

Editoriale

Troppo diritto? Ipernormazione e crisi della coerenza logica

Matteo Carrer

p. 3

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

p. 7

Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni a margine di un possibile confronto

Renato Rolli

p. 39

Considerazioni intorno alla responsabilità contabile tra il c.d. scudo erariale, l'evoluzione normativa in fieri e la sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale

Stefano Straneo

p. 59

Avanti adagio. Quasi indietro. Il "nuovo" reato di femminicidio e i futuri scenari.

Anna Lorenzetti

p. 81

Antropocene e Terra dei Fuochi: prime note a margine della pronuncia della Corte EDU

Luigi Colella

p. 93

Manutenzione normativa del reclutamento pubblico e impatti sulle graduatorie del personale amministrativo delle università

Pasquale Iorio

p. 101

The Italian case

Alessandro Albano

p. 123

editoriale

Troppo diritto? Ipernormazione e crisi della coerenza logica

di Matteo Carrer

Il diritto è nato per costruire ordine. La tradizione giuridica occidentale – e quella italiana non fa eccezione – ha sempre mirato a fondare sistemi coerenti, razionali, gerarchicamente organizzati, in cui ogni norma trovasse il proprio posto all'interno di un quadro sistematico. Tuttavia, la realtà giuridica contemporanea sembra allontanarsi progressivamente da questo ideale. L'ipernormazione, fenomeno ormai strutturale degli ordinamenti giuridici moderni, sta mettendo a dura prova i presupposti logici e sistemici del diritto.

L'ipernormazione finisce per compiere all'ordinamento un salto problematico, non del tutto sconosciuto alla ricerca, cioè quello tale per cui la quantità e la qualità, che sono cose diverse, come insegnava già la filosofia antica, finiscono per diventare la stessa cosa. Pertanto, non ci si riferisce soltanto alla quantità di norme esistenti, ma anche alla loro qualità sistemica e alla capacità del legislatore – ordinario o costituzionale – di preservare una coerenza complessiva.

Se le norme si accumulano, si sovrappongono, si contraddicono; se si moltiplicano le fonti, i livelli normativi, le autorità che producono regolazione; allora si indebolisce, progressivamente, il principio di coerenza interna dell'ordinamento.

In tale contesto, l'interprete non è più chiamato a muoversi all'interno di una rete logica, ma a districarsi in una mappa mutevole, in cui ogni disposizione può diventare – a seconda del percorso scelto – fondamento o ostacolo, legittimazione o contraddizione.

La logica giuridica, intesa come capacità di ordinare e collegare norme secondo criteri razionali, è messa in crisi dalla moltiplicazione delle fonti e delle interpretazioni. Il modello sillogistico classico applicato al diritto – norma, fatto, conclusione – appare insufficiente di fronte a un sistema che sia in grado di produrre molteplici norme applicabili allo stesso caso, spesso con contenuti e scopi divergenti.

Ciò che un tempo era interpretazione come ricostruzione oggi tende a diventare interpretazione come selezione: l'interprete sceglie a quale tra le molteplici norme o principi dare priorità, quale gerarchia costruire, quale "lettura" privilegiare.

Il diritto si trasforma così in un campo quantistico, nel quale ogni disposizione è potenzialmente interpretabile in più direzioni e ogni combinazione genera esiti differenti. Il rischio, evidente, è che la molteplicità delle letture produca una molteplicità di decisioni, anche radicalmente diverse, tra organi giurisdizionali di pari livello, o molteplici azioni, fondate su presupposti divergenti, molteplici interpretazioni, tutte fondate e argomentabili. Se va in crisi la coerenza, va in crisi il principio della certezza del diritto.

Il problema, però, è che la crisi non è improvvisa né totale. La stessa crisi non è digitale, non è fondata su ordine o disordine, sì o no. L'ipertrofia consente anche al disordine di mantenere una certa coerenza, o almeno un'apparenza.

Tale fenomeno è particolarmente significativo nei periodi di crisi, e, come taluni rilevano, viviamo in periodi di ripetute e continuate crisi, di sindemia. L'esempio della pandemia da COVID-19 è stato paradigmatico di un'inflazione normativa notevolissima, peraltro nelle più disparate forme tipiche (leggi, decreti-legge, DPCM, ordinanze di ogni tipologia regionali) e anche atipiche (linee guida, comunicazioni, FAQ).

I grandi piani dell'Unione Europea, tra cui il recente ReArm Europe/Readiness2030, implicano riforme, normative applicative, modifiche a norme esistenti e così via.

L'ipernormazione non è soltanto un prodotto delle crisi, bensì sembra essere anche un habitus del legislatore il quale sembra spesso (se non sempre) preferire norme più prolisse rispetto alle precedenti.

Non si discute, qui, degli intendimenti, né degli obiettivi. Il punto è meramente quantitativo, anche se poi diventa inevitabilmente quantitativo.

Se è vero che l'ipernormazione ha investito soprattutto la legislazione ordinaria e la normazione secondaria, è altrettanto vero che neppure il testo costituzionale è immune da questo processo. La Costituzione del 1948, costituzione "lunga" secondo gli standard unanimemente accettati, si è in verità ulteriormente allungata.

Si pensi, per fare un esempio concreto, alla legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha modificato gli articoli 9 e 41 introducendo riferimenti all'ambiente, alla biodiversità e agli animali. Ne discende che la Costituzione ha guadagnato un principio fondamentale in più, un limite in più alla libertà di iniziativa economica (art. 41, co. 2°) e un criterio in più per i programmi e controlli opportuni a indirizzare l'attività economica (art. 41, co. 3°). Il che non è assolutamente poco.

La l. cost. n. 2 del 2022 ha inserito le isole – rectius, il riconoscimento le peculiarità delle Isole e l'impegno di rimuovere gli svantaggi dell'insularità (art. 119, co. 5°) – in Costituzione, sommandosi alla norma di cui all'art. 44, co. 2° sulle zone montane, fino ad allora unico riferimento a uno specifico territorio nella Carta costituzionale.

E così la legge costituzionale n. 1 del 2023, che ha inserito la promozione dello sport nell'articolo 33, fa guadagnare alla Repubblica un "valore educativo" e, insieme con il citato art. 119, co. 5° fa guadagnare alla Repubblica altri due concetti da "riconoscere" (verbo, come noto, costituzionalmente molto impegnativo).

Questi esempi mostrano una tendenza a "scrivere dentro la Costituzione" valori condivisi o istanze sociali emergenti, utilizzando cioè la Costituzione come contenitore da riempire, precisare, arricchire, migliorare e, soprattutto, allungare.

Molto altro si potrebbe dire anche riguardo alla lettura costituzionale operata dal giudice delle leggi e su moltissimi altri casi e aspetti sempre legati al medesimo meccanismo ipertrofico che si è descritto.

Il punto cruciale è che il diritto non è solo un insieme di regole, ma un sistema che vive di coerenza interna. Quando tale coerenza viene meno, il diritto smette di essere un meccanismo condiviso e diventa una galassia di enunciati in competizione tra loro. Il pericolo non è solo teorico: riguarda la prevedibilità e la certezza del diritto, l'uguaglianza nell'applicazione della legge da parte della Pubblica amministrazione, la coerenza nella funzione giurisdizionale.

La moltiplicazione dei principi, delle norme, delle eccezioni e dei bilanciamenti rischia di consegnare il diritto a una dimensione fluida nel senso deteriore, dove la logica viene sostituita dalla negoziazione continua e dove, ancora, si tenta di rimediare al profluvio di norme con altre norme, magari più precise e ulteriori sforzi interpretativi, che non sono necessariamente coerenti.

In assenza di un riferimento stabile, l'interprete si trasforma in legislatore, il giudizio diventa opinione, la norma perde forza vincolante.

Il diritto, per sua natura, è un sistema che trova la sua metodologia nell'argomentazione, in ultima analisi nella logica. Ma quando le parole si moltiplicano, anche la logica perde coesione. Tante parole consentono tanti percorsi. Tanti percorsi permettono tante letture. Tante letture generano molteplici verità giuridiche – spesso divergenti, talvolta contraddittorie. È l'abusata immagine del sistema quantistico, dove vero e falso, ordine e disordine, giusto e sbagliato, eccezione e regola convivono.

In questo scenario, due sono le conseguenze: la prima, la più prevedibile, è la perdita di credibilità del sistema del diritto, che può avere conseguenze sociali potenzialmente devastanti; la seconda è la necessità di trovare altri meccanismi di coerenza, paralleli, in particolare finalizzati a una condivisione (piena o avvertita, spontanea o manipolata) di valori e regole, tale per cui l'aderenza alla norma diventa un punto secondario o quantomeno successivo (in quanto preceduto dall'adesione al sistema ideale, o ideologico, o valoriale).

Non si può pretendere di invertire una tendenza decennale all'ipertrofia normativa con un semplice atto della volontà o con la condivisione di un auspicio: unica, modesta ma immediatamente applicabile, arma è la costante ricerca (o, eventualmente, della denuncia dell'assenza) della coerenza.

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 Ritieni “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 progressiva 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 autonoma 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 tralascia 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 sia 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 sia 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).

queste istituzioni

**Confisca di prevenzione e interdittiva
antimafia: riflessioni a margine
di un possibile confronto**

Renato Rolli

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Confisca di prevenzione e interdittiva antimafia: riflessioni a margine di un possibile confronto

di Renato Rolli*

Sommario

1. Rilevi introduttivi: prevenzione penale e prevenzione amministrativa nel Codice antimafia – 2. Cenni sulla evoluzione della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale di tipo penale. - 3. I presupposti oggettivi e soggettivi che permettono l'applicazione della confisca di prevenzione. – 4. La prevenzione amministrativa e la documentazione antimafia: nozioni e contenuti. – 5. L'interdittiva antimafia: cenni storici e ambiti di applicazione oggettivo e soggettivo – 6. Conclusioni: due facce di una stessa medaglia.

Sintesi

La confisca di prevenzione e l'interdittiva antimafia sono strumenti giuridici fondamentali nella lotta contro la criminalità organizzata e il contrasto alle infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Entrambi i provvedimenti si fondano su una logica preventiva, mirata a colpire non solo i reati già commessi, ma anche a evitare che l'organizzazione mafiosa continui ad operare impunemente. La confisca di prevenzione consente di sottrarre i beni derivanti da attività illecite, anche in assenza di una condanna penale, mentre l'interdittiva antimafia si configura come un provvedimento amministrativo che impedisce a soggetti o imprese collegati alla criminalità di accedere a contratti pubblici o finanziamenti. Il presente lavoro intende analizzare le peculiarità e le interconnessioni tra questi due strumenti, valutando la loro efficacia, le criticità normative e applicative, e suggerendo possibili ambiti di confronto per un rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia. In particolare, si intende approfondire come l'uso sinergico di questi strumenti possa contribuire a un maggior radicamento della legalità e a un più efficace contrasto alle infiltrazioni mafiose, tutelando nel contempo i diritti dei soggetti non coinvolti in attività illecite.

Abstract

Preventive confiscation and anti-mafia interdiction are fundamental legal tools in the fight against organized crime and the prevention of mafia infiltration into the legitimate economy. Both measures are based on a preventive logic aimed at not only addressing crimes that have already been committed but also preventing the mafia organization from continuing to operate impunely. Preventive confiscation allows for the seizure of assets derived from illegal activities, even in the absence of a criminal conviction, while anti-mafia interdiction serves as an administrative measure that prevents individuals or businesses linked to criminal organizations from accessing public contracts or financial assistance. This paper aims to analyze the specific features and interconnections between these two tools, assessing their effectiveness, legal and practical challenges, and suggesting potential areas for dialogue to strengthen the anti-mafia prevention system. In particular, the study will explore how the synergistic use of these measures can contribute to a deeper rooting of legality and a more effective fight against mafia infiltration, while also safeguarding the rights of individuals not involved in illegal activities.

Parole chiave

confisca – interdittiva – codice antimafia – prevenzione.

* Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università della Calabria.

1. Rilievi introduttivi: prevenzione penale e prevenzione amministrativa nel *Codice antimafia*.

Sul versante penalistico il contrasto ad alcune forme di criminalità è attuato anche attraverso un sistema di misure di prevenzione che si accompagna alle sanzioni proprie del diritto penale¹.

Con l'entrata in vigore del *Codice antimafia*, avvenuta per effetto del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il legislatore ha inteso colpire le mafie non più solo attraverso lo strumento tradizionale della pena, quale diretta espressione del potere punitivo dello Stato che rinviene il suo presupposto logico nel reato², ma anche da un diverso angolo prospettico, quello cioè rivolto alla rimozione dal circuito economico dei patrimoni illecitamente acquisiti dalle mafie proprio grazie alla perpetrazione dei loro delitti.

Sotto il profilo della prevenzione patrimoniale di natura penale il *Codice antimafia*, accanto a quelle di prevenzione personale, propone diverse misure costituite dal sequestro (art. 20), confisca (art. 24)³, cauzione (art. 31), amministrazione giudiziaria dei beni personali (art. 33), amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34) e, più di recente, controllo giudiziario delle aziende (art. 34 bis)⁴.

A differenza del controllo giudiziario, volto a disinnescare la contaminazione mafiosa salvaguardando la continuità di realtà imprenditoriali che si ritiene possano essere sanate perché solo parzialmente intaccate dal fenomeno mafioso⁵, tutti gli altri strumenti agiscono sul

¹ Si allude alle pene, principali e accessorie, la cui disciplina è contenuta all'interno degli artt. 17-38 c.p., che applica l'autorità giudiziaria in conseguenza dell'emissione di una sentenza di condanna. Diversi sono gli autori che rinvencono nell'affiancamento delle misure di prevenzione alle pene un «tratto distintivo della legislazione italiana»; nel quadro di una produzione scientifica oramai vastissima in tema di diritto penale e misure di prevenzione, si vedano, tra i tanti, P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in AA.VV., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, p. 470 ss.; B. SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1971; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di B. Petrocelli*, 1972, p. 1391 ss.; F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 434 ss.; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, p. 109 ss.; P. V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, 1998, p. 550 ss.; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012; V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in F. Palazzo-C. E. Paliero (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2015; A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale reale*, Napoli, 2020.

² G. MAZZA, *La confisca di prevenzione: l'attenzione dell'ordinamento sull'intervento patrimoniale preventivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 6/2019, p. 863.

³ All'interno del *Codice antimafia* l'art. 25 disciplina anche il sequestro e la confisca per equivalente.

⁴ Introdotto per effetto dell'art. 11, l. 17 ottobre 2017, n. 161, dal titolo «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate». La bibliografia sul controllo giudiziario delle aziende è già ampia; tra i tanti, R. ROLLI-M. MAGGIOLINI, *Atomo scisso e silenzio prefettizio: tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario*, in www.giustiziainsieme.it, 8 maggio 2024.

⁵ Secondo O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia e lo scioglimento dei comuni*, in *Teoria e pratica del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 137 il controllo giudiziario delle aziende, dinamica risposta all'esigenza di contrasto delle infiltrazioni mafiose e particolarmente efficace per le imprese che lavorano in settori dell'economia dalla cui attività può scaturire una agevolazione occasionale a vantaggio della criminalità, si inserisce nel «novero di un sistema normativo ispirato alla logica della prevenzione dei condizionamenti di stampo mafioso e alla conservazione delle imprese nel circuito dell'economia legale, consentendone la prosecuzione da parte

patrimonio personale dei singoli con l'intento di rescindere definitivamente il rapporto di questi ultimi con i beni di loro proprietà o nella loro disponibilità.

Questa finalità, come sarà ricordato, è perseguita applicando le misure suddette anche prescindendo del tutto dall'esistenza di un procedimento penale o dall'accertamento della responsabilità circa la commissione di un reato da parte dei destinatari delle stesse.

Anche sul versante amministrativo non mancano strumenti utili al contrasto della criminalità organizzata, specie quella mafiosa, connotati da una forte anticipazione di tutela a scopo preventivo.

A tal proposito, dev'essere evidenziato che, oltre allo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose⁶, un fondamentale mezzo di contrasto all'inquinamento mafioso che finisce per riguardare inevitabilmente un'ampia gamma di soggetti è l'informazione antimafia, meglio conosciuta sotto il nome di interdittiva antimafia⁷.

L'evolversi delle mafie degli ultimi decenni ha infatti permesso di osservare come la loro affermazione ed il consolidamento sul territorio avviene spesso anche con l'impiego di imprese e società i cui clan hanno avuto la capacità di diventare operatori finanziari a tutti gli effetti lavorando in scenari caratterizzati tanto da traffici illeciti quanto soprattutto da traffici leciti⁸, per tale ragione più difficili da individuare.

Proprio quest'ultimo aspetto ha inevitabilmente indotto il legislatore – oramai può dirsi già da diversi anni⁹ - all'implementazione del proprio armamentario contro le mafie con nuovi strumenti atti ad impedire efficacemente agli operatori a contatto con lo Stato avvicinati dalla

dell'impresa destinataria della misura»; alla stessa logica sarebbe anche ispirato il nuovo strumento, previsto all'interno dell'art. 94 bis del *Codice antimafia* ed introdotto per effetto dell'art. 49, co. 1, d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (conv. con modificazioni in l. 29 dicembre 2021, n. 233), diretto all'adozione, da parte dei soggetti i cui tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni solamente occasionali, di misure amministrative di prevenzione collaborativa.

⁶ Oggi disciplinato all'interno dell'art. 143 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 contenente il «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», il quale ha ad oggetto i fenomeni di infiltrazione non solo mafiosi, ma anche similari. Sulla misura in commento v. R. ROLLI, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Aracne Editrice, Roma, 2013, p. 129 ss. nonché, più di recente, D. BONANNO, *Lo scioglimento dei comuni per infiltrazioni mafiose: normativa attuale e proposte di riforma*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, vol XIX, 2021.

⁷ Sull'interdittiva antimafia come potente strumento di contrasto al fenomeno mafioso vds. R. ROLLI, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata"* (nota a sentenza Consiglio di Stato Sez. III n. 3641 dell'08.06.2020), in www.giustiziainsieme.it, 2 luglio 2020.

⁸ Cfr. P. PARISI, *Prevenzione amministrativa*, in R. Cantone-L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 464 che afferma, a tal proposito, che quello dello sfruttamento del settore economico da parte delle mafie sarebbe un dato oramai «pacificamente acclarato»; sul fenomeno della trasformazione imprenditoriale delle mafie P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2010, p. 17; E. MEZZETTI, *L'impresa mafiosa*, in E. Mezzetti-L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, p. 204 ss. nonché, più di recente, R. ROLLI, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, in *Articoli e saggi. «Il diritto dell'economia»*, anno 70, n. 114, 2/2024, p. 31-58.

⁹ Per le osservazioni di carattere storico relative alla nascita dell'interdittiva antimafia si rinvia al successivo § 5.

malavita organizzata di divenire titolari di rapporti, contrattuali e non, con le amministrazioni dello stesso.

Immaginando di voler porre a confronto due tra le misure di prevenzione per eccellenza del *Codice antimafia*, la confisca di prevenzione *ante delictum* e l'interdittiva antimafia, se ne apprezzano indubbe somiglianze se non proprio una certa sinergia desumibile da genesi, scopi ed effetti.

2. Cenni sulla evoluzione della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale di tipo penale.

Nel nostro ordinamento la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale di tipo penale è stata caratterizzata da ripetuti interventi di riforma in maniera simile a quanto è avvenuto per le misure di prevenzione personale colpite da numerosissimi interventi legislativi¹⁰.

Per comprendere come si è giunti alla attuale disciplina contenuta nel *Codice antimafia* sono molteplici, quindi, gli interventi legislativi che meritano di essere ricordati.

Ad eccezione della novità introdotta con l. 31 maggio 1965, n. 575, che operò l'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale allora esistenti, il sequestro e la confisca, agli «indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose», ma che tuttavia risultò di difficile applicazione per la mancanza di una definizione del reato di associazione di tipo mafioso, è da rammentare che è solo con la l. 13 settembre 1982, n. 646, anche conosciuta con il nome di legge Rognoni-La Torre¹¹, che venne per la prima volta prevista la possibilità di incidere in concreto sul patrimonio personale dei singoli e di aggredire perciò la libera disponibilità patrimoniale, il diritto di proprietà e il diritto di impresa degli individui¹².

¹⁰ Sulle riforme che hanno riguardato il settore delle misure di prevenzione in generale G. MACRINA, *Misure di prevenzione. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, nello specifico p. 17 ss.

¹¹ Particolarmente nota per il fatto di avere previsto l'introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso, l'art. 416-bis, all'interno del codice penale. Può essere opportuno evidenziare che la versione definitiva della legge in commento originava da una proposta di legge dell'on. Pio La Torre nella quale finirono per convergere due ulteriori disegni di legge dell'allora Ministro degli Interni Virginio Rognoni, da qui il nome appunto di legge Rognoni-La Torre; per alcune considerazioni su tale provvedimento normativo cfr. E. MUSCO, *Luci ed ombre della legge "Rognoni-La Torre"*, in *Leg. Pen.*, 1986, p. 558 ss. nonché G. INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 681 ss.

¹² In realtà, è opportuno ricordare che già durante il regime fascista il Testo Unico delle leggi in materia di pubblica sicurezza (l. 18 giugno 1931, n. 773), allo scopo di contrastare il brigantaggio e di colpire manifestazioni di dissenso politico, consentiva alle autorità di pubblica sicurezza di applicare alcune misure patrimoniali svincolate dalla pronuncia di una sentenza di condanna in sede penale. Per fare un esempio, l'art. 210 del citato corpo normativo attribuiva al prefetto la facoltà di sciogliere le associazioni, gli enti o gli istituti che svolgevano un'attività contraria agli ordinamenti politici dello Stato, unitamente alla possibilità di ordinare «la confisca dei beni sociali».

Rispetto a quelle personali¹³, può affermarsi che le misure di prevenzione patrimoniale risultano dunque un «ritrovato piuttosto recente»¹⁴ la cui nascita è sicuramente da attribuire alla esigenza di contrastare gli interessi delle associazioni criminali emergenti in quel periodo che avevano dato prova di possedere straordinarie capacità imprenditoriali perfino capaci di inquinare i mercati legali e la libera circolazione dell'economia¹⁵.

Quest'ultima può dirsi quindi essere la scelta di politica criminale alla base, non solo, della nascita di tutte le misure di prevenzione, ma anche di quella maggiormente afflittiva, la confisca di prevenzione.

Almeno inizialmente, la confisca di prevenzione incontrò i favori della pubblica opinione e di vasti settori della magistratura poiché, se da un lato, essa si presentava come strumento nuovo rispetto alle confische all'epoca già esistenti nell'ordinamento giuridico¹⁶, dall'altro, costituiva un mezzo indubbiamente più risoluto nell'intenzione di rescindere il flusso di quei patrimoni illeciti che alimentavano le organizzazioni criminali dell'epoca¹⁷, e ciò a prescindere dalla emersione

¹³ Le cui origini sono indubbiamente più risalenti dal momento che la prima codificazione delle misure di prevenzione personali è fatta addirittura risalire al codice preunitario sardo-piemontese del 1839, e nello specifico all'art. 466 c.p. che prevedeva la possibilità di accompagnare la repressione penale delle persone sospette, degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti e dei diffamati per crimini o per delitti, oppure di coloro i quali erano già stati sottoposti a sorveglianza speciale della polizia o che venivano trovati senza documenti che potessero giustificarne le qualità, con l'adozione di «altri provvedimenti particolari» di pubblica sicurezza. Circa le origini delle misure di prevenzione personali alcuni autori, tra cui M. SBRICCIOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2007, p. 592 ss. e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996, p. 795 ss. hanno evidenziato che l'esistenza di un sistema di controllo sociale della devianza e della marginalità alternativo a quello penale è sempre stato un tratto costante della tradizione giuridica italiana; in effetti, la storia insegna che le misure di prevenzione personali possiedono antecedenti remoti perfino nel diritto romano, in quello medievale e negli ordinamenti di *ancien régime*. Su tale ultimo aspetto, anche per le indicazioni bibliografiche di dottrina ivi contenute, G. GENTILE, *Prevenzione penale e sistema delle confische*, in R. Cantone, L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 350, nello specifico nt. 4, 5 e 6.

¹⁴ L'espressione è richiamata in F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, in R. Cantone-L. Della Ragione (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia. Profili sostanziali e processuali-Prevenzione penale ed amministrativa-Sistema delle confische*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 395, cui si rimanda per la numerosa bibliografia citata.

¹⁵ Ivi, p. 396 il quale ricorda dell'organizzazione criminale denominata "Cosa nostra". Proprio su questa scia una parte della dottrina ha anche evidenziato che, in quel periodo, l'esercizio del potere di impiegare le misure del sequestro e della confisca di prevenzione fu fin da subito predisposto al sacrificio di taluni principi e diritti propri del processo penale e del diritto penale fino a quel momento di esclusiva applicazione; così G. LAURICELLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 244.

¹⁶ Per la citata osservazione vds. F. SIRACUSANO, *Commenti articolo per articolo l. 13 settembre 1982, n. 646, art. 14*, in *Leg. Pen.*, 1983, p. 29 ss.; R. BERTONI, *La legge 13 settembre 1982, n. 646*, in *Quaderni del CSM*, 1983, p. 49 ss.; ID., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 1027 ss.; F. BRICOLA, *Commenti articolo per articolo, l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. Pen.*, 1983, p. 240 ss.

¹⁷ Anche secondo la dottrina era solo in questo modo che le associazioni criminali potevano essere indebolite perché lasciate prive di quei contributi finanziari necessari alla loro conservazione e all'accrescimento di un potere di condizionamento economico. Per una disamina più approfondita sulla già ricordata legge Rognoni-La Torre, con specifico riguardo all'art. 416-bis c.p., si veda G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13/9/1982 n. 646*, in *Leg. Pen.*, 1983, p. 257 ss.; ID., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, *Foro it.*, 1987, II, p. 364 ss.; G. Fiandaca-

nell'ambito di un processo penale della loro derivazione da un delitto e con effetti che potevano essere anticipati da uno speciale sequestro, anch'esso di prevenzione¹⁸.

Sin dall'origine, quindi, come già si anticipava, l'applicazione del nuovo istituto, anche del sequestro finalizzato alla confisca, fu anzitutto ritenuta operante contro gli stessi destinatari delle misure di prevenzione personali secondo l'allora vigente art. 1, l. 31 maggio 1965, n. 575¹⁹, vale a dire contro i soggetti genericamente pericolosi in quanto «abituamente dediti a traffici delittuosi» o che comunque «per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», ovvero ancora perché «dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica»²⁰.

In quel panorama, poi, la successiva e già ricordata legge Rognoni-La Torre provvide ad inserire nel corpo normativo della l. 31 maggio 1965, n. 575, dedicato alle misure di prevenzione personali, oltre che gli istituti del sequestro e della confisca, quelli della cauzione e della sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni; l'amministrazione dei beni personali era invece già prevista dall'art. 22, l. 22 maggio 1975, n. 152²¹.

Dopo circa trent'anni, con l. 19 marzo 1990, n. 55²² le misure di prevenzione patrimoniali furono rese applicabili anche agli indiziati di associazioni per delinquere finalizzate alla commissione di delitti in materia di sostanze stupefacenti e ai soggetti indiziati di vivere abitualmente, almeno in parte, con i proventi derivanti da delitti di estorsione e di sequestro di persona allo scopo di estorsione nonché agli indiziati dei delitti di riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita o di contrabbando.

L'art. 12 *quinquies*, co. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356) ampliò ancor di più il numero dei destinatari delle suddette misure patrimoniali con la previsione della sottoposizione alle stesse degli indiziati dei delitti di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p., del delitto di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori e di tutti i soggetti pericolosi individuati nell'art. 1, l. 27 dicembre 1956, n. 1423.

La successiva l. 24 luglio 1993, n. 256²³ inserì, ancora, tra i presupposti applicativi delle misure di prevenzione patrimoniali il requisito, oggi ancora richiesto, della sproporzione dei beni da apprendere rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta giungendo così ad

G. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo – Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986, p. 25 ss.

¹⁸ Attualmente disciplinato all'interno dell'art. 20 *Codice antimafia*.

¹⁹ Recante «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità».

²⁰ Previsione corrispondente all'attuale art. 1 *Codice antimafia*.

²¹ F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit. p. 396.

²² In materia di «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale».

²³ Sulla «Modifica dell'istituto del soggiorno obbligato e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575».

ampliare le possibilità da parte dello Stato di apprendere beni patrimoniali sulla base di un nuovo e diverso fenomeno rispetto a quello tradizionale che fino ad allora applicava la confisca solamente quando si aveva motivo di ritenere che gli stessi fossero il frutto di attività illecite o che costituissero il reimpiego delle stesse.

Un'ultima tappa del percorso verso l'omogeneizzazione dell'ambito di applicazione soggettiva delle misure personali con quello della prevenzione patrimoniale venne, ancora, definitivamente suggellata con i cd. pacchetti sicurezza, entrati in vigore con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125)²⁴ e con la legge 15 luglio 2009, n. 94²⁵, che rappresentarono un vero e proprio «momento di svolta»²⁶ nel sistema della prevenzione patrimoniale.

Tra le innovazioni introdotte attraverso questi ultimi provvedimenti particolarmente significative furono, da una parte, l'affermazione del principio di autonomia delle misure di prevenzione patrimoniale da quelle personali e, dall'altra, quello della prevalenza dell'accertamento della pericolosità intrinseca della *res* da confiscare, perché ritenuta di sospetta provenienza illecita, sulla pericolosità del prevenuto fino ad allora requisito imprescindibile, oltre che per le misure di prevenzione personali, anche per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali²⁷.

Oggi, come si accennava, la disciplina delle misure di prevenzione in Italia è interamente contenuta nel *Codice antimafia* adottato allo scopo di eliminare la forte disorganicità causata dalla evidente frammentarietà della disciplina stratificatasi nel corso del tempo²⁸.

²⁴ Disciplina legata all'esigenza di potenziare gli strumenti di contrasto ai crescenti fenomeni di immigrazione clandestina e di criminalità organizzata, oltre che a quella specifica di assegnare maggiore tutela alla sicurezza della circolazione stradale con la previsione di norme maggiormente deterrenti delle imprudenti e sempre crescenti condotte assunte dai conducenti. Deve infatti ricordarsi che, durante il periodo di emanazione del citato decreto, gli incidenti stradali tornarono a crescere vertiginosamente dopo una temporanea flessione dovuta alla introduzione della patente a punti. Sullo specifico aspetto particolarmente utile L. SALAMONE-P. SILVESTRE, *Il decreto legge n. 92 del 23 maggio 2008, recante Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica: un breve commento*, in *Diritto&Diritti*, Portale Giuridico, Ragusa, 2008, p. 1.

²⁵ Sulla quale L. FILIPPI-M. CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in A. Scalfati, (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008; sul citato c.d. pacchetto sicurezza in generale vedi anche V. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2009, p. 805 ss.; F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Roma, 2008; A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali verso un actio in rem?*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, p. 46 ss.

²⁶ Così F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., p. 396.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Fu proprio questo, in effetti, il dichiarato scopo perseguito dalla legge delega di riordino della disciplina di settore del 13 agosto del 2010, n. 136 dal titolo «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia». Secondo F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in ID., (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giurisprudenza italiana*, giugno 2015, p. 1522, con tale provvedimento il legislatore avrebbe in effetti preso a cuore l'esigenza di «ricomporre in sistema la disciplina delle misure di prevenzione» che appariva assai frastagliata.

3. I presupposti oggettivi e soggettivi che permettono l'applicazione della confisca di prevenzione.

Come è agevole intuire considerandone gli effetti, nell'ambito della legislazione antimafia un ruolo fondamentale è di certo riconosciuto al sequestro e alla confisca di prevenzione rispettivamente disciplinati agli artt. 20 e 24 del *Codice antimafia*.

Mentre il sequestro rappresenta un provvedimento di natura cautelare e provvisoria²⁹, la confisca di prevenzione è tendenzialmente definitiva e richiede l'esistenza di alcuni presupposti di natura oggettiva³⁰.

Dal contenuto dell'art. 24, co. 1, *Codice antimafia* si ricava che il tribunale dispone la confisca quando venga contestualmente accertata la presenza: (i) di una titolarità o comunque di una illecita disponibilità del bene che si intende confiscare; (ii) della sproporzione rispetto al reddito e all'attività economica svolta del proposto; (iii) della connessione del bene con una attività illecita³¹.

Se il concetto di titolarità richiede l'appartenenza del bene al soggetto, che rinvia alla sussistenza, anche solo formale, di un diritto reale³², per disponibilità deve invece intendersi l'esistenza di una mera relazione di fatto con il bene comunque tale da condizionare la destinazione e l'impiego dello stesso, non necessariamente da identificarsi con la proprietà, ma piuttosto con il possesso³³.

Il requisito della sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal soggetto riguarda, invece, il rapporto tra le componenti negative del patrimonio dell'interessato, le spese, con quelle attive, costituite dalle entrate³⁴.

²⁹ Tanto da perdere efficacia, ai sensi dell'art. 24, co. 2, *Codice antimafia*, quando «il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario».

³⁰ I contributi sulla confisca di prevenzione sono tantissimi. Senza pretesa di esaustività possono segnalarsi V. CONTRAFFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in A. Balsamo-V. Contraffatto-G. Nicastro (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 110 ss.; S. ASTARITA, *La confisca di prevenzione strumento di prosciugamento dei patrimoni mafiosi*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet giuridica, Milano, 2013, p. 398 ss.; A. MANGIONE, *La situazione spirituale della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 614 ss. e, più di recente, il lavoro monografico di S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022.

³¹ Secondo il comma successivo del medesimo articolo la confisca di prevenzione può avere ad oggetto, nell'ambito dell'ablazione delle partecipazioni sociali totalitarie, la sottrazione dei relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli artt. 2555 e ss. c.c.

³² F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., p. 412.

³³ Indicativa, in tal senso, cass. pen. sez. III, 19 novembre 2021, n. 4456 la quale, sebbene in tema di confisca per equivalente, afferma che la disponibilità del bene quale presupposto del provvedimento ablatorio «non coincide con la nozione civilistica di proprietà, ma con quella di possesso, ricomprendendo tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricade nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di esso venga esercitato tramite terzi, e si estrinseca in una relazione connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà».

³⁴ A. CAIRO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012, p. 1889.

Infine, la derivazione illecita del bene da confiscare è connessa alla presenza di indizi che facciano ritenere che il bene da confiscare sia il frutto di attività illecite o che quest'ultimo costituisca il rimpiego delle stesse³⁵, anche se ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione – è utile ribadirlo – non è comunque necessario il previo accertamento giurisdizionale del reato.

Oltre a quelli appena menzionati, il *Codice antimafia* indica anche una serie di presupposti di carattere soggettivo che devono ricorrere per potere applicare la confisca di prevenzione.

Sotto quest'ultimo aspetto, il richiamo ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria che l'art. 16 d.lgs. 6 settembre del 2011, n. 159, in materia di soggetti destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali, compie con il rinvio «ai soggetti di cui all'articolo 4»³⁶, che a sua volta rinvia, tra gli altri, ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dal questore di cui all'art. 1 del medesimo corpo normativo, consente oggi di applicare le misure di prevenzione patrimoniali ad una vastissima platea di soggetti³⁷, tra i quali si annoverano anche coloro che, per effetto dell'ampliamento

³⁵ G. MACRINA, *Le misure di prevenzione*, op. cit., p. 106.

³⁶ Così l'art. 16, lett. a), *Codice antimafia* che, tra quelli richiamati, aggiunge anche, alla successiva lett. b), le «persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

³⁷ Tutti elencati, perciò, negli artt. 4 e 1 del *Codice antimafia* dei quali se ne riporta il contenuto per facilità di consultazione.

«Art. 4. Soggetti destinatari. – 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano: a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416 bis c.p.; b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12 *quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale; c) ai soggetti di cui all'articolo 1; d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 *quater*, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270 *sexies* del codice penale; e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per il delitto di cui all'articolo 421 bis del codice penale o per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d); h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati; i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive; i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640 bis o del delitto di

dovuto alla l. 17 ottobre 2017, n. 161, risultino indiziati di delitti per i quali sarebbe difficile immaginare una possibile accumulazione illecita come derivazione dal reato³⁸.

Inoltre, il ricordato art. 16 del *Codice antimafia* richiama sia ipotesi di pericolosità c.d. generica³⁹ che di pericolosità c.d. qualificata⁴⁰ rendendo perciò perfettamente speculare l'ambito soggettivo delle misure di prevenzione personali con quello della confisca, che però può essere applicata anche a prescindere dalla previa o congiunta irrogazione di una misura di prevenzione personale al medesimo soggetto destinatario della misura patrimoniale.

Infine, l'art. 18 del medesimo testo legislativo, con il sancire che le misure di prevenzione personali e patrimoniali «possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione», ha in effetti introdotto la possibilità di una applicazione della confisca di prevenzione disgiunta da quella relativa alle misure di prevenzione personali al medesimo soggetto interessato⁴¹.

cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322 e 322 bis del medesimo codice; *i-ter*) ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612 bis del codice penale o dei delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 583, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583 *quinquies* e 609 bis del medesimo codice».

«Art. 1. Soggetti destinatari. – 1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

³⁸ La considerazione è di F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161)*, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 42-43, il quale menziona a tal proposito il delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612-bis c.p. quale fattispecie delittuosa dalla dubbia compatibilità con il presupposto dell'arricchimento illecito che giustifica l'applicazione delle misure di prevenzione; al contrario di quanto invece avviene nel caso di delitti associativi finalizzati a commettere reati contro la Pubblica amministrazione ovvero nei delitti di truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni e simili ove la misura della confisca sembrerebbe essere invece oggettivamente più giustificata.

³⁹ Contenute nell'art. 1, lett. a), b) e c), *Codice antimafia*.

⁴⁰ Elencate nel già citato art. 4 *Codice antimafia*. La distinzione tra le due fattispecie di pericolosità, oltre che a desumersi dal dato normativo, è sostenuta energicamente anche da parte della dottrina; vds., tra i molti, M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incoltabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2015; A.M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e principio di proporzionalità*, in *Ind. Pen.*, 2017, p. 38 ss.; M. PELLISSERO, *I destinatari della prevenzione prater delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 442 ss.; N. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in www.archiviopenale.it, 15 dicembre 2020.

⁴¹ Si tratta, a ben vedere, di una soluzione, adesso contenuta nell'articolo citato, che rappresenta però il frutto di diversi rimaneggiamenti della disciplina che, nell'impianto originario della l. 31 maggio 1965, n. 575, considerava all'opposto la pericolosità del proposto presupposto indefettibile dell'applicazione delle misure patrimoniali, destinate infatti ad operare congiuntamente a quelle personali; a ricordarlo è F. ARGIRÒ, *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto antimafia)*, cit., p. 406. A tal riguardo, vale la pena segnalare che una diretta conseguenza del succitato principio di autonomia tra le misure di prevenzione personali con quelle patrimoniali fu quella di prevedere la possibilità, in realtà già in precedenza contenuta nell'art. 2-bis, co. 6-bis, l. 31 maggio 1965, n.

Quest'ultima previsione, già all'indomani della sua introduzione fortemente criticata da quella parte della dottrina che sottolineava l'esigenza di doverla interpretare restrittivamente⁴², trovò poi un definitivo consolidamento nella giurisprudenza della suprema corte la quale, cogliendo l'occasione per ribadire il principio secondo cui l'applicazione della confisca di prevenzione doveva prescindere dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell'adozione della misura, stabiliva che era comunque necessario verificare che la stessa fosse accertata «con riferimento al momento dell'acquisto del bene oggetto della richiesta ablatoria»⁴³, e che quindi la pericolosità del soggetto inciso durante quel momento dovesse rimanere, in qualche modo, presupposto ineludibile di applicazione della confisca di prevenzione⁴⁴.

4. La prevenzione amministrativa e la documentazione antimafia: nozioni e contenuti.

Sotto la lente della prevenzione amministrativa il contrasto alla criminalità mafiosa, oltre che con lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni mafiose⁴⁵, avviene principalmente per il tramite della documentazione antimafia.

Secondo l'art. 84, co. 1, *Codice antimafia* «la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia».

Le due differenti tipologie di certificazione, tra loro alternative⁴⁶, hanno in comune, al fine di evitare che lo Stato possa inconsapevolmente contribuire a costituire una fonte di guadagno e profitto per la criminalità organizzata a vocazione imprenditoriale, lo scopo di rendere edotte le Pubbliche amministrazioni della presenza di situazioni che non devono consentire il rilascio di alcuni certificati o della conclusione di determinati contratti da parte della stessa con alcuni soggetti che si pongono o intendono porsi in relazione con essa.

Ad eccezione della suddetta similarità, una differenza molto importante tra le due diverse certificazioni è da individuare nel contenuto.

575, adesso confluita nell'art 18, co. 2 e co. 3, *Codice antimafia*, di disporre le misure di prevenzione patrimoniali anche in caso di morte del proposto, e quindi a carico degli eredi o comunque degli aventi causa e, nel caso della confisca, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare.

⁴² V. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, cit., p. 805 ss. nonché A. GIALANELLA, *Un punto di vista sulla resistibile novità della riforma della prevenzione patrimoniale antimafia*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 19 ss.

⁴³ Cass. pen., 18 ottobre 2012, n. 10153, inedita.

⁴⁴ Oltre che «misura temporale» del suo ambito applicativo. In giurisprudenza, sul punto, cass. pen, sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 722 ss., con nota di V. MAIELLO; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 945 ss., con nota di A.M. MAUGERI; in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 215 ss., con nota di F. MAZZACUVA; in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520 ss., con nota di M. DI LELLO.

⁴⁵ Di cui si accennava al precedente § 1.

⁴⁶ Infatti l'art. 89 bis, co. 1, *Codice antimafia*, introdotto per effetto dell'art. 2, co 1, lett. d), d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, stabilisce che nell'ambito di un procedimento volto a ottenere la comunicazione antimafia, qualora emerga la sussistenza delle situazioni che permettono invece l'adozione della informazione antimafia, il provvedimento da rilasciare dev'essere quest'ultimo; da tale previsione normativa, quindi, discenderebbe che «l'interdittiva tiene luogo della comunicazione, rendendola superflua»; cfr. R. Rolli, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, cit., p. 37.

Mentre l'art. 84, co. 2, *Codice antimafia* prevede che la comunicazione antimafia «consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 [ovvero del divieto di ottenere determinate licenze, autorizzazioni, concessioni, attestazioni e altri provvedimenti di natura amministrativa quale conseguenza dell'applicazione di una misura di prevenzione personale]», il successivo comma terzo del medesimo articolo prevede che l'informazione antimafia è composta, oltre che della medesima attestazione della comunicazione antimafia, dalla «attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicate nel comma 4»⁴⁷.

Con specifico riguardo alla interdittiva antimafia quest'ultimo comma elenca, poi, nel dettaglio, tutte le situazioni che sarebbe possibile ritenere «tentativi di infiltrazione mafiosa» il cui accertamento è in sostanza rimesso alla valutazione dell'Amministrazione⁴⁸.

Quest'ultima potrà in effetti applicare l'interdittiva antimafia in presenza: (a) di provvedimenti che abbiano disposto una misura cautelare o il giudizio penale ovvero che abbiano previsto una condanna, anche non definitiva, per taluni delitti contro la Pubblica amministrazione, contro la libertà individuale; contro il patrimonio commessi mediante violenza alle persone o mediante frode; di criminalità organizzata di competenza della D.D.A. e altri reati che creano forte allarme sociale commessi contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio; (b) della proposta o del provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione, personali o patrimoniali; (c) dell'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione e di estorsione aggravati dall'utilizzo del metodo mafioso; (d) degli accertamenti disposti dal prefetto in base alla legge (e) e di quelli da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta di quello precedente; (f) di sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società e nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie effettuate da soggetti che convivono stabilmente con persone destinatarie dei

⁴⁷ Per alcuni approfondimenti, anche critici, in tema di interdittiva antimafia si rinvia a M. MAZZAMUTO, *Interdittive prefettizie: rapporti tra privati e giusto procedimento*, in *Giur.it*, 2020, p. 1471; ID., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in F. Manganaro-A. Romano Tassone-F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del Convegno di Copanello*, 28-29 giugno 2013, Torino, 2014, pp. 177 e ss.; J. P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019; G. AMARELLI-S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it, n. 19/2019; C. COMMANDATORE, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3/2019, p. 917 e ss.; F. G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 6/2018, p. 10 e ss.; e P. PIRRUCCIO, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, in *Giur. mer.*, n. 2/2009, p. 503 e ss.

⁴⁸ Cfr. sul punto G. TROMBETTA, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, anno XI, 2/2021, p. 98.

provvedimenti di cui alle prime due lettere con modalità che suggeriscono l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia⁴⁹.

5. L'interdittiva antimafia: cenni storici, ambiti di applicazione oggettivo e soggettivo.

Anche per l'informazione antimafia la già ricordata l. 31 maggio 1965, n. 575 ebbe in qualche modo un ruolo, sebbene del tutto marginale poiché non così importante da stabilire già a quel tempo le fondamenta della disciplina della documentazione antimafia come la si conosce oggi, contenuta all'interno del *Codice antimafia*.

L'art. 10 della citata legge prevedeva, infatti, a carico degli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose che erano stati colpiti da una misura di prevenzione in via definitiva, la decadenza *ex lege* dalle licenze di polizia, di commercio e di commissionario astatore dei mercati annonari, dalle concessioni di acque pubbliche o di diritti ad esse inerenti e dalle iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o forniture⁵⁰.

Di fronte ai limiti che questo primordiale apparato di prevenzione amministrativa presentava – primo tra tutti, il fatto che a fronte della perdita di licenze già conseguite da parte delle consorterie interessate non corrispondeva affatto l'impedimento di acquisirne di nuove⁵¹ - ci volle, ancora una volta, la successiva l. 13 luglio 1982, n. 646 (cd. Rognoni-La Torre) per stabilire, in aggiunta alla decadenza, il divieto di rilascio delle licenze su ricordate nonché la l. 23 dicembre 1982, n. 936, di modifica della prima, per affidare al Prefetto il compito di rilasciare la certificazione necessaria ad attestare la presenza o meno di fattori ostativi al rilascio dei provvedimenti amministrativi richiesti⁵².

Era in quel momento, dunque, che la legislazione antimafia dava vita a quel modello di certificazioni che diventerà solo più tardi la base su cui si erge l'attuale disciplina dell'informativa antimafia⁵³.

⁴⁹ Può essere utile evidenziare che cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109 ha affermato che «gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento». Sulla eccessiva genericità degli elementi sintomatologici della permeabilità mafiosa di cui alle lett. d) ed e) dell'art. 84 *Codice antimafia*, pur a fronte degli ultimi interventi novellistici in materia, si veda G. Amarelli, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, in www.sistemapenale.it, p. 5-8.

⁵⁰ P. PARISI, *Prevenzione amministrativa*, cit., p. 466.

⁵¹ Ivi, p. 467 cui si rinvia per la bibliografia citata circa i limiti della previsione normativa in commento.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Vds. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, p. 889.

In effetti, con il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490⁵⁴ veniva per la prima volta alla luce l'informazione antimafia quale forma di documentazione destinata ad operare nei rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione; negli anni successivi, poi, intervennero altri provvedimenti⁵⁵ che, in aggiunta a diverse circolari esplicative nate anch'esse per razionalizzare la materia, finirono per fare della documentazione antimafia, e quindi anche dell'informazione antimafia, «uno dei capisaldi nella strategia preventiva del contrasto alla criminalità mafiosa»⁵⁶; l'ultimo tassello, quindi, fu quello sigillato dall'entrata in vigore del *Codice antimafia*, nel tempo colpito da varie riforme⁵⁷, che ancora oggi dedica alla informazione antimafia un rilevante numero di disposizioni⁵⁸.

Quando si prende in considerazione l'ambito di applicazione oggettivo dell'interdittiva antimafia è indispensabile rinviare al contenuto degli artt. 83 e 91 del *Codice antimafia*.

Se il primo, infatti, con riferimento ai soggetti che hanno l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia, stabilisce, sul piano generale, eccezioni a parte⁵⁹, che, «prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilate dallo Stato o da altro ente pubblico, e le società o le imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84 del medesimo decreto legislativo»⁶⁰; il secondo, nel prevedere invece nello specifico i rapporti per i quali l'informazione

⁵⁴ Dal titolo «Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata», come modificato ad opera dell'art. 2, co. 2, l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁵⁵ Importante fu la l. 13 agosto 2010, n. 136 che stabiliva il nuovo «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia».

⁵⁶ PARISI, *Prevenzione amministrativa*, cit., p. 468.

⁵⁷ Per una ricostruzione recente delle più importanti riforme che hanno riguardato il *Codice antimafia* e per considerazioni vds. G. AMARELLI, *Butterfly effect e interdittive antimafia. L'incostituzionalità di una norma edilizia regionale può determinare l'illegittimità delle interdittive generiche?*, cit., p. 2 ss.

⁵⁸ Oltre a quelle già ricordate nel paragrafo che precede che attengono, insieme ad altre non citate, alla documentazione antimafia in generale, può essere utile evidenziare che alle informazioni antimafia il legislatore ha dedicato ben sette disposizioni contenute negli artt. 90-95 *Codice antimafia*.

⁵⁹ Secondo l'art. 84, co. 3, *Codice antimafia*: «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) per i provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro».

⁶⁰ Così O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia e lo scioglimento dei comuni*, cit., p. 1 parafrasando il contenuto dell'art. 83, co. 1, *Codice antimafia* il quale, nel successivo co. 3 bis, delinea quale ulteriore ipotesi in cui è necessario acquisire la documentazione antimafia, la concessione di terreni agricoli e zootecnici

deve essere ottenuta prima di contrattare con la Pubblica Amministrazione, aggiunge, oltre alla circostanza della sua raccolta solo quando la stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti e subcontratti ovvero il rilascio dei richiamati provvedimenti di cui all'art. 67 abbiano un valore determinato nel loro ammontare⁶¹, che il tentativo di infiltrazione mafiosa (come detto, alla base della sua applicazione⁶²) può essere desunto, oltre che dalla accertata violazione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 l. 13 agosto 2010, n. 136, commessi con la condizione della reiterazione prevista dall'art. 8-bis l. 24 novembre 1981, n. 689, «da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata»⁶³.

Sul piano dell'ambito di applicazione soggettivo della informazione antimafia interdittiva, ovvero dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia, è necessario fare riferimento al contenuto dell'art. 85 del *Codice antimafia* il quale si occupa di stabilire, attraverso un elenco ampio e

demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché quella relativa a tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore ad euro venticinquemila o di fondi statali per un importo maggiore ad euro cinquemila; in dottrina, vds. anche E. PEZZUTO, *Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, in *Commentario al codice antimafia*, a cura di Razzante, Pisa, 2020, p. 152.

⁶¹ L'art. 91, co 1, *Codice antimafia* stabilisce, infatti, che «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche»; secondo il successivo comma 1-bis: «L'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro».

⁶² Vedi *supra*, § 3.

⁶³ Vds., nello specifico, l'art. 91, co 6, *Codice antimafia*. Quanto a quest'ultimo aspetto, può essere utile ricordare che, sul piano pratico, l'informazione antimafia è rilasciata con la consultazione della Banca dati nazionale unica da parte di tutti coloro che ne sono autorizzati. L'art. 92 *Codice antimafia* si occupa di disciplinare, peraltro, due differenti modalità di rilascio dell'informazione, distinte, in un primo caso (per il quale si parla di “informazione antimafia liberatoria”), dall'ipotesi in cui a carico dei soggetti censiti non emerge la sussistenza delle citate cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 né di tentativi di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, co. 4 dello stesso testo e, dunque, l'informazione sarà acquisita con il solo interpellato del sistema informatico; in un secondo caso (per il quale si parla invece di “informazione antimafia interdittiva”), da quelle ipotesi in cui, all'opposto, il soggetto con cui contrarre non risulti già in precedenza censito o se dalla consultazione della Banca dati non emerge a carico di quest'ultimo l'esistenza di una delle cause del citato art. 67 o dell'art. 84, co. 4, *Codice antimafia*. Dunque, in questi ultimi casi, quando l'informazione è interdittiva, essa conseguirà necessariamente ad una istruttoria condotta dal Prefetto del tutto assente nel caso di informazione antimafia cd. liberatoria. Circa le modalità di acquisizione della informazione antimafia R. ROLLI, *L'interdittiva antimafia: misure di prevenzione connesse e controllo giudiziario*, cit., p. 36.

variegato riferito sia alla comunicazione che all'informazione antimafia, quali debbano essere i soggetti sottoposti ad accertamento contemplando, tra questi, un'ampia gamma di personaggi riconducibili tanto ad imprese individuali quanto ad imprese collettive e considerando nello specifico le diverse forme e i diversi assetti scelti per l'esercizio dell'attività d'impresa; ancora, l'ambito di applicazione soggettiva della documentazione antimafia, e quindi anche della informazione, dopo essere esteso ad altri soggetti, come le associazioni e società anche prive di personalità giuridica⁶⁴, alle società costituite all'estero prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato⁶⁵ e alle società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici⁶⁶, è perfino allargato «ai familiari conviventi di maggiore età» di tutti i soggetti su indicati⁶⁷.

6. Conclusioni: due facce di una stessa medaglia.

Sebbene appartenenti a due differenti settori della legislazione antimafia, rispettivamente quello penale e quello amministrativo, il confronto tra la confisca ante *delictum* e l'interdittiva antimafia pone in risalto la presenza di alcune interessanti somiglianze.

Volendo prima di tutto considerare il dato storico, un primo elemento in comune tra queste due misure per eccellenza della legislazione antimafia è senz'altro da rinvenirsi nella logica emergenziale che ha ispirato l'intervento normativo che ha condotto alla loro introduzione⁶⁸.

L'emergenza alla base della confisca di prevenzione che con la legge Rognoni-La Torre si cercò di contrastare energicamente fu, infatti, quella di una eccessiva dilatazione del fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso che, in quegli anni, anche se già risalente, aveva finito per imporre con una certa insistenza una risposta normativa a fronte di decenni di sostanziale inerzia se non di vera e propria indifferenza da parte del legislatore⁶⁹.

In quel periodo, in effetti, il volto della mafia come manifestazione criminale potenzialmente eversiva del sistema democratico e delle istituzioni statali era emerso in modo così considerevole e tangibile da essere divenuto diretta espressione di un potere “uguale e contrario” a quello dello Stato capace, come tale, di mettere a repentaglio la sua stessa esistenza⁷⁰.

⁶⁴ V. art. 85, co. 2 *bis*, *Codice antimafia*.

⁶⁵ Art. 85, co. 2 *ter*, *Codice antimafia*.

⁶⁶ V. art. 85, co. 2 *quater*, *Codice antimafia*.

⁶⁷ Art. 85, co. 3, *Codice antimafia*.

⁶⁸ Per i cui riferimenti si rinvia ai § 2 e 5.

⁶⁹ Così A. COSTANTINI, *La confisca del diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, in AA.VV., *Studi di diritto penale costituzionale ed europeo*, 6, G. Giappichelli editore, Torino, 2022, p. 6; sulla attrazione della confisca di prevenzione nel paradigma del diritto dell'emergenza vds. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, ed. II, Napoli, 1997; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari, 1999; G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982.

⁷⁰ Per tali considerazioni vds. G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 118 ss.; sulla efferatezza degli episodi criminali, che coinvolsero magistrati, politici, giornalisti, avvenuti in quella precisa epoca storica particolarmente

Anche l'informazione antimafia interdittiva nasce per avversare il fenomeno mafioso, seppure in quella sua veste "evoluta" che negli anni successivi rispetto a quelli su considerati cominciava ad affermarsi non più solo attraverso la perpetrazione dei tradizionali traffici illeciti ma anche con l'immissione delle mafie in imprese e società sottoforma di attività solo in apparenza costituite o esercitate lecitamente.

Così come lo è ancora oggi, l'idea di fondo dell'interdittiva antimafia era quella che un organismo contaminato dalle consorterie malavitose non poteva meritare la fiducia della Pubblica Amministrazione né nel caso della instaurazione di rapporti contrattuali con quest'ultima né di concessione di titoli abilitativi individuati dalla legge⁷¹.

Anche sul piano dei diritti incisi dall'applicazione delle due misure di prevenzione è possibile registrare una ulteriore somiglianza; si tratta infatti di diritti la cui tutela è sancita costituzionalmente.

Se, a differenza delle misure di prevenzione personali, la confisca di prevenzione colpisce diritti di natura patrimoniale, l'interdittiva antimafia comprime la libertà di iniziativa economica dell'interessato⁷².

Sempre a tal riguardo, è necessario aggiungere che anche l'esercizio del diritto di difesa ed il principio della presunzione di non colpevolezza, anch'essi tutelati dalla Costituzione⁷³, rischierebbero di subire compressioni considerevoli a seguito dell'applicazione delle due misure di prevenzione in commento.

Sotto quest'ultimo aspetto può essere rammentato che i principali dubbi della dottrina riguardano il rovesciamento dell'onere probatorio che, tanto nel procedimento di applicazione della confisca di prevenzione quanto in quello di rilascio della interdittiva, grava sull'interessato e che sarebbe possibile desumere dalla stessa disciplina della legislazione antimafia.

Ai sensi dell'art. 24 *Codice antimafia* incombe sul destinatario della confisca di prevenzione la prova della legittima provenienza dei beni oggetto di sequestro e della loro proporzione rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta; a proposito dell'interdittiva, l'art. 93, co. 7, *Codice antimafia* prevede che il prefetto competente all'adozione dell'informazione antimafia «può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali, qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del

utile V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola-V. Zagrebelsky, vol. IV, Torino, 1996, p. 559; L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Crit. dir.*, 1992, 6, p. 44 ss. nonché, più di recente, M. DONINI, *Mafie e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019.

⁷¹ P. PARISI, *Prevenzione amministrativa*, cit., p. 464.

⁷² Tutelati, i primi, in virtù dell'art. 42 Cost. e la seconda in base all'art. 41 Cost.

⁷³ Se al diritto di difesa si riferisce l'art. 24, co. 2, Cost., al principio della presunzione di non colpevolezza fa invece riferimento l'art. 27, co. 2, Cost.

procedimento ovvero esigenza di tutela di informazioni che, se disvelate, siano suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose»⁷⁴.

È quindi evidente che ci si trova di fronte a limitazioni particolarmente consistenti nell'esercizio al diritto al contraddittorio il quale, nel caso dell'interdittiva, finirebbe per essere anche condizionato⁷⁵.

Un ulteriore connotato di somiglianza tra la confisca di prevenzione e l'interdittiva antimafia sembrerebbe potersi ricavare dall'esame del criterio di selezione delle fattispecie dalle quali è desumibile la pericolosità del bene o del soggetto quale presupposto indefettibile dell'applicazione delle due misure⁷⁶.

In entrambi, infatti, la disciplina del *Codice antimafia* fa riferimento sia a ipotesi tipizzate che ad ipotesi generiche⁷⁷ rimesse alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria o del prefetto, a seconda dei casi.

Sotto tale ultimo profilo, se si prendono in considerazione i presupposti applicativi, ad accomunare l'azione penale con quella amministrativa sarebbe, dunque, la funzione preventiva volta in entrambe le azioni, piuttosto che alla repressione, alla prevenzione attraverso un'azione tempestiva contro la criminalità organizzata, specie quella mafiosa, anche di quella a vocazione imprenditoriale.

In effetti, la confisca di cui all'art. 24 *Codice antimafia*, quando non direttamente diretta a neutralizzare la pericolosità sociale del reo, sembrerebbe potersi indirizzare anche a contenere il

⁷⁴ Nel contenuto da poco modificato per effetto dell'art. 48, co. 1, lett. b), d.l. 6 novembre 2021, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 29 dicembre 2021, n. 233.

⁷⁵ Lo stesso principio sarebbe desumibile dal contenuto, anch'esso oggetto di novella ad opera dell'art. 48, co. 1, lett. a), n. 2), d.l. 6 novembre 2021, n. 152 convertito, con modificazioni, nella l. 29 dicembre 2021, n. 233, dell'art. 92, co. 2 bis, *Codice antimafia* che subordina il rilascio della comunicazione di avvio del contraddittorio da parte del prefetto alla mancanza di «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». Per un commento particolarmente utile in materia di contraddittorio e interdittiva antimafia si rinvia a M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in www.giustiziainsieme.it, 25 maggio 2023; per una ricostruzione particolarmente esaustiva circa la difficile compatibilità della interdittiva antimafia non solo con le norme costituzionali ma anche con quelle unitarie e internazionali si veda, invece, R. ROLLI-M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie (nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)*, in www.giustiziainsieme.it, 11 marzo 2022.

⁷⁶ Di cui già si è detto a proposito dei § 3 e 5.

⁷⁷ Si pensi, per la confisca di prevenzione, alle ipotesi che ai sensi dell'art. 1 *Codice antimafia* configurano la pericolosità cd. generica e a quelle atte a individuare, secondo l'art. 84, co. 4, *Codice antimafia*, i tentativi di infiltrazione mafiosa; a ciò si aggiunga che questa genericità risulterebbe peraltro ampliata dal fatto che il significato di «tentativi di infiltrazione mafiosa» contenuto nel *Codice antimafia* possiede connotati vaghi, difficili da rapportare all'ambito penalistico e per lo più appartenenti al campo della sociologia. Così P. PARISI, *Prevenzione amministrativa*, cit., p. 486. A proposito del contenuto da attribuire ai tentativi di infiltrazione mafiosa vds., tra i tanti, anche V. REALE-R. REALE, *Il sistema normativo dei controlli antimafia e sui tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività contrattuali, autorizzati e e concessorie pubbliche*, in *Nuova Rassegna*, 2011, 22, p. 2208.

pericolo che quest'ultimo alteri il corretto funzionamento del mercato attraverso l'immissione al suo interno di capitali o beni di provenienza illecita⁷⁸.

In tale veste, dunque, la confisca di prevenzione funzionerebbe alla stregua di uno strumento di tutela del sistema economico nel suo complesso dai pericoli distorsivi derivanti dall'infiltrazione al suo interno di patrimoni di sospetta provenienza illecita⁷⁹.

Ma l'aspetto che più avvicina la confisca *ante delictum* e l'interdittiva antimafia è quello che si ricava dall'analisi delle conseguenze prodotte sui soggetti colpiti dalla due misure che finiscono per essere sostanzialmente le stesse⁸⁰.

A ben vedere, infatti, entrambe le misure limitano o perfino eliminano la possibilità dei loro destinatari di accedere alle finanze liberamente, di esercitare diritti di proprietà, condurre affari e di mantenere una indipendenza economica.

Altre volte accade che gli effetti che derivano dall'applicazione di quelle misure si riversano, in entrambi i casi, su individui diversi da quelli direttamente colpiti come, ad esempio, nel caso dei familiari e degli eredi di questi ultimi oppure delle persone fisiche che ereditano il patrimonio del soggetto sottoposto a confisca o dei dipendenti dell'impresa raggiunta dall'interdittiva⁸¹.

Al di là di alcune sicure differenze⁸², dunque, il confronto tra la confisca di prevenzione e l'informazione antimafia interdittiva permette di intravedere tra le stesse indubbie somiglianze se non proprio identità.

La coesistenza di meccanismi preventivi di carattere penale e amministrativo all'interno di un unico testo normativo, stante la loro efficacia ampiamente utilizzati dalle autorità giurisdizionali penali e amministrative, è in grado di delineare, in altri termini, un sistema di prevenzione costituito da due facce che appartengono ad una stessa medaglia.

⁷⁸ Riconosce due distinti paradigmi all'interno della confisca con funzione preventiva A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, cit., p. 148.

⁷⁹ Si tratterebbe, dunque, di una confisca fondata su di un «concetto di pericolosità diverso rispetto a quello tradizionale di “pericolosità sociale”, perché non riferito alla realizzazione di futuri comportamenti criminali da parte del destinatario, ma a una pericolosità intrinseca dei patrimoni di provenienza illecita, di per sé produttivi di destabilizzazione per il funzionamento dei mercati e della libera concorrenza»; cfr. A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, cit., p. 148 che, a tal proposito, immagina una confisca in funzione di prevenzione di pericolosità macrosistemica.

⁸⁰ Per alcune considerazioni che è possibile ricavare dal confronto tra l'interdittiva antimafia e la sanzione penale vds. R. ROLLI-P. PEPE, *Interdittiva antimafia, sanzione penale?*, in www.archiviopenale.it, 2/2024.

⁸¹ Si occupano di descrivere i considerevoli effetti che derivano dall'interdittiva antimafia R. ROLLI-M. MAGGIOLINI, *Danni, danni a cascata nell'interdittiva antimafia illegittima (nota a CGRS n. 233/2024)*, in www.giustiziainsieme.it, 31 luglio 2024.

⁸² Come, a titolo esemplificativo, quella relativa al soggetto titolare dell'azione preventiva che, nel caso della confisca di prevenzione è individuato, secondo l'art. 17, co. 1, *Codice antimafia* nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, nel procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e nel questore o nel direttore della Direzione investigativa antimafia nonché negli altri soggetti indicati ai commi successivi; nel caso dell'informazione antimafia interdittiva è invece indicata, ai sensi dell'art. 90 e ss. *Codice antimafia*, nella prefettura territorialmente competente.

queste istituzioni

**Considerazioni intorno alla
responsabilità contabile tra il c.d. scudo
erariale, l'evoluzione normativa *in
fieri* e la sentenza n. 132/2024 della
Corte costituzionale**

Stefano Straneo

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Considerazioni intorno alla responsabilità contabile tra il c.d. scudo erariale, l'evoluzione normativa *in fieri* e la sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale

di Stefano Straneo *

Sommario

1. Cenni introduttivi ed evoluzione normativa circa la responsabilità amministrativa, in particolare quella erariale. – 2. Il percorso motivazionale della sentenza n. 132/2024. - 3. Prospettive normative future: il d.d.l. C 1621 riunito con il d.d.l. C. 340 (cd. Foti/Candiani). Cenni (assai) critici. - 4. I contributi della magistratura contabile sia in sede parlamentare al lacunoso d.d.l. 1621, sia alla sentenza della Consulta. Rilievi critici. – 5. Considerazioni conclusive.

Sintesi

La “fatica dell’amministrare” e la “paura della firma”, già espressamente evocate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 8/2022, hanno trovato definitiva e piena cittadinanza nella giurisprudenza costituzionale a seguito della pronuncia della sentenza monitoria n. 132/2024.

Il presente lavoro cerca di mettere a fuoco la distanza ad oggi esistente tra le urgenti sollecitazioni rivolte dalla Consulta al legislatore e le resistenze ad individuare un nuovo, efficace e sostenibile punto di equilibrio nella ripartizione dei rischi dell’azione amministrativa tra agente pubblico e collettività.

Abstract

The “fatigue of administration” and “fear of signing,” already expressly mentioned in Constitutional Court ruling No. 8 of 2022, have found final and full citizenship in constitutional jurisprudence following the pronouncement of the monitorial ruling No. 124/2024.

This paper seeks to focus on the distance to date between the urgent urgings addressed by the Constitutional Court to the legislature and the resistance to finding a new, effective and sustainable balance in the distribution of the risks of administrative action between public agent and community.

Parole chiave

Fatica dell’amministrare; paura della firma; responsabilità amministrativa; Corte costituzionale.

Keywords

fatigue of administration; fear of signature; administrative action; administrative responsibility; constitutional Court.

* Avvocato amministrativista.

1. Cenni introduttivi ed evoluzione normativa circa la responsabilità amministrativa, in particolare quella erariale.

L'iter storico-normativo che ha condotto alla pronuncia della sentenza n. 132/2024 da parte della Corte costituzionale è oramai ben noto ai commentatori e, in questa sede, non necessita che di qualche cenno riepilogativo.

In sintesi, la disciplina delle diverse forme di responsabilità¹ cui sono soggetti i pubblici agenti e, in particolare, di quella erariale², ha conosciuto i seguenti, principali, snodi evolutivi:

i) r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, che dispone (art. 82) che “*l’impiegato che per azione od omissione anche solo colposa, nell’esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo*, prevedendosi in materia (all’art. 83) la giurisdizione della Corte dei conti (disciplinata, sotto il profilo sostanziale, dall’art. 1 della l. n. 20/1994 e, sotto il profilo processuale, dal d. lgs. 174/2016); ii) art. 28 della Costituzione, che sancisce la diretta responsabilità dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici secondo le leggi penali, civili ed amministrative per gli atti illegittimi dagli stessi compiuti, così prevedendosi complessivamente, per il pubblico dipendente con potere di firma, nell’esercizio delle proprie funzioni, fino a ben cinque differenti tipologie di responsabilità: disciplinare, penale, civile, dirigenziale e contabile; iii) d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, che ribadisce (art. 18) l’obbligo per l’impiegato pubblico di risarcire i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio, senza alcun riferimento all’elemento soggettivo del soggetto agente; iv) l. 14 gennaio 1994, n. 20, come modificata dall’art. 3, c. 1, lett. a) d.l. 23 ottobre 1996 n. 543, che delinea i capisaldi della responsabilità in questione, ossia: a) personalità e non trasmissibilità agli eredi; b) elemento psicologico costituito dal dolo o dalla sola colpa grave; c) comportante un’obbligazione parziaria; d) non estesa al merito delle scelte discrezionali; e) imputabile nelle decisioni collegiali ai soli componenti che hanno votato a favore e non riguardante i titolari di organi politici che in buona fede abbiano approvato o autorizzati gli atti da cui essa è conseguita; f) potere riduttivo facoltativamente rimesso al giudice contabile; g) *compensatio lucri cum damno* e prescrizione quinquennale.

¹ Per un inquadramento del dibattutissimo tema si veda, ad esempio: E. CASSETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in Dig. disc. pubbl., XIII, Torino, 1997, pp. 219 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *Dir. amm.*, 2, 2004, pp. 209 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1989, 1085. In tempi più recenti, anche con riferimento all’evoluzione normativa penalistica in tema di abuso d’ufficio (su cui si tornerà più avanti), si segnala G. BOTTINO, “Il conflitto fra il legislatore e la giurisprudenza come causa della burocrazia difensiva: la responsabilità penale per abuso d’ufficio come paradigma”, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2/2022, 241 ss.; sempre di G. BOTTINO, “La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici”, in *Analisi giur. ec.* 2020, 117 ss.; V. VALENTINI, “Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio”, in GP 2020, II, 520.

² In tema, D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. CANALE (a cura di), *La responsabilità per danno erariale*, Collana Biblioteca di cultura giuridica, diretta da Pietro Curzio, 2022.

In questo contesto, nel periodo dell'emergenza da Covid-19³ è quindi intervenuto l'art. 21, c. 2, del d.l. n. 76/2020 prevedendo che «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 aprile 2025⁴, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

Ciò premesso, a seguito della emanazione, da parte della Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Campania, dell'ordinanza di rimessione del 18/12/2023, la Consulta è stata investita della questione di legittimità costituzionale della norma da ultimo citata (art. 21, co.2 del d.l. n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020).

Nello specifico, il *thema decidendum* sottoposto al giudice delle leggi atteneva alla valutazione circa la compatibilità tra la disposizione emergenziale in esame (originata in prima battuta dalla contingenza pandemica e successivamente prorogata in funzione dell'attuazione delle misure di ripresa economica previste dal PNRR) e, sotto profili diversi, gli articoli 3, 28, 81, 97 e 103 della Carta costituzionale. In punto, a detta del rimettente giudice campano:

i) riguardo all'art. 103, il nostro ordinamento costituzionale avrebbe individuato nel binomio dolo/colpa il paradigma attorno al quale delineare l'elemento soggettivo su cui fondare i profili di responsabilità dei pubblici agenti e, con espresso riferimento alla responsabilità amministrativa/erariale, il corretto punto di equilibrio tra le opposte esigenze costituite dal reprimere le condotte foriere di danno e, al contempo, non disincentivare l'attività amministrativa⁵, sarebbe stato costruito intorno al concetto della colpa grave. Di contro, la compressione "generalista" di siffatti parametri di responsabilità, operata dal d.l. 76/2020, in quanto operante in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa e non limitatamente ai confini emergenziali, risulterebbe irragionevole ed incongrua; ii) l'ipotizzata lesione dell'art. 97 risiederebbe invece nell'effetto disincentivante, operato dalla norma in esame, rispetto all'azione del pubblico dipendente in ossequio ai principi cardine di buon andamento dell'azione amministrativa e dell'equilibrio di bilancio, ponendo a carico esclusivo della collettività condotte

³ Anticipando un tema che verrà in seguito ripreso, si richiamano qui: M. C. UBIALI, *Emergenza Covid e riforma del delitto di abuso d'ufficio per agevolare la ripresa del Paese: brevi note alla sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale in Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2022, pp. 120-128 e C. PAGELLA, *La riforma del delitto di abuso d'ufficio passa, indenne, al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 3/2022, p. 575 ss.

⁴ Tale ultima proroga è stata introdotta dal d.l. n. 202/2024.

⁵ In tema, merita qui richiamare M. CAFAGNO, "Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva", in *Dir. econ.*, 2018, 3, 625 ss.; S. BATTINI- F. DECAROLIS, "L'amministrazione si difende", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.; G. BOTTINO, "Responsabilità amministrativa per danno all'erario", in *Encicl. Dir. Annali*, 2017, vol. X, 756, che ha ampiamente esaminato il tema dell'efficienza della disciplina della responsabilità amministrativa.

imputabili ad errori gravi ed inescusabili dei soggetti agenti; iii) riguardo agli artt. 28 e 81, l'intervento legislativo dovrebbe limitarsi a perimetrare la responsabilità dei pubblici agenti, non potendo invece eliminarla *tout court* per le ipotesi colpose in quanto, così facendo, svuoterebbe di fatto la fattispecie della responsabilità erariale, che ha contribuito in maniera significativa ai devastanti deficit dei bilanci pubblici; iv) da ultimo, risulterebbe violato anche l'art. 3 della Carta, determinandosi –da un lato- un'irragionevole disparità di trattamento nella repressione di identiche condotte esclusivamente in ragione del dato temporale della loro commissione (anteriore o posteriore alla data di entrata in vigore del d.l. 76/2020) e –dall'altro- nell'altrettanto ingiustificata riferibilità della responsabilità erariale ai soli agenti onerati da compiti attivi e provvedimentali rispetto a quelli preposti a meri obblighi di controllo e vigilanza.

Come noto, la Corte costituzionale ha rigettato *in toto* le censure sollevate, dichiarando inammissibili le questioni inerenti gli artt. 28, 81 e 103 della Carta e infondate quelle riguardanti gli artt. 3 e 97.

Ad ogni modo, pur a fronte della recentissima proroga dello “scudo” sino al 30/04/2025 da ultimo operata dal d.l. n. 202/2024⁶, e nonostante appaia tuttavia verosimile la prossima e definitiva chiusura della parentesi operativa della norma indagata, a fronte del programmato riordino legislativo della materia in esame a mezzo del disegno di legge Foti/Candiani, la profondità e la delicatezza dei temi esaminati dalla sentenza in commento ben difficilmente potranno veder intaccata la loro pregnanza, meritando dunque riflessioni ulteriori rispetto al pur ampio dibattito dottrinale sviluppatosi negli ultimi mesi, in alcuni casi parso inficiato da valutazioni preconette.

2. Il percorso motivazionale della sentenza n. 132/2024.

Entrando immediatamente *in medias res* e tralasciando in questa sede le pur importanti argomentazioni esposte in sede preliminare, si osserva che, dopo aver ripercorso sinteticamente i tratti salienti dell'istituto in parola, la Consulta ha subito chiarito le ragioni dell'infondatezza della denunciata violazione degli articoli 3 e 97 della Carta, ritenuta questione avente priorità logica.

In tal senso, attraverso il richiamo alla propria fondamentale pronuncia n. 371 del 1998 (definita dalla stessa Corte costituzionale la “*testata d'angolo della sua giurisprudenza nella*

⁶ L'attuale incertezza circa l'effettiva e definitiva caducazione dello scudo erariale a tale data suggeriscono di richiamare qui alcuni dei numerosi interventi dottrinali che, a vario titolo, hanno espresso articolate critiche all'opportunità ed all'efficacia di detto strumento normativo transitorio; si veda, ad esempio, A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, 2022; L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”*. *Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “Decreto Semplificazioni”)*, www.federalismi.it, n. 30/2020;

materia”), essa ha chiarito come il corretto inquadramento del *thema decidendum* dovesse necessariamente passare dalla piena presa d’atto della profonda rivisitazione dell’intero modello della pubblica amministrazione, attuata dal legislatore con la successiva adozione delle leggi nn. 142/1990 e 241/1990, del d. lgs. n. 29/1993 e con la c.d. Riforma Bassanini avviata con la legge delega n. 59/1997, e tale da richiedere la sua progressiva trasformazione da amministrazione “esecutrice della legge” ad amministrazione “di risultato”⁷. Con la conseguenza, in tal modo, di addossare enormi criticità in particolare ai pubblici funzionari gravati dal potere di firma e chiamati a gran voce a perseguire elevati quanto misurabili obiettivi manageriali. Il tutto, pur dovendo essi continuare a confrontarsi con la perdurante –ed anzi acuitasi– farraginosità di un corpo normativo sempre più bulimico che, in attuazione del disposto di cui all’art. 28 della Costituzione, li esponeva direttamente a tutte le forme di responsabilità contemplate dall’ordinamento⁸ (penale, civile, dirigenziale e, appunto, erariale, oltre a quella disciplinare per quanti legati da un rapporto di pubblico impiego), sino al punto di ingenerare diffusamente tra lo stesso personale apicale rischi di inazione e di condotte auto-difensive, a tutto detrimento dei proclamati obiettivi di risultato.

Osserva quindi la Corte che l’approdo ad una limitazione dei criteri soggettivi di imputazione della responsabilità erariale al dolo ed alla colpa grave pareva consentire al legislatore dell’epoca un ragionevole compromesso nella ripartizione dei rischi connessi all’attività amministrativa tra apparato (e dunque collettività) e soggetto agente, anche adeguatamente ponderate le diverse funzioni via via attribuite alla responsabilità amministrativa, non limitate difatti a profili sanzionatori e risarcitori, ma connotate anche da una marcata deterrenza.

Ma, e qui sta il nucleo essenziale dell’*iter* argomentativo svolto dal giudice delle leggi, quello descritto non costituiva null’altro che un (peraltro perfettibile) temporaneo punto di equilibrio, inscindibilmente connesso a quello specifico periodo storico, sociale e dunque anche normativo che lo ha prodotto, e che avrebbe inevitabilmente richiesto adeguati aggiustamenti al mutare del contesto di riferimento. Insomma, *simul stabunt, vel simul cadent*.

⁷ Si richiamano di seguito alcuni tra i contributi dottrinali più rilevanti sul tema: L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; Inoltre, pur con posizioni tra loro differenti, M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione del volume di D. Osborne e T. Gaebler, Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano 1995; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato*, in *AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 79 ss.

⁸ Per approfondire il tema della responsabilità amministrativa, si rimanda a: M. CLARICH, F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla corte dei conti*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.4, 2016, pag. 1271 ss.; A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in *AA. VV. Le responsabilità pubbliche*, D. SORACE (a cura di), 1998, p. 239 ss.; *ivi* anche M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, p. 251 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, p. 281 ss.; N. LONGO, *Natura giuridica e orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. C.Conti*, 1/2001, p. 365 ss.; P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, *Giust. civ.* 2008, 10, p. 483 ss.

In questa prospettiva devono pertanto essere debitamente valutate tanto le tendenze registrate in ambito economico, ordinamentale e fattuale, quanto l'evoluzione "aziendalista" del modello di pubblica amministrazione riscontrata nei decenni successivi.

Sotto il primo profilo, i dati di fatto opportunamente sottolineati dalla Corte sono stati, innanzitutto, la crescente complessità e stratificazione di un sistema delle leggi non solo sempre più articolato e sovente scoordinato, ma che spesso pure riversa sull'apparato amministrativo, attraverso quelli che sono stati efficacemente definiti *compromessi dilatori*, l'improbabile contemperamento tra assetti di interessi spesso antitetici e che andrebbero invece chiariti a monte proprio dallo stesso legislatore.

A ciò si sono accompagnate sia politiche di bilancio che hanno portato a costanti depauperamenti strutturali delle amministrazioni sia, più in generale, l'emersione e successiva polarizzazione di esigenze ambientali, economiche e sociali difficilmente contemperabili, legate all'evoluzione sociale e tecnologica, sempre più spesso foriera di ritorni deleteri su valori costituzionali quantomeno equiordinati, quali la tutela della salute e dell'habitat naturale.

Dal punto di vista normativo, a partire dall'adozione del T.U. Pubblico Impiego (d. lgs. n. 165/2001, in particolare come novellato dal d. lgs. n. 150/2009) e sino all'avvento dell'attuale Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36/2023), il legislatore ha ulteriormente estremizzato la tensione verso l'amministrazione di risultato, parallelamente adeguando i contorni della correlativa responsabilità amministrativa, giungendo alla tipizzazione, appunto nell'ambito contrattuale pubblico, della colpa grave (art. 2, co.3 del d. lgs. n. 36/2023) e, sotto altro aspetto (art. 2, co. 4), ponendo in quello stesso ambito, a carico della P.A., una serie di obblighi a tutela dei propri agenti (in particolare, misure per la copertura assicurativa dei rischi per il personale)⁹.

Proprio alla luce della obiettiva gravosità del quadro strutturale sopra ricostruito, la Consulta, pur dando atto della necessità di preservare un'efficacia anche deterrente in capo al regime della responsabilità amministrativa –ritenendosi pertanto costituzionalmente illegittimo qualsiasi intervento con cui il legislatore esercitasse la propria discrezionalità riservatagli dall'art. 28 della Costituzione per limitare ordinariamente e *sine die* al solo dolo il relativo elemento soggettivo di imputabilità- ha ribadito¹⁰ la tendenziale costituzionalità di norme che temporaneamente e per stringenti quanto motivate ragioni di interesse pubblico spostino transitoriamente la soglia di attivazione della responsabilità in esame.

⁹ Si veda, in tema: M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2024; ed anche: L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, *Dir. Proc. Amm.*, 1/2005.

¹⁰ Posizione già espressa con la sentenza n. 108/1967 in tema di attenuazione della responsabilità degli agenti contabili e degli ordinatori di spesa delle sovrintendenze. Si veda, in punto, anche la sentenza n. 1032/1988.

Dacché deriva, con incedere conseguente, la declaratoria di infondatezza della questione di legittimità costituzionale in discorso, legata alla disposizione ad efficacia temporanea contenuta nel d.l. 76/2020.

Norma, questa, emanata in un contesto sanitario (e poi soprattutto sociale ed economico) del tutto eccezionale e, come anticipato, successivamente prorogato, da ultimo, sino al 30/04/2025¹¹ per non frustrare le pressanti esigenze di ripresa economica sottese al PNRR, all'interno di una cornice motivazionale che non manifestava, a detta della Consulta, alcun sintomo di palese illogicità od irragionevolezza, anzi (legittimamente) privilegiando in quello specifico e ben delineato contesto le istanze “quantitative” di ripresa del sistema produttivo rispetto alla rigorosa osservanza formale dell'intera congerie di regole ordinarie a presidio dell'azione amministrativa.

Riguardo alle ulteriori questioni sollevate dal giudice contabile campano, la Corte costituzionale ha – più sinteticamente – tratto dalle argomentazioni diffusamente esplicitate in precedenza, le logiche conseguenze di infondatezza e/o di inammissibilità.

Così, riguardo alla scarsa selettività dello scudo erariale, la stessa non può dirsi –per sé sola– incompatibile con il quadro costituzionale vigente; ciò in quanto, all'interno del quadro emergenziale oggettivamente vissuto, l'estrema problematicità nell'individuazione *ex ante* ed esaustiva di tutte le attività potenzialmente funzionali alla impellente esigenza di ripresa economica, ha reso non irragionevole la scelta legislativa di “*combattere la burocrazia difensiva su grande scala, ingenerando un complessivo clima di fiducia tra gli agenti pubblici, volto a favorire la spinta dell'intera macchina amministrativa*” (così, p.to 7.4 della motivazione in diritto).

Detto poi della palese infondatezza degli ulteriori due aspetti di denunciata possibile illegittimità costituzionale¹², la Consulta ha infine liquidato come “inconferenti” (e dunque inammissibili) le questioni inerenti la dedotta violazione degli artt. 28, 81 e 103 della Carta, peraltro adducendo argomentazioni tanto inconfutabili da non necessitare qui di ulteriori commenti.

Ben maggiore interesse hanno invece suscitato, di contro, le considerazioni conclusive (p.to 11 della parte motiva) svolte dalla Corte nel solco di quella pluridecennale (per quanto non omogenea) attività variamente denominata dalla dottrina¹³ e che qui qualifichiamo per comodità

¹¹ Si deve escludere che tale ultima proroga possa sollevare qualche ulteriore dubbio di compatibilità costituzionale, tenuto conto che in alcun passaggio della sentenza n. 132/2024 la Corte costituzionale ha qualificato la precedente scadenza al 31/12/2024 del regime derogatorio sotteso allo “scudo erariale” come tassativamente non ulteriormente prorogabile, a maggior ragione considerata la strumentalità della stessa rispetto alla conclusione dell'iter parlamentare relativo al d.d.l. C. 1621.

¹² Ci si riferisce alla questione relativa alla presunta violazione del principio di uguaglianza per disparità di trattamento tra agenti pubblici preposti all'amministrazione attiva e quelli adibiti a funzioni di controllo e vigilanza, nonché a quella, peraltro solo abbozzata dal rimettente, tra dipendenti pubblici e privati.

¹³ In punto, si richiama sin d'ora M. PANEBIANCO, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019, NOMOS 1-2020*. In senso critico, si segnala

di esposizione come “monitoria”, ma sulla quale dovranno essere svolte nel prosieguo dello scritto talune riflessioni ulteriori.

Opportunamente premessa, in punto, l’urgente necessità dell’individuazione per via legislativa, alla luce del mutato contesto strutturale in cui la P.A. è chiamata ad operare, di un nuovo e più realistico punto di equilibrio nella ripartizione dei rischi dell’azione amministrativa tra agente pubblico ed amministrazione, la Consulta ha fornito al legislatore alcuni preziosi “punti di repere” utili ad orientare, nella prospettiva della compatibilità con i principi costituzionali, quella riforma della materia ritenuta non più eludibile. E ciò ricorrendo –ove ritenuto opportuno dallo stesso legislatore, nell’ampio alveo della discrezionalità ad esso riconosciuta- anche ad una o più delle direttrici di intervento ipotizzate dall’elaborazione scientifica intervenuta *in subiecta materia*.

Sempre ricorrendo al condizionale, la Corte ha così accennato tra i possibili strumenti di intervento a misure quali la tipizzazione della colpa grave (come già avviene per alcune tipologie di illeciti dei magistrati), l’introduzione di tetti massimi agli obblighi risarcitori in capo ai pubblici agenti (come nel caso dei magistrati e dei professionisti sanitari), la trasformazione del potere riduttivo del giudice contabile da facoltativa ad obbligatoria, l’estensione degli interventi preventivi della Corte dei Conti aventi portata esimente, l’incentivazione della copertura assicurativa per i soggetti agenti (come avviene già per i professionisti sanitari pubblici), lo studio di ipotesi di irresponsabilità per condotte colpose limitatamente a specifiche circostanze operative di particolare complessità o, infine, evitando l’assoggettamento degli amministratori ad un numero eccessivo o mal coordinato di concorrenti responsabilità di natura differente e scaturenti dagli stessi fatti materiali.

3. Prospettive normative future: il d.d.l. C 1621 riunito con il d.d.l. C. 340 (c.d. Foti/Candiani). Cenni (assai) critici.

Per il vero, i moniti della Corte Costituzionale, oltre ad essere stati in parte anticipati già nella sentenza n. 8 del 18 gennaio 2022¹⁴, non sono pervenuti davanti al foglio bianco del legislatore, il quale, a fronte del già citato stillicidio di proroghe del termine di efficacia dello “scudo erariale”, non era rimasto del tutto inerte al punto da non mettere in campo neppure un abbozzo di riordino della materia, indipendentemente dal fatto che esso rispondesse poi a finalità realmente riformatrici o solo dilatorie.

Ed in effetti, come sopra anticipato, il 19 dicembre 2023 il deputato Tommaso Foti aveva presentato alla Camera dei Deputati il d.d.l. n. 1621, recante modifiche non solo alla l. n. 20/1994,

A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251 ss.

¹⁴ Vedi nota n. 6.

ma anche al d. lgs.n. 174/2016 e ad altre disposizioni attinenti alle funzioni della Corte dei Conti. D.d.l. in seguito riunito a quello connesso per materia, a firma del deputato Stefano Candiani (n. 340), risalente al 14 ottobre 2022 ed incentrato su ulteriori modifiche all'art. 3 della stessa l. 20/1994.

Per completezza, merita ricordare ancora come tali iniziative legislative di natura parlamentare si siano inserite in un antecedente (quanto ad entrata in vigore) contesto riformatore della materia sotto il versante penalistico, culminato¹⁵, come sopra anticipato, con l'abrogazione dell'art. 323 del codice penale e della correlativa fattispecie dell'abuso d'ufficio, ad opera dell'art. 1, co.1 della c.d. "riforma Nordio", di cui alla l. n. 114/2024¹⁶.

L'esame degli atti parlamentari evidenzia come il d.d.l. 1621 prendesse dichiaratamente le mosse da un intento pragmatico consistente, quantomeno nell'ottica esplicitata dal suo proponente e delle forze politiche dallo stesso rappresentate, nell'urgente necessità di sbloccare la "macchina pubblica italiana" dalla frequente paralisi dei processi amministrativi indotta –a loro dire- dall'effetto congiunto della eccessiva complessità del corpo normativo preposto a disciplinare l'azione dei singoli amministratori e dal mancato ripensamento del ruolo del giudice contabile in un'ottica incentrata su compiti di supporto preventivo di costoro¹⁷.

In questo contesto, le direttrici dell'ipotizzato intervento normativo possono essere così sintetizzate: i) estensione¹⁸ a tutti i profili applicativi della portata esimente del superamento del controllo preventivo di legittimità operato dalla Corte dei conti, nonché introduzione, per gli altri atti non soggetti a tale tipo di controllo preventivo, di una funzione consultiva della Corte dei Conti –finanche in relazione a talune specifiche fattispecie concrete¹⁹- per le tematiche di particolare complessità e comportanti potenziale responsabilità per colpa grave, comportante valore esimente in caso di adesione al parere dalla stessa espresso; ii) incentivazione degli accordi di conciliazione e di mediazione da parte dei rappresentanti delle P.A., con finalità deflattive dei

¹⁵ Non può, in proposito, essere obliterata la riscrittura in maniera limitativa della fattispecie penalistica dell'abuso d'ufficio operata dall'art. 23, co.1 dello stesso d.l. 76/2020. Come noto, anche tale norma superò il vaglio di legittimità costituzionale operato mediante la sentenza della Consulta n. 8 del 18 gennaio 2022. Anche in tale occasione, la Corte rilevò (e non si limitò ad ipotizzare) la correlazione tra la "tormentata parabola storica" della fattispecie di reato in questione (che aveva condotto infine a interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, "atte a travalicare i rigidi paletti che la precedente novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale" – cfr. p.to 2.3 della parte motiva) e l'effetto paralizzante dalla stessa causato sui pubblici funzionari, trinceratisi dietro la burocrazia difensiva ed evitando così di assumere decisioni utili per il perseguimento dell'interesse pubblico per paura dei possibili addebiti penali.

¹⁶ La legge 114/2024, oltre all'abrogazione dell'art. 323 del c.p., ha ad esempio revisionato il reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), rafforzato la protezione delle comunicazioni tra indagato e suo difensore, rivisto la regolamentazione di alcuni profili delle intercettazioni ed apportato modifiche anche all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare.

¹⁷ Si veda in proposito, la premessa alla presentazione dell'articolato del d.d.l. pubblicata nella sezione "Lavori preparatori dei progetti di legge" del sito web della Camera dei deputati www.camera.it. Inoltre, merita qui richiamare l'editoriale di R. LOIERO contenuto nel fascicolo 3/2023 della *Rivista della Corte dei Conti*.

¹⁸ Cfr. art. 1 del d.d.l. 1621 e art. 2 del d.d.l. 340.

¹⁹ Cfr. art. 2 del d.d.l. 1621 e art. 1 del d.d.l. 340.

contenziosi giuslavoristici e tributari, con conseguente esclusione in tali casi della responsabilità contabile per colpa grave e permanenza in capo ai dirigenti pubblici firmatari degli stessi la sola responsabilità per dolo²⁰; iii) previsione dell'obbligatorietà del potere di riduzione del giudice contabile, salvo i casi di dolo e illecito arricchimento e introduzione del tetto massimo di due annualità di retribuzione alle misure sanzionatorie applicabili all'autore dell'illecito²¹; iv) introduzione dell'obbligo di copertura assicurativa per i funzionari con responsabilità nella gestione di risorse pubbliche, da finanziarsi a carico di costoro, destinando a tal fine una parte del trattamento stipendiale accessorio;²² v) previsione in capo al giudice contabile di esercitare, ad esito del giudizio di responsabilità, anche un potere di pronunciare la sospensione dalla gestione di risorse pubbliche, fino alla destituzione, del funzionario risultato colpevole di illecito erariale²³; vi) introduzione di misure sanzionatorie pecuniarie a carico del pubblico agente responsabile di ritardi colpevoli nella conclusione di procedimenti amministrativi connessi all'attuazione del PNRR e del PNC²⁴ e, all'opposto, integrale rimborso delle spese legali sostenute dai funzionari nei giudizi di responsabilità conclusi con sentenza diversa dalla condanna²⁵.

Rimandando al paragrafo successivo per una breve disamina delle reazioni suscitate dal d.d.l. in esame in seno alla magistratura contabile, è difficile non rilevare il vizio di fondo che, al di là delle singole incoerenze ed incompatibilità con il corpo normativo in cui le disposizioni di tale disegno di legge andrebbero ad innestarsi²⁶, risiede verosimilmente nell'intento dell'attuale legislatore di superare un'impasse determinata da un eccesso di responsabilizzazione della P.A. con una opposta quanto illogica ed eccessiva deresponsabilizzazione degli stessi agenti pubblici. Con rischi assai gravi per la gestione della finanza pubblica. Torneremo in seguito sul punto.

²⁰ Cfr. art. 1 del d.d.l. 1621.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ Cfr. art. 3 del d.d.l. 1621.

²⁵ Cfr. art. 4 del d.d.l. 1621.

²⁶ Nella succitata audizione del Presidente Guido Carlino, vengono infatti evidenziate le seguenti principali incoerenze di fondo col tessuto normativo vigente; l'art. 1 del d.d.l. introdurrebbe una sorta di controllo preventivo di legittimità affidato al giudice contabile appositamente per ottenere l'esclusione della responsabilità per colpa, così configurando una illogica funzione di preventiva verifica della "futura" responsabilità amministrativa; oppure, l'ulteriore modifica apportata dall'art. 1 del d.d.l., che prevede che in caso di conclusione di accordi di conciliazione, l'esclusione di ipotesi di responsabilità per colpa grave porterebbe all'irragionevole affiancamento alla già esistente insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della caducazione di strumenti di verifica sull'utilizzo ragionevole delle risorse pubbliche, laddove tale utilizzo fosse fatto oggetto di detti accordi; ancora, la previsione di cui all'art. 1 del d.d.l. di irrogare periodi di sospensione a carico dei soggetti condannati dal giudice contabile determinerebbe un rafforzamento del superamento della natura risarcitoria della responsabilità erariale, indebitamente inglobata in quella sanzionatoria.

4. I contributi della magistratura contabile sia in sede parlamentare al lacunoso d.d.l. 1621, sia alla sentenza della Consulta. Rilievi critici.

Al di là di taluni interventi dottrinali acquisiti ai lavori parlamentari²⁷, ovvero pubblicati subito dopo la sentenza n. 132/2024 della Consulta²⁸, l'impressione generalmente rilevabile dall'insieme degli apporti forniti dalla magistratura contabile è quella -sia chiaro, ben comprensibile nelle sue motivazioni di fondo- di una allarmata *levata di scudi* a fronte dell'approccio monolitico, giustificatorio ed estremizzante (seppur, come visto, in senso opposto rispetto al quadro attuale), manifestato dalle forze politiche promotrici della riforma in esame.

Queste ultime, in effetti, hanno impostato il disegno di legge in questione in apparente sintonia (in realtà banalizzandole ed estremizzandole) quantomeno con alcune delle considerazioni di fondo espresse, sia in epoca precedente che immediatamente successiva, dalla stessa Corte Costituzionale, ossia che la mancata realizzazione dell'amministrazione di risultato rinvenga la propria causa primigenia nell'inazione dei pubblici agenti, a sua volta indotta in maniera invincibile dall'eccessiva complessità dei corpi normativi, ed infine radicata da forme di responsabilità tanto pervasive quanto insostenibili.

Ciò doverosamente premesso, non può tuttavia sfuggire come la risposta di taluni dei rappresentanti della magistratura contabile (intervenuta peraltro anche a seguito della pronuncia in discorso della Corte costituzionale) sia consistita non solo in una inesorabile e, come anticipato, comprensibile bocciatura del progetto di riforma –cassato tanto nel disegno complessivo, quanto nella stragrande maggioranza dei singoli “correttivi” ipotizzati riguardo alla l.n. 20/1994 ed al d. lgs. n. 174/2016- bensì anche in un tendenziale arroccamento su posizioni conservative che, secondo quanto esposto a gran voce dalla Consulta, necessiterebbero di un ammodernamento.

E ciò, come si vedrà, anche attraverso una implicita minimizzazione della portata dell'intervento del giudice costituzionale.

Enunciata la disponibilità al confronto attivo col potere politico, già l'audizione informale del Presidente della Corte dei Conti intervenuta l'11/07/2024 presso le commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera ha difatti evidenziato la sostanziale irricevibilità del d.d.l., quantomeno con riferimento all'asserita inconciliabilità tra gli specifici intenti riformatori espressi dai proponenti e gli accorgimenti normativi concretamente messi in campo.

Così, muovendo dal presupposto che il corretto punto di equilibrio nella ripartizione dei rischi dell'agire amministrativo tra pubblico agente e collettività vada ancora oggi essenzialmente

²⁷ Si veda, ad esempio, G. TERRACCIANO, “*La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*”, pubblicata sul sito web della Camera www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1621.

²⁸ Ad esempio, F. CINTIOLI, “*La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*”, 7 agosto 2024, sito web www.federalismi.it.

rinvenuto nell'assetto delineato trent'anni or sono dalla sentenza n. 327/1998 della Corte Costituzionale (e, dunque, sul binomio dolo/colpa grave), la memoria in esame preconizza quale effetto del progetto di riforma, relativamente agli interventi incidenti sul regime di responsabilità, *“una compromissione significativa del buon andamento dell'azione amministrativa, quale effetto del minore livello di garanzia al corretto e proficuo utilizzo delle risorse pubbliche”*²⁹. Riguardo poi alle disposizioni della seconda parte del d.d.l., vengono qualificate come inadeguate, inefficienti e, in ultima analisi, controproducenti le misure tese a rivedere –in ottica consultiva ed assai meno sanzionatoria- il ruolo e le funzioni della Corte dei Conti, in particolare quelle comportanti l'anticipazione del controllo preventivo (anche su iniziativa di regioni ed enti locali) al momento dell'aggiudicazione degli appalti sopra soglia, ove attuativi del PNRR e del PNC.

Dal canto suo, l'intervento della Procura generale dello stesso giudice contabile³⁰ ha ribadito i rilievi sommamente critici espressi dalla propria presidenza, negando *in nuce* la rilevanza stessa della c.d. paura della firma, che risulterebbe sconfessata dai dati algebrici riassunti l'attività complessivamente svolta dalle varie procure erariali nel corso dell'anno solare 2023. Il dato di senso rilevabile dalle nude cifre risiederebbe, secondo tale esegesi, nell'assoluta selettività e precisione che contraddistinguerebbe il controllo giurisdizionale contabile, in grado cioè, in un primo momento, di limitare l'avvio del vero e proprio giudizio erariale mediante emanazione di citazione a giudizio in una percentuale estremamente esigua (circa il 5%) dei procedimenti aperti; inoltre, in un secondo momento, un ulteriore e significativo filtro sarebbe poi azionato con i provvedimenti conclusivi dei giudizi stessi, dove “soltanto” due terzi delle circa duemila pronunce totali di merito ha comportato l'irrogazione di una condanna risarcitoria.

La conclusione tratta dalla Procura generale (*“Questi elementi confermano che il sistema, sostanziale e processuale, della responsabilità amministrativa contiene in sé gli “anticorpi” necessari per evitare che, da strumento di garanzia per l'integrità delle risorse pubbliche, si trasformi in una “ingiusta spada di Damocle” per gli amministratori e i dipendenti pubblici”*) non pare tuttavia cogliere appieno le invero profonde criticità messe a nudo dalla Consulta; sotto il primo aspetto, infatti, potrebbe obiettarsi il carattere improprio di tale lettura del dato relativo al rapporto tra avvii di indagine e citazioni a giudizio, che potrebbe, in ipotesi, essere imputabile ad una eccessiva sottoposizione degli agenti pubblici al vaglio delle procure, nonostante nella stragrande maggioranza dei casi il loro operato, anche ove attenzionato al giudice erariale, risulti poi conforme ai canoni imposti dall'ordinamento.

Allo stesso modo, anche la percentuale di condanne al risarcimento del danno erariale rispetto al totale delle decisioni di merito si appalesa come dato numerico tendenzialmente

²⁹ Cfr. p.to 3 della Relazione *de qua*.

³⁰ Si veda l'atto depositato ai lavori della Camera nell'audizione del 11/07/2024, pubblicato sul sito web della stessa Camera dei deputati www.camera.it

“neutro” rispetto al tema in oggetto, non cogliendosi a che titolo l’esistenza di una possibilità media del 33% di andare esenti da pronunce risarcitorie attesterebbe l’infondatezza della paura della firma ovvero la irrilevanza di tale tematica rispetto alla mancata attuazione del modello dell’amministrazione di risultato.

Maggiori aperture vengono invece ipotizzate nei riguardi della progettata tipizzazione della colpa grave e della introduzione di un tetto alla responsabilità erariale relativamente al *quantum* della stessa; il tutto però a condizione di non intaccare il paradigma della natura risarcitoria della responsabilità contabile in favore di una sua trasformazione in senso sanzionatorio³¹.

Questa risulta essere, in sostanza, la stessa posizione espressa dall’Associazione Magistrati della Corte dei conti, anch’essa acquisita agli atti parlamentari in sede di audizione³².

Maggiori aperture si rinvergono nell’intervento del Presidente della sezione regionale di controllo per il Piemonte³³ il quale, pur entro un più che legittimo perimetro di scetticismo sul progetto di riforma in esame, ha guardato altresì con profondità agli ineludibili moniti contenuti nella sentenza n. 132/2024, giungendo infine anch’egli a riconoscere nella inattuazione del modello di amministrazione pubblica “di risultato”³⁴ la scaturigine prima delle inefficienze di sistema e delle ricorrenti paralisi indotte in capo ai pubblici agenti.

In particolare, viene dal medesimo Presidente rilevato come la riforma della pubblica amministrazione avviata oltre trent’anni addietro avrebbe dovuto spostare il baricentro dell’azione amministrativa dall’atto al procedimento, attuando una transizione verso un *agere* non più soltanto improntato all’osservanza della legge, ma tale da garantire altresì il perseguimento di rilevanti obiettivi di interesse pubblico, attraverso, si noti, l’utilizzo di significativi margini di discrezionalità³⁵.

Mentre, tra le cause della mancata attuazione di tale radicale riforma della P.A., l’Autore acutamente punta il dito in direzione del principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, la cui del tutto inadeguata applicazione concreta ha determinato ricadute tanto

³¹ Ad avviso della Procura generale, difatti, ciò determinerebbe il rischio di confliggere con la giurisprudenza della Corte CEDU in tema di violazione del principio del “*ne bis in idem*”, come ricostruito nella sentenza “Grande Stevens” del 4 marzo 2014.

³² L’intervento della Presidente è anch’esso reperibile sul sito web della Camera dei deputati www.camera.it.

³³ Trattasi dell’audizione informale del 29/07/2024, pubblicata sul sito web della Camera dei deputati www.camera.it.

³⁴ Con particolare riferimento all’espressione stessa della “amministrazione di risultato”, merita richiamare anche l’orientamento critico espresso da S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941.

³⁵ Per un esame ad ampio spettro in tema di discrezionalità amministrativa, si veda F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX; con riferimento alla discrezionalità tecnica D. CAROLIS, *L’annullabilità del provvedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Tomo II, p. 1105 ss.

nefaste quanto, forse, sottovalutate sull'ordinamento amministrativo e, soprattutto, sull'azione dei suoi dirigenti e funzionari.

In tal senso, viene evidenziato come *“lo spoils-system sia divenuto, infatti, un mezzo per fidelizzare il personale dirigenziale e non per valutarne le effettive capacità manageriali. Questa alterazione ha impedito, da un lato, la valorizzazione della responsabilità manageriale dei dirigenti, con tutte le conseguenze in tema di conferimento e di revoca degli incarichi. Inoltre, da un altro lato, ha determinato un incremento normativo delle fattispecie di responsabilità amministrativa nelle quali il rimprovero mosso al dirigente non è quello di non saper amministrare, ma quello di aver violato norme comportamentali”*³⁶.

Inquadrate attraverso tale lente prospettiva, il tema della “paura della firma” (e, ancora più a monte, quello dell'inefficienza della macchina amministrativa) non si pone più, quindi, solo nel senso dell'eccesso di responsabilità, ma, per l'appunto, nella mancata attivazione del modello dell'amministrazione di risultato, il quale a sua volta *“presuppone il confronto tra politiche pubbliche, la fissazione di obiettivi e la adozione delle misure per conseguirli”*³⁷. Con l'effetto ulteriore di impedire, a valle dell'operato del pubblico agente, una sua valutazione ulteriore rispetto a quella della mera responsabilità amministrativa, al cui giudizio resta estraneo il profilo attinente alla capacità di efficacemente perseguire obiettivi di interesse pubblico.

Merita, infine, un richiamo un'ulteriore opinione espressa da altro autorevole esponente della magistratura contabile, che, a differenza degli interventi sopra richiamati, non è stata acquisita ai lavori parlamentari relativi al d.d.l. 1621, bensì redatta sotto forma di nota alla più volte citata sentenza n. 132/2024³⁸.

Mediante tale energico intervento dottrinale, l'Autore mette a nudo con stringente esegesi le plurime incongruenze che affliggono il d.d.l. “Foti”, rileggendo peraltro in maniera critica diversi passaggi argomentativi svolti dalla Consulta nella sentenza commentata.

Così, attraverso una sorta di incessante, ancorché *diluita*, anafora in prosa (*“Contrariamente a quanto ritenuto dalla Consulta...”*; *“Contrariamente a quanto ritenuto dalla Consulta....”*), egli confuta in particolare la percezione della realtà amministrativa emergente dalla sentenza stessa che, inficiata da un eccesso di opinabilità, tratterebbe nel complesso un quadro dell'evoluzione dell'azione amministrativa e delle connesse criticità non aderente alla realtà effettiva.

Ebbene, come si anticipava ad inizio del presente paragrafo, sembra di poter rilevare come l'attenzione dei giudici contabili si sia (pur comprensibilmente) concentrata soltanto sulle

³⁶ Vedasi nota n. 32.

³⁷ *Idem*.

³⁸ V. TENORE: *“Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo “scudo erariale” è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare “la fatica dell'amministrare”, che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti 1621”*, *Rivista della Corte dei Conti*, 2024, 4.

potenziali disfunzioni nella gestione del denaro pubblico generata dalla riforma *in itinere*, al prezzo però di una sottovalutazione della gravità del grido di allarme lanciato dal giudice delle leggi.

Così, non possono essere derubricate a mere (per quanto autorevoli) opinioni talune circostanze giuridiche e fattuali oggettivamente emerse nel corso degli anni e tanto efficacemente evocate dalla Consulta; prima fra tutte, come anticipato, la temporaneità e la relatività del punto di equilibrio raggiunto con la legge 20/1994 in materia di elemento soggettivo della responsabilità erariale, che necessita oggi di un inevitabile ripensamento proprio perché retaggio di una realtà nel frattempo profondamente modificatasi, e tale da rendere oggettivamente più incerto e problematico l'*agere* amministrativo ai nostri giorni.

Non è, questa, solo una diffusissima percezione rinvenibile nella quotidiana attività di gran parte dei dirigenti e funzionari pubblici (i quali, pur possedendo mediamente maggiore preparazione e sottoponendosi a più puntuale attività di aggiornamento continuo rispetto al passato, necessitano sempre più di frequente del supporto di esperti esterni, peraltro nemmeno essi in grado di fuggire con ragionevole grado di certezza le perplessità interpretative ed applicative di corpi normativi a volte inesplicabili), costituendo invece un elemento oggettivo anche se di problematica misurabilità empirica.

Ed infatti, a titolo puramente esemplificativo, qualsiasi pubblico agente che operi abitualmente nell'ambito -peraltro in esponenziale ascesa nel corso degli ultimissimi decenni- del diritto dell'ambiente³⁹ considera un fatto notorio la crescita vertiginosa del grado di complessità di detta materia registratasi dagli anni '90 ad oggi rispetto al quadro normativo vigente anteriormente al c.d. decreto Ronchi n. 22/1997 in tema di gestione dei rifiuti od alla legge n. 36/2001 sull'inquinamento elettromagnetico o ancora al "Codice dell'Ambiente" di cui al d. lgs. n. 152/2006, giusto per citare alcuni degli interventi normativi tra i molti susseguitisi,⁴⁰ senza naturalmente trascurare la "ratifica costituzionale" del nuovo *status* della materia *de qua* operato dalla legge costituzionale n. 1/2022.

In questo ed in molti altri contesti, la decisione addossata dall'ordinamento sulle spalle -ed anche, ricordiamolo, sulle tasche- del dirigente e del funzionario pubblico circa la scelta dell'azione amministrativa da assumere e perseguire ed in grado non solo di garantire il formale rispetto della legge, ma anche il conseguimento di risultati efficienti e misurabili espone costoro a compiti

³⁹ Il richiamo al diritto ambientale, apparentemente "extra-vagante" rispetto al contesto del presente articolo, ha il significato di evidenziare in maniera plastica la repentina emersione di nuovi ed articolatissimi corpi normativi che, in epoca successiva all'entrata in vigore della l. n. 20/1994, si sono imposti a tutela sempre più organica di beni pubblici precedentemente pretermessi o comunque non adeguatamente considerati dall'ordinamento; con l'effetto di aggravare proporzionalmente l'azione dei pubblici agenti specie laddove la comparazione degli interessi emergenti all'interno dei singoli procedimenti risulti assai più difficilmente agibile rispetto a quanto sotteso alla tradizionale discrezionalità amministrativa.

⁴⁰ Si menziona in proposito, ad esempio, il d. lgs. n. 155/2010 sulla valutazione e gestione della qualità dell'aria, o il d. lgs. n. 105/2015 sul controllo del periodo di incidenti rilevanti connessi a sostanze pericolose o, ancora, il d. lgs. n. 46/2014 sulle emissioni industriali e il d. lgs. n. 49/2014 sui rifiuti da apparecchiature elettriche e elettroniche, ecc.

estremamente delicati che, in molteplici occasioni, rischiano di diventare addirittura improbi, a maggior ragione laddove le spinte ordinamentali risultano tanto forti quanto tra loro divergenti.

Così, per restare al tema ambientale, in che modo e soprattutto con quali strumenti il pubblico funzionario –in specie quello di uno dei tantissimi piccoli comuni che connotano la realtà ordinamentale italiana- può abitualmente contemperare in maniera lecita, ma soprattutto efficiente, il fondamentale principio comunitario di precauzione con quello costituzionale, e quasi sempre incompatibile col primo, della libertà di iniziativa economica?⁴¹

O, ancora, in materia di appalti pubblici, come può quello stesso pubblico funzionario valutare criticamente l'adeguatezza o meno al principio dell'equa retribuzione (sancito dall'art. 36 della Costituzione) del trattamento salariale previsto da uno dei tanti contratti collettivi nazionali da individuarsi in sede prodromica ad ogni gara pubblica di servizi ad alta intensità di manodopera ai fini della determinazione del prezzo a base d'asta?⁴²

Ulteriormente, sempre restando al tema dell'oggettivo aggravio degli oneri interpretativi posti a carico dei pubblici agenti in epoca successiva all'inizio degli anni '90, come può sottovalutarsi l'impatto del consolidamento del principio giurisprudenziale⁴³ secondo il quale non solo i giudici nazionali, ma anche le singole pubbliche amministrazioni, comprese quelle di livello locale, dei singoli Stati aderenti all'Unione europea sono tenute in prima persona a dare attuazione al principio della primazia del diritto eurounitario, disapplicando –senza dover attendere l'intervento giudiziale- le norme del diritto interno confliggenti non soltanto con i regolamenti, ma pure le direttive comunitarie, i cui principi immediatamente vincolanti siano stati preventivamente delineati dalla Corte di Giustizia?

Questo, giusto per portare null'altro che meri accenni ad un insieme sterminato di nodi interpretativi inestricabili per quello che potremmo definire "l'agente medio". Al quale tuttavia, in molti pretendono di continuare ad addossare – immutata - anche una responsabilità erariale

⁴¹ A titolo puramente esemplificativo, si veda il travagliatissimo iter amministrativo, normativo e, quindi, giurisprudenziale che ha portato alla pronuncia della Corte di Giustizia del 25 giugno 2024 nella causa C-626/22, C.Z. e altri contro Ilva S.p.A. in Amministrazione Straordinaria e altri.

⁴² Si veda, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, sent. n. 2830/2023 (non appellata) che addossa in capo all'amministrazione aggiudicatrice l'onere di valutare e, se del caso, di sindacare direttamente il CCNL di lavoro proposto al fine di accertare, con atto motivato, che il livello stipendiale proposto sia conforme all'art. 36 Cost. in quanto norma costituzionale di applicazione immediata e diretta. In talo modo, non solo i giudici del lavoro, ma anche la stessa P.A. risulta gravata di un impegno istruttorio e valutativo potenzialmente abnorme, non possedendo –a differenza dei primi- gli strumenti e le competenze specialistiche di settore per garantire una adeguata ponderazione comportante significativi riflessi in sede di gara pubblica.

⁴³ Principi definitivamente affermatasi con le pronunce nn. 17 e 18/2021 dell'Adunanza plenaria, in tema di obbligatorio ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni afferenti al demanio marittimo con finalità turistico-ricreative, in ossequio alla Direttiva Servizi 2006/123, volta alla rimozione degli ostacoli frapposti dalle singole normative nazionali alla piena realizzazione del mercato interno dei servizi. Per un approfondimento di inquadramento costituzionale dell'intervento del Consiglio di Stato con le sentenze in oggetto, si segnala M. T. STILE: «*L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime, tra diritto dell'Unione e normativa nazionale de iure condendo*», NOMOS 1-2022, pagine 459 e seguenti.

calibrata su standards oramai superati, a meno di non confidare con nel potere salvifico di *idola* tecnologici, nei decenni dimostratisi (ove ve ne fosse stato bisogno...) per quello che sono, ossia meri strumenti tutt'altro che intrinsecamente risolutivi, che si tratti (nel recente passato) della digitalizzazione di turno oppure (ai giorni nostri) dell'avvento della c.d. intelligenza artificiale.

Non è quindi un'opinione, bensì un dato di fatto la vorticoso quanto crescente complicazione del quadro giuridico, normativo, economico e fattuale con cui –oggi molto più che decenni addietro- il pubblico agente deve con sempre maggiore frequenza misurarsi, partendo peraltro da una situazione di, altrettanto oggettiva, inadeguatezza intrinseca e strutturale della dotazione messa a disposizione della macchina amministrativa.

È pertanto un assioma –e non un postulato- quello evidenziato dalla sentenza n. 132/2024 laddove la Corte ha sancito (e non ipotizzato) la necessità -qui più volte richiamata- di ricercare un nuovo punto di equilibrio che riduca la quantità di rischio gravante sull'agente pubblico, così da evitare un altrimenti difficilmente evitabile disincentivo all'azione (amministrativa).

Ciò non significa, naturalmente, che il dispiego simultaneo e invero poco o nulla calibrato degli accorgimenti allo stato messi in campo dal “d.d.l. Foti”⁴⁴ equivalgano *ex se* ad un nuovo e valido approdo in grado di coniugare le esigenze di funzionalità della P.A. necessarie alla efficiente attuazione degli obiettivi di ripresa economica sottesi al PNRR e la imprescindibile tutela della legittimità dell'azione amministrativa e della collettività riguardo all'impiego di risorse pubbliche.

Anzi, la previsione all'interno del progetto riformatore *de quo* di misure quali, in particolare, l'anticipazione –con efficacia esimente- dell'intervento consultivo della Corte dei conti a tutta la filiera di atti conseguenti a quello oggetto di verifica, a maggior ragione ove estesa a fattispecie concrete anziché astratte, sembra delineare un irragionevole e pericoloso spostamento della ricerca del più volte citato nuovo “punto di equilibrio” nella direzione opposta, rappresentata dalla eccessiva ed ingiustificata deresponsabilizzazione del pubblico agente.

Come già rilevato, quello che la Corte costituzionale ha ritenuto non essere più praticabile è invece la negazione del mutato contesto entro cui si esplica l'*agere* amministrativo che, al di là della (pur protratta⁴⁵) contingenza della fase pandemica e del successivo tentativo di ripresa economica e, quindi, della a chiare lettere evidenziata impraticabilità di una limitazione –a regime- della responsabilità contabile alla sola ricorrenza dell'elemento soggettivo doloso, dovrà condurre ad una qualche forma di imprescindibile alleggerimento della posizione dei firmatari degli atti amministrativi.

⁴⁴ V. *supra*, nota 21.

⁴⁵ Sul punto, pare difficilmente controvertibile che la proroga di soli quattro mesi al regime transitorio del d.l. 76/2020 introdotta dall'ultimo decreto c.d. Milleproroghe infici la già riconosciuta legittimità costituzionale del provvisorio scudo erariale, a maggior ragione considerata l'espressa finalizzazione di detta proroga al perfezionamento del processo di riforma legislativa in atto.

Il problema che si pone innanzi al legislatore è quindi quello di scegliere e tarare con estrema attenzione alcuni degli interventi ipotizzati, dovendosi al contempo escludere la fondatezza della tesi che vedrebbe nella sentenza n. 132/2024 una sorta di “avallo costituzionale preventivo” (poco opportunamente) fornito da una Consulta “legislatrice” al d.d.l. Foti.

È palese che una cosa è il richiamo ad una congerie indefinita di possibili linee di intervento, a sua volta declinabile in una molteplicità altrettanto indefinita di meccanismi e sfumature applicative; tutt'altra cosa è la tenuta costituzionale della riforma che ne scaturisce, la quale non potrà certo derivare da un disorganico e controproducente dispiego di mezzi di deresponsabilizzazione del pubblico agente, bensì soltanto dall'effettivo approdo a quel nuovo punto di equilibrio tanto efficacemente evocato dalla Corte costituzionale, coerentemente – quindi- con i principi sanciti dagli artt. 97, 98, comma 1 e 101 della Carta.

Approdo, peraltro, verosimilmente avvicinabile già attraverso il combinato disposto dell'introduzione di adeguate forme di assicurazione obbligatoria e di ragionata tipizzazione delle ipotesi di colpa grave, sul solco, rispettivamente, dei commi 4 e 3 dell'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, se del caso⁴⁶ con parallelo adeguamento dell'art. 3, co. 59 della l. n. 244/2007 in tema di generale divieto assicurativo dell'ente pubblico in favore dei propri amministratori, ed entro il perimetro del principio di responsabilità sancito dall'art. 28 della Costituzione.

Il tutto, magari, coadiuvato da un ripensamento del ruolo complessivo del giudice contabile che, pur non pregiudicandone la terzietà e riconoscendone un indispensabile potenziamento di organico e di mezzi, consenta di incrementarne l'apporto e l'efficacia consultiva in sede procedimentale, in ogni caso senza degenerare in una indiretta pretesa di impunità da parte dei soggetti pubblici che a tale apporto consulenziale attingono.

Misure, queste, che invero difficilmente potrebbero essere tacciate di costituire minaccia alla funzione deterrente della responsabilità erariale, ovvero di intaccare la soglia di professionalità ed impegno necessariamente sottesi all'azione amministrativa, dato atto, ad esempio in riferimento all'obbligo assicurativo, della inesistenza di un simile effetto indiretto e negativo sulla preparazione o la competenza dei liberi professionisti, pacificamente forniti di analoga copertura.

Al contempo, ove declinati in maniera sintonica con i principi costituzionali sottesi all'azione amministrativa, tali interventi normativi potrebbero realmente contribuire a liberare almeno in parte l'azione dei pubblici funzionari dall'oggettivo timore di agire e contribuire ad innescare quel circolo virtuoso da più parti evocato, che conduca ad una più effettiva attuazione del modello di amministrazione di risultato.

Certo, non da soli.

⁴⁶ Si vedano in punto le due tesi ermeneutiche opposte indicate, rispettivamente, da Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 145/2024/PAR dell'11 settembre 2024 e da Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 241/2024/PAR.

Uno snodo ben più centrale in materia è senza dubbio rappresentato, a monte rispetto alla questione della responsabilità contabile, dalla (eufemisticamente) imperfetta attuazione del principio di separazione tra politica e attività gestionale nella pubblica amministrazione.

La complessità del tema è tale da non poter essere qui ripercorsi gli sviluppi della legislazione a partire dal d. lgs. n. 29/1993, passando per il d. lgs. 80/1998 e, successivamente per il d. lgs. 150/2001, poi novellato dal d. lgs. 150/2009⁴⁷.

Senza trascurare peraltro i numerosi arresti della Corte costituzionale intervenuti in punto tra il 2007⁴⁸ ed il 2013, ci si limita quindi a richiamare uno degli aspetti focali della questione, costituito dalla risalente opera di “controriforma” già attuata, a solo pochi anni di distanza dall’avvento del succitato d. lgs. 29/1993 (che tale principio aveva positivizzato), attraverso le riforme del 1997/98; attraverso esse la politica, dopo aver perduto i poteri di gestione amministrativa, ha ritenuto non essere più sufficienti, al fine di esercitare il controllo democratico dell’amministrazione, i soli strumenti della legge e della direttiva, assegnandosi –in “compensazione” della precedente sottrazione di poteri- una “*estensione dei poteri di patronato politico nelle nomine e negli incarichi amministrativi*”⁴⁹, attraverso una relazione fiduciaria tra politica ed amministrazione, “*estendendo (a livello statale, n.d.a.) l’area «funzionari politici» e, soprattutto, rendendo assai più sfumata la distinzione fra tali funzionari, che coadiuvano gli organi di indirizzo politico, e i «funzionari amministrativi», titolari dei compiti di gestione*”⁵⁰.

Relazione fiduciaria che ha trovato poi la sua manifestazione più palese e significativa nello *spoils-system* applicato dal legislatore agli incarichi dirigenziali.

E dunque, come opportunamente rilevato dallo stesso Presidente della sezione regionale di controllo per il Piemonte nella memoria depositata ai lavori parlamentari sul “d.d.l. Foti” (*supra* citata⁵¹), si è così instaurato un modello di rapporti politica/amministrazione palesemente

⁴⁷ Per una esaustiva e sapiente rilettura critica di quella fase riformatrice (e controriformatrice) si rimanda a S. BATTINI, “*Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*”, approfondimento di una lezione tenuta dall’autore a Bologna nel febbraio del 2011, nell’ambito del corso monografico su «Il nuovo assetto del pubblico impiego a due anni dalla «riforma Brunetta»», organizzato dalla Scuola di specializzazione in studi sull’amministrazione pubblica (SP.I.S.A), www.IRPA.eu il 27/02/2012.

⁴⁸ V. sentenze nn. 103 e 104/2007, 390/2008, 161/2008, 390/2008, per giungere alla sentenza n. 81/2013, nella quale viene conclusivamente rilevato come “*La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, quindi, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell’art. 97 Cost. L’individuazione dell’esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell’organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell’identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l’imparzialità della pubblica amministrazione*” (p.to 3.2 della parte motiva).

⁴⁹ Sul punto, anche V. GASPARINI CASARI, “*La dirigenza pubblica nel rapporto fra politica e amministrazione*”, in *Dir. econ.*, n. 3/4, 2009, 543 e ss.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Si veda nota n. 23.

incongruente –se non addirittura incompatibile- con il disegno riformatore dell’amministrazione di risultato.

La conseguenza non adeguatamente sottolineata ad avviso di chi scrive è che, in tal modo, la sfera politica si è posta nelle condizioni di tenere “sotto scacco” una dirigenza schiacciata (e, ovviamente, talora complice interessata...), da un lato, tra frequenti ingerenze dei titolari degli organi elettivi assai eccedenti il potere di direttiva e, dall’altro, forme pervasive di responsabilità –per quanto qui più interessa, quella erariale- tarate tuttavia attraverso una sottovalutazione di fondo di tali effettivi rapporti di forza.

Così, focalizzandoci di nuovo sul solo profilo erariale, si è giunti ad una pericolosa asimmetria tra il grado e l’intensità della responsabilità addossata ai dirigenti, chiamati a rispondere principalmente in base ad una non tipizzata colpa grave, e gli amministratori politici, beneficiari di una esimente⁵² che, al di là delle rassicurazioni della giurisprudenza contabile⁵³, nonché delle astrattamente condivisibili ragioni che altrettanto astrattamente ne potrebbero giustificare la previsione, li pone ragionevolmente al sicuro, almeno laddove costoro abbiano l’accortezza di trincerarsi –almeno formalmente- dietro la “complessità tecnica”, *ipso facto* di pertinenza prettamente dirigenziale, delle questioni sottese all’attività amministrativa poi oggetto di indagine.

Sotto altro aspetto, non devono peraltro suscitare eccessivo scalpore le modalità procedurali ed espressive utilizzate dalla Consulta al punto 11 della parte motiva della sentenza in commento, dove, rivolgendosi al legislatore, ha esercitato una funzione propulsiva e sollecitatoria nient’affatto (letteralmente) inaudita.

Come ricorda infatti attenta –ancorché risalente- dottrina, l’utilizzo del potere monitorio da parte del giudice delle leggi risale addirittura al suo primo anno di attività⁵⁴ e si estrinseca in “*quel tipo di pronuncia in cui la Corte, nel raccogliere o respingere una questione di legittimità costituzionale, viene ad indicare al legislatore i criteri da tenere presenti nel procedere ad una nuova o, a seconda dei casi, più corretta formulazione legislativa*”⁵⁵.

In punto, merita semmai ricordare come il ricorso a tale tipologia di sollecitazioni, indubbiamente “*afferente ad uno degli aspetti più delicati ed insidiosi del rapporto Corte-Parlamento*”⁵⁶, tragga costantemente spunto dai frequenti periodi di *impasse* –quando non

⁵² Sancita dall’art. 1, comma 1-ter della legge n. 20/1994, a mente del quale “Nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole. *Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l’esecuzione*”.

⁵³ Cfr. *ex multis*, Corte dei conti sez. giur. Regione Calabria, sent. n. 256/2020; sez. giur. Regione Sicilia, sent. n. 157/2020.

⁵⁴ Cfr., ad esempio, sentenze nn. 1, 2 ed 8 del 1956.

⁵⁵ M.C. GRISOLIA, “*Alcune osservazioni sulle “sentenze comandamento” ovvero il potere monitorio della Corte costituzionale*”, in *Giur. Cost.*, 1982, 826 e ss.

⁵⁶ *Idem*.

addirittura di assenza- in cui lo stesso legislatore periodicamente è incorso, in particolare laddove egli sia stato chiamato a disciplinare questioni di particolare delicatezza e sulle quali non si è cristallizzato un consenso politico e/o sociale sufficientemente coeso (così, decenni addietro, in tema di uso processuale delle intercettazioni telefoniche, di riforma del servizio radiotelevisivo, di aborto, ecc.).

Senza poterci dilungare oltre su di un tema di tale complessità, ma dato atto peraltro della assoluta legittimità di siffatte pronunce, in quanto storicamente espressione della piena giurisdizione costituzionale “*che non è (o non è più) semplice giurisdizione caducatoria o di annullamento (...) ma che è destinata a concorrere alla elaborazione legislativa ed allo svolgimento dei fini e dei programmi costituzionali*”⁵⁷, si ritiene che l’attenzione dei commentatori dovrebbe semmai più opportunamente spostarsi sulle cause che hanno determinato la Corte costituzionale a reiterare un siffatto monito, a fronte di una sordità ed incapacità cronicizzate da parte del legislatore a recepire i mutamenti che hanno investito la società e l’ordinamento giuridico ed a rimodulare conseguentemente i contorni della responsabilità contabile.

5. Considerazioni conclusive.

Come visto, pur nel limitato e parzialissimo esame proposto in questo scritto, le letture date alla sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale sono risultate estremamente eterogenee.

Tuttavia, ciò che conclusivamente preme rilevare è che, anche nell’ambito del tema relativo alla responsabilità erariale, risulta macroscopico lo iato esistente tra il *dover essere*, oggetto dell’azione del potere giurisdizionale, e l’*essere*, inteso come concreta declinazione, in questo caso, dell’azione amministrativa, con tutte le carenze, imperfezioni, vulnerabilità ad essa sottese.

Sarebbe quindi auspicabile che quello “spirito di leale collaborazione tra le istituzioni” ubiquamente evocato fosse in grado, quantomeno, di partorire una piena presa di coscienza della intervenuta ed oggettiva profondità dei mutamenti del quadro normativo, ma prima ancora sociale, economico e politico, entro il quale i pubblici agenti sono quotidianamente chiamati ad operare. Ciò quale preconditione, non sufficiente, ma di certo necessaria, per l’attuazione di quel processo riformatore sollecitato dalla Corte costituzionale; confidando, al tempo stesso, che il legislatore sappia anche ritrovare la capacità di scrivere riforme realmente in grado di approdare alla determinazione di un nuovo e più attuale punto di equilibrio nella ripartizione dei rischi connessi all’azione amministrativa, di certo non rinvenibile nella cura di un eccesso di responsabilità con una ancor meno auspicabile deresponsabilizzazione dei pubblici agenti.

⁵⁷ Già F. MODUGNO in “*La Corte costituzionale italiana oggi*”, relazione svolta al convegno “*Venticinque anni di giustizia costituzionale*”, Cuneo-Torino, 11-13 giugno 1981.

queste istituzioni

**Avanti adagio. Quasi indietro.
Il “nuovo” reato di femminicidio
e i futuri scenari.**

Anna Lorenzetti

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Il “nuovo” reato di femminicidio e i futuri scenari.

di Anna Lorenzetti*

Sommario

1. Il femminicidio come “nuovo” reato. – 2. Le reazioni all’annuncio della modifica normativa e la polarizzazione del dibattito. Uno sguardo di insieme. – 3. Brevi cenni conclusivi.

Sintesi

Il documento esamina criticamente il disegno di legge recentemente presentato (ddl S 1433-XIX legislatura) che introduce nel codice penale il reato autonomo di femminicidio (art. 577-*bis* c.p.). Tale reato punisce con l’ergastolo l’uccisione di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l’esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l’espressione della sua personalità. Già dall’annuncio della proposta normativa, il dibattito dottrinale ha visto una contrapposizione tra chi ha voluto sottolineare il valore simbolico e culturale del nominare esplicitamente questa forma di violenza strutturale e chi ha invece rilevato le critiche per numerosi aspetti dubbi, tra cui l’indeterminatezza della fattispecie e il rischio di derive populiste, tali da porsi in tensione rispetto all’assetto costituzionale. Auspicando un dibattito vieppiù approfondito, che coinvolga esperti e società civile, non possono celarsi gli interrogativi che la nuova proposta solleva, nella necessità che all’azione repressiva si affianchino interventi educativi e culturali.

Abstract

The document analyzes Italy’s proposed bill S 1433, which introduces the crime of *femminicidio* (femicide) as a new autonomous offense under Article 577-bis of the Italian Penal Code. This provision punishes with life imprisonment the killing of a woman when motivated by gender-based hatred or an intent to suppress her rights or freedoms. The proposal sparked polarized reactions: supporters highlight the symbolic power of naming gendered violence and aligning legal language with social reality, while critics question the legal clarity, constitutionality, and necessity of a new crime for behavior already punishable under aggravated homicide. Concerns include potential populist misuse, lack of deterrent effect, and insufficient focus on prevention. The proposal is seen as politically driven and legally fragile, raising broader issues about the role of criminal law in addressing structural violence and the balance between punitive responses and broader social change. The debate urges a cautious, informed legislative process involving both legal experts and civil society stakeholders.

Parole chiave

Femminicidio; Violenza di genere; Ergastolo; Populismo penale; Principio di uguaglianza.

Keywords

Femicide; Gender-based violence; Life imprisonment; Penal populism; Principle of equality.

* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bergamo.

1. Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:
 a) dopo l'articolo 577, è inserito il seguente:

«Articolo 577-bis (*Femminicidio*)

Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità, è punito con l'ergastolo»¹

1. Il femminicidio come “nuovo” reato.

Il primo trimestre dell'anno 2025 è stato caratterizzato da una importante novità normativa, o meglio dall'annuncio di una (forse imminente) modifica normativa proposta nella forma di un disegno di legge volto a rafforzare gli strumenti di contrasto alla violenza di genere (ddl S 1433, XIX legislatura). Stando al comunicato stampa del Consiglio dei ministri, l'intervento è infatti volto a comporre una strategia utile a «rispondere alle esigenze di tutela contro il fenomeno di drammatica attualità delle condotte e manifestazioni di prevaricazione e violenza commesse nei confronti delle donne».

Tra le numerose novità che questa proposta contiene², quella che certamente merita maggiore attenzione è il conio di un reato “di genere”, ossia il femminicidio tema già da tempo all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sia sul piano interno, sia sul piano sovranazionale³. Questo verrebbe introdotto come fattispecie di reato autonoma, modificando il codice penale per punire «la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità» (art. 577-bis), prevedendosi una pena fissa e automatica, ossia l'ergastolo.

¹ Ddl S 1433 XIX legislatura. «Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime».

² In aggiunta al reato di femminicidio, il testo contiene una serie di poteri processuali riconosciuti alla vittima che può opporsi al patteggiamento, chiedendosi al giudice di motivare il mancato accoglimento di istanze punitive della persona offesa e al p.m. di ascoltare personalmente la vittima, senza delegare tale attività alla polizia giudiziaria; la vittima vede riconosciuto un potere anche di interlocuzione sulla gradazione o revoca delle misure cautelari (di cui si presume il carattere custodiale), oltre a una serie di diritti all'informazione nelle diverse fasi processuali, anche in fase di esecuzione della pena (v. le disposizioni su *Obblighi di comunicazione in favore della persona offesa; Ulteriori informazioni alla persona offesa*). Una serie di ulteriori disposizioni hanno poi dettato accelerazioni dei tempi sempre orientate a una maggiore tutela della vittima, pure prevedendosi attività formativa per tutti gli operatori coinvolti (*Rafforzamento degli obblighi formativi in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*), e in particolare dei magistrati.

³ B. SPINELLI, *Femminicidio: dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2008; E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, Napoli, Ed. scientifica, 2017; F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, Giappichelli, 2018; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, Napoli, Esi, 2016.

La scelta del legislatore sembrerebbe dunque direzionata verso una tutela espressa del bene della vita di una donna “in quanto donna”, con una fattispecie autonoma di reato in luogo della circostanza aggravante già presente o specifica che la dottrina aveva proposto⁴. La disposizione non precisa invece il genere dell’autore che può essere *chiunque*.

Quanto agli aspetti lessicali, la scelta è andata a privilegiare la traduzione italiana del termine spagnolo femminicidio, coniato nel contesto di una drammatica vicenda di violenze sistematiche agite contro le donne in Messico, con la connivenza della pubblica autorità; tale aspetto è stato letto come espressione di una forse non piena consapevolezza dell’articolato dibattito attorno alle parole con cui si descrive la violenza⁵. Peraltro, come ha ricordato Massimo Donini⁶, molto diversi sono i numeri del fenomeno nel contesto in cui era emerso il bisogno di nominare una condotta specifica, come attestato dall’organismo ONU ECLAC-Commissione Economica per l’America latina e i Caraibi che, nell’anno 2023, ha conteggiato una media di ben 11 donne al giorno assassinate per motivi basati sul genere.

2. Le reazioni all’annuncio della modifica normativa e la polarizzazione del dibattito. Uno sguardo di insieme.

All’indomani dell’annuncio della nuova fattispecie di reato, le posizioni dei primi commentatori si sono immediatamente polarizzate fra contrari e favorevoli. Consapevoli del rischio di scivolare verso una schematizzazione banalizzante, può riconoscersi come i favorevoli hanno da subito valorizzato l’aspetto semantico dell’aver espressamente nominato una condotta specifica e il potere delle parole di modificare il pensiero e la cultura. Secondo tale posizione, l’introduzione del nuovo reato «imporrà al nostro Paese, sia in ambito istituzionale che in ambito culturale e associativo, di misurarsi con che cos’è il femminicidio [... con] la definizione di un nuovo reato, con un movente e con dei parametri che ad oggi nel codice penale non abbiamo», riconoscendo così «un movente legato alla disparità di potere che esiste tra donne e uomini e all’esercizio di un potere degli uomini nei confronti delle donne». A conforto dell’importanza delle parole, è stata richiamata l’introduzione del reato di associazione di tipo mafioso *ex art. 416-bis*⁷. Proprio per il

⁴ A. MASSARO, *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *Genius*, 2025, pp. 1 ss.

⁵ M. VIRGILIO, *Reato di femminicidio, partiamo dalle parole*, <https://centroriformastato.it/reato-di-femminicidio-partiamo-dalle-parole/>, 21 marzo 2025.

⁶ M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c’è già*, in *Sistema Penale*, 18 marzo 2025.

⁷ Così, v. l’intervista di F. Fiorani alla magistrata Paola Di Nicola Travaglini, *Femminicidio, un delitto contro la libertà femminile*, in <https://www.collettiva.it/copertine/italia/dll-femminicidio-un-delitto-contro-la-liberta-femminile-lfzsmym8>. Secondo F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, in *Sistema penale*, 2 Aprile 2025, nel richiamare il *Libro bianco per la formazione sulla violenza contro le donne*, curato dal Comitato Tecnico Scientifico dell’Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica istituito presso il Dipartimento per le pari opportunità, riconosce come l’attribuzione di *un nome* e di una definizione consentirebbe «di acquisire la necessaria consapevolezza per contrastarla sotto il profilo penale e anche sociale e culturale consentendo

cambiamento che potrebbe innescare una declinazione di genere del diritto penale, la proposta è stata così plaudita da parte dell'associazionismo femminista e da parte della dottrina, anche in ragione del superamento della dizione codicistica che letteralmente riferisce l'omicidio all'uccisione di un *uomo* (art. 575 c.p.)⁸.

Sempre dalla prospettiva che condivide l'introduzione della nuova fattispecie, si è argomentato nei termini «del valore del bene giuridico violato di particolare rilievo nel contesto costituzionale e soprattutto sovranazionale (spesso ignorato o sottovalutato in questo settore, ma richiamato frequentemente in altri), alla luce della diffusione del fenomeno della violenza nei confronti delle donne e alla doverosa azione di contrasto dello Stato»⁹. Una ulteriore argomentazione ha rilevato come la nuova condotta consentirebbe di proseguire il percorso di modernizzazione del Codice penale, adeguandolo alla Costituzione e alle fonti sovranazionali in tema di discriminazione delle donne e la violenza ai loro danni, riconoscendosi la “donna” in quanto donna «come soggetto di diritto che va tutelato proprio in ragione del suo sesso e degli effetti derivanti dall'azione di sopraffazione o, comunque, di limitazione della sua libertà, fino a “sanzionarla” con la morte»¹⁰.

Quanto alle posizioni contrarie alla introduzione di una nuova condotta, non è possibile una *reductio ad unicum* poiché tra loro contrastanti. In generale, la contrarietà si è incentrata sull'essere una normativa non necessaria poiché volta a punire una condotta già considerata reato e tale da essere punita con l'ergastolo nei casi di condotta aggravata¹¹ e facendo leva sui dubbi

quell'interscambio di saperi che costituisce una ricchezza per tutti gli operatori del diritto, indipendentemente dal ruolo ricoperto, e per gli studiosi del fenomeno».

⁸ I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne: diritto penale e giustizia tra conflitto simbolico e responsabilità politica*, in *giustiziainsieme.it*, 4 aprile 2025, disponibile al link: <https://www.giustiziainsieme.it/it/violenza-di-genere/3455-nominare-la-violenza-maschile-contro-le-donne-diritto-penale-e-giustizia-ilaria-boiano>.

⁹ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., che richiama la Convenzione di Istanbul del 2011; la direttiva UE 2024/1385 (il cui Considerando 9, precisa che «Nella definizione di violenza contro le donne rientrano infine alcuni reati previsti dagli ordinamenti nazionali. Si pensi ad esempio al femminicidio, allo stupro...»); la CEDAW che, nel rapporto del 19 febbraio 2024 sull'Italia, aveva rilevato «con preoccupazione... Che il femminicidio non è definito come un reato specifico», raccomandando di «Modificare il Codice penale per criminalizzare specificamente il femminicidio»; alcune pronunce del giudice delle leggi (Corte cost. 19/2023 e 174/2024) e della Corte di Cassazione (Cass. Pen., Sez. I, 1° febbraio 2021, n. 21097) che avevano rilevato l'importanza del contrasto al fenomeno caratterizzato dall'essere espressione di un dominio violento sulle donne. V. anche il documento elaborato dalla (uomini nel 90 per cento dei casi) vanno a processo? La Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio del Senato, *Femminicidio Vittime e carnefici in Italia: la prima mappa italiana della violenza sulle donne (e i loro aggressori)*, Marzo 2018, disponibile al link: <https://www.senato.it/4746?dossier=2310>, secondo cui «Il riconoscimento di un reato specifico di femminicidio avrebbe però una importante valenza sul piano culturale» (p. 16). Sul punto, v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il ddl sul femminicidio ha un valore epocale*, in *Micromega/net*, 21 marzo 2025.

¹⁰ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.

¹¹ Massimo Donini ha infatti contestato il carattere di novità, posto che il femminicidio è già reato ed è sanzionato con l'ergastolo quando l'omicidio sia aggravato se il fatto venga commesso in occasione di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), lesioni con deformazioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.), atti di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), con minorenni (art. 609-*quater* c.p.) e di gruppo (art. 600-*octies* c.p.) o dall'autore di *stalking*

circa la indeterminatezza della fattispecie, circa i profili di lesione della legittimità formale in termini di tassatività e precisione, nonché quanto alla tensione rispetto al principio di legalità di una condotta così genericamente descritta¹². Proprio la tipizzazione del reato a fronte dell'assenza di specificità del bene giuridico tutelato è stata criticata in ragione della diversa tutela del genere del bene vita e posto altresì che in via tendenziale ogni omicidio non colposo è animato dall'intento di «reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità»; dubbi vi sono altresì sulla non tassatività degli elementi costitutivi del reato e circa la materialità della condotta, nonché da ultimo per l'inasprimento non motivato dalla non adeguatezza della pena già prevista nel caso in cui l'omicidio sia aggravato in caso di *stalking* a danno della medesima vittima (art. 576, n. 5.1, c.p.) oppure se la vittima sia il coniuge, anche legalmente separato, o il partner dell'unione civile o la persona convivente con il colpevole o a lui legata da relazione affettiva (art. 577, n. 1, c.p.)¹³.

La miglior dottrina ha in particolare evidenziato il rischio di «manipolabilità applicativa... tale da esigere di entrare nella mente e nella psiche dell'omicida oltre i limiti naturali e giuridici del diritto processuale penale»¹⁴, rilevandosi come la riforma selezioni requisiti che presentano una assoluta normalità e che dunque non caratterizzano neppure il fatto di quella gravità criminologica che potrebbe giustificare una sua introduzione¹⁵. Questa dottrina ha stigmatizzato inoltre l'«estensione simbolico-repressiva del diritto penale populista quale dimensione ordinaria della politica governativa», in linea peraltro con quel populismo penale già oggetto di serrate critiche¹⁶. Si è così definita questa operazione come l'espressione di «una sottocultura dominante antiumanista: il vero utilizzo dell'uomo (anche se delinque) come mezzo e non come fine», criticandosi la nuova fattispecie quale «delitto populista e simbolico» senza una base criminologica adeguata nella realtà nazionale, tale da differenziare ingiustamente tra i generi e aggravare, senza nessuna necessità pene già elevatissime, dunque quale «espressione di un populismo penale di pura propaganda, che dissimula un antiumanesimo legislativo»¹⁷.

(art. 612-*bis* c.p.) nei confronti della medesima persona, senza peraltro differenziare in ragione del genere e ponendosi come «diritto non certo mite, ma neppure indeterminato e ciecamente repressivo». V. M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.

¹² V. per tutti, M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.

¹³ A. PUGIOTTO, *La mimosa all'occhiello del populismo penale*, *L'Unità*, 14 marzo 2025.

¹⁴ M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.; *contra*, F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., secondo cui non si tratta di indagare le ragioni interiori che spingono l'autore del reato, ma di operare piuttosto «una valutazione della condotta e del contesto discriminatorio e diseguale in cui questa avviene».

¹⁵ M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit. In senso nettamente opposto, va invece la relazione di accompagnamento al ddl che si riferisce «all'estrema urgenza criminologica».

¹⁶ V. almeno M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019. In senso contrario, v. invece I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit., che nega che sia populismo penale.

¹⁷ M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.

Ci si è poi riferito con espressioni assai forti nei termini di una «follia collettiva» sostenuta da un «sostanziale unanimità dei consensi» e «di devastante impatto costituzionale» per la lesione dell'uguaglianza rispetto al caso speculare di quando sia una donna a uccidere il marito in quanto uomo¹⁸, in assenza di una maggiore capacità di prevenzione della pena, peraltro a fronte di un drastico ridimensionamento della discrezionalità giudiziale nella fase della commisurazione e di una serie di strettoie presuntive per l'accesso ai benefici penitenziari¹⁹. Ancora si è parlato di una normativa animata dal «panpenalismo rancoroso e dalla negromanzia inquisitoria», quale «macabro salto verso la vendetta privata di genere» e «apoteosi del più ottuso e becero giustizialismo»²⁰, dubitando della sua costituzionalità «a partire dal principio di uguaglianza»²¹.

Molto forte la contrarietà manifestata da chi ha parlato di una mimosa o di una polpetta avvelenata²², anche in ragione della data di presentazione, ossia l'otto marzo 2025, giornata internazionale della donna, aspetto che ha marcato ancor più il significato simbolico. Le contestazioni hanno in particolare riguardato il totale schiacciamento della reazione ordinamentale sulla sola punizione e sanzione, «puntando sul fattore lessicale invece che sulla effettività» e assecondando «una opzione di politica criminale solo simbolica, che cioè strumentalizza le valenze simboliche del diritto penale in chiave di pretesa rassicurazione collettiva», nella forma leggi-manifesto e di cd. populismo punitivo²³, con un uso distorto dello strumento penale per finalità di consenso politico. Peraltro, questa posizione ha contestato il carattere misogino delle contrarietà a strumenti di contrasto alla violenza contro le donne basata sul genere, non rilevandosi analoga contrarietà all'introduzione di nuovi reati non di genere²⁴.

Il forte sdegno di parte dei commentatori è giunto fino a invocare l'intervento dell'Associazione dei professori di diritto penale²⁵ per contrastare l'introduzione di questo nuovo reato, mentre sono da evidenziare le reazioni praticamente nulle da parte della politica nella difficoltà di riflettere attorno a un tema che effettivamente chiede interventi e la blanda

¹⁸ D. CAIAZZA, *La Costituzione oltraggiata*, in *PQM-Il Riformista*, nr. 59, 15 marzo 2025, 1.

¹⁹ L. ZILLETTI, *Il diritto penale estremo, intervista a Fausto Giunta*, in *PQM-Il Riformista*, nr. 59, 15 marzo 2025, 2.

²⁰ O. MAZZA, *Vendetta privata di genere*, in *PQM-Il Riformista*, nr. 59, 15 marzo 2025, 2.

²¹ S. VIVIANI, *Il reato di femminicidio: una deriva simbolica e incostituzionale*, in *PQM-Il Riformista*, nr. 59, 15 marzo 2025.

²² Rispettivamente A. MATTEUCCI, *Una mimosa avvelenata*, in *PQM-Il Riformista*, nr. 59, 15 marzo 2025, 3, e M. VIRGILIO, «Nominare il femminicidio. Non in nostro nome», in *Studi sulla questione criminale online*, 2025, al link <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2025/03/10/nominare-il-femminicidio-non-in-nostro-nome/>. Critica su questo I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit.

²³ M. VIRGILIO, *Reato di femminicidio, partiamo dalle parole*, cit.

²⁴ Anche Francesco Menditto rileva ad esempio come rispetto alle altre fattispecie di nuovo conio (art. 633-bis c.p. relativo al cd. *Rave party* o l'imminente nuovo reato di resistenza passiva) non analoghe sono state le critiche rispetto alla «deriva populistica» F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.; similmente, I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit.

²⁵ G. FIANDACA, *Cari prof. di Diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, dalle pagine de *Il Foglio*, 13 marzo e disponibile in *Sistema penale*.

contrarietà dell'ANM (Associazione nazionale magistrati), non tanto quanto al contenuto, quanto piuttosto rispetto all'aumento del carico di lavoro soprattutto sulle Procure che saranno pesantemente interessate sul piano organizzativo e operativo.

3. Brevi cenni conclusivi.

Rinviando a commenti più strutturati un'analisi puntuale della nuova fattispecie, può però sin d'ora rilevarsi come la proposta di intervento normativo si presti a un'analisi in chiaro scuro.

Indubbiamente, sono molte le criticità cui la formulazione normativa si apre a partire dall'aver introdotto un reato – unico, eccezion fatta per le mutilazioni genitali femminili, art. 583-bis, e per le condotte in tema di interruzione di gravidanza (art. 593-ter c.p.) – *gender oriented*.

Se approvata nella forma raccolta dal ddl 1433, la nuova fattispecie sembra porre problemi di indeterminatezza e di tassatività e non pare probabile che vengano approvati emendamenti tali da ricondurre il reato entro le coordinate della legalità, in ragione dell'ampio consenso politico che attorno a esso si è formato.

A fronte di tali aspetti certamente critici, è però da rilevare positivamente come tale nuovo reato rappresenti l'esito di una evoluzione normativa sempre più attenta al tema della violenza contro le donne²⁶ e come fondamentale sia l'azione del nominare, che solleva così il velo di invisibilità che avvolgeva tale condotta, già entrata nel linguaggio, anche giuridico, italiano²⁷, ricordandosi tuttavia le perplessità di chi ritiene che non sia il «riconoscimento nominalistico» ad aggiungere forza alle tutele²⁸.

Nella prospettiva costituzionalistica, il tema chiama a gran voce una riflessione a partire dal principio di uguaglianza che pure richiede uno scrutinio rigoroso rispetto al sesso e al genere (art. 3 Cost.), palesando la difficoltà per il diritto penale di astrarsi dalla neutralità, fissando come necessario un determinato sesso dell'autore e della vittima.

²⁶ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.

²⁷ Come noto, “femminicidio” è stata individuata dalla Treccani “parola dell'anno” per il 2023. Secondo l'Accademia della Crusca, il femminicidio consiste nel «provocare la morte di una donna, bambina o adulta, da parte del proprio compagno, marito, padre o di un uomo qualsiasi, in conseguenza del mancato assoggettamento fisico o psicologico della vittima». Quanto all'ambito giuridico, è stato il formante giurisprudenziale a dare un maggior riconoscimento.

I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit., riconduce la diffusione del termine al «movimento delle donne che a partire dal 2009, in occasione dello Shadow report presentato al Comitato CEDAW per i trent'anni della convenzione Onu per l'eliminazione di ogni discriminazione nei confronti delle donne, si è mobilitato affinché la parola entrasse nel discorso pubblico, fino ad entrare ufficialmente anche nel dizionario della lingua italiana per indicare «qualsiasi forma di violenza esercitata sistematicamente sulle donne in nome di una sovrastruttura ideologica di matrice patriarcale, allo scopo di perpetuare la subordinazione e di annientare l'identità attraverso l'assoggettamento fisico o psicologico, fino alla schiavitù o alla morte» (Devoto, Oli, 2014)».

²⁸ M. VIRGILIO, *Reato di femminicidio, partiamo dalle parole*, cit.

Pure deve essere condiviso lo scetticismo quanto alla durezza della reazione repressiva, su cui già molte voci critiche si sono levate²⁹, respingendo i rischi di un femminismo punitivo, posto che al nuovo reato corrisponde una sanzione, l'ergastolo, certamente oltre i confini della tollerabilità costituzionale, poiché non porosa a quella duttilità che la Corte costituzionale già da tempo esige, in nome della finalità rieducativa della pena e peraltro tale da annullare qualunque margine decisionale alla magistratura.

La forza della nuova previsione si può forse rinvenire nel consentire a tutti gli operatori del diritto e a ogni livello, di riconoscere un fenomeno di drammatica attualità e approfondire le ragioni strutturali della specifica violenza contro le donne di cui si alimenta il femminicidio³⁰, anche se appare onestamente azzardato il paragone con l'associazione a delinquere di stampo mafioso. Tale spunto era peraltro riportato all'interno del *Libro bianco per la formazione sulla violenza contro le donne* del Dipartimento per le pari opportunità, in cui si auspicava che il femminicidio diventasse un delitto a sé, proprio richiamando l'approvazione dell'art. 416-bis, che diede un *nomen* a quel complesso fenomeno criminoso³¹.

A prescindere da ciò, è pure da rilevare come se l'azione del nominare ha un sicuro rilievo, anche per il coraggio che mostra³², la definizione raccolta dalla proposta normativa non dà conto dell'ampissimo dibattito politico, criminologico e giuridico sul tema, peraltro rimarcando una logica binaria³³ che difficilmente potrà essere superata durante l'*iter legis*³⁴.

E debole sembra pure l'attenzione rivolta alla prevenzione che aiuterebbe a diminuire i numeri della violenza, grazie a un'azione sul piano sociale e culturale, dovendosi prendere atto di come non possa riconoscersi un effetto deterrente nella disposizione annunciata che presenta più di un cono d'ombra sotto il profilo dell'efficacia e dell'effettività.

Pur trattandosi di un fenomeno di una certa gravità nel contesto italiano³⁵, forti sono le differenze con i paesi in cui la parola femminicidio ha trovato le proprie origini, in specie il

²⁹ M. VIRGILIO, "Nominare il femminicidio. Non in nostro nome", cit.

³⁰ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.; P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il ddl sul femminicidio ha un valore epocale*, cit.

³¹ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il ddl sul femminicidio ha un valore epocale*, cit.

³² I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit., che sottolinea «il coraggio stesso della parola (dal racconto tra le pari alla denuncia in senso tecnico, passando per la rivendicazione pubblica), che fa politica perché apre al mondo ciò che si ritiene debba, ancora, rimanere privato».

³³ M. VIRGILIO, "Nominare il femminicidio. Non in nostro nome", cit.

³⁴ Così ipotizza F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.

³⁵ M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit., richiama i dati della Direzione centrale della polizia criminale, Roma, 30 dicembre 2022, quanto agli omicidi. *Contra* F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., che pure condivide alcune criticità rilevate rispetto alla formulazione della nuova fattispecie, rileva la possibile fallacia dei dati statistici che, in ragione della varietà di classificazione del femminicidio, non possono essere letti in termini assoluti ma solo rispetto al numero di omicidi complessivi. A tal proposito, richiama come si siano stimati nel mondo circa il 17% di femminicidi sul totale degli omicidi volontari, trattandosi di una percentuale sovrapponibile all'Italia che nel 2024 registra una percentuale di circa il 20% di femminicidi sul totale degli omicidi volontari (99 omicidi di donne in ambito familiare/affettivo sul totale di 321 omicidi). Cfr. A. ALVAZZI DEL FRATE-M NOWAK, *Il femminicidio da una prospettiva globale Femicide in global perspective*, in *Rassegna*

Messico, con le note vicende di Ciudad Juárez, in cui realmente la spinta verso una consapevolezza pareva necessitare dell'intervento penale a fronte del quadro di patriarcato diversamente inscalfibile e pare per ciò assai forzato un riferimento così diretto.

È poi da rilevare la debole qualità del *drafting*, per quanto elevata è indubbiamente la difficoltà di scrittura di un testo che, seppure sorretto da una forte volontà politica, si presenta come complesso da formulare indenne da rilievi di costituzionalità.

In generale, sembrano restare sullo sfondo alcune questioni pure centrali, ad esempio quanto alla problematica lettura della sanzione penale come unica forma di reazione a un fenomeno certamente da contrastare e altrettanto certamente di drammatica attualità. La previsione dell'ergastolo come sanzione esclusiva a fronte di una condotta che era già punibile pone in tensione la finalità rieducativa della pena e dubbi possono sorgere anche rispetto alla finalità di prevenzione generale che nei casi di omicidi è certamente molto sfumata.

Nei mesi a venire, sarà dunque necessario verificare l'andamento dell'*iter legis* e come il disegno di legge risulterà a valle del passaggio nelle Commissioni e in Parlamento. È auspicabile non si tratti dell'ennesima occasione per constatare il venir meno della dialettica governo-parlamento ed è auspicabile pure che le stesse audizioni coinvolgano esperte ed esperti della materia, anche provenienti dal terzo settore e dall'associazionismo che più di ogni altro è in grado di contribuire al dibattito.

La stessa posizione che aveva plaudito all'ipotesi di introdurre il femminicidio ha auspicato una riflessione consapevole in particolare rispetto ai principi di tipicità e al principio costituzionale uguaglianza³⁶, dovendosi però problematizzare l'affermazione per cui «l'appartenenza al genere femminile rappresenta una caratteristica ben precisa che può giustificare una maggiore e diversificata tutela, anche alla luce del dato statistico dei femminicidi»³⁷.

Fin d'ora appare fondamentale alimentare il dibattito senza arroccarsi su posizioni preconcepite e ideologizzate che disconoscono, da una prospettiva, le fragilità della tenuta complessiva di un simile reato, i rischi a esso sottesi nei termini di violazione del principio di legalità e di uguaglianza, nonché quanto alla finalità rieducativa della pena, dall'altra l'importanza del nominare una condotta *gender specific*, per dare visibilità a quell'ordine simbolico storicamente assente.

È dunque l'importanza di rivendicare una lettura complessa della violenza di genere a doversi rimarcare, posto che «[n]on esistono soluzioni semplici a fenomeni strutturali», e

italiana di criminologia n., 3 del 2013, e il Report dell'8 marzo 2025 del Ministero dell'Interno, 8 marzo giornata internazionale della donna. Sul punto, v. la *Relazione sulla risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022.

³⁶ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.

³⁷ F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit.

ricordando come «il diritto, anche quello penale, svolge un ruolo che non è mai neutro. E non lo è neppure l'inerzia legislativa o istituzionale così come non lo è un generalizzato rifiuto di definire una condotta offensiva di beni costituzionalmente protetti»³⁸. La questione deve così confrontarsi sulla necessità e sulla ineludibilità di un intervento in sede penale, peraltro non bastevole³⁹, rimarcando l'importanza del supporto di ogni operatore per il contrasto alla violenza di genere.

Deve però dubitarsi che alla giurisprudenza possa assegnarsi il ruolo di definire in sede applicativa i confini di una condotta incerta nella sua formulazione⁴⁰, ciò in primo luogo in nome della separazione dei poteri e della primazia della legge, espressione del principio democratico; piuttosto, è la centralità della politica e del Parlamento a doversi rivendicare, quale sede di valutazione delle scelte legislative e di ponderazione delle opposte istanze⁴¹. Non sembrano valere a tal proposito i richiami ad altre fattispecie e ad altre vicende che semmai confermano e non smentiscono l'eccessivo ruolo svolto della giurisprudenza che, tanto più in ambito penale, va scongiurato laddove rischi di sfociare nella riscrittura delle fattispecie⁴².

La riflessione non potrà per ciò che essere collocata all'interno delle categorie del costituzionalismo contemporaneo, posto che a venire in causa è lo Stato di diritto per come risulta rispetto a una condotta che azzera qualsiasi pensabilità di alternative al carcere nella reazione al crimine e chiama in causa la separazione dei poteri e la primazia del Parlamento il cui ruolo e la cui voce vanno preservati anche rispetto alla legislazione in materia di violenza di genere.

Proprio attraverso il mantenimento della forza e del ruolo del Parlamento sarà così possibile presidiare un ambito che richiede cautela e attenzione nella ponderazione di tutti gli interessi in gioco, fermo restando che se l'eventuale intervento normativo non sarà accompagnato da parallele azioni istituzionali e dall'attivazione di più leve nel contrasto alla violenza di genere⁴³, il rischio è che alla nuova condotta criminosa non segua alcun cambiamento, né una riduzione del fenomeno.

³⁸ Secondo I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit., sarebbe importante riflettere sulle ragioni storiche, politiche, giuridiche per le quali ancora oggi l'art. 575 c.p. operi un espresso riferimento all'uomo e sul perché l'assenza di espresso riferimento alla donna non venga colta quale questione.

³⁹ I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne*, cit., riconosce che «il diritto penale non è il solo strumento da invocare, ma neppure può rimanere ideologicamente esente da riscrittura e nuova problematizzazione e, in particolare, non può restare campo minato che impedisce il pensiero ogni qualvolta siano le donne il soggetto di diritto cui sono riconducibili i beni giuridici di rango costituzionale che si assumono violati».

⁴⁰ Secondo F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit. «qualunque formulazione potrà essere criticata ... e... solo l'azione della giurisprudenza consentirà di delineare i principi applicativi e la tenuta costituzionale e sovranazionale».

⁴¹ Secondo F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., al contrario, «In ogni caso, la politica – generalmente unanime su questi temi, come sulla criminalità organizzata – non va lasciata nel ruolo di protagonista delle esigenze che emergono dal contesto sociale e dalla sua evoluzione e trovano pieno riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali».

⁴² F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., che richiama la questione rispetto all'art. 572 c.p. e alla l. n. 66/1996, *Norme contro la violenza sessuale*, rispetto a cui le perplessità furono superate dalla giurisprudenza.

⁴³ Ad es. M. VIRGILIO, «*Nominare il femminicidio. Non in nostro nome*», cit., fa riferimento alla creazione di osservatori istituzionali che possano supportare nell'ideazione di politiche pubbliche.

E dunque, prendendo a prestito il titolo di un bel romanzo di Giorgio Torelli, pare che la presentazione del ddl femminicidio sia l'ennesima occasione per cui vale l'adagio nautico, rivisitato, dell'avanti adagio, quasi indietro.

queste istituzioni

**Antropocene e Terra dei Fuochi:
prime note a margine della pronuncia
della Corte EDU**

Luigi Colella

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Antropocene e Terra dei Fuochi: prime note a margine della pronuncia della Corte EDU

di Luigi Colella*

Sintesi

L'articolo analizza la recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) che ha condannato l'Italia per l'omessa tutela dei cittadini campani esposti ai rischi ambientali nella "Terra dei Fuochi". La Corte ha rilevato che lo Stato non ha adottato misure adeguate nonostante fosse a conoscenza della grave situazione da anni. Viene evidenziata l'assenza di interventi tempestivi nella valutazione del rischio, nella bonifica dei suoli e nel monitoraggio sanitario. La sentenza richiama il principio di precauzione e impone nuove misure: una strategia coordinata, un sistema indipendente di valutazione e una piattaforma informativa aggiornata. L'analisi si estende al concetto di Antropocene e alla necessità di una rinnovata armonia tra tutela ambientale e sviluppo, in linea con la riforma dell'art. 9 della Costituzione. Il caso rappresenta un punto di svolta per il diritto penale ambientale e il ruolo dello Stato nella protezione dei diritti fondamentali.

Abstract

This article examines the recent judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR), which condemned Italy for failing to protect citizens exposed to environmental hazards in the "Terra dei Fuochi" area. The Court found that the Italian authorities had not taken appropriate and timely actions despite long-standing awareness of the environmental and health emergency. The ruling emphasized the precautionary principle, stating that the absence of scientific certainty does not exempt the State from its duty of protection. It calls for a comprehensive strategy, an independent monitoring mechanism, and a publicly accessible information platform. The analysis links this judgment to the broader context of the Anthropocene, underscoring the need for a renewed balance between human activity and environmental protection. The article also reflects on Italy's constitutional reform of 2022, highlighting the recognition of environmental protection as a fundamental principle. The case is seen as a landmark for environmental criminal law and public responsibility.

Parole chiave

Terra dei Fuochi; Corte EDU; Inquinamento ambientale; Principio di precauzione; Costituzionalismo ambientale.

Keywords

South Italy; ECtHR; Environmental pollution; Precautionary principle; Environmental constitutionalism

* Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Università della Campania "L. Vanvitelli".

La vicenda connessa all'emergenza rifiuti in Campania – già nota come crisi ambientale e sanitaria di portata storica nel panorama nazionale –, seppur lontana negli anni, non sembra ancora essersi conclusa. Quella emergenza¹ è ritornata di grande attualità a seguito della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che, lo scorso 30 gennaio 2025, ha condannato lo Stato italiano nel caso *Cannavacciuolo e altri c. Italia* (39742/14, 51567/14, 74208/14 e 24215/15).

Tale decisione si pone in linea di continuità con quanto disposto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-196/13 il 2 dicembre 2014, ossia con le pesanti sanzioni comminate all'Italia in ragione della presenza sul territorio nazionale di innumerevoli discariche e cave abusivamente utilizzate per il deposito di rifiuti², nonché con l'altrettanto precedente caso *Di Sarno e altri c. Italia* del 2012, richiamato dalla stessa Corte nel suo ultimo provvedimento. In quella vicenda la Corte di Strasburgo aveva trattato dell'emergenza creatasi in Campania tra il 1994 e il 2009 legata all'incapacità di gestire la raccolta e lo stoccaggio dei rifiuti urbani, in violazione dell'art. 8 CEDU in ragione del disagio e del rischio per la salute dei residenti legato all'emergenza rifiuti.

Con la recente sentenza “*pilota*”, invece, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto l'impatto delle attività umane legate alla gestione dei rifiuti sull'ambiente. Il degrado ambientale e l'inquinamento hanno compromesso la qualità della vita dei cittadini, danneggiando la loro salute e il loro benessere. In altri termini, le autorità italiane non hanno affrontato il problema dell'inquinamento con la dovuta diligenza, lasciando la popolazione esposta a un rischio mortale³.

Il ricorso deciso dalla Corte EDU aveva ad oggetto, nello specifico, l'omessa adozione da parte dello Stato italiano di misure adeguate finalizzate a proteggere la popolazione campana nei territori colpiti dal fenomeno della “*Terra dei Fuochi*”, in violazione del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui agli artt. 2 e 8 CEDU, nonostante lo stesso fosse a conoscenza dell'emergenza da un periodo di tempo ritenuto significativo.

La Corte di Strasburgo – giudicando la pericolosità della gestione illecita dello smaltimento dei rifiuti – ha ribadito a più riprese la sussistenza di un grave e potenziale danno per la salute umana derivante dalle attività ad esso collegate, atteso che queste ultime interessavano tutti gli elementi ambientali come il suolo, l'acqua e la qualità dell'aria, a causa del rilascio nell'ambiente di sostanze altamente tossiche; danno che, seppur mai sottaciuto dagli organi di governo, in

¹ L. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla «crisi dell'emergenza rifiuti» alla «Società europea del Riciclaggio»*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 3, 2010, pp. 493-539.

² A. DE LIA, *Ambiente, diritto penale e principi costituzionali nella “biutiful cauntry”*: osservazioni rapsodiche, in *Federalismi.it*, 21, 2018, p. 2.

³ Al fine di ricostruire l'iter normativo che si è susseguito fin dal principio dell'emergenza rifiuti in Campania, sia consentito un rinvio a L. COLELLA, *La gestione dei rifiuti e la storia dell'emergenza «infinita». Le novità del decreto legge n. 196/2010 e gli obiettivi della direttiva 98/2008: quale futuro per la Campania Felix?*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 4, 2011, pp. 245-249.

quanto storicamente conosciuto, non era stato adeguatamente fronteggiato a causa dell'inesistenza di una vera e propria relazione causale scientificamente provata tra l'esposizione all'inquinamento e l'insorgenza di una specifica malattia diffusa tra i ricorrenti.

La Corte EDU, tuttavia, riconoscendo l'esistenza di un rischio “*imminent*” per la vita “*sufficiently serious, genuine and ascertainable*”, ha ritenuto che non fosse necessario dimostrare un legame comprovato tra l'esposizione ad un determinato tipo di sostanza nociva identificabile e l'insorgere di una specifica malattia potenzialmente letale ovvero il decesso a causa di quest'ultima. Difatti, richiamando l'applicazione di uno dei tre principi di gestione dell'ambiente⁴, ossia quello precauzionale, la Corte ha osservato come la mancanza di certezza scientifica sugli effetti precisi che l'inquinamento avrebbe potuto comportare sulla salute umana non implicava in alcun modo l'insussistenza di un “*protective duty*” a carico dello Stato italiano, da eseguirsi, principalmente, mediante oculate attività di indagine, identificazione e valutazione della natura e del livello del rischio.

Nel suo giudizio, dunque, la Corte ha dovuto valutare se le autorità italiane avessero affrontato il problema con la necessaria diligenza, attesa la natura e la gravità della minaccia inquinante, anche in termini di rispetto degli obblighi informativi tempestivi da fornire ai residenti delle zone coinvolte.

Anzitutto, nel valutare l'approccio sistematico derivante dall'applicazione del D.L. 10 dicembre 2013, n. 136, la Corte ha evidenziato l'intempestività e la non adeguatezza dell'azione statale, rilevato che, a prescindere dalla conoscenza del fenomeno già tempo addietro, ad otto anni dalla sua emanazione, non era ancora stata condotta alcuna valutazione per diversi appezzamenti di terreno identificati e, inoltre, vi era l'assenza totale di misure finalizzate ad accertare la contaminazione del suolo e delle acque al di fuori del campo di applicazione del Decreto.

Simili perplessità sono condivise anche in merito ad uno degli aspetti più significativi affrontati dalla pronuncia, ossia quello relativo all'indagine sulla gestione del rischio e sull'impatto degli effetti nocivi sulla salute umana. La Corte, difatti, non ha potuto che rilevare, indipendentemente dalla lentezza dei progressi concernenti la decontaminazione, il ritardo delle politiche governative tese a monitorare e sorvegliare l'emergenza epidemiologica della popolazione residente nelle aree interessate, entrate in vigore solamente con la legge di conversione del suddetto Decreto nel 2014 eppure, ad ogni modo, attuate realmente a partire dal 2016.

Anche per ciò che attiene alle misure adottate dallo Stato italiano in modifica al sistema penale ambientale, la Corte ha rilevato che, quantomeno fino all'emanazione della Legge 22 maggio 2015, n. 68, con la quale fu aggiunto il Titolo VI-Bis al Codice Penale, recante “*Dei delitti*

⁴ Per una ricostruzione completa sulla triade dei principi di gestione dell'ambiente, si veda D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 64-70.

contro l'ambiente”, gli strumenti posti in essere dagli organi di governo erano connotati da una scarsa efficacia nella prevenzione dei reati ambientali e nella repressione delle condotte illecite alla base del fenomeno della “*Terra dei Fuochi*”, derivante anche dalla frammentarietà del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dalle innumerevoli contravvenzioni in esso previste.

La pronuncia, infine, giudicando anche non completa e accessibile la strategia di comunicazione posta in essere dagli organi di governo nei confronti dei cittadini residenti nelle zone colpite, conclude dichiarando che “*the Government had not established that the Italian authorities had approached the Terra dei Fuochi problem with the diligence warranted by the seriousness of the situation and had failed to demonstrate that the Italian State had done all that could have been required of it to protect the applicants’ lives*”, ritenendo inaccettabile il ritardo nell’adozione di adeguate misure, attesa la natura e la gravità del fenomeno di inquinamento.

Le nuove misure da adottare, così come imposte dalla pronuncia, si dividono lungo tre direttrici fondamentali: *in primis*, le autorità statali, consultando i competenti enti locali e ricostruendo le azioni già intraprese, dovranno sviluppare una strategia globale per affrontare il fenomeno della “*Terra dei Fuochi*” e, segnatamente, identificare le aree interessate dalla minaccia inquinante, valutare la natura e l’entità delle contaminazioni e, infine, indagare sugli impatti sanitari di quest’ultima sulla popolazione residente.

In secondo e terzo luogo, altresì, al fine di migliorare il servizio di monitoraggio sullo stato di attuazione delle misure previste e garantire l’accesso completo ad ogni tipo di informazione rilevante, le autorità statali hanno l’obbligo di istituire un meccanismo indipendente di valutazione e una piattaforma informativa pubblica, provvedendo al loro costante aggiornamento.

Il giudizio, ponendo in evidenza, dunque, l’intempestività e l’inefficacia dell’azione statale, anche alla luce della Direttiva (UE) 2024/1203, emanata l’11 aprile scorso, di parziale riforma in materia di tutela penale dell’ambiente, rappresenta uno spartiacque per la sua significatività, in quanto decreta in maniera netta una responsabilità diretta dello Stato italiano per la scarsa diligenza utilizzata nell’affrontare un fenomeno di emergenza ambientale così vasto e grave, evidenziando un aspetto preciso della questione, ossia la mancanza di misure appropriate a tutela della vita delle persone residenti nelle aree colpite, in completa violazione dell’art. 2 CEDU⁵.

La portata auspicabile di una tale decisione – le cui ricadute pratiche saranno analizzate nel 2027 – rispecchia l’obiettivo di ridefinire, partendo dal caso di specie, la stessa efficacia della funzione preventiva nell’ambito del diritto penale ambientale e la conseguente inidoneità degli strumenti predisposti dal legislatore a tal fine. La disamina da compiere in futuro, d’altronde, non potrà non tener conto di quanto disposto dal riformato articolo 9 Cost. e dal connesso “*mandato*

⁵ Per una ricostruzione completa della pronuncia in esame, si veda L. MAZZA, *Terra dei Fuochi: prime suggestioni sulla pronuncia della Corte EDU che condanna l’Italia*, in *DPCE Online OCA*, 14 febbraio 2025.

di tutela dell'ambiente" consacrato, ad oggi, tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, che vincola, anche in applicazione del principio di prevenzione, tutte "le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa", così come osservato recentemente dalla Corte Costituzionale con la Sent. n. 105 del 7 maggio 2024⁶.

Il caso "in-finito" della "Terra dei Fuochi" – connesso com'è all'oramai conclamato diritto umano fondamentale all'ambiente, riconosciuto, secondo un approccio "multilivello"⁷, sia in ambito nazionale che europeo ed internazionale nei recenti formanti legislativo e giurisprudenziale – rappresenta una estrema manifestazione (negativa) dell'attività antropogenica sulla natura e sull'ambiente nell'Antropocene: nozione, quest'ultima, coniata oramai più di un ventennio fa da Paul Crutzen, con la quale si identificò "l'era geologica contemporanea [successiva all'Olocene] in cui l'impatto ecologico dell'umanità sta determinando un radicale cambiamento dell'atmosfera e, più in generale, un degrado delle basi naturali della vita sulla terra". In questa nuova epoca per la Terra⁸, l'essere umano, con le sue attività è riuscito, e riesce ancora oggi, a incidere su processi geologici con modifiche territoriali, strutturali, ambientali e climatiche. Sebbene i geologi⁹ non abbiano dichiaratamente ritenuto già iniziata questa nuova era, l'Antropocene¹⁰ già accompagna i processi umani, sociali e ambientali, caratterizzati da un aumento esponenziale della popolazione, abbinato alla rapidità dei progressi tecnologici e al potenziamento della capacità umana di trasformare l'ambiente (a cui si collegano fenomeni come la riduzione delle foreste e l'espansione delle terre coltivate, la perdita di biodiversità, l'aumento dell'inquinamento, lo sfruttamento delle risorse minerarie, la perdita di integrità degli ecosistemi, l'emergenza e il cambiamento climatico).

In questa cornice, pertanto, le stesse scelte che lo Stato italiano dovrà necessariamente compiere per affrontare il fenomeno *Terra dei Fuochi* dovranno coordinarsi con il ruolo affidato

⁶ Su tale pronuncia costituzionale, si veda G. VIVOLI, *L'eterna provvisorietà di misure straordinarie è (ed era) incostituzionale: la doppia chiave di lettura della Sentenza n. 105/2024 sul c.d. "Decreto Priolo" alla luce della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2024, pp. 1-22; M. CERRUTI, *Bilanciamento governativo degli interessi e sindacato giurisdizionale per gli impianti industriali di interesse strategico. Le due facce della prima pronuncia della Consulta sulla riforma degli artt. 9 e 41 della Carta*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, 57, 2024, pp. 1-18.

⁷ Il concetto di "diritto ambientale multilivello" riguarda la capacità strutturale del diritto ambientale ad escludere qualsivoglia approccio monista basato sulla prevalenza di un livello di normazione sugli altri. Per un approfondimento, si veda D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., pp. 49-63.

⁸ Si veda E. PADOA SCHIOPPA, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità*, il Mulino, Bologna, 2021, secondo questo studio viviamo un'epoca segnata da una indelebile impronta umana. Il riscaldamento globale, l'alterazione dei normali cicli biogeochimici, la perdita di biodiversità, l'irreversibile trasformazione di *habitat* e paesaggi impongono sfide completamente nuove.

⁹ Nonostante le conseguenze irreversibili per il pianeta, l'Unione Internazionale delle Scienze Geologiche (Uicg), dopo decenni di dibattito, ha deciso di non riconoscere all'Antropocene, una fase caratterizzata dalle tracce della presenza umana sul pianeta, un posto speciale nella storia geologica del pianeta Terra, si veda A. WITZE, *Geologists reject the Anthropocene as Earth's new epoch — after 15 years of debate But some are now challenging the vote, saying there were 'procedural irregularities'*, si veda <https://www.nature.com/articles/d41586-024-00675-8>.

¹⁰ P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, cit.; si veda sul punto anche N. CASTREE, *The Anthropocene and Geography I: The back story*, cit., p. 436.

quest'oggi al costituzionalismo ambientale nell'era dell'Antropocene, soprattutto in seguito alla riforma costituzionale del 2022, atteso che il suo valore, sia simbolico che sostanziale, in termini di durata, stabilità ed effettività, è da considerarsi prioritario per la ricerca di un nuovo rapporto tra uomo e ambiente¹¹. Come è noto la riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana, per quanto ad essi naturalmente connesso.

La prospettiva di tutela indicata, oggi, dal legislatore costituzionale, non solo rinvia agli interessi dei singoli e della collettività nel momento presente, ma si estende anche (come già, del resto, prefigurato da numerose pronunce risalenti a epoca anteriore alla riforma¹²) agli interessi delle future generazioni: e dunque di persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso “dovere di preservare” le condizioni perché esse pure possano godere di un “patrimonio ambientale il più possibile integro”, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano. In questa cornice, la Corte costituzionale, sempre nella sentenza 105 del 2024, ha precisato che «[r]imuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce [...] condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona» (sentenza n. 58 del 2018, punto 3.3. del *Considerato in diritto*). Esigenze basilari della persona (*rectius*, delle persone oggi esistenti e di quelle che saranno) tra cui si annovera ora, esplicitamente, anche la tutela dell'ambiente. Ne consegue che la citata riforma costituzionale imporrà di ricercare un nuovo equilibrio tra persona e ambiente nella Terra dei Fuochi, ovvero una più profonda “armonia” tra

¹¹ Sull'Antropocene e sulla nuova funzione del costituzionalismo ambientale la dottrina è sconfinata. In particolare, si veda D. AMIRANTE, S. BAGNI, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, London, 2022; D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022; D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2012; M.A. COHENDET, *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare&Martin, Paris, 2021; P.G. CRUTZEN, E.F. STOERMER, *The Anthropocene*, in *IGBP Global Change News-letter*, 41, 2000, pp. 17-18; R. ECKERSLEY, *Geopolitical Democracy in the Anthropocene*, in *Political Studies*, 4, 2017, pp. 983-999; J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; L.G. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2016; E. PADOA-SCHIOPPA, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità*, Il Mulino, Bologna, 2021; J. SOHNLE, *Environmental Constitutionalism: What Impact on Legal Systems?*, P.I.E. Peter Lang S.A, Brussels, 2019; L.K. WEISS, *Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2018, pp. 836-870; M. DI PAOLA, G. PELLEGRINO, *La Terra reinventata. Etica dell'ambiente e Antropocene*, in *Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia*, 2, Luglio-Dicembre 2018, pp. 83-100.

¹² Si vedano le sentenze n. 46 del 2021, punto 8 del *Considerato in diritto*; n. 237 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto*; n. 93 del 2017, punto 8.1. del *Considerato in diritto*; n. 22 del 2016, punto 6 del *Considerato in diritto*; n. 67 del 2013, punto 4 del *Considerato in diritto*; n. 142 del 2010, punto 2.2.2. del *Considerato in diritto*; n. 29 del 2010, punto 2.1. del *Considerato in diritto*; n. 246 del 2009, punto 9 del *Considerato in diritto*; n. 419 del 1996, punto 3 del *Considerato in diritto*.

tutela degli interessi economici e obiettivi di tutela ambientale. Una nuova “armonia” di cui ha tanto bisogno la *Terra dei Fuochi* per ritornare agli splendori della gloriosa *Campania Felix*.

La *Terra dei Fuochi* (come patologia del rapporto uomo e ambiente nell’Antropocene) impone un impegno di tutti i cittadini e uno sforzo necessario di tutte le pubbliche autorità chiamate ad attivarsi in vista della sua reale ed efficace difesa. In questa direzione si spiega la nomina, da parte del governo italiano, lo scorso febbraio, del Generale dei Carabinieri, Giuseppe Vadalà, quale Commissario straordinario per la “*Terra dei Fuochi*”¹³, già Commissario Unico per la realizzazione degli interventi necessari all’adeguamento alla normativa vigente delle discariche abusive presenti sul territorio nazionale. Un vero e proprio Commissario straordinario nell’Antropocene che avrà il compito di coordinare la bonifica dei territori campani interessati, sottoponendo all’attenzione degli organi di governo lo stato dell’arte e le azioni, quelle tanto attese, che si dovranno intraprendere per raggiungere gli obiettivi di bonifica e di ripristino ambientale, necessarie, e non più rinviabili, per poter riconsegnare il diritto di vivere in un ambiente sano ai cittadini campani.

¹³ Sul punto, si v. <https://www.ilpost.it/2025/02/19/governo-nomina-commissario-terra-dei-fuochi/>.

queste istituzioni

**Manutenzione normativa del
reclutamento pubblico e impatti sulle
graduatorie del personale
amministrativo delle università**

Pasquale Iorio

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Manutenzione normativa del reclutamento pubblico e impatti sulle graduatorie del personale amministrativo delle università

di Pasquale Iorio*

Sommario

1. Prologo figurale. – 2. La centralità del PTA nel sistema Accademico. – 3. La parabola evolutiva della norma. – 4. La definizione della graduatoria concorsuale. – 5 Il valore dello scorrimento come meccanismo di razionalizzazione. – 6. Rilievi conclusivi.

Sintesi

Il contributo approfondisce il tema della non limitazione al numero degli idonei nei concorsi pubblici, con specifico riferimento allo scorrimento delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale tecnico e amministrativo delle Università, laddove i bandi prevedano un numero di posti inferiore a venti unità.

Abstract

The contribution explores the non-limitation on the number of eligible candidates in public competitions with specific reference to the scrolling of the rankings of the competitions for the recruitment of technical and administrative staff of the Universities, where the announcements provide for a number of positions less than twenty units.

Parole chiave

Reclutamento, Personale Amministrativo, Università, Graduatorie.

Keywords

Recruitment, Administrative Staff, University, Rankings.

1. Prologo figurale.

Una premessa che abbia carattere metaforico, ma con una veste squisitamente giuridica, ci introduce a bordo di un'automobile, quella del Testo Unico del Pubblico Impiego, immatricolata nell'anno 2001.

* Funzionario Amministrativo dell'Università degli Studi di Salerno, abilitato all'esercizio della professione di Avvocato.

Le considerazioni espresse nel presente lavoro sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano, in alcun modo, l'Amministrazione di appartenenza.

Quando il legislatore ha messo su strada questo nuovo impianto normativo, tutti i suoi meccanismi risultavano ben funzionanti, perfettamente lubrificati e progettati per garantire efficienza ed efficacia.

Con il trascorrere degli anni, l'uso prolungato e le mutate esigenze dei percorsi di reclutamento del personale della PA, diverse disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 - è il caso di taluni periodi dell'art. 35, segnatamente del comma 5-ter - hanno iniziato a mostrare evidenti segni di usura.

E proprio come per la manutenzione di un'auto, a partire da aprile del 2023 - con il decreto-legge n. 44/2023 e fino ai lavori di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 75/2023 - certi ingranaggi sono stati via via potenziati, così come aggiornati dei passaggi. In specifici casi, poi, si è resa necessaria una vera e propria modifica alla struttura.

Sebbene alcuni interventi non hanno fatto registrare impatti considerevoli - paragonabili ad un cambio d'olio o alla sostituzione di un filtro - altri, invece, hanno generato effetti più profondi, proprio come una revisione completa del motore o, addirittura, molto simili alla sostituzione della centralina elettronica. Insomma, un *tagliando normativo* ritenuto essenziale per far sì che il veicolo TUPI, il quale rappresenta il principale riferimento per la gestione del pubblico impiego, resti efficiente e affidabile a garantire il buon funzionamento della macchina amministrativa.

Nel presente scritto le prescrizioni dell'art. 35, che regola le modalità di reclutamento del personale, vengono indagate esclusivamente con riferimento al comma 5-ter, a rigore del quale sono disciplinati taluni aspetti delle graduatorie dei concorsi: dalla validità biennale, alla percentuale - nella misura del venti per cento dei posti - di candidati ritenuti idonei negli elenchi definitivi dopo l'ultimo vincitore, tenendo in debita evidenza le deroghe previste.

Più nello specifico si analizzeranno quelle relative al quarto periodo, nel cui novero vengono ricompresi, come ha chiarito il Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 13 settembre 2024, i concorsi per l'approvvigionamento del personale tecnico-amministrativo banditi dalle Università, con la previsione di un numero di posti inferiore a venti unità. Ampia disamina sarà, poi, riservata al recentissimo decreto-legge n. 25/2025, in vigore dallo scorso 15 marzo, che ha introdotto ulteriori novelle alla disciplina in esame.

Il lavoro in lettura, operando un coordinamento interpretativo fra norma e ambito applicativo, si propone di approfondire il contesto, al fine di comprendere la reale portata della disposizione.

2. La centralità del PTA nel sistema Accademico

Gli Atenei sono considerati il principale motore dello sviluppo culturale, scientifico ed economico del Paese. E se da un lato il pensiero volto al funzionamento di una Università concentra

l'attenzione sulla sola figura di docenti e ricercatori - figure istituzionali che garantiscono la trasmissione del sapere e la guida delle attività di studio e ricerca - bisogna, tuttavia, tener conto di una ulteriore componente fondamentale, il personale tecnico-amministrativo, cui è affidato il corretto funzionamento dell'intero sistema burocratico e gestionale delle istituzioni accademiche.

Dall'organizzazione della didattica alla gestione dei laboratori, dall'amministrazione delle risorse economiche alla cura degli spazi e delle infrastrutture: questa tipologia di personale garantisce, all'Ateneo, efficienza, funzionalità e capacità di risposta alle esigenze di studenti, docenti e ricercatori.

Il PTA comprende una vasta gamma di figure professionali che operano in diversi ambiti, contribuendo al funzionamento dell'intero sistema accademico.

Il sistema di classificazione del personale tecnico-amministrativo, a mente del vigente Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del personale del comparto Istruzione e Ricerca¹, è improntato alla primaria esigenza delle amministrazioni universitarie in termini di perseguimento degli obiettivi di innovazione e di dinamica evolutiva dell'organizzazione del lavoro, e risulta articolato in quattro Aree professionali che corrispondono a quattro differenti livelli di conoscenze, abilità e competenze professionali: *Area degli Operatori*² (a cui appartengono i dipendenti inquadrati nella ex categoria B), *Area dei Collaboratori*³ (ex cat. C), *Area dei*

¹ CCNL personale del comparto Istruzione e Ricerca 2019-2021, sottoscritto in data 18 gennaio 2024.

² A tenore della declaratoria delle aree del sistema di classificazione del personale sezione università, cui all'allegato E del CCNL di riferimento, appartengono a quest'Area i lavoratori che svolgono attività di supporto strumentale ai processi produttivi ed ai sistemi di erogazione dei servizi, caratterizzate da procedure prestabilite, anche in sequenze diversificate, che non presuppongono conoscenze specifiche e/o qualificazioni professionali, corrispondenti a ruoli ampiamenti fungibili. Specifiche professionali: conoscenze concrete di moderata ampiezza per assolvere compiti semplici assegnati all'interno di una gamma definita di variabili di contesto; capacità pratiche necessarie a risolvere problemi semplici utilizzando metodi, saperi, strumentazione elettronica o manuale, materiali e informazioni; responsabilità di eseguire i compiti assegnati secondo criteri prestabiliti, di risolvere problemi di routine assicurando la conformità delle attività svolte e la corretta esecuzione delle procedure adeguando i propri comportamenti alle circostanze che si presentano. Settori professionali: amministrativo, servizi generali e tecnici e socio-sanitario. Requisiti di base per l'accesso: diploma di qualifica triennale rilasciato da un istituto professionale o "Certificato di competenze" relativo al primo triennio del percorso di studi di cui al D.Lgs. n. 61/2017 – con promozione alla classe IV - da cui emerga il raggiungimento delle abilità, conoscenze e competenze minime necessarie per il superamento del predetto periodo di istruzione.

³ A mente della declaratoria delle aree del sistema di classificazione del personale sezione università, cui all'allegato E del CCNL di riferimento, fanno parte di questa Area i lavoratori strutturalmente inseriti nei processi produttivi e nei sistemi di erogazione dei servizi e che ne svolgono fasi di processo e/o processi, nell'ambito di direttive di massima e di procedure predeterminate, anche attraverso la gestione di strumentazioni tecnologiche e l'utilizzo di attrezzature elettroniche. Possono anche essere preposti al controllo tecnico-pratico di altri lavoratori di supporto ai processi produttivi ed ai sistemi di erogazione dei servizi. Tale personale è chiamato a svolgere attività richiedenti specifica capacità di esecuzione delle procedure con diversi livelli di complessità, valutare nel merito il caso concreto e ad interpretare le istruzioni operative. Specifiche professionali: conoscenze teoriche e concrete esaustive; capacità di applicare una gamma di saperi, metodi, prassi e procedure, materiali e strumenti necessari a risolvere problemi di media complessità, nell'ambito di un contesto strutturato di lavoro; responsabilità di risultato in ambiti circoscritti, assicurando la conformità delle attività svolte anche nell'eventualità di situazioni mutevoli che richiedono la relativa capacità di adeguare il proprio operato. Settori professionali: amministrativo, tecnico, scientifico, tecnologico, informatico, dei servizi generali, delle biblioteche, della comunicazione e socio-sanitario. Requisiti di base per l'accesso: diploma di scuola secondaria di secondo grado.

*Funzionari*⁴ (ex cat. D) e *Area delle Elevate Professionalità*⁵ (ex cat. EP).

In altre parole è possibile suddividere detto personale in due macro-categorie principali: *Amministrativo e Tecnico*.

Alla prima categoria di dipendenti è affidata la cura, l'organizzazione e la gestione burocratica dell'Università. Le loro mansioni vanno dalle immatricolazioni, ai piani di studio, passando per gli esami e fino alla carriera di ogni singolo studente. Gli amministrativi gestiscono i contratti, le convenzioni e i bandi di finanziamento per le attività di ricerca. Non soltanto. Coordinano le risorse umane ed economiche dell'Ateneo, garantendo trasparenza e correttezza nella gestione dei fondi pubblici.

Il personale tecnico, invece, supporta le attività di ricerca e didattica nei laboratori scientifici e tecnologici. Cura la manutenzione delle infrastrutture, delle biblioteche e delle aule

⁴ La declaratoria delle aree del sistema di classificazione del personale sezione università, cui all'allegato E del CCNL di riferimento, stabilisce che appartengono a quest'Area i lavoratori strutturalmente inseriti nei processi produttivi e nei sistemi di erogazione dei servizi che, nel quadro di indirizzi generali, garantiscono il presidio di importanti e molteplici processi, concorrendo al raggiungimento degli obiettivi stabiliti, assicurando la qualità dei servizi e dei risultati, la circolarità delle comunicazioni, l'integrazione/facilitazione dei processi, la consulenza, il coordinamento delle eventuali risorse umane affidate, anche attraverso la responsabilità diretta di moduli e strutture organizzative. Specifiche professionali: conoscenze specialistiche, competenze necessarie ad affrontare problemi complessi, anche in contesti soggetti a cambiamenti imprevisi che richiedono capacità interpretative e l'adozione di soluzioni che possono prevedere conoscenze e procedure non convenzionali; capacità di applicare un'ampia gamma di saperi, metodi, prassi e procedure, materiali e strumenti in modo consapevole e selettivo, operando in autonomia con abilità gestionali, organizzative e professionali atte a consentire la gestione efficace dei processi affidati ed il conseguimento degli obiettivi assegnati; responsabilità amministrative e di risultato sui processi affidati, con possibilità di autonoma assunzione di atti e decisioni, in conformità agli ordinamenti di ciascuna amministrazione, garantendo la conformità tecnica e/o gestionale delle soluzioni adottate; le responsabilità possono estendersi anche alla conduzione di team di lavoro e di unità organizzative. Settori professionali: amministrativo -gestionale, amministrativo dipartimentale, tecnico-informatico, scientifico-tecnologico, delle biblioteche, della comunicazione e socio-sanitario. Requisiti di base per l'accesso: laurea (triennale o magistrale o vecchio ordinamento).

⁵ Sono ricompresi nel novero di questa Area, in applicazione della declaratoria delle aree del sistema di classificazione del personale sezione università (cui all'allegato E del CCNL di riferimento), i lavoratori strutturalmente inseriti nei processi produttivi e nei sistemi di erogazione dei servizi che, ai fini del raggiungimento degli obiettivi stabiliti, svolgono funzioni di elevato contenuto gestionale, professionale o specialistico e/o coordinano e gestiscono processi articolati di significativa rilevanza e responsabilità assicurando la qualità dei servizi e dei risultati, l'ottimizzazione delle risorse umane eventualmente affidate, attraverso la responsabilità diretta di moduli o strutture organizzative. Specifiche professionali: conoscenze altamente specialistiche e qualificate, nonché ad alto contenuto professionale; competenze adeguate ad affrontare, con elevata consapevolezza critica, problemi di rilevante complessità anche imprevedibili; capacità di lavoro in autonomia accompagnata da un grado elevato di capacità gestionale, organizzativa, professionale atta a consentire lo svolgimento di attività di conduzione, coordinamento e gestione di funzioni organizzativamente articolate di significativa rilevanza e responsabilità e/o di funzioni ad elevato contenuto professionale e specialistico, implicanti anche attività progettuali, pianificatorie e di ricerca e sviluppo; responsabilità amministrative e di risultato, a diversi livelli, in ordine alle funzioni specialistiche e/o organizzative affidate, inclusa la responsabilità di unità organizzative; responsabilità amministrative derivanti dalle funzioni organizzate affidate e/o conseguenti ad espressa delega di funzioni da parte del dirigente in conformità agli ordinamenti delle amministrazioni. Settori professionali: amministrativo-gestionale, amministrativo-dipartimentale, tecnico-informatico, scientifico-tecnologico, biblioteche, comunicazione, medico-odontoiatrico e socio-sanitario. Requisiti di base per l'accesso: laurea magistrale (o vecchio ordinamento) accompagnata, di norma, da un periodo pluriennale di esperienza lavorativa in funzioni specialistiche e/o di responsabilità che possono anche richiedere l'iscrizione ad albi professionali.

multimediali. Svolge attività di supporto informatico e tecnologico, garantendo il corretto funzionamento dei sistemi digitali e delle piattaforme e-learning.

Ogni studente universitario, nel corso della propria carriera accademica, interagisce in maniera costante con il personale amministrativo.

Dall'immatricolazione alla laurea, il percorso di ogni discente è scandito da procedure burocratiche che devono essere gestite con precisione ed efficienza. Senza il lavoro degli uffici amministrativi, la macchina universitaria non potrebbe funzionare. Inoltre, il personale tecnico è essenziale per garantire che le attività didattiche si svolgano in ambienti adeguati e con gli strumenti necessari. Nelle facoltà scientifiche, a mero titolo di esempio, il supporto dei tecnici di laboratorio è fondamentale per le esercitazioni pratiche e per l'uso di attrezzature complesse. Anche nelle discipline umanistiche, il personale bibliotecario gioca un ruolo essenziale, assicurando l'accesso a testi, archivi e risorse digitali. Non solo. Rilevante è anche il supporto alla ricerca, cuore pulsante delle università che, per essere efficace, necessita di un'infrastruttura solida. Il personale tecnico-amministrativo garantisce che laboratori, attrezzature e strumentazioni siano sempre disponibili e funzionanti. Inoltre, la gestione dei finanziamenti per la ricerca – un aspetto sempre più complesso a causa della competizione per i fondi nazionali ed europei – è interamente affidata agli uffici amministrativi, che si occupano di predisporre i bandi, coordinare le richieste di finanziamento e gestire i progetti in tutte le loro fasi.

Negli ultimi anni, le Università hanno subito una profonda trasformazione digitale. La pandemia ha accelerato l'adozione di strumenti per la didattica a distanza, le piattaforme e-learning e i servizi online per studenti e docenti.

In questo contesto, il personale tecnico ha avuto un ruolo fondamentale nel garantire la continuità delle attività accademiche.

Il personale ha sviluppato e gestito le piattaforme digitali per le lezioni e gli esami online. I tecnici hanno assicurato che le infrastrutture informatiche fossero adeguate a sostenere il carico di connessioni e richieste. Gli amministrativi hanno riorganizzato le procedure per permettere l'accesso ai servizi universitari in modalità telematica. Senza questo sforzo, molte università avrebbero rischiato un blocco delle attività. Questa esperienza ha dimostrato, più che mai, quanto il personale tecnico-amministrativo sia essenziale per adeguare le Università alle sfide del futuro.

3. La parabola evolutiva della norma

L'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001, strettamente connesso alle modalità di reclutamento del personale all'interno della PA, così come novellato⁶ ha fatto registrare la sostituzione di ben due periodi del comma 5-ter⁷.

Nel corso dei lavori di conversione del decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75⁸ - recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025 - è stata, infatti, varata la seguente modifica al quarto e quinto periodo: *«Nei concorsi pubblici, a esclusione di quelli banditi per il reclutamento del personale sanitario e socio-sanitario, educativo e scolastico, compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni, e dei ricercatori, nonché del personale di cui all'articolo 3⁹, sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale dopo l'ultimo candidato vincitore, in numero non superiore al 20 per cento dei posti messi a concorso. In caso di rinuncia all'assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria degli idonei non vincitori entro il limite di cui al quarto periodo. La disposizione del quarto periodo non si applica alle procedure concorsuali bandite dalle regioni, dalle province, dagli enti locali o da enti o agenzie da questi*

⁶ Introdotta dalla Legge n. 112/2023 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 75/2023, recante disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025.

⁷ Il testo del comma 5-ter, vigente fino alla data del 16.08.2023, risultava essere il seguente: *«Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato. Nei concorsi pubblici sono considerati idonei i candidati collocati nella graduatoria finale entro il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi. In caso di rinuncia all'assunzione o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria nei limiti di cui al quarto periodo».*

⁸ Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 144 del 22 giugno 2023.

⁹ Il richiamato articolo riguarda il personale in regime di diritto pubblico: *«In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287. 1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali. 1-ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421».*

controllati o partecipati che prevedano un numero di posti messi a concorso non superiore a venti unità e per i comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, possono essere stabilite ulteriori modalità applicative delle disposizioni del presente comma».

La lettera c) del comma 1 e il successivo comma 2 dell'articolo 28-ter del menzionato decreto-legge - articolo inserito in sede referente - hanno modificato la disciplina sul limite numerico di candidati idonei nelle graduatorie dei concorsi e sullo scorrimento delle stesse.

Appare ultroneo evidenziare che l'idoneità resta, comunque, implicitamente subordinata alla essenziale condizione del conseguimento del punteggio minimo enucleato dal bando.

Le nuove disposizioni recano un chiarimento sulla determinazione della base di calcolo del limite numerico, specificano la decorrenza dell'applicazione dei due limiti¹⁰ e pongono alcune esclusioni dall'ambito dei medesimi.

La norma è in vigore dal 17 agosto 2023, giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Legge 112/2023¹¹, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 75/2023, così come disposto dall'art. 1, comma 3, della medesima.

La disposizione, che pone un tetto al numero degli idonei all'esito delle operazioni d'esame, riguarda solo i bandi pubblicati a decorrere dalla citata data, atteso che l'art. 28-ter della Legge di conversione, al comma 2, è molto chiaro al riguardo: «*Le disposizioni dell'articolo 35, comma 5-ter, quarto e quinto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, si applicano ai concorsi [...] banditi successivamente alla data di entrata in vigore della legge [...]».*

A mero titolo di esempio, in applicazione del citato comma 5-ter, quarto periodo, dell'art. 35 del T.U.P.I., in un concorso per 25¹² posti, il numero degli idonei non vincitori andrà calcolato nella misura del venti per cento: *id est* 5. Vale a dire che saranno in posizione scorribile i candidati posizionati dal numero 26 al 30.

In caso di rinuncia all'assunzione, di mancato superamento del periodo di prova o di dimissioni del dipendente intervenute entro sei mesi dall'assunzione, l'amministrazione potrà procedere allo scorrimento¹³ della graduatoria degli idonei non vincitori entro il limite di cui al quarto periodo.

¹⁰ Limiti introdotti, a far data dal 22 giugno 2023, dalla Legge n. 74/2023, di conversione - con modificazioni - del decreto-legge n. 44/2023. Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 143 del 21 giugno 2023

¹¹ Testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 190 del 16 agosto 2023.

¹² La norma è applicabile solo alle procedure concorsuali che prevedano un numero di posti superiore alle venti unità.

¹³ Per una accurata ricognizione normativa e della casistica giurisprudenziale sul tema cfr. P. IORIO, *Lo scorrimento delle graduatorie quale eccezionale all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Norme afferenti e interpretazione del c.d. diritto vivente*, in *Osservatorio sulle fonti*, ISSN 2038-5633, n. 1/2022.

Detto confine, però, non si applica alle procedure di reclutamento che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità promosse da Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. Così come non è applicabile agli Enti Locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico (compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni), dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Nel novero delle esclusioni vengono ricomprese anche le procedure finalizzate al reclutamento, sempre non superiore a venti risorse umane, di personale del profilo tecnologo, tecnico e amministrativo negli enti di ricerca; amministrativo, tecnico e professionale nelle aziende sanitarie locali, amministrativo nelle università e, infine, di quelli in organico ad enti, aziende, agenzie, strumentali e vigilati dalle regioni, dalle province e dagli enti locali, nonché del personale negli enti parco. Restano esclusi dal campo d'applicazione della norma anche i comuni con popolazione inferiore a tremila abitanti e le procedure per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. Non sono ricomprese neppure alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico e dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico.

Lo ha chiarito, recentemente, il Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 13.09.2024¹⁴. Con tale fonte secondaria vengono estese le deroghe di cui all'art. 35, comma 5-ter, quarto periodo, del D.Lgs. n. 165/2001.

Tale facoltà era prevista dal settimo periodo del medesimo comma: «(...) con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, possono essere stabilite ulteriori modalità applicative delle disposizioni del presente comma».

Detto decreto è stato registrato alla Corte dei conti in data 27 novembre 2024 ed è entrato in vigore il 27 dicembre 2024, quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, serie generale, n. 291 del 12 dicembre 2024.

Orbene, per quanto detto, nella ipotesi di un concorso per il reclutamento di un solo posto di personale tecnico-amministrativo, bandito da una Università, potranno essere dichiarati idonei tutti coloro che, oltre il vincitore, avranno superato tutte le prove previste dalla *lex specialis*.

¹⁴ L'art. 1, rubricato "Ulteriori modalità applicative delle disposizioni in materia di idoneità nelle graduatorie dei concorsi pubblici", stabilisce che «Il limite di cui all'articolo 35, comma 5-ter, quarto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 non si applica, altresì, nei concorsi banditi per un numero di posti non superiore a venti unità per il reclutamento: a) di personale del profilo tecnologo e tecnico e di quello amministrativo negli enti di ricerca; b) di personale amministrativo, tecnico e professionale, nelle Aziende sanitarie locali; c) di personale amministrativo nelle Università; d) di personale negli enti, aziende, o agenzie, strumentali e vigilati dalle regioni, dalle province e dagli enti locali; e) di personale negli enti parco».

Resta inteso che, fatta eccezione per le esclusioni rappresentate, la disciplina del cd. *tetto agli idonei* concerne tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2¹⁵, del D.Lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni.

Ulteriore elemento di novità è rappresentato dal recentissimo decreto-legge n. 25/2025¹⁶, in vigore dal 15 marzo 2025¹⁷, recante «Disposizioni urgenti in materia di reclutamento e funzionalità delle pubbliche amministrazioni».

L'art. 4, comma 9, ha introdotto la seguente disposizione: *«alle graduatorie dei concorsi per il reclutamento di personale nelle amministrazioni pubbliche, approvate nell'anno 2024 e nell'anno 2025, non si applica il limite di cui all'articolo 35, comma 5-ter, quarto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»*.

Questa previsione, come si legge nel Dossier Parlamentare n. 448 del 18 marzo 2025 (che offre dettagliate schede di lettura - articolo per articolo - relative al contenuto del decreto-legge presentato alle Camere per la conversione entro il prossimo 13 maggio 2025), «esclude in via transitoria – in aggiunta ad un'esclusione transitoria già vigente – l'applicazione del summenzionato limite numerico relativo al reclutamento degli idonei non vincitori. L'esclusione posta dal comma 9 concerne le graduatorie approvate negli anni 2024 e 2025. In base alla norma transitoria già vigente, il limite numerico relativo al reclutamento degli idonei non vincitori non concerne i concorsi pubblici banditi entro la data del 17 agosto 2023». Il citato dossier opera anche un richiamo a valutare «l'opportunità di chiarire se le esclusioni medesime riguardino anche gli eventuali casi in cui le graduatorie di concorsi banditi dopo la suddetta data del 17 agosto 2023 siano state approvate prima del 1 gennaio 2024», considerata «(...) la portata di quest'ultima norma e quella della nuova norma transitoria di esclusione, di cui al presente comma 9».

Sul punto appare opportuno un richiamo alla novella prevista - sempre nel decreto-legge n. 25/2025 - questa volta all'art. 3, comma 1, numero 3, punto 3.3 - secondo cui *«espletata la verifica di cui all'articolo 4, comma 3, lettera a)¹⁸, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con*

¹⁵ «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

¹⁶ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 61 del 14 marzo 2025.

¹⁷ In ossequio alla previsione dell'art. 22 del medesimo decreto-legge, secondo cui l'altrata in vigore è fissata nel «(...) giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (...)», con conseguente presentazione alle Camere per la conversione in legge entro 60 giorni.

¹⁸ «Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, l'autorizzazione all'avvio di nuove procedure concorsuali, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, è subordinata alla verifica: a) dell'avvenuta immissione in servizio, nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per

modificazioni dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, le amministrazioni, per ragioni di carattere organizzativo, purché in presenza di profili professionali sovrapponibili a quelli individuati nei propri atti di programmazione, possono reclutare il proprio personale, a tempo determinato o tempo indeterminato, mediante utilizzo di proprie graduatorie vigenti ovvero, previo accordo, di quelle di altra amministrazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera b)-bis, del decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2023, n. 74.».

Questa disposizione, come chiarito dal citato Dossier Parlamentare, «specifica che (fermo restando il rispetto del limite percentuale (...) e della durata di validità della graduatoria) anche altre pubbliche amministrazioni possono avvalersi della quota di graduatoria relativa agli idonei non vincitori, previo accordo con l'amministrazione titolare della procedura concorsuale. La novella specifica altresì – con riferimento sia all'amministrazione titolare sia alle altre – che l'utilizzo della suddetta quota di graduatoria: è ammesso anche per il reclutamento a tempo determinato; è in ogni caso subordinato, oltre che alla sussistenza di ragioni organizzative, alla condizione che i profili professionali della graduatoria siano sovrapponibili a quelli individuati negli atti di programmazione dell'amministrazione, nonché, per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici nazionali e gli enti di ricerca, alla condizione della verifica della previa immissione in servizio di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti, relative a concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica (“salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate”)).».

Altro elemento di novità introdotto dal citato DL al comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001 – il riferimento è all'art. 3, comma 1, numero 3, punto 3.2 – risulta essere la sostituzione del quinto periodo con il seguente: *«entro il termine di validità delle graduatorie e nei limiti delle facoltà assunzionali già autorizzate, le amministrazioni possono procedere allo scorrimento delle graduatorie nei limiti di cui al quarto periodo».* In altri termini la innovazione legislativa, stando a quanto riportato nel dossier parlamentare «sopprime la norma che riconosceva la possibilità di reclutamento degli idonei nei soli casi in cui, in numero corrispondente, uno o più vincitori rinunciassero all'assunzione o non superassero il periodo di prova o si dimettessero entro sei mesi dall'assunzione; si ricorda che tale condizione era operante con riferimento esclusivo all'ambito di applicazione del suddetto limite del venti per cento. La medesima novella (...) esplicita che lo scorrimento delle graduatorie, al fine dell'assunzione di idonei non vincitori, è ammesso entro il termine di validità delle graduatorie medesime e nei limiti delle facoltà assunzionali autorizzate a legislazione vigente».

assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate; b) lettera abrogata dalla Legge n. 145/2018».

4. La definizione della graduatoria concorsuale.

A tenore delle previsioni contenute all'art. 11, comma 5, del d.P.R. 487/1994¹⁹ «[...] *gli esiti delle prove orali sono pubblicati al termine di ogni sessione giornaliera d'esame. Successivamente all'espletamento delle prove orali, ove previste²⁰, la commissione effettua la valutazione dei titoli che si conclude entro trenta giorni dall'ultima sessione [...]. Nei quindici giorni successivi [...], la Commissione elabora la graduatoria finale del concorso e l'amministrazione procedente la pubblica contestualmente, ad ogni effetto legale, nel Portale e nel proprio sito istituzionale*».

Ai sensi del successivo art. 15, commi 2 e 3, del citato d.P.R.²¹, la graduatoria di merito dei concorrenti viene formalizzata «[...] *secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato, con l'osservanza, a parità di punti, delle preferenze previste [...]*» e vengono, poi, «*dichiarati vincitori, nei limiti dei posti [...] messi a concorso, i candidati utilmente collocati nelle graduatorie di merito [...]*».

In argomento un elemento di novità è dato dal citato decreto-legge n. 25/2025, di recente emanazione.

L'art. 3, comma 1, numero 4, ha introdotto la seguente disposizione dopo il comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001: «5-quater. *Ai fini di cui al comma 5-ter, le commissioni di concorso, al termine dello svolgimento delle prove d'esame elaborano una graduatoria di merito sulla base dei soli risultati delle predette prove. Su tale graduatoria sono applicati i punteggi relativi ai titoli previsti dal bando e, successivamente, sono applicate le precedenza e le preferenze. Su tale ultima elaborazione le commissioni applicano il limite di cui al comma 5-ter. Sulla graduatoria risultante si applicano, entro il limite del 20 per cento degli idonei²², le riserve di posti previste dal bando. Al fine di assicurare la*

¹⁹ Come modificato dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 150 del 29 giugno 2023), recante modifiche al d.P.R. n. 487/1994, concernente il regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi. Tale norma risulta in vigore dal 14 luglio 2023.

²⁰ A tenore del c. 3-bis dell'art. 35-quater del D.Lgs. n. 165/2001 (come novellato dal decreto-legge n. 44/2023, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 74/2023): «*Fino al 31 dicembre 2026, in deroga al comma 1, lettera a), i bandi di concorso per i profili non apicali possono prevedere lo svolgimento della sola prova scritta*». Il citato comma prevede l'espletamento di almeno una prova scritta, anche a contenuto teorico-pratico, e di una prova orale, comprendente l'accertamento della conoscenza di almeno una lingua straniera.

²¹ Sul punto appare utile evidenziare che i commi citati non hanno subito alcuna modifica dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 82/2023 cui si fa riferimento nella nota precedente.

²² In particolare, ai sensi del citato articolo 35, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 165 del 2001, sono esclusi: i concorsi pubblici "banditi per il reclutamento del personale sanitario e socio-sanitario, educativo e scolastico, compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni, e dei ricercatori"; i concorsi inerenti al personale cosiddetto di diritto pubblico, di cui all'articolo 3 dello stesso D.Lgs. n. 165, e successive modificazioni; i concorsi banditi "dalle regioni, dalle province, dagli enti locali o da enti o agenzie da questi controllati o partecipati che prevedano un numero di posti messi a concorso non superiore a venti unità e per i comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti e per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato"; le eventuali ulteriori fattispecie, individuate con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata Stato-regioni-province autonome-città ed autonomie locali. Sulla base di quest'ultima previsione, è stato emanato il D.M. 13 settembre 2024; quest'ultimo estende l'esclusione ai "concorsi banditi per un numero di posti non superiore a venti unità per il reclutamento: a) di personale del profilo tecnologico e tecnico e di quello amministrativo negli enti di ricerca; b) di personale amministrativo, tecnico e professionale, nelle aziende

trasparenza della procedura concorsuale, la graduatoria di merito, quella risultante dall'applicazione dei titoli sulla graduatoria di merito e quella finale sulla quale si applicano le riserve previste dal bando, sono pubblicate contestualmente sul Portale unico del reclutamento²³ di cui all'articolo 35-ter e sul sito dell'amministrazione procedente in un'area ad accesso riservato ai partecipanti, utilizzando le specifiche funzionalità previste dal predetto Portale. Resta ferma la minimizzazione dei dati personali».

Tale disposizione, come riportato nel Dossier Parlamentare n. 448 del 18 marzo 2025, che fornisce un'analisi articolata e dettagliata del decreto-legge sottoposto all'esame delle Camere ai fini della conversione entro il termine del 13 maggio 2025, «(...) prevede, in primo luogo, che le graduatorie dei concorsi pubblici per il reclutamento di personale siano esposte in termini articolati, con riferimento distinto agli esiti delle prove d'esame, alla somma dei punteggi relativi a queste ultime e di quelli relativi ai titoli e alla graduatoria finale con l'applicazione delle riserve, precedenze e preferenze – per quanto concerne i concorsi relativi al personale educativo e scolastico si prevede esclusivamente l'indicazione distinta delle riserve, precedenze e preferenze applicate; la pubblicazione in oggetto è effettuata sia sul Portale Unico del Reclutamento sia sul sito internet istituzionale dell'amministrazione procedente, in un'area ad accesso riservato ai partecipanti e in base alle funzionalità del suddetto Portale; è esplicitamente richiamato il principio di minimizzazione dei dati personali. Inoltre, la suddetta novella di cui al capoverso 5-*quater* estende l'ambito delle clausole di riserva di posti previste dal bando – clausole finora relative ai soli posti oggetto dei bandi –, prevedendone l'applicazione, nella misura di un quinto del totale degli idonei non vincitori di cui sia possibile l'assunzione, alla quota di graduatoria relativa ai medesimi idonei non vincitori²⁴».

La costruzione della graduatoria²⁵ costituisce, pertanto, la fase conclusiva del procedimento concorsuale ed è, successivamente, sottoposta all'approvazione del dirigente dell'ufficio che ha bandito il concorso. Si tratta di una procedura di amministrazione attiva, di natura costitutiva, mediante il quale la P.A. «fa proprio l'operato della commissione giudicatrice. Tale funzione di

sanitarie locali; c) di personale amministrativo nelle università; d) di personale negli enti, aziende, agenzie, strumentali e vigilati dalle regioni, dalle province e dagli enti locali; e) di personale negli enti parco». Altresì, come disposto dall'art. 4, comma 9, del decreto-legge 25/2025 (in vigore dal 15 marzo 2025), «alle graduatorie dei concorsi per il reclutamento di personale nelle amministrazioni pubbliche, approvate nell'anno 2024 e nell'anno 2025, non si applica il limite di cui all'articolo 35, comma 5-ter, quarto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». Riguardo invece all'ambito delle pubbliche amministrazioni il riferimento è, in via generale, al citato D.Lgs. n. 165/2001, nella nozione ivi posta all'art. 1, comma 2 (cfr., *supra*, in nota n. 15).

²³ Unica porta di accesso per il reclutamento del personale della PA rivolta a cittadini e Pubbliche Amministrazioni raggiungibile all'indirizzo internet: www.inpa.gov.it.

²⁴ Si ricorda che, con riferimento ai vincitori, le clausole di riserva possono trovare applicazione nel limite massimo del cinquanta per cento dei posti indicati in bando, ai sensi dell'art. 5 del regolamento di cui al D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, e successive modificazioni.

²⁵ Per una esaustiva trattazione si rinvia a P. IORIO, *Pubblici impieghi, l'elaborazione della graduatoria definitiva tra obbligo di pubblicazione dei nominativi dei candidati e applicazione delle modificate riserve o preferenze previste dal d.P.R. n. 487/1994*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, anno XV, pubblicato in data 11.12.2023.

controllo globale sulle operazioni concorsuali comporta che il dirigente, cui spetta l'approvazione della graduatoria, debba essere persona diversa da chi ha eventualmente presieduto la commissione esaminatrice, per l'evidente incompatibilità soggettiva derivante dalla posizione di chi riveste contemporaneamente la posizione di controllore e di controllato»²⁶.

È evidente che, nell'ottica di un futuro scorrimento da parte dell'ente che ha indetto la selezione sarà rilevante la posizione del candidato.

In linea con quanto in parola è, poi, l'ulteriore disposizione aggiunta²⁷ dopo il comma 5-ter dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001: «5-sexies. *La graduatoria si intende utilmente scorsa quando, entro il limite temporale di validità, l'amministrazione titolare individua, o cede ad amministrazioni terze, candidati idonei individuati nominativamente, in ordine di graduatoria, per la successiva convocazione da parte dell'amministrazione procedente, a nulla rilevando il momento della stipula del contratto di assunzione*».

Viene quindi precisato che il parametro temporale rilevante per accertare l'utilizzo o lo scorrimento di una graduatoria, prima della cessazione della sua efficacia, non coincide con la data di stipulazione del contratto di lavoro subordinato.

Il dossier parlamentare chiarisce che «la novella (...) individua gli atti amministrativi che, al fine del legittimo utilizzo della graduatoria, devono essere adottati entro il termine di validità della medesima. A seconda della fattispecie sottostante, l'atto in questione è costituito dall'individuazione, da parte dell'amministrazione titolare della procedura concorsuale, o dalla cessione da parte di quest'ultima ad amministrazioni terze, di candidati idonei designati nominativamente, in ordine di graduatoria, per la successiva convocazione (da parte dell'amministrazione procedente all'assunzione); la novella specifica che la stipulazione del contratto di assunzione può intervenire successivamente alla scadenza del suddetto termine di validità».

5. Il valore dello scorrimento come meccanismo di razionalizzazione.

Nel panorama della Pubblica Amministrazione, lo scorrimento delle graduatorie rappresenta una leva fondamentale per garantire un reclutamento²⁸ più rapido ed efficace, riducendo i costi e i tempi legati alla reiterazione di procedure concorsuali.

²⁶ Il virgolettato è tratto da V. TENORE (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, EPC Editore, Roma, 2020.

²⁷ Norma introdotta dall'art. 3, comma 1, numero 4, del decreto-legge n. 25/2025.

²⁸ Per approfondimenti sul tema si rimanda a: A. BELLAVISTA e A. RICCOBONO (a cura di), *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo*, Giuffrè Editore, Milano, 2024 – A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2021 - L. BUSICO e V. TENORE, *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2006 - V. TENORE (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, EPC Editore, Roma, 2024 - L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, Padova, 2019 - L. GALANTINO (continuato da M. La Notte), *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2019.

Se il concorso pubblico è il mezzo attraverso cui vengono selezionati i candidati più meritevoli, la possibilità di attingere a una graduatoria già formata per future assunzioni rappresenta lo strumento atto a consentire la massima valorizzazione del lavoro svolto dalle commissioni esaminatrici e dai partecipanti.

L'eventuale limitazione dello scorrimento, più volte paventata dal legislatore, rischia di generare effetti controproducenti sotto molteplici aspetti. Si va dallo spreco di risorse e talenti (come ben noto, selezionare candidati attraverso un concorso pubblico è un processo lungo e complesso, che coinvolge commissioni, strutture organizzative e investimenti economici significativi. Impedire di attingere a graduatorie efficaci per future assunzioni significa vanificare tale sforzo), alla inefficienza amministrativa (le strutture pubbliche devono far fronte a esigenze di personale che possono emergere anche dopo la conclusione di un concorso. Il blocco dello scorrimento obbliga a indire nuove selezioni, con tempistiche che possono rallentare il normale funzionamento delle università e compromettere la qualità dei servizi offerti). C'è poi da considerare l'aspetto della precarizzazione del lavoro pubblico (in assenza di una flessibilità nelle assunzioni tramite scorrimento, le amministrazioni sono spesso costrette a ricorrere a contratti a tempo determinato, o ad altre forme di lavoro precario per sopperire alle carenze di personale) e fino all'impatto sulla stabilità del lavoro pubblico (una Pubblica Amministrazione efficiente e moderna non può prescindere da un sistema di reclutamento chiaro, stabile e meritocratico. Il meccanismo delle graduatorie scorribili garantisce la continuità dell'azione amministrativa, permettendo di ridurre il precariato e assicurare maggiore stabilità lavorativa ai candidati idonei).

Inoltre, dal punto di vista psicologico e motivazionale, la possibilità di essere assunti in un secondo momento riduce il senso di frustrazione tra i candidati. Essere a conoscenza della possibilità che esiste una concreta possibilità di scorrimento incentiva una maggiore partecipazione ai concorsi pubblici, evitando il fenomeno dello scoraggiamento e della sfiducia nel sistema.

La possibilità, infine, di scorrere le graduatorie rende il settore pubblico più attrattivo per i giovani talenti. Molti giovani, oggi, appaiono scoraggiati dal partecipare ai concorsi a causa dell'incertezza sulle possibilità di assunzione, soprattutto in caso di posti limitati. Nella ipotesi di uno scorrimento più ampio e sistematico, aumenterebbe l'interesse verso la Pubblica Amministrazione come sbocco lavorativo stabile e meritocratico.

Nel caso del personale tecnico amministrativo delle università, istituzioni particolari²⁹, oggetto del presente lavoro, questa esigenza è ancora più evidente anche in relazione

²⁹ Sulla singolare natura degli Atenei si rimanda a: G. AJANI - R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione particolare*, in *Federalismi.it*, ISSN 1826-3534, n. 14/2017.

all'autonomia, costituzionalmente garantita, degli Atenei in cui la continuità operativa è fondamentale per il corretto svolgimento delle attività didattiche, amministrative e di ricerca.

Senza un sistema di assunzioni flessibile, il rischio è quello di avere uffici e laboratori con organici sottodimensionati, con ripercussioni negative sia per il personale docente e studentesco, che per l'efficacia dell'intero sistema.

Vero è che, come più volte ribadito dall'Ufficio Legislativo del Ministro per la Pubblica Amministrazione, «la *ratio* sottesa all'introduzione della misura limitativa del numero di idonei è da rinvenirsi nell'esigenza di limitare il numero degli idonei ai concorsi entro il 20 per cento dei posti successivi all'ultimo di quelli banditi, in modo da non ingenerare illegittime aspettative nei candidati che hanno raggiunto la soglia del punteggio minimo ma senza collocarsi utilmente in graduatoria e di consentire alle amministrazioni la scelta dei “migliori”. Ciononostante, nel bilanciamento degli interessi in gioco, il legislatore ha inteso operare delle deroghe a tale principio ogni qual volta il mancato scorrimento delle graduatorie oltre i limiti consentiti ingeneri nell'ente o nell'amministrazione che bandisce il concorso un “maggior danno” rispetto al “beneficio” garantito dall'assunzione di soggetti che abbiano mostrato rendimento e preparazione maggiore rispetto a quelli, seppur idonei, collegati al fondo delle graduatorie. È questo il caso di procedure concorsuali con numeri particolarmente esigui, bandite da enti di piccole dimensioni, per le assunzioni di categorie particolari di lavoratori (sanitari, insegnanti, ricercatori)».

Stando al tenore letterale della norma, prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto Ministeriale, le Università non risultavano direttamente destinatarie del disposto normativo, quantomeno con riferimento al personale tecnico-amministrativo.

Attraverso una *lettura di sistema*, per dirla con il parere del citato Ufficio Legislativo, con espresso riguardo e limitatamente alle Università, si riteneva «di potersi valorizzare, più che il dato formale, la finalità cui ha inteso rispondere la modifica apportata al disposto originario, ovvero di consentire alle realtà locali o “piccole”, che spesso finiscono per subire una scopertura dei fabbisogni di personale anche a seguito dell'espletamento dei concorsi, di non subire una ulteriore limitazione nelle assunzioni in ragione della mancata possibilità di scorrimento delle graduatorie oltre un certo limite, soprattutto nei casi di procedure caratterizzate da posti messi a bando particolarmente esigui».

Del resto l'introduzione di eventuali vincoli rigidi allo scorrimento delle graduatorie, limitando la possibilità di assumere idonei già selezionati, minerebbe la stabilità lavorativa, generando un effetto domino che si ripercuote su tutta la struttura universitaria. Senza la possibilità di garantire un turnover fluido e programmato, le amministrazioni universitarie si troverebbero sempre più spesso a dover fronteggiare emergenze occupazionali, con un impatto negativo sulla qualità dei servizi e sulla gestione delle risorse umane.

6. Rilievi conclusivi.

Così come un'automobile, che per funzionare al meglio ha bisogno di una manutenzione programmata e ben pianificata, anche la normativa che regola i meccanismi dello scorrimento delle graduatorie nel pubblico impiego deve essere costantemente aggiornata.

Sarebbe ideale non porre in essere una serie di piccole modifiche, sovente non ben coordinate tra loro, ma una revisione organica che garantisca stabilità e chiarezza normativa³⁰ nel lungo periodo.

Il sistema dei concorsi pubblici è il motore che alimenta la Pubblica Amministrazione: la sua efficienza dipende dalla qualità della regolamentazione che lo disciplina.

Un buon meccanico sa che non basta cambiare un pezzo qua e là: è necessario avere una visione d'insieme per essere certi che ogni componente operi in armonia con gli altri. Lo stesso

³⁰ Per una puntuale ricognizione delle norme che disciplinano l'istituto della utilizzazione delle graduatorie concorsuali, è necessario partire dal D.P.R. n. 3/1957, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato. L'art. 8 prevede, infatti, la facoltà per l'amministrazione di «*conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria [...]*». Questo disegno normativo tipicizza l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, riferito alle sole ipotesi della disponibilità di posti alla data di approvazione della graduatoria o, come si precisa al comma terzo, in caso di *scoperture* generate da rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori. In questo caso «*l'amministrazione ha facoltà di procedere [...] ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa*». È poi la Legge n. 3/2003³⁰ ad ampliare il perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto dello scorrimento, estendendo la possibilità di utilizzo anche delle graduatorie approvate da enti diversi da quelli che hanno espletato il concorso. A termini dell'art. 9, comma 1, della legge in commento «*[...] in materia di programmazione delle assunzioni, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge n. 400/1988 su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*». L'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003 chiarisce, poi, che «*[...] in attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'articolo 9 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate [...] possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate*». La evocata possibilità è stata confermata, negli anni successivi, anche dall'art. 14, comma 4-bis, del Decreto Legge n. 95/2012³⁰: «*[...] le amministrazioni pubbliche [...] che non dispongono di graduatorie in corso di validità, possono effettuare assunzioni con le modalità previste dall'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003, anche con riferimento ai vincitori di concorso presso altre amministrazioni [...]*». L'art. 1, comma 10-octies, del Decreto-Legge n. 162/2019 stabilisce, altresì, che «*a decorrere dal 1° marzo 2020, le amministrazioni pubblicano i bandi di mobilità [...] nel portale internet del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. A tale fine, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata [...], sono disciplinate le modalità di pubblicazione nel portale, [...], degli avvisi di mobilità adottati dalle pubbliche amministrazioni, dei bandi di concorso per l'accesso al pubblico impiego, delle relative graduatorie di merito e delle graduatorie degli idonei non vincitori ai quali le amministrazioni possono attingere, ai sensi dell'articolo 3, comma 61, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, nei limiti di validità delle graduatorie medesime [...]*». Un importante riferimento si coglie, infine, nell'art. 17, comma 1-bis, del richiamato Decreto-Legge, a tenore del quale «*per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4 dell'articolo 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*». È evidente, per quanto appena detto, che il disposto normativo consente agli enti locali di disapplicare la disposizione dell'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000, con la possibilità di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei «*posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso*».

principio dovrebbe essere applicato alla normativa: solo con una revisione ben strutturata si potrà garantire una macchina amministrativa efficiente, affidabile e al passo con le esigenze del Paese.

Lo scorrimento di una graduatoria di concorso è un meccanismo fondamentale nella gestione del reclutamento nella PA, perché consente di coprire posti vacanti attingendo dalla graduatoria già approvata, senza dover bandire un nuovo concorso.

Perché è importante? Riduce i tempi e i costi (evita di indire nuovi concorsi, accelerando l'assunzione di personale e riducendo le spese pubbliche), premia il merito (chi ha superato il concorso, ma non è rientrato nei primi posti, ha comunque la possibilità di essere assunto sempre in caso di nuovi posti disponibili o di rinunce³¹), garantisce continuità amministrativa (gli Enti possono coprire rapidamente le necessità di personale senza che i servizi risentano di margini di inefficienza) ed, infine, evita la dispersione delle competenze (i candidati idonei hanno già dimostrato di possedere le conoscenze richieste, quindi lo scorrimento – nei limiti di validità³² stabiliti dalla legge valorizza il loro percorso senza dover ripetere il processo selettivo).

Quando avviene lo scorrimento? Tale meccanismo si applica quando un vincitore rinuncia o non prende servizio; nella ipotesi in cui si liberano nuovi posti per ampliamento dell'organico o, infine, nel momento in cui la pubblica amministrazione decide di utilizzare la graduatoria per coprire ulteriori necessità entro.

Ragioni di certezza del diritto e di complessiva armonizzazione normativa inducono a confermare che nelle graduatorie finali dei concorsi pubblici, banditi a far data dal 17 agosto 2023, saranno considerati idonei i soli candidati ricompresi nella misura del venti per cento dei posti messi a concorso.

Detto limite non si applica, però, alle procedure di reclutamento che prevedano un numero di posti messi a concorso inferiore a venti unità promosse da Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. Così come non è applicabile agli Enti Locali con popolazione inferiore a tremila abitanti e alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico (compreso quello impiegato nei servizi educativo-scolastici gestiti direttamente dai comuni e dalle unioni di comuni), dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico. Escluse anche le procedure finalizzate al reclutamento, sempre non superiore a venti risorse umane, di personale del profilo tecnologo, tecnico e amministrativo negli enti di ricerca; amministrativo, tecnico e professionale nelle aziende sanitarie locali, amministrativo nelle università e, infine, di quelli in organico ad enti, aziende, agenzie, strumentali e vigilati dalle regioni, dalle province e

³¹ Per un approfondimento sul punto si rimanda a: P. IORIO, *Enti Locali, le dimissioni dal servizio a seguito di assunzione in altra Amministrazione e la dibattuta applicazione della indennità di mancato preavviso*, in *Il Diritto Amministrativo*, ISSN 2039-6937, anno XV, pubblicato in data 17.01.2023

³² Per una puntuale disamina della normativa relativa alla validità delle graduatorie degli Enti Locali si rimanda a: P. IORIO, *Concorsi pubblici, le graduatorie degli Enti Locali conservano una efficacia biennale*, in *Amministrazione in Cammino*, ISSN 2038-3711, pubblicato in data 19 luglio 2023.

dagli enti locali, nonché del personale negli enti parco. Restano esclusi dal campo d'applicazione della norma anche i comuni con popolazione inferiore a tremila abitanti e le procedure per l'effettuazione di assunzioni a tempo determinato. Non sono ricomprese neppure alle selezioni per personale sanitario, socio-sanitario, educativo, scolastico e dei ricercatori, nonché del personale in regime di diritto pubblico.

Lo ha chiarito, recentemente, il Decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 13 settembre 2024, in vigore dal successivo 27 dicembre.

L'aspetto di maggiore rilevanza in materia è costituito dall'emanazione del recentissimo decreto-legge n. 25/2025³³, in vigore dal 15 marzo 2025³⁴, recante «Disposizioni urgenti in materia di reclutamento e funzionalità delle pubbliche amministrazioni», il quale ha fatto registrare significative innovazioni normative alle norme di cui si discute.

L'art. 4, comma 9, introduce nell'ordinamento la seguente disposizione: *«alle graduatorie dei concorsi per il reclutamento di personale nelle amministrazioni pubbliche, approvate nell'anno 2024 e nell'anno 2025, non si applica il limite di cui all'articolo 35, comma 5-ter, quarto periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»*. Come detto in precedenza, però, il legislatore è chiamato a chiarire se le esclusioni riguardano anche gli eventuali casi in cui le graduatorie di concorsi banditi dopo la suddetta data del 17 agosto 2023 siano state approvate prima del 1 gennaio 2024, considerata la portata di quest'ultima norma e quella della transitoria di esclusione.

Il percorso normativo che ha portato ad escludere dalla limitazione allo scorrimento le graduatorie del personale tecnico-amministrativo delle Università, rappresenta un esempio emblematico di come l'ingegneria legislativa possa influenzare in modo significativo il funzionamento della macchina amministrativa dello Stato.

L'esclusione di questa categoria, nella ipotesi in cui i posti messi a concorso siano inferiori a venti unità, rappresenta la coerenza del sistema normativo ai principi di merito, efficienza e valorizzazione delle competenze nel pubblico impiego.

Sul punto val anche la pena evidenziare che già prima del citato DM il CoDAU, convegno permanente dei direttori generali delle amministrazioni universitarie, come riportato in alcuni bandi di concorso di Università, aveva richiesto al Dipartimento della Funzione Pubblica un parere sull'applicabilità dell'articolo 35, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 165/2001 alle procedure selettive che riguardavano il personale tecnico ed amministrativo degli Atenei. L'ufficio legislativo di palazzo Vidoni nell'esprimersi in merito aveva ritenuto che «nelle more dell'adozione del decreto ministeriale (...), sia condivisibile l'applicazione dell'esclusione di cui al quinto periodo del comma 5-ter dell'articolo 35 anche con riferimento ai concorsi banditi dalle Università,

³³ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 61 del 14 marzo 2025.

³⁴ In ossequio alla previsione dell'art. 22 del medesimo decreto-legge, secondo cui l'altrata in vigore è fissata nel «(...) giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (...)», con conseguente presentazione alle Camere per la conversione in legge entro 60 giorni.

ovviamente al verificarsi delle ulteriori condizioni richieste dalla norma (concorsi con posti banditi inferiori a venti unità)».

In ultimo, appare meritevole di considerazione la possibile evoluzione normativa cui possono essere soggette le disposizioni di un decreto-legge nel corso del procedimento di conversione, in virtù delle dinamiche parlamentari e dei limiti costituzionali che ne disciplinano l'iter.

Il procedimento di conversione, come noto, rappresenta un momento di profonda dialettica normativa, nel quale le disposizioni originariamente adottate dal Governo possono subire modificazioni anche sostanziali. Tale fenomeno trova fondamento nella peculiare natura del decreto-legge, atto avente forza di legge emanato dal Governo in casi di straordinaria necessità e urgenza, ma sottoposto alla verifica parlamentare ai sensi dell'art. 77, comma 2, della Costituzione. Dal momento della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, il decreto-legge acquista immediata efficacia, vincolando i destinatari alle sue previsioni. Tuttavia, la necessità della conversione parlamentare in legge, da realizzarsi entro il termine perentorio di sessanta giorni, apre la strada a un processo di revisione che può incidere profondamente sulla configurazione originaria del testo normativo. Durante l'iter di conversione, il Parlamento ha la facoltà di: confermare il testo originario (approvando senza modifiche il decreto-legge); modificare parzialmente o integralmente alcune disposizioni (introducendo emendamenti che ne ridefiniscono il contenuto normativo); abrogare disposizioni ritenute non opportune o eccessivamente onerose (espungendo intere parti del decreto-legge) o di aggiungere nuove norme (anche su materie non strettamente correlate all'oggetto principale del decreto, dando luogo a fenomeni di eterointegrazione normativa). L'ampiezza delle modifiche dipende da molteplici fattori, tra cui la volontà politica delle forze parlamentari, le sollecitazioni provenienti dalle parti sociali e dagli stakeholders coinvolti, nonché l'eventuale necessità di adeguare il testo a sopravvenute esigenze di bilanciamento degli interessi in gioco. Anche se l'intervento parlamentare sulla disciplina del decreto-legge è teoricamente libero, tuttavia incontra alcuni limiti fondamentali: il rispetto del principio di omogeneità (come sancito dalla giurisprudenza costituzionale le modifiche introdotte in sede di conversione non possono alterare la coerenza tematica del decreto, pena la violazione dell'art. 77 Cost.); il divieto di conversione tacita o implicita (qualora il Parlamento non intervenga entro i sessanta giorni, il decreto-legge decade *ex tunc*, perdendo efficacia sin dall'origine) e l'inammissibilità di emendamenti estranei alla materia disciplinata dal decreto (benché la prassi parlamentare abbia spesso dato luogo al fenomeno dei *cd. "maxi-emendamenti"*, contenenti disposizioni non strettamente correlate al testo originario, tale prassi è stata più volte censurata sotto il profilo dell'abuso della decretazione d'urgenza). Per quanto detto, pertanto, la fase di conversione rappresenta un momento essenziale del controllo

parlamentare sulla decretazione d'urgenza, in cui le disposizioni possono subire profonde modificazioni, talvolta mutando significativamente rispetto al testo originario.

queste istituzioni

The Italian case

Alessandro Albano

Numero 1/2025

4 aprile 2025

Context

Here follows the text of the presentation (entitled *The Italian case* in the session dedicated to the theme *Strengthening NPMs' role in oversight and advocacy*) held in Strasbourg (France) by Alessandro Albano at the workshop *Tackling overcrowding in European prisons: strengthening NPMs' role in safeguarding rights and ensuring effective oversight* organized in the framework of the *European Forum of National Preventive Mechanisms (NPM)*. The workshop, held at the Agora building (Council of Europe) from 5 to 6 February 2025, gathered over 80 participants representing European NPMs, experts in criminal justice, policymakers, and other stakeholders to address the persistent issue of overcrowding in detention facilities. Alessandro Albano represented the National Guarantor for the Rights of Persons Deprived of Liberty (Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale - GNPL) which is the Italian National Preventive Mechanism under the Optional Protocol to the UN Convention against Torture (OPCAT).

First of all, I'm going to summarize and clarify the recent history of prison overcrowding in Italy that is strictly linked to the development of the National Guarantor for the rights of persons deprived of liberty namely the Italian NPM¹. These two stories are then connected to the case-law of the Strasbourg Court.

Let's see how.

1. The pilot judgement of the Strasbourg Court on prison overcrowding and its effects.

The milestone date was 8 January 2013, when the European Court of Human Rights (ECtHR), in its Pilot Judgement *Torreggiani and Others v. Italy*, decided for the violation of Article 3 of

* Head of the Study Office of the Italian National Preventive Mechanism under UN-OPCAT (the National Guarantor for the Rights of Persons Deprived of Liberty).

This article has been reviewed and approved by the editorial board.

¹ On the National Guarantor, see A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. L'esperienza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL). Prima parte*, in *Studium iuris*, 2021, n. 10, 1161 and *Seconda parte*, in *Studium iuris*, 2021, n. 11, 1299. See also A. ALBANO, M. PALMA, *What does visible mean?*, in *Queste Istituzioni*, 2022, n. 3, 7. On the OPCAT system see A. ALBANO, D. DE ROBERT, M. PALMA (edited by), *Nelle mani altrui*, series *Da dove*, vol. n. 4 – Quaderno del GNPL, Rome, 2022; see also the study of the current President of the National Guarantor R. TURRINI VITA, *Il Protocollo addizionale contro la tortura*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-2, January-August 2002, 35.

European Convention of Human Rights (ECHR) basically due to systemic prison overcrowding and to the lack of domestic remedies against it². Thousands of cases, all concerning the lack of living space in prison cells, were pending before the European Court revealing the existence of a structural or systemic problem. As we know, the Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted. At that time, Italy lacked any effective domestic remedies to address prison overcrowding, whether preventive or compensatory. Therefore, the Strasbourg Court was able to resort to the pilot judgement procedure provided for by art. 61 of the Rules of Court. The pilot judgement *Torreggiani* recalled, among other things, «the Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, which call upon States to urge prosecutors and judges to make as much use as possible of alternative measures to detention and to reorient their penal policy towards the minimum use of imprisonment with the aim, inter alia, of solving the problem of the growth of the prison population, referring in particular to the 1999 Committee of Ministers *Recommendation concerning prison overcrowding and prison population inflation* and the subsequent 2006 *Recommendation on the use of remand in custody*»³.

Italy presented an Action Plan – followed by an Action Report – basically consisting of four lines of action⁴.

1. Legislative actions aimed at: a) reducing prison entry flows b) and improving the access to community sanctions and measures (in other words «front door strategies» and «back door strategies»⁵).

2. Building actions, mainly focused on refurbishing the existing prisons or rebuilding part of them rather than to expand the prison estate. The *arrière-pensée*, the idea behind these building actions was to make these prisons capable of offering detention conditions basically centered on meaningful out-of-cell activities. This line of action should be read in connection with the third one.

² *Torreggiani and Others v. Italy*, 8 January 2013 (*Applications no. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10*). It is important to point out one circumstance: this pilot judgement was preceded by another judgement that for the first time established a violation of Article 3 of the European Convention due to an exclusive problem of lack of space in a single prison not associated with other critical issues. It was the *Sulejmanović case – Sulejmanović v. Italy*, 16 July 2012 (*Application no. 22635/03*).

³ *Recommendation R (99) 22 concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation* and *Recommendation Rec (2006) 13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*.

⁴ See *Progress of the Action Plan submitted to the Department for the Execution of Judgements of the ECHR (Judgement Torreggiani and Others v./Italy 43517/09)*, DH-DD(2014)471, 8 April 2014 and *Consolidated Report on the Execution of the ECtHR Pilot Judgement Torreggiani and Others v./Italy 43517/09*, DH-DD(2015)1251, 20 November 2015 in hudoc.exec.coe.int.

⁵ D. VAN ZYL SMIT, S. SNACKEN, *Principles of European prison law and policy. Penology and human rights*, Oxford University Press, 2011, 87.

3. Managing and organizational actions through the implementation of more open prison regimes, in particular for prisoners who are classified under “medium or low security” measures, firstly by redefining the function of prison cells as places which inmates should primarily use for their rest instead of being confined to them all day, and secondly on assuring compliance with the European Prison Rules. These actions are intended to implement a prison regime in line with the idea that punishment should aim at social resettlement, emphasising that overcrowding is not only a matter of cell space but also of time spent outside cells engaged in meaningful activities.

4. The fourth line of Action was to establish a system of preventive and compensatory remedies. The “preventive remedies” are basically three: 1) a judicial application aimed to effectively stop any violations; 2) the implementation of a computerised system able to give a clear and continuously updated overview of the prisoners’ accommodation parameters, as well as information about positive or problematic events during prisoner’s daily life (family visits, activities and so on, and on the contrary lack of contacts, change of behaviour et cetera); 3) the provision of an internal independent and continuous monitoring of the places of deprivation of liberty (in line with OPCAT).

Furthermore the “compensative remedy” is a judicial measure for individuals who have suffered prison conditions that violate Article 3 of the Convention. This remedy can provide, not only and not primarily financial compensation, but also a reduction of the sentence, for those who are still detained.

On 8 March 2016, the Council of Europe decided to close the examination of the *Torreggiani* case adopting a Resolution⁶ that welcomed the establishment of a combination of effective remedies, preventive⁷ and compensatory⁸. From the point of view of non-jurisdictional preventive remedies, the Council of Europe, in particular, noted with satisfaction the

⁶ *Resolution CM/ResDH(2016)28*, Execution of the judgements of the European Court of Human Rights, Two cases against Italy (Adopted by the Committee of Ministers on 8 March 2016 at the 1250th meeting of the Ministers’ Deputies).

⁷ The jurisdictional preventive remedy was established in the Prison Act by Law-decree 23 December 2013, n. 146 converted into Law 21 February 2014, n. 10. The new article 35-bis of the Prison Act – together with other rules – after the complaint lodged by the detainee, allows the Supervisory Judge to a) put an end to a situation, which is possibly violating article 3 of the Convention; b) order the prison authorities to redress a situation not respectful of the applicant’s rights; c) transfer the person to another prison in case of cramped conditions of detention, obviously taking into account his/her family bounds and sentence plan.

⁸ The jurisdictional compensatory remedy was provided by the article 35-ter of the Prison Act introduced by the Law decree 26 June 2014, n. 92 converted into Law 11 August 2014, n. 117. This new article 35-ter establishes a compensation that gives the prisoner the possibility to have his/her sentence shortened if the prison conditions violated article 3 of the Convention, as interpreted by the ECtHR case-law. The possible reduction shall be of one day every ten. This compensation can be requested to the Supervisory Judge by those who have spent at least 15 days in such conditions and are still serving a sentence. If the time spent in custody before the end of the sentence does not allow the prisoner to shorten his/her sentence length, the Judge shall define a monetary compensation of 8 Euros for each day of violation. Those who have experienced these conditions during their remand detention, and have fully served their time in prison, may apply, within six months after the end of their detention, to the ordinary Civil Judge who shall define the same compensation by applying the same criteria, in full compliance with the jurisprudence of the ECtHR.

establishment of a system of computerised monitoring of the living space and conditions of detention of each detainee as well as the establishment of an independent national mechanism of supervision of detention facilities – the National Guarantor (GNPL) – which will allow the competent authorities promptly to take the necessary corrective measures.

The establishment of the NPM in Italy is primarily due to the pressure coming from the European Court’s case-law on prison overcrowding. And that’s why I initially said that with respect to Italy there is a special link between severe overcrowding, the development of the NPM and the ECtHR.

2. An overlook on figures.

Let us have a look to some data on the Italian case. Before I have to clarify some important aspects. How does Italy calculate the capacity of its prison system? Since 1988 on the basis of a provision of the Prison Administration establishing the criterion of 9 square metres for a single cell plus 5 square metres for each additional person. It’s something like the “design capacity” but it’s not the “design capacity”, neither is it the “operational capacity”. It’s a simple and abstract criterion given by the Prison Administration in the Nineties, when Italy had a prison capacity of about 30.000 places and about 25.000 detainees⁹. It’s a criterion not established by law, so detainees do not have a legal right to that space. In reality, prisoners in Italy, do not have 9 plus 5 square metres at their disposal. But how can Italy determine how much space, prisoners actually have? By consulting the said computerised system implemented by the Penitentiary Administration which is regularly used by the NPM to monitor the “state of play” in prison and to ensure the correct implementation of the same computerised system.

Now we can consider in the right way the figures of the Italian penitentiary system¹⁰.

Therefore, although I have them, I will not give you the data on prison density because they are not very meaningful. I will give you the data about the space that prisoners really have in their cells¹¹.

In 2013, at the time of the *Torreggiani* judgement, Italy had 66,585 inmates and there was no computerised system.

⁹ In 1990 Italy had 29,836 places (it was calculated with the criterion of “9 plus 5 square metres”) and 25,804 detainees.

¹⁰ See www.giustizia.it, www.garantenazionaleprivatiliberta.it as well as A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema “irrisolvibile”*, Giappichelli, Torino, 2021.

¹¹ On the subject of overcrowding in Italy, the most comprehensive book is A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, cit. Furthermore, for interesting critical insights see R. TURRINI VITA, *Adeo iam fracta est aetas*, in *Queste Istituzioni*, n. 3, 2021, 8. For further ideas on the topic of media communication on overcrowding, see also F. PICOZZI, *Alcune considerazioni sulla narrazione mediatica del sovraffollamento degli istituti penitenziari*, in *Queste Istituzioni*, 2024, n. 4, 96.

If we check on the said computerised system, we can see that on 30 April 2016 there were 53,495 detainees. The 17% (9,267) of them had less than 4 sqm of living space per inmate. Therefore the 83% (44,228) of inmates had at their disposal more than 4 sqm.

Furthermore, we can see that on 20 December 2024 there were 61,454 inmates: 61 detainees were living under 3 square metres per person, the 25 % (15,314) of detainees had between 3 and 4 square metres and the 75% (46,079) of inmates had more than 4 square metres.

At the same time, probation and community sanctions had been expanding as alternatives to imprisonment without reducing the number of people in prison.

In fact, on 1 January 2013, there were a total of 26,028 community sanctions or measures.

In January 2016, community sanctions or measures had risen to 39,338.

On 31 December 2024 community sanctions or measures had risen to 93,880.

And what does it mean?

1) From the Nineties until today, the prison population has practically doubled.

2) From the Torreggiani judgement to the present day, the consistent increase of community sanctions and measures has not reduced overcrowding, it has only increased the area of penal control.

3) Out of 61,852 detainees, 19,703 are foreigners and 42,061 are convicted with a final sentence, but we have to consider that in Italy there are three degrees of judgement. It should be emphasised that there are 9,473 waiting a sentence.

4) There are no internationally agreed precise definitions of what constitutes overcrowding, therefore it's important to understand if we are speaking about overcrowding according to the ECtHR definition (3 square meters), according to the CPT definition (6 plus 4 square meters) or according to the Italian abstract criterion (9 plus 5 square meters).

5) According to the recent SPACE annual penal statistics Italy has communicated the data referred to the regulatory capacity calculated according to the criterion of 9 plus 5 square meters without considering the unavailable places.

3. What can a National Preventive Mechanism do?

It's worth asking what we can do in such a situation. In this connection I always remember the story of *the knight and the sparrow* told by Antonio Cassese, that was a metaphor about the protection of human rights: "One does what one can"¹². Therefore, what can a National preventive mechanism do?

1) It must carry out monitoring visits and making recommendations, in a *constant struggle* to help the Prison Administration to better *see what is in front of one's nose*, quoting George Orwell.

¹² A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari 2019, 231 and *Podcast – Antonio Cassese: The Stubborn Sparrow – Episode 0: the Knight and the Sparrow*, www.irpa.eu.

2) It can regularly use the said computerised system in order to keep the Penitentiary Administration's occupancy levels under control and to publish the real state of play of prison overcrowding.

3) It can submit proposals and observations concerning existing or draft legislation.

4) It can recall the international relevant standards, tools and reports: the *European prison rules*, the *Recommendation R (99) 22 concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation*, the *Recommendation Rec (2006) 13 on the use of remand in custody*, the *White Paper on prison overcrowding*, the *CPT standards on Living space per prisoner in prison establishments* published on 15 December 2015 (CPT/Inf (2015) 44) as well as the very important *annual report of the CPT n. 31* having a whole chapter about *Combating prison overcrowding* containing two sections: *Establishing thresholds* and *Putting an end to overcrowding*. In particular, the National Guarantor has recently addressed to our Parliament an opinion recalling the latter significant tool, sharing the conclusions of the CPT, that sum up everything important about the matter¹³. It goes as this: *The Committee's visits demonstrate that the phenomenon of overcrowding should be examined discerningly: a country may not have an overcrowding problem in the entire prison system, but it is not unusual for the Committee to find that particular prisons, parts of a prison or even an individual cell or dormitory are overcrowded. [...] The way forward must start with a detailed overview of the situation of occupancy levels. To this end, it is crucial to use a common measuring rod when it comes to the minimum amount of living space that should be offered to each prisoner and to determine with precision the actual level of overcrowding in each prison cell, in each prison and in the prison system as a whole. [...] The minimum amount of living space per prisoner should be monitored in the light of the CPT standards and the Court's case-law, and the official capacities of all prison establishments revised accordingly. The Committee considers that, for every prison, there should be an absolute upper limit for the number of prisoners ("numerus clausus"), in order to guarantee the minimum standard in terms of living space, namely 6m² per person in single cells and 4m² per person in multiple-occupancy cells (excluding the sanitary annexe). Thus, whenever a prison has reached that limit, appropriate steps must be taken by the relevant authorities to ensure that a person, who has been newly remanded in custody or sentenced to imprisonment, is offered acceptable conditions of detention (including in terms of living space)*¹⁴. Finally, it's important to recall that prison overcrowding is neither just a problem for prison governors and prison administrations to solve, nor one that Governments can tackle alone. Instead, the CPT's experience has shown that combating prison

¹³ Audizione del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Camera dei Deputati – II Commissione Giustizia, Camera dei Deputati A.C. 552, Proposta di Legge d'iniziativa del deputato On.le Roberto Giachetti Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione della liberazione anticipata, e disposizioni temporanee concernenti la sua applicazione, Roma, 24 April 2024, www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

¹⁴ On the role of international soft law in the system of sources in the prison sector in Italy, see the recent book by A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, 141.

overcrowding requires a systemic approach. In terms of concrete actions this can mean that overcrowding is neither just a problem of space but it's also a matter of time, time spent outside the cells engaged in meaningful activities and hopefully in an empowering context that does not humiliate people, as Avishai Margalit teaches¹⁵.

Becoming aware of this is a very challenging task.

¹⁵ A. MARGALIT, *The Decent Society*, Harvard University, Press, 1998.