maggiore garanzia dell’indagato; si

² Il Regolamento(UE) 2021/241, del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), meccanismo chiave del NGEU, che ha rappresentato una sorta di “legge cornice” per l’elaborazione dei PNRR, disciplina nel dettaglio, all’art. 18, i Piani nazionali e la loro articolazione in *milestone* (traguardi) e *target* (obiettivi), che devono essere coerenti con i pilastri dello stesso RRF e con le *Country Specific Recommendations*, espresse dalle Istituzioni dell’Ue nel 2019 e nel 2020. Nell’ambito delle priorità rivolte all’Italia viene richiesto, tra l’altro, il perseguimento di politiche finalizzate a «migliorare l’efficienza del sistema giudiziario» e a «ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio».

interviene infine sul controverso profilo della appellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del pubblico ministero introducendo alcune limitazioni.

Un altro livello di intervento è quello che implica modifiche costituzionali: a breve, come noto, inizierà l'*iter* parlamentare del disegno di legge costituzionale teso a realizzare una separazione delle carriere tra magistratura giudicante e requirente con la creazione di un organo di autogoverno *ad hoc* per la magistratura requirente. Nel disciplinare tale separazione il disegno di legge costituzionale introduce alcune elementi di novità non necessariamente consequenziali rispetto al disegno riformatore: in particolare viene modificata l'attuale disciplina del Consiglio superiore della magistratura, in primo luogo prevedendo due organi distinti, uno per la magistratura giudicante e uno per quella requirente, in secondo luogo incidendo sulla composizione di essi, i cui membri andranno eletti per metà dal Parlamento in seduta comune e per l'altra metà dalla magistratura, rispettivamente giudicante e requirente. Viene infine introdotta una modifica dell'art. 112 Cost. attraverso un temperamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, che continua a essere enunciata, ma «nei casi e modi previsti dalla legge».

Oltre a questa varia gamma di provvedimenti non vanno pretermessi infine ulteriori interventi che, ancorchè di legislazione ordinaria, rivestono una valenza “di sistema” con riguardo al mondo della giustizia. Il riferimento va in particolare ad una legge dello scorso anno. Si tratta di un provvedimento dal contenuto molto ampio nella misura in cui esso contiene sia disposizioni immediatamente applicative sia alcune deleghe al Governo³.

2. La legge delega 71/2022.

A prescindere dai dubbi che tal *modus procedendi* può ingenerare, è opportuno soffermarsi su questo provvedimento sia per rimarcare il significato delle disposizioni già entrate in vigore sia per constatare che le deleghe sono rimaste ad oggi inattuato. Sul primo versante il provvedimento contiene disposizioni sull'ordinamento giudiziario non del tutto organiche ma significative nella prospettiva del funzionamento della macchina giudiziaria. Passiamole rapidamente in rassegna. Si può in primo luogo menzionare un intervento sull'ufficio del massimario presso la Corte di Cassazione: si conferma la possibilità, su iniziativa del Primo Presidente della Corte di Cassazione, di disporre che magistrati addetti all'ufficio, fino alla metà dei componenti dell'ufficio stesso, possano essere destinati – a certe condizioni – alle sezioni della

³ Si tratta della legge 17 giugno 2022 n. 71, recante “*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*”. Sul provvedimento in parola cfr. F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, Editoriale 8 marzo 2023, in *Federalismi.it*, n. 6/2023.

Corte per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità⁴. Nonostante le cautele adottate, l'attribuzione di funzioni di giudice di Cassazione al di fuori delle normali procedure rimane assai problematico. E ciò anche a prescindere dai dubbi che le dimensioni dell'ufficio del massimario, 67 magistrati, può suscitare e ha suscitato, alla luce anche del discusso ruolo che tale ufficio riveste⁵.

Significativa appare la disposizione in tema di illeciti disciplinari: da una parte vengono contemplate ulteriori fattispecie di illecito rispetto a quelle già tipizzate nel decreto legislativo n. 109 del 2006, dall'altra opportunamente si innestano in materia di illeciti disciplinari dei magistrati istituiti previsti in ambito penale, in particolare quello dell'estinzione e quello della riabilitazione a seguito di irrogazione della sanzione disciplinare. Sotto il primo profilo, diverse fattispecie inedite sono chiaramente correlate all'obiettivo di ridurre i tempi dei processi evitando l'accumulo di arretrato. In caso di ritardi, si possono profilare – a certe condizioni – sanzioni sul piano disciplinare⁶. Se è vero che la durata dei processi costituisce un serio problema, introdurre fattispecie di illecito disciplinare *ad hoc* probabilmente non porterà ad utili risultati: non tanto e non solo in ragione della macchinosità del procedimento ma soprattutto alla luce delle percentuali di procedimenti disciplinari che vengono archiviati (e che spesso hanno ad oggetto casistiche ben più gravi)⁷. Si tratta piuttosto di profili che dovrebbero rilevare nel contesto della procedura di valutazione dei magistrati, procedura che pure denota diverse criticità, se non altro rivelate dal tasso assolutamente trascurabile delle valutazioni negative.

Ulteriori ipotesi di illecito hanno a che fare con l'attività del CSM e di fatto sembrano correlate alle vicende e agli scandali che hanno purtroppo coinvolto il CSM⁸. Al di là dei dubbi che derivano dal fatto che la creazione di nuove fattispecie “fotografia”, ritagliate su gravi, ma pur sempre puntuali, accadimenti, resta il fatto che un'eccessiva tipizzazione degli illeciti rischia di dare luogo ad un sistema spiccatamente “casistico”, che potrebbe lasciare fuori quadro comportamenti, pur non tipizzati, ma in realtà meritevoli di essere valutati in sede disciplinare: «per evitare che comportamenti lesivi dell'immagine di correttezza e imparzialità della

⁴ Art. 7, comma 3, della legge n. 71 del 2022.

⁵ Sul punto, per tutti, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim dir proc. civ.*, 2007, 709, secondo il quale «un ufficio come quello del Massimario esiste solo in Italia»; i sistemi nei quali vige la regola del precedente non conoscono nulla di simile alla nostra massima: in quegli ordinamenti, infatti, il precedente è costituito dall'intera sentenza, non da brani più o meno sintetici estratti dalla motivazione in diritto.

⁶ Art. 14 della legge n. 71 del 2022, comma 1, lett. a) e c).

⁷ Nel 2020, ad esempio, i procedimenti disciplinari che sono sfociati nell'esercizio dell'azione disciplinare sono stati il 4,2% (corrispondente in termini assoluti a 155 casi).

⁸ Art. 11, comma 1, lett. c) della legge n. 71 del 2022: viene censurato il comportamento di chi si adopera «per condizionale indebitamente l'esercizio delle funzioni del Consiglio superiore della magistratura al fine di ottenere un ingiusto vantaggio per sé o per altri o per recare un danno ingiusto ad altri»; si sanziona poi l'«omissione, da parte del componente del Consiglio superiore della magistratura, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illecito disciplinare ai sensi della lettera 1-*bis*».

magistratura rimangano impuniti perché non contemplati nelle norma del codice disciplinare è [...] necessario che anche da noi si inserisca in quel codice disciplinare una “norma di chiusura” la quale preveda la punibilità di qualsiasi altro comportamento che possa delegittimare la funzione giudiziaria»⁹.

Vanno guardate invece positivamente sia la sanzionabilità di condotte relative alla violazione delle regole che disciplinano i rapporti tra gli organi requirenti e gli organi di informazione sia la previsione di sanzioni *ad hoc* relative all’emissione di provvedimenti che limitano la libertà personale in casi di negligenza ulteriori rispetto a quelli già disciplinati¹⁰.

Vi è inoltre una disposizione che riguarda il passaggio dei magistrati da una funzione all’altra, limitando questa possibilità ad un solo cambio, dopo la scelta iniziale: si tratta di una disposizione che accentua una tendenza già emersa nell’ordinamento e che risulterebbe per vero del tutto superata se la citata proposta di modifica costituzionale andasse in porto. In relazione all’organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero si prevede: «il Procuratore della Repubblica predisporre, in conformità ai principi generali definiti dal Consiglio superiore della magistratura, il progetto organizzativo dell’ufficio, con il quale determina: a) le misure organizzative finalizzate a garantire l’efficace e uniforme esercizio dell’azione penale[...]; b) i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell’utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili»¹¹. In mancanza tuttavia della legge del Parlamento, i criteri *di priorità* finirebbero per basarsi in definitiva sui principi generali enunciati dal CSM. Da più parti si sollevano, come conseguenza della separazione delle carriere, timori sulla paventata “dipendenza” degli uffici del pubblico ministero dal Governo: perplessità derivano tuttavia anche dalla definizione delle priorità da parte di ogni Procura, sulla base di principi, si badi “generali”, dispensati dal CSM. La convivenza di una tale forma di “selezione” con il principio di obbligatorietà dell’azione penale dà adito a più di qualche dubbio. Non a caso il disegno di legge costituzionale sulla separazione

⁹ G. DE FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2021, 6.

¹⁰ Art. 11, comma 1, lett. a), n. 4) e n. 6), della legge n. 71 del 2022. Che il rapporto con la stampa da tempo sia considerato fonte di problemi per il processo penale è dimostrato, se ce ne fosse bisogno, dall’attenzione che la dottrina dedica a questo tema: da ultimo, cfr. il volume, ricco di suggestioni, di V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

¹¹ Art. 13, comma 1, lettere a) e b) della legge n. 71 del 2022. Va osservato che la delega contenuta nella legge n. 134 del 2021 non risulta attuata *in parte qua*: l’art. 1 comma 8 lett. i) prevede «che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l’efficace e uniforme esercizio dell’azione penale, nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell’utilizzo efficiente delle risorse disponibili».

delle carriere ritocca sul punto l'art. 112 Cost. continuando a prevedere sì l'obbligatorietà dell'azione penale, ma prevedendo che essa venga assicurata «nei modi e nelle forme previsti dalla legge».

Il provvedimento legislativo in parola contiene ancora altri due capi contenenti disposizioni immediatamente applicative. Il primo in materia di eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale, regionale o locale, nel cui ambito viene adottata una linea di maggior rigore rispetto a quella attuale, distinguendo opportunamente tra le svariate situazioni che si possono verificare¹². L'altro capo contiene una serie di disposizioni relative alla costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, nella cui cornice trova nuova disciplina anche il sistema elettorale relativo alle elezioni dei membri togati del consiglio¹³.

Come anticipato, nel provvedimento sono contenute anche due deleghe, collocate al primo (I) e ultimo (V) capo del provvedimento legislativo. La delega di cui al capo V riguarda la riforma del codice penale militare di pace, quanto mai opportuna anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che a più riprese è stata chiamata a pronunciarsi su disposizioni di questo plesso normativo non sempre in asse con il volto costituzionale del sistema¹⁴. Conviene in questa sede soffermarsi brevemente sulla delega contenuta nel capo I per la sua importanza “di sistema”. Va preliminarmente osservato che, accanto a principi e criteri generali, la delega contiene anche indicazioni circostanziate e puntuali, che non lasciano molto spazio in sede di implementazione al legislatore delegato. La delega tocca diversi ambiti piuttosto rilevanti nel contesto del migliore funzionamento della macchina giudiziaria.

In primo luogo si occupa delle modalità e dei criteri di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, rimarcando il fatto che si tratta di procedure che debbono essere caratterizzate dalla “trasparenza”. Al riguardo, con una previsione che dovrebbe essere pleonastica, si dispone «*espressamente* l'applicazione dei principi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto compatibili, ai procedimenti per la copertura dei posti direttivi e

¹² Gli artt. 18, 19 e 20 della legge n. 71 del 2022 descrivono diverse ipotesi. Si tratta di una materia che dovrebbe essere regolamentata da una fonte legislativa, come giustamente rilevato in dottrina: G. MORBIDELLI, *Magistrati e politica fra separazione ed equilibrio dei poteri*, in S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 51.

¹³ Sul punto si vedano le considerazioni di A. D'ANDREA, *Quale Consiglio superiore della magistratura per il futuro*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2022, 2 agosto 2022. Va notato che l'obiettivo della riforma elettorale di ridurre il peso delle correnti nel procedimento di elezioni dei membri togati del CSM non è stato centrato alla luce dei risultati delle elezioni del settembre 2022.

¹⁴ Tra le tante sentenze mi piace ricordare – a mero titolo di esempio – la pronuncia della Corte costituzionale n. 29 del 1976, la cui densa motivazione si deve a Livio Paladin.

semidirettivi»¹⁵. Dal tenore della previsione si evince che, per il passato, il principio di trasparenza non si fosse radicato nel contesto di queste procedure¹⁶.

Nella medesima cornice appaiono condivisibili sia il principio, enunciato alla lettera b) dell'art. 2, comma 1, secondo cui i procedimenti devono essere definiti «secondo l'ordine temporale con cui i posti si sono resi vacanti», sia quello secondo cui la «commissione competente del consiglio superiore della magistratura proceda sempre all'audizione dei candidati»: se il CSM, in sede di parere reso sul provvedimento, teme un «inutile dispendio di energie» con «evidente dilatazione dei tempi di definizione della procedura»¹⁷, va al riguardo ricordato che la lunghezza di tale procedure pre-esiste a tale previsione, mentre sembra evidente che l'audizione possa apportare elementi assai rilevanti, attesa la possibilità di approfondire aspetti delle attitudini dei candidati non certo desumibili dalla documentazione gli atti.

Meno condivisibile appare piuttosto, almeno in parte, la previsione secondo cui il Governo viene delegato a «stabilire [...] modalità idonee ad acquisire il parere del consiglio dell'ordine degli avvocati competente per territorio nonché, in forma semplificata e riservata, dei magistrati e dei dirigenti amministrativi, assegnati all'ufficio giudiziario di provenienza dei candidati, escluso in ogni caso l'anonimato»¹⁸. Sul parere del Consiglio dell'ordine si può solo auspicare che il legislatore delegato elenchi alcuni parametri che possano fungere da guida per il parere che il Consiglio è chiamato a rendere, per scongiurare il rischio di giudizi privi di riferimento a dati oggettivi. La seconda parte della previsione merita invece le censure del CSM non tanto forse con riguardo ai rischi di conflittualità che da tale previsioni deriverebbero, quanto in relazione alla “natura riservata di tale interlocuzione”, che palesemente «confliggerebbe [...] con le esigenze di trasparenza sottese all'intento riformatore»¹⁹. Pare in effetti una disposizione infelice a cui sarebbe preferibile non dare corso da parte del legislatore delegato. Si poteva semplicemente prevedere che ai magistrati che appartengono all'ufficio giudiziario di provenienza del candidato, al pari dei dirigenti amministrativi dello stesso ufficio, fosse data notizia della richiesta di un magistrato dell'ufficio a ricoprire un incarico direttivo, in modo tale da consentire ad essi di formulare eventualmente osservazioni al Consiglio se lo ritenessero opportuno.

¹⁵ Art. 2, comma 1, lett. a) della legge n. 71 del 2022 (mio il corsivo).

¹⁶ Lo stesso Presidente della Repubblica Sergio Mattarella aveva ragionato, con riguardo alle decisioni del CSM sulle nomine, di «regole puntuali e trasparenze delle proprie deliberazioni» (intervento di data 21/06/2019, reperibile nel sito istituzionale del CSM).

¹⁷ I pareri del CSM sulle disposizioni della legge n. 71 del 2022 sono raccolte nel Dossier, a cura degli Uffici studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica di data 2 maggio 2022: “*Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura. Schede di lettura. A.S. 2595*”, 33.

¹⁸ Ancora legge n. 71 del 2022, art. 2, c. 1, lett. c) seconda parte.

¹⁹ Cfr. il citato *dossier*, a cura degli Uffici studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica “*Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura*”, 33.

Assai opportunamente l'art. 2 interviene poi sui criteri di assegnazione degli incarichi tentando di riportare a livello legislativo i parametri su cui ancorare i provvedimenti in parola, per l'innanzi consegnati in buona parte a fonti subordinate, in particolare il già citato "testo unico" sulla dirigenza giudiziaria. In effetti il rispetto della riserva di legge di cui all'art. 108 Cost. implicherebbe il «rispetto di paradigmi normativi definiti»²⁰.

La delega riguarda alcuni tasselli che si aggiungono ad un quadro normativo articolato, composto dai criteri dettati dal CSM e dalle previsioni contenute nel D.lgs. n. 160 del 2006. La norma conferma lo spazio rilasciato ai «criteri dettati dal Consiglio superiore della magistratura con specifico riferimento all'incarico da ricoprire». Vengono dunque enucleati i parametri che devono guidare la scelta, tra cui la «conoscenza del complesso dei servizi resi dall'ufficio della sezione per la cui direzione è indetto il concorso», la «capacità di analisi ed elaborazione dei dati statistici», la «conoscenza delle norme ordinamentali», la «capacità di efficiente organizzazione del lavoro giudiziario» e «gli esiti delle ispezioni svolte negli uffici presso cui il candidato svolge o ha svolto funzioni direttive». Fermo restando che si tratta di principi che vanno implementati da parte del legislatore delegato, si può osservare che forse la valutazione che ruota attorno alla conoscenza dell'ufficio messo a concorso potrebbe dare adito a qualche disfunzione, se non si precisasse che la conoscenza dovrebbe investire le caratteristiche di una certa tipologia di ufficio più che di un determinato ufficio specifico, il che rischierebbe di favorire, in modo che pare improprio, il candidato "locale" rispetto agli altri aspiranti all'ufficio.

Viene poi precisato, da una parte, che nella valutazione «non si tenga conto delle esperienze maturate nel lavoro non giudiziario a seguito di collocamento fuori ruolo della magistratura» e, dall'altra, che il criterio dell'anzianità sia confinato alla residualità: in entrambi i casi i principi dettati esibiscono una eccessiva radicalità, essendo preferibile, rispetto ad ogni automatismo, una valutazione specifica e puntuale, che si traduca in una congrua motivazione, soprattutto in relazione alle pregresse esperienze, le quali devono essere per lo meno suscettibili di essere prese in considerazione.

Vengono poi enunciati principi in relazione al delicato snodo della disciplina del procedimento di conferma negli uffici direttivi, per lo più ad oggi disciplinato dal "testo unico" incarichi giudiziari. Sul quadro composito disegnato dal testo unico si innestano le nuove disposizioni, contenenti principi anche circostanziati. Si prevede, tra l'altro, che si tenga conto «anche dei pareri espressi dai magistrati dell'ufficio, acquisiti con le modalità definite dallo stesso Consiglio, del parere del presidente del tribunale o del procuratore della Repubblica [...] e

²⁰ Così M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale* n. 1/2020, 7 gennaio 2020, 10. Il testo unico è costituito dalla circolare del CSM dd. 27 luglio 2015, non agevolmente coniugabile con la riserva di legge di cui all'art. 108 Cost., declinata, come la migliore dottrina insegna, in guisa di riserva assoluta di legge: per tutti, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 248 ss.

delle osservazioni del consiglio degli ordini degli avvocati», precisando che oggetto di valutazione sono anche «i provvedimenti tabellari e organizzativi redatti dal magistrato in valutazione nonché, a campione, i rapporti redatti ai fini delle valutazioni di professionalità dei magistrati dell'ufficio o della sezione» (art. 2, comma 1, lett. g). Si tratta di previsioni oggetto di critica da parte del CSM nella misura in cui i pareri acquisiti, oltre ad una paventata natura meramente "valutativa", avrebbero attitudine ad alimentare ulteriore contenzioso in materia di nomine. Di fatto traspare una certa "insofferenza", soprattutto quando i pareri provengano dall'avvocatura o anche da altri magistrati dell'ufficio²¹. In verità occorre però ammettere che si tratta di soggetti che operano fianco a fianco rispetto al magistrato sottoposto a valutazione e quindi tendenzialmente adatti a fornire utili elementi di valutazione del candidato che, assieme ad altri elementi di giudizio a disposizione del Consiglio, possono contribuire a valutare l' idoneità del magistrato a rivestire un ruolo direttivo o semidirettivo.

Il comma 3 dell'art. 2 è dedicato al delicato problema del conferimento di funzioni giudicanti e requirenti di legittimità. Senza alterare l'assetto di fondo, vengono enunziati una serie di principi tesi a rendere più rigoroso l'accesso ai tali rilevanti funzioni. In questa prospettiva, dopo aver opportunamente previsto, come *conditio sine qua non*, l'esercizio effettivo di funzioni giudicanti o requirenti per dieci anni, si prevede, «ai fini della valutazione delle attitudini, del merito e dell'anzianità, l'adozione di criteri per l'attribuzione di un punteggio per ciascuno dei suddetti parametri», con evidente sforzo di oggettivizzazione della valutazione (art. 2, comma 3, lett. c). Interessante la lettera d) secondo cui nella valutazione delle attitudini si prevede siano considerate anche «le esperienze maturate nel lavoro giudiziario in relazione allo specifico ambito di competenza [...] e alle specifiche funzioni [...] del posto da conferire»: in questo modo potrebbe essere dato il giusto rilievo al tempo di svolgimento delle funzioni, riprendendo in qualche misura il criterio dell'anzianità, essendo evidente che lo svolgimento prolungato delle specifiche funzioni deve contare di più rispetto ad un periodo più limitato, in virtù dell'esperienza acquisita.

Significativa è la previsione secondo cui va attribuita *rilevanza* al parametro della «capacità scientifica e di analisi delle norme», elemento «da valutare anche tenendo conto di andamenti statistici gravemente anomali degli esiti degli affari nelle fasi e nei gradi successivi del procedimento e del giudizio» (lett. d). Si tratta di un dato non certo inedito²². Tuttavia la

²¹ Cfr. il dossier "Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura", p. 39; considerazioni egualmente negative riguardano i "pareri del dirigente dell'ufficio giudiziario "contrapposto", i quali appaiono eccentrici rispetto al sistema di valutazione del dirigente e finalizzati ad acquisire valutazioni di risultato non coerenti con le caratteristiche della procedura di conferma". Si teme ancora che "le valutazioni espresse dai magistrati dell'ufficio rischiano di far transitare [...] elementi generici e fuorvianti, inducendo il dirigente a privilegiare scelte organizzative non ottimali ma gradite ai magistrati dell'ufficio"

²² In questo senso compare un riferimento nel D.lgs. n. 160 del 2006: nell'art. 11, in sede di valutazione della capacità del magistrato (elemento di valutazione da considerare insieme alla laboriosità, alla diligenza e

legge di delega procede ad una sua precisazione e ne dispone espressamente l'utilizzo in sede di conferimento delle rilevanti funzioni giudicanti o requirenti di legittimità. La legge prevede che di questo parametro si debba tenere conto sia nel caso di conferimento di funzioni di legittimità sia in sede di valutazione di professionalità dei magistrati da parte dei consigli giudiziari²³. Si tratta di un elemento di giudizio che deve essere circondato da cautela, ragionando la norma letteralmente di andamenti statistici dei gravami “gravemente anomali” «in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento»: uno snodo che ha attirato anche critiche da una parte almeno della magistratura²⁴. Fermo restando che il principio suscettibile di essere declinato in modi diversi, non appare facilmente eludibile la rilevanza, in sede di attribuzioni di funzioni di legittimità, di una indagine sugli esiti dei provvedimenti adottati dal magistrato nei successivi gradi di giudizio. Non va trascurato che la delega ragiona di anomalie che siano *gravi*. Spetterà al legislatore delegato procedere a circostanziare meglio tale requisito conferendo maggiore certezza a tali valutazioni i cui parametri verrebbero opportunamente riportati, almeno in parte, nell'alveo della legge e sottratti alla più volatile “fonte” di una delibera del CSM. Resta il problema di fondo – di cui il legislatore delegato si dovrà fare carico – cioè quello di ancorare il requisito della *gravità* a dati di rilevazione il quanto più oggettivi e “misurabili”.

Il nervo scoperto è dato dalla libertà interpretativa. Si tratta di un profilo che potrebbe venire in evidenza nella misura in cui le gravi anomalie di cui sopra siano da ascrivere a scelte interpretative censurate – anche in modo seriale – nei successivi gradi di giudizio. Nel caso, ad esempio, in cui il magistrato adotti decisioni basate su interpretazioni delle norme che si contrappongono frontalmente ad orientamenti radicati espressi dal giudice di legittimità, senza per vero evidenziare dubbi di costituzionalità (da rimettere alla Corte costituzionale) oppure senza ricorrere al rinvio pregiudiziale, nell'eventualità di dubbi di conformità con il diritto dell'UE, diventa difficile giustificare un giudizio pienamente positivo sulla capacità scientifica e sulla capacità di analisi delle norme, soprattutto laddove l'interpretazione del giudice fosse del tutto implausibile²⁵.

all'impegno), è previsto che tra gli elementi da considerare in relazione alla “capacità” si tenga conto dell'“esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento o del giudizio”.

²³ Così art. 3, comma 1, lettera g). Si tratta di un dato che viene inserito nel fascicolo per la valutazione del magistrato.

²⁴ Cfr., con spunti critici, R. MAGI, *La delega Cartabia in tema di valutazione di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Giustizia insieme*, 13.07.2022.

²⁵ In dottrina, a questo riguardo, si è ragionato, come caso limite, di norme “impossibili”: così G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988. Sul punto R. MAGI, *La delega Cartabia*, cit., secondo il quale «anomalia [...] è il rischio della superficialità nella valutazione dei fatti e quello della disattenzione ai diritti delle parti [...]»; «la vera anomalia [...] è l'adesione acritica ad un precedente massimato senza che venga esaminato il caso che lo ha generato [...]»; la «vera anomalia è la presa di posizione individualistica, senza consapevolezza di essere parti di un sistema e senza confronto con i precedenti realmente utili alla soluzione del caso». Si può concordare su queste osservazioni, ma ciò non esclude che una sistematica riforma delle decisioni del

L'art. 3 ha ad oggetto i consigli giudiziari e le valutazioni di professionalità da essi compiute. La legge di delega si orienta verso una maggiore partecipazione della componente degli avvocati al lavoro dei Consigli giudiziari. Innovando al sistema vigente si prevede un meccanismo per cui anche la componente degli avvocati e dei professori possa partecipare a tutte le attività dei consigli, compresa quella di valutazione dei magistrati. In relazione al voto si introduce la possibilità di un voto unitario sulla base di indicazione dei consigli dell'ordine²⁶. Il meccanismo di trasmissione dell'orientamento degli ordini degli avvocati appare per vero eccessivamente macchinoso: più lineare sarebbe stato attribuire il diritto di voto agli avvocati *tout court*, anche tenuto conto del fatto che nella composizione dell'organo i magistrati costituiscono la parte maggioritaria.

Ribadita, in ogni caso, la necessità di non pretermettere, in sede di conferimento degli incarichi direttivi, la presenza di «gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei giudizi successivi del procedimento», la legge di delega contiene analoga previsione con riguardo alla procedura di valutazione, nell'ambito della quale dispone che «il consiglio giudiziario acquisisca le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento, nonché in ogni caso che acquisisca a campione i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio» (art. 3, comma 1 lett. g). La rilevanza delle gravi anomalie appare condivisibile. Forse sarebbe da ripensare il sistema di verifica solamente “a campione” dei provvedimenti del magistrato”. È vero che il legislatore delegato potrà introdurre le precisazioni del caso ma forse il punto avrebbe meritato maggiore attenzione già in sede di elaborazione della delega. Appare infatti lecito chiedersi per quale motivo i provvedimenti giudiziari adottati dal magistrato, del resto oggetto di “pubblicazione”, possono essere esaminati solamente “a campione”, non vedendosi particolari ragioni che giustifichino tale sistema.

Viene poi prevista l'istituzione del “fascicolo per la valutazione del magistrato” contenente, «per ogni anno di attività, i dati statistici e la documentazione necessari per valutare il complesso dell'attività svolta [...] sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento

magistrato nei successivi gradi di giudizio contenga in sé un'*anomalia* sistemica che non può non essere oggetto di valutazione, pur senza alcun automatismo.

²⁶ L'art. 3, comma 1, lett. a) della legge 71 del 2022 prevede la possibilità di «esprimere un voto unitario sulla base del contenuto delle segnalazione di fatti specifici, positivi o negativi, incidenti sulla professionalità del magistrato in valutazione, nel caso in cui il consiglio dell'ordine degli avvocati abbia effettuato le predette segnalazioni sul magistrato in valutazione»; si prevede poi anche la procedura da seguire nel caso in cui i componenti del consiglio intendano discostarsi da tali indicazioni.

e del giudizio»; inoltre viene opportunamente previsto che si adottino norme tese ad uno snellimento della procedura quando l'esito della valutazione sia positivo²⁷.

Le ultime deleghe hanno a che fare con la regolamentazione dell'accesso in magistratura, che contempla una opportuna riduzione dei tempi, e con la disciplina del "fuori ruolo", terreno questo sempre oggetto di discussione. Attualmente il numero massimo dei magistrati fuori ruolo è di duecento unità e la decisione al riguardo spetta al Consiglio superiore della magistratura. La delega ha introdotto una serie di principi volti a disciplinare l'istituto in modo più restrittivo, sia in relazione al numero assoluto di essi che con riguardo alle varie tipologie di incarichi. Sono inoltre fissati una serie di limiti temporali, tra cui il divieto di assumere tali incarichi prima di dieci anni di effettivo esercizio di funzioni giudicanti o requirenti. È peraltro da notare che, a fronte di questa disciplina rigorosa, da più parti per vero invocata, il provvedimento contempla una serie piuttosto ampia, forse troppo ampia, di eccezioni pur nella cornice del dichiarato fine di circoscrivere il fenomeno.

3. Conclusioni.

Solo alcune notazioni di sintesi per concludere.

Siamo al cospetto di un provvedimento che incide su snodi molto rilevanti della macchina giudiziaria. Basti por mente al complesso procedimento di valutazione dei magistrati, in relazione a cui qualche dubbio è per vero lecito nutrire alla luce dei risultati complessivi di esso: opportuno forse sarebbe un ripensamento del sistema stesso, onde scongiurare il rischio di un eccessivo dispendio di energie rispetto ai risultati prodotti²⁸. Altri temi importanti sono toccati dal provvedimento, tra cui quello degli illeciti disciplinari: sono state individuate nuove fattispecie, anche in qualche modo condivisibili, ma che non possono ambire ad una riforma di sistema che possa fugare del tutto i dubbi relativi ad una giurisdizione in qualche misura "domestica", connotata da un procedimento di archiviazione, ad opera del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, non privo di criticità²⁹. Un altro tema "caldo" è quello dell'organico della magistratura: la legge di delega interviene, ma in modo non risolutivo. A fronte delle carenze registrate (più di 1000 unità) la disciplina del fuori ruolo e il possibile impiego dei magistrati dell'Ufficio del Massimario in funzioni giudicanti o requirenti presso la Cassazione non costituiscono certo tasselli decisivi.

²⁷ L'art. 3, comma 1, lett. h) della legge 71 del 2022.

²⁸ A fronte di procedure molto complesse e articolate, si deve constatare che, secondo le cifre fornite dal Ministero della Giustizia, nel quinquennio che va dal 2017 al 2021 le valutazioni negative dei magistrati sono state dunque in totale 35, pari allo 0,5 %, quelle non positive sono state 24, pari allo 0,3 %, le valutazioni positive sono state in totale 7.394, che costituisce il 99,2 % dei magistrati sottoposti a valutazione.

²⁹ A questo riguardo non si può trascurare che dai dati disponibili risulta che circa il 91% dei casi denunciati vengono archiviati, senza che sia possibile conoscere le ragioni delle archiviazioni. Nel periodo 2012-2018, il PG ha archiviato di media 1264 denunce di illeciti ogni anno, esercitando, sempre di media, 116 azioni all'anno.

Se è vero che gli interventi oggetto di delega non sono interventi in grado di riformare *ab imis* il sistema, essi non sono certo di poco momento, nella misura in cui possono contribuire a rendere più efficiente la “macchina”, procedendo a rivisitare una serie di istituti che concorrono, in vario modo, al corretto funzionamento dei vari ingranaggi. Non si tratta di una riforma di sistema ma di un intervento di “manutenzione” che di certo produrrà effetti migliorativi, soprattutto se si sfruttassero al meglio i margini di discrezionalità rilasciati al legislatore delegato. Tra i vari provvedimenti in cantiere, alcuni dall’incerto cammino come la riforma costituzionale sulla separazione delle carriere, alcuni più circoscritti come il disegno di legge Nordio o addirittura legati a situazioni puntuali e contingenti³⁰, i decreti legislativi delegati possono in effetti contribuire, “a regime”, a rendere più funzionale la macchina, e quindi se ne deve auspicare una sollecita adozione.

Non si tratta di misure in grado di catalizzare l’attenzione dell’opinione pubblica, sia in quanto caratterizzate da un elevato tasso di tecnicità, sia in quanto non destinate a produrre effetti immediati. Si tratti di elementi, questi, che non devono tuttavia nè sminuire il contributo che tali misure potrebbero fornire al sistema né attenuare il proposito di dare attuazione alla delega.

La recente decisione di prorogare i tempi di essa³¹ non è di per sé da guardare con sfavore, a patto però che tale differimento di termini sia il segnale che si sta lavorando per dare vita a misure ponderate, realmente in grado di incidere sul sistema e sulla sua funzionalità.

³⁰ Ad esempio, il decreto legge avente ad oggetto, tra l’altro, il fenomeno dei “rave party”, 31 ottobre 2022, n. 162, convertito nella legge 30 dicembre 2022, n. 199; il cosiddetto decreto-legge “Cutro”, 23 marzo 2023, n. 20, convertito nella legge 5 maggio 2023, n. 50; e da ultimo il cd. decreto “Caivano”, decreto legge 7 settembre 2023, n. 49.

³¹ Il riferimento è alla legge n. 41 del 2023 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, recante disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR): la legge ha prorogato il termine per l’esercizio della delega, inizialmente fissato in un anno dall’entrata in vigore della legge 17 giugno 2022, n. 71, al 31 dicembre 2023.

queste istituzioni

Sui giudici “fuori ruolo”.
Qualche spunto di riflessione a partire
da una proposta di Serio Galeotti

Giancarlo Antonio Ferro

Numero 3/2023
30 settembre 2023

Sui giudici “fuori ruolo”.

Qualche spunto di riflessione a partire da una proposta di Serio Galeotti[#]

di Giancarlo Antonio Ferro^{*}

Sommario

1. “Mito” della governabilità e “credo” delle garanzie costituzionali. Cenni sul contributo di Serio Galeotti al progetto di grande riforma della Costituzione elaborato dal c.d. *Gruppo di Milano*. – 2. Sul regime generale del collocamento “fuori ruolo” nel pubblico impiego: cenni. – 3. La problematica estensione della disciplina comune sul collocamento fuori ruolo al personale della magistratura: le previsioni del r.d. 12/41 e la loro distonia rispetto al modello di giudice e di giurisdizione accolto in Costituzione. – 4. (segue). Su ulteriori profili di incompatibilità tra lo statuto costituzionale del giudice e la disciplina del collocamento fuori ruolo *ex art.* 58 d.p.r. 12/41. – 5. La disciplina speciale del collocamento fuori ruolo dei magistrati nell’ordinamento repubblicano: sintetico quadro ricognitivo della normativa vigente. – 6. La (rinuncia alla) “riforma” del collocamento fuori ruolo nella l. 71/2022. Osservazioni conclusive.

Sintesi

Partendo dal contributo di Serio Galeotti all’interno di quello che fu chiamato il “Gruppo di Milano”, l’articolo indaga il regime del collocamento “fuori ruolo” nel pubblico impiego, con particolare attenzione ai magistrati.

Abstract

The article deals with the role of public employees who are working for another administration (the so called "fuori ruolo"). In particular, the paper analyses the position of the judges and the debate around its possibility in the Italian Constitution.

Parole chiave

Revisione costituzionale; pubblica amministrazione; collocamento fuori ruolo; funzione giurisdizionale; magistratura.

Keywords

Constitutional review; public administration; out-of-tenure placement; jurisdictional function; judges.

[#] Contributo in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno: “*In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*”, tenutosi presso l’Università degli Studi di Bergamo il 15 dicembre 2022.

^{*} Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Catania.

1. “Mito” della governabilità e “credo” delle garanzie costituzionali. Cenni sul contributo di Serio Galeotti al progetto di grande riforma della Costituzione elaborato dal c.d. *Gruppo di Milano*.

Nel richiamare gli esiti di ricerca del c.d. *Gruppo di Milano*, che agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, per impulso e sotto il coordinamento del politologo Gianfranco Miglio, mise in campo un ambizioso progetto di “grande riforma” delle istituzioni repubblicane¹, si è soliti associare il nome di Serio Galeotti all’articolata proposta di revisione della forma di governo in senso “neoparlamentare”², caratterizzata dalla previsione di meccanismi – quali, in primo luogo, la simultanea elezione diretta del presidente del Consiglio e dell’Assemblea legislativa – ritenuti idonei al superamento dell’inefficienza decisionale del sistema politico italiano.

Non può, tuttavia trascurarsi che l’esperienza del laboratorio meneghino rappresentò, per l’illustre Maestro, un ideale momento di sintesi del proprio percorso di riflessione scientifica; percorso, da un lato, ispirato e segnato, soprattutto nella fase più matura, dal “mito” della governabilità³ ma, dall’altro, saldamente ancorato al “credo” per le garanzie costituzionali, che egli stesso aveva fatto oggetto di raffinatissime indagini⁴.

Invero, nel quadro di un progetto principalmente volto alla delineazione «di nuove più autorevoli, stabili ed efficienti strutture di governo (corrispondenti a ciò che in una macchina costituisce l’apparato propulsore)», non sfuggì ai componenti del *Gruppo* l’opportunità di procedere, in modo simmetrico, al ripensamento ed a «un proporzionato potenziamento delle strutture garantistiche (corrispondenti a ciò che sempre nella metafora della macchina, sono gli apparanti frenanti e di sicurezza)»⁵.

Ed anche su quest’ultimo aspetto l’apporto di Galeotti fu determinante.

Sebbene, infatti, la tesi del “governo scelto dal popolo” (o “governo di legislatura”) rappresenti l’impronta più incisiva del magistero galeottiano⁶ all’interno del *Gruppo*, giova ricordare che, in quella medesima sede, al costituzionalista bergamasco fu affidato – quasi come

¹ I cui lavori possono leggersi in Gruppo di Milano, *Verso una nuova Costituzione*, tomo I e II, Milano, 1983.

² Per una lettura critica dei lavori del Gruppo di Milano, con particolare riguardo alle proposte in tema di forma di governo, cfr. B. PEZZINI, *Un progetto di riforma istituzionale (a proposito delle tesi del «Gruppo di Milano»)*, in *Il Politico*, I, 1984, 157 ss., la quale manifesta, tra l’altro, alcune perplessità sul termine “neoparlamentare”, utilizzato dallo stesso Galeotti per qualificare il modello da lui stesso ipotizzato.

³ Basti pensare, ad esempio, agli scritti raccolti nel volume *Alla ricerca della governabilità*, Milano, 1983.

⁴ Sulla nozione di “garanzia” e, in particolare, di “garanzia costituzionale”, è d’obbligo il rinvio a S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetto)*, Milano, 1950; ID., *Garanzia costituzionale*, s.v. in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano 1969, 490 ss.

⁵ S. GALEOTTI, *Il potere giudiziario. L’organizzazione*, in ID., *Un governo scelto dal popolo. “Il Governo di legislatura”. Contributo per una “grande riforma” istituzionale*, Milano, 1984, 143 (ma già in Gruppo di Milano, *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1983, tomo I, 639 ss.).

⁶ Su tale profilo, cfr., ancora una volta, B. PEZZINI, op. ult. cit., 159, che individua nella proposta galeottiana del “governo di legislatura” «l’idea centrale... una sorta di fulcro attorno al quale» ruotava complessivamente la ricerca del Gruppo.

“onere di contropartita” della riforma dell’architettura degli organi di indirizzo politico da egli stesso auspicata – il non facile compito di rimeditare la disciplina costituzionale in materia di organizzazione del potere giudiziario⁷, mediante «la prospettazione di principi e direttrici per innovare e perfezionare *in senso ulteriormente garantista* l’ordinamento che la Costituzione repubblicana ha stabilito per la Magistratura e, in genere, per gli organi giurisdizionali»⁸.

Nonostante l’apparente disomogeneità e il diverso grado di approfondimento dei vari profili oggetto di proposta⁹, il *fil rouge* della riflessione può cogliersi nell’intento di individuare correttivi idonei ad arginare il rischio di politicizzazione del potere giudiziario, nel quale il Maestro aveva già individuato, in un precedente studio, la più pressante minaccia al ruolo di garanzia che ciascun giudice è chiamato a svolgere¹⁰.

Tra le più qualificanti indicazioni terapeutiche fornite in tal senso da Galeotti merita, in particolare, di essere segnalata la proposta di introdurre, con apposita disposizione costituzionale, il divieto «di distaccare i magistrati presso uffici dell’amministrazione dello Stato¹¹ per l’esercizio di funzioni non giurisdizionali», sì da «sradicare una prassi, non di rado invalsa, attraverso la quale, da un lato, il potere politico può insinuarsi con inammissibile influenza nella magistratura e, dall’altro, i magistrati possono essere distolti dalle proprie funzioni giurisdizionali pregiudicando ad un tempo la loro professionalità e l’immagine di imparzialità e indipendenza che essi debbono salvaguardare»¹².

Malgrado tale prospettiva di riforma non abbia avuto seguito né in sede di dibattito politico, né in ambito scientifico¹³, pare opportuno rivalutarne i contenuti, anche alla luce di recenti fatti di cronaca, che hanno dimostrato quanto il vigente regime dell’attribuzione di

⁷ Più precisamente, in seno al Gruppo, le proposte di riforma sul potere giudiziario furono redatte da Galeotti per i profili organizzativi e da Bognetti per quelli funzionali.

⁸ S. GALEOTTI, *Il potere giudiziario*, cit. 143. Enfasi aggiunta.

⁹ Nella specie, il progetto di rimodellamento dell’organizzazione giudiziaria ruotava attorno a quattro punti fondamentali: unità e unificazione delle giurisdizioni; potenziamento delle garanzie di professionalità ed imparzialità dei magistrati di carriera e onorari; riforma del C.S.M.; sganciamento del P.M. dal potere giudiziario e riorganizzazione complessiva degli organi requirenti.

¹⁰ Ed infatti, le radici, per dir così, ideali della proposta di riforma in parola sono da ricercare nelle ancora attuali osservazioni contenute in S. GALEOTTI, *Strutture garantistiche e strutture governanti nel modello e nella realtà costituzionale*, in *Il Politico*, 41, 1976, 605 ss., ove, nell’ambito di un’analisi a tutto tondo sulla crisi delle istituzioni repubblicane, il costituzionalista bergamasco aveva evidenziato le più vistose asimmetrie tra il *Sein* e il *Sollen* della magistratura in Italia. Nella specie, gli strali galeottiani erano proprio rivolti contro il rischio di politicizzazione del potere giudiziario e alla conseguente mortificazione del principio costituzionale di garanzia, di cui la magistratura rappresenta la più concreta espressione (610). Le cause di ciò, secondo Galeotti, erano da individuare innanzitutto nella «*dislocazione di potere*» da parte del Consiglio Superiore della Magistratura; vale a dire nella censurabile tendenza dell’organo di autogoverno ad espandere il proprio potere ben al di là di quanto consentito dalla Carta fondamentale. Ed è nel C.S.M., del resto, che «si riflettono, come di rimbalzo, i contrasti, le inquietudini e le disfunzioni che affliggono l’ordine giudiziario nel suo complesso e l’amministrazione della giustizia in Italia» (613).

¹¹ Sebbene si discorra di “distacco”, l’ipotesi descritta rientra tecnicamente nel “collocamento fuori ruolo”.

¹² S. GALEOTTI, *Il potere giudiziario*, cit., 130.

¹³ Basti pensare che, nei pochi scritti dedicati al tema del fuori ruolo e, più in generale, degli incarichi extrafunzionali dei magistrati della proposta in parola non si fa alcuna menzione.

incarichi extrafunzionali per i quali è previsto l'obbligo del fuori ruolo continui, per un verso, a favorire inammissibili commistioni tra politica e potere giudiziario; e, per altro verso, ad alimentare altrettanto inammissibili logiche spartitorie all'interno delle correnti della magistratura; quadro, per vero, che i recenti interventi di razionalizzazione previsti dalla l. 17 giugno 2022, n. 71 non sembrano poter modificare in maniera significativa.

Nel presente contributo, pertanto, dopo aver brevemente ricostruito la disciplina comune sul fuori ruolo nella pubblica amministrazione, ci si soffermerà, in particolare, sullo "specialissimo" regime vigente per il personale della magistratura, al fine di dimostrarne – in ideale dialogo con il Maestro e nel solco della traiettoria da Egli delineata – la necessità di un ripensamento, attesa la distonia rispetto al modello costituzionale di giudice e di giurisdizione.

2. Sul regime generale del collocamento "fuori ruolo" nel pubblico impiego: cenni .

Come noto, al fine di garantire che il pubblico dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni operi nelle condizioni di imparzialità, che ai sensi del combinato disposto degli artt. 28, 54 e 97 Cost. ne qualificano lo *status*, l'ordinamento stabilisce un principio di tendenziale *esclusività* del servizio: per un verso, infatti, si intende assicurare che, con lo svolgimento di eventuali attività ulteriori o diverse da quelle connesse alla propria funzione, l'impiegato pubblico non sottragga energie all'adempimento dei propri doveri istituzionali; per altro verso, che il compimento di siffatte attività non influisca sugli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione di appartenenza¹⁴.

Da qui, un rigido sistema di incompatibilità fissato, in via generale per tutti i pubblici dipendenti, dall'art. 60 del d.p.r. 3/57 (*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*) e dall'art. 53 del d.lgs. 165/2001, siccome modificato dalla l. 190/2012¹⁵, a tenore del quale, tra l'altro, «le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati».

In taluni casi, per l'espletamento di incarichi differenti da quelli normalmente svolti, l'ordinamento prevede il ricorso al c.d. collocamento "fuori ruolo" dei pubblici dipendenti, che, insieme al comando e al distacco, rappresenta il nucleo duro degli strumenti di mobilità temporanea, storicamente introdotti dal decisore politico per attenuare il principio di

¹⁴ Sul principio di esclusività del servizio, cfr., per tutti, A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano 1991, *passim*; nonché B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna 2007, *passim*.

¹⁵ Su cui cfr., almeno, F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013, 191 ss.

tendenziale inamovibilità del pubblico impiegato e per rispondere «all’oggettiva rigidità della vecchia disciplina amministrativa in materia di assunzioni, carriere e ruoli organici»¹⁶.

Il regime generale di siffatto strumento è stabilito dagli articoli 58 e 59 del *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, adottato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3¹⁷. Nella specie, ai sensi dell’art. 58, il dipendente pubblico può essere collocato fuori ruolo «per il disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici attinenti agli interessi dell’amministrazione che lo dispone e che non rientrino nei compiti istituzionali dell’amministrazione stessa». Ne consegue che con il fuori ruolo il pubblico impiegato viene destinato a un’amministrazione o a un ente diverso da quello di appartenenza, presso cui, quindi, sarà chiamato a svolgere la propria prestazione lavorativa. Da qui, la necessità di provvedere con decreto dei ministri competenti di concerto con il ministro dell’economia e delle finanze, sentito l’impiegato.

Nel modello delineato dall’art. 58, quindi, il ricorso a questa tipologia di mobilità mira «*prima facie* al soddisfacimento dell’interesse prevalente dell’amministrazione di appartenenza del lavoratore... nella quale, però, non risultano preordinati uffici per l’espletamento delle attività in cui quell’interesse si concretizza». La *ratio* dell’istituto in esame può rinvenirsi, segnatamente, in esigenze di buon andamento e massima efficienza dell’attività amministrativa (art. 97 Cost.) «in relazione allo svolgimento di funzioni che richiedono precise competenze e professionalità, già presenti in altra amministrazione che svolge funzioni analoghe. Pertanto, non esula dalla fattispecie del collocamento fuori ruolo un preciso interesse dell’amministrazione di destinazione, connesso a esigenze di organizzazione»¹⁸.

Al di là di un’evidente incidenza sul ruolo organico dell’amministrazione di provenienza del dipendente, tanto da consentire alla stessa di procedere *medio tempore* alla copertura del posto lasciato vacante, non v’è dubbio che il collocamento fuori ruolo modifichi anche il rapporto di impiego, determinando, seppure *ad tempus*, una diversa modalità di svolgimento della prestazione lavorativa¹⁹. Il dipendente, infatti, è posto al di fuori della struttura di appartenenza, pur continuando a conservare invariati *status* e qualifica. Sicchè, «durante il fuori ruolo, la separazione dall’amministrazione è netta poiché la prestazione di lavoro deve omologarsi alla nuova organizzazione. Così potrà accadere che l’organizzazione

¹⁶ M. ESPOSITO, *Comandi e fuori ruolo (mobilità temporanea tra amministrazioni diverse: comando, distacco e collocamento fuori ruolo)*, in F. Carinci – A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 741.

¹⁷ Anche se l’istituto venne, per la prima volta, introdotto nell’ordinamento italiano con r.d. 30 dicembre 1923, n. 2958. Lo ricorda, in particolare, M. COLACITO, *Impiego statale*, s.v., in *Enc. Dir.*, XX, Milano 1970, 335.

¹⁸ M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2006, 869.

¹⁹ Da qui, la differenza con l’istituto dell’aspettativa che, invece, determina una sospensione dell’attività lavorativa.

dell'amministrazione di destinazione sia opposta a quella di provenienza sì da determinare, in ragione dell'indicata necessità di conformazione della prestazione, una trasformazione dei tratti essenziali e caratterizzanti la stessa, ovvero ancora che il mancato svolgimento delle funzioni connesse alla qualifica provochi il provvisorio venir meno di talune prerogative ad essa connesse o, in senso del tutto contrario, che la privazione delle funzioni conseguente al fuori ruolo imponga comunque la conservazione di prerogative e compiti»²⁰.

3. La problematica estensione della disciplina comune sul collocamento fuori ruolo al personale della magistratura: le previsioni del r.d. 12/41 e la loro distonia rispetto al modello di giudice e di giurisdizione accolto in Costituzione.

Sebbene possa affermarsi, in linea generale, che lo strumento del collocamento fuori ruolo, nel modello testé descritto, miri a soddisfare «tanto le oggettive esigenze gestionali di una circolazione più efficiente e flessibile delle professionalità all'interno delle amministrazioni pubbliche, quanto le aspirazioni più individualistiche dei lavoratori»²¹, occorre domandarsi se al raggiungimento di tali obiettivi possa essere chiamato anche il personale appartenente alla magistratura, al quale l'ordinamento impone lo svolgimento della nobile funzione giurisdizionale in condizioni non solo di imparzialità ma, elemento tutt'altro che trascurabile, di *indipendenza* da qualunque altro potere.

Il tema, come noto, rientra nel più vasto perimetro della disciplina dei c.d. incarichi extragiudiziali dei magistrati, la cui puntuale disamina non è consentita dall'economia del presente scritto²².

Sia qui sufficiente rammentare che con riguardo al personale della magistratura trovano applicazione, oltre alla normativa generale sulle incompatibilità dei pubblici dipendenti stabilita dai menzionati artt. 60 del d.p.r. 3/57 e 53 del d.lgs. 165/2001, le specifiche previsioni dell'art. 16 del r.d. 12/1941 (*Ordinamento giudiziario*), come modificato dall'art. 14 della l. 97/1979²³, che, tra l'altro, subordina l'accettazione di incarichi ad autorizzazione del C.S.M.²⁴, in assenza della

²⁰ M. GARATTONI, op. ult. cit., 870.

²¹ M. GARATTONI, op. ult. cit., 845.

²² Per un inquadramento teorico ricostruttivo, cfr., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Compatibilità o incompatibilità delle attività extragiudiziarie col ruolo istituzionale dei magistrati ordinari*, in *Questione giustizia*, 1, 1983, 185 ss., nonché i contributi contenuti in F. ZANNOTTI (a cura di), *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, 1981. Per riferimenti alla più recente disciplina, vd. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2018, 160; N. ZANON– F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna 2019, 124 ss.

²³ A tenore del quale «i magistrati non possono assumere pubblici o privati impieghi od uffici, ad eccezione di quelli di senatore, di consigliere nazionale o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza. Non possono nemmeno esercitare industrie o commerci, né qualsiasi libera professione».

²⁴ La disposizione prevedeva l'autorizzazione del C.S.M. anche per l'assunzione delle funzioni di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale, esclusivamente negli arbitrati nei quali fosse parte l'Amministrazione dello Stato ovvero aziende o enti pubblici. Tuttavia, anche alla luce della netta presa di posizione dello stesso organo di

quale, peraltro, può configurarsi un illecito disciplinare ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. c), d.lgs. 109/2006.

Ove la complessità o la durata dell'incarico extrafunzionale lo richiedano, l'ordinamento prevede l'obbligatorio collocamento fuori ruolo del magistrato interessato, istituto ritenuto applicabile anche agli appartenenti all'ordine giudiziario, in virtù di una non del tutto convincente interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 276, co. 3, r.d. 12/1941 alle «*disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato*», tra le quali si annovera, appunto, l'art. 58 d.p.r. 3/57.

In siffatta lettura, tuttavia, si trascura che l'estensione delle disposizioni generali sul pubblico impiego non può affatto essere automatica, ma impone un preventivo giudizio di compatibilità tra lo *status* dei magistrati e quello di tutti gli altri dipendenti pubblici, attesa l'ulteriore specificazione contenuta nel citato art. 276, co. 3, del r.d. 12/1941, in base a cui l'applicazione della disciplina comune in materia di pubblico impiego anche al personale della magistratura è ammessa solo laddove *non contraria* alle norme dell'ordinamento giudiziario e ai relativi regolamenti.

Non v'è dubbio che la comparazione imposta da tale ultima disposizione debba oggi tener conto del sistema di principi costituzionali che qualificano lo *status* degli appartenenti all'ordine giudiziario e lo distinguono da quello proprio di tutti i pubblici dipendenti. Come precisato dalla Corte costituzionale, infatti, se è pur vero che la Costituzione «stabilisce principi comuni, vevoli tanto per il pubblico impiegato quanto per il magistrato» non si può al contempo negare «che il comune aspetto di fondo, dipendente dal fatto che ambedue le categorie interessate sono legate da un rapporto di servizio pubblico con lo Stato e svolgono attività in nome e per conto dello Stato medesimo, non impedisce e, anzi, impone al legislatore di considerare, nell'ambito di un esercizio non irragionevole della sua discrezionalità politica, *le differenze e le peculiarità* che debbono indurre a disciplinare diversamente, sotto vari aspetti, lo status e i compiti dei magistrati rispetto a quelli degli altri dipendenti pubblici. *Un trattamento differenziato dei giudici è, infatti, imposto dalla stessa Costituzione, la quale, agli articoli da 101 a 113, prevede apposite disposizioni dirette ad assicurare, a garanzia dell'autonomia e dell'imparzialità di una funzione di vitale importanza per l'esistenza e l'attuazione di uno Stato di diritto, la più ampia tutela dell'indipendenza dei giudici, considerati sia come singoli soggetti sia come ordine giudiziario*»²⁵.

autogoverno, che con circolare del 12 marzo 1997 aveva manifestato l'intenzione di porre una stretta su tali tipologie di autorizzazione, l'art. 1, co. 18, l. 190/2012 ha, in modo condivisibile, vietato ai magistrati – anche amministrativi e contabili – l'assunzione di qualunque incarico arbitrale.

²⁵ C. cost. sent. n. 289 del 1992 (enfasi aggiunte), con la quale, proprio alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 276, co. 3, r.d. 12/41, il giudice delle leggi ha ritenuto non applicabile ai magistrati l'art. 87 del d.p.r. 3/57, che prevede l'istituto della riabilitazione del dipendente pubblico condannato in sede disciplinare.

Orbene, la compatibilità dell'istituto in esame con la normativa in materia di ordinamento giudiziario è stata comunemente dedotta dalla presenza, all'interno del medesimo r.d. 12/41, di due specifiche disposizioni di collocamento fuori ruolo tuttora vigenti: l'art. 196, che riguarda la destinazione di magistrati al solo Ministero della Giustizia; e l'art. 210, relativo al collocamento fuori ruolo di magistrati ai quali, nel numero massimo di sei, siano conferiti incarichi "speciali" che comportino la sospensione dal servizio per più di due mesi. In questa ipotesi, l'amministrazione di destinazione può essere lo stesso Ministero della Giustizia, ovvero altro ente pubblico; ma in tale ultimo caso è necessario il "consenso" del Ministro della Giustizia²⁶.

Epperò, una retta applicazione di elementari canoni ermeneutici dovrebbe condurre ad esiti ricostruttivi del tutto diversi. Invero, è quasi superfluo sottolineare che in un ordinamento retto dal principio di rigidità costituzionale, è la legislazione a dover essere interpretata, ove possibile, in senso conforme a Costituzione. Non viceversa.

Giova rammentare, infatti, che le norme dell'ordinamento giudiziario stabilite dal r.d. 12/41 sono il riflesso di un'epoca storica in cui il Ministro era il responsabile del funzionamento delle istituzioni giudiziarie e aveva mezzi per influire, attraverso l'esercizio delle funzioni di amministrazione della giurisdizione, tanto sugli organi requirenti che su quelli giudicanti. Nello specifico, «l'intrinseco collegamento che il ministro della Giustizia realizzava allora fra potere esecutivo e potere giudiziario, a tutto vantaggio del primo, era poi perfezionato dalla struttura organizzativa del ministero, il cui personale era composto principalmente di magistrati, funzionari di cancelleria, ecc., collocati fuori ruolo e comandati a prestare servizio nei suoi uffici amministrativi»²⁷.

Diverso il sentiero tracciato dalla Costituzione antifascista e repubblicana del 1948, che ha voluto segnare, anche su tale profilo, la distanza di passo con il pregresso regime.

Invero, l'amministrazione della giurisdizione, intesa quale complesso di funzioni amministrative ma strumentali all'esercizio delle funzioni giurisdizionali, tra le quali rientrano senz'altro quelle relative allo *status* dei magistrati e ai rapporti tra ordine giudiziario e altri poteri dello Stato, è oggi attribuita al C.S.M., in virtù di specifiche disposizioni costituzionali (artt. 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108 e 110 Cost.). Al Ministro della Giustizia, di contro, spetta soltanto – a parte gli altri suoi compiti di carattere generale – di esercitare l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati (art.107, co. 2) e di assicurare "*l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*" (art. 110)». È proprio in questo ministro, del

²⁶ Diversa, come è evidente, è l'ipotesi di cui all'art. 203, r.d. 12/41, a tenore del quale «il magistrato in aspettativa è posto immediatamente fuori del ruolo organico, se l'aspettativa fu concessa per motivi di famiglia, e dopo due mesi, se per motivi di salute o per servizio militare».

²⁷ A. PIZZORUSSO, *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VI, Roma 1996, ora anche in ID., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli 2019, 809.

resto che la Costituzione individua «la principale fonte di possibili pericoli per l'indipendenza della magistratura»²⁸.

In un'interpretazione effettuata alla luce del modello di giudice e di giurisdizione accolto in Costituzione, pertanto, gli artt. 196 e 201 del r.d. 12/41 avrebbero dovuto (e dovrebbero) essere considerati implicitamente abrogati o, comunque, costituzionalmente illegittimi per contrasto con gli evocati parametri della Carta fondamentale, anziché rappresentare la porta di ingresso nell'ordinamento giudiziario di un istituto, la cui disciplina generale collide con l'"ontologia costituzionale" della magistratura.

4. (segue). Su ulteriori profili di incompatibilità tra lo statuto costituzionale del giudice e la disciplina del collocamento fuori ruolo ex art. 58 d.p.r. 12/41.

Al di là delle specifiche ipotesi configurate dalle sopra richiamate disposizioni del r.d. 12/41, più di una perplessità può essere avanzata in merito all'astratta compatibilità del collocamento fuori ruolo ex art. 58 d.p.r. 3/57 con la posizione istituzionale garantita al giudice dalla Costituzione.

In primo luogo, non può trascurarsi che il peculiare *status* dei giudici stabilito dalla Carta fondamentale è strettamente connesso all'esercizio della *funzione giurisdizionale* che essi sono chiamati a svolgere (art. 102, co. 1, Cost.); funzione per nulla affine né fungibile con quelle attribuite agli altri rami della pubblica amministrazione.

Sotto questo profilo, pertanto, il modello generale del collocamento fuori ruolo non potrebbe, in tesi, essere applicato al personale della magistratura per carenza dei presupposti stabiliti dal citato art. 58: invero, se è certo che le attività dei magistrati presso enti diversi da quello di appartenenza non rientrino «*nei compiti istituzionali*» dell'ordine giudiziario, più di un dubbio può essere sollevato circa l'attinenza delle funzioni, che il magistrato fuori ruolo andrà a svolgere in altro settore della p.a., agli interessi dell'amministrazione di appartenenza.

Ed infatti, a rigore, gli unici interessi che l'ordine giudiziario è chiamato istituzionalmente a perseguire sono proprio quelli più direttamente incisi dal collocamento fuori ruolo dei magistrati: l'autonomia e indipendenza da ogni altro potere (artt. 101, 102, 104, 105, 107, 108 Cost.) e l'imparziale esercizio della funzione giurisdizionale in posizione di terzietà (art. 3, 24, 108, 111 e 113 Cost.). Principi, questi, che, come noto, oltre a identificare e qualificare il modello di giudice (e di giurisdizione) nell'ordinamento repubblicano, ne presidiano la netta separazione dal potere politico.

²⁸ Così, A. PIZZORUSSO, *Art. 102*, in G. Branca–A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, ora anche in Id., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 768.

Così, ad esempio, non si comprende quale concreto vantaggio per l'indipendenza e l'imparzialità possa derivare – tanto all'ordine giudiziario nel suo complesso, quanto al singolo magistrato – dal temporaneo esercizio di *funzioni amministrative* del giudice collocato in fuori ruolo presso gli apparati burocratici ministeriali. In questa ipotesi, semmai, può verificarsi un potenziale pregiudizio ai principi di indipendenza e di imparzialità; «e ciò sia in senso oggettivo, perché (i giudici collocati fuori ruolo) conoscono come amministratori ciò che un giorno potrebbero essere chiamati a giudicare come magistrati²⁹, sia in senso soggettivo, in quanto i compiti svolti porteranno loro inevitabilmente a coltivare rapporti e relazioni che potrebbero favorire, talora anche aldilà delle intenzioni, dinamiche indebite di vario tenore»³⁰. Da qui, del resto, il rigore con cui, secondo il Consiglio di Stato, il C.S.M., prima di disporre il collocamento fuori ruolo, dovrà valutare l'interesse dell'amministrazione allo svolgimento dell'incarico da parte del magistrato, «*anche escludendo che detto incarico — per la sua natura e le concrete caratteristiche — possa compromettere, anche in futuro, non solo l'intrinseca indipendenza e terzietà del soggetto, ma anche la percezione dei cittadini in ordine a uno svolgimento indipendente (da parte dello stesso magistrato) della funzione giurisdizionale*»³¹.

Al contempo, l'inscindibile legame tra il “giudice” e la “funzione giurisdizionale” rende di assai dubbia configurazione l'utilità che – alla luce della sopra specificata lettura dell'art. 58 d.p.r. 3/57 -l'amministrazione di destinazione dovrebbe ricevere dal temporaneo inserimento nel proprio organico di un magistrato. Non convince, in proposito, la tesi che individua il vantaggio per l'ente *ad quem* nella specifica preparazione tecnico-giuridica dei giudici³² o nella loro particolare affidabilità sotto il profilo dell'imparzialità e correttezza³³: in un caso, infatti, si tratta di competenze perfettamente fungibili con quelle possedute da giuristi di altra provenienza³⁴; nell'altro, di una indimostrata presunzione circa la sussistenza di particolari qualità etiche in capo a una precisa categoria di dipendenti pubblici, laddove la Costituzione,

²⁹ Atteso, come è ovvio, il loro rientro in servizio al termine del periodo di collocamento fuori ruolo.

³⁰ F. DAL CANTO, *Per “voltare pagina” occorre ripensare anche la disciplina degli incarichi extragiudiziari dei magistrati*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 465.

³¹ Cons. St., sez. IV, 30 aprile 2012, n. 2486. Enfasi aggiunte.

³² In questo senso, cfr. la nota del Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale magistrati del 22 dicembre 2012. L'argomento è stato di recente sostenuto, forse con un po' di enfasi provocatoria, da C. CASTELLI, *Contro la demonizzazione dei magistrati fuori ruolo*, in *Questione giustizia*, 2-3, 2022, 126 ss.

³³ Ne discorre, in termini nettamente critici, A. PIZZORUSSO, *Art. 102*, in G. Branca–A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, ora anche in ID., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 767.

³⁴ In senso conforme, F. DAL CANTO, *Per voltare pagina*, cit., 464; N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 132. *Contra*, C. CASTELLI, op cit., 129 s., che, in riferimento alle attività proprie dell'ufficio legislativo presso il Ministero della Giustizia, distingue il “sapere giuridico” dalla “concreta esperienza nei Palazzi di Giustizia”. Il primo avrebbe, per dir così, carattere diffuso, in quanto posseduto tanto dai magistrati, quanto dagli avvocati e dai professori universitari (“puri” e non, per riprendere la terminologia dell'A.). La seconda, invece, sarebbe posseduta in modo specifico dai giudici. La tesi, pur suggestiva, non è convincente, in quanto non sorretta da alcuna dimostrazione circa la maggiore attitudine del magistrato ad affrontare le questioni giuridiche in termini più concreti e pratici rispetto a un avvocato o a un professore universitario.

invece, parificai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche, imponendone a *tutti* l'adempimento con disciplina e onore (artt. 3 e 54 Cost.). Peraltro, non può trascurarsi che la rilevante presenza di magistrati (sia pur fuori ruolo) all'interno delle organizzazioni ministeriali, oltre a incidere, come evidenziato, su principi che l'ordinamento pone a garanzia del potere giudiziario contro le ingerenze di quello politico, rischia di ledere lo stesso principio di separazione dei poteri, «declinandosi questa volta tale principio a salvaguardia dell'autonomia politica dell'esecutivo, che proprio dalla presenza di tali magistrati in ruoli ministeriali apicali potrebbe risultare condizionato»³⁵.

Vi è un'altra ragione di ordine strettamente pratico che induce a ritenere non estensibile all'ordine giudiziario la disciplina di diritto comune stabilita dall'art. 58 d.p.r. 3/57. Si è detto, infatti, che l'istituto in esame incide sul ruolo organico dell'amministrazione di provenienza del dipendente, tanto da consentire alla stessa di procedere *medio tempore* alla copertura del posto lasciato vacante. È chiaro, dunque, che il ricorso al fuori ruolo necessita di un esame *in vivo* delle ricadute tanto sugli assetti organizzativi dell'amministrazione *de qua*, quanto sulle funzioni che essa è chiamata istituzionalmente a svolgere. Ebbene, se si pone mente alla cronica scarsità di risorse umane nella magistratura e alla predetta non fungibilità della funzione giurisdizionale, non può trascurarsi che la destinazione di un elevato numero di giudici a funzioni diverse da quelle giudiziarie determina, in concreto, «carenze di personale negli uffici, ostacola perciò il corretto funzionamento di questi, la buona amministrazione della giustizia e, in ultima analisi, danneggia i diritti dei cittadini»³⁶, con conseguente, paradossale violazione dei principi di buon andamento ed efficienza della p.a. (art. 97 Cost.), nei quali, come già detto, si è soliti individuare il fondamento costituzionale del collocamento fuori ruolo dei dipendenti pubblici.

5. La disciplina speciale del collocamento fuori ruolo dei magistrati nell'ordinamento repubblicano: sintetico quadro ricognitivo della normativa vigente.

Le segnalate criticità di ordine costituzionale non hanno, tuttavia, indotto il decisore politico ad eliminare o, quanto meno, a ridimensionare in modo significativo le ipotesi di collocamento fuori ruolo dei magistrati per l'esercizio di funzioni di natura essenzialmente amministrativa. Al contrario, l'ordinamento è stato dotato nel tempo di una stratificata disciplina speciale in materia, affidata a un distopico sistema di fonti primarie e secondarie, di cui si darà qui brevemente conto³⁷.

³⁵ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 132.

³⁶ N. ZANON-F. BIONDI, *op. ult. cit.*, 128.

³⁷ Per una dettagliata analisi, cfr. il recente contributo di D. CARDAMONE, *La nuova disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati*, in *Questione giustizia*, 2-3, 2022, 122 ss.

In prospettiva storica, la prima disposizione di riferimento è l'art. 15 della legge n. 195/1958, istitutiva del C.S.M., che, nel riprendere le già richiamate e discutibili previsioni del r.d. 12/41, ha individuato due tipi di collocamento fuori ruolo: la destinazione dei magistrati al ministero della Giustizia (art. 15, comma 1); e il conferimento ai magistrati di incarichi, estranei alle loro funzioni, che risultino previsti dalle norme vigenti (art. 15, comma 3). La medesima disposizione, inoltre, ha previsto – in conformità all'attribuzione costituzionale della competenza amministrativa del C.S.M. in materia di *status* dei magistrati ordinari – che il collocamento sia disposto con delibera del Consiglio.

Nel solco di un ulteriore ampliamento degli ambiti di applicazione dell'istituto, si è mosso, invece, il d.l. 217/2001³⁸, convertito con l. 317/2001, con cui alle amministrazioni pubbliche è stata attribuita la facoltà di conferire incarichi extrafunzionali ai magistrati, a prescindere dal presupposto della sussistenza di un raccordo con gli interessi dell'amministrazione giudiziaria, in evidente deroga con quanto stabilito dall'art 58 d.p.r. 3/57. Si tratta, nella specie, degli incarichi «di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio dei Ministri e con il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretario del Consiglio dei Ministri o con i singoli Ministri, anche senza portafoglio». In tal caso, infatti, i magistrati, «su richiesta degli organi interessati, sono collocati, con il loro consenso, in posizione di fuori ruolo o di aspettativa retribuita, per l'intera durata dell'incarico, anche in deroga ai limiti di carattere temporale previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza e in ogni caso non oltre il limite di cinque anni consecutivi» (art. 13, co. 1). In siffatte ipotesi, inoltre, il C.S.M. delibera «il collocamento fuori ruolo o in aspettativa retribuita (...) fatta salva per i medesimi la facoltà di valutare *motivate ragioni ostative* al suo accoglimento» (art. 13, co. 3). Ne consegue, quindi, che nelle fattispecie *de quibus* l'autorizzazione al collocamento fuori ruolo potrà essere negata solo in ipotesi del tutto eccezionali.

Successivamente, l'art. 50, co. 2, d.lgs. n. 160/2006³⁹, al fine di neutralizzare l'eventuale formazione di “carriere parallele”, ha fissato in dieci anni la durata massima complessiva, nell'arco del servizio, del collocamento fuori ruolo «con esclusione del periodo di aspettativa per mandato parlamentare o di mandato al Consiglio superiore della magistratura». Nello stesso decreto, inoltre, è stata inserita una specifica disciplina sul ricollocamento in ruolo dei magistrati, stabilendo che il periodo trascorso fuori ruolo è equiparato all'esercizio delle ultime funzioni giudiziarie svolte e che il magistrato deve essere ricollocato nella medesima sede, se vacante, o in altra sede, e nelle medesime funzioni (art. 50, co. 1, d.lgs. 160/2006).

³⁸ Recante «*Modificazioni al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, nonché alla legge 23 agosto 1988, n. 400, in materia di organizzazione del Governo*».

³⁹ Rubricato «*Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati*».

Con previsione estesa anche agli appartenenti alle giurisdizioni speciali, la l. 190/2012 ha specificato che «tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti in posizioni apicali o semi-apicali, compresi quelli, comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione (...) devono essere svolti con contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo, che deve permanere per tutta la durata dell'incarico. È escluso il ricorso all'istituto dell'aspettativa» (art. 1, co. 66)⁴⁰. Al termine massimo decennale di permanenza fuori ruolo si fa unica eccezione solo per incarichi di membro del Governo, per le cariche elettive (anche presso organi di autogoverno) e per gli incarichi di componente delle corti internazionali, comunque denominate (art. 1, co. 70)⁴¹.

Per quanto riguarda il numero massimo di magistrati ordinari collocabili fuori ruolo, il d. l. n. 143/2008, conv. in l. 181/2008 (lettera M dell'allegata Tabella), ne ha stabilito il limite in duecento unità, anche se in tale tetto non rientrano coloro che svolgono il proprio incarico presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale o il C.S.M., nonché i magistrati in aspettativa per mandato elettorale.

Giova, infine, segnalare che nel tentativo di “restringere” le maglie, di volta in volta, lasciate fin troppo larghe dal decisore politico⁴², è nel tempo intervenuta una stratificata serie di atti paranormativi del C.S.M.⁴³, i quali, se da un lato, hanno certamente contribuito a meglio specificare ambito di applicazione, presupposti e limiti dell'istituto in parola, dall'altro, hanno ulteriormente complicato un quadro normativo di tutt'altro che agevole ricostruzione.

6. La (rinuncia alla) “riforma” del collocamento fuori ruolo nella l. 71/2022. Osservazioni conclusive.

Al fine di un complessivo riordino della disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati, è di recente intervenuta la legge n. 71/2022, recante «*Deleghe al Governo per la riforma*

⁴⁰ La medesima legge ha, inoltre, generalizzato i limiti temporali massimi di permanenza fuori ruolo dei magistrati; analogamente a quanto previsto dall'art. 50 d.lgs n. 160/2006 per i magistrati ordinari, all'art. 1, comma 68, si precisa che, «salvo quanto previsto dal comma 69, i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, gli avvocati e procuratori dello Stato non possono essere collocati in posizione di fuori ruolo per un tempo che, nell'arco del loro servizio, superi complessivamente dieci anni, anche continuativi. Il predetto collocamento non può comunque determinare alcun pregiudizio con riferimento alla posizione rivestita nei ruoli di appartenenza».

⁴¹ Peraltro, ai sensi dell'art. 1, co. 71, per gli incarichi presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale e il C.S.M., il termine decennale viene fatto decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge, ovvero a partire dal 28 novembre 2012.

⁴² Come osserva F. DAL CANTO, *Per “voltare pagina”*, cit., 463, a fronte di un'apparente tendenza alla razionalizzazione del ricorso all'istituto del fuori ruolo dei magistrati per l'espletamento di compiti extrafunzionali, sono state inserite nell'ordinamento – anche in attuazione della normativa internazionale o di quella dell'Unione europea - svariate ipotesi di fuori ruolo collegate ad incarichi presso autorità indipendenti o enti internazionali e sovranazionali di varia natura, alcuni dei quali, peraltro, comportanti l'esercizio di funzioni giurisdizionali.

⁴³ Cfr., in particolare, Circolare n. 13778/2014, approvata con deliberazione 24 luglio 2014, da ultimo modificata con deliberazione 8 aprile 2022.

dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura» (c.d. legge Cartabia) a cui, tuttavia, a distanza di oltre un anno, non è stata data attuazione⁴⁴.

Nell'art. 5 di tale legge, infatti, si dettano i principi e criteri direttivi che dovrebbero ispirare i futuri – e, per vero, ad oggi assai incerti – decreti delegati contenenti la “nuova” disciplina del fuori ruolo del personale appartenente non solo all'ordine giudiziario ma anche alle giurisdizioni speciali.

Ed è qui che, in una prospettiva di sistema, si profila una novità di grande rilievo, attraverso l'opportuna introduzione di un regime omogeneo sul collocamento fuori ruolo, valevole, dunque, anche per i magistrati delle giurisdizioni speciali (amministrativa e contabile)⁴⁵, notoriamente assai più impegnati, rispetto ai magistrati ordinari, nell'adempimento di compiti extrafunzionali presso i più disparati settori della pubblica amministrazione⁴⁶. Del resto, non può trascurarsi che le criticità sopra rilevate in punto di rispetto dei principi di indipendenza e imparzialità si estendono, *a fortiori*, anche all'ordinamento delle magistrature speciali – soprattutto, amministrativa – non foss'altro perché la loro *funzione giurisdizionale* è istituzionalmente diretta a tutelare i cittadini *nei confronti* della pubblica amministrazione (artt. 24 e 103 Cost.).

Tra gli ulteriori aspetti qualificanti della riforma, può segnalarsi, in primo luogo, la previsione del divieto di autorizzare il collocamento del magistrato fuori ruolo prima del decorso di dieci anni *di effettivo esercizio delle funzioni giudicanti o requirenti*, a prescindere, dunque, dall'anzianità di ruolo⁴⁷ (art. 5, lett. f). Inoltre, si riduce a sette anni il limite temporale

⁴⁴ Il termine per l'adozione dei relativi decreti delegati è stato ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2023.

⁴⁵ Per vero, un tentativo in tal senso, era già stato effettuato dalla l. n. 190/2012, laddove, all'art. 1, co. 67, si era prevista una delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo volto ad individuare gli incarichi per i quali fosse previsto l'obbligatorio collocamento in posizione di fuori ruolo anche dei magistrati delle giurisdizioni speciali (ivi compresa quella militare, non contemplata dalla l. 71/2022). I decreti, tuttavia, non sono stati mai adottati. Segnatamente, il legislatore delegato avrebbe dovuto tener conto: a) delle differenze e specificità dei regimi e delle funzioni connessi alla giurisdizione ordinaria, amministrativa, contabile e militare, nonché all'Avvocatura dello Stato; b) della durata dell'incarico; c) della continuità e onerosità dell'impegno lavorativo connesso allo svolgimento dell'incarico; d) delle possibili situazioni di conflitto di interesse tra le funzioni esercitate presso l'amministrazione di appartenenza e quelle esercitate in ragione dell'incarico ricoperto fuori ruolo.

⁴⁶ Il rilievo è assai diffuso. Ne discorre, ad esempio, in senso critico, A. PIZZORUSSO, *Magistrature e nuove domande di giustizia*, in N. ROSSI (a cura di), *La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano 1994, e ora anche ID., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 1108; e, con toni ancor più netti, A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2, 2021, 11, nt. 30.

⁴⁷ Con inasprimento della disciplina attualmente in vigore, ad esempio, per la magistratura ordinaria, in riferimento alla quale la circolare del C.S.M. n. 13778/2014 prevede che il collocamento fuori ruolo non possa essere autorizzato prima del conseguimento della seconda valutazione di professionalità. Come osservato da D. CARDAMONE, op. cit., «il criterio dell'esercizio effettivo delle funzioni per dieci anni si fonda sulla convinzione che la destinazione di un magistrato ad altro incarico si giustifica unicamente in quanto quest'ultimo può apportare

complessivo per il collocamento fuori ruolo, salvo che per gli incarichi, da indicare tassativamente, presso gli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, gli organi del Governo e gli organismi internazionali, per i quali il tempo trascorso fuori ruolo non può superare complessivamente dieci anni, ferme restando le deroghe previste dal già citato art. 1, co. 70, della legge 190/2012. Si impone, altresì al legislatore delegato di ridurre il numero massimo di magistrati che possono essere, complessivamente e in relazione alle diverse tipologie di incarico, collocati in posizione di fuori ruolo, stabilendo tassativamente le fattispecie cui tale limite non si applica (art. 5, lett. h). Nella consapevolezza delle peculiarità connesse alle attività svolte in ambito internazionale, infine, la delega prevede l'adozione di una regolamentazione *ad hoc* per il conferimento ai magistrati di tale tipologia di incarichi (art. 5, lett. i).

Nel pur apprezzabile sforzo di razionalizzare la frammentaria disciplina in materia, non sembra, tuttavia, che la novella sia idonea a superare le perplessità sollevate dall'istituto in esame. Ed infatti, se per un verso i principi e criteri direttivi in essa individuati risultano meramente ricognitivi di orientamenti interpretativi ormai consolidati⁴⁸, per altro verso, la formulazione di taluni enunciati lascia spazio ai medesimi fraintendimenti che si sono sopra evidenziati in riferimento alla disciplina vigente. Ciò può dirsi, ad esempio, con riguardo alla «sola copertura di incarichi rispetto ai quali risultino necessari *un elevato grado di preparazione in materia giuridiche o l'esperienza pratica maturata nell'esercizio dell'attività giudiziaria o una particolare conoscenza dell'organizzazione giudiziaria*» (art. 5, lett. h); qualità che, come già detto, non possono affatto considerarsi unicamente possedute dai magistrati.

L'impressione complessiva che se ne ricava è di un legislatore solo in apparenza riformatore ma, nella sostanza, rinunciatario.

A ben vedere, infatti, l'eventuale attuazione della l. 71/2022 determinerebbe *in vivo* soltanto una più rigida gestione dei collocamenti fuori ruolo da parte degli organi di autogoverno delle magistrature, la cui discrezionalità nel rilascio delle prescritte autorizzazioni sarebbe ulteriormente vincolata al rispetto della normativa di rango primario. Epperò, come si è tentato di dimostrare, non è questo l'aspetto problematico di un istituto che, applicato al personale della magistratura (ordinaria e speciale), pone più di un interrogativo sulla compatibilità con il modello costituzionale di giudice e giurisdizione.

A ciò si aggiunga l'integrale assenza, nel corpo dei principi e criteri direttivi della citata legge delega, di qualsivoglia meccanismo che disincentivi i magistrati a richiedere il collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di compiti amministrativi presso le più varie

all'istituzione di destinazione un contributo in termini di esperienza professionale, maturata specificamente nell'ambito della giurisdizione, la quale costituisce il valore aggiunto rispetto ad altre figure professionali».

⁴⁸ Soprattutto con riguardo alla valutazione dell'interesse dell'amministrazione di provenienza (art. 5, lett. c e d), ove i criteri sembrano ricalcare le specificazioni contenute nella già citata circolare del C.S.M. n. 13778/2014 (art. 105).

strutture burocratiche, sulla falsariga di quanto previsto, ad esempio, nel c.d. “d.d.l. Bonafede” sulla riforma dell’ordinamento giudiziario, ove si stabiliva che i magistrati collocati fuori ruolo per l’assunzione di incarichi di capo e vicecapo di un ufficio di diretta collaborazione e di capo e vicecapo di dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e i Ministeri nonché presso i consigli e le giunte regionali, non potessero fare domanda per accedere a incarichi direttivi per un periodo di due anni decorrente dal giorno di cessazione dell’incarico, fatto salvo il caso in cui l’incarico direttivo fosse stato ricoperto in precedenza.

Ancora una volta, dunque, si è persa l’occasione per superare e riscrivere una disciplina tuttora calibrata, come si è sopra evidenziato, sul modello dell’ordinamento giudiziario del 1941, che, in conformità agli artt. 68 e 69 dello Statuto albertino, restituisce una cultura della magistratura quale diretta espressione del potere statale o, se si vuole, dello Stato-persona. Una cultura in integrale dissonanza con quella accolta dalla Costituzione repubblicana, che fa della magistratura complessivamente intesa un’istanza politicamente neutrale – indipendente e autonoma – diretta ad assicurare la limitazione del potere a difesa dei diritti e degli interessi legittimi di ciascuno.

Orbene, sorprende non poco che, nell’affannata, costante rincorsa delle varie maggioranze politiche di turno verso la “migliore” riforma in tema di giustizia, si sia trascurata la fondamentale tappa di un radicale ripensamento del regime del fuori ruolo dei magistrati. A ben vedere, infatti, anziché sguainare con costante periodicità il *refrain* della separazione delle carriere politica dovrebbe, più semplicemente, dare attuazione al disegno costituzionale, assicurando in primo luogo la netta divisione tra (ogni) magistratura e tutte le altre strutture di potere⁴⁹.

Divisione che l’attuale presenza di magistrati nelle strutture politico-amministrative non realizza affatto.

Dal canto suo, una magistratura che intende realmente preservare la sua qualificante *indipendenza* dal potere politico dovrebbe essa stessa favorire – anziché ostacolare con atteggiamenti corporativistici – l’abbandono o, quanto meno, il rimodellamento di un istituto potenzialmente idoneo a creare pericolosi connubi con la politica e la cui applicazione, per tali

⁴⁹ Sul punto, insiste particolarmente G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 684 ss. Nel medesimo senso, cfr. A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione*, 11, per il quale «L’eccellenza delle persone non può significare indiscriminata accettazione di doppi o tripli incarichi, di nomina politica, ed il passaggio da ruoli giudicanti a funzioni amministrative o legislative negli uffici di gabinetto ministeriale. La divisione dei poteri comporta che chi fa le leggi, non sia a sua volta il soggetto che le applica. Inoltre, il circolo vizioso che spesso si realizza tra produzione normativa e sua applicazione porta all’esito che si modifica e si cambia una legge, allorché essa non possa estendersi in via interpretativa secondo il contingente bisogno da soddisfare. È appunto alla fine il lavoro di chi sta nei gabinetti ministeriali, svolgendo un’attività che nulla ha da fare con la giurisdizione. Le disposizioni richiamate sono frutto della “cultura” dei magistrati (specie amministrativi, che divengono tali per proporsi al potere politico e poter svolgere funzioni diverse da quelle giurisdizionali».

ragioni, andrebbe ridotta alle sole ipotesi di esercizio di funzioni giurisdizionali. Non può sfuggire, infatti, che non tutti gli incarichi extragiudiziari comportino gli stessi problemi: «una cosa è esercitare la funzione giurisdizionale in un organo giudiziario di natura internazionale o sovranazionale, altro è svolgere il ruolo di assistente di studio presso la Corte costituzionale, entrambe esperienze che, seppur in modo diverso, possono certamente assicurare una proficua osmosi tra le diverse realtà; altra cosa, senza dubbio, è fare il Capo di gabinetto di un Ministero o l'incaricato presso una Commissione parlamentare»⁵⁰.

Sotto questo profilo, pertanto, una seria riflessione corale sulla ricordata proposta di Serio Galeotti circa l'opportunità di inserire una specifica previsione costituzionale, che vieti di distaccare i magistrati presso uffici dell'amministrazione pubblica, rappresenterebbe l'abbrivio per una laica professione di fede nel "credo" delle garanzie costituzionali, di cui il Maestro è stato uno dei più strenui difensori.

⁵⁰ F. DAL CANTO, *Per "voltare pagina"*, cit. 465.

queste istituzioni

**Le revisioni costituzionali
del 2022 e 2023.
Ambiente, sport e isole: prospettive
critiche per nuovi contenuti
e un nuovo stile della Costituzione**

Matteo Carrer

Numero 3/2023
30 settembre 2023

Le revisioni costituzionali del 2022 e 2023.

Ambiente, sport e isole: prospettive critiche per nuovi contenuti e un nuovo stile della Costituzione

di Matteo Carrer*

Sommario

1. Revisionare la Costituzione: *melius est abundare quam deficere?* – 1.1. Riforme organiche e riforme puntuali: limiti di una distinzione. – 2. Considerazioni sulla finalità riformatrice nelle “revisioni puntuali”. – 3. Le revisioni in controtuce. – 3.1. La tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. – 3.2. Gli svantaggi derivanti dall’insularità. – 3.3. Il benessere psicofisico dell’attività sportiva. – 3.4. Rassegna delle innovazioni nelle riforme puntuali. – 4. Conclusioni.

Sintesi

Il contributo offre uno sguardo sistematico e in parallelo sulle modifiche costituzionali approvate dal Parlamento nel 2022 e nel 2023, mettendo in luce la tecnica redazionale delle cosiddette “modifiche puntuali” ed evidenziando come si tratti in realtà di modifiche estese sia pure composte da un numero ristretto di parole e, soprattutto, evidenziando come la somma delle modifiche puntuali apportate con diverse leggi costituzionali porti a profondi mutamenti nel diritto costituzionale. Attraverso l’analisi della dottrina critica, si argomenta come il revisore costituzionale intenda, anche con modifiche puntuali, fare un uso della Costituzione volto a sostenere l’indirizzo politico attuale o futuro (nella forma di autolimita al legislatore e al governo) o a utilizzare la Costituzione come esempio valoriale.

Abstract

The contribution offers a systematic and parallel overview at the constitutional amendments approved by the Italian Parliament in 2022 and 2023, highlighting the drafting technique of the so-called “punctual amendments” and highlighting how they are in reality extensive amendments albeit made up of a number limited amount of words and, above all, highlighting how the sum of the specific changes made with different constitutional laws leads to profound changes in constitutional law. Through the analysis of the critical doctrine, it is argued how the constitutional reviewer intends, even with specific modifications, to use the Constitution to supporting the current or future political direction (in the form of self-limitation for the legislator and the government) or to use the Constitution as an example of values.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli studi di Bergamo.

Parole chiave

Revisione costituzionale; ambiente; isole; sport; potere costituente.

Keywords

Constitutional review; environment; islands; sport; constituent power.

1. Revisionare la Costituzione: *melius est abundare quam deficere?*

Negli ultimi anni, il revisore costituzionale si è impegnato in alcune modifiche del testo della Carta fondamentale che ne hanno esteso il contenuto. Al di là del dettaglio degli interventi, che pure è estremamente interessante, ciò sembra indicare una tendenza, uno stile di revisione che è sia modalità e opportunità della revisione in sé stessa, sia una tendenza che investe i contenuti.

Fuori di generalizzazione, il riferimento va ai seguenti interventi:

- la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente” che ha introdotto un nuovo comma all’art. 9 del seguente tenore: «*Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*».

Quanto all’art. 41 Cost., la legge 1/2022 ha apportato delle modifiche al secondo e al terzo comma. Il testo revisionato del secondo comma è il seguente (in corsivo le modifiche): «[l’iniziativa economica] non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*».

Il testo revisionato del terzo comma del medesimo art. 41 Cost. è il seguente: «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*».

- la legge costituzionale 7 novembre 2022, n. 2 “Modifica all’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall’insularità”, che introduce un nuovo comma nell’art. 119 dal seguente tenore: «*La Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall’insularità*».

- infine, il 20 settembre 2023 è stato approvato in seconda e ultima deliberazione da parte della Camera dei deputati il disegno di legge costituzionale n. 715-B che inserisce lo sport in Costituzione (Modifica all’articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva) e che assumerà con ogni probabilità (al momento in cui si scrive manca la pubblicazione) la denominazione definitiva di legge costituzionale 1 del 2023 e che aggiunge un nuovo comma all’art. 33 Cost. recante: «*La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell’attività sportiva in tutte le sue forme*».

Si tratta di modifiche di dimensione ridotta, in particolare se paragonate ad altri tentativi di riforma complessiva della Costituzione quali i disegni di legge costituzionale approvati dal

Parlamento nel 2005¹ e nel 2016², entrambi terminati con un esito negativo della procedura referendaria prevista dall'art. 138 Cost., oppure se paragonati alla complessiva cd. riforma del Titolo V, sfociata, quest'ultima, nella modifica del testo della Carta fondamentale.

Si tratta, in ogni caso, di aggiunte al testo costituzionale, che va ad accrescere di parole (e, per conseguenza, di concetti, norme, implicazioni, combinato disposto e così via).

Dunque, la domanda che si è sinteticamente posta in principio, può essere declinata in due sensi: *melius est abundare quam deficere*, cioè meglio approvare riforme complessive o puntuali? Ancora: è opportuno abbondare nel testo costituzionale, aggiungendo ulteriore testo a quello approvato nel 1948?

1.1. Riforme organiche e riforme puntuali: limiti di una distinzione.

Autorevole dottrina distingue diverse tipologie di riforma costituzionale: «si registrano negli ultimi decenni in Europa due grandi tipi di riforme costituzionali:

a) da un lato le revisioni totali finalizzate soprattutto ad adeguare e modernizzare un testo invecchiato e divenuto illeggibile (ad es. le revisioni realizzate in Svezia nel 1974, in Olanda nel 1983, in Belgio nel 1993, in Svizzera nel 1999, in Finlandia nel 2000, in Grecia nel 1986 e nel 2001, e il processo avviato in Austria nel 2002), ma con un contenuto innovativo ridotto o politicamente non controverso;

b) dall'altro le revisioni “puntuali” della Costituzione, finalizzate a modificare – anche con innovazioni profonde – specifici istituti o settori di una Carta costituzionale (ad es. le revisioni che hanno trasformato il Belgio da Stato unitario in Stato federale dal 1968 al 2001; le varie successive riforme del federalismo tedesco, in particolare quella del 2006; le cinque riforme della Costituzione portoghese del 1976; le varie riforme della Costituzione francese del 1958, fra le quali quella che nel 2000 ha ridotto il mandato presidenziale da 7 a 5 anni e molte altre ancora).

Entrambe queste forme di revisione costituzionale sono modalità per adeguare una Costituzione al decorso del tempo, lasciando inalterata la forma complessiva dello Stato. Si tratta di forme di “manutenzione costituzionale” volte a rendere la Costituzione capace di

¹ La deliberazione di legge costituzionale recante “Modifiche alla Parte II della Costituzione” approvata (da ultimo) dal Senato il 16 novembre 2005 e sottoposta a referendum il 25 e 26 giugno dell'anno successivo. In dottrina, cfr. almeno: AA.VV. (a cura di F. Bassanini), *Costituzione. Una riforma sbagliata. Il parere di 63 costituzionalisti*, Firenze, Passigli, 2004; AA. VV. (a cura di B. Pezzini, S. Troilo), *La Costituzione riscritta. Ombre e luci nella revisione del 2005*, Milano, Giuffrè, 2006; A. Pertici, R. Romboli, *Una nuova Costituzione? La modifica della seconda parte della Costituzione in attesa del referendum*, Pisa University Press, 2006.

² La cd. riforma Renzi-Boschi, deliberazione di legge costituzionale approvata (da ultimo) dal Parlamento italiano il 12 aprile 2016 e sottoposta a referendum il 4 dicembre 2016 recante “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”. In dottrina, v. almeno i contributi in AA.VV., *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, Giappichelli, Torino, 2016.

rispondere alle sfide poste dai cambiamenti della società o ad esigenze di articolare in maniera nuova il processo decisionale politico»³.

La divisione non è priva di spunti problematici, poiché se si considera solo la mera quantità di parole è semplice dividere le riforme in “ampie” e “puntuali”. Se si passa alla considerazione dei contenuti – come si cercherà di fare nelle pagine presenti – il problema è di soluzione molto più complessa, in quanto anche poche parole possono aprire problemi interpretativi di notevolissimo spessore.

Il problema sta proprio nella quantità della manutenzione (oltre che, come si vedrà, dei suoi presupposti e delle sue finalità). La dottrina si è pronunciata – e, qualora ravvicinate, le affermazioni sembrano incompatibili, se non addirittura contraddittorie – nel senso di individuare quello che è «il falso mito della riforma puntuale»⁴ e nel senso di notare un’incompatibilità delle riforme organiche con la Costituzione italiana⁵. Portato alle estreme conseguenze, l’abbinamento di queste due posizioni porta alla conclusione che ogni riforma è una riforma organica e «la revisione organica è preclusa in Italia»⁶.

Appunto, il percorso sarebbe portato alle estreme conseguenze, in presenza di due affermazioni non concepite per essere coordinate. Piuttosto, si tratta di due problemi diversi: il primo è sulla qualificazione delle riforme puntuali, che, appunto, rischiano di essere solo formalmente puntuali e non sostanzialmente tali. Il secondo riguarda, invece, le riforme complessive, di sistema, che non appartengono al numero delle leggi di revisione della Costituzione che qui si stanno analizzando.

Proporre una distinzione interna alle riforme che cambiano o aggiungono solo poche parole nella Costituzione – come potrebbe essere la distinzione accennata poco sopra tra riforme sostanzialmente puntuali e riforme solo formalmente puntuali (ma sostanzialmente ampie) – presenta problemi classificatori che si ritengono insuperabili.

³ M. OLIVETTI, *Il referendum costituzionale del 2006 e la storia infinita (e incompiuta) delle riforme costituzionali in Italia*, *Cuestiones Constitucionales*, 2008, p. 107 ss. Secondo altri le opzioni sarebbero tre: «1) una modifica radicale della Costituzione attraverso una riscrittura totale delle regole costituzionali oppure il mutamento di quei caratteri essenziali e qualificanti la Costituzione vigente; 2) una revisione puntuale di singole disposizioni o di singoli istituti disciplinati dalla Costituzione, al fine di un loro adeguamento alle nuove e diverse esigenze maturate nella società, senza con ciò intaccare la unitarietà del testo costituzionale e soprattutto le scelte caratterizzanti lo stesso; 3) una riforma più ampia che possa investire anche alcuni interi settori della Costituzione». Così V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, Relazione svolta in occasione del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, e nel volume collettaneo degli atti di quel convegno, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

⁴ E. CATELANI, *Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori alla mera riduzione del numero dei Parlamentari?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, p. 20.

⁵ F.R. DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 30. Cfr., in ogni caso, C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, volume III, Giuffrè, Milano, 1963, p. 189; C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2015, p. 431 ss.

⁶ F.R. DE MARTINO, *Note sulla revisione*, cit., p. 30.

Un conto è l'osservazione quantitativa, che ha un sottostrato oggettivo: quante e quali parole sono inserite in Costituzione? Quanti e quali articoli sono modificati? La risposta, appunto, è oggettiva. Altro conto è l'osservazione qualitativa: quanto è ampio introdurre un nuovo "valore" costituzionale? Quanto è profondo inserire due nuove occasioni in cui la Repubblica "riconosce" alcunché (oltretutto, considerando che riconosce come a sé preesistente qualcosa che per decenni di vita costituzionale non è stato riconosciuto)? Quali sono i confini dell'ambiente rispetto all'introduzione costituzionale della specialità insulare, che pure ha in comune con il concetto di ambiente l'appartenenza al territorio?

Si tratta di domande per le quali una risposta non è tecnicamente impossibile, tuttavia costringe l'interprete a quantificare ciò che non nasce come quantificabile. In altri termini, costringe a un ragionamento che, per quanto possa essere ben argomentato, porterebbe in ogni caso con sé un alto tasso di opinabilità.

Non è semplice distinguere tra tipologie di revisione "ampie" e "puntuali" ma si tratta in entrambi i casi di aggiunte al testo costituzionale, invece che essere – ad esempio – *abrogazioni* puntuali, piuttosto che estese, dell'articolato originario.

Dunque, da un lato appare come oggettivo risultato di ricognizione ancora preliminare che le modifiche puntuali (cioè brevi) sembrano essere predilette dal revisore costituzionale negli ultimi anni, in particolare dopo il fallimento di modifiche ampie. Bisognerebbe concludere, di conseguenza che è meglio non abbondare, cioè dedicarsi a riforme circoscritte, le quali possono anche essere considerate profonde ma restano quantitativamente contenute.

Dall'altro lato, il revisore costituzionale non fa altro che aggiungere al testo originario ciò che – come si vedrà subito – ritiene opportuno e persino imprescindibile. Ecco che, rispetto al testo del 1948, è meglio abbondare, cioè inserire dettagli ulteriori, dimenticati o non conosciuti dall'Assemblea costituente.

Le risposte sono opposte ma solo se si intende la domanda in modo molto differente. Rispetto a quanto scritto in Costituzione, insomma e in entrambi i casi, il revisore preferisce abbondare, cioè aggiungere, inserire, immettere. Rispetto al contenuto della revisione, l'analisi si sposta dal quantitativo al qualitativo. Se non si tratta di abbondanza di parole, si vedrà, sempre di seguito, che non è trascurabile la quantità di concetti e collegamenti sistematici che viene introdotto.

2. Considerazioni sulla finalità riformatrice nelle "revisioni puntuali".

Poiché lo scopo dell'analisi presente è raffrontare metodo e merito all'interno di diverse revisioni costituzionali, avvicinandole nonostante l'oggettiva difformità degli argomenti di merito, può

essere utile valutare quale sia stato l'intento del revisore costituzionale nei diversi contesti in cui si è mosso, almeno così come è ricostruibile.

Appare che le revisioni costituzionali puntuali sono motivate da una finalità di adeguamento del testo della più alta tra le fonti del diritto nell'ordinamento, finalità che è mossa da motivazioni politiche.

Quanto alla riforma sullo sport, è chiaro che «la finalità della revisione costituzionale è introdurre espressamente lo sport tra i valori tutelati dalla Carta fondamentale» e che a tal fine «si è ritenuto l'articolo 33 collocazione normativa più idonea, in ragione del suo contenuto più ampio (arte, scienza, istruzione, alta cultura), rispetto all'articolo 32, che invece ha un oggetto unico, il diritto alla salute, entro cui l'innesto di ulteriori situazioni giuridiche o principi sarebbe potuto apparire distonico, finendo inoltre per accentuare solo una delle varie dimensioni e funzioni dello sport che il revisore costituzionale intende valorizzare»⁷.

Altrettanto esplicita, e per certi versi *tranchant*, la relazione al ddl costituzionale sul medesimo oggetto: con l'utilizzo del verbo "riconosce" si esprime nel senso di far «intendere che lo sport è un qualcosa di preesistente di cui la Repubblica è chiamata a prendere atto, prevedendone la tutela e la promozione. Si intende così mettere al centro della Costituzione lo sport in tutte le sue forme, dal momento che rappresenta un importante strumento formativo d'integrazione sociale e di diffusione di valori universali positivi, veicolo di inclusione, partecipazione e aggregazione sociale»⁸.

Non sfugge l'ambizione della modifica costituzionale, che, almeno nelle parole dei suoi promotori, va ben oltre una modifica puntuale nel senso di minimale, di consapevole di un ruolo minore nel testo della Carta fondamentale. Al contrario, nel mettere al centro lo sport c'è tutta la volontà di affermare un nuovo *valore*.

Sempre nella citata relazione si legge che «con il presente disegno di legge costituzionale si intende colmare una lacuna nel nostro ordinamento». Al che, bisognerebbe discutere di cosa è una lacuna: se una mancanza nel testo costituzionale, è indubbio che moltissimi concetti siano assenti dal livello costituzionale; se per lacuna si intende una mancanza strutturale che nella sua esistenza (o, forse, nella sua non-esistenza, cioè nella mancanza che arreca) crea, provoca o comunque tollera una disfunzione del sistema o di una parte di esso, è piuttosto evidente che l'assenza del concetto (o, *rectius*, del valore) dell'attività sportiva non arreca *vulnus* alcuno né alla dichiarazione dei diritti né alla separazione dei poteri, per ricalcare un'espressione ben nota.

⁷ Così il Dossier XIX legislatura *Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva*, 17 luglio 2023 in <http://documenti.camera.it/leg19/dossier/Pdf/CU0020b.pdf>.

⁸ Così la relazione illustrativa del ddl cost n. 13 degli atti del Senato della Repubblica, uno dei progetti confluiti poi nel progetto approvato (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01361098.pdf>).

Anche nel caso del nuovo comma dell'art. 119 Cost. si utilizza il verbo “riconosce”. In questo caso, per mostrare le intenzioni dei proponenti, il metodo più chiaro è quello di ricordare il testo e il titolo originale del progetto di riforma della Costituzione.

Il titolo del ddl costituzionale suonava molto più drammatico (se è lecito considerare tale un testo che aveva l'ambizione di diventare parte della Costituzione della Repubblica)⁹: “Modifica dell'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento del grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità” e venne approvato poi col nuovo titolo “Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità”.

Il testo proposto originariamente conteneva espressioni altrettanto definitive del titolo: «lo Stato riconosce il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità e dispone le misure necessarie a garantire un'effettiva parità e un reale godimento dei diritti individuali e inalienabili».

Il “riconoscimento”, nel testo proposto era quello di un “difetto” geografico o geofisico, che, incastonato nel testo costituzionale, sarebbe diventato presunzione insuperabile, *iuris et de iure*.

È opportuno ricordare che nel testo della Costituzione, prima dei due “riconoscimenti” stabiliti dalle recenti riforme costituzionali, il verbo “riconosce” era utilizzato in tutt'altro contesto: la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto (art. 4), La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali (art. 5), riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero (art. 35), riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata (art. 45), la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende (art. 46).

Per quanto più sfumato nella formulazione, il nuovo comma dell'art. 119 introduce vari elementi nuovi nel testo costituzionale, tra cui gli “svantaggi dell'insularità”, su cui si tornerà.

Quanto alla revisione puntuale più profonda e più estesa tra quelle qui in analisi, ovvero la legge cost. 1/2022, «è noto come la Corte costituzionale, attraverso il dettato degli articoli 9 e 32, in materia, rispettivamente, di tutela del paesaggio e di tutela della salute, avesse già desunto, dalla Carta del 1948, tale principio. È del pari evidente come la riforma del Titolo V della Parte

⁹ Disegno di legge costituzionale, peraltro, nato da una proposta popolare. In generale: V. PIERGIGLI, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato*, in *Federalismi*, 2/2016, p. 1 ss.

seconda, adottata nel 2001, riservando allo Stato una competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema abbia rafforzato questa dimensione.

Si rende ora necessario completare il processo e introdurre, senza mediazioni interpretative, una chiara dimensione ambientale nella nostra Costituzione, in linea con l'evoluzione di una sensibilità che si fonda sulla necessità di preservare il contesto naturale nel quale viviamo e di cui siamo parte. Del resto, gran parte degli ordinamenti europei hanno già aggiornato in tal senso le loro Costituzioni nel corso degli anni»¹⁰.

La citazione del “rendersi necessario” compie forse la cosiddetta fallacia naturalistica in quanto deriva esattamente la prescrizione dalla descrizione. Addirittura, si ritiene “necessario” introdurre la «dimensione ambientale» dopo aver esplicitamente ritenuto che essa è già stata desunta dal testo costituzionale nella versione precedente.

A fini argomentativi, si può fare notare che si tratta consapevolmente di una introduzione «senza mediazioni interpretative» nel (probabile) senso che si intende escludere non la mediazione dell'interpretazione in senso ampio, che è logicamente impossibile da togliere dalla stessa natura del diritto, bensì da una mediazione da parte del Giudice delle leggi.

Si potrebbe, a questa ulteriore specificazione che va a difendere la precedente osservazione, opporre nuovamente che non spiega se si tratta di una difesa o di un riconoscimento nei confronti della Corte costituzionale: togliere a palazzo della Consulta il monopolio dell'interpretazione dell'ambiente in Costituzione o compierne il percorso portando in Costituzione il lavoro interpretativo finora svolto¹¹?

Bisogna osservare, al termine di questo limitato *excursus*, che domandare le ragioni della riforma al riformatore è, come nel proverbio, chiedere all'oste se il vino è buono. Il riformatore è – per necessità – convinto della necessità della riforma. Si tratta di una petizione di principio inevitabile.

Piuttosto, è necessario esplicitare il più possibile e con chiarezza quali siano le motivazioni che muovono le riforme costituzionali: la mera ricognizione della necessità e delle sorti leopardianamente meravigliose e progressive che attendono la Costituzione dopo la riforma è esercizio di stile.

¹⁰ https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLCOMM/0/1298231/index.html?part=ddlcomm_ddlcomm1-relpres_relpres1.

¹¹ Peraltro, secondo alcuni non del tutto lineare: v. la successiva nota 21. Interessante la posizione espressa in dottrina da un Presidente della Corte costituzionale: F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in *Ricerche giuridiche*, 2/2013, p. 469: «le Corti costituzionali, infatti, sono state concepite e istituite con la funzione di introdurre un limite al potere politico, opponendo alla scelta politica l'applicazione dei principi costituzionali. Ciò inevitabilmente implica anche la loro continua riconformazione e rilettura. Direi, anzi, che nel nostro sistema è proprio questa la vera essenza della funzione di garanzia esercitata dalla Corte costituzionale. Le sue decisioni si pongono, infatti, come limite alla discrezionalità legislativa, nel senso che deve ritenersi riservata alla Corte e preclusa al legislatore la determinazione, sia in positivo che in negativo, del nucleo essenziale dei diritti fondamentali».

Ad esempio, «le riforme della Costituzione sono state giudicate come la panacea di alcuni dei mali della democrazia italiana tanto da indurre, non solo molte forze politiche tra loro assai diverse, ma neanche il Presidente della Repubblica G. Napolitano a subordinare il suo secondo mandato all'impegno formale di tali forze ad una loro realizzazione: infatti, il governo presieduto dall'on.le E. Letta nacque esattamente con quei propositi. Al di là del problema se sia ammissibile da parte del Capo dello Stato subordinare il suo mandato alla realizzazione della revisione costituzionale»¹², è quantomeno prudente domandarsi se cambiare le regole non sia un alibi in grado di scusare l'inefficacia politica della propria azione – limitata dai difetti costituzionali – e proporre un obiettivo magari difficile, o persino irraggiungibile – la riforma tanto necessaria quanto osteggiata da altri attori politici¹³. Dunque, una proposta di riforma funzionerebbe come alibi politico perfetto.

Qui, invece, si tratta di riforme concluse, dunque questo meccanismo dovrebbe essere scongiurato.

Nel contempo, resta vero che chiedere al riformatore la bontà delle ragioni della riforma è sostanzialmente superfluo in quanto, appunto, viziato da petizione di principio o circolarità dell'argomentazione.

La “necessità”, che può anche essere ridimensionata a “opportunità in senso politico”, non è l'unico elemento che emerge dalle ragioni dei promotori: infatti è evidente (anche se resta un argomento circolare) la convinzione di apportare una modifica non solo opportuna, bensì positiva dal punto di vista sistematico, cioè che aggiunge un elemento forse dimenticato o forse ignorato nella stesura originaria ma che non solo aggiunge qualcosa al testo costituzionale, bensì lo migliora, appunto su base valoriale. L'ulteriore convinzione dei promotori è quella di ottenere un risultato migliorativo e non rivoluzionario. L'adeguamento, la manutenzione costituzionale è opportuna, adeguata e ben inserita nel sistema. Queste sono le linee prospettiche dei promotori.

Torna l'idea, già esplorata più sopra, della modifica aggiuntiva, del *melius abundare*, che si conferma chiave interpretativa dell'intento riformatore.

3. Le revisioni in controluce.

Giunti a questo punto, è interessante approfondire il discorso finora condotto analizzando quanto più possibile nel dettaglio le modifiche costituzionali senza perdere di vista l'intento della presente ricostruzione, cioè il metodo e lo stile delle revisioni costituzionali.

¹² F.R. DE MARTINO, *L'uso della Costituzione nel dibattito sulle riforme*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2018, p. 96.

¹³ È la tesi esposta in M. CARRER, *Come attendere gli imprevisti. Note sulle fonti del diritto e l'emergenza ambientale tra necessità e ribilanciamento*, in *Ambiente diritto*, 3/2019: «si pensi alla responsabilità di un decisore politico o anche di un funzionario messa a confronto con un fallimento, ma con un fallimento nato in condizioni di emergenza, dunque “difficili” e di conseguenza “scusabili” », p. 13.

Per fare ciò, si utilizza un preciso metodo argomentativo che è opportuno anticipare.

Indagare le ragioni delle revisioni portate dai promotori si è visto essere poco fruttuoso dal punto di vista dell'approfondimento. Allo stesso modo, non è particolarmente significativo commentarle attraverso il prisma dei *laudatores*. Nemmeno una ricostruzione neutrale delle novità aiuta metodologicamente: al modo delle radiografie nella diagnosi in medicina, diventa interessante valutare le riforme in controluce, cioè evidenziando il più possibile i problemi e le difficoltà che sollevano. È nella ricostruzione degli spunti problematici che si mette alla prova il contenuto riformatore.

Per questa ragione, e non per una volontà preconcepita di critica, si ricostruiranno gli spunti problematici delle riforme che si prendono in considerazione.

Come è stato rilevato nel contesto dell'analisi di un'altra legge di revisione, «è necessario valutare il contenuto di questa legge costituzionale [e nel loro complesso] non in modo puntuale, seguendo quella valorizzazione tanto osannata, quanto inquadrarla all'interno dell'obiettivo primario, basato su una pluralità di “pacchetti” più piccoli, ma “coordinati fra loro”, che impongono di valutare i “loro possibili profili di intersezione” »¹⁴.

3.1. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi.

L'introduzione in Costituzione del termine “ambiente”, la modifica degli artt. 9 e 41 è – come si vedrà subito – una di quelle modifiche che mettono in discussione la distinzione tra revisioni puntuali e revisioni sistematiche, in quanto la profondità dei concetti coinvolti e il fatto stesso di aver apportato una modifica a un principio fondamentale apre una moltitudine di problemi di metodo della riforma e di merito¹⁵.

Il primo problema sta proprio nella modifica di un articolo che appartiene al numero dei principi fondamentali e al novero dei principi supremi: secondo risalente e consolidata giurisprudenza costituzionale, «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (sent. 1146/1998).

¹⁴ E. CATELANI, *Una riforma costituzionale puntuale*, cit., p. 27.

¹⁵ A commento, *ex multis* e in aggiunta ai contributi puntualmente citati, E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 1 ss.; M. LADU, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali: la revisione “silenziosa” dell'art. 9 Cost.*, in *Federalismi*, 1/2023, p. 39 ss.; M. CARRER, *Le zone montane e l'ambiente nelle modifiche di cui alla legge costituzionale 1/2022: prime note per una lettura congiunta*, in *Queste istituzioni*, 1/2022, p. 205 ss.; Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 4/2021, p. 109 ss.; A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, n. 4/2021, p. 3391 ss.; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 281 ss.; G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *Federalismi*, paper, 12 luglio 2023, p. 1 ss.

La modifica, invece, c'è stata e non vale considerare che si tratta di modifica asseritamente migliorativa: «la lotta per la Costituzione, più volte evocata nei tentativi di riforma costituzionale financo della seconda parte, consiste in questo: nella difesa dei principi fondamentali, che non possono e non debbono essere negoziabili»¹⁶. Infatti, «se si apre alla modifica dei principi fondamentali si accetta l'idea che questi possono essere comunque cambiati. In senso migliorativo o peggiorativo lo deciderà la maggioranza parlamentare che approverà la riforma»¹⁷.

Si può trovare una critica anche alla posizione scelta per la norma che si commenta: «la sua collocazione all'interno dell'art. 9 della Costituzione sembra abbastanza “innaturale”; difatti, così come l'art. 117 non sembra essere adeguato spazio costituzionale per l'emersione di nuovi valori, allo stesso modo l'art. 9 non appare idoneo per introdurre aspetti di stretto diritto quale, così come appare, una mera riserva di legge statale»¹⁸.

Oltre alla posizione, ed è già la terza critica che colpisce la riforma nelle sue stesse basi, vi è chi sostiene che «un diritto costituzionale dell'ambiente esiste, formulato dal giudice delle leggi, con una giurisprudenza almeno quarantennale, che ha tutte le caratteristiche e i difetti del diritto casistico; una sua positivizzazione non innovativa, per riprendere una distinzione classica nella teoria costituzionale, si qualifica come mera operazione ricognitiva, di “bilancio”, mancando l'occasione per porre un programma carico di obiettivi per l'avvenire»¹⁹.

Dunque, mentre qualcuno sostiene che «inserire in Costituzione norme di carattere generale che affermino l'ambiente come valore costituzionale o affermino il diritto fondamentale all'ambiente non è né necessario né sufficiente»²⁰, si potrebbe argomentare persino che «in altri termini, come ricostruito [dalla dottrina], il “vuoto” costituzionale era in realtà, già da circa 30 anni, adeguatamente colmato»²¹.

¹⁶ T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi*, paper 23 giugno 2021, p. 3.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o “molto rumore per nulla”?*, in *Queste istituzioni*, 1/2022, p. 28.

¹⁹ G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 463.

²⁰ S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3/2017, p. 28.

²¹ G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41*, cit., p. 10. Sia pure non manca chi ritiene che la Corte «si è ritrovata a giocare su funambolici equilibri interpretativi. L'ambiente è un “complesso di cose materiali” (Corte Cost., sent. 210/1987), anzi no, è un “bene immateriale unitario” e “di valore assoluto e primario, è un bene giuridico, in quanto riconosciuto e tutelato da norme” (sent. 641/1987). Ma forse nemmeno, se è “un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti” (sent. 378/2007)»: G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi*, paper, 1 luglio 2021, p. 3. Del resto, «i connotati tipici dell'ambiente sotto il profilo della multidimensionalità, della complessità e della mutevolezza nel tempo, che lo rendono un “oggetto” intrinsecamente insuscettibile di una predeterminazione in astratto che possa essere assunta, nella sua interezza, come riferimento oggettivo di interessi individuali o collettivi giuridicamente tutelabili nelle forme delle posizioni giuridiche soggettive»: M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il*

Entrando nel merito del nuovo testo dell'art. 9 Cost. non si può fare a meno di notare che gli oggetti di tutela sono tre: l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. Si tratta di tre concetti diversi? O dello stesso concetto declinato con tre termini diversi ma inscindibilmente collegati? Oltretutto, si pone il problema del dialogo con la riforma del Titolo V del 2001 «che aveva introdotto all'art. 117 Cost. la dicitura “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema” (co. 2, lett. s)): adesso si aggiunge il richiamo alla “biodiversità”, e si dà un'accezione plurale agli “ecosistemi” (così da suggerire composizione e non alterità fra questi e l'ambiente). Si tratta di un passo avanti rispetto alla concezione originaria dei costituenti, che avevano piuttosto a mente l'idea della natura come insieme di “monumenti”»²² ma bisogna altresì osservare che «il termine “ambiente”, infatti, sarebbe già di per sé idoneo a significare la pluralità degli ecosistemi, a loro volta caratterizzati da un certo grado di biodiversità»²³.

Il nuovo art. 9 introduce anche il concetto di “interesse delle generazioni future” che, almeno in astratto, sarebbe in grado di modificare l'art. 1 Cost., nel momento in cui prevede – nientemeno – la sovranità del popolo, mentre le generazioni future di cittadini paiono più legate al concetto di Nazione, che in altri ordinamenti è la titolare della sovranità statale.

Ancora, vi è l'ambizione di aver introdotto una nuova norma costituzionale che «fuoriesce da una visuale esclusivamente “antropocentrica”»²⁴: in altri termini, la tutela dell'ambiente non è in funzione dell'uomo, bensì dell'ambiente in sé stesso. Una novità potenzialmente dirompente tra i principi fondamentali.

A tale proposito, proseguendo nella lettura della revisione costituzionale, l'ambiente e la salute sono posti come limiti dell'iniziativa economica (art. 41, co. 2°) e il solo ambiente come elemento di indirizzo utilizzabile dalla legge (co. 3°). «Una banalità: come se, in assenza di questo riferimento, si possa recare danno con legge. E comunque, chi spetta appurare, in via preventiva, che l'attività economica si sta svolgendo a danno dell'ambiente?»²⁵.

valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3/2021, p. 287.

²² G. SANTINI, *Costituzione e ambiente*, cit., p. 467. Sul punto, evidenziando la natura internazionale dell'influsso normativo sui “monumenti verdi” N. FERRUCCI, *La monumentalità vegetale sotto la lente del legislatore*, in *Aestimum*, 2020, p. 181 ss.

²³ G. SANTINI, *Costituzione e ambiente*, cit., p. 468.

²⁴ Dossier del Servizio Studi Senato e del Servizio Studi Camera, Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, A.C. 3156-B – Elementi per l'esame in Assemblea, p. 10. Cfr. J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1989, 4, p. 673 ss.; P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori 2005. Critica la posizione di G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 marzo 2022, (senza numero di pagina): «si evidenzia solo il rischio che può esservi nell'inversione di una priorità, ove si arrivasse a sostenere, a seguito di questa riforma costituzionale, che la bontà della tutela dell'ambiente non trova più la sua ragion d'essere nell'interesse dell'uomo a vivere in un ambiente salubre, bensì la trova in sé stessa, e quindi anche contro l'interesse dell'uomo, e/o anche in contrasto con i suoi diritti e la sua libertà».

²⁵ T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale*, cit., p. 3.

Da un lato, si può sostenere che «la protezione dell'ambiente, nella sua dimensione di interesse fondamentale della collettività, è ampiamente presente nell'interpretazione del limite generale dell'«utilità sociale»»²⁶, dall'altro che «il “Green Deal” ha un valore potenzialmente sovversivo di un'architettura ormai consolidata, in quanto sviluppa la logica della sostenibilità e dell'economia circolare prefigurandone uno sviluppo non necessariamente compatibile con gli altri obiettivi dell'azione politica dell'Unione»²⁷. In termini più espliciti, «razionalmente, una tutela integrale dell'ambiente (e degli animali), teoricamente conseguente alla costituzionalizzazione e alla conseguente torsione verso un valore totalizzante e tiranno, implicherebbe la fine immediata del modo di produzione capitalistico, anzi, di qualunque modo di produzione»²⁸. Passerebbe persino in secondo piano il già gravoso compito dell'«“integrazione” delle esigenze ambientali all'interno di *tutte le altre* politiche o azioni pubbliche» (corsivo aggiunto)²⁹.

In sintesi, la sola legge cost. 1/2022 si potrebbe considerare contenente sufficienti elementi per aver modificato la forma di Stato della Repubblica: il che, lungi dal sollevare entusiasmo, porterebbe ad una autentica rottura della Costituzione e addirittura un possibile contrasto con l'art. 139 Cost.³⁰

Può essere utile riportare una critica alle osservazioni finora condotte nella ricostruzione della dottrina.

«Innumerevoli e contrastanti risultano i commenti della dottrina italiana alla riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione: da molti ritenuta quasi ridondante rispetto alle acquisizioni evolutive della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale (cfr., tra i tanti, Cassetti);

²⁶ L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi*, paper 23 giugno 2021, p. 42 ss.

²⁷ G. SANTINI, *Costituzione e ambiente*, cit., p. 466.

²⁸ G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza*, cit., p. 5.

²⁹ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 290.

³⁰ G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.*, cit., osserva: «soprattutto abbiamo scoperto che una modifica della costituzione può avvenire, anche sui principi fondamentali, senza anteporla ad un previo, adeguato dibattito. Credo, allora, si imponga una preliminare riflessione su quelli che sono i limiti alla revisione costituzionale, poiché alla luce di questa novità il tema non appare più una diatriba dottrinale bensì una esigenza pratica e concreta, atteso che nessuno credo voglia svegliarsi una mattina e trovarsi a vivere in uno Stato che non è più quello che aveva avuto fino alla notte precedente». Altri avevano notato una possibile insanabile rottura costituzionale con la legge costituzionale 1/2012, rottura peraltro passata inosservata o quantomeno nemmeno assurta a livello di generale dibattito dottrinale: «una conseguente situazione di contrasto valoriale che, a detta di molti, potrebbe avere a sua volta prodotto una vera e propria “rottura costituzionale”, non potendosi conciliare sul piano dei principi fondamentali i vincoli di cui al pareggio strutturale di bilancio con il regime costituzionale previgente»: F. BILANCIA, *I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto dei mutamenti di regime*, Relazione svolta in occasione del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, e nel volume collettaneo degli atti di quel convegno, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 8. Cfr. M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 2002

da altri qualificata addirittura pericolosa nella misura in cui porrebbe freni alla libertà del mercato e della concorrenza (Di Plinio) o al primato dell'essere umano sulla natura (Scarselli); da altri ancora apprezzata per il fatto di individuare un nuovo “controlimite”, quello appunto ambientale e intergenerazionale, all'applicazione del diritto europeo (Morrone).

Quattro elementi accomunano queste linee argomentative: provengono prevalentemente da cultori del diritto pubblico interno, nel silenzio quasi unanime di civilisti e comparatisti; leggono le nuove disposizioni esclusivamente o prioritariamente alla luce della sola giurisprudenza costituzionale, sottovalutando gli apporti dei formanti giurisprudenziali nazionali ed europei di altra natura; ignorano la situazione di fatto e di diritto in cui la riforma si inserisce, rappresentata dalla dichiarazione di emergenza climatica e ambientale votata dal Parlamento europeo nel 2019, base del nuovo diritto europeo del “green deal”, in particolare con i Reg. UE nn. 2020/852 e 2021/1119, che si proietta sino al 2050; non considerano che l'Italia ha votato, in data 8 ottobre 2021 presso il Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, la Risoluzione 48/13, con cui si riconosce l'esistenza del diritto umano a un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile. [...].

In conclusione, con la riforma costituzionale si inizia a scrivere un nuovo affascinante capitolo del diritto costituzionale euro-unitario e comparato in materia di accesso alla giustizia e tutela effettiva della salute umana e ambientale nell'era dell'emergenza climatica e ambientale, che accompagnerà la UE e l'Italia sino al 2050.

Solo tesi negazioniste dell'emergenza dichiarata a livello europeo possono ridimensionare lo scenario (come riscontrabile, per esempio, nelle posizioni minoritarie di Magri e Meli)³¹.

Quest'ultima posizione, nella sua critica alle posizioni di altra parte della dottrina, tra cui contributi di cui si è dato cenno poco sopra, reca una serie di elementi di preminente interesse per l'analisi condotta. Innanzitutto, pone il “fatto e il diritto” al di sopra della Costituzione (in contrasto con una posizione forse “esclusivamente costituzionalista”, ma fondata sulla gerarchia delle fonti) e considera non soltanto fonti comunitarie, bensì impegni in sede internazionali *strettamente vincolanti* non solo per l'azione politica del Governo, non solo per l'azione legislativa a livello ordinario, bensì anche per la modifica della Costituzione conseguente a tali impegni e per l'interpretazione che alla riforma costituzionale deve essere data. Il riferimento finale – che volutamente non si commenta nel merito – al discredito che posizioni classificate come “negazioniste” (indipendentemente dal significato del termine, peraltro dato per scontato

³¹ I. BRUNO, *Il dovere ambientale “di fare” dopo la riforma costituzionale*, in *Lacostituzione.info*, 12 giugno 2022. Per completezza, i contributi citati sono: L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti*, cit.; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza*, cit.; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.*, cit.; M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della “giustizia climatica”?*, in *Ambiente diritto*, 4/2021, p. 1 ss.; M. MELI, *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, p. 87 ss. (quanto al contributo di A. Morrone, il link della rivista citata non permette di stabilire di quale si tratti).

nel caso di specie) debbano ricevere, pare di capire, *per tabulas*, rende perfettamente chiaro il quadro all'interno del quale si muovono i presupposti delle modifiche costituzionali su questi specifici temi. Si tratta, come si argomenterà più estesamente, della costituzionalizzazione di una precisa e orientata volontà politica, quell'"affascinante capitolo" che, peraltro, fa meritare il titolo di "negazionisti", incapaci di cogliere la realtà, per chi solleva perplessità. Al di là del commento al singolo estratto, che resta una posizione isolata tra le pubblicazioni (e che, invero, solleva dubbi metodologici sulla scientificità) e che resta in ogni caso responsabilità di chi l'ha redatta, per i fini che qui ci si pone è interessante notare come la risposta alle critiche raccoglie esattamente i tutti i profili critici che si sono visti alla base dello scetticismo nei confronti della riforma e li amplifica (forse inconsapevolmente), già soltanto insistendo sulla portata dirimpante, emergenziale, di giustizia e tutela dei diritti. In una parola, di revisione della forma di Stato repubblicana.

3.2. Gli svantaggi derivanti dall'insularità

La situazione di fatto delle isole è peculiare³², anche quando – per paradosso – si scelga di adottare il punto di vista britannico: "*fog in the Channel, continent cut off*".

«Vivere in un'isola, lontani dal resto del Paese è difficile. Le isole debbono far fronte a frequenti collegamenti con la terraferma, da cui dipendono fortemente, a un ecosistema fragile e vulnerabile ai repentini cambiamenti climatici, a una ridotta attività economica – legata spesso alla stagionalità – e alla presenza sul proprio territorio di una popolazione non più giovane e, dunque, poco produttiva. Ed è per tale motivo che risulta fondamentale che lo Stato intervenga con politiche pubbliche volte a favorire lo sviluppo economico di tali aree del Paese. Tuttavia, è necessario anche percepire l'insularità non solo come condizione di svantaggio economico, ma anche come fonte di produttività e di ricchezza, di un modo di vivere diverso al continente, rispettoso delle tradizioni locali e in armonia con l'ambiente circostante»³³.

³² Si vedano, in dottrina, i contributi G. ARMAO, *Insularità, autogoverno e fiscalità di sviluppo nella prospettiva della macroregione del Mediterraneo occidentale*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2017, p. 765 ss.; G. ARMAO, *La revisione delle relazioni finanziarie tra Regione siciliana e Stato nella nuova stagione del regionalismo*, in *Italian papers on federalism*, 1/2018, p. 1 ss.; G. ARMAO, *Regionalismo differenziato, condizione di insularità e riforma costituzionale in senso presidenziale: sinergia o ingorgo?*, in *Astrid*, 1/2023, p. 1 ss.; G.G. CARBONI, *La stagione dell'insularità*, in *Federalismi*, 22/2022; AA. VV. (a cura e con prefazione di T.E. Frosini) *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2007; T.E. FROSINI, *Insularità e Costituzione*, in *Diritti regionali*, 1/2020, p. 497 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale all'insularità*, in *Federalismi*, paper 16 novembre 2022, p. 1 ss.; R. ARIETTI, *Ripensare l'insularità nel sistema costituzionale italiano, tra suggestioni scandinave e rinegoziazione dei rapporti centro-periferia*, in *DPCE online*, numero speciale 2022, p. 635 ss.; V. CALZOLAIO, *Il principio d'insularità in Costituzione, svantaggi (e vantaggi) di vivere nelle isole*, in <https://ilbolive.unipd.it/it/news/principio-dinsularita-costituzione-svantaggi>, 4 agosto 2022; AA.VV. (a cura di O. Licciardiello, S. Andò, A. Pogliese), *Scenari sull'insularità. Il principio di insularità nel nuovo art. 119 della Costituzione. Riflessioni attuative e auspicabili ricadute sulla condizione economico-sociale di Sicilia e Sardegna*. Atti del convegno (Catania, 8-9 luglio 2022), Aracne, Roma, 2022.

³³ L. M. TONELLI, *La riemersione dell'insularità in Costituzione*, in Osservatorio costituzionale, 6/2022, p. 130.

Ciò che la Costituzione non fa è differenziare tra differenti tipologie di isole, in quanto la maggior parte delle isole sotto la sovranità della Repubblica sono piccole, ma due tra esse sono le maggiori dell'intero Mediterraneo: la Sicilia e la Sardegna, isole e Regioni a statuto speciale.

Dunque, non tutte le isole presentano i medesimi problemi.

Il primo e strutturale punto di analisi critica della nuova disposizione costituzionale è il coordinamento con le altre norme relative al territorio. In particolare, l'art. 5 e l'art. 44, co. 2° Cost.

Si tratta di due piani di analisi diversa. Innanzitutto, si consideri l'art. 5 Cost., che tratta di autonomie locali: ci si può domandare se vi debba essere un coordinamento tra il contemporaneo *riconoscimento* delle peculiarità delle isole e delle autonomie locali e se, di conseguenza, la Repubblica non debba impegnarsi per garantire alle isole in quanto tali specifica autonomia, decentramento e, per usare le parole dell'art. 5, adeguare i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento *delle isole*.

Il secondo punto riguarda la previsione costituzionale tale per cui la legge dispone provvedimenti in favore delle zone montane (art. 44, co. 2°), previsione che si applica indistintamente ai massicci della penisola come a quelli delle isole, dove presenti.

Le montagne isolane, dunque, potrebbero avere un trattamento differenziato rispetto a quelle continentali in funzione della doppia tutela costituzionale? La domanda non è puramente teorica, in quanto la legge “dispone provvedimenti” e la Repubblica “rimuove gli svantaggi”: le due tutele possono essere realizzate dal medesimo intervento? Si può argomentare che le montagne isolane meritino – *rectius*, che la Costituzione imponga al legislatore in loro favore – un trattamento necessariamente differenziato e che sia addirittura incostituzionale un trattamento pur di favore ma identico alle montagne non isolane, le cui peculiarità non sono riconosciute.

Fin qui osservazioni fondamentali di allineamento della nuova disposizione costituzionale, che il revisore ha emendato profondamente rispetto alla proposta originale, ma che conserva profili problematici nella sua stessa espressione testuale.

Il nuovo comma dell'art. 119 Cost. impegna la Repubblica con l'utilizzo di due verbi: “riconosce” e “promuove”: «la Repubblica riconosce le peculiarità delle Isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità».

Ci si può domandare in cosa consista il riconoscimento delle peculiarità: si tratta di un'istanza teorica o richiede un'attuazione legislativa? Quanto alla introduzione nel testo della Carta fondamentale degli “svantaggi”, c'è il problema di aver non solo descritto, bensì

qualificato definitivamente, con tutta la forza della fonte costituzionale, l'insularità come svantaggio da rimuovere³⁴.

Eppure, le isole non presentano soltanto svantaggi: ne sia esempio la indiscussa attrattività turistica. *Quid iuris*, dunque, se dall'insularità dovessero derivare (anche solo alcuni) vantaggi? A differenza dell'art. 44, co. 2° Cost. che prevede interventi in favore, e dunque consente in astratto di non intervenire dove c'è già di base un non-sfavore³⁵, il riconoscimento dei soli svantaggi dell'insularità chiede al legislatore di ignorare i (pur eventuali) vantaggi e occuparsi solo degli svantaggi.

Una norma, appunto, che presenta più problemi valutativi rispetto all'unica altra norma della medesima Costituzione che guarda al territorio con un'attenzione selettiva, quella sulle zone montane.

Ancora, il problema pratico che si deve porre il legislatore riguardo all'attuazione del nuovo comma dell'art. 119 Cost. è sulla tipologia di intervento possibile. Il quale, come già incontrato nelle pagine precedenti, diventa ben presto un tema di spesa pubblica: «per rendere effettivo il principio di insularità, sarà necessario che lo Stato preveda misure di aiuto per alcuni settori economici, compatibili con le normative europee, ovverosia, sostegni per i trasporti da e per le isole, un regime fiscale particolare e attrattivo e, infine, la promozione e la valorizzazione delle realtà insulari, intese come patrimonio artistico culturale»³⁶.

Ancora una volta, alti profili costituzionali si trasformano o rischiano di trasformarsi in molto più prosaici problemi di disponibilità di spesa da parte dello Stato³⁷.

In alternativa, o in aggiunta, si potrebbe persino porre un interrogativo «sulla compatibilità con l'ordinamento unionale, in ragione della riconosciuta prevalenza del diritto UE anche su norme costituzionali, eccezion fatta per i principi fondamentali»³⁸. Ovvero – almeno a livello teorico e leggendo una discontinuità insanabile tra l'art. 174 TFUE e la Costituzione – una forma di assistenza dello Stato per le isole potrebbe andare contro il “liberismo” comunitario, a meno che il principio di svantaggio insulare non vada a costituire un

³⁴ Si guardi, per un'analisi dettagliata, il rapporto *Stima dei costi dell'insularità per la Sicilia* <https://pti.regione.sicilia.it/portal/pls/portal/docs/152367673.PDF>.

³⁵ Si vedano almeno: F. ANGELINI, *Art. 44*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, 902 ss.; S. RODOTÀ, *Commento all'art. 44 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, volume *Rapporti economici*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, Tomo II, p. 214 ss.

³⁶ L.M. TONELLI, *La riemersione dell'insularità*, cit., p. 131.

³⁷ Secondo la dottrina, G. ARMAO, *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, vol. XVIII – 2020, p. 37, la condizione di insularità «deve essere affrontata mediante puntuali misure di riequilibrio (continuità territoriale, fiscalità di sviluppo, incentivi e misure di sostegno allo sviluppo, perequazione infrastrutturale, regimi di aiuto etc.)». Tuttavia, gli aiuti citati sono già presenti nell'ordinamento in assenza della nuova previsione costituzionale, da cui l'interrogativo se si tratti di una norma già attuata o se il legislatore debba ulteriormente intervenire, e in questo caso come.

³⁸ G. TROMBETTA, *Il principio di insularità in Costituzione. Un ritorno (dimezzato) al passato?*, in *Federalismi*, 1/2022, p. 196.

principio supremo che consentirebbe l'attivazione dei controllimiti e, in pari tempo, l'ausilio necessario ma anche il contrasto con il diritto comunitario. Ancora una volta, basta porre degli interrogativi un poco strutturati e profondi per notare possibili contrasti di notevolissimo spessore.

Infine, per chiudere questa breve rassegna dedicata all'insularità, la legge costituzionale 2/2021 sembra persino costituzionalizzare il ponte sullo stretto di Messina. Nessuna migliore iniziativa parrebbe rimediare agli svantaggi dell'insularità, posto che il legislatore non può accostare fisicamente le isole al continente e, se lo facesse, quella porzione del territorio della Repubblica cesserebbe di essere un'isola e quindi di essere tutelata dall'art. 119, nuovo 5° comma. Dunque, nel momento in cui la Sicilia resta un'isola, collegarla al continente attraverso un ponte può ben essere considerata la soluzione perfetta. Tuttavia, se si pongono a mente le polemiche politiche che hanno accompagnato finora il progetto del ponte sullo stretto, fortemente promosso quanto fortemente osteggiato, si vede come una sua supposta costituzionalizzazione sarebbe sia un risultato inatteso della riforma sia la dimostrazione di un possibile (e persino inavvertito) utilizzo politico dello strumento della riforma costituzionale.

3.3. Il benessere psicofisico dell'attività sportiva.

Il nuovo comma dell'art. 33 Cost., secondo cui *La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme*, pone a sua volta delle opzioni interpretative.

Innanzitutto, per quanto la citazione dell'attività sportiva in Costituzione sia una autentica novità³⁹, è necessario ricordare che già la riforma del Titolo V aveva inserito tra le materie di potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, co. 3° Cost. l'ordinamento sportivo.

Da cui la prima questione se l'ordinamento sportivo si risolva nelle attività sportive oppure viceversa. La risposta sembra negativa, poiché un conto è lo sport organizzato e disciplinato dai pubblici poteri, altro è l'attività sportiva in sé considerata, cioè anche al di fuori di organismi, regolazioni, finanziamenti e così via.

Le due occasioni in cui la Costituzione parla di sport non sembrano essere pensate per coordinarsi tra loro, anche se la promozione dell'attività sportiva passa per necessità anche attraverso l'ordinamento sportivo.

Si può dire che ognuna delle parole inserite dal nuovo comma sia bisognosa di approfondimento e specificazione. Innanzitutto, come già accennato, la Repubblica "riconosce"

³⁹ Cfr. almeno G. BONADONNA, *Aspetti costituzionali dell'ordinamento sportivo*, in *Riv. diritto dello sport*, 1965, p. 196 ss.; M. SANINO, *Sport*, in *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, a cura di E. Picozza, Maggioli, Rimini, 1998, p. 800 ss.; A. BONOMI, *L'ordinamento sportivo e la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, p. 363 ss.; e P. SANDULLI, *Costituzione e sport*, in *Riv. dir. econ.*, 1/2018, p. 1; L. LEO, *Sport e Costituzione: un legame da rivedere*, in *Cammino diritto*, 2/2021 (senza numero di pagina); G. BARBETTI, *Lo sport nella Costituzione: il nuovo articolo 33*, in www.iusinitinere.it, 25 settembre 2023.

un nuovo valore. Il valore – ed è una formulazione articolata al limite della difficoltà di comprensione – è tripartito: “educativo”, “sociale” e “di promozione”. In particolare, il problema sta in un “valore di promozione”. Si direbbe quasi un’anfibolia: se il valore è la promozione significa che la promozione dello sport è il valore e non lo sport in sé? Oppure c’è un valore di promozione che deve essere interpretato in modo diverso? Infatti, l’applicazione del significato più piano del termine “valore” al comma in questione non trova la medesima applicazione a tutte e tre le occasioni in cui è citato.

Ancora, il valore non è semplicemente da individuare nello sport, bensì nel “benessere psicofisico dell’attività sportiva”. Ciò comporta che entra in Costituzione il concetto di benessere psicofisico, ancor prima che il concetto di sport (o di attività sportiva), il quale è subordinato al precedente.

È piuttosto evidente che non tutti gli sport trattano il benessere psicofisico nel medesimo modo e non è necessario prendere esempi limite: la Costituzione tutela, anzi, riconosce, gli sport estremi? Fino a quale livello il rischio annesso nella disciplina sportiva è compatibile con il benessere psicofisico? La Costituzione riconosce e tutela, dunque, gli sport che prevedono l’utilizzo di vetture a motore (dunque inquinanti)? La tradizione degli sport motoristici è senza dubbio più recente rispetto alle discipline atletiche coltivate già nei giochi olimpici dell’antica Grecia, ma si tratta pur sempre di sport. Così come la caccia, avversata da alcuni poiché sono gli animali ad essere preda in funzione del “benessere psicofisico” dei cacciatori. Ancora: la disciplina sportiva in “tutte le sue forme” può includere anche sport violenti o altamente competitivi. I quali, in ragione del nuovo testo costituzionale, sono da considerarsi di valore educativo e sociale per presunzione di diritto.

Vi sarebbe, poi, il tema del benessere psicofisico applicato alle attività professionali sportive: come in ogni attività che diventa un vero e proprio lavoro, per gli sportivi professionisti (o anche solo per taluni di loro) si pone un problema di impegno, sacrificio e persino usura. *Quid iuris* se, invece che risolversi in una piacevole partitella rilassante tra amici, l’attività sportiva non conduce (o non conduce solamente) alla promozione del benessere psicofisico⁴⁰? È sempre riconosciuta e tutelata? Se sì, anche qualora si trasformi in un’attività stressante e usurante? Se no, a quale limite e a chi spetta tracciare e far rispettare il limite?

Il benessere psicofisico dell’attività sportiva – questa la dizione costituzionale completa – è un valore: fin qui *nulla quaestio*, se non fosse che non è raro per regimi non democratici

⁴⁰ Come nel caso dello scandalo della squadra nazionale di ginnastica. Per tutti: *Scandalo ginnastica ritmica, dalle denunce alle indagini sull’allenatrice delle atlete*, in <https://tg24.sky.it/cronaca/approfondimenti/scandalo-ginnastica-ritmica>, 4 gennaio 2023. Si dirà che si tratta, nel caso di specie, di fattispecie di reato, ma non si può escludere che solo con una selezione rigorosa e una disciplina rigida – fuori dal campo del diritto penale ma comunque comportante sacrifici fisici e psicologici – si possono ottenere risultati di eccellenza mondiale. Appunto, la partitella tra amici non è la vittoria alle Olimpiadi, non solo come soddisfazione bensì come impegno necessario, in un mondo dove lo sport agonistico è fondamentale per eccellere.

sponsorizzare l'attività sportiva in funzione propagandistica: dai successi olimpici, dunque professionali, all'inquadramento dei bambini e ragazzini nelle scuole, l'attività sportiva è stata anche in Italia utilizzata come uno degli elementi di costruzione degli "uomini nuovi" fedeli al regime, sani nel corpo, atletici quanto a muscolatura e – *ça va sans dire* – allineati ideologicamente alle direttive del partito unico. Pur restando il nuovo comma dell'art. 33 Cost. inserito in un testo costituzionale di una democrazia sociale, non può sfuggire il riferimento al valore educativo del benessere psicofisico dell'attività sportiva. In Costituzione, l'educazione come sostantivo e l'educare come verbo sono già presenti in diversi luoghi, tutti apparentemente ignorati dal revisore costituzionale, che si inserisce con un significato diverso e ulteriore: ai sensi dell'art. 27, co. 3° Cost. le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato», dunque la rieducazione si applica agli adulti condannati; ai sensi dell'art. 30 Cost. è «dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli», dunque l'educazione si applica ai bambini e non in ragione casuale né generale, bensì rispetto ai rispettivi genitori; ai sensi dell'art. 33, co. 3° «Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato», dunque l'educazione riguarda le scuole, anche se gli "istituti di educazione" come luoghi sinonimi o alternativi alle scuole; e infine ai sensi dell'art. 38, co. 3° Cost. «gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale», norma che già nel soggetto cui si riferisce descrive una situazione particolare e limitata sotto ogni aspetto.

Dall'entrata in vigore della riforma puntuale, il valore educativo del benessere psicofisico fa ingresso nel testo costituzionale, aggiungendo concetto a concetto.

In ultimo, vi è chi individua «come possibile *dark side*, [...] l'interesse che sempre più l'attività economica mostra verso il settore sportivo [...] con scopi speculativi. L'interesse economico per il settore sportivo non è di per sé negativo, purché non si contaminino quell'etica dello sport che conforma l'ordinamento sportivo».⁴¹

Questa analisi minimamente serrata mette in luce come nell'entusiasmo del revisore non vi sia stato spazio per la considerazione di possibili elementi problematici e lo dimostra la formulazione testuale, che sembra non tenere nella corretta considerazione nemmeno il benessere psicofisico che è il vero fulcro della frase costituzionale né tantomeno coordina l'educazione come valore alle ulteriori occasioni in cui la Costituzione già cita l'educazione.

Un'entrata, dunque, con poco sportivo *fair play* quella *del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme* nella Costituzione.

⁴¹ M. DI MASI, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *Federalismi*, 22/2023, p. 126.

3.4. Rassegna delle innovazioni nelle riforme puntuali.

È stato osservato in relazione alla l. cost. 1/2022 – ma l’osservazione può estendersi ad ognuna delle riforme costituzionali considerate – che «la prima approvazione di tali modifiche è stata salutata trasversalmente dal ceto politico e, più in generale, dall’opinione pubblica veicolata dagli organi di stampa in termini addirittura entusiastici, come un adeguamento della nostra Costituzione ormai non più rinviabile, come una “conquista storica” e finanche “epocale”. A fronte di ciò, il punto di vista del giurista – e, in particolare, in questo caso, del costituzionalista – deve necessariamente prescindere dai facili entusiasmi o dai “sentimenti” personali, per adoperarsi, con gli strumenti della consapevolezza critica e della competenza scientifico-disciplinare, al fine di offrire gli elementi fondamentali per una valutazione del progetto di revisione che possa risultare il più possibile completa e obiettiva in chiave tecnico-giuridica e istituzionale»⁴². Altrove, si è detto che «l’approvazione del testo in seconda lettura da parte della Camera, con cui si è quindi completato l’*iter* previsto dall’art. 138 della Costituzione, non poteva che suscitare reazioni dense di entusiasmo»⁴³ ma l’entusiasmo, come si è visto, non è una categoria di diritto costituzionale.

Dunque, in sintesi e solo per sintetizzare quanto sopra argomentato in modo più esteso, le leggi di revisione costituzionale del 2022 e del 2023, complessivamente considerate, hanno:

- modificato per la prima volta inequivocabilmente i principi supremi, asseritamente immutabili;
- introdotto nuovi concetti (tra cui un valore) che la Repubblica “riconosce” come preesistenti a sé stessa;
- introdotto (e ipostatizzato) i concetti di “ambiente”, “biodiversità” ed “ecosistemi”, di “interesse delle future generazioni”, di “benessere psicofisico”, di “svantaggi derivanti dall’insularità”;
- introdotto nuovi limiti di non semplice definizione e circoscrizione all’iniziativa economica (salute e ambiente);
- generato articolati (se non problematici) rapporti tra concetti costituzionali (ambiente e sport) e materie di potestà legislativa ad essi correlati (tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e ordinamento sportivo rispettivamente) nella formulazione del 2001;
- introdotto specificazioni sulla ripartizione della potestà legislativa, quale la legge dello Stato che si occupa (in via esclusiva? o trasversale?) della tutela degli animali;
- impegnato il legislatore e il decisore politico a nuove iniziative, tra cui la compensazione di una situazione di fatto (l’insularità) che nessuno sforzo legislativo può autenticamente risolvere e tra cui la promozione dell’attività sportiva “in tutte le sue forme” nonché dato

⁴² M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41*, cit., p. 286.

⁴³ G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41*, cit., p. 8.

un'indicazione sull'ambiente come elemento di indirizzo e coordinamento delle attività attraverso lo strumento della legge.

La rassegna non è breve né ininfluyente, soprattutto tenendo a mente che si tratta di modifiche puntuali. Senza scomodare Zenone e il suo celebre paradosso, che il filosofo di Elea aveva posto per negare il movimento, si può ben concludere che a “prendere sul serio” le modifiche, la Costituzione è molto cambiata in soli due anni e tre modifiche puntuali.

Resta vero quanto segue: «è molto diverso riflettere, infatti, sugli istituti ed i limiti della revisione costituzionale al cospetto di una prassi di piccole modifiche parziali o di singoli articoli e, all'opposto, a fronte di progetti, realizzati o tentati, di revisione di interi titoli o di tutta la Seconda Parte della Costituzione»⁴⁴ ma è altrettanto vero che una successione di riforme puntuali possono cambiare il volto della Costituzione non meno di una sola ampia⁴⁵.

4. Conclusioni.

La prima tra le conclusioni possibili da portare al termine dell'exkursus è un dato di fatto: le riforme “limitate” sono giunte a completamento, mentre le riforme ampie hanno incontrato difficoltà tali da portare non poche di esse a terminare il percorso senza entrare mai in vigore. «In altre parole, si sono sottolineati aspetti che valorizzano la natura ridotta e limitata, in contrapposizione alle ultime riforme generaliste, che non hanno raggiunto gli obiettivi riformatori»⁴⁶. Le riforme puntuali raggiungono l'obiettivo riformatore con facilità e – anzi – con non trascurabile appoggio.

Si delinea, dal lato metodologico, ciò che si vedrà essere anche un risultato di merito: i “piccoli aggiustamenti”, la (apparente) manutenzione di dettaglio, sembra già ben accolta o quantomeno ben accoglibile, come se un minimo aggiustamento fosse non solo meno problematico ma anche più adeguato⁴⁷.

Si tratta, come evidente, di una convinzione priva di qualsiasi fondamento, eppure radicata. Che una piccola modifica appaia già di per sé positiva o quantomeno non negativa è posizione non giustificata se non abbinata ad un'analisi specifica della modifica stessa.

⁴⁴ F. BILANCIA, *I limiti alla revisione costituzionale*, cit., p. 5.

⁴⁵ Pur non opponendosi a una modificazione progressiva, si pone il problema M. PODETTA, *Le revisioni costituzionali “spot” e il degrado della materia costituzionale*, in www.lacostituzione.info, 24 Agosto 2021 (senza numero di pagina): «affinché la giusta tecnica di modifiche circoscritte non finisca per essere svilita e possa anzi essere messa a frutto ai fini della realizzazione di un serio “revisionismo progressivo” [...], la prima revisione puntuale da prendere in considerazione sarebbe allora forse quella volta a innalzare i quorum dell'art. 138 Cost.» Al di là del fatto che la proposta per indirizzare le revisioni è un'ulteriore revisione, v. altresì C. DE FIORES, *Le ragioni di un revisionismo progressivo*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2016, p. 101 ss.

⁴⁶ E. CATELANI, *Una riforma costituzionale puntuale*, cit., p. 20.

⁴⁷ M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, *Costituzionalismo*, 1/2005, p. 1 ss.

La seconda conclusione generale, di nuovo, appoggia su un dato di fatto. Lo stile delle revisioni costituzionali è quello non solo di addivenire a interventi puntuali, bensì quello di compiere “aggiustamenti”. Nonostante i difetti possibili fatti notare in dottrina, il revisore tende a voler intervenire nel testo della Carta fondamentale per porre novità, parole e concetti nuovi.

Al di là delle intenzioni, è evidente che si cerca di dare ulteriori o nuove indicazioni al legislatore. La direzione, di nuovo, di ordine metodologico, è che se qualcosa non funziona o semplicemente non funziona come si vorrebbe o ancor più semplicemente si vuole sottolineare in un certo modo, la soluzione è aggiungere parole.

La soluzione è abbondare, si potrebbe dire, per utilizzare il lessico ripreso in apertura. La soluzione è la “verbosità”, l’accumulo di parole. Il revisore costituzionale ha – se è lecito attribuirgli un’indole unitaria – perfetta cognizione della Costituzione, perfetta cognizione dei suoi difetti e mancanze, perfetta cognizione delle modifiche da apportare affinché tali difetti e mancanze spariscono.

E, dal punto di vista metodologico, se alcunché non funziona come il revisore desidera, anche in presenza di giurisprudenza costituzionale, di interpretazioni dottrinali, di accumulo di riflessione dalla nascita della Costituzione al momento presente, la soluzione è sempre e comunque aggiungere parole. Il revisore aggiusta la Costituzione aggiungendo materiale e, nel caso ancora il risultato non sia quello desiderato, l’impressione è che il metodo non cambi, cioè più non funziona più c’è necessità di ulteriori parole⁴⁸.

Questo meccanismo non è per nulla scontato. Si potrebbe argomentare, quantomeno a livello di disputa teorica, che se qualcosa non funziona va eliminato e non certo aggiunto⁴⁹.

Il diritto, l’intera produzione legislativa, procede oggi con decisione e forze compatte verso la proliferazione di parole. Sarebbe interessante – ma fuori luogo qui – indagare perché questa tendenza sia così netta: è forse complice l’utilizzo dell’informatica per la scrittura, il raffronto e la redazione di testi unificati o di testi aggiornati? Operazioni difficilissime senza l’ausilio di testi facilmente modificabili (quale, ad esempio, coordinare in un unico articolato modifiche

⁴⁸ È il caso della soluzione proposta per i problemi che, secondo M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 314, presenta la revisione dell’art. 9 Cost.: «la soluzione per assicurare un risultato ottimale, dunque, potrebbe essere quella di introdurre nell’art. 9 Cost. un ulteriore comma aggiuntivo che, con la tecnica della riserva, si limitasse ad affidare la ipotizzata disciplina sostanziale e procedimentale per la tutela dell’ambiente (declinata soltanto nei suoi “oggetti necessari”) a una fonte ad hoc, ad esempio una “legge rinforzata” da approvarsi a maggioranza qualificata, come tale in grado di imporsi come parametro di validità anche alla legislazione ordinaria e che, ai medesimi fini, potrebbe eventualmente consistere finanche in una “legge costituzionale” da approvarsi nelle forme dell’art. 138 Cost.».

⁴⁹ *Contra*, per portare un ulteriore esempio di abrogazione altrettanto criticabile quanto l’aggiunta si può citare proprio la riforma del Titolo V che ha abolito il riferimento alle Isole previsto dal testo del 1948: «lo “sbiancamento” della Costituzione passò sotto silenzio nell’illusione, sbagliata, di aver così risolto, in un colpo solo, sia la “questione meridionale” che l’isolamento delle isole» T.E. FROSINI, *Insularità e Costituzione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1/2020, p. 247.

legislative disparate) diventano facili e non problematiche, da cui un utilizzo disinvolto dell'accumulo di parole che non sarebbe stato tale nel caso di modifiche da realizzare, identiche nel metodo e nella quantità, con carta e penna. Quali che siano le ragioni, anche la Costituzione sembra soffrire la medesima declinazione: aggiunte verbose e dettagliate, puntuali ma non per questo poco profonde.

C'è, forse, alla base e in maniera nemmeno troppo velata, una tentazione di stampo modernista, di ritenere alcunché migliore in quanto recente. Operazione che può essere applicata senza troppi profili problematici per un nuovo modello di apparecchio elettronico e, in generale, per tutto ciò che risente in modo determinante delle miglierie tecnologiche pure. Si dice “senza troppi profili problematici” ma non si può nascondere che anche gli incrementi indiscutibili a livello tecnologico possono nascondere problemi, poiché non di rado la curva di miglioramento non di rado è logaritmica.

Di nuovo, non vi sono ragioni per cui il nuovo testo costituzionale sia migliore del precedente solo per il fatto di essere più recente e ciò vale sotto due profili: per la modifica puntuale in sé considerata; per il complessivo testo.

Si pone, infine, il problema dell'*uso* della Costituzione e delle ragioni ultime delle revisioni. Ben oltre le intenzioni soggettive dei promotori, oltre le intenzioni oggettivate del revisore, al di là anche delle osservazioni critiche della dottrina.

Secondo la dottrina «vero è che la Costituzione a settant'anni dalla sua promulgazione è percepita come il luogo di tutti, comune, identitario e prevalente da non confondersi con la lotta politica e le vicende contingenti, tale da elevarsi dal conflitto fissando nel tempo i principi e le regole, anche organizzative, nei quali si sono identificati, e si identificano oggi, i cittadini»⁵⁰.

Si potrebbe discutere su questa affermazione e mettere alla prova la teoria della Costituzione come elemento estraneo alla lotta politica ma identitario per i cittadini. Un modo per mettere in discussione questa affermazione deriva proprio dall'utilizzo della Costituzione fatto dal revisore. E, nello specifico, dal revisore costituzionale “puntuale” qui analizzato.

Il presupposto sta proprio nel fatto che la Costituzione si *utilizzabile*, cioè che la Carta fondamentale sia nella disponibilità di un soggetto che è guidato da istanze politiche. Fin qui, non si fa altro che ribadire l'ovvio, posto che il revisore costituzionale – sia pure con le forme previste dall'art. 138 Cost. – è quello stesso Parlamento titolare del rapporto di fiducia col Governo e della funzione di indirizzo politico (senza per questo dimenticare le altre sue funzioni costituzionali).

⁵⁰ F.R. DE MARTINO, *L'uso della Costituzione*, cit., p. 79. Cfr. P. CARETTI, *La Costituzione repubblicana: da “casa comune” a scelta di parte?*, Torino, Giappichelli, 2006.

La disponibilità della Costituzione può comportare, dunque, almeno due profili di interesse:

a) l'utilizzo delle modifiche costituzionali come vera e propria arma politica, nel senso di indirizzo politico di maggioranza, volto a condizionare o indirizzare l'attività futura del Parlamento e del Governo. Il Parlamento, in veste di revisore costituzionale, dà istruzioni a sé stesso e alla compagine che lo sostituirà⁵¹. Si tratta di un cortocircuito non impossibile da verificarsi, proprio in funzione dell'importante compito di indirizzo valoriale che il revisore costituzionale si è visto auto-attribuirsi o quantomeno implicitamente ipotizzare per sé.

b) l'utilizzo delle modifiche costituzionali per “segnare il passo”, cioè per fare in modo che la Costituzione – proprio nella sua funzione di fonte superiore a tutte le altre fonti e di spazio di identificazione per cittadini e istituzioni – sia la prima a “dare il buon esempio” riconoscendo nuovi valori e nuovi concetti che vengono così sottratti, più o meno esplicitamente, all'agone politico per essere posti in una sorta di posizione sovraordinata. In quanto appartenenti al livello gerarchico supremo delle norme, l'ambiente, l'insularità, lo sport, cessano di essere argomenti di dibattito per assurgere al pantheon dei concetti costituzionali⁵².

In questo senso, il revisore utilizza le modifiche, anche quelle più puntuali e apparentemente manutentive, per modificare (se si preferisce, plasmare a suo piacimento) lo spazio identitario definito sopra. Trattandosi di un soggetto eminentemente politico che svolge questa operazione, cioè nient'altro che il Parlamento, non è impossibile pensare che questo sia un obiettivo realistico⁵³.

Ciò comporta, però, non solo l'accettazione che la Costituzione sia “utilizzabile”, bensì che il discorso giuridico sia subordinato ad altri obiettivi. Leciti, possibili, ma che segnano la

⁵¹ È il problema, non certo nuovo, «della lotta per la Costituzione, nel senso di lotta per la perpetuazione del potere, al fine di generare la stabilità di un governo occasionalmente in carica, risolvendo l'instabilità della sua legittimazione politica mediante un consolidamento nel potere per via di revisione costituzionale», F. BILANCIA, *I limiti alla revisione costituzionale*, cit., p. 13. Per ulteriori osservazioni M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *La crisi costituzionale italiana nell'attuale fase della «lotta per la Costituzione»*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2006, spec. p. 2.

⁵² Richiama questa posizione G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza*, cit., p. 2, nell'affermare che «quasi tutte le democrazie occidentali sono state neoplasticamente affette da una (ir)resistibile invasione di ‘nuovi’ diritti fondati su un nucleo, una “super-etica” del *politically correct*. Un nucleo curioso, sfuggente, proteiforme, ma percepito come bellissimo e irresistibile, come sublimazione dell'umanesimo e della civiltà, proprio mentre fa a pezzi le fondamenta illuministiche di entrambi». Non è – forse – dissimile la posizione di G. AZZARITI, *Dopo il referendum del 25-26 giugno 2006: le prospettive del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, 2/2006, p. 585 ss., che segnalava, al di fuori di un uso partitico e non *politically correct*, la necessità di «rinunciare all'uso politico della revisione costituzionale come dall'inizio degli anni Ottanta si è più volte tentato di fare; pertanto devono escludersi modifiche a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere, tra l'altro facilmente raggiungibile con sistemi elettorali maggioritari o con premi di maggioranza».

⁵³ Ritiene T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, in *Astrid online* e in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), vol. III, UTET, Torino, 2006, che «supremazia della Costituzione e sua continuità e durata sono facce della stessa medaglia, e proprio perché la costituzione è qualcosa di permanente tutti i poteri ne debbono essere vincolati, compreso quello legislativo» (p. 3) e, si aggiunge, del legislativo anche quando si occupa di indirizzo politico (se le due attività sono mai nettamente distinguibili).

definitiva subordinazione del diritto, anche al suo livello più alto, quello costituzionale, in funzione degli obiettivi politici⁵⁴.

Anche la Costituzione, dunque, concepita come “esempio” e come “illustrazione valoriale” viene giocoforza attratta nella dimensione politica, necessariamente contingente. Ciò non è in opposizione, anzi si abbina perfettamente, a quanto rilevato poco più sopra riguardo il vincolo, o l'autovincolo⁵⁵, posto dal legislatore a sé stesso e alla maggioranza di indirizzo politico che verrà.

In conclusione il rischio è che la Costituzione, man mano che viene utilizzata per segnare il passo, per progredire, per influire ed influenzare, perda non solo coerenza interna, bensì si trovi così cambiata e sfigurata da perdere quel carattere di “punto d'identità” che – da quanto sopra paiono non esservi dubbi – proprio coloro che la utilizzano nel modo sopra descritto vogliono conservare e anzi stimolare. Gli scettici della manutenzione costituzionale e gli entusiasti, sia pure arrivando da percorsi argomentativi diversi se non opposti, dovrebbero, dunque, trovarsi d'accordo nel ritenere gli interventi di revisione come eccezionali, da valutarsi con estrema cautela e da limitare il più possibile, all'esatto contrario di quanto visto nelle recenti occasioni di modifica.

⁵⁴ Si domanda V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica*, cit.: «possono le forze politiche pretendere di attivare procedure di fatto costituenti, ritenendo l'attuale assetto costituzionale ormai inadeguato (o la causa, come viene detto, dell'instabilità governativa), sul presupposto inespresso che la Costituzione deve essere intesa come un testo responsivo, ricognitivo di quanto elaborato nella coscienza popolare?» (p. 21). E, ancora: «piuttosto che ricorrere a forme di revisione costituzionale che implicitamente esercitano il potere costituente, di ammettere l'imprescindibilità da un travestimento, di introdurre il tema della convenienza politica (che denota, di nuovo, un uso congiunturale della Costituzione), non sarebbe forse più costituzionalmente legittimo ricorrere direttamente a un esercizio del potere costituente attraverso anche la formazione di una nuova assemblea costituente?» (p. 22).

⁵⁵ Per echeggiare A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002.

queste istituzioni

**Inquinamento acustico
e nuovi paradigmi amministrativi:
sostenibilità, fruibilità
e qualità sonora**

Marco Brocca

Numero 3/2023
30 settembre 2023

Inquinamento acustico e nuovi paradigmi amministrativi: sostenibilità, fruibilità e qualità sonora

di Marco Brocca*

Sommario

1. Il contesto di riferimento: il silenzio e le diverse accezioni giuridiche. – 2. Il quadro normativo tradizionale e l'emersione dell'accezione "attiva" di silenzio. – 3. Nuove misure di intervento: l'istituzione delle c.d. zone silenziose. – 3.1. Profili definatori. – 3.2. Criteri e regole di individuazione. – 3.3. Modalità di gestione. – 4. Per una "ecologia del suono".

Sintesi

L'inquinamento acustico ha conosciuto una crescente attenzione del legislatore, sovranazionale e nazionale, che può cogliersi nella progressiva evoluzione degli approcci proposti: dai primi interventi di tipo reattivo e sanzionatorio, a un approccio improntato alla prevenzione sino alla prospettiva più recente, che si aggiunge alle precedenti, di tipo propositivo e propulsivo, mediante l'istituzione delle cd. zone silenziose, che sono aree di pubblica fruizione, presenti all'interno degli agglomerati urbani o in aperta campagna, volte a evitare o ridurre gli effetti nocivi dell'esposizione al rumore ambientale e a preservare suoni desiderati di fonte antropica o naturale.

Abstract

Noise pollution has received a growing attention of the legislator, supranational and national, which can be grasped in the progressive evolution of the proposed approaches: from the first reactive and sanctioning interventions, to an approach based on prevention up to the most recent perspective, which is added to the previous ones, of a proactive and propulsive type, through the establishment of the so-called silent areas, which are areas of public use, present within urban agglomerations or in the open countryside, aimed at avoiding or reducing the harmful effects of exposure to environmental noise and preserving desired sounds of anthropic or natural source.

Parole chiave

Ambiente; inquinamento acustico; regolazione; sostenibilità; zone silenziose.

Keywords

Environment; noise pollution; regulation; sustainability; silent zones.

* Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università del Salento.

1. Il contesto di riferimento: il silenzio e le diverse accezioni giuridiche.

Il c.d. diritto al silenzio, quale corollario del diritto alla quiete pubblica ovvero al riposo personale manifestazioni a loro volta del diritto alla salute, ha assunto negli ultimi tempi nuovi significati, riflesso di emergenti vulnerabilità – e al contempo di rinnovate esigenze – che caratterizzano la condizione umana. Espressioni ricorrenti che descrivono la società attuale come la “società del rumore” ovvero “società assordante” ovvero “la società più rumorosa della storia” o che ravvisano nel rumore il “prezzo” o il “paradosso” del progresso stigmatizzano un aspetto sociale emergente e, al contempo, rimarcano la *vis expansiva* di un fenomeno e il suo essere derivato e manifestazione di un ulteriore connotato della modernità, l’incalzante sviluppo tecnologico e informatico.

La dimensione giuridica investe il silenzio soprattutto nella sua accezione “relativa”, di assenza di perturbazioni sonore (c.d. rumori molesti) che minacciano la condizione di benessere psico-fisico della persona, mentre trascura l’accezione “assoluta” di assenza di qualsivoglia suono, ristretta a ipotesi in cui l’astenersi da suoni diviene norma di comportamento per la specificità del contesto di riferimento, di natura antropica (biblioteche, teatri, ecc.) ovvero naturale (habitat naturali fragili, luoghi di nidificazione degli uccelli, ecc.). La proiezione giuridica non si spinge, pertanto, sino a un riconoscimento generale del silenzio quale mancanza di suoni e condizione che favorisce l’attenzione, la concentrazione, l’ispirazione, la formazione del pensiero creativo. Altre forme di silenzio si affacciano più recentemente nel mondo giuridico, espressioni anch’esse di profili sociali, come il “silenzio informatico”¹, formula evocativa di un’altra connotazione della società attuale – quella di “società dell’informatica” –, che denota il profilo conflittuale tra l’esigenza di conoscibilità e accessibilità di informazioni e notizie facilitate dagli strumenti telematici attualmente disponibili e quella di difesa e garanzia rispetto a dosi massicce di dati non sempre richiesti ovvero inattendibili, se non addirittura lesivi della riservatezza personale (si pensi al diritto alla privacy informatica ovvero al diritto all’oblio quali declinazioni avanzate del silenzio informatico).

La normativa più recente in materia di inquinamento acustico, oggetto del presente studio, sembra profilare un’accezione rinnovata di silenzio, incentrata sulla presenza più che sull’assenza di suoni; un’accezione di tipo “positivo” o “attivo” perché postula la ricerca o la salvaguardia di contesti acustici caratterizzati da suoni desiderati, perché ritenuti gradevoli.

¹ V. PANUCCIO, *Il diritto al silenzio nella società informatica*, in A. CHIANTIA (a cura di), *Temi di diritto dell’informatica*, Milano, 2010, 134.

2. Il quadro normativo tradizionale e l'emersione dell'accezione "attiva" di silenzio.

Come avvenuto per altre forme di inquinamento, il primo approccio normativo in materia di inquinamento acustico è stato di tipo reattivo e repressivo, incentrato su forme di tutela soggettiva, con norme di rango sia privatistico che penalistico: si pensi al reato di disturbo della quiete privata (art. 659 cod. pen.) e alla fattispecie civilistica della tutela del «proprietario di un fondo» da immissioni intollerabili (art. 844 cod. civ.), ipotesi che, in quanto correlate al criterio della «normale tollerabilità», tipico concetto giuridico indeterminato, sono state lette dalla giurisprudenza come attributive di un diritto non assoluto bensì relativo al silenzio.

La connotazione pubblicistica della disciplina è *ab initio* embrionale, riferita agli interessi della quiete pubblica e della sanità pubblica e ristretta a specifiche fonti rumorose: quelle rappresentate dalle «professioni o mestieri rumorose» (art. 66 t.u. leggi di pubblica sicurezza n. 773/1931) e dalle «lavorazioni insalubri» (artt. 216-217 t.u. leggi sanitarie n. 1265/1934) e, successivamente, quelle originate dalla circolazione stradale (d.P.R. n. 393/1959); ovvero riferita a specifiche categorie di soggetti, anzitutto i lavoratori, e riconosciuta come dimensione della «sicurezza sul lavoro» (d.P.R. n. 547/1955) e dell'«igiene del lavoro» (d.P.R. n. 303/1956). Bisognerà attendere la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale per il riconoscimento generale delle emissioni sonore come elemento determinante le «condizioni di salute», alla stessa stregua di altri fattori potenzialmente inquinanti (emissioni in atmosfera, in acqua, nel suolo, ecc.) e secondo un ambito di riferimento ampio, esteso agli «ambienti di lavoro, abitativi e nell'ambiente esterno» (art. 4, legge n. 833/1978).

La progressiva consapevolezza della portata del fenomeno ha indotto il legislatore a massimizzare l'interesse pubblico sotteso dedicando una disciplina organica e specifica: dapprima con la legge-quadro n. 447/1995, poi con il d.lgs. n. 194/2005, quindi con il d.lgs. n. 42/2017. Si tratta di legislazione, modificata nel corso del tempo anche per le sollecitazioni provenienti dal fronte europeo, in cui si delinea una concezione rinnovata dell'inquinamento acustico, incentrata su una visione "unitaria" delle diverse sorgenti di emissione sonora e dei contesti di riferimento e sull'emersione di un interesse riconducibile non soltanto alla salute umana bensì all'ambiente *tout court*²; con l'effetto di una sua ricostruzione emancipata dal profilo strettamente individuale e imperniata sull'aspetto della sua rilevanza collettiva³ e di una funzionalizzazione a uno spettro allargato di obiettivi. Lo dimostra anzitutto la definizione normativa di inquinamento acustico, proiettata alle implicazioni di tipo sanitario, ambientale e

² S. CIMINI, *L'inquinamento acustico*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, II, 2014, Milano, p. 738.

³ Sulla qualificazione degli interessi sottesi come "interessi diffusi" v., ad esempio, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 24 gennaio 2006, n. 488, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 giugno 2018, n. 188, in www.giustizia-amministrativa.it.

culturale del fenomeno acustico⁴, tale da abbracciare i casi di fastidio o disturbo delle attività umane o del riposo personale, ovvero le situazioni di «pericolo per la salute umana, deterioramento degli ecosistemi, dei beni materiali, dei monumenti, dell'ambiente abitativo o dell'ambiente esterno o tale da interferire con le legittime fruizioni degli ambienti stessi» (art. 2, comma 1, lett. a, legge n. 447/1995).

La legislazione si fonda sullo strumento degli standard ambientali, declinati in diverse categorie (valori limite di emissione ed immissione, di attenzione, di qualità) che mostrano l'obiettivo del legislatore di dotare l'intero territorio nazionale di livelli uniformi di tutela dall'inquinamento acustico⁵, cui si aggiunge uno strumentario variegato e progressivamente incrementato, in cui può cogliersi una linea evolutiva: l'impostazione prevalentemente di tipo reattivo della legge-quadro (si pensi ai piani di risanamento acustico – quelli comunali e quelli delle imprese inquinanti – e ai piani regionali di bonifica dell'inquinamento acustico) è stata integrata con un rafforzamento dell'approccio proattivo (si pensi alla mappatura acustica e ai piani di azione previsti dal d.lgs. n. 194/2005) e con l'emersione di un approccio di tipo propositivo e propulsivo, come dimostra la recente disciplina in tema di zone silenziose.

3. Nuove relazioni tra silenzio ed emissioni sonore: le c.d. zone silenziose.

Le zone silenziose sono state disciplinate per la prima volta dal d.lgs. n. 194/2005, che le declina in zone silenziose «di un agglomerato» (art. 2, comma 1, lett. aa) e «in aperta campagna» (lett. bb). Il d.lgs. n. 42/2017 precisa le definizioni e, soprattutto, individua in un decreto ministeriale la fonte per la definizione delle modalità di individuazione e di gestione delle zone silenziose (art. 4, comma 10-*bis*). Il suddetto decreto è stato adottato il 24 marzo 2022.

3.1 Profili definitivi.

Le zone silenziose sono aree di pubblica fruizione o comunque accessibili al pubblico, già esistenti ovvero oggetto di individuazione mediante pianificazione acustica. Esse non risentono ovvero risentono in maniera non significativa dei suoni tecnologici e in misura contenuta dei suoni antropici e sono caratterizzate dai suoni caratteristici della zona, come percepiti dai fruitori e ritenuti da essi «coerenti con le loro aspettative», pertanto considerati «suoni desiderati» e «attesi» (all. A, punto 3, d.m. 24 marzo 2022).

Queste zone valgono come zone di mitigazione e compensazione ovvero come zone di prevenzione degli effetti nocivi dell'inquinamento acustico, ma fungono anche come aree di perseguimento e preservazione di «buona qualità acustica ambientale» (art. 2 d.m. 24 marzo 2022), condizione e, al contempo, obiettivo che, come si vedrà, evoca anche l'aspetto della

⁴ N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2020, 161.

⁵ S. CIMINI, *L'inquinamento acustico*, op. cit., 738.

percezione dei suoni, ossia il significato che a essi la comunità attribuisce allo scopo di preservare i «suoni desiderati».

3.2 Criteri e regole di individuazione.

Sul piano delle competenze, l'individuazione delle zone silenziose di un agglomerato spetta all'autorità amministrativa alla quale la regione ha attribuito la funzione di mappatura acustica strategica (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a, e comma 3, lett. a, d.lgs. n. 194/2005) avente ad oggetto l'«agglomerato», nozione intesa come l'area urbana individuata dalla regione, costituita anche da più centri urbani contigui, con popolazione complessiva superiore a 100.000 abitanti (art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 194/2005).

L'individuazione delle zone silenziose in aperta campagna è oggetto di un processo condiviso tra regione e comuni. Spetta alla regione il compito di promuovere l'individuazione delle zone, con attività di informazione e consulenza nei confronti dei comuni, nonché di proposta delle zone in caso di inerzia degli stessi; mentre ai comuni spetta l'effettiva individuazione e delimitazione delle zone sia pure sotto forma di proposta soggetta all'approvazione regionale.

Significativo è l'approccio “olistico” previsto dal decreto in ordine ai parametri utili per l'individuazione delle zone, in quanto si tratta di criteri sia acustici che non acustici, con l'ulteriore avvertenza che accanto ai criteri obbligatori, sussistono criteri facoltativi che l'autorità competente può aggiungere ai primi ove li ritenga utili per la definizione delle zone. I criteri acustici attengono ai valori di emissione delle sorgenti sonore presenti nelle aree candidate a essere delimitate come zone silenziose come risultanti dalla mappatura acustica e dalla classificazione acustica, ovvero, in assenza di questi dati, in base alle distanze ritenute idonee, secondo il Report europeo EEA 14/2016, per le diverse sorgenti di rumore (assi stradali, ferrovie, aeroporti, attività industriali, ecc.). Per quanto riguarda i criteri non acustici rilevano, tra gli altri, l'estensione territoriale, la destinazione urbanistica dell'area, con specifico riferimento alle aree caratterizzate da pregio naturalistico, paesaggistico, archeologico, architettonico, storico-artistico, il grado di fruibilità dell'area.

3.3 Modalità di gestione

Anche il profilo della gestione è declinato dal legislatore secondo modalità di tipo obbligatorio e facoltativo.

Tra le modalità di gestione obbligatorie rientrano l'attuazione delle misure di conservazione delle zone silenziose previste dai piani di azione; un regime rafforzato della valutazione dell'impatto acustico sulla zona silenziosa di nuove opere o insediamenti in progetto; interventi periodici di verifica e rendicontazione in ordine al rispetto del divieto di

aumento di rumore nelle zone silenziose di un agglomerato; l'integrazione delle misure volte alla conservazione delle zone silenziose con le azioni di tutela già definite per le aree naturali protette, aree archeologiche, architettoniche, storiche, culturali, paesaggistiche.

Tra le misure di gestione facoltative sono citate, a titolo esemplificativo, attività di monitoraggio e mappatura del rumore ulteriori a quelle obbligatorie, la pianificazione di nuove zone silenziose a seguito di programmati interventi di risanamento, la pianificazione di interventi di gestione del traffico (riduzione della velocità, promozione della ciclo-mobilità, dei trasporti pubblici e dei veicoli a bassa rumorosità, istituzione di low emission zone, creazione di spazi e percorsi pedonali, ecc.), la promozione di studi riguardanti gli effetti delle zone silenziose sulla salute umana, la promozione di iniziative di informazione pubblica e partecipazione attiva dei cittadini.

4. Per una "ecologia del suono".

Il tema delle zone silenziose, nella doppia configurazione di difesa dai suoni molesti e di salvaguardia dei suoni desiderati, induce a una riflessione sul "senso" del suono e dell'ambiente sonoro in cui l'uomo è immerso; una riflessione che porta a un ripensamento del significato tradizionale del suono, di entità che sta "sullo sfondo" anzi che caratterizza "lo sfondo acustico" delle attività umane, componente secondaria e, al più ancillare, della vita umana, con l'effetto di sollecitare una sua emancipazione concettuale e una consapevolezza della centralità di significato. Il suono diventa, per questa via, una chiave di lettura della realtà, un modo per comprendere e valutare l'ambiente, anche in chiave evolutiva. In altre parole, il suono è inteso come dato caratterizzante e distintivo dello spazio, elemento che esiste nella sua oggettività, ma anche che rileva per la sua componente soggettiva: il suono è riflesso di attività antropiche e tecnologiche, nonché prodotto della natura, e, in quanto tale, è recepito dall'uomo, riconosciuto e compreso, percepito e quindi valutato. Il suono è bagaglio di un luogo, riflette usi, tradizioni, interessi della comunità ed è testimonianza della storia della natura, espressa attraverso i suoni generati dal vento, dallo scorrere dell'acqua, dallo stormire delle foglie, dai versi degli animali. Come è stato detto i suoni creano paesaggio e il "paesaggio sonoro"⁶ è rappresentazione e, al contempo, aspirazione della realtà. È un punto di vista della realtà, che pone al centro l'ascolto e valorizza l'elemento percettivo e soggettivo dell'ascoltatore⁷.

⁶ R. MURRAY SCHAFER, *The Soundscape. Our Environment and the Tuning of the World*, New York, 1977.

⁷ L. AGOSTINO, *Creare paesaggi sonori*, Milano, 2007,26, in cui l'A. evidenzia il ribaltamento concettuale proposto da Murray Schafer, nel senso che nella concezione del paesaggio sonoro il suono non è tanto quell'energia, quel segnale "da trasferire dalla fonte al ricevente, che può essere valutata e misurata quindi, indipendentemente dall'ascoltatore", bensì è concetto che "pone al suo centro l'ascoltatore e proclama quindi la soggettività della valutazione del suono e la bi-direzionalità della relazione tra ascoltatore ed ambiente, tra la sorgente audio ed il suo significato".

Questa prospettiva è presente nel citato decreto ministeriale, in cui accanto all'obiettivo della «tutela della salute umana e della qualità della vita» è richiamata la finalità di salvaguardia della «biodiversità, ecosistemi e paesaggi sonori» (all. A, punto 3, d.m. 24 marzo 2022) e il «paesaggio sonoro» è definito come «l'ambiente sonoro percepito o conosciuto e/o compreso da un individuo o dalla collettività nell'ambito di uno specifico contesto» (all. A, punto 2, lett. f), nozione che si lega e si completa con quella di «buona qualità acustica ambientale», intesa quale «condizione acustica di un ambiente caratterizzato dalla predominanza di suoni desiderati, quali suono della biofonia e della geofonia (suoni naturali), corrispondenti a valori identitari della zona e pertanto attesi dai fruitori e tali da garantire condizioni di quiete, svago, ristoro» (all. A, punto 2, lett. j).

Il decreto offre un modello avanzato e significativo di gestione ambientale, che spetta ora agli enti locali recepire. Esso denota la consapevolezza dell'importanza del contesto acustico in cui l'uomo vive e ne disvela la dimensione insieme ecologica e culturale: la zona silenziosa, incentrata sull'obiettivo della sostenibilità acustica nella duplice accezione del contenimento dei suoni molesti e della preservazione dei suoni desiderati, è strumento avanzato di lotta dell'inquinamento acustico e, dunque, è di per sé fattore di tutela ecologica, presidio di salvaguardia di fonti acustiche, geofoniche e biofoniche, che sono di per sé elementi naturali, ma è anche condizione di benessere sociale della comunità, motivo di conoscenza, riscoperta, riappropriazione e fruizione dei luoghi, fonte di apprendimento, affinamento e arricchimento culturale.

queste istituzioni

La regulatory sandbox
nell'ordinamento italiano: profili
critici e prime applicazioni

Nicolò Pini

Numero 3/2023
30 settembre 2023

La *regulatory sandbox* nell'ordinamento italiano:

profili critici e prime applicazioni

di Nicolò Pini*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Analisi dell'art. 36 D.L. n. 76/2020. – 3. Profili problematici: una disciplina a rischio di incostituzionalità? – 4. Le sperimentazioni autorizzate. – 5. Considerazioni conclusive.

Sintesi

Di recente si sta affacciando, anche nell'ordinamento italiano, un nuovo modello di regolazione delle tecnologie emergenti denominato *regulatory sandbox*. Tale approccio consiste nella temporanea deroga a norme di rango primario impeditive della sperimentazione (cd. barriere normative) finalizzata a testare sul campo le tecnologie emergenti, pur sotto la vigilanza delle autorità pubbliche. In particolare, l'art. 36 D.L. n. 76/2020 ha introdotto, in modo generale, siffatto strumento in Italia, il quale consente alle imprese richiedenti di ottenere dal Dipartimento per la Trasformazione digitale l'autorizzazione a derogare temporaneamente norme di rango primario per finalità di sperimentazione. Obiettivo di questo lavoro è tentare di offrire una panoramica generale sul nuovo meccanismo. Da un lato, si porrà l'accento su possibili questioni di legittimità costituzionale che la disciplina solleva. Dall'altro lato, particolare attenzione sarà riservata alle prime sperimentazioni riscontrabili nella prassi. Le ultime righe saranno dedicate a considerazioni finali, anche in un'ottica *de jure condendo*.

Abstract

Recently, a new regulatory model for emerging technologies, known as the “regulatory sandbox”, has entered the Italian legal system. This approach involves a temporary exemption from legal constraints (so-called normative barriers) in order to field-test emerging technologies, albeit under the supervision of public authorities. This reform was introduced in Italy through Article 36 of Decree Law No. 76/2020. It allows companies that apply for it to obtain authorization from the Department for Digital Transformation to temporarily deviate from primary rules for experimental purposes. The aim of this work is to provide a general overview of this new mechanism. On one hand, the focus will be on potential issues of constitutional legitimacy raised by the regulation. On the other hand, special attention will be given to the first experiments observed in practice. The final paragraphs will be dedicated to concluding remarks, also considering the perspective of legal reforms.

* Dottorando di ricerca interateneo presso le Università degli Studi di Trieste e Udine. Le opinioni qui contenute sono espresse a titolo puramente personale ed esse non impegnano né sono in alcun modo espressione dell'indirizzo dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti presso cui l'Autore svolge la sua attività professionale come Funzionario.

Parole chiave

Diritto e tecnologia; regulatory sandbox; better regulation; principio di deroga; Stato ed economia.

Keywords

Law and technology; regulatory sandbox; better regulation; principle of derogation; State and economy.

1. Introduzione.

Il fenomeno dell'innovazione tecnologica ha, nel corso degli ultimi anni, comportato una progressiva difficoltà per gli Stati nell'apportare efficaci strumenti di regolazione. Al fine di ottenere il massimo dei benefici derivanti dalle nuove e inedite tecnologie e, al contempo, mitigarne i rischi, sempre più ordinamenti hanno adottato lo strumento della cd. *regulatory sandbox*¹.

Si assiste a un nuovo modello di regolazione delle tecnologie emergenti, il quale consiste nella temporanea deroga a norme di rango primario impeditive della sperimentazione (cd. barriere normative) finalizzata a testare sul campo le tecnologie emergenti, pur sotto la vigilanza delle autorità pubbliche². A fare da apripista all'inedito modello di regolazione è stato il Regno Unito nel 2015 con riferimento al settore del cd. *Fintech*. Da quella data molti Paesi hanno seguito il nuovo corso, tant'è che da allora al 2021 si sono registrate ben 73 *sandboxes* in 57 Stati³.

Ebbene, il sistema italiano non è rimasto fuori da questo processo di cambiamento.

Invero, sull'onda di quanto sta accadendo a livello mondiale, nel 2020 anche l'Italia si è dotata di una disciplina generale sulla cd. *regulatory sandbox* condensata nell'art. 36, D.L. n.

¹ Circa l'evoluzione a livello mondiale del fenomeno e per un'analisi del caso di studio di Taiwan, Paese che più di altri ha adottato un approccio aggressivo nell'adozione della *regulatory sandbox*, si vedano CHANG-HSIEN TSAI, CHING-FU LIN, HAN-WEI LIU, *The Diffusion of the Sandbox Approach to Disruptive Innovation and Its Limitations*, in *Cornell International Law Journal*, 2020, p. 262.

² Per un'analisi approfondita al riguardo, v. W.G. RINGE, C. RUOF, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 606 ss.

³ Così si apprende da T. HELLMANN, A. MONTAG, N. VULKAN, *The Impact of the Regulatory Sandbox on the FinTech Industry*, consultabile al link https://www.disei.unifi.it/upload/sub/International%20week/Hellmann_Montag_Vulkan_2022-1.pdf. Si vedano, inoltre, G. CORNELLI, S. DOERR, L. GAMBACORTA, O. MERROUCHE, *Regulatory Sandboxes and Fintech Funding: Evidence from the UK*, 2022, Working Paper, reperibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/altri-atti-convegni/2022-financial-stability/sessione-5/V-1-Paper.pdf>. Per dati relativi alle *regulatory sanboxes* attive in ogni Paese, pur risalenti al 2020, v. quanto pubblicato dalla *World Bank* al link <https://www.worldbank.org/en/topic/fintech/brief/key-data-from-regulatory-sandboxes-across-the-globe>. Per un'analisi degli aspetti relativi al connesso tema della concorrenza, cfr. C. PONCIBO, L. ZOBOLI, *The Methodology of Regulatory Sandboxes in the EU: A Preliminary Assessment from A Competition Law Perspective*, in *European Union Law Working Papers No. 61, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2022. L'inquadramento della *regulatory sandbox* quale forma di sperimentazione legislativa sul piano europeo è rinvenibile infine in S. RANCHORDAS, *Experimental Lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, 2021, p. 1.

76/2020⁴, convertito con modificazioni dalla L. n. 120/2020. Con tale termine si fa, più specificamente, riferimento a quel modello di regolazione che ha nella forza derogatoria (più o meno ampia) del diritto vigente il suo elemento fondamentale. Tale deroga è diretta a incentivare l'innovazione sospendendo temporaneamente le norme che impediscono la sperimentazione sotto la vigilanza di un soggetto pubblico e in uno spazio "sicuro", come all'interno di un recinto sabbioso in cui si è liberi di costruire e distruggere, secondo la metafora a cui il nome, *regulatory sandbox*, appunto rimanda. Prendendo a prestito le parole della Commissione europea, l'istituto – strumento di *better regulation* – è tecnicamente definito come «*concrete frameworks which, by providing a structured context for experimentation, enable where appropriate in a real-world environment the testing of innovative technologies, products, services or approaches – at the moment especially in the context of digitalisation – for a limited time and in a limited part of a sector or area under regulatory supervision ensuring that appropriate safeguards are in place*»⁵.

Ciò premesso, in questo contributo si tenterà di offrire una panoramica generale sull'art. 36 D.L. n. 76/2020. Da un lato, si porrà l'accento su possibili questioni di legittimità costituzionale che la disciplina solleva. Dall'altro lato, particolare attenzione sarà riservata alle prime sperimentazioni riscontrabili nella prassi. L'ultima parte sarà dedicata ad alcune considerazioni finali, anche in un'ottica *de jure condendo*.

2. Analisi dell'art. 36 D.L. n. 76/2020

L'art. 36 D.L. n. 76/2020 si apre prevedendo che, «al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico», la struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale (ossia il Dipartimento per la Trasformazione digitale) riceveva una domanda, proveniente, tra l'altro, dalle imprese, finalizzata a una deroga temporanea a disposizioni nazionali «che impediscono la sperimentazione»⁶. La

⁴ Sul tema v. A. CHIAPPINI, *Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa*, in *Amministrativamente*, 2021, n. 4, pp. 886ss.; G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *Federalismi*, 2022, n. 30, pp. 88 ss.; A. MERLINO, *Regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, 2022. Sul rapporto di tale innovativo strumento di regolazione rispetto al sistema delle fonti, cfr. ID., *Il regulatory sandboxe la teoria delle fonti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, Fascicolo 1/2022, pp. 1 ss.

⁵ Così, Commissione Europea, *TOOL #21, Research & Innovation, Better Regulation Toolbox*.

⁶ Il testo completo della norma prevede che, «al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico, le imprese, le Università, gli enti di ricerca, pubblici e privati, e le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari di cui all'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, che intendono sperimentare iniziative attinenti all'innovazione tecnologica e alla digitalizzazione, possono presentare alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale i relativi progetti,

domanda in questione deve tenere conto dei limiti previsti dai commi 3 e 8 dello stesso articolo. In altri termini, il procedimento incontra due ordini di barriere: per un verso, quella relativa a determinate materie che non possono soffrire di deroghe per via amministrativa, come le previsioni a protezione della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici, nonché le disposizioni penali, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione; per altro verso, quella riguardante l'ambito del cd. *Fintech* il quale è interessato da una diversa norma di carattere speciale⁷. Completa il quadro il divieto di ledere vincoli inderogabili connessi all'appartenenza all'Unione europea o a obblighi internazionali.

Tale istanza contiene alcuni elementi fondamentali che sono costituiti dall'indicazione del titolare della richiesta e del responsabile della sperimentazione, nonché dalla specificazione delle caratteristiche, dei profili di innovazione, della durata, e delle finalità del progetto e della sperimentazione. Vengono, inoltre, rappresentati i risultati e i benefici attesi, le modalità con le quali il richiedente intende svolgere il monitoraggio delle attività e valutarne gli impatti, nonché gli eventuali rischi connessi all'iniziativa e le prescrizioni che si propongono per la loro mitigazione.

La struttura del procedimento prevede, poi, che la domanda descritta vada contestualmente indirizzata anche al Ministero dello sviluppo economico, il quale (sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per gli eventuali aspetti relativi alla sicurezza della circolazione), la esamina entro trenta giorni e redige una relazione istruttoria contenente la proposta di autorizzazione alla citata struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri ovvero di preavviso di diniego.

con contestuale domanda di temporanea deroga alle norme dello Stato, diverse da quelle di cui al comma 3, che impediscono la sperimentazione. Nella domanda sono indicati il titolare della richiesta e il responsabile della sperimentazione, sono specificati le caratteristiche, i profili di innovazione, la durata, le finalità del progetto e della sperimentazione, nonché i risultati e i benefici attesi, le modalità con le quali il richiedente intende svolgere il monitoraggio delle attività e valutarne gli impatti, nonché gli eventuali rischi connessi all'iniziativa e le prescrizioni che si propongono per la loro mitigazione».

⁷ Ci si riferisce all'art. 36, comma 2 *bis* e ss. D.L. 34/2019, poi attuato con il D.M. 100/2021. Merita precisare che il comma 8 dell'art. 36 D.L. 76/2020 stabilisce testualmente che «il presente articolo non si applica alle attività che possono essere sperimentate ai sensi dell'articolo 36 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58. In ogni caso, con l'autorizzazione di cui al presente articolo non può essere disposta la sperimentazione in materia di raccolta del risparmio, credito, finanza, moneta, moneta elettronica, sistema dei pagamenti, assicurazioni e di ogni altro servizio finanziario oggetto di autorizzazione ai sensi di disposizioni dell'Unione europea o di disposizioni nazionali che danno attuazione a disposizioni dell'Unione europea, nonché in materia di sicurezza nazionale. È altresì esclusa l'autorizzazione alla sperimentazione di cui al presente articolo in materia anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica, elettorale e referendaria, nonché con riguardo ai procedimenti di competenza delle autorità provinciali di pubblica sicurezza relativi a pubbliche manifestazioni, misure di prevenzione personali e patrimoniali, autorizzazioni e altri provvedimenti a contenuto abilitativo, soggiorno, espulsione e allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri e dei cittadini dell'Unione europea, o comunque di ogni altro procedimento a carattere preventivo in materia di pubblica sicurezza, e ai provvedimenti e alle comunicazioni ad essi connessi».

Dunque, la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, autorizza la sperimentazione, fissandone la durata, non superiore a un anno e prorogabile per una sola volta. Nella stessa autorizzazione vengono stabilite le modalità di svolgimento e imposte le prescrizioni ritenute necessarie per mitigare i rischi.

Una volta terminata la sperimentazione, le norme derogate per mezzo dell'autorizzazione descritta riacquistano operatività e l'impresa richiedente trasmette alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale e al Ministero dello sviluppo economico una documentata relazione con la quale si illustrano i risultati del monitoraggio e della sperimentazione, nonché i benefici economici e sociali conseguiti.

Il Dipartimento per la Trasformazione digitale, sulla base degli accertamenti svolti durante la sperimentazione e a conclusione della stessa, valuta la relazione finale e attesta l'eventuale esito positivo dell'iniziativa promossa dall'impresa richiedente.

A questo punto lo stesso Dipartimento esprime un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione.

In altri termini, il Dipartimento si rende promotore di una modifica legislativa nel senso della positiva sperimentazione effettuata in modo da stabilizzare, nell'ordinamento, le modifiche temporanee precedentemente autorizzate.

3. Profili problematici: una disciplina a rischio di incostituzionalità?

Descritta la disciplina, occorre passare all'esame dei profili critici che essa pone con riferimento alla forza derogatoria del provvedimento amministrativo alla legge.

In primo luogo, infatti, non può non destare qualche perplessità la possibilità, pur con i limiti descritti, per la Pubblica Amministrazione di procedere a derogare norme di rango primario su domanda e in modo assai discrezionale. Il procedimento in questione si pone, all'evidenza, in forte tensione rispetto al principio di legalità in senso sostanziale⁸ di cui all'art. 97 della Costituzione. Tale principio è, peraltro, stato ribadito e precisato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2011, la cui interpretazione ha trovato conferma in ulteriori arresti della medesima Corte⁹, in tema di poteri di ordinanza del sindaco. Per quanto qui

⁸ In argomento, v. L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss. Sulla lunga crisi del principio di legalità e del sistema "legicentrico", cfr., tra gli altri, P. TANDA, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, a cura di F.G. Scoca, Napoli, 2012, pp. 1147 ss.; circa le ragioni di tale crisi, v. M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del Convegno, Palermo (27-28 febbraio 2003)*, Torino, 2004, pp. 242 ss.

⁹ A tale proposito si vedano, da ultimo, le pronunce della Corte n. 101/2023 (Corte cost., 22 marzo 2023, n. 101, in www.cortecostituzionale.it) e n. 45/2019 (Corte cost., 6 febbraio 2019, n. 45, *ivi*) che fanno espresso riferimento alla citata sentenza n. 115/2011. In particolare, la sentenza n. 45/2019 ha ulteriormente precisato

interessa, sembra utile ricordare che la Consulta ha rimarcato che l'art. 97 Cost. istituisce una riserva di legge relativa allo scopo di assicurare l'imparzialità della Pubblica Amministrazione; tuttavia, sulla scorta di tale premessa, la Corte ha stabilito che «l'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente [...] che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge»¹⁰. Questo significa che il principio in discorso verrebbe leso se la legge si limitasse a prevedere, anziché i presupposti dell'agire amministrativo, una generica finalità.

Ciò considerato, sembra che vada maneggiato con estrema cautela il potere attribuito dalla norma in commento alla Pubblica Amministrazione relativo alla possibilità di derogare a norme di legge su domanda e in materie del tutto eterogenee. In proposito, infatti, valgono i già ricordati limiti minimi¹¹, definiti in negativo, costituiti dalle norme indicate ai commi 3 e 8 e riguardanti, tra l'altro, la tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici, le disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, i vincoli inderogabili derivanti dal diritto dell'Unione o da obblighi internazionali e l'ambito del cd. Fintech (interessato da una norma speciale).

Insomma, se è così, l'unico effettivo limite che incontra la Pubblica Amministrazione nell'autorizzare la deroga temporanea, oltre all'esclusione delle elencate materie, appare essere quello finalistico, in quanto l'iniziativa dev'essere «diretta a favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico».

È evidente come la Pubblica Amministrazione, stando al tenore letterale della norma, possa autorizzare la deroga a norme di rango primario con discrezionalità molto ampia e limitata solo dal generico riferimento al valore tecnologico della sperimentazione. Problematico è, peraltro, proprio il concetto di «alto valore tecnologico», in quanto tale riferimento, se non ulteriormente specificato, può apparire eccessivamente generico. Ben potrebbe darsi, infatti, che l'adozione di nuove tecnologie porti con sé questioni e valutazioni di natura etica o economica

che «più in generale, il riconoscimento di un potere “in bianco” nel comma 6-ter sarebbe in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità che caratterizza, qualifica e limita tutti i poteri amministrativi, principio che, com'è noto, ha fondamento costituzionale (artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.) e va letto non solo in senso formale, come necessità di una previsione espressa del potere, ma anche in senso sostanziale, come determinazione del suo ambito, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio (sentenze n. 115 del 2011, n. 32 del 2009, n. 307 del 2003 e n. 150 del 1982)».

¹⁰ Cfr. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, in www.cortecostituzionale.it, sulla quale v. M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n° 115*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011, pp. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1600 ss.; D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, *ivi*, 2011, pp. 1606 ss.

¹¹ V., *supra*, par. 2.

che non possono essere rimesse a un semplice provvedimento autorizzativo da parte della Pubblica Amministrazione, il quale, per giunta, consente di derogare a norme di legge.

Sembra, dunque, opportuno interpretare il riferimento dell'art. 36 D.L. n. 76/2020 allo sviluppo, diffusione e impiego delle tecnologie emergenti e alle iniziative ad alto valore tecnologico come limitato a quelle innovazioni la cui adozione, sul piano oggettivo, comporta una maggior efficienza e un miglioramento netto e lineare rispetto al passato, senza compromettere altri diritti che vengano in gioco.

In altri termini, non dovrebbe esistere alcuna ambiguità in ordine all'utilità sociale connessa all'introduzione delle innovazioni in questione. Infatti, i profili di rischio della sperimentazione di cui si discute sono da intendersi come connessi alla funzionalità pratica della messa in campo della nuova tecnologia e non ai prevedibili esiti finali i quali dovrebbero essere, invece, certamente (o, perlomeno, in modo altamente probabile) migliorativi.

Occorrerebbe, in ultima analisi, interpretare in modo costituzionalmente orientato la previsione in questione nel senso di autorizzare solo le sperimentazioni la cui introduzione, secondo un criterio prognostico, non diano luogo alla compromissione di altri diritti coinvolti e comportino, perciò, un sicuro (o altamente probabile) miglioramento delle condizioni esistenti. Solo in questo modo pare che si possa salvare la previsione da una, altrimenti probabile, declaratoria di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 97 Costituzione. In difetto, il provvedimento amministrativo di deroga invaderebbe inevitabilmente la discrezionalità del legislatore nella determinazione, *ex ante*, dei limiti all'azione amministrativa. In questo senso, se la Pubblica Amministrazione potesse autorizzare la deroga temporanea della legge anche per tecnologie, in realtà vietate per l'effetto di barriere normative, e, per di più, dai benefici ambigui (seppur innovative), si finirebbe con lo scavalcare il legislatore, il quale verrebbe anticipato nell'operare le proprie scelte di regolazione del mercato di riferimento.

Ulteriori profili problematici emergono, poi, con riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione¹². Si badi, problemi di disparità di trattamento non emergono tanto a monte della procedura, giacché tutte le imprese sono di fatto messe nelle stesse condizioni di accedere allo strumento, quanto a valle e, cioè, tra l'impresa che è autorizzata a operare in regime di *regulatory sandbox* e le altre. Da quest'ultimo angolo visuale, il pericolo di

¹² Sul punto, cfr., per tutti, A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Roma, 1975, pp. 123 ss.; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2005; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; G. GUGLIA, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, in www.gruppodipisa.it; A. MOSCARINI, *Principio costituzionale d'eguaglianza e diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di P. Ridola, R. Nania, I, Torino, 2001; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 605 ss.; ID, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965; S. PANIZZA, E. STRADELLA, *Il concetto di eguaglianza come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in *Quaderni sul principio di eguaglianza*, a cura di A. Di Capua, Padova, 2005.

lesione del principio *de quo* sembra emergere in tutta la sua evidenza se solo si pensa allo squilibrio che si viene a creare tra l'assetto normativo dell'impresa autorizzata e quello delle restanti imprese che rimangono vincolate a tutte le norme previste dall'ordinamento. Tale aspetto sembra rappresentare uno dei punti più critici nell'applicazione della norma e può creare forti distorsioni anche in relazione alla tutela della concorrenza¹³. Il procedimento in questione finisce, infatti, per creare quasi un ordinamento separato per l'impresa richiedente la quale può sperimentare la nuova tecnologia senza sottostare ai vincoli normativi che la limiterebbero.

È chiaro, dunque, che, anche in questo caso, occorre effettuare una lettura restrittiva della norma e si deve ritenere che la sperimentazione non possa assumere grandezze dimensionali tali da alterare il gioco della concorrenza. In altre parole, la sperimentazione può avvenire solo per singoli casi e senza avere carattere direttamente commerciale. L'impresa non può, così, impiegare la nuova tecnologia direttamente "a mercato", ma deve limitarsi a una fase di *test* (in linea, del resto, con la citata definizione di *regulatory sandbox* la quale «enable where appropriate in a real-world environment the testing of innovative technologies»¹⁴), al fine di non avvantaggiarsi di un assetto normativo differente rispetto ai concorrenti. Tale precisazione dovrebbe, pertanto, costituire il presupposto indispensabile allo scopo di ottenere il provvedimento di autorizzazione e potrebbe ben essere incluso nelle prescrizioni proposte per la mitigazione dei rischi.

Insomma, sembra che, qualora si prediligessero le letture qui proposte, i principi costituzionali confliggenti verrebbero adeguatamente bilanciati. Da un lato, si troverebbero il principio di uguaglianza e quello di legalità sostanziale sulla scia dell'interpretazione dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2021, la quale impone che la legge determini, come si è visto, limiti all'azione amministrativa «che non siano genericamente finalistici». Dall'altro lato, si collocherebbe la promozione della ricerca scientifica di cui all'art. 9 Cost.¹⁵, a monte dell'innovativa disciplina.

¹³ Com'è noto, l'espresso riferimento alla tutela della concorrenza è contenuto, a seguito della riforma costituzionale del 2001, nell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Per una rassegna delle pronunce della Corte costituzionale rilevanti in tema, v. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2014, pp. 503 ss., nonché *Quaderno del servizio studi della Corte Costituzionale, "la concorrenza"*, a cura di L. Delli Priscoli, 2015, consultabile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Laconcorrenza.pdf. Sul rapporto con il diritto dell'Unione europea, v. F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2020, n. 1, p. 19. Sul fondamento costituzionale della tutela della concorrenza, cfr., di recente, M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, pp. 315 ss.; G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, *ivi*, 2019, n. 3, pp. 597 ss.

¹⁴ Cfr. Commissione Europea, *TOOL #21, Research & Innovation, Better Regulation Toolbox*.

¹⁵ Sulla recente modifica di tale articolo, cfr. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, n. 2, p. 20.

Dunque, per tirare le fila, occorre, da una parte, precisare che le iniziative ad alto valore tecnologico devono intendersi come idonee a produrre con elevata probabilità, secondo una valutazione *ex ante*, oggettivi miglioramenti di tipo economico-sociale. Dall'altra parte, è opportuno evidenziare che la norma in questione non può alterare la dinamica concorrenziale nel senso di creare ordinamenti, pur temporaneamente, differenti per via amministrativa a seconda delle autorizzazioni di deroga ottenute. La mancata immediata commercializzazione della tecnologia sperimentata, peraltro, non sarebbe un disincentivo per l'investimento dal momento che l'impresa otterrebbe comunque il vantaggio da *first mover* nel settore in cui la tecnologia si comincia a sviluppare¹⁶. Tale ingresso nel mercato come prima impresa può, infatti, comportare il consolidamento di un vantaggio, in termini di quote di mercato, anche sul lungo periodo. Ecco, dunque, che anche la sperimentazione senza immediata commercializzazione potrebbe risultare sufficientemente appetibile, in termini di dati derivanti da *test* applicativi e implementazione sul campo della nuova tecnologia.

Più in generale, occorre altresì notare che la disposizione in esame sembra segnalare la volontà di operare un deciso cambio di passo volto a favorire la capacità di innovarsi dell'ordinamento di fronte a fenomeni innovativi che evolvono in tempi incompatibili rispetto a possibili riforme legislative. D'altra parte, la norma segnala anche la necessità di rimuovere le cd. barriere normative che frenano l'innovazione la cui precoce incentivazione appare sempre più decisiva all'interno di un mercato largamente globalizzato. In questo senso, occorre perciò incoraggiare le innovazioni cd. *disruptive* che comportano, cioè, cambiamenti talmente radicali da aprire nuovi mercati e rendere obsoleta la tecnologia precedente oltre che, tendenzialmente, le competenze a essa connesse (a differenza delle tecnologie cd. incrementali, di semplice miglioramento del prodotto)¹⁷.

Il procedimento in questione, in ogni caso, è sempre a termine e si conclude, se la sperimentazione è positiva, con un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione. In altri termini, non è il legislatore a guidare e regolare lo sviluppo delle tecnologie emergenti, ma sono le imprese,

¹⁶ Per una approfondita analisi sui vantaggi dell'impresa *first mover* e i possibili fenomeni di *free ride* dell'impresa *second mover* si veda, tra gli altri, uno studio recente di T. BAUCKLOH, S. SCHALTEGGER, S. UTZ E ALTRI, *Active First Movers vs. Late Free-Riders? An Empirical Analysis of UN PRI Signatories' Commitment*, in *J Bus Ethics*, 2023, pp. 747 ss. Inoltre, più studi sottolineano la correlazione tra ordine cronologico di ingresso in un mercato ed effetti perduranti in termini di quota di mercato detenuta: v., per tutti, W. T. ROBINSON, G. KALYANARAM, G. L. URBAN, *First-Mover Advantages from Pioneering New Markets: A Survey of Empirical Evidence*, in *Review of Industrial Organization*, 1994, n. 9, p. 1. Per un'impostazione più dubitativa circa l'automatismo del fenomeno, cfr. F. SUAREZ G. LANZOLLA, *The Half-Truth of First Mover Advantage*, in *Harvard Business Review*, aprile 2005, pp. 121 ss.

¹⁷ Per tale fondamentale distinzione si veda C. M. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Harvard Business School Press, 1997, *passim*.

depositarie della conoscenza tecnica ed economica di tali innovazioni, che, “dal basso”, segnalano gli impedimenti normativi all’Amministrazione. Il passaggio finale comporta, poi, che la Pubblica Amministrazione si faccia promotrice di modifiche normative fondate sulla necessità, per le imprese che intendano proseguire con l’innovazione sperimentata, di liberarsi da vincoli troppo stringenti e non più in linea con le proprie prospettive di sviluppo.

Si superano, dunque, le cd. barriere normative facendo riferimento a un approccio di regolazione del tutto inedito che fa parte di quegli strumenti di *better regulation* verso i quali le istituzioni europee hanno dimostrato un sempre maggior interesse, tanto da aver predisposto quello che è stato definito come un vero e proprio “armamentario” di tecniche e approcci regolatori diversi¹⁸. Si può ritenere che il ruolo del legislatore venga comunque garantito in quanto ogni deroga dev’essere temporanea e l’intero procedimento, in fondo, si connota per essere finalizzato ad acquisire le informazioni tecniche necessarie, che prima della sperimentazione possono non essere chiare perfino all’impresa richiedente, per proporre, in caso di esito positivo, una modifica legislativa.

A ogni modo, tale approdo sembra costituire una novità di non poco conto dal momento che sembra rovesciare specularmente i principi interni in tema di azione amministrativa. Vi è, cioè, un fatto tecnologico che fonda la richiesta di un atto derogativo di norme il quale, a sua volta, è presupposto, prima di tutto sperimentale e conoscitivo, di una successiva modifica legislativa.

Per concludere, pare si possa dire che andranno indagati, con il tempo, gli effettivi risultati conseguiti dalle sperimentazioni autorizzate, anche in termini di innovazione dell’ordinamento. Lo strumento in questione appare senza dubbio come un’occasione di rilevante impatto, anche nel caso in cui le modifiche normative risultassero contenute. Infatti, non bisogna sottovalutare l’importanza, anche in negativo, dei dati raccolti, pur se fallimentari, in un ambiente di *test* reale piuttosto che in una semplice simulazione virtuale.

Si può, pertanto, fare riferimento alla *regulatory sandbox* tenendo a mente la metafora, ben riuscita, che questa definizione racchiude, ossia quella dello spazio di sabbia (*sandbox*) nel quale i bambini giocano in modo sicuro costruendo e distruggendo i propri lavori senza rischi.

4. Le sperimentazioni autorizzate

Passando dal piano teorico alle effettive applicazioni della norma in discussione occorre evidenziare che i provvedimenti autorizzativi non sono stati pubblicati. Tale prassi appare lecita a seguito dell’intervento dell’art. 22 d.lgs. n. 97/2016 che ha abrogato alcune disposizioni

¹⁸ In questi termini, G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti*, cit., p.89.

dell'art. 23 d.lgs. n. 33/2013, escludendo dall'obbligo di pubblicazione, tra l'altro, i provvedimenti di autorizzazione o concessione.

Tuttavia, sembra di poter criticare tale orientamento dell'Amministrazione dal momento che sarebbe auspicabile la massima trasparenza possibile e andrebbe assicurata la più ampia conoscenza dei provvedimenti in questione al fine di non creare possibili zone di opacità circa l'ampiezza dell'autorizzazione ottenuta ed assicurare un controllo diffuso per quanto riguarda la parità di trattamento fra i soggetti richiedenti. Inoltre, vale la pena notare che risulta così impossibile per il concorrente, in qualità di terzo controinteressato, conoscere il provvedimento e ricorrere tempestivamente. La mancata conoscenza dell'ampiezza del provvedimento, poi, potrebbe facilmente portare a rendere impossibile la richiesta, per altri operatori economici, di deroghe simili o identiche, dal momento che, con ogni probabilità, ciascuna impresa chiederebbe la temporanea rimozione di norme, perlomeno parzialmente, diverse, finendo con il frammentare la regolazione del mercato.

Risultano presenti, tuttavia, alcuni comunicati stampa relativi ai provvedimenti approvati ed è reperibile *online*, sul sito di un'impresa richiedente, un provvedimento di autorizzazione¹⁹.

Partendo dai comunicati stampa si può già intuire come l'attenzione si sia concentrata, nelle prime ipotesi applicative, sulle norme impeditive contenute nel codice della strada, dal momento che è stata autorizzata a operare, nel Comune di Milano, in fase di *test*, una flotta di *robot* fattorini (dell'azienda Yape)²⁰. Già da una lettura del comunicato, necessariamente lacunoso, si può, tuttavia, scorgere l'applicazione di numerose limitazioni in linea con quelle auspiccate nel presente contributo.

Infatti, da un lato, il *robot* è «dotato di un sistema di regolazione della velocità che non supererà i 6 chilometri all'ora» e, dall'altro lato, il «Comune di Milano ha scelto come base per la sperimentazione l'area di Cascina Merlata»²¹.

Pare, dunque, che siano presenti limitazioni, anche spaziali, tali da ridurre di molto il rischio di violazione in concreto delle norme del codice della strada che vengono derogate. Inoltre, va notato che tale servizio non sembra svilupparsi “a mercato”, ossia non assume le vesti di un'iniziativa commerciale su larga scala e, dunque, non appare lesivo della concorrenza rispetto alle imprese del settore.

¹⁹ Il provvedimento è infatti reso interamente disponibile al link <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>.

²⁰ Come si può apprendere leggendo il comunicato stampa sul sito ufficiale del Dipartimento al link <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/al-via-la-sperimentazione-di-yape-il-primo-robot-fattorino-per-le-consegne-a-guida-autonoma/>.

²¹ Per questa e la precedente citazione, v., ancora, <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/al-via-la-sperimentazione-di-yape-il-primo-robot-fattorino-per-le-consegne-a-guida-autonoma/>.

Un ulteriore provvedimento è quello relativo alla sperimentazione di una flotta di navette a guida autonoma su strada nel Comune di Torino ottenuta dal Gruppo Torinese Trasporti (GTT) nell'ambito del progetto SHOW, finanziato dal programma europeo Horizon2020²².

Anche in questo caso, i limiti introdotti sono stati tali da precludere una sperimentazione indiscriminata. Infatti, essa è stata suddivisa in due fasi: una prima fase di *test* senza passeggeri (chiamata “pre-demo”) e una seconda fase in cui sono ammessi utenti, ma solo su due navette a guida autonoma, lungo un percorso di circa 5 km in una zona geograficamente ben delimitata.

Le sperimentazioni fin qui descritte sembrano aver riguardato, essenzialmente, norme del codice della strada. Risulta, così, certamente interessante analizzare l'unico provvedimento interamente pubblicato, per quanto dall'impresa richiedente, di cui si è già accennato.

In particolare, il provvedimento in questione, datato 22 gennaio 2021, autorizzava la società eVolo Web S.r.l. a sperimentare «la convocazione delle assemblee condominiali attraverso un'app che consente anche di partecipare alle stesse da remoto e alla quale si accede esclusivamente tramite SPID, garantendo così l'identità dei partecipanti alle assemblee, la certezza del recapito delle comunicazioni digitali e la sicurezza nella gestione dei dati personali»²³. Veniva, dunque, in rilievo la «deroga temporanea all'articolo 66, comma 3, del regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, recante le disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie»²⁴.

La piattaforma “Bein” gestita dall'impresa consentiva, pertanto, la convocazione dei condomini, contrariamente a quanto previsto dalla norma, per mezzo della relativa *app*. Appare interessante il dispositivo del provvedimento il quale stabilisce che, al fine di mitigare i rischi, «l'attività oggetto della sperimentazione autorizzata non può essere commercializzata durante il periodo di sperimentazione»²⁵. Tale inciso è, senza dubbio, di grande importanza poiché indica che l'Amministrazione si è effettivamente orientata verso un'interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata della norma al fine di non alterare il corretto gioco concorrenziale.

Pare significativo, inoltre, come l'Amministrazione si mostri attenta a non tradire, in ogni caso, la *ratio* della norma derogata prevedendo, tra l'altro, che «la piattaforma consentirà altresì la corrispondenza postale anche agli utenti che, pur avendo scaricato l'*app*, non leggono la notifica entro un numero definito di giorni successivi all'invio della stessa»²⁶. La convocazione relativa all'assemblea condominiale via *app* si configura, dunque, come modalità non esclusiva e salvo visione della notifica. In altri termini, la modalità di convocazione telematica risulta

²² Anche questo comunicato è riportato sul sito ufficiale del Dipartimento al link <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/innovazione-via-libera-alla-sperimentazione-di-navette-a-guida-autonoma-su-strada/>.

²³ V. <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>.

²⁴ Cfr. <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>.

²⁵ V. <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>.

²⁶ V. <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>.

ammissibile solo laddove vi sia la prova, da un lato, dell'identità del condomino (garantita dall'accesso tramite SPID) e, dall'altro lato, della visualizzazione della notifica inoltrata.

Si può, dunque, apprezzare il rispetto della *ratio* della disposizione, finalizzata a portare a conoscenza, con gli strumenti all'epoca più idonei a tale scopo, la convocazione dell'assemblea.

5. Considerazioni conclusive.

Non resta che tentare di svolgere alcune considerazioni conclusive sulla *regulatory sandbox* italiana racchiusa nell'art. 36 D.L. n. 76/2020.

Si è notato come tale strumento di regolazione appaia innovativo tanto quanto le tecnologie emergenti che si propone di favorire. Si tratta, infatti, di un modello del tutto inedito di deroga per via amministrativa a norme di rango primario il quale comporta un rovesciamento dello schema tradizionale dell'attività amministrativa e pone dubbi di compatibilità costituzionale. Tuttavia, un'interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata della norma pare possa consentire di ritenere tale modello conforme alla Costituzione. Una simile interpretazione risulta, oltretutto, rafforzata dall'indubbio riconoscimento che il metodo della *regulatory sandbox* ha ottenuto sul piano internazionale vista la sempre più rapida adozione di tale strumento a livello globale.

Sembra, così, che l'andamento "a strappi" delle innovazioni tecnologiche giustifichi il ruolo delle imprese e della Pubblica Amministrazione come promotrici di modifiche legislative che, per essere correttamente individuate dagli stessi soggetti coinvolti, devono essere prima sperimentate in uno spazio sicuro e vigilato.

In caso contrario, invece, si priverebbe l'ordinamento di uno strumento giuridico, come quello della *regulatory sandbox*, che costituisce un approccio moderno alla regolazione di fenomeni tecnologici emergenti con il rischio, per le imprese operanti nei mercati più dinamici, di perdere vantaggi potenzialmente enormi in termini di tempestività nell'implementazione di nuovi prodotti o servizi.

In una prospettiva *de iure condendo*, inoltre, andrebbe probabilmente potenziato il rapporto tra la positiva conclusione della sperimentazione e il parere che il Dipartimento esprime – secondo la previsione di cui all'art. 36, comma 5, D.L. n. 76/2020 – al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione.

Infatti, tale passaggio rappresenta il punto centrale dell'istituto in quanto la sperimentazione costituisce l'elemento conoscitivo indispensabile per modificare la normativa che funge da barriera all'innovazione. Sarebbe, pertanto, auspicabile che il parere in questione non si limitasse a una mera ricognizione degli elementi positivi apportati dall'innovazione, ma

contenesse anche la bozza di modifica legislativa in grado di superare l'ostacolo normativo riscontrato.

queste istituzioni

«*I principi generali*»
del d.lgs. n. 36/2023

Giuliano Gruner

Numero 3/2023
30 settembre 2023

«I principi generali» del d.lgs. n. 36/2023[#]

di Giuliano Gruner^{*}

Sommario

1. Numeri.– 2. L'art. 3, l'art. 5, commi 1, 2 e 3, l'art.6, l'art. 7, l'art. 8, l'art. 10 e l'art. 12.– 3. L'art. 5, comma 4.– 4. L'art. 9 e l'art. 11.– 5. L'art. 1, l'art. 2 e l'art. 4.– 6. Segue: in particolare, l'art. 1 – 7.Segue: in particolare, l'art. 2.

Sintesi

Il contributo offre una sintetica analisi dei principi generali del decreto legislativo n. 36/2023 (articoli da 1 a 12).

Abstract

The report aims to offer a synthetic analysis of the general principles of the legislative decree n. 36/2023 (articles from 1 to 12).

Parole chiave

Qualità della legislazione; principi fondamentali; contratti pubblici; azione amministrativa.

Keywords

Quality of legislation; fundamental principles; public contracts; principles of administrative action.

1. Numeri.

I “principi”, denominati come talidagli articoli da 1 a 12 (escluse le relative rubriche) del d.lgs. n. 36/2023 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, sono 24. Ma non sembrerebbe potersi escludere che essi siano 26, qualora dovessero considerarsi “principi” anche il «*Criterio interpretativo e applicativo*» (art. 4) e il «*Rinvio esterno*» (art. 12). Questi 12 articoli, nel loro complesso, constano di circa 2.185 parole.

I «*Principi fondamentali*» della Costituzione sono contenuti nei suoi articoli da 1 a 12: essi constano di circa 533 parole.

[#] Il contributo riprende i contenuti della relazione tenuta in occasione de *Il nuovo codice degli appalti. Giornata di studi*, svoltasi in data 11 maggio 2023 presso la sede di Roma dell’Università Telematica Pegaso, Palazzo Balestra, Piazza Santi Apostoli n. 49, reperibile, per intero, al sito web <https://www.youtube.com/watch?v=EMFenyv2qZA>.

^{*} Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell’*Universitas Mercatorum*.

Sembrirebbe potersi porre l'interrogativo se questa scelta del d.lgs. n. 36/2023 si riveli capace di realizzare la «*massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto*», come è scritto nel suo art. 1, comma 2.

2. L'art. 3, l'art. 5, commi 1, 2 e 3, l'art.6, l'art. 7, l'art. 8, l'art. 10 e l'art. 12.

«*I principi generali*» sembrerebbero potersi risolvere, in buona parte, nella riaffermazione di “principi” già affermati. Così quelli:

- dell'art. 3, «*accesso al mercato*»;

- dell'art. 5, «*buona fede e tutela dell'affidamento*», limitatamente ai commi 1, 2 e 3 (rispetto a quest'ultimo comma sembrerebbe poter risultare di non immediata comprensibilità chi sia l'autore del «*comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico*» e cosa esattamente significhi la parola «*interferenza*»); sul comma 4, invece, cfr. il paragrafo successivo;

- dell'art. 6, «*solidarietà*» e «*sussidiarietà orizzontale*»;

- dell'art. 7, «*auto-organizzazione amministrativa*»; peraltro, i dieci oneri istruttori e motivazionali per il ricorso alla “autoproduzione”, previsti dal comma 2, sembrerebbero – sì – compatibili con l'ordinamento euro-unitario, ma – almeno in linea di “principio” – neppure da quest'ultimo imposti (lo stesso sembrerebbe valere per il comma 3, che, in punto di «*affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale*», rinvia alla più o meno analoga disciplina prevista dall'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022);

- dell'art. 8, «*autonomia contrattuale*»; peraltro, l'*incipit* del comma 1, «*Nel perseguire le proprie finalità istituzionali*», sembrerebbe poter confermare che le “pubbliche amministrazioni” [pur limitando questo sintagma alle sole figure soggettive contemplate dall'art. 1, comma 1, lett. c) e d), dell'Allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023] sarebbero dotate di capacità giuridica e di capacità di agire *iure privatorum*, ma non di autonomia privata, perché non possono perseguire, neanche mediante strumenti di diritto privato, «*finalità*» diverse rispetto a quelle «*proprie [...] istituzionali*», le quali ultime vengono attribuite loro (almeno di norma) da norme di diritto pubblico (imperative); sembrerebbe poter rimanere ancora incerto, fatte salve singole fattispecie tipizzate, il regime di invalidità (nullità, annullabilità, inefficacia, ecc.) degli “atti” di diritto privato delle “pubbliche amministrazioni”(ad esempio, costituzione di o assunzione di partecipazioni in società, ecc.) che non «*persegua[no] le proprie finalità istituzionali*»;

- dell'art. 10, «*tassatività delle cause di esclusione*» e «*massima partecipazione*»;

- dell'art. 12, «*Rinvio esterno*».

3. L'art. 5, comma 4.

A fronte dell'art. 5, comma 4, sembrerebbero potersi porre due interrogativi.

Il primo concerne la identificazione del «*terzo pretermesso*»: se si tratti del solo operatore economico che avrebbe avuto “diritto” all'aggiudicazione o anche di altri soggetti (ad esempio, l'operatore economico escluso dalla procedura, che, pur non avendo “diritto” alla aggiudicazione, ne abbia ottenuto l'annullamento per un suo interesse meramente “strumentale”).

Il secondo interrogativo concerne l'esistenza e, ove esistente, l'identificazione del soggetto – diverso dall'«*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*» – nei confronti del quale le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, che siano stati «*condannati al risarcimento del danno nei confronti del terzo pretermesso*», possano promuovere la «*azione di rivalsa*»: è rispetto a quest'ultima azione, infatti, che sembrerebbe sussistere la «*concorrente responsabilità*» dello stesso «*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*».

Qualora il soggetto in questione dovesse non esistere, nel senso di una sua “coincidenza” con l'«*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*» (ciò sembrerebbe potersi desumere dal nuovo comma 1 dell'art. 124 c.p.a.), la parola «*concorrente*», riferita alla parola «*responsabilità*», nel contesto di una «*azione*» denominata «*di rivalsa*», sembrerebbe poter apparire non appropriata.

Qualora, al contrario, il soggetto in questione dovesse esistere, sembrerebbe non potersi escludere una sua identificazione nei funzionari o nei dipendenti pubblici responsabili del danno – che potrebbe essere o quello erariale indiretto, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 20/1994, oppure quello civile, ai sensi dell'art. 28, secondo periodo, Cost. e a fronte dell'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione (come “giudice della giurisdizione”) in tema di così detto “doppio binario civile e contabile” – scaturente dal «*risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso*»: risarcimento, quest'ultimo, al quale «*[la] stazione appaltante o [...] l'ente concedente [siano stati] condannati*».

In una tale prospettiva, non sembrerebbe potersi escludere che tre giurisdizioni, quella civile, quella contabile e (ora) anche quella amministrativa (ai sensi del nuovo comma 1 dell'art. 124 c.p.a.), potrebbero astrattamente conoscere – sia pur dai loro diversi “punti di vista” e a prescindere dai soggetti sottoposti ai loro rispettivi giudizi – delle stesse fattispecie materiali (ferme le altre forme di responsabilità dei funzionari o dei dipendenti pubblici per le medesime fattispecie materiali: penale, disciplinare, ecc.).

4. L'art. 9 e l'art. 11.

L'art. 9, «*conservazione dell'equilibrio contrattuale*», che rinvia alle «*disposizioni di cui agli articoli 60 e 120*», e l'art. 11, «*applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti*», che consta, all'incirca, di 446 parole, sembrerebbero poter contenere non soltanto “principi”, ma anche, se non soprattutto, discipline specifiche e di dettaglio.

Qualora ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se vi fosse stata ragione per inserire queste discipline specifiche e di dettaglio ne «*I principi generali*».

5. L'art. 1, l'art. 2 e l'art. 4.

L'art. 1, «*Principio del risultato*», e l'art. 2, «*Principio della fiducia*», in una con il già menzionato art. 3, «*Principio dell'accesso al mercato*», sono contemplati dall'art. 4, «*Criterio interpretativo e applicativo*», nei seguenti termini: «*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*».

Il tenore testuale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 1, e dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 2, sembrerebbe poter essere percepito, con riferimento, rispettivamente, ai commi 1 e 2 dei medesimi articoli, come “didascalico”, nel significato di «*Che ha lo scopo di insegnare, che mira a presentare fatti, dottrine, nella forma più adatta a farle apprendere; proprio di persona o di opera che si propone un fine istruttivo (lo stile, il procedimento espositivo, i vari sussidi a cui ricorre)*».

Sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se gli artt. 1 e 2, nei loro commi 2, 3 e 4, contengano “principi” oppure qualcosa di altro e di diverso (ad esempio: “spiegazioni”).

6. Segue: in particolare, l'art. 1.

A fronte di quanto è scritto:

- nel comma 1, dalla prima parola e sino alla prima virgola che in esso compaiono, segnatamente «*la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*»;
- nel comma 4, segnatamente «*criterio prioritario*»;
- nel comma 1, immediatamente dopo la prima virgola che in esso compare, segnatamente «*nel rispetto de[1] principi[o] di legalità*»;

sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il «*Principio del risultato*» intenda significare che, nell'esercizio del potere discrezionale (anche “tecnico”, sembrerebbe) e nell'applicazione della regola al caso concreto, ma a fronte di alternative tutte quante legittime e lecite («*principi[o] di legalità*»), le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano preferire quella che, rispetto alle altre, garantisca la migliore tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

Qualora ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il «*Principio del risultato*» si risolve nei paradigmi – sia pur non “spiegati”, sino ad oggi, da un legislatore – del legittimo e, al tempo stesso, opportuno esercizio della discrezionalità amministrativa (anche “tecnica”) e del merito amministrativo (anche “tecnico”), ferma la diversità giuridico-concettuale tra legittimità amministrativa e merito amministrativo (anche “tecnici”), nonché della corretta interpretazione delle regole.

Nella *Relazione*, sul punto, è scritto quanto segue: «*Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività*».

A fronte dell'avversativa «*ma*», seguita dal sintagma «*legalità [...] da sol[a] non basta[...]*», seguito, a sua volta, dal sintagma «*l'obiettivo rimane la realizzazione*», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il passaggio della *Relazione*, testé riportato, intenda restituire questa sorta di «*Detto e non detto*»: il «*risultato*», cioè la «*realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività*», vale a dire il merito amministrativo (anche “tecnico”), dovrebbe essere assunto come «*criterio prioritario*» alla stregua del quale sindacare la (il)legittimità o la (il)liceità dell'«*esercizio del potere discrezionale*» (anche “tecnico”), nonché la «*individuazione della regola al caso concreto*», in tutte le competenti sedi giurisdizionali (non soltanto quella amministrativa).

Qualora a tale interrogativo dovesse fornirsi risposta affermativa, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il comma 3 risulti conforme al principio di separazione dei poteri dello Stato e all'art. 101, comma 2, Cost.

A fronte di quanto è scritto nel comma 2, primo periodo, che sembrerebbe “spiegare” che «*La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile [...]*», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se esso sia coerente con l'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate senza bando, introdotto dall'art. 50, comma 1.

Una risposta in senso affermativo sembrerebbe potersi fornire invocando, per i contratti di importo inferiore alle soglie euro-unitarie, la necessità o la opportunità di un ragionevole e proporzionato bilanciamento, effettuato dallo stesso art. 50, comma 1, della «*concorrenza*» con «*la massima semplicità e la massima celerità*».

Ad una tale risposta affermativa sembrerebbe potersi replicare che il comma 2, secondo periodo, sembrerebbe “spiegare” che è la «*trasparenza*», non la «*concorrenza*», ad essere «*funzionale alla massima semplicità e celerità*».

7. Segue: in particolare, l'art. 2.

A fronte di quanto scritto nel comma 2, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il d.lgs. n. 36/2023 abbia voluto lanciare questa sorta di "invito" ai funzionari e ai dipendenti pubblici: *«Dovete presumere di aver fiducia negli operatori economici, ed è sulla base di questa presunzione che dovete esercitare il potere amministrativo, con una maggiore iniziativa e autonomia decisionale, perché dovete raggiungere il risultato»*. Sembrerebbe potersi trattare di qualcosa di più della (imposizione di una) presunzione di mera buona fede, perché quest'ultima è prevista dall'art. 5.

Se ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se i funzionari e i dipendenti pubblici, in prima istanza, e poi – eventualmente – i diversi ordini giurisdizionali (non soltanto il giudice amministrativo), interpreteranno ed applicheranno, in maniera più o meno "rigorosa", tra le altre, le seguenti locuzioni contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023:

- *«percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza»*, di cui al comma 2 dell'art. 16, nell'ambito della disciplina del conflitto di interessi, che richiama il *«principio della fiducia»* laddove impone, a chi contesti il presunto conflitto, di fornirne una prova che deve fondarsi sulla base di presupposti specifici e documentati, i quali, a loro volta, devono riferirsi a *«interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro»*;

- *«in base a elementi specifici»* e *«se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti»*, di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'art. 110, in materia di (decisione di) avvio del *sub*-procedimento di valutazione delle offerte anormalmente basse e di eventuale esclusione di queste ultime ove rivelatesi tali;

- *«in ragione dell'esigenza [...] di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali»*, di cui all'art. 119, comma 2, in tema di individuazione, da parte delle stazioni appaltanti, delle prestazioni o delle lavorazioni escluse dal subappalto: comma 2 che prevede questa disciplina richiamando, ancora, il *«rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»*, e, quindi, anche *«del risultato»* e *«della fiducia»*.

A fronte di quanto scritto nel comma 3, segnatamente le sue locuzioni *«indirizzi giurisprudenziali prevalenti»* e *«pareri delle competenti autorità»*, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se questa stesse locuzioni siano capaci di "rassicurare" i funzionari e i dipendenti pubblici dalla così detta "paura della firma", e ad agevolare la Corte dei conti, fermo quanto già previsto dall'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020, nella ricostruzione dell'*ubi consistam* dell'istituto giuridico devoluto alla sua esclusiva giurisdizione (a questo riguardo, sembrerebbe che il comma 3 non riverberi effetti sull'art. 21, comma 2: il primo, infatti, sembrerebbe limitarsi a positivizzare alcune fattispecie di esclusione della colpa grave, mentre il secondo sembrerebbe

limitarsi a escludere la responsabilità amministrativa in ragione della tipologia di condotta – attiva o omissiva – che ha cagionato il danno erariale).

A fronte di quanto scritto nel comma 4, segnatamente la locuzione «azioni per la copertura assicurativa dei rischi del personale», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se questa stessa locuzione non abbia introdotto una deroga implicita, valevole soltanto per la materia dei contratti pubblici, al divieto previsto dall'art. 3, comma 59, della l. n. 244/2007.

queste istituzioni

Le misure alternative alla detenzione.
Un'innovativa applicazione pratica:
il progetto *Una scuola come casa*

Andrea Tonello

Numero 3/2023
30 settembre 2023

Le misure alternative alla detenzione. Un'innovativa applicazione pratica: il progetto *Una scuola come casa*

di Andrea Tonello*

Sommario

1. Le misure alternative alla detenzione. – 1.1. Storia dell'evoluzione penale. – 1.2. Il trattamento penitenziario nell'ottica del reinserimento nella società. – 1.3. Storia ed analisi delle misure alternative alla detenzione. – 1.4. La detenzione domiciliare. – 1.5. Le pene sostitutive alle pene detentive brevi. – 2. Il Progetto “Una scuola come casa”. – 3. Riflessioni finali.

Sintesi

La massima espressione dei principi di umanità e finalità rieducativa della pena si realizza nell'esecuzione della condanna in forma alternativa alla detenzione. Le misure alternative alla detenzione sono disciplinate, anzitutto, nel Capo VI del Titolo I della Legge 26/7/75 n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario, O.P.). Il fondamento ideologico alla base di tali istituti risente di una evoluzione storica incentrata sulla progressiva esaltazione del valore della persona umana e dei valori di civiltà giuridica correlati ai principi di proporzione tra reato e sanzione, mitigazione, umanizzazione e rieducazione della pena, che hanno trovato collocazione – nell'ordinamento italiano – a livello costituzionale (art. 27).

Riassumendo il concetto in maniera più pragmatica, scontare la pena fuori dal carcere sembra favorire il recupero e il reinserimento del condannato peraltro consentendo un notevole risparmio per gli investimenti dello Stato in ambito penitenziario ed evitando così il sovraffollamento degli Istituti di pena.

Ma, nonostante la creazione delle misure alternative, i numeri della popolazione detenuta sono rimasti alti, perché la loro fruizione in generale ha coinvolto e coinvolge tuttora persone con pene che difficilmente si sarebbero scontate in carcere. Pertanto, se si confrontano i numeri, la crescita delle possibilità di fruizione delle misure alternative non ha avuto specularmente una diminuzione della popolazione carceraria. Inoltre, la recente emergenza pandemica, legata alla diffusione del coronavirus “Covid 19”, ha avuto drammatiche ripercussioni anche negli Istituti Penitenziari che hanno dovuto affrontare abnormi problematiche gestionali della popolazione detenuta sia dal punto di vista sanitario, sia per quanto riguarda gli aspetti contenitivo-comportamentali.

Le misure adottate per contrastare tali problematiche hanno contribuito ad attenuare solo in parte la preoccupante situazione all'interno delle carceri. Nello specifico, è emerso che un buon numero di detenuti, potenzialmente soggetti ammissibili alla misura alternativa della

* Primo Dirigente di Polizia Penitenziaria, Comandante della Scuola di Formazione dell'Amministrazione Penitenziaria “Andrea Schivo” – Cairo Montenotte. Lo scritto è stato sottoposto a referee redazionale.

“detenzione domiciliare”, per comportamento e termini giuridici, non ha potuto beneficiare della misura in quanto privo del requisito.

Si è, pertanto, ipotizzato, presso la Scuola di Formazione dell’Amministrazione Penitenziaria “Andrea Schivo” di Cairo Montenotte (in provincia di Savona¹), vista la necessità di dover appaltare i lavori di manutenzione e pulizia della struttura e considerata la disponibilità alloggiativa, di offrire ai soggetti sopra citati non solo un idoneo domicilio, ma anche la concreta possibilità di svolgere attività lavorativa, rendendo il progetto non un mero atto di accoglienza, ma un vero e proprio strumento di inclusione sociale.

Abstract

The maximum expression of the principles of humanity and the re-educational purpose of the sentence is achieved in its execution as an alternative to detention.

The alternative measures to detention are regulated, first of all, in Law 354/75, Chapter VI, Title I. The ideological foundation underlying these institutes is affected by the value of the human person and of the values of juridical civilization correlated to the principles of proportion between crime and penalty, mitigation, humanization and re-education of punishment, which have found -in the Italian legal System- at the highest level, i.e. in the Constitution (precisely, in article 27).

Summarizing the concept in a more pragmatic way, serving the sentence outside prison favors the recovery and the reintegration of the convict and can allow for considerable savings for State investments in the penitentiary sector, avoiding overcrowding in prisons.

Despite the creation of alternative measures, the numbers of the prison population have been remained high, because their use generally involved and still involves people with sentences that in any case would hardly have been served in prison. Therefore, if the numbers are compared, the growth in the possibilities of using alternative measures has not mirrored a decrease in the prison population. Furthermore, the recent pandemic emergency, linked to spread of the “Covid19” coronavirus, has also had dramatic repercussions in penitentiary institutions which have had to face abnormal management problems of the inmate population both from a purely health point of view, and as regards the containment aspects – behavioral. The measures adopted to counter these problems have contributed to only partially alleviating the worrying situation inside prisons. Specifically, it emerged that a not little number of inmates, potentially subjects eligible for the alternative measure of “home detention”, due to behavior and legal terms, could not benefit from the measure as they lacked the requirement. It was, therefore, hypothesized, at the “Andrea Schivo” Penitentiary Police Academy in Cairo Montenotte (in the Province of Savona), given the need to outsource the maintenance and cleaning works of the facility and considering the housing availability, to offer the subjects mentioned above not only a suitable domicile, but also the concrete possibility of carrying out work, making the project not a mere act of welcome, but a real tool for social inclusion.

Parole chiave

Carcere; pena; misure alternative; formazione; finalità rieducativa.

Keywords

Prison; punishment; alternative measures; training; re-educational purpose.

¹ Incardinata presso la Direzione Generale della Formazione (cd. D.G.F.), una delle 3 Direzioni Generali facenti capo al Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (cd. D.A.P.).

1. Le misure alternative alla detenzione.

1.1. Storia dell'evoluzione penale.

Le prigioni nacquero col sorgere della civile convivenza umana, con la funzione, almeno iniziale, di allontanare dalla società quelle persone che avessero recato danno o potessero recarlo agli altri consociati. Le prime nozioni di prigioni si hanno nella Grecia antica e nell'Impero romano, con una notevole evoluzione del sistema punitivo dal diritto romano all'epoca post-illuminista. L'impero romano era caratterizzato da pene di carattere privatistico (pene pecuniarie) per i trasgressori di norme di interesse individuale e pene di carattere pubblicistico (pena capitale, esilio, fustigazione) per i trasgressori di norme di interesse collettivo, essendo il carcere considerato come mezzo di coercizione allo scopo di assicurare il reo alla giustizia.

L'ordinamento penale medioevale era basato sul criterio della vendetta privata. La pena tendeva al risarcimento del danno o alla riparazione dell'offesa in cui il potere pubblico era assente (alcuni studiosi pensano che il principio di carcere quale luogo di espiazione della pena risalga alla Chiesa dei primi tempi della religione cristiana²).

Per quanto concerne l'epoca pre-illuminista (XVI secolo), in Inghilterra nacquero le *house of correction* o *workhouses*, che accoglievano ladri, prostitute, vagabondi, e li obbligavano a "riformarsi" attraverso il lavoro e la disciplina³.

In epoca illuminista (XVIII secolo), la detenzione non era considerata come pena, ma come un mezzo per impedire che l'imputato si sottraesse alla giustizia; il carcere non aveva finalità punitiva, ma era un edificio solitamente attiguo al tribunale concepito come un luogo di custodia provvisoria. Verso la fine del 1700 la privazione della libertà era divenuta la sanzione prevalentemente applicata ai condannati: in questo modo il carcere acquistò rilevanza sociale⁴.

Erano infatti seguite le teorie assolute utilitaristiche e retributive della pena⁵. Uno dei maggiori esponenti dell'utilitarismo fu Jeremy Bentham, che con il suo progetto di *Panopticon*,

² C. BRUNETTI, *Diritto penitenziario*. Napoli, Independently published (2021), pp. 21-24.

³ Cfr. M. PAVARINI, D: MELOSSI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Zanichelli (1977), pp. 31-96.

⁴ Cesare Beccaria scrisse nel 1764 il libro "*Dei Delitti e Delle Pene*" dove trattò dell'abolizione della pena di morte e del principio dell'umanizzazione della pena intesa come castigo inflitto nei limiti della giustizia, in proporzione al crimine commesso, e non secondo l'arbitrio del giudice.

⁵ La teoria assoluta utilitaristica (L. Feuerbach, G. D. Romagnosi) giustifica la pena giudicandone la correttezza in merito agli effetti che essa cagiona: se genera più vantaggi, ovvero più utilità ai consociati, allora la pena è eticamente consentita ed è corretto attuarla. Più specificatamente, vi è la tesi secondo cui la pena serve come deterrente e si divide in deterrenza individuale ed in deterrenza generale. Nella prima l'effetto deterrente è indirizzato alla persona punita e non consente che costui compia altri delitti, nella seconda sussiste il fine di scoraggiare le persone attraverso la punizione di un singolo consociato poichè la punizione di un reo consente di far cambiare idea a potenziali criminali di compiere reati. La critica maggiore rivolta alle teorie utilitariste è quella di sottostimare il principio di giustizia, di metterlo in secondo piano rispetto al principio di utilità. Non ci si serve di una pena con la finalità di infliggere al reo ciò che egli merita per ciò che ha fatto, in base ad un principio di proporzionalità: la punizione ha come obiettivo quello di massimizzare l'utilità, che si concretizza in una diminuzione della afflizione per mezzo dell'effetto deterrente ed anticipato che la punizione cagiona. Cfr. D.

un carcere a forma circolare fatto di bracci o raggi e rotonde che permetteva ai carcerieri di stare fermi sul posto di guardia ed avere una piena visione su tutto l'edificio, assegnava al carcere un carattere intimidatorio e di totale controllo. Il *Panopticon* era basato sul principio ispettivo che i pochi carcerieri potessero controllare i molti detenuti, e che il controllo potesse essere esercitato su tutti gli atti del carcerato nell'arco delle 24 ore [i primi istituti carcerari in tal senso furono: Firenze Ospizio San Filippo Neri (istituita una sezione di 8 celle destinata a giovani di buona famiglia con problemi di disadattamento a scopo correzionale); Milano (Casa di Correzione per reati minori; Ergastolo per Reati gravi); Roma (Carcere di San Michele)].

Nello Stato moderno post-illuminista, invece, il fondamento politico della pena e del sistema penale nel suo complesso erano, secondo le teorie relativo-utilitaristiche, la protezione dei beni giuridici e la pace sociale; fondamenti che si riflettevano nel concetto di prevenzione, generale e speciale.

La prevenzione generale si delinea nella funzione intimidativa-deterrente del rischio di subire una punizione, la cui efficacia, tuttavia, non presenta criteri sicuri sulla base della rigidità della pena, ma viene caratterizzata invero dalla celerità e certezza della sua concreta applicazione⁶.

La prevenzione speciale si fonda sulla tesi della neutralizzazione, della intimidazione e della rieducazione del reo. Quest'ultima non viene intesa come correzione a livello morale del soggetto, poiché lo Stato non si assume il compito di garantire un sistema di valori etico-morali a livello assoluto, essendo impraticabile la via di obbligare i cittadini ad accettare tale sistema. Viene considerata la teoria della legalità esteriore, cioè far acquisire all'autore del reato l'attitudine a vivere coi consociati senza la volontà o comunque la previsione di commettere fatti illeciti⁷.

BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario*. Bologna, Bononia university press (2021), pp. 29-32; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*. Milano, Giuffrè (1981), pp. 15-16.

La teoria assoluta retributiva (Kant, Hegel) stabilisce che la punizione sia, per definizione, retribuzione formale al fatto illecito. Compiere un reato rende legittima di per sé la sottoposizione del delinquente alla pena: egli merita la punizione giacché autore di un fatto *contra legem*. La pena non deve avere fini di deterrenza o salvaguardia perché ciò vorrebbe dire cambiare il colpevole in uno strumento, per la realizzazione della rieducazione o della prevenzione. La punizione è dunque un male comminato dallo Stato per pareggiare (retribuire) il male che un soggetto, tramite il suo agire, ha causato ad una altra persona od alla società. Cfr. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino (1982), pp. 202 e ss.; L. EUSEBI *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana (1990), pp. 67-81.

⁶ Per un'interessante prospettiva sulla prevenzione generale reintegratrice, cfr. C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS ed altri, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*. Milano, Giuffrè (2023), in <https://discrimen.it/qualcosa-di-meglio-della-pena-retributiva-in-margine-a-c-e-paliero-il-mercato-della-penalita/>.

⁷ Si può trovare una completa disamina sulle funzioni delle pene in M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale di diritto Penitenziario*, Milano, Giuffrè Editore (2004), pp. 22-37.

In Italia, dopo l'unificazione del Regno, entrò in vigore il Codice Penale Zanardelli (1890) e, poco dopo, il Regolamento Generale degli Stabilimenti Carcerari (1891). La tipologia carceraria era caratterizzata dal sistema cellulare (cioè celle individuali); venne abolita la pena di morte (sostituita con l'ergastolo), ma restarono severissime le pene per i reati contro la proprietà; era previsto l'uso della catena al piede per i condannati ai lavori forzati e di sanzioni disciplinari come l'uso della camicia di forza e della cella oscura. Altre innovazioni normative furono nel 1923 il passaggio delle competenze in materia penitenziaria dal Ministero dell'Interno al Ministero della Giustizia; successivamente fu emanato il nuovo Codice Penale, ancora attualmente in vigore, il cd. codice Rocco (1931). In quell'anno fu anche emanato il Regolamento per gli Istituti di Prevenzione e di Pena, che stabiliva 3 principi fondamentali della vita carceraria: lavoro, istruzione e religione; venne applicata una rigida separazione tra il mondo carcerario e la realtà esterna, con esclusione dal carcere di qualsiasi persona estranea, cioè non inserita nella gerarchia e non sottoposta alla disciplina penitenziaria, e con l'obbligo di chiamare i detenuti con il loro numero di matricola al posto del cognome (volto alla soppressione della personalità del detenuto⁸).

La Costituzione Italiana (1948) prevede all'articolo 27 che «*La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte*». Nonostante il dettato costituzionale, solo quasi 30 anni dopo, nel 1975, si ebbe la Riforma dell'Ordinamento Penitenziario (Legge 354 del 26 Luglio 1975). Esso constava di 91 articoli, i cui punti di maggiore interesse e di chiara differenza rispetto al Regolamento del 1931 sono:

- Principio di qualificazione del trattamento;
- Disciplina del lavoro in carcere;
- Creazione di nuove forme di operatori specializzati;
- Misure alternative alla detenzione.

È poi intervenuta la cd. Legge Gozzini (L. 663 del 1986), che ha introdotto dei benefici che permettono ai detenuti che hanno mantenuto una buona condotta e dimostrato il ravvedimento, di usufruire di misure alternative al carcere e permessi premio per coltivare gli affetti familiari ed instaurare rapporti di lavoro. Era infatti chiaro quanto fosse inutile, per coloro che avevano commesso reati di lieve entità o comunque poco gravi, scontare la pena in carcere, e per coloro che avevano scontato la parte maggiore di pena concluderla all'interno di esso.

⁸ Per una esaustiva analisi dell'*excursus* storico dei sistemi penitenziari in Italia dal 1700 alla emanazione della Costituzione, cfr. A. BORZACCHIELLO, *La grande Riforma, breve storia dell'irrisolta questione carceraria*. In *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2 - 3/2005.

Dopo altri interventi di riforma ed integrazione della normativa riguardante l'ordinamento carcerario, nel 2000 venne emanato un nuovo Regolamento recante norme sull'Ordinamento Penitenziario e sulle Misure Privative e Limitative della Libertà (Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, sostitutivo del Decreto del 1976, cd. R.E.⁹).

1.2. Il trattamento penitenziario nell'ottica del reinserimento nella società.

In definitiva, con l'entrata in vigore della Costituzione e delle successive leggi appena citate, la questione del fondamento e della funzione della pena è stata connotata di nuova valutazione. Il trattamento rieducativo durante l'esecuzione della pena è un dovere dello Stato, quindi si passa da una maggior considerazione sul fatto da punire ad una maggiore valutazione della persona da sottoporre alla pena¹⁰.

Nell'ottica del diritto alla risocializzazione della persona detenuta, inteso come necessità di favorire un graduale e progressivo processo di recupero sociale del condannato sulla base di una reale conoscenza scientifica della persona (quindi anche nell'ottica della concessione delle misure alternative), il carcere non viene più ritenuto una "istituzione terminale", ma un luogo dove lo Stato deve porre in essere tutte le attività individuate a suo favore per consentirgli di assumere un nuovo o diverso orientamento di vita¹¹. Vengono dunque stabiliti molteplici principi, sotto forma di norme dell'O.P.

Articolo 1 O.P. "Trattamento e rieducazione"

1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.

⁹ Per una valutazione generale delle riforme penitenziarie dal 1975 al 2000, cfr. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 160 e s.

¹⁰ In relazione ai principi enunciati nelle Regole Minime dell'O.N.U. del 1955 e del Consiglio d'Europa. Quest'ultimo è un'organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali nei Paesi in Europa: fu fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra, conta oggi 46 Stati membri e la sua sede istituzionale è a Strasburgo, in Francia, nel Palazzo d'Europa. Cfr. C. BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 48-50.

¹¹ Il principio indicato, cioè il reinserimento del reo all'interno della società, deve pertanto essere ritenuto l'unico fine previsto dall'irrogazione della pena: corollario a questo scopo è l'evitare che il carcere funga da ulteriore fonte di criminalità. Si pensi, a tal proposito alla c.d. equazione hegeliana secondo cui «*per negare il diritto attraverso la pena è necessario che quest'ultima sia conforme al diritto, anzitutto rispettosa della dignità del detenuto e idonea a consentire l'espressione della sua personalità anche in vista del reinserimento sociale*»: diversamente, la pena diventa "delitto". Cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*. Napoli, Editoriale scientifica (2014), p. 17.

2. *Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati. [...]*

Articolo 13 O.P. “Individualizzazione del trattamento”

1. *Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale.*

2. *Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e per proporre un idoneo programma di reinserimento.*

3. *Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione.*

4. *L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione. [...]*

Articolo 15 O. P. “Elementi del trattamento”

1. *Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, della formazione professionale, del lavoro, della partecipazione a progetti di pubblica utilità, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia. Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro. [...]*

Se fino al 1975 il termine “trattamento” assumeva un doppio significato, cioè indicava cosa dovesse essere fornito ai detenuti per la soddisfazione di loro particolari bisogni di mantenimento e di cura (ad es.: trattamento alimentare, trattamento degli ammalati) ed indicava, in modo più ampio, il regime di vita instaurato negli Istituti (regime di isolamento, regime per minorati fisici o psichici, ecc...), con la riforma del 1975 il “trattamento” viene inteso come l'insieme degli interventi rieducativi necessari al fine di favorire il reinserimento sociale dei detenuti e degli internati.

Il trattamento penitenziario, quindi, nella più vasta ed inclusiva accezione, comprende quel complesso di norme e di attività che regolano ed assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale. Con il termine di trattamento rieducativo si indica quella specifica attività che l'Amministrazione Penitenziaria è chiamata a svolgere, in occasione della

detenzione o della privazione della libertà personale, al fine della risocializzazione della persona¹².

Più precisamente, nei confronti di condannati ed internati, trattasi di un'offerta di interventi qualitativamente più mirati in quanto rivolti non solo a neutralizzare le scorie del *process of prisonization*, ma anche a correggere quelle carenze, inerenti alla persona e alla sua collocazione nella società, che «sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1, II co., O.P.).

In senso criminologico e quindi terapeutico, il trattamento è l'insieme di misure che, attuate in conformità ai valori fondamentali dello Stato di diritto, hanno lo scopo di: modificare la personalità del reo in senso eticamente valido e socialmente congruo; rimuovere gli ostacoli che hanno contribuito a causare il comportamento criminoso per evitare la recidiva; dotare il soggetto della capacità di adeguarsi al minimo etico giuridico-sociale; rendere favorevole la prognosi di un reinserimento nella società¹³.

L'osservazione scientifica della personalità, citata nell'art. 13 O.P., viene meglio specificata nell'art. 27 D.P.R. 230/00, e consiste in una valutazione diagnostica, nel formulare un profilo sociale, comportamentale e psicologico e nel delineare gli elementi prognostici. Le valutazioni dei vari operatori penitenziari che se ne occupano si integrano e si amalgamano fra loro nella stesura della relazione di sintesi e dell'ipotesi trattamentale.

La relazione o il documento di sintesi contiene due parti: nella prima parte sono indicati tutti i dati necessari alla comprensione del vissuto del soggetto in ordine ai suoi problemi personali, famigliari, sociali¹⁴; nella seconda parte, in relazione e sulla base di quanto indicato nella prima, vengono delineate le linee fondamentali degli interventi da svolgere in favore del soggetto ai fini della sua risocializzazione.

¹² Per esaurienti commenti sugli artt. 1-13-15 O.P. cfr. S. Consolo, *Codice penitenziario commentato*. Firenze, Laurus Robuffo (2020), rispettivamente pp. 32-41 (art. 1), 124-130 (art. 13) e 155-161 (art. 15).

¹³ La stessa società con tutte le sue espressioni (enti locali, associazioni pubbliche e private, singoli cittadini, ecc...) è chiamata a partecipare all'opera di rieducazione e reinserimento dei condannati. Dispone infatti l'art. 17 O.P., I co., che «La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa». Tale visione include pertanto anche la concezione di un contesto penitenziario aperto verso il mondo che sta 'fuori', verso ciò che, in un'ottica di scambio reciproco, la società può apportare con il suo contributo. Cfr. N. MALIZIA, *Il trattamento individualizzato del detenuto nel sistema penitenziario italiano*. Padova, Libreria universitaria edizioni (2021); E. V. PETRALLA, *Le prospettive dell'esecuzione penale esterna tra emergenza e spinte trasformative*, in AA.VV., *Oltre il carcere: prospettive dell'esecuzione penale esterna*, in *Democrazia e Diritto*, 2014, fasc. 3, p. 173.

¹⁴ Precisamente, dati giuridici, dati penitenziari, dati clinici, dati psicologici, dati sociali, valutazione del vissuto riguardo le esperienze passate, disponibilità ad usufruire di interventi trattamentali, riflessione sulle condotte anti giuridiche poste in essere (ravvedimento), motivazioni e conseguenze delle azioni anti giuridiche commesse, azioni riparatorie delle conseguenze del reato. Cfr. S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI e F. FALDI, *Diritto penitenziario*. Firenze, Laurus Robuffo (2020), pp. 53-56.

Tale documento viene redatto durante la riunione della cd. *équipe*. Infatti, il successivo articolo 28 del R. E. riguarda l'espletamento dell'osservazione della personalità, ed è svolto dalla *équipe*. Essa è il "gruppo ristretto", avente rilevanza esterna, presieduto dal Direttore dell'Istituto (o dal suo sostituto ma non da un suo delegato), la cui presenza è di suprema importanza: non è un compito delegabile ad altra figura, né riconducibile ad una presa d'atto del lavoro dei membri dell'*équipe*. Essa è composta soltanto dalle figure istituzionalmente competenti alla "gestione" dell'esecuzione della pena e che hanno pertanto competenza a definire formalmente la sintesi/aggiornamento dell'osservazione ed un'ipotesi di trattamento intra o extra murario. Esse sono: Direttore (che presiede il gruppo), Funzionario Giuridico Pedagogico (una volta noto come educatore¹⁵), Funzionario U.E.P.E. (Assistente Sociale), Rappresentante della Polizia Penitenziaria¹⁶, Esperto ex art. 80 O.P. (a richiesta della Direzione).

Il gruppo può essere allargato, con il coordinamento del Funzionario giuridico pedagogico, a tutti coloro che interagiscono con il detenuto o che collaborano al trattamento dello stesso: sanitari, operatori Ser.T., insegnanti, volontari, rappresentanti di culto, mediatori culturali, ecc... In questo caso si parla di Gruppo Osservazione e Trattamento (cd. G.O.T.¹⁷).

Il G.O.T. ha come prodotto conclusivo la redazione ex art. 29 R. E. del programma individualizzato di trattamento: esso deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto e, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate le indicazioni in merito agli interventi rieducativi da attuare.

¹⁵ La figura professionale del F.G.P. nell'ambito dell'*équipe* è bene esaminata in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi Editore (2002), pp. 43-46.

¹⁶ La partecipazione all'attività di osservazione e trattamento conferisce al Corpo della Polizia Penitenziaria una qualificazione di alto livello che permette di classificarlo come "polizia speciale". Non si ritiene sia infatti riscontrabile un altro ordinamento di un altro Corpo di polizia che contenga un'analoga disposizione: quella cioè di partecipare all'azione di rieducazione dell'individuo che è destinatario anche di interventi di natura coercitiva. Il personale di Polizia Penitenziaria verifica: come il detenuto si comporta con il Personale, come il detenuto si comporta con i compagni di pena, la pulizia personale e della cella, come il detenuto trascorre il tempo in cella (passatempo, TV, ecc...), i bisogni espressi, la fruizione delle ore d'aria (se esce all'aria, con chi, ecc...), la partecipazione a funzioni religiose; fornisce informazioni sull'impegno lavorativo, informazioni sull'impegno scolastico, informazioni sulla partecipazione ai corsi, informazioni sulla partecipazione alle attività sportive/ricreative, sui colloqui visivi (frequenza, modalità, ecc...), sui colloqui telefonici, sulla corrispondenza e sulla gestione risorse economiche (ad es.: soldi alla famiglia, acquisti eccessivi, ecc...).

¹⁷ Il G.O.T. è un gruppo la cui composizione è estremamente mobile, cambiando gli attori (siano essi penitenziari, che del territorio, che del privato sociale) a seconda di coloro che si occupano dello stesso singolo soggetto in esecuzione di pena. È il detenuto, soggetto del diritto ad essere trattato, il comune denominatore nel G.O.T. del lavoro di quanti a diverso titolo lo conoscono, lo sostengono e lo accompagnano nel processo educativo, mediante l'attività di osservazione e trattamento. Nel G.O.T. avviene quindi lo scambio di informazioni con tutti gli operatori, la condivisione delle valutazioni sul singolo caso, la decisione sulla divisione dei compiti che ciascun operatore può assumere nell'osservazione e nel trattamento di ciascun detenuto, al fine di evitare la ridondanza di interventi simili se non contraddittori, e di favorire una reale integrazione delle diverse chiavi di lettura, ferma restando la centralità del ruolo dell'educatore penitenziario. Cfr. C. BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 153-157.

Detti interventi sfociano, nella strada più propizia per la persona detenuta, nei cd. Benefici Trattamentali, cioè provvedimenti amministrativi o giudiziari che interessano la vita *intra et extra moenia*, cioè la possibilità per il soggetto ristretto di svolgere tutta od una parte della pena all'esterno dell'Istituto Penitenziario. Essi possono essere chiesti direttamente dalla persona detenuta e, prima della eventuale decisione della competente Autorità Giudiziaria¹⁸, sono sottoposti al vaglio del G.O.T.: a seguito di riunione del G.O.T. il Direttore esprime un parere sull'opportunità di concessione del beneficio / misura alternativa. Essi sono:

- Lavoro all'esterno (art. 21 O.P.)
 - Permessi di necessità (art. 30 O.P.)
 - Permessi premio (art. 30 *ter* O.P.)
 - Liberazione anticipata (art. 54 O.P.)
 - Regime di semilibertà (art. 48 e 50 O.P.)
 - Detenzione domiciliare (art. 47 *ter* O.P.)
- Affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47 O.P.) ovvero affidamento terapeutico (ex artt. 47 *bis* O.P. e 94 D.P.R. 309/90)

1.3. Storia ed analisi delle misure alternative.

La definizione di misura/sanzione alternativa o di comunità può essere tratta dalla Raccomandazione (92)16 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁹, che prende spunto dall'espressione anglosassone *community sanction*: «*sanzioni e misure che mantengono il condannato nella comunità ed implicano una certa restrizione della sua libertà attraverso l'imposizione di condizioni e/o obblighi e che sono eseguite dagli organi previsti dalle norme in vigore*».

Esse sono ispirate all'idea della cd. *probation*, la quale è un istituto giuridico dei Paesi Anglo-sassoni, derivante a sua volta dal *Common Law* del XIX Secolo: sotto la pressione esercitata sui giudici dalle associazioni private di assistenza e prevenzione, in favore dei minori

¹⁸ Per quanto concerne il detenuto con posizione giuridica "definitiva", cioè dopo la sentenza di condanna non più soggetta ad ulteriori gradi di giudizio, l'Autorità Giudiziaria competente è il Magistrato di Sorveglianza ed il Tribunale di Sorveglianza. Essi, attraverso il loro potere giurisdizionale, svolgono il ruolo di "giudice dell'esecuzione". Il giudice dell'esecuzione, in verità, si identifica con l'Autorità Giudiziaria che ha deliberato il provvedimento da eseguire ex art. 665 C.P.P. ed è chiamato a decidere su tutte le questioni che, in relazione al titolo esecutivo, possono insorgere nel corso dell'esecuzione stessa. Però, per quanto concerne la Magistratura di Sorveglianza, essa svolge il suo ruolo nell'esecuzione della sanzione penale, ossia nelle modalità di concreta attuazione della fase della privazione della libertà personale (nei modi in cui essa può modificarsi, ovvero essere limitata ovvero cessare per l'intervento di misure alternative o sostitutive). Tali giudici lavorano presso gli Uffici di Sorveglianza ed hanno giurisdizione sui circondari dei tribunali ordinari (anche se nella maggior parte comprendono raggruppamenti di circondari). Cfr. P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre (2020), pp. 175 e ss.; M. CANEPA e S. MERLO, *op. cit.*, pp. 13-20.

¹⁹ Esso è l'Organo decisionale del Consiglio d'Europa, è composto dai Ministri degli Affari esteri di tutti gli Stati membri.

che fossero incorsi in comportamenti antisociali, il giudice poteva sospendere il giudizio di cognizione o l'irrogazione della pena in relazione all'esito di una prova in ambiente libero²⁰.

La definizione desunta dalla Raccomandazione concerne dunque le sanzioni stabilite da un'Autorità Giudiziaria (monocratica o collegiale) ed i modi di svolgimento prima della decisione che dispone la sanzione oppure al posto di tale decisione, nonché quelle che si sviluppano *extra moenia* una volta concluso il procedimento penale. Nell'ordinamento italiano, le misure alternative alla detenzione, o di comunità, consistono da parte di chi vi è sottoposto nell'attuare una determinata condotta, subordinata a vincoli e regole restrittive rispetto ad un individuo "libero", disposti dall'Autorità Giudiziaria competente e controllati, per quanto concerne la regolarità, dallo U.E.P.E., che abbia preso in carico il soggetto interessato²¹. Con l'espressione "programma di trattamento" si intende il contenuto della condotta da tenere.

²⁰ Nel 1887, il *Probation and offender act* introdusse la possibilità della sospensione giudiziale della pena detentiva sotto condizione dell'accettazione di un trattamento esterno. Assolutamente da precisare che questo provvedimento interviene prima della fine del giudizio di cognizione (cd. *probation* giudiziale), mentre la cd. *probation* penitenziaria è adottata in fase di esecuzione della pena, in seguito a condanna definitiva. Il nostro sistema prevede attualmente il *probation* giudiziale, e precisamente l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato (artt. 168 *bis* e ss. C.P., introdotti con la Legge 67/14), e il c.d. *probation* penitenziario, cioè la possibile applicazione della misura alternativa dell'affidamento in prova nella fase iniziale dell'esecuzione anziché nel segmento finale. Per una disamina del *probation* giudiziale e penitenziario, cfr. M. CANEPA e S. MERLO, *op. cit.*, pp. 239-241; per un'analisi delle modifiche legislative sulle misure alternative, cfr. A. DEL NEVO, *Considerazioni critiche sulla riforma delle misure alternative alla detenzione*, in *Documenti giustizia*, 1998, n. 7.

²¹ L'U.E.P.E. è stato istituito dalla Legge 354/75 (art. 72, come modificato dalla L. 154/05 e successivamente dal D. Lgs. 123/18). Esso ha il compito fondamentale di raccordo fra la società libera e il mondo dell'esecuzione penale: essa, al tempo essenzialmente incentrata sul carcere, ha con il tempo spostato in modo sostanziale il baricentro all'esterno, in parallelo al maggior spazio che è stato dato alle misure alternative al carcere ed alle pene alternative alla detenzione.

Gli Uffici E.P.E., infatti, rappresentano, da un lato, nella fase di applicazione delle misure alternative alla detenzione, il necessario strumento di acquisizione di elementi istruttori per i procedimenti di competenza della Magistratura di Sorveglianza, reperendo notizie e dati in ordine agli eventuali supporti esterni su cui il condannato può contare ai fini di eventuali prospettive di accesso ai benefici penitenziari; dall'altro, nella gestione della misura alternativa una volta concessa, svolgono essenziali compiti di controllo del soggetto e di supporto del medesimo (come stabilisce l'art. 118 R. E.). In particolare, i compiti espressamente affidati agli operatori degli U.E.P.E. spaziano dalle c.d. inchieste socio-familiari, finalizzate alla raccolta e al coordinamento dei dati di anamnesi socio-familiare del condannato, delle opportunità di reinserimento esterne, delle relazioni familiari e personali, all'opera di supporto e consulenza alla Magistratura di Sorveglianza in rapporto agli interventi di gestione delle misure alternative alla detenzione, ovvero dei più limitati benefici extramurari concessi ai detenuti (ad es. permessi premio), alla partecipazione all'attività di osservazione della personalità del detenuto, al controllo del rispetto delle prescrizioni e degli obblighi da parte dei soggetti ammessi a misure esterne al carcere, alla partecipazione alle commissioni interne al carcere, al trattamento del 'dimittendo' e l'assistenza post-penitenziaria.

Dal punto di vista organizzativo, l'esecuzione penale esterna è sottoposta al governo del Dipartimento della Giustizia Minorile e di Comunità (D.G.M.C.) a partire dal 2015 (in precedenza era gestita dal D.A.P.), e gerarchicamente viene suddivisa in: Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna e della messa alla Prova, a livello centrale; Uffici interdirezionali di esecuzione penale esterna (U.I.E.P.E.), che sono uffici dirigenziali con territorio di competenza generalmente pluriregionale, corrispondente a più corti di appello; uffici distrettuali di esecuzione penale esterna (U.D.E.P.E.); uffici locali di esecuzione penale esterna e relative Sezioni Distaccate (U.L.E.P.E.). Cfr. S. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 440-442.

Come detto in precedenza, le misure alternative alla detenzione o di comunità sono state introdotte dalla Legge 354 del 1975 e sono dirette a realizzare la funzione rieducativa della pena, in ottemperanza dell'articolo 27 della Costituzione. La competenza a decidere sulla concessione delle stesse è affidata al Tribunale di Sorveglianza (o al Magistrato di Sorveglianza, in alcuni casi).

Negli ultimi anni il Consiglio d'Europa ha invitato sovente gli Stati membri a valutare ancora più che in passato il carcere non come l'unica forma di esecuzione di una pena e nemmeno la principale, specialmente per mezzo di raccomandazioni dirette a favorire l'utilizzo di misure alternative al carcere²². Di conseguenza, molti Stati Membri hanno legiferato in tal senso, incrementando la possibilità di ottenere forme alternative alla detenzione. In relazione all'Italia non si può tacere la forte spinta data dalla nota sentenza "Torreggiani" dell'8/1/13 da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: per far fronte alle indicazioni statuite dalla stessa, lo Stato italiano ha emanato diverse disposizioni legislative con l'intento di ristabilire la legalità delle condizioni detentive negli Istituti di prevenzione e pena e di potenziare le misure alternative²³.

Quali scopi pratici si prefigura il Legislatore che vuole implementare l'utilizzo delle misure alternative al carcere? La diminuzione della popolazione detenuta e la riduzione della recidiva. *«Tali misure si porrebbero propriamente come alternative all'imprigionamento, in una sorta di gioco a somma zero che tuttavia in molti casi si rivela illusorio, in quanto l'implementazione delle pene eseguite sul territorio può tradursi talvolta nel noto fenomeno del net widening, inteso come complessivo ampliamento del controllo penale, per cui le alternative vanno ad "aggiungersi" ai numeri della detenzione»*²⁴.

²² *Ex pluribus*, Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole in materia di *probation*, approvata il 20 gennaio 2010.

²³ Sono da citare la Legge 94 del 9 agosto 2013, che ha rimosso alcuni ostacoli nell'accesso alla detenzione domiciliare e alla semilibertà per i recidivi, e la già menzionata Legge 67 del 28 aprile 2014, che ha istituito la M.A.P. Effettivamente si è registrato, fin dal 2010 ma non oltre il 2015, un calo del numero della popolazione detenuta. Questo è stato l'effetto in gran parte prodotto dalla Legge 199 del 2010, istitutiva di una particolare forma di detenzione domiciliare (che verrà esaminata dettagliatamente a breve); sinteticamente, è stata prevista la possibilità di scontare l'ultimo anno di pena (limite poi esteso a 18 mesi) presso la propria abitazione o altro luogo privato o pubblico di cura e accoglienza.

²⁴ Cfr. XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione, redatto dall'Associazione Antigone; <https://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-misure-alternative/>.

Più precisamente, il *net widening* descrive l'effetto che accade quando, aumentando la possibilità di accesso alle misure alternative, tende a crescere anche la percentuale di persone detenute in carcere, e dunque l'effettività di deflazione legata all'estensione delle misure alternative non avviene veramente. L'eccezione, come visto nella nota precedente, si è avuta nel lustro 2010-2015, ma a partire dal 2015 tale tendenza ha ricominciato ad affermarsi portando alcuni studiosi a parlare di 'parentesi positiva in un quadro piuttosto desolante di espansionismo penale'. Per un'ulteriore ricerca sull'inefficacia della reclusione in ambito di riduzione di recidiva, cfr. F. GIORDANO e altri, *Il valore dell'alternativa. Un approccio evidence based alle misure alternative alla detenzione*. Milano, Egea (2020); C. GOBBI e M. MENGOZZI (a cura di), *La ferita della pena e la sua cura. Spunti e testimonianze per una rimediazione del trattamento penitenziario*. Napoli, Paolo Loffredo Editore (2021).

Le misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario sono la semilibertà e le diverse forme di detenzione domiciliare e di affidamento in prova al servizio sociale²⁵.

Affidamento in prova ai servizi sociali

L'art. 47 O.P. disciplina l'affidamento in prova ai servizi sociali, statuendo che, se la condanna non è superiore a tre anni, il soggetto ha la possibilità di essere affidato ai servizi sociali fuori dell'Istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare.

È competente all'emanazione dell'affidamento il Tribunale di Sorveglianza, il quale valuta i risultati della osservazione della personalità, prodotta dal G.O.T. per almeno un mese in Istituto: l'osservazione è favorevole quando si può ritenere che la misura, anche per mezzo delle prescrizioni stabilite per il suo svolgimento, contribuisca alla rieducazione della persona e assicuri la prevenzione del pericolo che essa commetta altri reati.

L'U.E.P.E. competente per territorio controlla la condotta del soggetto e favorisce il suo reinserimento nella vita sociale, riferendo periodicamente al Magistrato di Sorveglianza sul suo comportamento. Infatti, l'esito può essere positivo e quindi il periodo di prova estingue la pena ed ogni altro effetto penale; si ha la revoca della misura invece «*qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova*» (cfr. commi XI e XII dell'art. 47).

Anche all'affidato in prova al servizio sociale può essere concessa la detrazione di pena di cui all'art. 54 O.P. (ossia la liberazione anticipata, che consiste in 45 giorni di pena detratta per ciascun semestre di pena scontata; viene concessa da parte del Magistrato di Sorveglianza al condannato a pena detentiva che abbia dato prova di partecipazione alla sua rieducazione): è necessario che la persona abbia dato prova nel periodo di affidamento interessato di un suo concreto recupero sociale, deducibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità.

È importante sottolineare che la maggioranza degli affidati in prova al servizio sociale non transita dal carcere, bensì viene sottoposta a tale misura da una condizione di libertà, nel caso in cui la pena non superi i 4 anni. Se si analizza la serie storica degli ultimi vent'anni, si nota tuttavia che negli ultimi anni la forbice si è ristretta ed è aumentato più rapidamente il numero di affidamenti concessi a persone sottoposte allo stato di detenzione (anche perché molti degli affidati sono recidivi²⁶).

²⁵ Cfr. F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale*. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre (2019), pp. 568 e ss.; I. C. GROCCIA, *Le misure alternative alla detenzione nell'esecuzione penale*, Pisa, Pacini Giuridica Editore (2021). Negli ultimi vent'anni, l'affidamento in prova è stata la misura più fruita in assoluto, ma a partire dal 2010 la detenzione domiciliare ha cominciato a crescere in misura ben maggiore, per via della citata Legge 199. La semilibertà è invece la misura meno adottata e i suoi numeri sono, oltretutto, lievemente scesi nel corso degli anni. Cfr. S. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 322-362.

²⁶ Cfr. P. CORSO (a cura di), *op. cit.*, pp. 178-181; S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI e F. FALDI, *op. cit.*, pp. 238-250.

Semilibertà

Misura alternativa consistente nella possibilità per il condannato e per l'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'Istituto, essa è regolata dagli artt. 48 e ss. O.P.: quando pernottano in carcere, i condannati e gli internati sono assegnati ad apposite sezioni autonome degli Istituti, senza contatti con la restante popolazione detenuta.

Viene ammesso al regime di semilibertà, secondo quanto stabilito dall'art. 50 O.P., colui che è condannato alla pena dell'arresto ed alla pena della reclusione non superiore a sei mesi, se non è affidato in prova al servizio sociale. Fuori da questi casi, il soggetto per essere ammesso al regime di semilibertà deve aver espiato almeno metà della pena, oppure, se si tratta di condannato per qualcuno dei delitti indicati nel I comma dell'articolo 4 *bis* O.P., almeno due terzi di essa²⁷.

Come nel caso dell'affidamento, anche l'ammissione alla semilibertà è stabilita dal Tribunale di Sorveglianza, sulla base dei progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del richiedente nella società.

Il provvedimento di semilibertà può essere in ogni tempo revocato quando il soggetto non si manifesti idoneo al trattamento.

1.4. La detenzione domiciliare.

Inizialmente, in merito alle misure alternative alla pena detentiva, l'Ordinamento Penitenziario disciplinava soltanto la liberazione anticipata, l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà: non era prevista la detenzione domiciliare, introdotta dalla Legge n. 663 del 10/10/1986 (cd. Legge Gozzini), che ha inserito nell'O.P. l'art. 47 *ter*: nel corso degli anni l'istituto è stato modificato diverse volte. Con tale beneficio si è ritenuto di aumentare le possibilità di accesso alle misure alternative: la sua finalità principale risiede nella prosecuzione, nei limiti del possibile, di attività di cura, di assistenza familiare, di istruzione professionale, che si stavano già svolgendo durante la fase cautelare del procedimento penale nella propria casa (sotto la forma degli arresti domiciliari), anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, senza quindi dover trascorrere un periodo di carcerazione ed evitando le relative conseguenze negative.

Per quanto simili nella sostanza, è necessario distinguere la detenzione domiciliare dagli arresti domiciliari: la prima rappresenta una forma alternativa di espiazione della pena al carcere, mentre gli arresti rappresentano una misura cautelare di tipo personale.

Il nostro ordinamento giuridico prevede diverse tipologie di detenzione domestica, tra le quali si annoverano quella ordinaria, quella speciale e quella prevista per i soggetti affetti da

²⁷ Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo avere espiato almeno venti anni di pena.

A.I.D.S. conclamata o affetti da grave immunodeficienza. Nessun onere grava sull'Amministrazione Penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del condannato che usufruisce di tale misura. Essa poi si caratterizza, in generale, per l'assenza di imposizione di vere e proprie attività rieducative: l'unico obbligo da osservare è il divieto di allontanarsi dal luogo stabilito nel provvedimento in quanto sede dell'esecuzione.

A. La detenzione domiciliare a carattere ordinario

Tale misura, (cd. detenzione domiciliare anagrafica), permette al condannato di espiare la pena detentiva, o residuo della stessa, non più nell'istituto penitenziario, bensì presso la propria abitazione, in un altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza.

L'art. 47 *ter* stabilisce quali soggetti possono accedere a questa forma alternativa alla detenzione carceraria. Il comma 01 prevede la concessione del beneficio in questione ai soggetti che abbiano compiuto i 70 anni di età, purché non siano stati condannati per reati cosiddetti a sfondo sessuale (*ex artt. 609 bis, 609 quater e 609 octies C.P.*); inoltre, questi non devono essere stati dichiarati delinquenti abituali, professionali²⁸. Il I comma, invece, prevede la concessione del beneficio *de quo* (chiamato, in questi casi, detenzione domiciliare umanitaria) ai soggetti condannati alla pena della reclusione non superiore ad anni 4 (anche costituente residuo di maggior pena) a: donne incinte o madri di prole di età non superiore a 10 anni con esse conviventi; persone che versano in uno stato di salute particolarmente grave da necessitare di costanti contatti con i presidi sanitari del territorio; persone che abbiano compiuto i 60 anni di età e affetti da patologie gravi o parzialmente invalidanti; persone che non abbiano compiuto i 21 anni di età, per motivi di lavoro, famiglia, salute e studio²⁹.

Il comma I *bis* prevede, al di fuori dei casi precedenti, l'applicazione della presente misura alternativa (cd. detenzione domiciliare generica) anche nei confronti dei condannati alla pena detentiva non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, «*quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*». Anche in questo caso, la detenzione domiciliare non può essere concessa ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis*³⁰.

²⁸ Veniva previsto anche il divieto di applicazione per i recidivi *ex art. 99 C. P.*, però la Corte Costituzionale, con sentenza 56/21, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 01, limitatamente alle parole «*né sia mai stato condannato con l'aggravante dell'articolo 99 del codice penale*».

²⁹ Fino al 2018, anno in cui ne è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale (C. Cost. 211/18), poteva accedere anche il padre esercente la potestà genitoriale su figlio/i di età inferiore a 10 anni e con egli convivente/i, quando la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a prestare la propria assistenza. Per un'analisi accurata sulla più importante giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, in argomento cfr. S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI e F. FALDI, *op. cit.*, pp. 281-283 e 288-293.

³⁰ Il Decreto Legge 29 del 10/5/20 stabiliva la revoca obbligatoria della detenzione domiciliare quando venivano a cessare le condizioni per le ipotesi dell'art. 47 *ter*, I co. e I *bis* co. e I *ter* co., O.P.; tale Decreto è stato

B. Le misure alternative alla detenzione per le persone affette da grave deficienza immunitaria o da A.I.D.S. conclamata

La Legge 231/99 ha introdotto nell'O.P. l'art. 47 *quater*, a seguito della emergenza, esplosa tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso, della presenza in carcere di numerose persone malate per HIV. Il motivo che ha spinto il legislatore a tale provvedimento, sulla base delle evidenze medico scientifiche, è stato l'acclarato stato di incompatibilità tra la vita detentiva *intra moenia* e la condizione di malattia di chi è affetto da AIDS conclamata o da grave immunodeficienza: la *ratio* risiede anche nella necessità di assicurare la possibilità di espiazione della pena con modalità meno afflittive nei confronti di chi è ristretto in carcere, spesso carente di strutture sanitarie adeguate per le cure di queste malattie.

Questa misura può essere applicata sia ai condannati che agli internati (mentre quella sancita dall'art. 47 *ter* è relativa alla pena della reclusione, dell'arresto ed ai condannati). Il I comma non stabilisce un limite di pena, diversamente da quanto previsto per l'affidamento in prova al servizio sociale. Secondo quanto previsto dal II comma la richiesta deve essere corredata da una certificazione del servizio sanitario pubblico competente ovvero dal servizio sanitario penitenziario.

C. La detenzione domiciliare di tipo speciale

Viene disciplinata dall'art. 47 *quinqüies*, introdotto nell'O.P. dall'art. 3 della legge 40/2001, ed ha la finalità di tutelare il rapporto genitori-figli, la maternità e l'infanzia, secondo il dettame di cui all'art. 31, II comma Cost. È pertanto consentito, al di fuori dai casi previsti dall'art. 47 *ter* O.P., alla condannata madre di prole di età inferiore ad anni 10, espia la pena presso la propria abitazione ovvero presso un luogo di cura, assistenza o accoglienza, per potersi occupare dei figli, coi soli limiti di aver espia almeno 1/3 della pena o 15 anni nel caso di condanna all'ergastolo, di assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e di concreta possibilità di ripristinare la convivenza con la prole (secondo quello che stabilisce il VII comma, è data possibilità anche al padre della prole qualora la madre sia deceduta ovvero sia impossibilitata ed i figli non possano essere affidati ad altri che al padre).

D. La detenzione domiciliare per pene non superiori a diciotto mesi

Questa forma di detenzione domiciliare ha la particolarità di non essere stata "inserita" nell'O.P., ma di avere una propria regolamentazione al di fuori del Titolo I, Capo VI. Viene infatti disciplinata dalla Legge 199 del 2010, più volte modificata negli anni successivi (inizialmente la sua applicazione era sancita con una durata di tempo limitata al 31 dicembre 2013, successivamente è stata stabilizzata tramite il Decreto Legge 146 del 2013, convertito in Legge 10 del 2014): essa prevede la possibilità di scontare la pena presso la propria abitazione o

abrogato dalla Legge 70 del 2020 (fatti salvi gli effetti prodotti nel perdurare del provvedimento di urgenza). Cfr. C. BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 538-552.

un altro luogo, pubblico o privato per i condannati con pena detentiva (anche residua) non superiore a diciotto mesi.

Sussistono, ovviamente, eccezioni. La misura non può essere concessa ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* O.P., ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza *ex artt.* 102, 105 e 108 C.P., ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare *ex art.* 14 *bis* O.P., qualora vi sia la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga o commettere altri delitti e qualora il condannato non abbia un domicilio idoneo alla sorveglianza e alla tutela delle persone offese dal reato commesso.

Diversa è la procedura a seconda se la persona condannata sia in libertà o in detenzione. Nel primo caso, il Pubblico Ministero, al momento della condanna, ne sospende l'esecuzione, non prima di aver accertato l'esistenza e l'idoneità del luogo di dimora, e, nell'eventualità che si tratti di persona tossicodipendente o alcolodipendente, non prima di aver verificato la documentazione medica certificante lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza e del programma di recupero³¹: a seguito di questi accertamenti, vengono trasmessi gli atti al Magistrato di Sorveglianza per la concessione della misura. Nel secondo caso, la persona detenuta può presentare istanza al Magistrato di Sorveglianza; ad ogni buon conto, *motu proprio*, la Direzione dell'Istituto Penitenziario può preparare per ciascun detenuto che possieda le condizioni previste dalla norma una relazione sul comportamento tenuto durante la detenzione e sulla idoneità del luogo di dimora, oppure può raccogliere la documentazione medica e terapeutica (nel caso di soggetto dipendente da droga o alcool: il programma di cura potrà essere eseguito presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata accreditata di cui al Testo Unico sugli stupefacenti, D.P.R. 309/90). Il Magistrato di Sorveglianza, in entrambi i casi, provvede tramite ordinanza e può imporre prescrizioni e forme di controllo (necessarie, ad esempio, per accertare che il tossicodipendente o l'alcolodipendente inizi immediatamente o prosegua il programma terapeutico).

Durante lo svolgimento della misura interviene l'U.E.P.E., che ha il compito di segnalare qualsiasi fatto rilevante per l'esecuzione della pena, trasmettendo relazioni sull'andamento ogni 3 mesi e compilandone una conclusiva al termine. In caso di evasione dalla detenzione domiciliare (che viene considerata reato *ex art.* 385 C.P.), vengono innalzate le pene portandole da un minimo di un anno di reclusione a un massimo di tre (fino a cinque se vi sono violenza o effrazione, fino a sei se effettuata con armi). L'impianto normativo è stato in ultimo modificato dal Decreto Legge 137 del 2020, convertito in Legge 176/20³².

³¹ Per una valutazione della normativa riguardante l'uso degli stupefacenti, cfr. A. MANTOVANO (a cura di), *Droga. Le ragioni del no*. Siena, Cantagalli Editore (2022), pp. 12-47.

³² La 'novella' legislativa ha aggiunto, quali ulteriori elementi preclusivi, il fatto che il detenuto nell'ultimo anno sia stato sanzionato per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77, I comma, numeri 18, 19, 20 e 21, R. E. (comma 1, lettera d), nonché anche solo il fatto che nei confronti del detenuto sia redatto rapporto disciplinare ai

D. La detenzione domiciliare per l'emergenza sanitaria COVID19

Introdotta dall'art. 123 del Decreto Legge 18/20, rappresenta un "ampliamento" della detenzione domiciliare *ex* L. 199/10, in quanto vengono stabilite deroghe ad alcune previsioni ostative alla fruizione della misura, oltre ad uno snellimento della procedura istruttoria. La pena da eseguire non deve essere superiore a 18 mesi, anche se costituente parte residua di maggiore pena, il condannato deve avere la disponibilità di un domicilio effettivo ed idoneo a soddisfare la protezione della eventuale persona offesa dal reato (anche in questo caso sono esclusi dalla fruizione della misura i condannati per uno dei delitti *ex* art. 4 *bis* O.P., delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i detenuti sottoposti alla sorveglianza particolare *ex* art. 14 *bis* O.P.; non vi è però la causa ostativa della concreta possibilità di fuga o che il soggetto possa commettere altri delitti). In merito all'istruttoria "semplificata", la Direzione del carcere può omettere di redigere la relazione sulla condotta tenuta dal condannato: è sufficiente attestare il residuo pena e il consenso del soggetto; però si deve effettuare l'accertamento sulla idoneità del domicilio³³.

Circa le modalità generali di accesso, viene presentata istanza al Tribunale di Sorveglianza del luogo in cui la pena deve essere espiata o, comunque, deve avere esecuzione³⁴. Si presenta istanza, invece, all'ufficio del Pubblico Ministero se il condannato si trova in stato di libertà: successivamente sarà trasmessa al Tribunale di Sorveglianza per la fissazione dell'udienza. Qualora possa sorgere un grave pregiudizio a causa del protrarsi dello stato di detenzione (oltre agli altri casi poc'anzi esaminati), l'istanza può essere inoltrata direttamente al Magistrato di Sorveglianza per l'eventuale applicazione provvisoria. Il Tribunale di Sorveglianza, o il Giudice, ha tempo 45 giorni per pronunciarsi: questo termine perentorio decorre dal momento in cui viene ricevuta la richiesta. Sussiste, anche durante la fruizione della misura, la possibilità di godere del beneficio della liberazione anticipata prevista dall'art. 54 O.P.

sensi dell'articolo 81, I comma, R. E. per gli illeciti di cui ai numeri 18 e 19 del suddetto art. 77, ossia per la partecipazione o organizzazione di disordini e sommosse. La validità della statuizione è fino al 31/12/20.

³³ Per espressa previsione normativa (L. 27/20, di conversione del D. L. 18/20), la possibilità di richiedere questa misura è cessata il 30/6/20. Da notare che, in fase di conversione, è stato stabilito che se la pena da eseguire è superiore a 6 mesi si applicano i mezzi elettronici di controllo (i cd. braccialetti elettronici). Questa modifica ha contribuito a rendere tale tipo di detenzione domiciliare inadeguato alle finalità deflattive, per l'indisponibilità di sufficienti strumenti elettronici, oltre alla già citata possibile mancanza di un effettivo domicilio. Cfr. S. Ardita, L. Degl'Innocenti e F. Faldi, *op. cit.*, pp. 307-312; C. Brunetti, *op. cit.*, pp. 533-537.

³⁴ La circolare DAP 3661-6111 del 5/3/15 dispone che, nel caso in cui l'Autorità Giudiziaria richieda la formulazione del programma di trattamento, gli obiettivi di cui tenere conto debbano essere circoscritti a quelli specifici della misura (sanitari, di assistenza familiare, ecc...) e classifica gli elementi da considerare per articolare il programma in: essenziali (impegni relativi agli obiettivi della specifica detenzione domiciliare, modalità e tempi dei rapporti con U.E.P.E., modalità di rapporto con i servizi socio-sanitari, domicilio) ed eventuali, in relazione al caso concreto (attività lavorativa/scolastica/formativa, impegni familiari/sociali, impegni di risocializzazione).

La facoltà di revoca è stabilita dai commi VI e VII dell'art. 47 *ter*: sussiste nei casi in cui la condotta del condannato risulti essere incompatibile con la misura stessa, ma per stabilire ciò l'Autorità Giudiziaria procedente effettua una valutazione discrezionale tramite un giudizio di bilanciamento tra la tipologia e le modalità della violazione e le esigenze particolari che con la detenzione domiciliare *de qua* si sarebbero dovute tutelare. Deve essere inoltre revocata quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi I e I *bis* dell'art. 47 *ter*.

Vi è da precisare che i detenuti e gli internati condannati per reati associativi (416 *bis* e 630 C.P., art. 74 D.P.R. 309/90) possono richiedere la detenzione domiciliare solo se stringono collaborazione con la giustizia³⁵, oppure quando la loro collaborazione risulti impossibile, ad esempio perché tutte le circostanze del reato sono già state accertate (art. 4 *bis*, I comma, periodo 1, O.P.). I detenuti e gli internati condannati per altri reati gravi (commessi per finalità di terrorismo, omicidio, rapina aggravata, estorsione aggravata, traffico aggravato di sostanze stupefacenti) possono richiedere la misura solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva (art. 4 *bis*, I comma, periodo 3, O.P.). Chi è stato condannato per evasione, oppure ha avuto la revoca di una misura alternativa, non può essere ammesso alla detenzione domiciliare per 3 anni (art. 58 *quater*, I e II commi, O.P.). Non la può ottenere per 5 anni nel caso abbia commesso un reato, punibile con una pena massima pari o superiore a 3 anni, durante un'evasione, un permesso premio, il lavoro all'esterno, o durante una misura alternativa (art. 58 *quater*, V e VII commi, O.P.).

Il condannato che, essendo in stato di detenzione nella propria abitazione o in un altro dei luoghi indicati nel comma I, se ne allontana, è punito ai sensi dell'articolo 385 C.P.³⁶. Se la misura di cui al comma I *bis* è revocata ai sensi dei commi precedenti, la pena residua non può essere sostituita con altra misura.

La Magistratura di Sorveglianza competente, nell'accogliere l'istanza di detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 C.P.P.; stabilisce altresì le disposizioni per gli interventi dell'U.E.P.E. [tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal Magistrato di Sorveglianza del luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare: in particolare, quando sia stata verificata la disponibilità da parte delle autorità adibite al controllo, può essere prevista una modalità di verifica per l'osservanza delle prescrizioni anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici (in questo caso si osservano le disposizioni di cui all'articolo 275 *bis* C.P.P.)].

L'U.E.P.E., se il condannato è in stato di libertà, effettua l'inchiesta di servizio sociale per conto della Magistratura di Sorveglianza; se il condannato è in stato di detenzione, prendendo

³⁵ Cfr. M. GASPARI, M. LUNARDI, *La detenzione domiciliare*. Torino, Giappichelli (2017), pp. 32 e ss.

³⁶ La presentazione di una denuncia per il reato previsto dall'art. 385 C.P., a seguito della sentenza di Corte Costituzionale 173/97 che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, IX co., O.P., non comporta più l'automatica sospensione della misura.

parte al G.O.T. in merito all'osservazione scientifica della personalità del soggetto dà il suo contributo per la redazione del documento di sintesi, da inviare all'Autorità Giudiziaria. Durante lo svolgimento della misura gli Assistenti Sociali operano in fase di sostegno (precipuamente, stabilendo validi collegamenti con i servizi socio-assistenziali del territorio, al fine di aiutare il condannato a superare le difficoltà connesse all'applicazione della misura), mentre il controllo è effettuato dalla Polizia Penitenziaria operante in questi Uffici e dalle altre Forze dell'Ordine (eccezion fatta per i casi di persone affette da grave deficienza immunitaria o da A.I.D.S. conclamata: *ex art. 5, IV co., L. 231/99* gli U.E.P.E. debbono svolgere “*attività di sostegno e di controllo circa l’attuazione del programma*”).

In conclusione, si può evidenziare che si è assistito, a seguito delle numerose innovazioni normative intervenute, ad un mutamento di funzione in relazione alla detenzione domiciliare: da una funzione umanitaria ed assistenziale ad una funzione finalizzata al contrasto del fenomeno, annoso ed in fase di crescita costante, del sovraffollamento nelle carceri. A livello statistico, nell'anno 2022 (fino al 15/12) sono stati emanati 11.288 provvedimenti di questa misura alternativa (10.085 per gli uomini e 1.203 per le donne): di questi, 4.854 per soggetti condannati alla detenzione *de qua* (4.311 per gli uomini e 543 per le donne³⁷).

1.5. Le pene sostitutive alle pene detentive brevi.

All'interno della riforma del processo penale voluta dalla precedente Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, contenuta nel decreto legislativo 150 del 10/10/22, attuativo della Legge 134/2021, sono state previste e disciplinate le “nuove” pene sostitutive delle pene detentive brevi, che hanno sostituito, abrogandole, le cosiddette “sanzioni sostitutive”, con la funzione di rendere le pene più effettive e di rapida esecuzione, ma anche meno afflittive e più idonee al fine rieducativo di cui all'art. 27 Cost.

Le innovazioni *de quibus* si applicano anche ai processi in corso in primo grado o in appello, se sono più favorevoli all'interessato, sulla scorta di quanto previsto dal D. Lgs. 150/22³⁸.

³⁷ Volendo precisare, in merito al periodo dell'emergenza Coronavirus (e di validità della normativa di urgenza), le persone detenute effettivamente uscite in detenzione domiciliare ex L. 199/2010 tra gennaio 2020 e gennaio 2021 sono state un totale di 2.226, di cui 190 donne (8,5% sul totale). Gli stranieri sono stati 891 (40% sul totale) di cui 85 donne (il 9,5% degli stranieri totali).

³⁸ Il decreto è stato emanato allo scopo di adempiere agli impegni per il P.N.R.R. (Piano nazionale di ripresa e resilienza, esso è il documento che il Governo ha predisposto per illustrare alla Commissione Europea come lo Stato Italiano intenda investire i fondi predisposti nell'ambito del programma *Next generation UE*). Esso prevedeva una *tranche* da 21 miliardi di euro, assegnabili all'Italia se la riforma penale si fosse chiusa entro il 19 ottobre e quella civile entro il 26 novembre 2022. L'entrata in vigore del Decreto era stata prevista per l'1 novembre 2022. Tuttavia, la normativa dell'attuale Governo, Decreto Legge del 31 ottobre 2022, n. 162, ha rinviato la sua entrata in vigore al 30/12/2022 (art. 99 *bis*): esso è stato convertito nella Legge 199 del 2022 il 30/12/22.

Il Decreto sviluppa una modifica sistematica ed organica delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, con il precipuo scopo di risolvere il già citato problema dei cosiddetti “liberi sospesi”, attualmente ammessi a fruire delle misure alternative solo dopo lungo tempo dal compimento del reato³⁹. Per l'appunto, le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi è previsto che vengano applicate direttamente dal giudice di cognizione in tempi decisamente meno lunghi del passato, consentendo che tra la commissione del reato e l'eventuale applicazione della sanzione non sussista un intervallo di tempo troppo esteso ed in contrasto con i dettami costituzionali⁴⁰.

Precisamente, nel P.N.R.R. gli interventi sulla giustizia rientravano come valore legato all'efficienza dell'amministrazione della giustizia. La riforma cd. Cartabia è principalmente incentrata sulla necessità di consentire o quantomeno agevolare il rispetto del diritto, costituzionalmente garantito, delle vittime e degli imputati ad una ragionevole durata del processo e di ridurre la durata media dei processi penali del 25% entro il 2026. Perciò nella legge delega sono stati affrontati svariati aspetti del processo penale (ad es. la digitalizzazione, il processo telematico, i termini di durata delle indagini e l'udienza preliminare). Altri aspetti sono stati lo snellimento della procedura di esecuzione della pena e la disciplina organica dei programmi di giustizia riparativa.

Per un'attenta analisi della predetta riforma, cfr. *ex pluribus* A. CONZ e L. LEVITA, *La riforma Cartabia della giustizia penale*. Napoli, Dike Giuridica Editore (2022); per la materia delle sanzioni sostitutive alla pena detentiva cfr. E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, Bompiani (1989).

³⁹ Trattasi di soggetti che sono stati condannati ad una pena detentiva inferiore a 4 anni (o che abbiano da espriare un residuo inferiore a 4 anni) e che, nel momento in cui la propria sentenza diviene definitiva, non fanno accesso in carcere ma rimangono nello stato libero. Perché si usa l'espressione ‘sospesi’? Poiché queste persone attendono, talvolta molto a lungo, in regime di ‘sospensione’ del titolo esecutivo, che il Tribunale di Sorveglianza decida sulle loro istanze eventualmente presentate. Dal punto di vista giuridico, l'art. 656, V co., C.P.P. dispone che l'ordine di carcerazione venga sospeso dal P.M. e che il condannato abbia l'onere, entro 30 giorni, di formulare al Tribunale di Sorveglianza un'istanza di applicazione di misura alternativa. Dal punto di vista pratico, tale procedura innanzi il Tribunale di Sorveglianza soffre di forti ritardi, sia per difficoltà operative, sia per carenza del personale di magistratura e amministrativo (alla data del 13.12.22 vi erano poco più di 90.000 istanze provenienti da questa categoria di soggetti non ancora decise dai Tribunali di Sorveglianza). Cfr. M. BORTOLATO, *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I “liberi sospesi” e gli effetti della riforma Cartabia*. Milano, Editore Associazione “Progetto giustizia penale” (2023), pp. 2-10.; V. MANCHISI, *Chi sono i “liberi sospesi”, 80mila in attesa di misure alternative per più tempo della pena*, in *Il Riformista*, 25 febbraio 2022 (www.ilriformista.it). Per una panoramica sulle sanzioni sostitutive ante riforma Cartabia, cfr. S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI e F. FALDI, *op. cit.* pp. 428-446.

⁴⁰ Su questo argomento si è recentemente pronunciata la Corte Costituzionale (sentenza 3/23), in relazione ad una questione di legittimità costituzionale sollevata dal G.I.P. del Tribunale di Savona in riferimento agli artt. 3 e 27, III co., Cost., sull'art. 656, IX comma lettera a), C.P.P., «nella parte in cui prevede “l'art. 423 bis del codice penale” senza specificazione del riferimento al solo primo comma ovvero all'ipotesi dolosa». (delitto di incendio boschivo colposo). Senza entrare nel merito della questione, è interessante evidenziare che la Corte afferma che “la disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, commi 5 e 9, C.P.C., è già stata oggetto di una nutrita serie di pronunce di questa Corte [...]. Da tale giurisprudenza emerge l'idea secondo cui «[i]l tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative costituisce un punto di equilibrio ottimale» [...] dal punto di vista del principio di eguaglianza-ragionevolezza. [...] L'ingresso in carcere per condannati che si trovano nelle condizioni di poter chiedere una misura alternativa è, in effetti, problematico tanto dal punto di vista del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., quanto dal punto di vista della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. E ciò per una pluralità di ragioni. Anzitutto, perché l'ingresso in carcere determina sempre una brusca frattura dei legami del condannato con il proprio contesto familiare, sociale e – soprattutto – lavorativo, ostacolandone un percorso di risocializzazione che potrebbe essere già iniziato durante il processo, quando il condannato stesso si trovava in stato di libertà o era comunque sottoposto a misura cautelare non carceraria [...]. In secondo luogo, perché [...] quando la pena da scontare sia breve, è assai probabile «che la decisione del tribunale di sorveglianza intervenga dopo che il

Nello specifico, il provvedimento normativo modifica alcune parti del Codice penale e della Legge 689/1981 per eliminare le «sanzioni sostitutive», cioè la semidetenzione e la libertà controllata, ed introdurre le «pene sostitutive delle pene detentive brevi»; esse ricalcano alcune misure alternative alla detenzione (semilibertà e detenzione domiciliare). La nuova classificazione è prevista nell'art. 20 *bis* C.P.:

- La semilibertà sostitutiva (con programma elaborato dall'U.E.P.E. e approvato dal giudice), per le condanne non superiori a 4 anni. Prevede un programma predisposto da detto Ufficio territorialmente competente per “*progettare, realizzare e sostenere il percorso di reinserimento sociale cui è preordinata l'ammissione*” con un numero di ore da trascorrere in istituto, almeno otto.

- La detenzione domiciliare sostitutiva (con un tempo minimo di permanenza all'esterno di quattro ore al giorno e licenze premio), per le condanne non superiori a 4 anni. Sostituisce la semidetenzione e valorizza la finalità rieducativa della pena: il giudice può incrementare la possibilità di programmi risocializzanti consentendo ai condannati di permanere fuori dal domicilio al fine di effettuare percorsi di studio, di formazione o per ragioni lavorative. Rispetto alle precedenti dieci ore, con la modifica diventano otto le ore al giorno quale frazione minima della giornata da trascorrere in Istituto. Compito dell'U.E.P.E. competente per territorio è la progettazione, realizzazione e verifica del percorso di reinserimento, assistendo il condannato in esso: una volta fuori dall'Istituto, il soggetto può destinare la parte della giornata allo svolgimento di lavoro, studio, formazione professionale o comunque momenti utili alla rieducazione (la nuova pena sostitutiva non trascura la necessità di garantire la sicurezza: così come viene stabilito per la misura cautelare degli arresti domiciliari, anche per essa non viene consentito di scontarla presso immobili abusivi e viene regolata la possibilità di adozione di braccialetto elettronico; da questo punto di vista essa ricalca l'omonima misura alternativa). Importante innovazione, anche rispetto alla misura abrogata ed alla semilibertà come misura alternativa, sono i luoghi frequentati nelle ore all'esterno i quali devono essere vicini all'Istituto penitenziario, mentre le ore da trascorrere dentro e fuori dall'istituto hanno natura flessibile e possono quindi essere variati in base alle esigenze di trattamento del reo. Viene comunque data possibilità al soggetto di permanere nella sua abitazione privata per almeno 12 ore al giorno per valide e comprovate esigenze familiari, di salute, di lavoro, studio e formazione professionale. In mancanza di domicilio, può scegliersi una comunità, una casa famiglia ed altri luoghi di accoglienza o di cura, pubblici o privati (ampia tutela viene fornita, rispetto agli spazi fisici, alle diverse esigenze degli interessati: ad esempio nei confronti di detenute madri). Vengono infine

soggetto abbia ormai interamente o quasi scontato la propria pena»; *eventualità quest'ultima* «purtroppo non infrequente, stante il notorio sovraccarico di lavoro che affligge la magistratura di sorveglianza, nonché il tempo necessario per la predisposizione della relazione del servizio sociale in merito all'osservazione del condannato in carcere»”.

anticipati i tempi di irrogazione rispetto alla concessione della omologa misura alternativa alla pena detentiva.

- La pena pecuniaria sostitutiva, per le condanne non superiori ad 1 anno.

- Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, per le condanne non superiori a 3 anni (e, se in precedenza era ristretto ad alcune violazioni del Codice della strada, ora è esteso alla generalità dei reati e ai casi in cui si procede con decreto penale di condanna: un giorno di pena “vale” due ore di lavoro di pubblica utilità, che si può prestare per un minimo di sei e un massimo di otto ore al giorno). Esso consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso Enti espressamente elencati per non meno di sei ore e non più di quindici ore alla settimana, da effettuare con modalità che non pregiudichino le esigenze di studio, lavoro, famiglia e salute del condannato⁴¹.

Fondamentale caratteristica, quindi, è quella che raddoppia la durata massima della pena sostituibile: sale da due a quattro anni per la pena detentiva e da sei mesi a un anno per quella pecuniaria.

Si estendono anche le condizioni soggettive per la sostituzione: sono eliminate le preclusioni legate a condanne a pena detentiva per fatti precedentemente commessi e vengono soppressi alcuni automatismi della legge 689/1981, ma rimane il divieto di applicazione per condanne per i reati più gravi (come terrorismo, mafia, corruzione e gli altri previsti dall’art. 4 *bis* O.P.), per il caso di revoca di altra pena sostitutiva a seguito di inosservanza degli obblighi, se il nuovo reato è stato commesso nei tre anni successivi (in tal caso si può applicare una pena sostitutiva più grave di quella revocata) e per l’applicazione di una misura di sicurezza.

Si registrano, pertanto, più flessibilità operativa e meno afflittività: ad esempio, non è considerata la sospensione della patente e, dopo l’espiazione di metà pena, può essere chiesto l’affidamento al servizio sociale mentre il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se svolto assieme ad attività di riparazione del danno, può comportare la revoca della confisca.

⁴¹ Il 20 gennaio scorso è stata applicata la prima “pena sostitutiva” sotto forma di detenzione domiciliare sostitutiva. Una donna di circa 50 anni, che perseguitava l’ex fidanzato, ha ottenuto da parte dell’Ufficio G.I.P. del Tribunale di Milano di scontare 1 anno ed 8 mesi con tale pena sostitutiva; le è stato consentito di lasciare il domicilio solo per gli appuntamenti con lo psicologo, per lavorare e per far visita alla madre (la cinquantenne era sottoposta ad arresti domiciliari per aver violato, nel settembre 2022, un divieto di avvicinamento all’uomo, oggetto di persecuzione perché la condannata non accettava la fine della relazione: le molestie erano riassumibili in più di 200 chiamate al giorno, appostamenti presso la residenza –tanto da indurre il malcapitato a cambiare dimora- ed il domicilio, affissione nei pressi di questi luoghi di manifesti con su scritto ‘ladro’, danneggiamento dello specchietto dell’automobile, abordaggi in mezzo alla strada durante uno dei quali dalla borsetta della signora era cascato anche un contenitore di acido muriatico). Il processo si è svolto col cd. Rito abbreviato (che prevede la riduzione di 1/3 della pena) ed all’imputata sono stati comminati anche 7.500 euro di acconto sul futuro risarcimento danni in sede civile.

Infine, grande spazio è dato alla discrezionalità del giudice: per pene detentive entro i due anni, egli può valutare se applicare la sospensione condizionale⁴² o sostituire la pena detentiva (in questo caso, se l'imputato non si oppone), individuando secondo il suo giudizio la pena sostitutiva sulla base del principio del minor sacrificio per la libertà personale e della maggiore congruità al fine rieducativo⁴³.

In ultimo, bisogna ricordare che la normativa *de qua* modifica la disciplina della Messa alla Prova, in “*una duplice direzione*”:

1. *Estendendone l'ambito di applicabilità, con inclusione tendenziale dei reati con pena edittale prevista sino a sei anni di reclusione;*

2. *Prevedendo che la richiesta di ammissione all'istituto possa essere presentata anche su iniziativa del pubblico ministero⁴⁴.*

A conclusione del capitolo, alcune statistiche possono risultare interessanti.

Per quanto riguarda i numeri delle persone in misura alternativa alla detenzione, essi sono andati in crescendo dal 2008 ad oggi.

⁴² Cfr. art. 163 C.P. “*Nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni [...], il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni [...]*” ed art. 164 C.P. “*La sospensione condizionale della pena è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati [...]*” ed art. 167 C.P. “*Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto. In tal caso non ha luogo l'esecuzione delle pene.*”.

⁴³ Nel breve periodo, gli esperti prevedono che la riforma possa riequilibrare, sul fronte dell'applicazione, i numeri delle pene sostitutive e quelli delle misure alternative alla detenzione, ad oggi assolutamente superiori. Diverso discorso per il sovraffollamento carcerario e per le speranze di deflazione: in altri Stati, infatti, le misure di *probation* hanno paradossalmente incrementato il ricorso all'incarcerazione per via dell'elevato quantitativo di loro *revoche*.

⁴⁴ Cit. dalla Circolare 3 del 26/10/22 del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità. Per quanto concerne il punto 1, è ampliato l'ambito di applicazione con incremento dei titoli di reato inseriti nell'art. 550, II co., C.P.P., in relazione ai quali è possibile domandare la M.A.P. Per quanto concerne il punto 2, la proposta del P.M. deve fornire durata e contenuti essenziali del programma trattamentale per la cui formulazione egli, se lo ritiene, può avvalersi dell'apporto dell'U.E.P.E. che deve fornire il proprio contributo entro 30 giorni. Se il soggetto accetta la proposta, l'istanza viene valutata dal Giudice per le indagini preliminari: se egli dà parere positivo, la documentazione viene depositata all'U.E.P.E. competente per la redazione del programma di trattamento d'intesa con l'imputato (i funzionari U.E.P.E. raccolgono tutti gli elementi necessari, ivi compresa la documentazione fornita dal condannato, redigono il programma di trattamento individualizzato secondo i modelli forniti e viene inviato all'Autorità Giudiziaria). La Circolare suggerisce per la progettazione e realizzazione di offerte e percorsi trattamentali adeguati alle singole situazioni le seguenti iniziative: sottoscrizione di convenzioni con esperti in pedagogia per la *probation* giudiziaria; specializzazioni per i funzionari in materia di *probation* penitenziaria ed indagini sociali e osservazione delle persone detenute; messa in funzione di sportelli presso i Tribunali. A questo scopo il D.G.C.M. dispone la costituzione ed apertura di sportelli per la M.A.P. e per i lavori di pubblica utilità “*che alla luce della riforma, dovranno estendere la propria competenza anche alla fase istruttoria delle pene sostitutive*”. “*L'attività degli sportelli di probation, o il rafforzamento della loro operatività ove già esistenti, costituisce il presupposto per un realistico successo della riforma e deve essere orientata sia all'efficace e fluida interlocuzione con le cancellerie delle autorità giudiziarie e con i difensori degli indagati/imputati/condannati, sia al contatto diretto e alla ricezione delle istanze e documentazioni prodotte da questi ultimi*”.

Ad aumentare in modo rilevante sono stati i numeri sulla detenzione domiciliare, in modo particolare a seguito dell'approvazione della legge n. 199 del 2010, e quelli sull'affidamento in prova ai servizi sociali.

Negli anni 2014-2019 le misure alternative hanno conosciuto un aumento in percentuale del 31,2%.

Negli ultimi anni è proseguito il *trend* di crescita, assestandosi tra il 2019 e il 2021 attorno a quota 29 mila soggetti presi in carico dagli U.E.P.E. L'affidamento in prova al servizio sociale al 31 gennaio 2021 rappresentava il 57,3% delle misure alternative attive, la detenzione domiciliare il 40,2% e la semilibertà il 2,5%.

Quasi due anni dopo, al 15 dicembre 2022, i condannati in esecuzione di misure alternative per l'anno 2022 erano 74.558, di cui 8.568 donne (le persone sottoposte ad indagini o consulenze erano 46.817), mentre le persone sottoposte a sanzioni sostitutive solo 89 e il lavoro di pubblica utilità era applicato a 9.292 condannati.

Gli stranieri erano 22.993 (il 18,9% sul totale) e la maggior parte delle donne straniere, in totale 2.632, proveniva dal continente europeo (1.446). Discorso diverso per gli uomini stranieri, dove le provenienze dall'Europa e dall'Africa divergono per meno di 1000 unità, 8.517 dal continente europeo e 7.750 da quello africano.

Il Paese straniero maggiormente rappresentato era il Marocco con 3.625 persone prese in carico, seguito da Albania (3.240), Romania (3.065), Tunisia (1.233) e Nigeria (942).

Volendo analizzare ancora più nello specifico i dati sull'anno 2022 in merito alle misure alternative (48,1 % del totale di soggetti presi in carico dagli U.E.P.E.), si riscontra la seguente situazione: l'affidamento in prova al servizio sociale contava 23.612 provvedimenti (21.517 per gli uomini e 2.095 per le donne); la detenzione domiciliare è stata concessa tramite 11.288 provvedimenti (10.085 per gli uomini e 1.203 per le donne).

La semilibertà contava 969 provvedimenti (939 per gli uomini e 30 per le donne⁴⁵).

Per quanto riguarda le sanzioni sostitutive (0,1 %), la semidetenzione contava 2 provvedimenti (solo per uomini). La libertà controllata contava 100 provvedimenti (85 per gli uomini e 15 per le donne).

I lavori di pubblica utilità (12,5 %) sono stati assegnati per un totale di 9.355 persone (8.287 uomini e 1.068 donne).

Le M.A.P. (33,1 %) sono state 24.683: 20.819 per gli uomini e 3.864 per le donne⁴⁶.

⁴⁵ Le percentuali delle misure alternative al 15/12/22 è la seguente: 65,8 % affidamento, 31,5 % detenzione domiciliare, 2,7 % semilibertà.

⁴⁶ Permane un 6,1 % che afferisce alle misure di sicurezza.

Tuttavia, nel biennio 2019-2020, anche la popolazione detenuta in carcere ha conosciuto un aumento costante che l'ha portata, nei primissimi mesi del 2020, a superare le 61 mila unità (febbraio 2020). Al 15 dicembre scorso, invece, essa contava 56.196 persone, di cui

- 53.831 uomini e 2.365 donne;
- 8.340 in attesa di primo giudizio;
- 3.754 appellanti;
- 2.593 ricorrenti;
- 828 con posizione mista;
- 40.269 condannati e 322 internati.

Un calo dovuto al combinato di misure deflattive messo in piedi nel corso dell'emergenza Covid-19 al fine di evitare che gli istituti di pena troppo sovraffollati potessero trasformarsi in focolai incontrollabili, ma soprattutto alla riduzione degli ingressi dalla libertà.

2. Il Progetto “Una Scuola come casa”.

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sul mondo del lavoro, dell'istruzione, su disparità di genere e sociali e molti altri aspetti legati alla qualità della vita, hanno colpito alcuni gruppi di persone più duramente rispetto ad altri. Tra questi gruppi vanno sicuramente incluse le persone detenute.

Per quanto le carceri siano spesso pensate come ambienti isolati e quindi in un certo senso protetti dall'esterno, la loro condizione di sovraffollamento cronico ha infatti comportato molte difficoltà nella gestione del virus. Come anticipato in premessa, l'emergenza Coronavirus nei primi mesi del 2020 ha cagionato enormi difficoltà negli Istituti Penitenziari, che hanno dovuto affrontare abnormi problematiche gestionali della popolazione detenuta sia dal punto di vista prettamente sanitario, sia per quanto riguarda gli aspetti contenitivo-comportamentali. L'emergenza sanitaria ha avuto l'effetto di riproporre e acuire alcuni dei loro problemi strutturali.

Le misure legislative volte a contenere il propagarsi del virus, all'interno delle carceri, sono state emanate nel febbraio 2020. Successivamente alla proclamazione dello stato di emergenza (marzo 2020) tali misure si sono inasprite, con la finalità ribadita di impedire i contatti tra interno ed esterno. Sono state però disposte misure cd. mitiganti, suddivisibili in interne (concessione di un maggior numero di telefonate ovvero di videochiamate con strumenti informatici-telefonici), ed esterne o deflattive.

A questo riguardo, il Decreto Legge n. 18 del 2020 (convertito successivamente in Legge n. 27 del 24/4/20) stabiliva un nuovo tipo di detenzione domiciliare, per i soggetti con pene inferiori ai 18 mesi (anche come mesi rimanenti di una condanna più lunga), comportante il

trasferimento in Strutture di assistenza e cura o direttamente presso l’abitazione (se ne parlerà più diffusamente nel prossimo paragrafo). L’effetto susseguente è stato che le presenze negli Istituti Penitenziari sono rapidamente scese⁴⁷. Pertanto, le misure adottate, volte ad alleggerire il tasso di sovraffollamento con una più agile applicazione di forme alternative alla detenzione, hanno contribuito ad attenuare la preoccupante situazione all’interno delle carceri. Ciò nonostante, da un’analisi effettuata in collaborazione con il Provveditorato Regionale e le Direzioni degli Istituti Penitenziari distrettuali, è emerso che un buon numero di detenuti, potenzialmente soggetti ammissibili alla misura alternativa della “detenzione domiciliare”, per comportamento e termini giuridici, non ha potuto beneficiare della misura in quanto privo del requisito.

La maggior parte di questi “problemi giuridici” riguarda le persone detenute straniere, cioè provenienti da Stati al di fuori dell’Unione Europea. La problematica della presenza di detenuti stranieri nelle carceri (e, di conseguenza, nella fruizione delle misure alternative) rispetto al periodo in cui fu riformato l’ordinamento penitenziario è da alcuni anni divenuto di rilevanza centrale.

Tra le notevoli difficoltà vi era l’assicurare una occupazione lavorativa a queste persone detenute, soprattutto a causa del mancato rilascio, da parte di alcuni uffici distrettuali delle imposte dirette, del codice fiscale a coloro che non fossero in possesso di un valido documento di identità e di un regolare permesso di soggiorno.

Pertanto, in questi ed in molti altri casi le persone detenute extracomunitarie non riescono ad accedere alle misure alternative. La Magistratura di Sorveglianza ha avuto remore nel concedere a persone detenute prive di permesso di soggiorno permessi premiali e misure alternative a causa dell’impossibilità di realizzare un inserimento potenzialmente stabile nella società dello straniero ex detenuto (a seguito della L. 189/02, cd. Legge Bossi Fini, che rese automatica l’espulsione nei confronti di chi abbia subito una condanna penale⁴⁸). Secondo l’orientamento prevalente dei Tribunali di Sorveglianza l’affidamento viene concesso solo se

⁴⁷ Per la precisione, da 120 persone detenute ogni 100 posti nel febbraio 2020 si è passati a 114 a marzo e ad aprile a 110. Il tasso più basso, prima della lenta risalita già accennata, è stato 107,7 detenuti ogni 100 posti nel maggio scorso.

⁴⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 30130 del 17/7/03, in *Rivista Penale*, 2003, fasc. 09, p. 697. Successivamente sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno stabilito che “*dall’analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione*” si deduce l’applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche alle persone detenute extracomunitarie entrate illegalmente in Italia e prive di permesso di soggiorno “*per il rilievo costituzionale che rivestono , la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena*”; cfr. Cass. Pen. SS.UU., 28/3/06 in *Guida al diritto*, 22/06, p. 50. Tale orientamento è stato confermato dalla Corte Costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 47/48/50 O.P. “*ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l’accesso alle misure alternative da essi previste*”; cfr. C. Cost., 78 del 5/3/07, in *Guida al Diritto* 17/2007, pp. 82 e ss.

sono presenti: un ambiente familiare idoneo, un'attività lavorativa che permetta al soggetto di sostenersi autonomamente fuori dal carcere, un alloggio, e così via. Analoga considerazione per la detenzione domiciliare: lo straniero deve avere una dimora ed una possibilità di mantenersi; la mancanza di un permesso di soggiorno rende altamente difficile per gli extracomunitari la stipula di un contratto di locazione.

Durante la fase iniziale della pandemia, e precisamente nella tarda primavera del 2020, nell'ambito della Scuola di Formazione e Aggiornamento del Corpo di Polizia e del Personale dell'Amministrazione Penitenziaria "Andrea SCHIVO" di Cairo Montenotte (SV), si è ipotizzato, vista la necessità di dover appaltare i lavori di manutenzione e pulizia della Struttura e considerata la sua disponibilità, di offrire ai soggetti sopra citati non solo un idoneo domicilio, ma anche la concreta possibilità di svolgere attività lavorativa. Tale iniziativa si è concretizzata in un progetto-intervento per un modello di esecuzione pensale integrata, chiamato "Una scuola come casa". Esso è da intendersi non un mero atto di accoglienza, ma un vero e proprio strumento di inclusione sociale, con il proposito generale della promozione di politiche di riduzione di affollamento negli Istituti Penitenziari, di incrementare le occasioni lavorative per le persone in esecuzione di pena e di favorire la condivisione dei valori dell'Amministrazione Penitenziaria con particolare riguardo al senso di dignità che il lavoro conferisce.

L'obiettivo principale di questo Progetto è la creazione di uno spazio abitativo/lavorativo di estrema valenza risocializzante, la cui finalità è quella di consentire di portare a compimento positivamente il percorso di reinserimento sociale e di riabilitazione, intrapreso in carcere, a quei soggetti, invero numerosi, che per mancanza materiale di idoneo domicilio vedono il loro proponimento di reintegrazione nella società arenato e che probabilmente, al termine della pena, andrebbero incontro a grosse problematiche di reinserimento. Quindi, sviluppo della cultura istituzionale ed adesione ai principi dell'etica professionale assieme al sostegno del modello detentivo del reinserimento nella società.

L'obiettivo specifico è il consolidamento e l'accrescimento della condivisione dei valori dell'Istituzione Penitenziaria con riguardo al senso della pena ed al rispetto della dignità dell'uomo, valorizzando il sapere tecnico per innalzare la qualità della vita detentiva e contribuire a contrastare la recidiva, favorendo il confronto e la diffusione delle "buone prassi" nei procedimenti di trattamento, reinserimento, integrazione sociale e giustizia riparativa.

Parallelamente, vi è anche l'obiettivo di realizzare un progetto che consenta all'Amministrazione Penitenziaria un sensibile risparmio sul costo delle indifferibili spese di pulizia e manutenzione della struttura che, altrimenti, dovrebbero comunque essere appaltate, con altri e maggiori costi, ad aziende esterne.

Si è calcolato che fossero necessarie 10-12 persone, operanti almeno 5 giorni su 7, per tali incombenze. Come già specificato, è stato intuito che potesse essere usata per raggiungere tale numero di manodopera la popolazione detenuta che avrebbe avuto accesso alle misure alternative (in special modo alla detenzione domiciliare *ex* L. 199/10), ma senza i presupposti alloggiativo/residenziali.

I soggetti interessati, infatti, sono principalmente persone detenute ammissibili alla misura alternativa della detenzione domiciliare, aventi una pena residua non inferiore all'anno (ma possono essere selezionati anche soggetti in affidamento in prova, in semilibertà ed in attività di lavoro esterno *ex* art. 21 O.P.: queste ultime tipologie comportano che la persona detenuta non risieda presso la Scuola, ma presso l'Istituto Penitenziario di provenienza), i quali vengono assunti a contratto, in convenzione, dalla cooperativa sociale vincitrice di apposito appalto per le opere di manutenzione delle aree verdi e di pulizia della Scuola. Attualmente il numero massimo ammissibile è di 13 unità, considerata la disponibilità abitativa di 13 camere singole.

La selezione dei soggetti avviene, dal punto di vista istituzionale, con ciclici interPELLI, a seguito dei quali le Direzioni degli Istituti raccolgono le adesioni da parte degli interessati e le trasmettono alla Direzione della Scuola per una valutazione dei profili giuridici e comportamentali. La Direzione della Scuola valuta l'istanza ed il parere del G.O.T. e verifica se vi è posto presso i locali selezionati per l'alloggio: in caso positivo viene rimandata l'istanza con parere positivo ed a quel punto la Direzione del carcere inoltra tutta la documentazione all'Ufficio di Sorveglianza competente per l'emanazione del provvedimento da parte del Magistrato ovvero del Tribunale di Sorveglianza. Una volta che l'Autorità Giudiziaria ha emesso l'ordinanza sulla misura richiesta, la persona detenuta viene posta in partenza e può raggiungere la Scuola o libero nella persona oppure accompagnato dalla Polizia Penitenziaria dell'Istituto di provenienza⁴⁹.

La *partnership* lavorativa, invece, è stata individuata nel 2020 in due aziende. Nel giugno 2022 viene emanato un nuovo bando (per un contratto valevole fino al giugno 2023) che viene vinto da 3 cooperative. I lavoratori vengono assunti a contratto dalle predette Cooperative, con le modalità previste dalle vigenti normative, per 30 ore settimanali, dal lunedì al sabato; lo stipendio è di circa 1.000 euro al mese. Oltre alla cura del verde ed all'effettuazione delle pulizie, viene prevista la applicazione di operatori bar presso lo spaccio della Scuola.

Per quanto riguarda le modalità operative, i soggetti selezionati vengono alloggiati in camere singole della palazzina "Caserma agenti" (adiacente la locale mensa), dotate di servizi autonomi e frigorifero, situate al primo piano. Hanno la possibilità di uscire dalla Struttura per

⁴⁹ Attualmente sono operanti 11 persone: 7 persone in affidamento in prova, 2 persone in semilibertà, 2 persone in lavoro esterno *ex* art. 21 O.P.

l'acquisto dei generi alimentari e di altri generi idonei al loro sostentamento ed alla vita quotidiana (in genere dalle 7 alle 9 e dalle 16 alle 18). Hanno l'obbligo di permanere esclusivamente nei propri alloggi e negli spazi in comune dalle ore 22,00 alle ore 08,30. In caso di conclusione della pena, l'attività lavorativa si conclude ed il contratto viene risolto.

L'idea che ha il Direttore della Scuola per i prossimi anni in merito al Progetto è sicuramente di creare una struttura idonea per l'alloggiamento degli attuali soggetti, incrementando il numero di posti letto. Per quanto concerne le attività lavorative, negli anni passati era stato proposto di utilizzare un garage della Struttura per riparare i mezzi dell'Amministrazione Penitenziaria, così come di programmare un corso per la formazione di personale di sala e di cucina da inquadrare nell'ambito della ristorazione.

3. Riflessioni finali.

In conclusione, come si può immaginare il futuro delle misure alternative al carcere, anche alla luce del Progetto innovativo appena descritto?

Di sicuro, a livello generale, esso dipenderà dalla capacità del sistema di raggiungere obiettivi di efficienza ed effettività in materia di esecuzione penale esterna.

È indubbio che sarebbe oltremodo prioritario intervenire normativamente per razionalizzare il complesso apparato sanzionatorio stabilito dai Codici e dalle Leggi collegate, il quale – come è noto – dopo il Codice Rocco ed il Codice Vassalli si è formato per “stratificazione”, novella dopo novella, riforma dopo riforma, non sempre in maniera organica e coordinata. Ma è palese altresì che sia necessario anche un serio investimento nella direzione dell'efficienza e dell'effettività delle misure *de quibus*.

Innanzitutto, prevedendo tempi ragionevoli (*id est*, eliminando l'annoso problema dei “liberi sospesi”).

Inoltre, è auspicabile che, anche a seguito della introduzione della messa alla prova nel processo di cognizione e della Riforma Cartabia, il problema delle misure alternative al carcere non rimanga ancora “scaricato” solo sulla Magistratura di Sorveglianza. Si pensi alla procedura della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art.* 656, V co., C.P.P.: quando viene applicata da parte dei giudici di cognizione una pena detentiva sotto i quattro anni, è altamente probabile che non sarà quella la pena da eseguire, perché verrà concessa una misura alternativa da parte di un altro giudice, quello di Sorveglianza. In questo fenomeno non vi è chi non veda una sorta di deresponsabilizzazione dei primi giudici nei confronti di questi ultimi. La Riforma Cartabia, però, ha disposto che il giudice di cognizione, sempre entro il limite di quattro anni di pena, possa applicare pene sostitutive, tra le quali si ritrovano alcune – semilibertà e detenzione domiciliare – “sovrapponibili” alle corrispondenti misure alternative alla detenzione. Si può

ritenere che, in tal senso, si sia restituito al giudice di cognizione il suo naturale ruolo di giudice della pena, così che egli debba valutare ed infliggere la punizione non prima eventualmente di aver accolto elementi di prova utili a tale scopo, e che debba individualizzarla per mezzo dei programmi di trattamento redatti dal competente U.E.P.E.

Tali misure, in generale, necessitano d'altra parte di investimenti anche economici. Nei programmi dei Governi in materia di giustizia è sovente indicato il tema dell'edilizia penitenziaria, che viene esplicitato più spesso con lo slogan della di costruzione di nuove carceri (e, meno spesso, con l'intenzione di ammodernare o ristrutturare strutture esistenti). In passato raramente si parlava però di esecuzione della pena nella comunità e della realtà degli uffici di esecuzione penale esterna. L'esecuzione della pena nella comunità richiede una forte sinergia tra amministrazione centrale ed enti locali, tra pubblico e privato sociale. Ma è innegabile che comporti anche un ampio risparmio di risorse (sia economiche che in termini di operatori).

Vi è infine, correlata a quella dell'efficienza, una questione di effettività. Le misure alternative alla pena detentiva possono rappresentare davvero una soluzione ulteriore al carcere se, nell'effettività per l'appunto, sono in grado di manifestarsi come dei veri e propri periodi in cui l'autore del reato utilizza il tempo per svolgere un'attività di "compensazione" del danno procurato alla società producendo benefici ai consociati. A ciò sono chiamati i giudici, disponendo le attività da compiere. A ciò è chiamato il Governo (centrale e locale), investendo risorse sull'elaborazione di progetti per tale tipo di esecuzione penale. A ciò sono chiamate, infine, l'Amministrazione Penitenziaria e l'Amministrazione di Comunità, continuando con scrupolosità e dedizione l'opera di utilizzo delle Strutture non prettamente carcerarie per fornire luoghi e modi di espiare le misure alle persone che diversamente non potrebbero fruirne, così come accade presso la Scuola di formazione penitenziaria di Cairo Montenotte, dedicata ad Andrea Schivo.