

queste istituzioni

**La riserva di programmazione pubblica
dei servizi e delle risorse finanziarie:
alcune considerazioni emergenti
dall'affermazione del c.d. diritto
all'affettività dei detenuti**

Emanuele Comi

Numero 1/2025

4 aprile 2025

La riserva di programmazione pubblica dei servizi e delle risorse finanziarie: alcune considerazioni emergenti dall'affermazione del c.d. diritto all'affettività dei detenuti

di Emanuele Comi*

Sommario

1. Introduzione. – 2. La diretta determinazione della prestazione ad opera della Corte costituzionale. – 3. Il «grave pregiudizio all'esercizio di un diritto» e la giurisprudenza degli uffici di sorveglianza. – 4. La programmazione pubblica dei servizi e delle risorse finanziarie e la riserva di amministrazione. – 5. Spunti conclusivi: la necessaria salvaguardia del principio di programmazione e della sua riserva.

Sintesi

La sentenza n. 10/2024 della Corte costituzionale, così come è stata applicata dalla giurisprudenza della Cassazione e della magistratura di sorveglianza, ha comportato non solo l'emersione di un "diritto all'affettività", ma anche l'affermazione di un obbligo di prestazione (specifica e dettagliata) della cui erogazione è stata onerata l'Amministrazione penitenziaria. Di fronte alla perdurante inerzia del legislatore, alle varie strutture detentive viene, così, imposto (meglio, ordinato) di esaudire le richieste di «colloqui intimi» entro termini perentori, senza alcuna considerazione della situazione organizzativa. Se il riconoscimento di tale diritto è stato salutato con soddisfazione dalla dottrina che si occupa della condizione carceraria, non può non rilevarsi che la soluzione applicativa cui è arrivata la giurisprudenza di merito stravolge la programmazione pubblica dei servizi e delle risorse finanziarie, ledendo la riserva di amministrazione e il principio di programmazione pubblica. Lo strumento programmatico, tuttavia, è l'unico che è in grado di garantire una ponderata soddisfazione nell'erogazione di tutte le componenti del trattamento penitenziario e rieducativo, in condizioni di effettiva eguaglianza e parità tra i fruitori.

Abstract

Constitutional Court ruling no. 10/2024, as applied by the jurisprudence of the Court of Cassation and the surveillance judiciary, has not only led to the recognition of a "right to affection" but has also established an obligation to provide a specific and detailed activity, which has been imposed on the prison Administration. Due to the continuing inertia of the legislator, detention facilities are now required (or rather, ordered) to fulfil requests for "intimate visits" within strict deadlines, without any consideration of their organizational circumstances. While the recognition of this right has been welcomed by scholars focusing on prison conditions, it must be noted that the solution adopted by case law disrupts the public planning of services and financial resources, infringing upon the principle of administrative discretion and public programming. However, the planning framework remains the only tool able of ensuring a balanced provision of all components of the prison treatment and rehabilitation, in conditions of genuine equality and fairness among beneficiaries.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea, docente a contratto di Diritto dell'economia – Università degli studi di Bergamo. Si ringrazia sentitamente la prof.ssa A. LORENZETTI per i preziosi suggerimenti. Resta inteso che eventuali errori o imprecisioni sono addebitabili esclusivamente all'autore.

Parole chiave

Principio di programmazione – Principio di pianificazione – Riserva di amministrazione – Riserva di procedimento programmatico – programmazione pubblica di servizi.

1. Introduzione.

A seguito della sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale¹ si è iniziato a definire – anche nell’ordinamento italiano – il c.d. diritto all’affettività delle persone detenute². Più recentemente è intervenuta la Corte di cassazione, qualificando questa situazione giuridica soggettiva come “diritto”³. Infine sono state pubblicate un paio di decisioni della magistratura di sorveglianza che accolgono i reclami ex art. 35-bis e art. 69 l. n. 354/1975 di alcuni detenuti, cui era stata negata dall’Amministrazione penitenziaria la «possibilità di svolgere colloqui intimi» con il coniuge o il partner, e ordinano alla struttura

¹ Corte Cost., sent. 26 gennaio 2024, n. 10, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2024, fasc. 1, pag. 74 e ss. e in *www.sistemapenale.it*, con nota di I. GIUGNI. Sulla decisione la dottrina si è ampiamente soffermata (senza pretesa di completezza, tra gli altri, L. BLUMETTI, “Affettività” intramuraria e tutela della salute dei detenuti, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2024, 38-70; M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l’affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, in *Federalismi.it*, 2024, fasc. 16, pag. 136-179; A. MENGhini, *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale*, in *Il foro italiano*, 2024, fasc. 5, parte I, col. 1369-1374; V. VALENTI, *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, in *Consulta online*, 2024, fasc. 1, pag. 345-367. Alcuni commenti, in particolare, sono particolarmente rilevanti per quanto si dirà, poiché si sono concentrati sugli aspetti organizzativi e sui risvolti “applicativi” della decisione. Tra gli altri, ad esempio, A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta online*, 2024, fasc. 1, pag. 163 – 165; V. CIACCIO, *L’affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, in *Federalismi.it*, 2024, fasc. 16, pag. 23-39.

² È da lungo tempo, al contrario, che si discute il tema dell’affettività in carcere, con differenti declinazioni del contenuto del lemma “affettività” (che, nella decisione in argomento, pare escludere il “diritto alla procreazione naturale”, cfr. M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l’affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 170 e ss.). Dopo la sentenza della Corte si veda, ad esempio, la bibliografia richiamata da V. VALENTI, *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 350 – 351, in nota 14. Già prima, tuttavia, la dottrina aveva indagato ampiamente il tema, si veda, ad esempio, S. TALINI, *L’affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; ID., *L’affettività ristretta*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di) *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, ESI, Napoli, 2017, pp. 224-227; S. GRIECO, *Il diritto all’affettività delle persone reclusi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, fasc. 2 bis, pag. 1 – 38. Vi sono state anche ricostruzioni metagiuridiche della questione, come in G. MOSCATELLI, *Carcere e affettività: rieducazione o spersonalizzazione del detenuto?*, in *Archivio penale*, 2023, fasc. 1, pag. 49 – 64. Nel testo si utilizzerà riassuntivamente la locuzione “diritto all’affettività” per ricomprendere un vasto novero di situazioni giuridiche soggettive variamente tutelate nel nostro ordinamento e che attengono alla sfera affettiva e sessuale delle persone detenute e dei loro familiari (esamina il “molto vasto e sfaccettato” perimetro del termine sempre V. VALENTI, *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 350 – 352). Nota una parziale insufficienza della decisione n. 10/2024 per quello che riguarda i detenuti in regime speciale di cui all’art. 41 bis o.p. e sottoposti a sorveglianza particolare, nonché per gli altri familiari che non potrebbero accedere ai colloqui non sorvegliati I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell’attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, fasc. 4, pag. 286-307, specialmente pag. 301-305.

³ Cass. Pen., sez. I, sent. 2 gennaio 2025, n. 8, inedita, in *www.giurisprudenzapenale.com* e in *www.sistemapenale.it* con nota di G.L. GATTA.

carceraria di adeguare dei locali e di consentire la realizzazione del «colloquio visivo intimo» entro 60 giorni⁴.

Come ha evidenziato la dottrina, nel sistema delle fonti del diritto penitenziario e – in particolare – nella dinamica delle stesse, un ruolo peculiare e molto importante è da riconoscere alla giurisprudenza⁵, che ha teso a modificare e integrare (*recte*, manipolare) le previsioni normative⁶. Con le peculiari modalità con cui si è data attuazione al giudicato costituzionale della sentenza n. 10/2024, su cui ci si soffermerà nel presente scritto, si può forse dire che la giurisprudenza sia arrivata a cercare di plasmare anche l'organizzazione penitenziaria, tentando di conformare la programmazione pubblica di servizi e risorse dell'Amministrazione carceraria.

Nel caso in questione, in particolare, la Corte costituzionale ha adottato una sentenza che – in ragione dell'interpretazione che è stata data dalla Cassazione penale e dagli uffici di sorveglianza – si è tramutata presto da una c.d. “additiva di principio”⁷ ad una decisione “additiva di prestazione”⁸. A

⁴ Ci si riferisce all'ordinanza 4 febbraio 2025 n. 149 dell'Ufficio di sorveglianza di Spoleto e all'ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383 dell'Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia.

⁵ A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, specialmente pag. 147 – 152.

⁶ Sempre A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, op. cit., pag. 150 – 151, con un'ampia ricostruzione del dibattito in corso circa i rapporti tra legislatore e potere giudiziario.

⁷ È ben noto che anche le sentenze formalmente demolitorie possano avere effetto additivo quando la caducazione della norma faccia venir meno una causa ostativa (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, pag. 215). Propone la tesi che la sentenza n. 10 del 2024 sia “additiva di principio” A. RUGGERI, secondo il quale «la pronuncia appartiene al *genus* delle additive di principio», sempre più frequenti in tempi recenti nella giurisprudenza costituzionale (ID., *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, op. cit., pag. 163) e M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 175. Di analoga opinione I. GIUGNI (ID., *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., specialmente pag. 297 – 299), che evidenzia la “caratteristica peculiare” della decisione, in quanto detta «indicazioni così precise da consentire l'applicazione immediata e durevole da una parte dell'amministrazione» e V. CIACCIO (ID., *L'affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, op. cit., pag. 24), che parla, identicamente, di “alcune peculiarità” della decisione rispetto alla categoria generali delle “additive di principio”.

⁸ La dottrina ha evidenziato la possibilità che le decisioni della Corte possano avere una natura “mista”, soprattutto laddove sia presente un “dispositivo multiplo” (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 217). Nel caso in questione, la sentenza potrebbe anche essere ricondotta – prima della torsione che vi ha dato la giurisprudenza della Cassazione e della magistratura di sorveglianza in termini di prestazione coercibile – ad una normale sentenza caducatoria, ma con un (inusuale) monito all'Amministrazione. Vi è stato chi ha ritenuto “autoapplicativa” la decisione (così V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 363 e M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 176.; in senso analogo anche I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., specialmente pag. 288 e 299 – 300, che evidenzia come l'applicazione della decisione richieda «la mediazione dei direttori degli istituti e della magistratura di sorveglianza», *ibidem*, pag. 288), mentre altri hanno ritenuto che, mancando una base legislativa, l'Amministrazione non potrebbe dare esecuzione alla sentenza (tale posizione, che ci si sente sommamente di non condividere per quanto si dirà, è sostenuta, ad esempio, da V. CIACCIO, *L'affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, op. cit., specialmente pag. 24, 26 e 32 – 35).

Oltre a quanto si dirà più oltre in nota 16, l'inquadramento delle decisioni additive di prestazione all'interno della giurisprudenza costituzionale e della dinamica delle fonti è stato recentemente ricordato da N. PALAZZO, *La*

distanza di circa un anno dalla decisione del giudice delle leggi, infatti, la magistratura di sorveglianza ha deciso di dar sostanza a tale “diritto”, accogliendo i reclami presentati da alcuni detenuti e imponendo un *facere* specifico all’Amministrazione penitenziaria⁹ al fine di soddisfare le (legittime) richieste dei reclamanti.

Come si cercherà di dimostrare, dalle decisioni in commento emergono – globalmente, a livello ordinamentale – alcuni aspetti di assoluto rilievo con riferimento alla programmazione pubblica dei servizi e alla giustiziabilità della stessa. Inoltre, la costruzione giurisprudenziale di una pretesa all’«affettività intramuraria» pone alcune problematiche di sistema circa l’organizzazione dell’Amministrazione penitenziaria e la sua capacità di gestione (meglio, programmazione) delle risorse finanziarie assegnate, comprimendo la cosiddetta “riserva di amministrazione” e, in particolare, la “riserva di procedimento” di programmazione.

Preliminarmente, è opportuno evidenziare che ci si riferirà alle attività che l’Amministrazione dovrà porre in essere per assicurare il “diritto all’affettività” in termini di “servizio”, in quanto, ad avviso di chi scrive, si tratta – dal punto di vista oggettivo e contenutistico – di prestazioni che la pubblica amministrazione è tenuta ad erogare, insieme agli altri elementi che costituiscono il cosiddetto trattamento penitenziario e rieducativo¹⁰.

Sempre a livello introduttivo e definitorio, infine, è necessario rilevare come, nell’ambito dell’esecuzione penale, vi è una tendenza a configurare tutte le posizioni giuridiche soggettive dei detenuti come “diritti”, sebbene talvolta si possa fondatamente dubitare di tale identificazione¹¹. Inoltre, è già stato

Corte costituzionale legislatore, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, fasc. 1, pag. 189 – 218, specialmente pag. 196 – 199 e la bibliografia ivi richiamata.

⁹ Si tornerà più oltre con maggior precisione sul contenuto condannatorio delle ordinanze in questione.

¹⁰ L’esame dell’attività materiale concretamente svolta (o che dovrebbe essere svolta) dall’Amministrazione carceraria per il c.d. trattamento può suggerire una ricostruzione del trattamento dei detenuti in senso di servizio pubblico. Nel dettagliare i contenuti delle diverse fattispecie di trattamento, le norme contenute nella legge n. 354/1975 individuano chiaramente, a parere di chi scrive, alcune forme di servizio. A titolo esemplificativo, la fornitura «di biancheria, di vestiario e di effetti di uso in quantità sufficiente» (art. 7, comma 1 legge 26 luglio 1975, n. 354) e un adeguato corredo per il proprio letto (art. 6, comma 7); la garanzia di «docce fornite di acqua calda, nonché di altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona» (art. 8, comma 1); l’organizzazione dei «servizi per il periodico taglio dei capelli e la rasatura della barba» (art. 8, comma 2). Qualcuno evidenzia come alcuni elementi del trattamento non vengano effettivamente erogati, come ad esempio quelli previsti dall’art. 7 l. n. 354/1975, mai concretamente applicato e che configura uno dei rari casi di consuetudine *contra legem*. Sul punto, si veda F. PICOZZI, *È applicabile anche ai detenuti “41-bis” il divieto di possedere vestiti costosi*, in *Cass. Pen.*, 2013, 7-8, pp. 2801-2805; ID., sub *Art. 7 o.p.*, in G. RUSSO, S. CONSOLO (a cura di), *Codice penitenziario commentato*, Laurus Robuffo, Roma, 2023, pag. 56 – 57.

Tale ipotesi ricostruttiva, per altro, sembra in linea con l’impostazione che traspare da alcune recenti riforme, come quella in tema di giustizia riparativa. In particolare, ci si riferisce alle modalità di attuazione dei programmi di giustizia riparativa, per il tramite dei “centri per la giustizia riparativa”, istituiti sulla base del «fabbisogno di servizi sul territorio» (art. 63, comma 5 lett. a) d.lgs. n. 150/2022), in modo che «i Centri assicurino, nello svolgimento dei servizi, i livelli essenziali delle prestazioni» (art. 63, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 150/2022). *Amplius*, A. LORENZETTI, *Art. 15 bis*, in G. RUSSO, S. CONSOLO (a cura di), *Codice penitenziario commentato*, coordinato da Vincenzo Lamonaca, Laurus Robuffo, Roma, 2023, pag. 139 – 143, specialmente pag. 140 – 141.

¹¹ In parte tale ricostruzione in termini di “diritti” sembra volta a permettere l’accesso al gravame giurisdizionale – che ha forma di reclamo – previsto dal combinato disposto dell’art. 35-*bis* e art. 69 L. n. 354/1975. Il reclamo, in particolare, è ammesso, oltre che per contestazioni circa l’esercizio del potere disciplinare, solamente

notato che nella materia dei servizi pubblici si riscontra talvolta una sovrapposizione tra linguaggio economico e giuridico, con il rischio di ulteriore confusione¹². In queste poche considerazioni che si svolgeranno a partire dalla giurisprudenza richiamata non vi è spazio per cercare di ricostruire o per proporre una qualificazione della natura della situazione giuridica soggettiva del detenuto che aspiri ai «colloqui intimi», per altro già fatta dalla Corte di cassazione¹³. La dottrina, comunque, si occupa da lungo tempo e diffusamente della “consistenza” dell’aspettativa di erogazione di un servizio pubblico¹⁴ e, con minor copiosità, anche della posizione giuridica soggettiva dei detenuti¹⁵. Nelle conclusioni, tuttavia, ci si soffermerà sulle conseguenze che tale qualificazione (in termini di “diritto all’affettività”) ha sull’attività amministrativa di programmazione e sull’organizzazione pubblica.

2. La diretta determinazione della prestazione ad opera della Corte costituzionale.

Il primo profilo di interesse che si ravvisa è il contenuto peculiare della decisione “additiva di prestazione” del Giudice delle leggi: infatti, differentemente dalle sentenze che, nel corso degli anni, hanno accolto le questioni di costituzionalità istituendo una nuova prestazione dal contenuto meramente patrimoniale a carico dello Stato¹⁶, in questo caso la Corte ha introdotto un obbligo organizzativo e materiale e ha

per «l’inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti» (art. 69, comma 6, lett. b) Legge 26 luglio 1975, n. 354). Si è così iniziato a cercar di configurare – come emerge dalle richieste esaminate nella giurisprudenza del giudice di sorveglianza – l’esistenza, ad esempio, di un “diritto al pasticcino fresco” come parte di una sana e adeguata alimentazione (Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia, ordinanza 17 settembre 2024, n. 3306 in *Osservatorio sull’esecuzione penale*, all’indirizzo osep.jus.unipi.it) oppure di un “diritto a poter scorgere il cielo” quale declinazione del diritto alla salute e a una detenzione “conforme al senso di umanità” (Tribunale di sorveglianza di Bologna, ordinanza 18 settembre 2024, n. 3441 in *Osservatorio sull’esecuzione penale*, all’indirizzo osep.jus.unipi.it con nota di S. COLLETTI, “Per poter scorgere il cielo è necessario appoggiarsi al muro e sporgere la vista pressoché verticalmente”, 15 ottobre 2024, *ibidem*). Ricorda A. LORENZETTI (ID., *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, op. cit., pag. 148 – 149) il “diritto a circolare nella sezione in ciabatte” o il “diritto a disporre di una sedia ergonomica”.

¹² Evidenzia tale sovrapposizione e il rischio di confusione F. MERUSI (ID., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AA. VV., *Annuario AIPDA 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 63 – 85, precisamente a pag. 66). Anche A.M. OFFIDANI (ID., *Studi sull’ordinamento giuridico speciale*, Giappichelli, Torino, 1953, pag. 82 e ss.) evidenziava come, specularmente, l’utilizzo impreciso di concetti giuridici nell’ambito dell’ordinamento speciale di supremazia – cui in passato era ricondotto la situazione del detenuto – portasse ad una difficoltà ricostruttiva.

¹³ Ricostruzione, per il vero, piuttosto sintetica, contenuta in Cass. Pen., sez. I, 2 gennaio 2025, n. 8, in termini di “diritto ai colloqui in condizioni di intimità”.

¹⁴ A partire dalle antesignane considerazioni in D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro italiano*, 1988, fasc. 5, parte V, col. 205 – 219 e in G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, fasc. 3, pag. 755 – 784. Il tema è stato particolarmente indagato con riferimento al diritto alla salute (cfr. C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in R. FERRARA (a cura), *Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 381 – 444).

¹⁵ A partire dal risalente L. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell’amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro amministrativo*, 1994, fasc. 1, pag. 9 – 34 e, più recentemente, A. BONOMI, *La Corte dichiara incostituzionale il divieto di cuocere cibi per i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro”: la conclusione persuade, ma la motivazione non convince*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, fasc. 5, pag. 2096 – 2105.

¹⁶ Nel corso degli anni non sono mancate, seppur non frequenti, le pronunce del giudice delle leggi che riscontravano l’illegittimità di alcune disposizioni laddove non prevedessero prestazioni a carico dei pubblici poteri. Si segnala, ad esempio, Corte Cost., sent. 27 aprile 1988, n. 497, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, parte I, pag.

contestualmente previsto un dettagliato elenco di requisiti e di modalità per adempiere alla pretesa di «affettività intramuraria», dettando anche dei limiti¹⁷.

Partendo dalla constatazione che il controllo a vista sullo svolgimento dei colloqui comprima in modo irragionevole e non proporzionale una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, sia dei detenuti che del coniuge o del partner,¹⁸ la Corte «al fine di garantire l'effettività dei principi di cui si è detto finora e di salvaguardare l'esercizio della discrezionalità legislativa»¹⁹ impone degli obblighi organizzativi e materiali agli istituti penitenziari²⁰, con indicazioni talvolta molto precise. Ad esempio, «la durata dei colloqui intimi deve essere adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma neppure la esclude»²¹,

2209 e ss., con cui la Corte aveva ritenuto incostituzionale l'ammontare dell'indennità di disoccupazione fissata per legge per talune categorie di soggetti, a causa dell'erosione del potere di acquisto verificatosi a seguito dell'inflazione. Ancora, la sent. 9 gennaio 1991, n. 1, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pag. 3 e ss. in tema di trattamento pensionistico di alcuni dipendenti pubblici (nel senso che si tratti di una sentenza additiva di prestazione si veda M. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. III, ed. ConsultaOnline, 2020, pag. 111 – 129, precisamente in nota 14 a pag. 115). Più recentemente, anche Corte Cost., sent. 26 gennaio 2009, n. 19, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 1, pag. 128 e ss. sul riconoscimento del congedo per assistenza di familiari disabili e sent. 6 febbraio 2009, n. 28, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 1, pag. 201 – 206, con nota di R. CHIEPPA, *Giusti benefici economici a favore di danneggiati da somministrazione di emoderivati (nella specie immunoglobulina antitetanica), ma con vantaggi per le imprese farmaceutiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 1, pag. 206 – 209, con cui la Corte costituzionale, nel ritenere irragionevole il mancato riconoscimento di un indennizzo per danno da emotrasfusione dovuto a contagio di epatite, diversamente da quanto previsto per l'HIV, ammetteva alla provvidenza economica in argomento anche i primi. Da ultima, la decisione Corte Cost., sent. 20 gennaio 2022, n. 10 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, fasc. 1, pag. 129 – 142, con note di M. LUPANO, *La Corte estende il patrocinio a spese dello Stato in mediazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, fasc. 1, pag. 141 – 148 di M. TROISI, *L'istituto del patrocinio a spese dello Stato quale "spesa costituzionalmente necessaria"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, fasc. 1, pag. 148 – 157 in tema di necessità di garantire il patrocinio a spese dello Stato anche per l'attività difensiva nella mediazione obbligatoria conclusa con successo.

Per le decisioni additive volte a tutelare «i diritti [...] di rilievo sociale, è preferibile usare il termine “di prestazione”, visto che essere soddisfano pretese patrimoniali» (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 208), mentre è in uso la locuzione “di garanzia” quando riguardano «diritti soggettivi garantiti costituzionalmente» (*ibidem*, pag. 208). Nel caso in questione, tuttavia, la Corte non ha introdotto un beneficio economico, ma una “aspettativa” (tutelata dall'ordinamento) ad una prestazione sociale, in maniera molto simile a quello che la dottrina risalente chiamava “interessi di servizio pubblico” (D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro italiano*, 1988, fasc. 5, parte V, col. 205 – 219).

¹⁷ Parla di «precise “linee guida”» e di «“paletti”», che sembrano andare oltre anche rispetto al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 363 – 364.

¹⁸ Quali la dignità della persona e il rispetto della vita privata e familiare. Vi è stato chi ha notato una “tecnica di assorbimento dei vizi” particolare, poiché la Corte si è comunque pronunciata con riferimento ad una pluralità di parametri, ma non tutti quelli enunciati dal rimettente (A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, op. cit., pag. 163 e M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 174). Tale assorbimento sarebbe, in particolare, volto ad evitare *de plano* l'applicazione del meccanismo “risarcitorio” previsto dall'art. 35-ter o.p., con la riduzione della pena (*ibidem*, pag. 175).

¹⁹ Corte Cost., sent. 26 gennaio 2024, n. 10, par. 6.1 del considerato in diritto.

²⁰ Che il giudice delle leggi ha cura di introdurre in maniera più velata con una vaga perifrasi («questa Corte intende rimarcare alcuni profili conseguenti alla sentenza che oggi pronuncia», par. 6.1 del considerato in diritto).

²¹ Par. 6.1.1 del considerato in diritto.

«le visite in questione devono potersi svolgere in modo non sporadico [...], e tale da non impedire che gli incontri possano raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva»²². Quanto all'ambiente dedicato alle «visite a tutela dell'affettività», «può ipotizzarsi che [...] si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico»²³, sottratto allo sguardo non solo del personale di custodia, ma anche degli altri detenuti²⁴. Al direttore del carcere viene chiesto di «verificare altresì la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza»²⁵ e vengono, in ogni caso, escluse visite di gruppo²⁶.

La Corte – consapevole dell'«esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina» e delle restrizioni «indispensabili a fini giudiziari»²⁷ – ammette che si possa precludere l'accesso all'«affettività intramuraria» in ragione della pericolosità del detenuto o della condotta disciplinare dello stesso « in una valutazione complessiva che appartiene in prima battuta all'amministrazione e in secondo luogo al magistrato di sorveglianza»²⁸, così come sono esclusi da tale “diritto all'affettività” coloro che si trovino nel regime speciale di detenzione di cui all'art. 41 bis l. n. 354/1975 o soggetti a sorveglianza particolare²⁹.

Dopo aver prospettato un articolato novero di obblighi e di condizioni per l'Amministrazione, la Corte «consapevole dell'impatto che l'odierna sentenza è destinata a produrre sulla gestione degli istituti penitenziari, come anche dello sforzo organizzativo che sarà necessario per adeguare ad una nuova esigenza relazionale strutture già gravate da persistenti problemi di sovraffollamento»³⁰, ricorda che il legislatore ha la possibilità di disciplinare la materia³¹ ed esorta l'Amministrazione – nelle more dell'intervento del

²² Par. 6.1.2 del considerato in diritto.

²³ Par. 6.1.3 del considerato in diritto.

²⁴ Par. 6.1.3 del considerato in diritto.

²⁵ Par. 6.1.5 del considerato in diritto.

²⁶ Par. 6.1.4 del considerato in diritto, che ha premura di chiarire che «per il detenuto adulto non va ammessa la compresenza di più persone, considerata l'eventualità di una declinazione sessuale dell'incontro, che deve quindi svolgersi unicamente con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente con il detenuto stesso».

²⁷ Art. 1, comma 5 l. n. 354/1975.

²⁸ Par. 7 del considerato in diritto.

²⁹ Par. 8 del considerato in diritto.

³⁰ Par. 6 del considerato in diritto.

³¹ «Stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia» (par. 9 del considerato in diritto). Vi è stato chi ha parlato di “sentenza paralegislativa” «che inevitabilmente blinderà l'eventuale futura discrezionalità del legislatore» (così V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 358 e 362 – 363, precisamente a pag. 363). Non è infrequente notare un contenuto “sostanzialmente normativo” nelle sentenze additive più recenti della Corte (in tal senso, F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 34, pag. 178 – 204). La dottrina costituzionalistica si interroga già da tempo circa la latitudine che permane in capo al legislatore una volta che la Corte costituzionale ha pronunciato una sentenza additiva. Solo per richiamare i riferimenti più recenti, si veda ad esempio, quanto evidenziato da M. LUCIANI (ID., *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, specialmente pag. 181 e ss.) e P. CARNEVALE (ID., *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte*

legislatore³² – a dare «un’ordinata attuazione» alla decisione³³. Alcuni di coloro che hanno commentato la sentenza ritengono, in particolare, che «i principi somministrati dalla Corte al fine di riconciliare il quadro normativo in vigore con la Carta sono – già qui e ora – idonei ad essere portati ad attuazione dall’amministrazione, anche dunque in difetto della disciplina legislativa»³⁴.

La decisione – che sembra, per altro, rivolgersi più all’Amministrazione (sia in quanto organizzazione che come singoli funzionari), piuttosto che al legislatore stesso³⁵ – si conclude con una sorta di monito ai diversi “attori” istituzionali, evidenziando che «l’azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell’amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena»³⁶.

costituzionale-legislatore rappresentativo, in *Nomos*, 2023, fasc. 3, pag. 1 – 34).

³² Ritiene “solamente eventuale” l’intervento del legislatore, in ragione del contenuto di “regole e criteri” della decisione della Corte costituzionale I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell’attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., pag. 295.

³³ Par. 9 del considerato in diritto.

³⁴ A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, op. cit., pag. 164. Di avviso contrario è V. CIACCIO (ID.), *L’affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, op. cit., specialmente pag. 32 – 35), che ritiene necessaria l’interposizione del legislatore.

³⁵ Numerosi passi della sentenza richiamano “il contributo” richiesto all’Amministrazione della giustizia, come, ad esempio quando la Corte ricorda che «è altresì opportuno valorizzare qui il contributo che a un’ordinata attuazione dell’odierna decisione può dare – almeno nelle more dell’intervento del legislatore – l’amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti» (par. 9 del considerato in diritto). Alcuni compiti sono specificamente delineati per il direttore dell’istituto, che «avrà cura di verificare altresì la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l’effettività della pregressa convivenza» (par. 6.1.5 del considerato in diritto). Nota questo profilo, rilevando un possibile contrasto con il principio di legalità dell’azione amministrativa, V. CIACCIO, *L’affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, op. cit., specialmente pag. 24 – 25 e 32 – 36. Non vi è, a sommo avviso di chi scrive, una incompatibilità tra il principio di legalità – nella sua declinazione di predeterminazione legislativa dei poteri amministrativi, fatta propria, ad esempio, da G. ZANOBINI – poiché nel caso in questione i poteri amministrativi di organizzazione (o, meglio, di programmazione) del servizio di trattamento carcerario sono già previsti in linea generale dalla legge n. 354/1975 e dal regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 230/2000). In ogni caso, è stato già da tempo notato, che la declinazione del principio di legalità cui si riferisce la dottrina da ultimo richiamata, trova applicazione essenzialmente per i poteri autoritativi, mentre «i poteri “di pubblico servizio” non sono e non possono essere tipizzati (sempre che non si tratti appunto di poteri autoritativi [...]): salvo che contraddicano il diritto degli utenti alla prestazione, tutte le scelte necessarie possono essere fatte» (così D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, op. cit., col. 214). Inoltre, ragionando per analogia a quanto da tempo remoto succede per l’art. 81 Cost., il principio di legalità delle spese pubbliche, espressamente previsto dalla riserva di legge contenuta nel citato articolo, è stato comunque pacificamente ritenuto superabile dalle decisioni della Corte (*amplius*, già D. SORACE, *Note in tema di sentenze della Corte costituzionale che importano nuove o maggiori spese e art. 81 Cost.*, in *Foro it.*, 1984, fasc. 1, parte I, col. 42 – 50, specialmente in col. 45 – 46).

³⁶ Par. 9 del considerato in diritto. Le sentenze della Corte abitualmente possono rivolgersi solo al legislatore oppure ad una pluralità di soggetti (parlano di sentenze “monodirezionali” oppure “bi” o “tri” direzionali laddove siano indirizzate anche ai giudici e all’amministrazione A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, pag. 213), nel caso in questione la Corte sembra rivolgersi a diversi destinatari (nota tale aspetto anche I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell’attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., pag. 296) e, come si dirà, in prima battuta – diversamente da quanto è possibile riscontrare in altre decisioni – proprio all’Amministrazione penitenziaria.

3. Il «grave pregiudizio all'esercizio di un diritto» e la giurisprudenza degli uffici di sorveglianza.

A seguito della citata sentenza della Corte costituzionale, alcuni detenuti hanno formulato una domanda³⁷ per accedere ai «colloqui intimi»; nei casi in cui l'Amministrazione penitenziaria non ha dato corso alla richiesta, i soggetti ristretti hanno quindi proposto il gravame giurisdizionale – che ha forma di reclamo – previsto dal combinato disposto dell'art. 35-*bis* e art. 69 L. n. 354/1975 alla magistratura di sorveglianza. Tale strumento processuale è ammesso, oltre che per contestazioni circa l'esercizio del potere disciplinare, solamente per «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»³⁸.

Preliminarmente la giurisprudenza si è interrogata – ai fini dell'ammissibilità del reclamo – sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva del detenuto. La Corte di cassazione, di fronte ad una prima declaratoria di inammissibilità del reclamo adottata dal magistrato di sorveglianza, sul presupposto che nel caso in questione si trattasse di una «mera aspettativa», ha affermato che «alla luce delle esplicite valutazioni contenute [nella decisione della Corte costituzionale], non può ritenersi che la richiesta di poter svolgere colloqui con la propria moglie in condizioni di intimità, avanzata dal detenuto ricorrente, costituisca una mera aspettativa, essendo stato affermato che tali colloqui costituiscono una legittima espressione del diritto all'affettività e alla coltivazione dei rapporti familiari, e possono essere negati, secondo l'esplicito dettato della sentenza citata, solo per “ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina”, ovvero per il comportamento non corretto dello stesso detenuto o per ragioni giudiziarie, in caso di soggetto ancora imputato»³⁹.

La Cassazione, quindi, ha espressamente qualificato la situazione giuridica soggettiva del detenuto come diritto⁴⁰, che “può essere negato” (meglio, forse, sarebbe stato dire “limitato”) solamente nei casi

³⁷ È, purtroppo, ampiamente condiviso il pensiero che alle istanze dei detenuti non siano applicabili i principi del procedimento amministrativo ed è in uso lo strumento della c.d. “domandina” (mod. 393), non formalmente ritenuta un'istanza e in relazione alla quale non è prevista una motivazione nel provvedimento finale, ma solo un timbro. In questa sede non c'è spazio per esaminare tale profilo, ma si evidenzia che – in assenza di specifica motivazione – diviene meramente esornativa la previsione contenuta nell'art. 1, comma 5 l. 26 luglio 1975, n. 354, ai sensi della quale «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari». *Amplius*, A. AVERARDI, *La Costituzione “dimenticata”. La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, fasc. 1, pag. 145 – 166, che ricorda – appunto – la c.d. “domandina” (o c.d. “modello 393”) per la quasi totalità delle istanze e il c.d. “modello 13” per le domande rivolte all'autorità giudiziaria. L'Autore evidenzia che nel primo caso non è usuale la protocollazione, mentre nel secondo il numero di protocollo non viene comunicato e nemmeno lo stato dell'istanza; non ci sono termini di conclusione del procedimento, garanzie partecipative e, più in generale, trasparenza.

³⁸ Art. 69, comma 6, lett. b) Legge 26 luglio 1975, n. 354.

³⁹ Cass. Pen., sez. I, 2 gennaio 2025, n. 8, par. 3. Anche in dottrina vi è chi ha espressamente parlato di “enucleazione di un nuovo diritto” (così I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., pag. 288).

⁴⁰ Continua la Cassazione, che «il reclamo proposto dal detenuto ricorrente, pertanto, non doveva essere dichiarato inammissibile ma, essendo relativo all'esercizio di un diritto che il detenuto riteneva illegittimamente pregiudicato dal comportamento dell'istituto penitenziario di appartenenza, doveva essere valutato dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis* Ord. pen.» (Cass. Pen., sez. I, 2 gennaio 2025, n. 8, par. 3). Anche la dottrina

ricordati, ovverosia per ragioni di sicurezza, per esigenze di mantenimento dell'ordine, per "comportamento non corretto" del detenuto o per ragioni giudiziarie.

Al netto della difficoltà, a sommosso avviso di chi scrive, di individuare un diritto che possa essere negato o compresso per ragioni o esigenze di latissima discrezionalità⁴¹, la stessa Cassazione – nell'identificare un "diritto" – non solo, come si dirà, non pare considerare minimamente il profilo organizzativo e di programmazione del servizio (diversamente da quanto – invece – rilevato dalla Corte costituzionale), ma sembra non rammentare che nel nostro ordinamento vi sono anche "aspettative" che – laddove tutelate dall'ordinamento, come riconosciuto dalla Corte costituzionale – non sono né "mere", né prive di tutela, ma attratte – in linea generale – alla tutela del giudice amministrativo⁴².

La Cassazione, nel ritenere ammissibile il reclamo, ha considerato, quindi, che il "diritto ai colloqui intimi" possa essere annoverato tra quelli previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, su cui la magistratura di sorveglianza esercita una giurisdizione tendenzialmente esclusiva⁴³. Ci si potrebbe domandare, per "spirito di geometria", quale possa essere la giurisdizione competente nel caso in cui la lesione del "diritto" sia lamentata dal coniuge o dal partner del detenuto⁴⁴. Ad avviso di chi scrive non

ha ritenuto che la decisione della Corte costituzionale abbia "enucleato un nuovo diritto" (in tal senso I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., pag. 288).

⁴¹ Non vi è lo spazio, in questa sede, per condurre un approfondimento circa la qualificazione della situazione giuridica soggettiva dell'individuo nei confronti dell'esercizio di un potere discrezionale, così come ricostruita dalla autorevolissima dottrina che ha studiato tale aspetto. In ragione di quanto si dirà nella seguente nota 61, ci si permette di rinviare in questa sede soltanto all'ampia ricostruzione contenuta in G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, pag. 449 e ss.

⁴² La soluzione della Corte di cassazione pare essere stata influenzata anche dalla decisione del giudice dell'esecuzione di negare in radice la giustiziabilità della posizione giuridica soggettiva in argomento. Quest'ultimo ha probabilmente riscontrato un difetto assoluto di giurisdizione, mentre avrebbe piuttosto potuto indicare nella giurisdizione amministrativa la giurisdizione competente (ai sensi dell'art. 59, comma 1 legge 18 giugno 2009, n. 69 in tema di *translatio iudicii*). Quest'ultima, a sommosso avviso di chi scrive, avrebbe potuto conoscere (meglio) della lesione di un'aspettativa di prestazione.

⁴³ Lo stesso legislatore, comunque, non ha mai esplicitamente qualificato come "esclusiva" la giurisdizione della magistratura di sorveglianza. Al netto dell'assenza di una chiara previsione legislativa, la giurisprudenza e la dottrina si sono talvolta interrogate sull'estensione della giurisdizione della magistratura di sorveglianza (*amplius*, F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 11, 2810), anche sulla base di alcune indicazioni della giurisprudenza costituzionale, che ha individuato nella giurisdizione della magistratura di sorveglianza il soddisfacimento dell'«esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali [...] affermata indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione» (Corte Cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro amministrativo*, 2000, pag. 1185 e ss., par. 3.2 del considerando in diritto). La stessa Corte costituzionale ha ritenuto che «secondo l'ordinamento penitenziario vigente, [alla magistratura di sorveglianza spetta] una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati» (sempre Corte Cost., sent. 26/1999, par. 3.2 del considerando in diritto).

⁴⁴ La sussistenza di una situazione giuridica soggettiva all'affettività anche in capo al coniuge o al partner è espressamente richiamata dalla Corte costituzionale, che utilizza come norma parametro anche l'art. 27 Cost. In particolare, la Corte ha evidenziato come «un ulteriore profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all'espressione dell'affettività, quali conseguono all'inderogabilità del controllo a vista sui colloqui familiari, riguarda il loro riverberarsi sulle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni. Si tratta di persone estranee al reato e alla condanna, che subiscono dalla descritta situazione normativa un pregiudizio indiretto. Per quanto in certa misura sia inevitabile che le persone affettivamente legate al detenuto patiscano le conseguenze fattuali delle restrizioni carcerarie a lui imposte, tale riflesso soggettivo diviene incongruo quando la restrizione stessa non sia necessaria, e pertanto, nella specie, quando

potrebbe che sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, vertendosi – come anticipato più sopra – in una, per quanto peculiare, fattispecie di servizio pubblico⁴⁵.

L'apparente "trasparenza" delle questioni relative alla programmazione del servizio e alla sua organizzazione nella richiamata sentenza della Cassazione si manifestano con maggior (e drammatica, a parere di chi scrive) chiarezza nella giurisprudenza di merito che si è di recente affermata. Ultimamente, infatti, sono stati pubblicati alcuni provvedimenti di accoglimento del reclamo da parte degli uffici di sorveglianza e dalla, invero scarsa, giurisprudenza esaminata emergono ulteriori elementi di interesse per quanto si dirà in tema di programmazione pubblica dei servizi.

Una prima decisione è stata adottata dall'ufficio di sorveglianza di Spoleto⁴⁶. Il magistrato ricorda che il «diritto all'affettività e alla coltivazione dei rapporti familiari [...] possono essere negati [...] solo per "ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina" ovvero per il comportamento non corretto dello stesso detenuto o per ragioni giudiziarie»⁴⁷. La decisione prosegue nel constatare che «il rigetto emesso dalla Direzione della Casa circondariale di Terni [...] non è in alcun modo personalizzato, e non evidenzia, cioè, profili soggettivi per i quali il colloquio intimo non potrebbe essere concesso al reclamante. Vi si trovano piuttosto elencate criticità organizzative alla luce delle quali non è stato possibile, fino ad oggi, consentire a nessun detenuto ristretto presso quell'istituto penitenziario di fruire dei colloqui intimi con il partner»⁴⁸. Il magistrato prosegue specificando che «il tempo concesso all'istituto penitenziario di Terni per la concreta attuazione della pronuncia supera allo stato l'anno dalla sentenza della Corte Costituzionale»⁴⁹ e, quindi, il reclamo viene accolto e si «ordina alla casa circondariale di Terni di provvedere con la massima urgenza, a fronte del tempo trascorso dall'istanza dell'interessato, all'approntamento di spazi idonei nei quali il colloquio intimo possa svolgersi [...]. Ciò significa che, nei tempi stringenti che sarà necessario indicare con il provvedimento oggi emesso, dovrà darsi certa attuazione potendo anche individuarsi spazi idonei da adattare all'interno della struttura penitenziaria, con garanzie minime di riservatezza»⁵⁰. Il provvedimento si conclude disponendo che «all'interessato, disapplicata sul punto ogni eventuale disposizione amministrativa confliggente, sia consentito di svolgere un colloquio visivo intimo [...] entro 60 gg. dalla data di comunicazione dell'accoglimento del reclamo»⁵¹.

Sebbene la Direzione della casa circondariale avesse evidenziato di aver posto in essere una serie di adempimenti intermedi e di aver avviato il procedimento per l'acquisizione dei beni e dei servizi

il colloquio possa essere svolto in condizioni di intimità senza che abbiano a patirne le esigenze di sicurezza. Anche tali rilievi sulla lesione della dignità del terzo valgono per l'affettività in ogni sua manifestazione, e non soltanto per la sessualità, pur se quest'ultima, nella specifica prospettiva del coniugio, assume una rilevanza peculiare». (Corte Cost., sent. 21 gennaio 2024, n. 10, par. 4.2 del considerato in diritto).

⁴⁵ Art. 133, comma 6, lett. c d.lgs. n. 104/2010.

⁴⁶ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149.

⁴⁷ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149, pag. 3.

⁴⁸ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149, pag. 3.

⁴⁹ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149, pag. 4.

⁵⁰ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149, pag. 4 – 5.

⁵¹ Ufficio di sorveglianza di Spoleto, ordinanza 4 febbraio 2025, n. 149, pag. 5.

necessari⁵², dagli stralci del provvedimento giurisdizionale riportati più sopra emerge, in modo manifesto, l'assoluta irrilevanza – per la magistratura di sorveglianza – delle questioni organizzative e della scarsità delle risorse – finanziarie e materiali – in cui versa l'Amministrazione penitenziaria. Più precisamente, il giudice ha valutato che l'anno di tempo trascorso⁵³ dalla sentenza della Corte costituzionale fosse più che sufficiente per organizzare le risorse disponibili per assicurare la fruizione del “diritto all'affettività” e, quindi, “ordina” – adottando, quindi un provvedimento di contenuto condannatorio – all'Amministrazione di individuare e attrezzare degli spazi idonei entro sessanta giorni, “disapplicando” “ogni eventuale disposizione amministrativa confliggente”.

Suscita qualche perplessità, in chi scrive, l'omessa valutazione (o, quanto meno, l'omessa esplicitazione della valutazione) delle concrete risorse – umane, materiali e finanziarie – disponibili o impegnate dall'Amministrazione precedente, limitando il sindacato sul provvedimento solo con riferimento al tempo trascorso (o “concesso”, nelle parole dell'ordinanza) dalla decisione della Corte costituzionale.

Di tenere per certi versi analogo quanto agli aspetti oggettivi dell'organizzazione penitenziaria, ma profondamente differente quanto alle condizioni soggettive del detenuto per l'accesso⁵⁴, è la successiva decisione della magistratura di sorveglianza di Reggio Emilia⁵⁵. L'ordinanza – a seguito di una richiesta di chiarimento rivolta dal giudice alla Casa di reclusione di Parma circa le «nuove iniziative intraprese per attuare il dettato della Corte Costituzionale in relazione al diritto all'affettività»⁵⁶ – rileva «una situazione immutata nell'arco di più di otto mesi, in cui l'Istituto è rimasto in attesa delle determinazioni degli uffici superiori, senza che sia indicata alcuna tempistica o alcuna calendarizzazione di azioni successive volte ad attuare la pronuncia della Corte Costituzionale»⁵⁷ e «non risulta [...] neanche alcuna azione prodromica o iniziativa di individuazione e approntamento di locali»⁵⁸. Il sindacato della magistratura di sorveglianza, tuttavia, si appunta soprattutto sul fatto che il rigetto della domanda di accesso al “colloquio intimo” «non è in alcun modo individualizzato, nulla dice sulla specifica posizione e richiesta del detenuto e non individua alcun elemento soggettivo che potrebbe essere di ostacolo alla concessione dei richiesti colloqui intimi al reclamante»⁵⁹. Anche in questo caso l'ordinanza si conclude assegnando 60 giorni all'Amministrazione penitenziaria che, tuttavia, pareva non aver ancora effettivamente iniziato a porre in essere alcun procedimento prodromico alla realizzazione degli spazi.

⁵² La Direzione, come emerge dalla pronuncia, aveva evidenziato di aver svolto sopralluoghi, di aver redatto un progetto e di aver acquisito dei preventivi di spesa con proposte di modifica del progetto, costituendo anche un gruppo di lavoro.

⁵³ “Concesso”, nelle parole dell'ordinanza, anche se non si comprende chi avesse fissato (“concesso”) tale termine.

⁵⁴ Diversa, invece, è la definizione degli elementi soggettivi del detenuto per poter accedere ai “colloqui intimi”, con una ricostruzione parzialmente diversa della decisione della Corte costituzionale.

⁵⁵ Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia, ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383.

⁵⁶ Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia, ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383, pag. 3.

⁵⁷ Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia, ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383, pag. 3.

⁵⁸ Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia, ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383, pag. 4.

⁵⁹ Ufficio di sorveglianza di Reggio nell'Emilia, ordinanza 10 febbraio 2025, n. 383, pag. 3.

4. La programmazione pubblica dei servizi e delle risorse finanziarie e la riserva di amministrazione.

Come si è evidenziato, la decisione della Corte costituzionale non si è limitata a introdurre, a carico della finanza pubblica, l'adempimento di una pretesa meramente patrimoniale (come una provvidenza economica o un diritto al rimborso oppure al risarcimento del danno)⁶⁰ a favore dei soggetti detenuti, ma – anzi – ha previsto una serie di precise prescrizioni in termini di contenuti e livelli delle prestazioni da garantire, nonché di esercizio di poteri amministrativi di ordine e sicurezza e di organizzazione di beni e risorse.

Nell'esecuzione del giudicato costituzionale, inoltre, un ruolo essenziale è stato svolto – diversamente da quanto probabilmente immaginato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2024 – non dall'amministrazione, ma dalla magistratura, con special riferimento a quella di sorveglianza. Infatti, il successivo intervento giurisprudenziale della Corte di cassazione, che ha attribuito alla posizione giuridica soggettiva la consistenza di un "diritto all'affettività", e della magistratura di sorveglianza, che ha ritenuto rilevanti solo e solamente i profili soggettivi del detenuto, nell'ottica della personalizzazione del trattamento penitenziario, hanno comportato una configurazione dell'addizione operata dalla Corte costituzionale che evoca l'"interesse a soddisfazione necessaria"⁶¹ nel nostro ordinamento, ma che è finita – però – per violare l'incomprimibile ambito di discrezionalità (dell'organizzazione) dell'amministrazione e il principio della riserva di procedimento.

Infatti, anche ritenendo superabile, come ammesso sia dalla giurisprudenza costituzionale che dalla dottrina da lungo tempo, lo spazio di discrezionalità del legislatore in termini di ordinamento penitenziario e sicurezza⁶² e, non infrequentemente, di equilibrio di bilancio⁶³, nella sentenza n. 10/2024, così come

⁶⁰ Contenuto tipico delle decisioni additive di prestazione o di garanzia, come emerge dalla dottrina che ha ricostruito la tassonomia delle decisioni della Corte (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 217).

⁶¹ La giurisprudenza sembra, in questa ricostruzione, rispecchiare le teoriche contenute negli studi di G. ROSSI (da ultimo, con carattere ricostruttivo, compendiate in ID., *Principi di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 1 – 17). Particolarmente rilevante, perché – come evidenzia lo stesso G. ROSSI – la "soddisfazione" richiede necessariamente l'intermediazione dell'organizzazione amministrativa. Su tali ipotesi ricostruttive dell'Autore – e sulle parzialmente diversa declinazione di "interesse a protezione necessaria" – vi è stato un ampio dibattito dottrinale, riportato in F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista*, Roma, RomaTrE-press, 2021.

Sul ruolo del giudice ordinario quale creatore di nuove posizioni giuridiche soggettive "costituzionalizzate" si veda G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giustizia Civile*, 2018, fasc.1, pag. 147 – 209.

⁶² La stessa Corte costituzionale, con la sentenza 10/2024, ha superato l'impostazione precedente proprio in tema di controllo visivo del personale (Corte cost., sent. 19 dicembre 2012 n. 301, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, fasc. 6, pag. 4716 e ss.), che – invece – aveva deciso in termini di inammissibilità della questione per la pluralità delle scelte ipotizzabili e la presenza di una insopprimibile discrezionalità del legislatore.

⁶³ Più di quarant'anni fa c'era chi pensava che «è facile previsione che la ormai unanimemente riconosciuta esigenza di porre un freno alla eccessiva espansione della spesa pubblica non potrà non avere ripercussioni anche sulle politiche della Corte costituzionale sotto molteplici profili» (così D. SORACE, *Note in tema di sentenze della Corte costituzionale che importano nuove o maggiori spese e art. 81 Cost.*, in *Foro it.*, 1984, fasc. 1, parte I, col. 42 – 50, precisamente in col. 42). Il tema è stato ampiamente affrontato dalla dottrina (già con il risalente AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993). Più recentemente, la possibilità di superamento dei vincoli posti dall'art. 81 Cost. ad opera delle sentenze della Corte costituzionale, anche dopo la

interpretata dalla Cassazione e applicata dalla magistratura di sorveglianza, si assiste – ad avviso di chi scrive – alla introduzione di una prestazione quanto mai specifica e dettagliata, arrivando persino a guidare la discrezionalità dell’Amministrazione penitenziaria nella programmazione delle risorse e nell’organizzazione dei “colloqui intimi”⁶⁴. Tale intreccio di soluzioni ermeneutiche ha portato ad una conclusione inedita circa la coercibilità del “diritto all’affettività”, che supera di gran lunga persino la giurisprudenza costituzionale in tema di pretesa al “diritto” alle prestazioni mediche, comunque principalmente configurata solo come diritto al rimborso dei costi sostenuti e non come obbligo di approntare soluzioni organizzative in capo all’Amministrazione⁶⁵.

In sintesi, come si dirà, l’affastellarsi delle pronunce richiamate, in assenza di un approccio organico all’interno dell’ordinamento e di una programmazione complessiva del sistema, crea rilevanti distonie nell’organizzazione amministrativa penitenziaria⁶⁶, comprimendo – illegittimamente – l’ambito riservato alla discrezionalità dell’Amministrazione e, in particolare, il principio di programmazione pubblica dei servizi e delle risorse.

riforma del 2012 che ha notevolmente irrigidito il ciclo della programmazione della finanza pubblica, è ribadita chiaramente da Corte Cost., sent. 20 gennaio 2022, n. 10 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, fasc. 1, pag. 129 – 141, in tema di necessità di garantire il patrocinio a spese dello Stato anche per l’attività difensiva nella mediazione obbligatoria conclusa con successo. Talvolta, in vero, la Corte è stata molto più prudente con riferimento alle esigenze di finanza pubblica, come nel caso del differimento nell’erogazione del trattamento di fine servizio per i dipendenti pubblici (Corte cost., sent. 130/2023).

Particolarmente critico circa la possibilità che la Corte costituzionale abbia “carta bianca” allorché si tratti di valutare il costo di una propria decisione è V. ZENO-ZENCOVICH, *Le sentenze della Corte costituzionale (come sono e come si vorrebbe che fossero)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, fasc. 3, pag. 813 e ss. L’Autore evidenzia che «quando una sentenza della Corte — e sono molte a farlo — statuisce che un diritto va riconosciuto a taluni soggetti, oppure dichiara che una legge è lesiva di diritti altrui, sta firmando un assegno in bianco (nel suo importo) tratto sul bilancio dello Stato» (*ibidem*, par. 7).

⁶⁴ Ad esempio, nel dare “precedenza” ai detenuti che non fruiscono di permessi premio (par. 6.1.1 del considerato in diritto).

⁶⁵ La dottrina ha riconosciuto che le decisioni additive di prestazione in tale ambito sono spesso legate ad uno stato di necessità ed urgenza di pericolo per l’integrità psico-fisica, ragionevolmente assenti nel caso in esame. In tal senso L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, fasc. 2, pag. 873 e ss. L’Autore dà conto anche delle differenti ricostruzioni in termini di “interesse legittimo”, “diritto soggettivo perfetto” o “diritto sociale” del diritto alla salute (*ibidem*, in note 72 – 74). La giurisprudenza – sia ordinaria che amministrativa – è stata, sempre nell’ambito del diritto alla salute, più audace nel riconoscere – soprattutto nella fase cautelare e in ragione dei peculiari poteri atipici di tale momento processuale – la possibilità di condannare l’Amministrazione ad erogare uno specifico trattamento sanitario non previsto dai livelli essenziali delle prestazioni.

⁶⁶ Secondo alcuni autori, la Corte dovrebbe condurre una «buona attività istruttoria sugli esiti concreti del giudizio di validità [...], non è possibile un’effettiva interpretazione del parametro, che verrebbe destoricizzato, conservando tutta la sua intrinseca generalità e indeterminatezza» (così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, pag. 77). Qualcuno fa discendere la necessità istruttoria dal principio di sovranità popolare nelle questioni relative al bilancio dello Stato (V. ZENO ZENCOVICH, *Le sentenze della Corte costituzionale (come sono e come si vorrebbe che fossero)*, op. cit., pag. 813 par. 7), mentre altri ritengono opportuno verificare la sostenibilità per la finanza pubblica affinché la pronuncia – se insostenibile per le casse erariali – non sia *inutiliter data* e sia effettuato un bilanciamento tra la tutela dei diritti sociali e l’art. 81 Cost. (così ancora A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 79)

Senza volersi soffermare sull'efficienza di una soluzione giurisprudenziale che demanda all'accoglimento *de plano* dei ricorsi dei detenuti l'organizzazione di una parte del trattamento⁶⁷, l'affermarsi in via giurisprudenziale del “diritto all'affettività” – per come è stato definito dalle decisioni richiamate – a parere di chi scrive confligge con la riserva di amministrazione⁶⁸, nella declinazione della riserva di procedimento amministrativo⁶⁹, e con il principio della programmazione pubblica dei servizi e delle risorse⁷⁰.

⁶⁷ Ci si potrebbe domandare se l'efficienza possa essere un parametro di legittimità – come declinazione del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. – o abbia un rilievo autonomo e, talvolta, posto in possibile antitesi con il principio di legalità, inteso come rispetto della disciplina normativa (nel senso di una possibile alternatività, con la possibilità che il legislatore valorizzi l'uno o l'altro principio dell'agire amministrativo, si veda Corte Cost., 16 luglio 2024, n. 132 che ha ritenuto legittima una limitazione alla responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici, volta a promuovere l'efficienza dell'azione amministrativa, anche se non conforme alle disposizioni normative (sul tema, *amplius*, F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, fasc. 19, pag. 122 – 136). Se si sposasse la prima ricostruzione, tuttavia, la decisione della magistratura di sorveglianza potrebbe palesarsi come illegittima anche sotto il profilo della violazione del principio di efficienza.

⁶⁸ In generale, sulla riserva di amministrazione, D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996 e i copiosi riferimenti bibliografici in A. SAU, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 1, pag. 71 – 81. Sulle leggi provvedimento, invece, da ultimi, S. SPUNTARELLI, *Il Parlamento amministratore*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, fasc. 1, pag. 121 – 148 e ID., *Eccessi legislativi ed erosione dell'attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2023, fasc. 4, pag. 667 – 695, che compendiano i decennali studi dell'autrice sul tema.

⁶⁹ Chiarisce la distinzione D. Vaiano (ID., *La riserva di funzione amministrativa*, op. cit., pag. 4 – 10), che evidenzia come possa esservi una “riserva di provvedimento amministrativo”, che eventualmente pone l'attenzione sulla (minore) tutela accordata a situazioni giuridiche soggettive per atti formalmente legislativi con riferimento all'art. 24 Cost. e all'art. 113 Cost. (tale aspetto è particolarmente indagato da R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1988, fasc. 4, pag. 517 – 561) e una “riserva di procedimento amministrativo”, che si focalizza sulla necessità di un (giusto) procedimento per una adeguata ponderazione e l'art. 97 Cost. (posto alla base della giurisprudenza avviata con la decisione Corte cost., sent. 23 febbraio 1962, n. 13, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pag. 129 e ss. e del pensiero di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pag. 130 – 143). Non è mancato chi ha evidenziato che oggi, a seguito delle numerose riforme della giustizia amministrativa che hanno teso ad aumentare l'effettività della tutela nei confronti degli atti della Pubblica amministrazione, non parrebbe più condivisibile quanto sostenuto numerose volte dalla Corte costituzionale, ovvero sia che la tutela offerta dal giudizio di costituzionalità sia altrettanto efficace (ad esempio, L.M. TONELLI, *Ritorniamo a Cons. St., Ad. plen., n. 6 del 1952? Legge-provvedimento e tutela giurisdizionale: ancora alla ricerca del giudice che garantisca una tutela piena ed effettiva*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 31 gennaio 2025).

⁷⁰ Sul principio di pianificazione come principio generale nel diritto amministrativo, anche oltre al diritto urbanistico, si veda P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 453 – 474, specialmente pag. 455 e ss. e, meno recentemente, ID., *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, Jovene, 2003. Circa la ricostruzione di una categoria generale di poteri di programmazione, anche oltre alla materia del governo del territorio, si veda anche M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, Giappichelli, 2003. Sulla pianificazione come metodo di organizzazione delle risorse pubbliche, da ultimo, D. DONATI (a cura), *La pianificazione come metodo di governo e di amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2025 e ID., *La forma e la sostanza, o dell'incerta affermazione della pianificazione strategica nell'ordinamento italiano*, in *Le Regioni*, 2023, fasc. 5, pag. 929 – 958.

Sebbene la riserva di amministrazione sia stata generalmente affermata – anche se non *apertis verbis* – nei confronti del legislatore⁷¹, è stato evidenziato come talvolta anche il giudice, ordinario⁷² o amministrativo⁷³, possa ledere lo spazio riservato all'amministrazione.

La preoccupazione non è meramente formale o figlia della teorica sulla separazione dei poteri, ma è stato da tempo notato che il legislatore, l'amministrazione e il giudice offrono, in vero, scelte allocative radicalmente diverse rispetto alla domanda di prestazioni sociali del soggetto, rendendo non fungibili i relativi ruoli quanto alla soluzione indicata⁷⁴. Nel delineare e imporre il “diritto all'affettività”, indipendentemente da qualsiasi valutazione oggettiva delle condizioni in cui opera l'Amministrazione, si compie, quindi, una scelta allocativa inefficiente e si manifesta la violazione dell'autonomia organizzativa e, prima ancora, decisionale dell'amministrazione⁷⁵. Quest'ultima, al contrario, è l'unica in grado di valutare *cognita causa* come organizzare una funzione complessa e articolata come quella penitenziaria, in cui gli stessi elementi del trattamento penitenziario devono essere erogati in maniera equilibrata e paritaria⁷⁶ a tutti i soggetti ristretti secondo le esigenze di ciascuno (e non di un singolo reclamante).

⁷¹ Da ultimi, E. RINALDI, *Leggi provvedimento e statuto costituzionale dell'amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2023, fasc. 1, parte 1, pag. 140 – 179, anche se talvolta “mascherato” nella valutazione di ragionevolezza operata dalla Corte costituzionale (cfr. A. SAU, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, op. cit., pag. 71 – 81). È stato notato anche un fenomeno inverso, ovvero la tendenza del giudice amministrativo a divenire creatore di diritto (si veda, ad esempio, quanto attentamente rilevato da P. DURET, *La “nomotesia”: spigolature sul Consiglio di Stato come conditor juris*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, fasc. 1, pag. 3 – 46, specialmente pag. 35 e ss.).

⁷² L. SALTARI (ID.), *I giudici amministratori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, fasc. 1, pag. 293 – 333), ad esempio ricorda la valutazione dell'adeguatezza dell'autorizzazione integrata ambientale ad opera del giudice penale nel “caso Ilva” (*ibidem*, par. 3) che, per altro, aveva dato luogo all'enunciazione dei cosiddetti “diritti tiranni” ad opera della Corte costituzionale, su cui si tornerà più oltre.

⁷³ Sul tema, da ultimo, A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, fasc. 1, pag. 235 – 260, con ampi richiami bibliografici. Secondo alcuni tale fenomeno è da ricondursi alla giuridificazione della discrezionalità e all'affermazione della necessità di una effettività e pienezza della tutela giurisdizionale (così A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, fasc. 1, pag. 393 – 439, specialmente pag. 430 e ss.).

⁷⁴ A. MASSERA (ID.), *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 1, pag. 1 – 42) evidenzia che «i due principi generali [la sussidiarietà verticale e quella orizzontale], combinati con le singole indicazioni costituzionali di settore, sono determinanti nel definire il soggetto che esercita la specifica scelta allocativa: se il legislatore, quando adotta, per la realizzazione del precetto costituzionale, un criterio ad esecuzione vincolata per l'assegnazione del beneficio, se l'amministrazione, quando in presenza di risorse limitate puntualizza il criterio legislativo graduando gli accessi o la misura e la modalità degli stessi, se il giudice quando, riconoscendo nella fattispecie sottoposta al suo esame un diritto fondamentale dell'individuo, dà ad esso immediata soddisfazione interpretando estensivamente il contenuto normativo ovvero, facendo applicazione del principio di eguaglianza, estende i benefici previsti dalla legge ad altri individui o ad altre categorie (come ha più di una volta fatto la Corte costituzionale con le sue sentenze additive di prestazione); se l'operatore privato, quando esercita la sua autonomia iniziativa» (*ibidem*, pag. 23 – 24).

⁷⁵ Con riferimento alla centralità della programmazione nell'organizzazione pubblica, è stato detto che «ogni attività dello stato è organizzata, e il supporto organizzatorio è indispensabile non solo al compimento di quella attività, ma alla esistenza e alla nozione stessa di stato» (così A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, pag. 156).

⁷⁶ D'altra parte, è lo stesso art. 1, comma 1 l. n. 354/1975 che prevede come il trattamento penitenziario debba essere «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».

Si profila, in particolare, la violazione di una specifica declinazione della riserva di amministrazione, ovvero, la riserva di procedimento amministrativo⁷⁷ e, più precisamente, di procedimento programmatico o di pianificazione.

Non pare di potersi dubitare che nel nostro ordinamento le programmazioni o pianificazioni pubbliche⁷⁸ abbiano vissuto un periodo di declino⁷⁹ o, quanto meno, di trasformazione in forme contrattate⁸⁰, consensuali⁸¹ o co-determinate⁸² oppure, ancora, esternalizzate e assegnate a soggetti privati

⁷⁷ Cfr. C. CHIARIELLO, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, fasc. 6, pag. 2959 – 2987. Sul tema anche L. SALTARI, che evidenzia come «parimenti problematico è il caso per il quale una giurisdizione, ordinaria o speciale, si sostituisca all'autorità amministrativa e, rispetto a una questione da definire discrezionalmente, fornisca una soluzione appunto in luogo dell'organo deputato. L'attribuzione ad un corpo burocratico di un potere decisionale può discendere dall'esigenza che quella decisione operi un bilanciamento tra interessi non previamente gerarchizzati. [...] La sostituzione del bilanciamento tra interessi o dell'apprezzamento discrezionale di cui sarebbe titolare una pubblica amministrazione da parte del potere giurisdizionale può considerarsi come una tracimazione che infirma il principio di specializzazione per il quale l'ordinamento distingue le funzioni e le assegna ad organi che appartengono all'amministrazione o alla magistratura. Questo ordine di considerazioni è alla base della pronuncia della Corte costituzionale nella quale si stabilisce il principio di riserva di procedimento per il bilanciamento degli interessi. Quindi, questi fenomeni immettono nel sistema fattori di instabilità che possono tradursi in conflittualità interistituzionale, compressioni dell'uguaglianza nella gestione di alcune fattispecie, della certezza del diritto e, non ultimo, la messa in discussione dello stesso principio di legalità» (ID., *I giudici amministratori*, op. cit., precisamente a pag. 298 – 299).

⁷⁸ Secondo la dottrina, non vi è una differenza ontologica tra pianificazioni e programmazioni: La scelta lessicale compiuta dalla Costituzione, “priva di rilievo giuridico” (N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna, il Mulino, 2007, pag. 16 – 17), sarebbe stata determinata solamente dalla volontà di non evocare le pianificazioni sovietiche. *Amplius* M.S. GIANNINI, voce *Pianificazione* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, vol. XXXIII, pag. 629 – 634. In tal senso anche M. CARABBA, voce *Programmazione economica* in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pag. 1113 – 1150. Evidenzia la difficoltà di ricostruire una nozione giuridica di programmazione anche G.M. ESPOSITO, *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, Padova, Cedam, 2002, pag. 12 e ss.

⁷⁹ Sulla riduzione delle programmazioni pubbliche si veda quanto sosteneva già M. GIUSTI, *Governo della finanza pubblica e programmazioni economiche e finanziarie*, in M. GIUSTI (a cura), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1997, pag. 75 – 90.

⁸⁰ In questo ambito il diritto urbanistico ha costituito un laboratorio per l'emersione di alcune forme chiamate “pianificazione contrattata” o pianificazione con “procedure paracontrattuali” (in tal senso, F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove autonomie*, 2012, fasc. 3, pag. 425 – 433). Qualcuno ha ricollegato all'eccessiva rigidità degli strumenti pianificatori e all'inadeguatezza del modello pianificatorio l'emersione di tali forme “contrattate” (così G. PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2013, fasc. 3, pag. 135 – 140, specialmente pag. 136 – 137), mentre altri hanno ricondotto il fenomeno all'introduzione del principio di sussidiarietà e a un approccio di liberalizzazione (P. MANTINI, *Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2013, fasc. 3, pag. 141 – 157).

⁸¹ Vi è anche chi usa la locuzione “urbanistica consensuale” per riferirsi ai modelli “contrattati” o “negoziati” indicati più sopra (A. BARTOLINI, voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2022, vol. I tematici III, pag. 1260 – 1297, specialmente a pag. 1287 – 1288).

⁸² Nei casi della co-programmazione e della co-progettazione, ad esempio, come previste dal d.lgs. n. 117/2017, l'aspetto di condivisione si estende ad un momento ben precedente alla fase conclusiva del procedimento, arrivando a configurare una vera co-determinazione di tutte le fasi della programmazione, compresa l'istruttoria e l'acquisizione dei bisogni da soddisfare per il tramite della programmazione. Sulla possibile frizione tra questi istituti e il diritto dell'Unione o il diritto dei contratti pubblici si veda, da ultimo, G. GOTTI, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 2024, fasc. 8, pag. 51 – 91. Già da tempo la dottrina aveva evidenziato che, in ogni caso, la pianificazione (urbanistica), senza il concorso dei privati, sarebbe rimasta inattuata, per cui sarebbe sempre necessaria una consensualità sul “piano dinamico” dell'attuazione del piano (così P. URBANI, *Dall'urbanistica autoritativa all'urbanistica solidale. Breve viaggio verso le nuove frontiere del*

dotati di particolare rappresentatività⁸³. Il metodo della programmazione, tuttavia, indipendentemente dalle forme con cui si svolge⁸⁴, costituisce ancora una “regola” d’azione⁸⁵ imprescindibile in numerosi ambiti, come l’assistenza sanitaria⁸⁶, la politica agricola⁸⁷, i flussi in ingresso dei lavoratori extracomunitari⁸⁸, i contratti pubblici⁸⁹ e, ovviamente, il governo del territorio⁹⁰

governo del territorio, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2013, fasc. 3, pag. 121–128).

⁸³ Come nel caso delle programmazioni di prodotti agroalimentari a denominazione o indicazione geografica protetta. In questo caso sia consentito rinviare a E. COMI, *La “regolazione dell’offerta” dei prodotti DOP e IGP e la programmazione della produzione agroalimentare*, Padova, Cedam, 2024, specialmente pag. 251 e ss.

⁸⁴ D. DONATI, *Il futuro declinato al presente. Regole, valore e limiti alla pianificazione in Italia*, in ID.(a cura), *La pianificazione come metodo di governo e di amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2025, pag. 23.

⁸⁵ La dottrina evidenzia che i piani e i programmi «appartengono – nell’ambito dell’amplissimo *genus* degli atti e procedimenti precettivi – alla categoria dei provvedimenti generali e, tra questi, alla *species* degli atti generali conformativi di interessi, pur se, talora, hanno anche contenuti che attengono alla organizzazione di funzioni amministrative, strumentali alla loro stessa attuazione» (così S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche “invasioni di campo”*, in *Diritto amministrativo*, 2006, fasc. 1, pag. 229 e ss.). L’Autore richiama anche le differenti tesi che vedono nei piani degli atti di natura sostanzialmente normativa e fonti del diritto amministrativo obiettivo, in maniera analoga ai regolamenti (*ibidem*, pag. 231).

⁸⁶ Art. 1 d.lgs. n. 502/1992 e, prima ancora, fin dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978). Con la regionalizzazione si è preferita la locuzione “patto” (cfr. il “patto per la salute”, contenuto nelle intese della Conferenza Stato-Regioni), ma il metodo programmatico – in questo caso consensuale tra Stato e Regioni – non è venuto meno. Sull’importanza della programmazione (e dell’organizzazione) sanitaria nel garantire il principio di eguaglianza e un’equità nelle cure si veda V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell’equità in sanità. L’organizzazione come “veicolo” di eguaglianza*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, fasc. 2, pag. 35–49.

⁸⁷ D. BIANCHI, voce *Politica agricola comunitaria*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, 2009, vol. IV agg., pag. 338–381. Il sistema della programmazione – sempre più stringente e con finanziamenti condizionali – si è reso necessario, in particolare, per contenere la spesa per la politica agricola. Gli strumenti utilizzati con l’entrata in funzione della politica agricola comune nel 1962 erano essenzialmente dei prezzi di sostegno superiori a quelli del mercato mondiale con la garanzia di acquisto illimitata (sulle garanzie di prezzo o sulle sovvenzioni alla produzione per il burro si veda quanto ricordato da G. OLMI, voce *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, UTET, 1987, vol. I, pag. 118–147, specialmente par. 5, mentre sul burro posto in vendita come “vendita speciale CEE” a prezzo massimo fissato dal CIP si veda A.L. PIZZORNO, voce *Burro, strutto e margarina*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, UTET, 1987, vol. II, pag. 409–414, specialmente par. 1.). A partire dalla fine degli anni ’70 del ’900, insieme ad alcuni problemi economici globali che investirono anche il settore agricolo, la constatazione della sostanziale inefficienza delle misure programmatiche adottate dal legislatore nazionale, con incentivi erogati in maniera scoordinata e senza una logica di sviluppo complessivo (così A. FIORITTO, voce *Agricoltura* in S. CASSESE (a cura), *Trattato di diritto amministrativo – parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 3181) e dal regolatore europeo, che aveva portato ad enormi sovrapproduzioni e, conseguentemente, ad un enorme impiego di risorse, costrinse ad un ripensamento complessivo delle misure di sussidio.

⁸⁸ Disciplina da ultimo modificata dal D.L. 10 marzo 2023, n. 20 – convertito con modificazioni dalla L. 5 maggio 2023, n. 50 – ma che risale, nei suoi tratti essenziali, al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (art. 21 e ss.).

⁸⁹ Per la programmazione nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) si veda A. CANCRINI, *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 3, pag. 317–324.

⁹⁰ Sulla pianificazione urbanistica la bibliografia è mastodontica. Sia consentito in questa sede segnalare solo le opere che inquadrano tale pianificazione nella generale teorica della programmazione pubblica, oltretutto, L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, Cedam, 1962, A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, op. cit. e, più recentemente, P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, op. cit. e M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, op. cit. La stessa Corte costituzionale, nelle decisioni in tema di urbanistica, ha identificato un “principio di pianificazione”, da ultimo ribadito nella decisione n. 119/2024 dove si legge che «il senso del principio di pianificazione [si identifica] nella esigenza di “una visione integrata di una determinata porzione di territorio, sufficientemente ampia da poter allocare su di esso tutte le funzioni che per loro natura richiedono di trovarvi posto” (sentenza n. 17 del 2023), esigenza “funzionale all’ordinato sviluppo del territorio” (sentenza n. 19 del 2023)» (Corte cost., sent. 04 luglio 2024, n. 119, par. 10.1.2 del considerato in diritto). La decisione continua chiarendo che il “principio fondamentale di

e il paesaggio⁹¹.

In tempi recenti vi è stata, addirittura, una riscoperta dello strumento programmatico per le politiche pubbliche⁹², soprattutto nella forma di finanziamenti condizionali per il perseguimento di dette politiche⁹³. Questo ultimo aspetto “finanziario”, unito alla sempre maggior esternalizzazione nella produzione di servizi pubblici⁹⁴, permette di comprendere la persistente centralità dell’unica programmazione autoritativa che resta centrale nell’organizzazione pubblica: la programmazione della finanza pubblica⁹⁵.

L’emersione del principio di programmazione⁹⁶ – e della speculare riserva di procedimento amministrativo pianificatorio in capo all’Amministrazione – si è già affacciato con chiarezza nelle decisioni

pianificazione urbanistica del territorio” (così, par. 15 del considerato in diritto) non è inderogabile, ma deve essere rispettato il principio di proporzionalità e non deve essere «menomato il nucleo delle funzioni fondamentali attribuite ai Comuni (par. 10.1.2 del considerato in diritto).

⁹¹ Anche sulla pianificazione paesaggistica la bibliografia è amplissima, sebbene tale forma di pianificazione sia più recente G.D. COMPORI, voce *Piani paesaggistici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, vol. Annali V, pag. 1047 – 1079. Notava il legame tra pianificazione urbanistica e tutela del paesaggio già A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1981, vol. XXXI, pag. 503 – 531, specialmente a pag. 520 – 522.

⁹² Come ricostruito nel recente volume collettaneo D. DONATI (a cura), *La pianificazione come metodo di governo e di amministrazione*, op. cit.

⁹³ G.M. ESPOSITO, *Il governo delle programmazioni. Linee evolutive*, Bologna, il Mulino, 2019, specialmente pag. 53 – 64. Sul ritorno delle programmazioni, anche su impulso dell’Unione e nel perseguimento delle politiche di quest’ultima si vedano G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022, specialmente pag. 30 e ss., S. AMOROSINO, “*Neoprogrammazioni*” pubbliche o private e mercati in trasformazione, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2022, supplemento al fasc. 4, pag. 46 – 56 e G. LUCHENA, *Il “nuovo” intervento pubblico nell’economia: come sistema di deroghe e come coprogrammazione a impulso europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2022, supplemento al fasc. 4, pag. 57 – 77. Il carattere delle nuove programmazioni sarebbe quello di offrire un sostegno finanziario alla traiettoria dello sviluppo, non sacrificando più lo sviluppo socioeconomico (così G. LUCHENA, *Il “nuovo” intervento pubblico nell’economia: come sistema di deroghe e come coprogrammazione a impulso europeo*, op. cit., pag. 71). Sul rinnovato ruolo statale e la nuova politica industriale M. PASSALACQUA, “*Numquam nega, raro adfirma*”: il rinnovato “*intervento*” dello Stato nell’economia, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, fasc. 1, pag. 55 – 78.

⁹⁴ Si consideri, inoltre, che le privatizzazioni cui si è assistito a partire dagli anni ’90 del XX secolo hanno comportato una riduzione anche dell’intervento diretto dello Stato nella produzione di beni e servizi, con la conseguenza che, oggi, l’erogazione diretta di beni e servizi da parte dell’Amministrazione è decisamente recessiva e si ricorre, piuttosto, alla stipulazione di contratti ad evidenza pubblica per la realizzazione dei servizi pubblici. Ad esempio, in materia sanitaria, si veda la programmazione delle quantità e delle tipologie di prestazioni rese dai soggetti privati in regime di c.d. convenzione (ai sensi dell’art. 8, comma 5 d.lgs. n. 502/1992) al fine di controllare la spesa sanitaria (art. 2, comma 8 l. 28 dicembre 1995, n. 549); i limiti annuali massimi di spesa per sostenibile con il fondo sanitario sono stati poi ribaditi dall’art. 32, comma 8 l. 27 dicembre 1997, n. 449. Sui tetti di spesa connessi con la programmazione sanitaria si veda B. SCIASCIA, *I tetti di spesa sanitaria tra tutela del cittadino, programmazione finanziaria e rispetto della concorrenza*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2023, fasc. 3, parte 1, pag. 87 – 102.

⁹⁵ Evidenziava già M.S. GIANNINI (ID.), voce *Pianificazione* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, vol. XXXIII, pag. 629 – 634) che – laddove i mezzi e le risorse siano di proprietà pubblica – la pianificazione è imprescindibile, come avveniva nell’Unione sovietica per le pianificazioni economiche, essendo i mezzi di produzione pubblici.

⁹⁶ Come detto, parte della dottrina individua espressamente un “principio di programmazione” (P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, op. cit., pag. 453 – 474).

sia del giudice penale che del giudice amministrativo in tema di urbanistica⁹⁷, di organizzazione sanitaria⁹⁸ e di realizzazione delle opere pubbliche⁹⁹, quale limite o elemento di ponderazione necessario insieme agli altri principî dell'agire amministrativo¹⁰⁰. Tale giurisprudenza è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale, che vede nel procedimento un ineliminabile strumento di valutazione dei fatti e degli interessi riservato all'Amministrazione, e non più solo come forma di tutela per i singoli e democraticità dell'agire, come affermato fin dagli anni '60 del '900 dalla stessa Corte allorquando viene delineato il “principio del giusto procedimento”¹⁰¹.

Pur di fronte alla ricorrente dichiarazione che, nel nostro ordinamento costituzionale, non vi è una riserva di amministrazione¹⁰², emerge in più occasioni, dalla giurisprudenza del giudice delle leggi, una

⁹⁷ Ad esempio, Cass. Pen., sez. III, 15 febbraio 2024, n. 37639 in tema di elemento oggettivo del reato di lottizzazione abusiva, individua tale fattispecie nella rilevanza delle opere edificatorie, tale da compromettere la “riserva di pianificazione urbanistica” o Cass. Pen., sez. III, 20 aprile 2023, n. 21469, che ritiene sufficiente il frazionamento di un fondo – anche solo attraverso un'attività materiale o negoziale – per ledere la riserva di amministrazione. La giurisprudenza del giudice penale appare costante in tali termini fin dagli anni '80 del XX secolo. Analoga prospettazione è offerta dalla giurisprudenza amministrativa, che identifica una “riserva di programmazione territoriale” attribuita all'Amministrazione (così TAR Campania – Napoli, sez. VII, 4 dicembre 2008, n. 21000. Tale riserva è da garantire anche rispetto agli atti di sanatoria previsti dell'art. 38 d.p.r. n. 380/2001, che non possono essere interpretati come una deroga a qualsivoglia previsione urbanistica “pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione” (Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 8869 e, in senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2023, n. 136; Cons. Stato, sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 9062).

⁹⁸ Paradigmatico è il caso della pianificazione del servizio sanitario farmaceutico (TAR Sicilia – Palermo, 26 settembre 2013, n. 1717, in *Foro amministrativo TAR*, 2013, fasc. 9, pag. 2903).

⁹⁹ TAR Campania – Napoli, 01 dicembre 2006, n. 10343 e Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6436.

¹⁰⁰ Ad esempio, è stato statuito che il principio di parificazione dei soggetti pubblici e privati erogatori di servizi sanitari e il principio di concorrenzialità tra le strutture debba conciliarsi con il principio di programmazione, in ragione – soprattutto – della garanzia di sostenibilità finanziaria (così Cons. Stato, sez. III, 17 gennaio 2024, n. 550 e Cost. Stato, sez. III, 19 maggio 2023, n. 5008 e, in precedenza, oltre alle corti territoriali, già Cons. Stato, sez. V, sent. 28 gennaio 2011, n. 1252).

¹⁰¹ Tale principio, seppur proprio del diritto eurolunitario, ha profonde radici anche nell'ordinamento italiano, a partire dalla famosa sentenza Corte cost., sent. 23 febbraio 1962, n. 13, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pag. 129 e ss. con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pag. 130 – 143. Sulla portata del principio, si veda più recentemente L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, fasc. 2, pag. 277 – 301. Vi è stato chi ha ritenuto che la “riserva di procedimento” sia un precipitato del “giusto procedimento” (pare di leggere tale visione in A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del «giusto procedimento di pianificazione»*, in *Le Regioni*, 2018, fasc. 4, pag. 744 – 758, specialmente pag. 748 – 749 e 755 – 757). A sommosso avviso di chi scrive, tuttavia, il “giusto procedimento” che è stato elaborato a partire dalla citata giurisprudenza costituzionale degli anni '60 ha riguardo all'(insopprimibile) rapporto che deve esserci tra partecipazione procedimentale ed esercizio di un potere sostanzialmente amministrativo di tipo ablatorio, mentre la “riserva di procedimento”, come si dirà, attiene piuttosto alla necessità di ponderazione degli interessi pubblici e privati, a tutela della discrezionalità dell'Amministrazione.

¹⁰² Secondo A. CARDONE, la giurisprudenza sulla “riserva di procedimento” «mette a nudo la latente contraddizione che esiste tra due filoni della giurisprudenza costituzionale che possono ormai considerarsi consolidati e che sembrano spingere l'ordinamento in due direzioni opposte: da un lato, l'affermazione dell'inesistenza di una riserva di funzione amministrativa a vantaggio degli organi esecutivi dei livelli di governo statale e regionale, la quale conduce ad affermare la conformità a Costituzione delle leggi a contenuto particolare e concreto adottate in luogo di provvedimenti amministrativi; dall'altro la ricostruzione del “giusto procedimento” come principio direttamente collegato all'art. 97 Cost., che orienta a ritenere impretermisibile l'equo contemperamento degli interessi pubblici e privati che si realizza attraverso la partecipazione degli enti e dei cittadini interessati al procedimento amministrativo» (ID., *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del «giusto procedimento di pianificazione»*, op. cit., pag. 752 – 753).

(non ontologicamente differente)¹⁰³ riserva di procedimento amministrativo: «è nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.»¹⁰⁴. Tale "riserva di pianificazione"¹⁰⁵ è stata nuovamente enunciata non solo

La dottrina ha evidenziato che «la scelta di non accogliere o rielaborare le classificazioni proposte dalla dottrina [in tema di leggi provvedimento] mettendo insieme tipologie diverse abbia finito per sovrapporre i problemi e forse anche le soluzioni approntate dall'ordinamento per fronteggiare il fenomeno delle invasioni di campo del legislatore» (così A. SAU, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 1, pag. 71 – 81, precisamente a pag. 74).

Talvolta è stata la legge nazionale che ha posto una "riserva di procedimento" dettando norme di principio alla legislazione regionale, come nel caso del "piano caccia", previsto dall'art. 18, comma 4 l. n. 157/1992, che è stato costantemente interpretato dalla Corte costituzionale come "riserva di provvedimento", insuscettibile addirittura di essere – successivamente – "irrigidito nella forma legislativa" (così Corte cost., sent. 6 dicembre 2019, n. 258, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, fasc. 6, pag. 3167 – 3172, con nota di S. SPUNTARELLI, *La via della tutela dell'ambiente per riconoscere la riserva di atto amministrativo*, *ivi*, pag. 3172 – 3178).

¹⁰³ Nota che «la sentenza [n. 116/2020], sebbene faccia espressamente salvo il tema della riserva di amministrazione [...], finisce in realtà per postularne l'esistenza; o meglio finisce con il ritenere di fatto sussistente una sorta di riserva di procedimento amministrativo (cioè delle garanzie partecipative proprie di esso), nella parte in cui afferma che se una materia è conformata dalla legge come amministrativa, allora ciò implicherebbe la necessità che essa trovi la sua emersione nelle modalità (nelle forme quindi) tipiche dell'azione amministrativa» S. CALDARELLI, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo. Nota a Corte Costituzionale n. 116/2020*, in *giustizianinseme.it*, 20 luglio 2020. Sempre A. SAU evidenzia che si tratta, in sintesi, dell'enucleazione di una "riserva di funzione amministrativa", che tende a far riemergere «la concezione materiale della funzione legislativa e rafforzandola con l'implicito riconoscimento di una riserva di funzione amministrativa cui compete la mediazione, la graduazione e il contemperamento degli interessi» (ID., *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, op. cit., pag. 80).

¹⁰⁴ Corte cost., sent. 05 aprile 2018, n. 69, par. 6.1 del considerato in diritto. La sentenza prosegue evidenziando che una «soluzione legislativa adottata dalla Regione, nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti» (*ibidem*, par. 6.2). Con riferimento a questa decisione, è stato notato dalla dottrina il carattere innovativo della sentenza che «sembra prefigurare, in tema di pianificazione delle attività di coltivazione di cava, o più in generale di attività produttive a forte impatto urbanistico-territoriale, l'esistenza di una riserva di funzione amministrativa che determina una tendenziale rottura nell'affermazione giurisprudenziale secondo cui, invece, non esisterebbe nell'ordinamento costituzionale una riserva di amministrazione» (così A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del «giusto procedimento di pianificazione»*, op. cit., pag. 744 – 758, precisamente a pag. 748) e F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 2018, fasc. 4, pag. 759 – 766.

¹⁰⁵ In tal senso A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del «giusto procedimento di pianificazione»*, op. cit., pag. 750. L'Autore immaginava già "l'ampiezza del precedente", «perché dalla motivazione della pronuncia emerge nitidamente che il bene tutelato dalla riserva di pianificazione è, in definitiva, il "giusto procedimento di piano" come strumento esclusivo di

nei confronti della legislazione regionale¹⁰⁶, ma anche della legislazione nazionale¹⁰⁷.

Secondo la Corte costituzionale, l'ambito della discrezionalità (i.e., della ponderazione degli interessi)¹⁰⁸ proprio dell'Amministrazione non può essere costretto o svuotato né dal legislatore, regionale¹⁰⁹ o nazionale¹¹⁰, né – ed è la fattispecie che qui maggiormente ci impegna – dalla stessa

contemperamento dei vari interessi statali, regionali e privati coinvolti dall'attività di cava e, quindi, quale unico mezzo in grado di garantire l'imparzialità di siffatte decisioni, indipendentemente da quale sia il concreto bilanciamento operato dall'amministrazione procedente» (*ibidem*, pag. 750).

¹⁰⁶ Analoghe indicazioni, con ampie citazioni della decisione, sono contenute nelle successive Corte cost., sent. 05 giugno 2020, n. 106.

¹⁰⁷ Corte cost., sent. 23 giugno 2020, n. 116 sulla quale, S. CALDARELLI, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di procedimento amministrativo. Nota a Corte Costituzionale n.116/2020*, op. cit.

¹⁰⁸ Sulle diverse declinazioni di discrezionalità e, in particolare, sulla discrezionalità come ambito riservato all'Amministrazione per la ponderazione degli interessi nel pensiero di M.S. GIANNINI, si veda, da ultimo, riassuntivamente, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, fasc. 6, pag. 725 – 727.

¹⁰⁹ Quanto alla legislazione regionale, fino a qualche lustro addietro la presenza riserva di amministrazione era espressamente esclusa dalla Corte costituzionale, ma in caso di leggi-provvedimento veniva affermata la necessità di un sindacato intrinseco sul rispetto del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà della legge provvedimento (come in Corte cost., sent. 29 ottobre 2002, n. 429 con nota di C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, fasc. 5, pag. 3235 e ss. e in Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 137 con nota di R. DICKMANN, *Corte costituzionale e leggi in luogo di provvedimento*, in *federalismi.it*, 2009, fasc. 11. Sullo "scrutinio stretto" di costituzionalità delle leggi-provvedimento, da ultima, si veda la doviziosa ricostruzione contenuta in A. SAU, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, op. cit., specialmente pag. 75 – 76). Più recentemente, il giudice delle leggi ha iniziato ad evidenziare – dapprima con la tecnica retorica della litote – che nel nostro ordinamento non vi è un "sistema della pianificazione" che «assurga a principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale [...] di prevedere interventi in deroga a tali strumenti», ma «è [...] richiesto uno scrutinio particolarmente rigoroso laddove la normativa regionale non si limiti a conformare, mediante previsioni normative alle quali i Comuni sono tenuti a uniformarsi, le previsioni urbanistiche nell'esercizio della competenza concorrente in tema di governo del territorio, quanto piuttosto comprima l'esercizio stesso della potestà pianificatoria, come nel caso di specie, paralizzandola per un periodo temporale» (così Corte Cost., sent. 16 luglio 2019, n. 179, par. 12.4 e par. 12.5 del considerato in diritto, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, fasc. 4, pag. 2074 e ss.). Con maggior decisione, a distanza solo di un paio di anni, la Corte enuncia espressamente la "riserva di procedimento amministrativo" rispetto alla pianificazione territoriale: la decisione n. 177/2021 sul divieto posto con legge regionale di collocamento di impianti fotovoltaici in area agricola ha ribadito che «le Regioni non possono imporre in via legislativa vincoli generali non previsti dalla disciplina statale. Una normativa regionale, che non rispetti la riserva di procedimento amministrativo e, dunque, non consenta di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, impedisce la migliore valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati e, di riflesso, viola il principio, conforme alla normativa dell'Unione europea, della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili» (Corte cost., 30 luglio 2021, n. 177, par. 3.3 del considerato in diritto). Analoghe riflessioni sono contenute anche nella giurisprudenza successiva (come Corte cost., sent. 21 ottobre 2022, n. 216).

Sulla giurisprudenza costituzionale che ha affermato – nella coloritura dell'autonomia comunale – la riserva di procedimento amministrativo di pianificazione territoriale rispetto alle leggi-provvedimento, si vedano anche le considerazioni di P. MARZARO, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica?*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2022, fasc. 4, parte 1, pag. 734 – 753, specificamente pag. 739 – 748;

¹¹⁰ La riserva di procedimento anche rispetto alle leggi statali si è affermata successivamente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, talvolta in maniera in vero più rispettosa dell'autonomia del legislatore nazionale e più sfumata, ad esempio con la forma dell'apparente negazione. Rispetto alle censure di incostituzionalità delle leggi-provvedimento regionali, infatti, resta preclusa la *ratio decidendi* eventualmente appuntata sugli articoli 117 e 111 cost. e, quindi, la giurisprudenza avente ad oggetto le leggi statali si manifesta particolarmente rilevante (*amplius*, F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora sulla riserva di amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Le Regioni*, 2020, fasc. 5, pag. 1169 – 1179, specialmente a pag. 1174 e 1176 – 1177). La Corte, infatti, ribadisce che «disposizioni legislative di tal fatta [le leggi provvedimento] non sono di per

magistratura¹¹¹. La relazione che si instaura tra le funzioni dello Stato nelle fattispecie di “riserva”, infatti, «può essere concepita anche come esclusione, in quanto ove è ben presente una delle attività non può convenientemente esservi, con pari rilievo, l'altra»¹¹².

La “riserva di procedimento amministrativo” rispetto all’invasione del potere legislativo è stata maggiormente studiata in ragione della centralità, anche storica, che la legge ha assunto nelle costituzioni moderne¹¹³.

Mentre lo “straripamento” della legge rispetto agli àmbiti riservati alla pubblica amministrazione trova la sua tutela nei giudizî innanzi alla Corte costituzionale¹¹⁴ e, eventualmente, in sede di rinvio

sé incompatibili con l’assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione. Tuttavia [...] esse devono soggiacere a uno scrutinio stretto di costituzionalità, sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa» e «lo scrutinio deve essere [...] tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimentale della disposizione» (Corte Cost., 25 luglio 2022, n. 186) Si coglie, allora, di fronte ad una astratta ammissibilità delle leggi-provvedimento, una chiara “preferenza di procedimento” (parla di «naturale, preferenziale, riserva costituzionale a favore di uno spazio di amministrazione aperta e partecipata» F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, op. cit., pag. 764), adombrando che sulle leggi provvedimento «gravi una presunzione o quanto meno un sospetto d’illegittimità» (così A. SAU, *L’irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c’è ma non si vede*, op. cit., pag. 76)

Tale presunzione è stata espressamente enunciata dalla Corte, allorquando il giudice delle leggi – in un caso in vero particolare, come quello della “legificazione” di un atto amministrativo di programmazione del servizio sanitario di una regione “in sanatori” – ha ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha anche valorizzato il ruolo svolto dal procedimento amministrativo nell’amministrazione partecipativa disegnata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241[...]. Il portato delle numerose pronunce in materia è stato di recente puntualizzato nel senso che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi [...]. L’insistente valorizzazione delle modalità dell’azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della “riserva di amministrazione” nel nostro ordinamento. In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto» (Corte cost., sent. 23 giugno 2020, n. 116). Sulla decisione, si veda anche M. P. CHITI, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza costituzionale del giudice Coraggio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, fasc. 2/3, pag. 193 – 205.

¹¹¹ Si vedano, ad esempio, le considerazioni di L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, fasc. 1, pag. 293 – 333, che esamina tre diverse fattispecie in cui «il potere dei giudici traccina in quello delle pubbliche amministrazioni» (*ibidem*, pag. 293), tra cui la disapplicazione – ad opera del giudice penale – dell’autorizzazione ambientale nel caso ILVA. Si veda anche V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 3, pag. 1494 – 1498, il quale evidenzia che la sentenza Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 sul caso ILVA «ancorché resa in un giudizio sulla legge, appartiene piuttosto al *genus* delle pronunce che risolvono conflitti di attribuzioni fra poteri» (*ibidem*, pag. 1497).

¹¹² R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell’articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, op. cit., pag. 551.

¹¹³ *Amplius*, D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, op. cit., specialmente pag. 13 – 23. Tale aspetto si coglie anche, ad esempio, nell’indicazione costituzionale che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» di cui all’art. 101, comma 2 Cost., e «le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi [...] in quanto siano conformi alle leggi» (art. 5 all. E l. n. 2248/1865). Oltre alla bibliografia già richiamata in nota 68, si veda l’ampia ricostruzione bibliografica in M. LOSANA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2021, fasc. 2, pag. 498 – 513 e in A. MITROTTI, *‘Riserva di Amministrazione’ versus ‘Amministrazione per Legge’. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 2020, fasc. 3, pag. 1 – 34.

¹¹⁴ In sede di giudizio di costituzionalità sulla legge-provvedimento oppure nei conflitti di attribuzione tra

pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹⁵, vi sono una pluralità di “strumenti” processuali¹¹⁶ per verificare che le prerogative (più precisamente, gli ambiti di ponderazione degli interessi, ovvero la discrezionalità¹¹⁷) dell’Amministrazione siano garantite rispetto all’intromissione del potere giudiziario¹¹⁸. Oltre al conflitto tra poteri dello Stato di fronte alla Corte costituzionale¹¹⁹, vi è il ricorso in Cassazione per i motivi di giurisdizione per lamentare il difetto assoluto di attribuzione, ovvero il c.d. eccesso di potere giurisdizionale¹²⁰ in applicazione delle numerose previsioni legislative che limitano la cognizione o i poteri

poteri dello Stato. Sulla possibilità di instaurare un giudizio per conflitto di attribuzione per atti legislativi – in precedenza esclusa dalla giurisprudenza della Corte costituzione (sempre sul caso ILVA ord. n. 16 e 17 del 2013) e, ora, invece, a certe condizioni e cautamente ammessa – si veda A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 328 – 354, specialmente pag. 345 – 346). Evidenzia la possibilità di ricorrere – anche nel caso in cui l’eccesso di potere giurisdizionale sia compiuto ai danni del legislatore – il rimedio previsto dall’art. 111, comma 8 Cost., P. BONINI, *La questione dell’evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull’eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consultaonline*, 2022, fasc. 3, pag. 1114 – 1135.

Riscontra una possibile sovrapposizione di tutela, laddove si faccia questione di atti amministrativi, tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzione P. CERBO, *Il conflitto intersoggettivo di attribuzione tra giudizio costituzionale e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2023, fasc. 1, pag. 62 – 92.

¹¹⁵ Evidenzia la “riserva di amministrazione” nel diritto dell’Unione S. CALDARELLI, *L’illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la “riserva” di procedimento amministrativo. Nota a Corte Costituzionale n.116/2020*, in *giustiziainseme.it*, 20 luglio 2020.

¹¹⁶ Si utilizza volutamente una locuzione vaga e imprecisa (insieme a sindacabilità, azionabilità, “garanzia della tutela giurisdizionale”) perché, parafrasando quanto diceva R. CAVALLO PERIN per il principio di legalità, «sono tutte nozioni utili alla comprensione di un concetto assai lato» (ID., *Il contenuto dell’articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, op. cit., pag. 547 – 548).

¹¹⁷ Sempre riferendosi alla costruzione teorica di M.S. GIANNINI, come ricorda S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in op. cit., pag. 725 – 727.

¹¹⁸ Tempo addietro è stato notato che «il rapporto legge-giurisdizione non ha riscontrato negli studi di diritto amministrativo e costituzionale eguale fortuna [rispetto al rapporto legge-amministrazione]; di norma è stato analizzato in chiusura delle trattazioni sul rapporto legge-amministrazione e come sua semplice conseguenza» (R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell’articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, op. cit., pag. 550).

La possibile sovrapposizione tra i differenti istituti – nel caso particolare, tra conflitto fra poteri dello Stato e questione di costituzionalità – è evidenziata da V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, op. cit., pag. 1494 – 1498.

In taluni casi potrebbe esservi un conflitto solamente apparente, poiché organi soggettivamente giurisdizionali sono talvolta chiamati ad adottare atti non oggettivamente giurisdizionali, ma più propriamente amministrativi (in tal senso R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 3, pag. 1505 – 1511, specialmente a pag. 1508). Nel caso oggetto del presente studio, in particolare, la confusione potrebbe effettivamente sussistere, poiché alla magistratura di sorveglianza sono attribuite anche funzioni amministrative (sugli eterogenei compiti della magistratura di sorveglianza, introdotta con la legge n. 354/1975 e chiamata sia ad adottare atti relativi a materie coperte da riserva di giurisdizione che atti di contenuto amministrativo, nonché a decidere – con lo strumento del reclamo – sugli atti dell’Amministrazione penitenziaria propriamente detta si veda F. DELLA CASA, voce *Magistratura di sorveglianza*, in *Digesto delle discipline penali*, 1993, vol. VII, pag. 484 – 517, specialmente pag. 494 e ss.). A parere di chi scrive, tuttavia, nel caso in questione siamo in una fattispecie in cui il giudice di sorveglianza esercita funzioni giurisdizionali.

¹¹⁹ Spesso azionato da organi appartenenti alla magistratura (sui dati quantitativi si veda ancora A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 326 e ss.), ma con alcuni precedenti di azione governativa o regionale nella giurisprudenza costituzionale (sui quali si veda V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, op. cit., pag. 1497 – 1498). Una indagine circa la possibilità del conflitto tra poteri dello Stato per straripamento del potere giurisdizionale nei confronti della legge è immaginata in A.R. RIZZA, *Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato e l’eccesso giurisdizionale. Limiti e presupposti*, in *Consultaonline*, 2023, fasc. 2, pag. 737 – 748.

¹²⁰ Si tratta del ricorso in Cassazione ai sensi dell’art. 111, comma 8 Cost. nel caso in cui si pensi che non vi sia una giurisdizione competente a conoscere della questione o il giudice abbia esercitato un potere che non si ritiene

del giudice rispetto agli atti o ai rapporti¹²¹, ovvero, più semplicemente, il giudizio di appello della puntuale decisione che violasse tale riserva¹²².

Anche recentemente vi è stato chi ha sostenuto che «val la pena di chiedersi quale possa essere oggi l'ampiezza di questo tipo di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera dell'amministrazione»¹²³ e che «dobbiamo riconoscere che essa riguarda ormai solo i casi di discrezionalità amministrativa vera e propria [...]: in altri termini, riguarda il “merito” della scelta amministrativa»¹²⁴.

esistente. Sul tema, limitandosi alle trattazioni manualistiche, C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2024, pag. 365 – 367; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 823 – 835.

In vero, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione nell'applicazione dell'art. 111, comma 8 Cost. pare di poter cogliere – al contrario – un costante ampliamento delle posizioni giuridiche oggetto di tutela e una insistente “spinta” al Consiglio di Stato nell'utilizzo dei poteri di cognizione e di decisione, erodendo anche lo spazio (di insindacabilità) riservato all'Amministrazione (*amplius*, da ultimi, A. CASSATELLA, *Gli incerti confini dell'arretramento di giurisdizione: sabbie mobili?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, fasc. 3, pag. 759 – 777; A. PROTO PISANI, G. VERDE, *Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2024, fasc. 3, pag. 1027 – 1032; A. TRAVI, *nota di richiami a Corte cass., SS. UU. civ., sent. 23 novembre 2023, n. 32559*, in *Il Foro italiano*, 2024, fasc. 1, parte I, col. 194 – 199).

¹²¹ Il caso più noto è quello dei cosiddetti “atti politici” che, per espressa previsione legislativa, non sono impugnabili (art. 7, comma 1, ultimo alinea d.lgs. n. 104/2010). Seppur si cerchi di delineare una giurisdizione sempre più effettiva e piena (la c.d. *full jurisdiction*), l'insindacabilità di tali atti è stata ritenuta conforme a Costituzione, da ultimo in tema di provvedimenti circa le intese religiose con la sentenza Corte Cost. n. 52/2016 (sul tema, recentemente, A. RUGGERI, *Atti politici e diritti fondamentali: un rapporto complesso e non poco sofferto*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, fasc. 5, pag. 1046 – 1074 e G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *federalismi.it*, 2017, fasc. 22, pag. 1 – 30).

Un ambito particolarmente studiato in tempi recenti e, in particolare, dopo la riforma della giustizia amministrativa recata dal d.lgs. n. 104/2010 è il divieto posto al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, previsto dall'art. 34, comma 2 d.lgs. n. 104/2010, su cui si vedano P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, fasc. 1, pag. 94 – 121 e A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, fasc. 4, pag. 735 – 777.

Talvolta il legislatore è intervenuto espressamente per ribadire la riserva di amministrazione, come nel recente caso dell'accertamento di un paese come sicuro ai fini della protezione dei migranti (su cui si veda A. CARIOLA, *Una riserva di amministrazione per l'accertamento di un Paese come sicuro ai fini del rimpatrio di un migrante*, in *Dirittifondamentali.it*, 2024, fasc. 3, pag. 295 – 309).

¹²² Decidendo, ad esempio, per l'ammissibilità per il gravame e non riconoscendo, al contrario, l'inammissibilità per difetto di giurisdizione. *Amplius*, ancora P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, op. cit., pag. 105 e ss.

¹²³ G. GRECO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, fasc. 2, pag. 269 – 290, precisamente a pag. 285. Anche l'Autore ritiene che l'eccesso di potere giurisdizionale «presuppone una riserva di amministrazione non sindacabile dal giudice» (ibidem, pag. 286).

¹²⁴ Sempre G. GRECO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, op. cit., pag. 286.

Ed è proprio nella programmazione pubblica che la discrezionalità trova la sua naturale e massima espansione¹²⁵ con la conseguenza che la riserva di amministrazione nell'ambito delle programmazioni amministrative acquisisce un rilievo peculiare¹²⁶.

5. Spunti conclusivi: la necessaria salvaguardia del principio di programmazione e della sua riserva.

Come riferito, la profonda manipolazione dell'ordinamento che si è verificata in ragione della rapida e progressiva stratificazione giurisprudenziale costituisce, a parere di chi scrive, una violazione del principio di programmazione pubblica delle risorse – e dei relativi servizi – con una illegittima compressione della riserva di amministrazione.

Vi è stato chi ha ritenuto che «la crisi nella separazione dei poteri è una sorta di indice rivelatore di una debolezza o di una mancanza che risiede nell'amministrazione»¹²⁷. Nella materia del “diritto all'affettività”, d'altra parte, è stato evidenziato come ad oggi sia stato solamente istituito un gruppo di lavoro multidisciplinare che sta elaborando una circolare per guidare le diverse articolazioni dell'Amministrazione penitenziaria all'applicazione della decisione, fin tanto che perdura l'inerzia del legislatore¹²⁸.

Le decisioni che ordinano all'Amministrazione penitenziaria di organizzare i “colloqui intimi” entro 60 giorni, eventualmente approntando provvisoriamente locali e senza alcuna valutazione in termini di sostenibilità per l'organizzazione amministrativa rischiano, tuttavia, di acuire le croniche debolezze e mancanze dell'organizzazione amministrativa. Inoltre, le decisioni della Magistratura non solo sovvertono qualsiasi programmazione effettuata dall'Amministrazione, ma possono comportare lo spreco delle scarse risorse se venissero approntate soluzioni provvisorie destinate ad essere successivamente superate una volta che l'Amministrazione sia riuscita ad organizzare le proprie risorse materiali per adempiere alle

¹²⁵ Il potere di programmazione o di pianificazione – nelle sue varie declinazioni, ma con attenzione, negli ultimi anni, soprattutto al governo del territorio – è sempre stato considerato come connotato da latissima discrezionalità, sia con riferimento al governo del territorio (come ricorda da ultimo F. SAITTA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, fasc. 6, pag. 421 e ss., con ampi riferimenti bibliografici sul punto cui si rinvia), ma anche per le programmazioni economiche è stato notato tale profilo (cfr. S. AMOROSINO, *Note in tema di impugnabilità degli atti di indirizzo e programmazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 3, pag. 650 e ss.). Si segnala comunque che vi è un dibattito circa le trasformazioni che la discrezionalità – e le sue varie declinazioni – stanno subendo ad opera delle modificazioni nel sistema istituzionale (in tal senso, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, fasc. 6, pag. 725 e ss.).

¹²⁶ Evidenziava tale aspetto, in riferimento alla legge, S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche “invasioni di campo”*, in *Diritto amministrativo*, 2006, fasc. 1, pag. 229 e ss.

¹²⁷ Così L. SALTARI, *I giudici amministratori*, op. cit., pag. 331, ove anche riferimenti bibliografici ulteriori.

¹²⁸ Dà conto degli sviluppi “istituzionali” F. CIMINO, *Il diritto all'affettività ristretta. A quasi un anno dalla pronuncia della Corte Costituzionale in materia di colloqui intimi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, fasc. 12. La costituzione di “un gruppo di lavoro multidisciplinare” ricorda, a chi scrive, il dirigente alle prese con la riforma della burocrazia del noto microtesto di E. FLAIANO contenuto nel Taccuino 1951 del Diario notturno («Gli presentano il progetto per lo snellimento della burocrazia. Ringrazia vivamente. Deplora l'assenza del modulo “H”. Conclude che passerà il progetto, per un sollecito esame, all'ufficio competente, che sta creando» ID., *Opere scelte*, Adelphi, Milano, 2010, pag. 342 – 343).

previsioni della Corte costituzionale¹²⁹. Sembra, quindi, manifestarsi anche in questo caso la ben nota tensione tra emergenza e programmazione, che porta spesso ulteriori “complicazioni” all’organizzazione amministrativa¹³⁰.

Dalla configurazione di un “diritto all’affettività” da garantire “entro 60 giorni” consegue lo spostamento – autoritativamente imposto dalla medesima magistratura di sorveglianza – delle risorse (i.e., delle “scelte allocative”) dell’Amministrazione penitenziaria, al di fuori di qualsiasi programmazione pubblica.

Si consideri, tuttavia, che il procedimento programmatorio è il “luogo” d’elezione in cui viene compiuta – su di un orizzonte temporale annuale e triennale – la valutazione dei fatti e dei bisogni e la ponderazione di interessi pubblici e privati¹³¹. Pur volendo soprassedere al fatto che una sola decisione della magistratura di sorveglianza è in grado di stravolgere un lungo, laborioso e complesso procedimento come quello programmatorio, che aveva preso in considerazione una ampia pluralità di elementi – molto più numerosi di quelli che può conoscere (sia dal punto di vista giurisdizionale che epistemologico) il giudice dell’esecuzione¹³² – si assiste addirittura all’emersione di qualcosa che qualcuno potrebbe ricordare il c.d. “diritto tiranno”¹³³, che prevale sugli altri e comprime l’aspettativa dei detenuti – soprattutto di coloro

¹²⁹ Non si condivide quanto evidenziato da F. CIMINO (ID., *Il diritto all’affettività ristretta. A quasi un anno dalla pronuncia della Corte Costituzionale in materia di colloqui intimi*, op. cit.) circa la presunta facilità di approntamento dei locali (ove si legge che «basterebbe oscurare le finestrelle sulle porte delle stanze dei colloqui con i gruppi familiari per consentire la riservatezza degli incontri» e «né esistono insuperabili difficoltà di ordine operativo per rendere tutto questo possibile») perché – oltre all’approntamento dei locali – solo a titolo esemplificativo si può evidenziare che tali spazi non sarebbero fruibili per le altre attività (cui, per altro, attualmente tali locali sono destinati) e, parimenti, si dovrebbero gestire i colloqui in argomento, organizzando i relativi turni e ri-distribuendo il personale per la vigilanza, nonché sarà necessario provvedere all’arredo dei locali e alla gestione e pulizia degli stessi e del corredo. Evidenzia le difficoltà dell’Amministrazione, fornendo anche dati quantitativi I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell’attuazione di Corte cost.*, sentenza 10 del 2024, op. cit., specialmente pag. 300 e ss.

¹³⁰ *Amplius*, D. DONATI, *Il futuro declinato al presente. Regole, valore e limiti alla pianificazione in Italia*, op. cit., pag. 6 e ss.

¹³¹ Sempre L. SALTARI evidenzia come «l’intervento sostitutivo dei giudici non risolve, anzi crea inconvenienti e problemi» perché «le modalità secondo le quali si istruisce una questione e rispetto ad essa è adottata una decisione» sono radicalmente diverse: nell’esempio dell’ILVA, il giudice «non possiede gli strumenti per governare la congerie di interessi e situazioni che coinvolgono un sito produttivo come l’acciaieria tarantina» (ID., *I giudici amministratori*, op. cit., pag. 331)

¹³² Non solo finanziarie, ma anche umane e materiali, nonché le esigenze individuali e collettive conosciute e ponderate dall’Amministrazione.

¹³³ Anche la Corte costituzionale ha chiarito – con riferimento al diritto alla salute – che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (così Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, par. 9 del considerato in diritto sul caso ILVA). Il tema è stato ribadito dalla successiva sentenza 23 marzo 2018, n. 58 in cui, tuttavia, al contrario, è stato ritenuto che era il diritto alla prosecuzione dell’attività produttiva ad essere divenuto “tiranno” (frutto di un bilanciamento irragionevole e non ponderato) rispetto al diritto alla salute e al lavoro in ambiente salubre. Anche la sentenza n. 20/2017 – in tema di libertà e segretezza della corrispondenza – ribadisce che tale diritto non può diventare “tiranno” rispetto alle esigenze delle indagini e della sicurezza.

che non hanno proposto ricorso – agli altri elementi del trattamento, con un sacrificio di tutte le altre posizioni giuridiche soggettive.

Riprendendo, a questo proposito, quanto sostenuto dalla dottrina che si è occupata di diritto sanitario, la programmazione e l'organizzazione pubblica sono un veicolo di eguaglianza perché – indipendentemente dai c.d. determinanti sociali – si fanno carico di valutare, individualmente, la situazione di ciascuno e, globalmente, le risorse disponibili, per cercar di soddisfare con criteri di equità e universalità le esigenze di ciascuno allocando in maniera appropriata le risorse¹³⁴. In maniera speculare, la discrezionalità (del giudice) è stata vista come ineliminabile strumento di garanzia dell'equità anche nel diritto e nel processo penale¹³⁵.

Alcuni autori hanno già colto – nell'autoapplicazione della decisione della Corte costituzionale¹³⁶ – il rischio di «livelli disomogenei di tutela del diritto all'affettività nei singoli contesti detentivi»¹³⁷ e hanno, quindi, auspicato che l'Amministrazione «intervenga il prima possibile con una circolare volta a ribadire il dovere di eseguire tale decisione [...] e le condizioni di attuazione dei colloqui intimi»¹³⁸. Oltre alla ovvia considerazione circa il dovere di dare esecuzione al contenuto di una sentenza, tuttavia, il rischio che si manifesta – e che una circolare non potrebbe comunque risolvere – è che per soddisfare l'esigenza di alcuni reclamanti circa il “diritto all'affettività”, tutte le altre componenti del trattamento degli altri detenuti subiscano una immediata e non adeguatamente ponderata riduzione.

Anche l'eventuale intervento del legislatore dovrebbe essere condotto lasciando un adeguato spazio alla discrezionalità programmatica dell'Amministrazione e alla sua riserva di procedimento amministrativo. L'unica proposta di legge che si è rivenuta sul tema¹³⁹, tuttavia, pare contraddire tale

¹³⁴ V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come “veicolo” di eguaglianza*, op. cit., specialmente pag. 38 e 45 – 49. Sulla riserva di procedimento amministrativo come forma di garanzia, più genericamente, si veda anche F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, op. cit., pag. 759 – 766.

¹³⁵ Così G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sistema penale*, 17 maggio 2024, pag. 1 – 18, specialmente pag. 14 e ss.

¹³⁶ Sulla natura autoapplicativa della sentenza si veda V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 363 e M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 176.; in senso analogo anche I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., specialmente pag. 288 e 299 – 300, che evidenzia come l'applicazione della decisione richieda «la mediazione dei direttori degli istituti e della magistratura di sorveglianza», *ibidem*, pag. 288. La natura autoapplicativa delle decisioni della Corte non è infrequente ed è tipica delle decisioni che si rivolgono – come nel caso in questione – al legislatore, ai giudici e all'Amministrazione (cosiddette “tridirezionali”, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 213).

¹³⁷ V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 364. Analogamente I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza 10 del 2024*, op. cit., pag. 301.

¹³⁸ V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 365. Sul ruolo della prassi nelle fonti del diritto penitenziario si veda A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, specialmente pag. 124 – 135 e 183 – 187. Nel caso in questione avremmo addirittura dei livelli essenziali delle prestazioni stabiliti con circolare ministeriale.

¹³⁹ Disegno di legge n. C 1566 del 23 novembre 2023, il cui testo si è tentato di introdurre nel d.l. 29 novembre

impostazione, ponendo degli obblighi precisi per legge, per altro di difficile adempimento¹⁴⁰. Si profila, così, il pericolo di una ulteriore incostituzionalità della normativa sopravvenuta proprio per violazione del principio di riserva di amministrazione e di procedimento, con il rischio di un ulteriore periodo di grave incertezza.

Pare difficile un ripensamento della magistratura di sorveglianza, magari anche in sede di eventuale giudizio di ottemperanza¹⁴¹, o della Corte di cassazione, che – nuovamente investita della questione – potrebbe forse meglio configurare come “interesse di pubblico servizio”¹⁴² la posizione giuridica soggettiva del detenuto che aspiri al “colloquio intimo”, da tutelarsi eventualmente con l’azione per l’efficienza della pubblica amministrazione¹⁴³ o nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici¹⁴⁴.

Altrettanto difficile pare un nuovo incidente di costituzionalità per far accertare dalla Corte costituzionale l’illegittimità del diritto vivente così come disegnato dalla Corte di cassazione e dalla magistratura di sorveglianza, laddove il giudice non consideri gli elementi organizzatori del servizio per garantire il “diritto all’affettività”, con il riconoscimento di una violazione della riserva di procedimento amministrativo e del principio di programmazione delle risorse pubbliche, come più volte ricordato.

Potrebbe darsi, invece, un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato laddove il Ministero non desse comunque corso alle decisioni della magistratura di sorveglianza – o prevedesse misure diverse, idealmente compensative, di quelle disposte – in tema di “affettività intramuraria”¹⁴⁵. Analoga possibilità

2024, n. 178 in occasione della conversione in legge di quest’ultimo (proposta emendativa n. 6.06 del 16/01/2025 al ddl n. C. 2196). Dà conto della proposta di legge V. VALENTI, *Il diritto all’affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che “non” attende più di essere compiuta*, op. cit., pag. 265.

¹⁴⁰ Si prevede, infatti che all’art. 28 l. n. 354/1975 sia aggiunto un ultimo comma che disponga come «i detenuti e gli internati hanno diritto a una visita al mese della durata minima di sei ore con le persone autorizzate ai colloqui. Le visite si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all’interno degli istituti penitenziari senza controlli visivi e auditivi».

¹⁴¹ Il giudizio di ottemperanza è disciplinato dai commi 5 e seguenti dell’art. 35 bis L. n. 354/1975. Si evidenzia che in sede di ottemperanza pare ineludibile una valutazione anche della situazione organizzativa in cui verte l’Amministrazione carceraria poiché il magistrato di sorveglianza deve tenere «conto del programma attuativo predisposto dall’amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto» (art. 35-bis, comma 6, lett. d) l. n. 354/1975) e il magistrato ha anche la possibilità di nominare un commissario ad acta (art. 35-bis, comma 6, lett. d) l. n. 354/1975). Il giudizio di ottemperanza, quindi, sembra modellato sulla base di quello previsto nella giurisdizione amministrativa, come da ultimo normato nel codice del processo amministrativo (art. 112 e ss. d.lgs. n. 104/2010).

¹⁴² Usando la risalente locuzione di D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro italiano*, 1988, fasc. 5, parte V, col. 205 – 219

¹⁴³ Disciplinata dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 e sulla quale la dottrina si ampiamente soffermata. Si vedano – solo da ultimi – A. MALTONI, F. FIDONE, *L’azione per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 16/2024, pp. 108-135; G. BIASUTTI, *La c.d. “Class action” pubblica. Riflessioni intorno all’interesse – legittimo – ad una amministrazione efficiente*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2022, fasc. 2, pag. 421 – 455 e A. POLICE, E. TEDESCHI, *La class action pubblica. L’interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativ@mente*, 2021, fasc. 3, pag. 380 - 433

¹⁴⁴ Art. 133, comma 6, lett. c) d.lgs. n. 104/2010.

¹⁴⁵ Per una fattispecie analoga (inottemperanza al “diritto soggettivo” di vedere le emittenti “Rai Sport” e “Rai Storia”), ritiene dapprima ammissibile il conflitto di attribuzione Corte Cost., ordinanza 7 marzo 2012, n. 46 (che richiama anche la precedenti ord. n. 183/1993) e, successivamente, decide la questione Corte Cost. 07 giugno

di avviare un giudizio di *vindicatio potestatis* – sebbene non si rivengano precedenti in termini – dovrebbe essere riconosciuta al Ministro o all’Esecutivo ai sensi dell’art. 95 Cost. per la lesione da parte del giudice di sorveglianza, come detto, del principio di programmazione e della riserva di amministrazione.

Se l’Amministrazione della giustizia già si dibatte dai tempi di Francesco Carrara nella nomorrea¹⁴⁶ ed è “irretita” – come tanti altri apparati pubblici – dall’incertezza operativa¹⁴⁷, l’introduzione in via pretoria di un “diritto”, la cui soddisfazione dipende necessariamente dall’organizzazione (o, meglio, dalla ri-organizzazione) dell’amministrazione, da garantire entro 60 giorni, indipendentemente dalle esigenze logistiche stesse, porterà anche ad un profluvio di ricorsi, fenomeno – per altro – ben noto nell’esperienza dell’ordinamento penitenziario¹⁴⁸.

Il rischio di lasciare la fruizione di un “diritto” alla decisione della magistratura di sorveglianza, inoltre, introduce una discriminazione tra i detenuti perché – in virtù del principio della domanda che informa il nostro ordinamento – solo i “diritti” oggetto di reclamo troveranno una tutela (tra l’altro piena ed entro 60 giorni) e, inoltre, solo i detenuti che hanno le capacità o le risorse per proporre tali reclami vedranno soddisfatte le loro richieste.

A parere di chi scrive, invece, è solo l’azione amministrativa che potrebbe garantire a tutti i detenuti – in condizioni di eguaglianza – il godimento delle prestazioni relative al trattamento penitenziario, in tutti i suoi componenti, secondo una valutazione complessiva e organica delle condizioni personali e organizzative¹⁴⁹.

Non si tratta – è opportuno ricordarlo – di lasciare sforniti di tutela i detenuti: questi avranno eventualmente lo strumento processuale dell’azione per l’efficienza dell’Amministrazione oppure – laddove

2013, n. 135.

¹⁴⁶ Fenomeno acuito negli ultimi anni, di fronte alla tendenza del legislatore ad invadere l’ambito della discrezionalità dell’Amministrazione e ad adottare leggi-provvedimento per una molteplice serie di – non commendevoli – ragioni (S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, fasc. 6, pag. 725 – 727).

¹⁴⁷ M.P. CHITI, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, fasc. 3, pag. 326 – 328.

¹⁴⁸ La dottrina più attenta ha sottolineato tale tendenza, riconducendola ad un fenomeno di dinamica nel sistema delle fonti, per il tramite della c.d. *strategic litigation* o *litigation strategy* (A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, specialmente pag. 147 – 152). L’effetto, tuttavia, rischia di essere paralizzante, come i fatti di cronaca non mancano di evidenziare: il caso di un detenuto in regime di cui all’art. 41 bis che in cinque anni ha presentato alla Cassazione circa 670 ricorsi, che hanno dato luogo a 320 sentenze e 353 ordinanze (P. MACIOCCHI, *Detenuto 41-bis inoltra 670 ricorsi in Cassazione in cinque anni*, il *Il sole 24 ore*, 11 giugno 2022).

¹⁴⁹ Il tratto essenziale della discrezionalità amministrativa, secondo M.S. GIANNINI, era proprio la cura di una pluralità di interessi pubblici, con un procedimento di ponderazione, all’interno delle soluzioni possibili, per individuare una composizione opportuna (sulla ricostruzione del pensiero dell’Autore, alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente, si veda S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, op. cit., pag. 726). Si pensi alla necessità di valutare eventuali questioni sanitarie, relative – ad esempio – alle malattie sessualmente trasmissibili e alle profilassi igienico-sanitarie (evidenzia tale profilo M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l’affettività in carcere. Commento alla sentenza n. 10 del 2024*, op. cit., pag. 173 e ss., che dà anche conto dei documenti del Comitato nazionale di bioetica sul tema della salute in carcere).

riconducesse tale “diritto” al novero di quelli previsti dalla Convenzione EDU – il rimedio risarcitorio approntato dall’art. 35 ter l. n. 354/1975.

Come aveva già notato la dottrina, l’idea di poter “amministrare senza amministrazione”, seppur radicata nel tempo, contrasta con la necessaria flessibilità e capacità di adattamento di un sistema sempre più articolato, complesso e interdipendente¹⁵⁰ e rischia di mettere l’Amministrazione – in special modo quella penitenziaria – su di un moderno letto di Procuste, nel tentativo di costringere, tirando o mutilando forzosamente, la discrezionalità programmatica con soluzioni non solo inefficienti, ma anche inique.

¹⁵⁰ Il riferimento è a M. CAMELLI, *Amministrare senza amministrazione*, in *Il Mulino*, 2016, fasc. 4, pag. 578 – 586, specialmente a pag. 585. Alla base di tale idea vi è anche la tendenza ad adottare leggi “autoapplicative” (non solo leggi-provvedimento, ma anche leggi che non lasciano spazio all’Amministrazione), come evidenzia S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, op. cit., pag. 726. Probabilmente, si potrebbe pensare, anche alla base delle decisioni “autoapplicative” della Corte costituzionale – come quella che ci ha impegnato nella presente ricerca – serpeggia una certa sfiducia nell’operosità dell’Amministrazione pubblica ad esercitare le proprie funzioni (meglio, la propria discrezionalità).