



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 35

**Settore Concorsuale:** 12/D1 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

LE DECISIONI AMMINISTRATIVE NELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA.

**Presentata da:** Margherita Gennai

**Coordinatore Dottorato**

Marco Cavina

**Supervisore**

Andrea Morrone

**Co-supervisore**

Marco Dugato

Esame finale anno 2025

## INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

### CAPITOLO PRIMO

#### L'AMMINISTRAZIONE QUANDO ESERCITA UNA SCELTA, FRA PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E PROCESSO DECISIONALE

<u>I – Evoluzione storica della decisione amministrativa come “atto di volontà con cui si esercita una scelta”.</u>	3
<u>II – Chi decide: dall'organizzazione liberale alla scomparsa del decisore “unico”.</u>	14
<u>III – L'ambito decisionale come spazio di confronto dinamico fra interessi.</u>	
III.1 – L'emersione del processo decisionale e la sua identificazione nel procedimento.	21
III.2 – La multiforme evoluzione delle funzioni del procedimento amministrativo.	42
III.3 – Dalla legalità formale alla legalità procedimentale.	46
III.4 – Il rischio di “rinchiudere” la decisione nel procedimento.	51
III.5 – Il potere discrezionale nel suo esercizio concreto: il “mito” della completezza dell'istruttoria.	60
III.6 – Si chiude l'istruttoria, residua il merito.	63
III.7 – Il “comportamento” dell'Amministratore decidente.	72
III.8 – Il processo decisionale oltre il procedimento.	78
III.9 – Decisioni collegiali e regolazione globale quali (tanto diverse) alternative alla proceduralizzazione dell'attività.	79

**CAPITOLO SECONDO**  
**LE DECISIONI DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA INERENTI AI**  
**DIRITTI, AGLI INTERESSI E AL TRATTAMENTO DELLA POPOLAZIONE**  
**DETENUTA.**

<b><u>I – La classificazione e l'organizzazione dei detenuti:</u></b> <b><u>un quadro introduttivo.</u></b>	<b>86</b>
<b>I.1 – I circuiti penitenziari.</b>	<b>87</b>
<b>I.2 – I regimi penitenziari.</b>	<b>98</b>
<b><u>II – Circuiti e regimi penitenziari:</u></b> <b><u>scelte neutrali per chi le subisce?</u></b>	<b>106</b>
<b>II.1 – L'irrilevanza (giuridica) della «classificazione».</b>	<b>107</b>
<b>II.2 – Regimi differenziati, fra discrezionalità e automatismi.</b>	<b>116</b>
<b><u>II.2.1 – Le (esigue) scelte dell'Amministrazione</u></b> <b><u>in tema di «carcere duro».</u></b>	<b>117</b>
<b><u>II.2.2 – La «sorveglianza particolare» al vaglio di determinatezza.</u></b>	<b>125</b>
<b><u>II.2.3 – Sottoposizione a regimi speciali</u></b> <b><u>e procedimento amministrativo.</u></b>	<b>128</b>
<b><u>III – I trasferimenti dei detenuti e la progressiva valorizzazione</u></b> <b><u>degli interessi privati.</u></b>	<b>137</b>
<b><u>IV – Le decisioni rimesse alle direzioni degli Istituti.</u></b>	<b>146</b>
<b>IV.1 – Decisioni del direttore e interessi di mero fatto.</b>	<b>147</b>
<b>IV.2 – Decisioni del direttore e interessi giuridicamente rilevanti.</b>	
<b><u>IV.2.1 – L'indifferenza per la distinzione fra diritti soggettivi</u></b> <b><u>e interessi legittimi.</u></b>	<b>149</b>
<b><u>IV.2.2 – La tutela “sicura” dei diritti.</u></b>	<b>153</b>
<b><u>IV.2.3 – Il sindacato della Magistratura di Sorveglianza:</u></b> <b><u>poteri organizzativi, degradazione e interessi legittimi oppositivi.</u></b>	<b>157</b>
<b><u>IV.2.4 – La tutela “incerta” degli interessi legittimi pretensivi.</u></b>	<b>162</b>

**CAPITOLO TERZO**  
**PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI, PROCESSI DECISIONALI E**  
**PROCESSI DI LAVORO NELL'AZIONE DELLE DIREZIONI DEGLI**  
**ISITUTITI PENITENZIARI.**

<b><u>I – Procedimenti amministrativi e processi decisionali.</u></b>	<b>172</b>
<b><u>II – Il fenomeno decisionale nei contesti organizzati.</u></b>	
II.1 – <i>Decision making e problem solving.</i>	175
II.2 – Caratteristiche delle decisioni.	176
II.3 – Decidere secondo un modello razionale.	
II.3.1 – <u>Dalla razionalità «pura» alla razionalità «limitata».</u>	179
II.3.2 - <u>Le fasi della decisione.</u>	182
II.3.3 - <u>Semplificare la realtà.</u>	186
II.3.4 - <u>Dalla razionalità «euristica» alla razionalità «ecologica».</u>	191
II.3.5 - <u>Decidere in situazioni di incertezza.</u>	194
II.4 - <b>Le influenze sul processo decisionale.</b>	
II.4.1 - <u>Le influenze personali.</u>	200
II.4.2 - <u>Le influenze ambientali.</u>	209
II.5 - <b>Decidere in ambito organizzativo: dalla decisione individuale al <i>team</i>.</b>	<b>212</b>
II.5.1 – <u>Costituzione e funzionamento dei gruppi: vantaggi e svantaggi della decisione collegiale.</u>	213
II.5.2 – <u>Il processo decisionale di gruppo.</u>	219
<b><u>III – Un approccio «razionale» alle decisioni in ambito penitenziario.</u></b>	
III.1 – <b>L'osservazione pluripartecipata della personalità e il trattamento del reo.</b>	<b>221</b>

<u>III.1.1 – Equipé, G.O.T. e programma di trattamento.</u>	223
<u>III.1.2 – La decisione di gruppo sulle attività trattamentali: il caso particolare del lavoro.</u>	228
<u>III.1.3 – Equipé e G.O.T. come «gruppi interattivi».</u>	238
<b>III.2 – L'accoglienza e lo smistamento dei detenuti.</b>	<b>241</b>
<u>III.2.1 – Primo ingresso e staff multidisciplinare.</u>	243
<u>III.2.2 – L'allocazione dei detenuti appartenenti al circuito Media Sicurezza.</u>	246
<u>III.2.3 – «Eurismi» e «trappole decisionali» nell'allocazione dei detenuti.</u>	250
<b>III.3 – Le decisioni individuali del direttore d'Istituto.</b>	
<u>III.3.1 – Discrezionalità e arbitrio nelle decisioni individuali.</u>	257
<u>III.3.2 – L'“investimento” decisionale.</u>	261
<u>III.3.3 – Dal processo decisionale al processo di lavoro.</u>	265
 <b>CONCLUSIONI</b>	 <b>273</b>

## INTRODUZIONE

In ambito amministrativo-burocratico, il processo decisionale, inteso come percorso per addivenire alla scelta di una fra le alternative legittimamente percorribili, inizia ad assumere specifica rilevanza nel periodo compreso fra la fine degli anni Trenta e i primi anni Cinquanta del Novecento, correlativamente alla configurazione dell'interesse pubblico come "prodotto di sintesi".

Se l'interesse perseguito dall'azione pubblica si va di fatto delineando nel concreto dipanarsi dell'attività di intercettazione e ponderazione della pluralità di interessi potenzialmente coinvolti nell'occasione della spendita di potere, non poteva non guardarsi (anche) a quella successione seriale di valutazioni e giudizi che conducono alla definizione del contenuto dispositivo della decisione finale.

Così, il processo attraverso il quale l'amministrazione decide guadagna progressiva centralità nelle riflessioni della dottrina, ed a maggior ragione quando, accanto agli interessi pubblici, si fanno strada, nella considerazione dell'amministrazione procedente, gli interessi privati potenzialmente intercettati dal risultato dell'esercizio del potere.

Di lì in avanti, però, l'attenzione degli interpreti per il processo decisionale si è concentrata, di fatto in via quasi esclusiva, sul procedimento amministrativo (o al massimo sul provvedimento): non che le ragioni non siano chiare, e perfettamente coerenti con le funzioni per l'assolvimento delle quali il procedimento è stato prima teorizzato e poi codificato; ma altrettanto sono evidenti le "perdite di conoscenza" che ciò ha comportato, per aver lasciato in ombra tutti quegli aspetti del processo decisionale che rimangono all'esterno del procedimento amministrativo.

Ipotizzando fra i due un rapporto di genere a specie, nel senso che il procedimento amministrativo è uno dei modi in cui può strutturarsi un processo decisionale, ma altrettanto assumendo come vero che il secondo ha comunque una capienza fenomenologica più ampia, si tenterà di dimostrare che anche relativamente all'attività amministrativa (pienamente) procedimentalizzata (oggi secondo lo schema definito dalla Legge generale del '90), una volta esaurito il procedimento, e in ogni caso *al latere* di esso, residuano spazi per la comprensione dei quali le sole nozioni giuridiche non sono sufficienti.

Prendendo per buona quest'ultima affermazione, a maggior ragione attingere ad altre branche della conoscenza risulterà indispensabile per comprendere, ed eventualmente orientare in senso migliorativo, quelle decisioni che il funzionario pubblico si trova a prendere in assenza di procedimento, o comunque secondo forme d'azione molto distanti dal paradigma generale.

In questo senso, il settore penitenziario offre terreno fertile per riflettere sulla necessità di un'adeguata formazione degli amministratori, specie se appartenenti ai ruoli dirigenziali, in ambiti quali le scienze organizzative in generale, e la scienza delle decisioni in particolare.

## CAPITOLO PRIMO

### L'AMMINISTRAZIONE QUANDO ESERCITA UNA SCELTA, FRA PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E PROCESSO DECISIONALE.

#### I – Evoluzione storica della decisione amministrativa come “atto di volontà con cui si esercita una scelta”.

Per inquadrarla nella sua accezione più generale, la decisione amministrativa può essere intesa come “atto di volontà con cui si esercita una scelta”<sup>1</sup>.

Decidere, come è noto, vuol dire por fine a quell'*iter* logico che nell'agire dell'uomo porta alla formulazione definitiva del programma d'azione, prima che l'azione stessa sia posta in essere: “La decisione, come tale, postula una volontà ed una scelta o, meglio, una volontà che si esercita in relazione ad una scelta”<sup>2</sup>.

“Applicando alle Amministrazioni pubbliche tale nozione di decisione, propria della scienza politica, si potrebbe dire [...] che tutti gli atti della p.A. sono decisioni amministrative e che tutte le attività ne sono conseguenze”<sup>3</sup>; cionondimeno, la dottrina ha tentato, a più riprese, di elaborare una teoria della decisione avente una specifica rilevanza giuridica.

Adottando un ordine di tipo cronologico, si può sinteticamente affermare che nello Stato post-unitario l'unica attenzione al fenomeno della decisione

---

<sup>1</sup> È questa la definizione data da M. S. GIANNINI, “Diritto amministrativo”, Milano, 1993, 140 ss.

<sup>2</sup> F. MERUSI - G. TOSCANO, “Decisioni amministrative”, in Enc. Giur., X, Roma, 1988.

<sup>3</sup> A. POLICE, “La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale”, E.S.I., Napoli, 1997, 82.

amministrativa riguardava il *chi* decide, ruotando dunque attorno alle regole distributive delle attribuzioni e delle competenze.

La decisione si presentava come scelta individuale e unilaterale dell'agente c.d. «diretto»<sup>4</sup>; dall'iniziativa e dalla volontà di quest'ultimo dipendeva l'avvio del "moto" diretto all'esercizio del potere, e la selezione del corso d'azione da seguire per il raggiungimento dell'interesse pubblico.

La decisione amministrativa, quindi, veniva ad essere assimilata, nel suo carattere marcatamente psicologico e volontaristico, alle scelte individuali dei privati: "il potere di decidere il corso dell'azione amministrativa finisce per apparire giuridicamente rilevante alla stregua di una *facultas agendi* propria del decisore amministrativo, che la legge si preoccupa di riconoscere, ma non di regolare nel suo svolgimento verso il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico"<sup>5</sup>.

L'unico parametro di legittimità della decisione era pertanto quello della legittimazione dell'agente che l'assume: "se cioè la collocazione di quest'ultimo nell'ambito della struttura gerarchica dell'amministrazione è adeguata e se la sua azione corrisponde all'incarico conferitogli dal re, questa qualificazione del decisore è ritenuta di per sé sufficiente ad assicurare la correttezza giuridica delle decisioni adottate"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla struttura gerarchica della burocrazia posta a servizio del Re si rinvia specificamente a F. PERSICO, *"Principii di diritto amministrativo"*, Napoli, 1882, vol. I. In generale, sull'evoluzione della struttura amministrativa, si vedano anche F. G. SCOCA, *"La pubblica amministrazione come organizzazione"*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *"Diritto amministrativo"*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005; M. S. GIANNINI, *"Profili storici della scienza del diritto amministrativo"*, in Quaderni Fiorentini, 2, Milano, 1973; F. BENVENUTI, *"Disegno dell'amministrazione pubblica. Linee positive e prospettive"*, Padova, 1996.

<sup>5</sup> M. BOMBARDELLI, *"Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico"*, Torino, 1996, 10, a cui si rinvia per una trattazione compiuta e per l'ampia bibliografia in merito.

<sup>6</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 12.

Il *modo* del dispiegarsi del processo decisionale non aveva invece rilievo per il diritto<sup>7</sup>; si assumeva dunque che l'agente possedesse piena capacità di fronteggiare autonomamente qualunque situazione problematica<sup>8</sup>, purché si mantenesse entro il limite "esterno" del dovere di arrestarsi dinanzi ai «diritti civili e politici» degli amministratori<sup>9</sup>.

Fu con la diffusione della costruzione dogmatica dello Stato come persona giuridica unitaria<sup>10</sup>, e per il tramite della *fictio iuris* dell'«immedesimazione organica», che persero di rilievo i singoli agenti amministrativi<sup>11</sup>, con la

---

<sup>7</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 15: "In questo modo, il campo decisionale dell'agente amministrativo si presenta al suo interno praticamente privo di limiti giuridicamente rilevanti e di parametri normativi indicativi del percorso da seguire per arrivare alla decisione: il «moto» mediante il quale l'agente si sposta al suo interno, selezionando la direzione da seguire per arrivare alla decisione, non è compreso fra gli oggetti di studio della scienza giuridica, la quale quindi non si occupa direttamente di esso, salvo eventualmente richiamarne l'importanza attraverso un approccio interdisciplinare in cui viene tenuto conto delle acquisizioni di altre scienze, «affini» al diritto amministrativo".

<sup>8</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 10, precisa, "acquisendo i dati necessari per risolverla ed elaborando gli stessi in modo ottimale verso la soluzione soddisfacente dell'interesse generale"; la riflessione sarà ampiamente ripresa nel prosieguo, trattando specificamente della figura del decisore.

<sup>9</sup> È l'espressione utilizzata dalla Legge 20 marzo 1865, n. 2248, abolitrice del c.d. contenzioso amministrativo.

<sup>10</sup> A partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento.

<sup>11</sup> Anche se in questa fase iniziale le due figure dell'«agente» e dell'«organo» si differenziavano ben poco, se non per il tipo di rapporto, privatistico o pubblicistico, che li legava allo Stato, tendendo comunque a coincidere con le persone fisiche a cui le funzioni erano attribuite; si veda V. E. ORLANDO, "*Principii di diritto amministrativo*", Roma, 1891; per un inquadramento generale, M. S. GIANNINI, "*Organi (teoria generale)*", in Enc. Dir., XXXI, 1981, 37 ss., e G. MARONGIU, "*Organo e ufficio*", in Enc. Giur. Treccani, XXII, 1990, 1 ss. A proposito invece della "nascita" del concetto di immedesimazione organica si veda G. DI GASPARRE, "*Organizzazione amministrativa*", in Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto amministrativo, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 29 gennaio 2021, 2-3, per il quale, con l'affermazione dello stato parlamentare, quindi del principio di legalità formale dell'azione amministrativa, "tutti quei rapporti tra sovrano e funzionari pubblici, precedentemente relegati nell'ambito del *jus domesticus*, vengono ora ad essere formalizzati e subordinati alla legge del parlamento che diviene, appunto, fonte di generale legittimazione e formalizzazione di tutta l'attività amministrativa. Con questo passaggio quegli originari vincoli personalistici di obbedienza e fedeltà che legavano direttamente i funzionari pubblici al sovrano non solo vengono meno, ma mutano anche significato. Infatti, una volta che alla persona (fisica) del sovrano si sostituisce la persona giuridica (immateriale) dello stato-ente, questi rapporti

conseguenza che “il campo di irrilevanza giuridica in cui, nella fase precedente, era collocato il processo di formazione delle decisioni dell’agente amministrativo, inizia a non coincidere più semplicemente con l’autonomia decisionale di un soggetto sottoposto [...] alle norme che riconoscono e tutelano diritti altrui; ma viene a rappresentare direttamente il contesto in cui gli organi dello Stato esplicano il proprio potere discrezionale di scelta in funzione della realizzazione concreta dell’interesse pubblico individuato dallo stesso Stato attraverso le proprie norme”<sup>12</sup>.

L’attenzione si spostava dunque sul rischio che l’esercizio del potere potesse essere sviato rispetto al perseguimento dell’interesse pubblico, e la risposta venne individuata nella predisposizione di parametri finalizzati a vincolare gli amministratori al perseguimento effettivo di tale interesse; stava mutando il concetto di discrezionalità, che nella riflessione dei giuristi del periodo cominciava “a non indicare più semplicemente la «discrezione» dell’agente amministrativo, [...] per essere utilizzato] in un vero e proprio processo di giuridicizzazione della categoria del potere discrezionale, che

---

abbisognano di una nuova e diversa rappresentazione. In altri termini, la spersonalizzazione dell’autorità del sovrano, che si realizza con l’imputazione della sovranità all’astratta persona dello stato, provoca, quasi inavvertitamente, la spersonalizzazione anche del secondo termine del rapporto: la persona del funzionario. Non più rapporti tra persone fisiche, dunque, ma rapporti tra entità astratte: tra organi. [...]. Il fatto è che non essendo possibile porre sullo stesso piano di rappresentazione della realtà l’astratta persona dello stato (il suo *nomen iuris*) e la concreta fisicità dei funzionari, pena il dissolvimento della stessa dimensione “reale” dello stato-ente, la dottrina giuridica è stata costretta a trascrivere anche il secondo termine del rapporto su di un piano di raffigurazione della realtà ontologicamente omogeneo a quello in cui si colloca l’astratta idea dello Stato: spersonalizzare il funzionario “imbozzolandolo”, per così dire, nella figura dell’organo”. E ancora: “La teoria organica comporta, inevitabilmente, la spersonalizzazione del rapporto, quasi come in un «*transfert*», dunque, la personalità del funzionario si trasferisce nell’astratta dimensione dell’“ufficio”. La complessità di questa trascrizione verrebbe da dire transustanziazione, del funzionario nell’entificazione della sua «competenza», è pertanto tutta inscritta all’interno dell’evoluzione della teoria dell’organo giace al fondo della tuttora irrisolta, e forse irrisolvibile, ambiguità della sua natura, scissa tra titolare ed ufficio, e nella intrinseca contraddittorietà del rapporto di identità - alterità che si instaura con la persona dello stato”.

<sup>12</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 25-26.

viene connessa indissolubilmente alle prerogative dello Stato-amministrazione e si configura come il principio giuridico attraverso cui l'amministrazione può arrivare alla realizzazione dell'interesse pubblico"<sup>13</sup>.

Sul piano normativo e giurisprudenziale ne risultò notevolmente ampliato il novero dei riferimenti giuridicamente rilevanti per il processo decisionale: "la connotazione giuridica del fenomeno della decisione, così, non si delinea più soltanto in riferimento alla competenza del decisore ed all'esigenza che l'esercizio della «discrezione» di quest'ultimo non comprometta arbitrariamente diritti soggettivi altrui; ma viene a dipendere anche dalle condizioni previste per assicurare che il potere di decisione resti sempre conformato nella sua esplicazione a precisi criteri di legittimità"<sup>14</sup>.

Sul piano dogmatico l'attenzione non fu più rivolta soltanto alla figura del decisore, ma si arricchì di quelle considerazioni quantomeno sulle regole scritte e non che dovevano guidare e contenere il percorso d'azione del decidente<sup>15</sup>.

Nella prima metà del Novecento si assistette invece ad un mutamento dell'approccio sistemico al tema delle decisioni, che vide svariati tentativi di individuare e tipizzare una categoria di atti amministrativi denominabili come tali.

La questione non era nuova in dottrina, la quale però, come ricordava Nigro, usava il termine decisione indifferentemente "come sinonimo di sentenza in generale; per indicare le pronunce delle giurisdizioni

---

<sup>13</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 25.

<sup>14</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 27-28.

<sup>15</sup> Grazie all'opera interpretativa della neonata IV Sezione del Consiglio di Stato inizia coerentemente a mutare il contenuto del vizio dell'eccesso di potere, dal mero «straripamento» rispetto alle attribuzioni dell'esecutivo, al vaglio sulla corrispondenza fra il fine legalmente imposto e quello concretamente perseguito in occasione della singola vicenda concreta; si veda A. CODACCI PISANELLI, *"L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo"*, in Giust. Amm., 1892-1893.

amministrative; a proposito di alcuni speciali atti amministrativi, in particolare delle pronunce dell'Autorità nel ricorso gerarchico"<sup>16</sup>.

Se prima scarsamente attenzionato<sup>17</sup>, il dibattito si riaccese nell'immediato secondo dopoguerra, per la difficoltà di "trovare conveniente posto negli schemi usuali della classificazione degli atti amministrativi per alcuni atti contemplati da recenti leggi di grande importanza storico-politica e di diffusa applicazione"<sup>18</sup>.

Si trattava degli atti emanati da speciali commissioni, di epurazione degli impiegati pubblici, di assegnazione di terre incolte e di risarcimento dei danni di guerra, i quali, osservò Nigro, "presentano la caratteristica comune di essere degli atti amministrativi in qualche modo assimilabili agli atti giurisdizionali"<sup>19</sup>.

Per decisioni si intesero quindi quei provvedimenti che definivano i procedimenti c.d. contenziosi, caratterizzati dall'esistenza di una contesa che verte sull'esistenza delle condizioni di legge per l'emanazione di un atto amministrativo e sul suo specifico contenuto, e che si instaura e si risolve in un rapporto bilaterale fra Amministrazione e cittadini<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Così M. NIGRO, "*Sulle decisioni amministrative*", Foro Amm., 1950, oggi anche in Bilancio, Comunità e Persona, Rivista giuridica semestrale, n. 2- 2021, a cui si riferisce la seguente numerazione delle pagine.

<sup>17</sup> Come lamentato da M. S. GIANNINI, "*Decisioni e deliberazioni amministrative*", in Foro Amm., 1946, I, 154.

<sup>18</sup> M. NIGRO, op. ult. cit., 176.

<sup>19</sup> "Quali siano questi caratteri comuni si desume agevolmente dall'esame degli atti di cui sopra: si tratta in tutti e tre i casi di atti che sono emanati dopo l'esplicazione da parte dell'Amministrazione e dei privati di un'attività avente forme analoghe a quelle giurisdizionali. Il rilievo dato al contrasto degli interessi, l'osservanza del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'istruttoria che può tendenzialmente essere la più ampia possibile, la prescrizione di termini e di forme di pubblicità, la previsione (almeno nella materia dell'epurazione e, per alcuni casi, nella materia delle terre incolte) di un doppio grado, la stessa collegialità degli organi conferiscono all'attività amministrativa. Un aspetto formale analogo a quello attraverso il quale si esplica l'attività giurisdizionale"; M. NIGRO, op. ult. cit., 181, alle quale si rinvia per i riferimenti normativi degli atti in argomento.

<sup>20</sup> E non trilatero, per l'assenza di un soggetto terzo e imparziale con le funzioni di *ius dicere*.

“La caratteristica dei procedimenti contenziosi amministrativi è, dunque, quella di essere preordinati alla formazione di un atto amministrativo. Essi danno luogo cioè ad uno speciale modo di formazione dell’atto amministrativo”<sup>21</sup>; “la controversia non è posteriore, ma anteriore all’emanazione dell’atto e l’organo contenzioso «decide» se e quale atto debba essere emanato”<sup>22</sup>.

Una tale impostazione fu sostanzialmente mantenuta dall’Autore anche negli studi successivi: vedasi la voce “*Decisione amministrativa*” del 1962, dove le decisioni amministrative sono definite quali “atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo da dar rilievo [...] ad un conflitto di interessi (giuridicizzati o no) o d’opinioni fra gli amministrati o fra l’autorità e uno o più amministrati che essi atti si volgono a risolvere, così accertando l’applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità applicative della legge stessa”<sup>23</sup>.

Parafrasando la voce in commento utilizzando le parole di Mastrodonato, “secondo Nigro due caratteri sembrano contraddistinguere la categoria omogenea della decisione amministrativa: uno funzionale, rappresentato dalla particolare inerenza alla soluzione di controversie fra amministrazioni e cittadini, e uno procedimentale, costituito dall’inerenza a procedimenti in forma contenziosa, in cui vi è un contraddittorio”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Più nel dettaglio, ciò significa che “essi sono, specificamente, preordinati alla formulazione del «giudizio» in cui si sostanzia l’accertamento delle condizioni per l’attuazione di una norma preesistente; questo giudizio è formulato su una contesa degli interessi o, quanto meno, una comparazione degli interessi valutati in base al particolare criterio suggerito dalla norma stessa”, così M. NIGRO, op. ult. cit., 184-185.

<sup>22</sup> M. NIGRO, op. ult. cit., 183-184.

<sup>23</sup> M. NIGRO, (voce) “*Decisione amministrativa*”, in Enc. Dir., Milano, 1962, 812.

<sup>24</sup> G. MASTRODONATO, “*Decisioni amministrative e partecipazione nella disciplina degli appalti pubblici*”, relazione al Convegno Aipda “*Decisioni amministrative e processi deliberativi*”, Bergamo, 2017.

L'idea che una nozione specifica di decisione amministrativa, c.d. decisione amministrativa in senso stretto, concernerebbe soltanto gli atti, espressione di funzione amministrativa giustiziale, aventi ad oggetto la risoluzione di una controversia, è piuttosto netta anche nella la posizione di Merusi e Toscano, secondo cui le decisioni amministrative "possono dunque più propriamente definirsi come atti di natura giustiziale che mirano alla risoluzione e composizione di conflitti di interessi tra la P.A. e gli altri soggetti dell'ordinamento"<sup>25</sup>.

Similmente, per Travi i ricorsi amministrativi e le relative decisioni costituiscono entrambe manifestazione di un'attività amministrativa "esclusivamente preordinata a risolvere conflitti con gli altri soggetti e che pertanto non si risolve mai nell'amministrazione attiva: è l'attività di esame e decisione dei ricorsi amministrativi", che perciò si può considerare "l'espressione di una funzione tipicamente giustiziale"<sup>26</sup>.

Così concepite, a metà strada fra amministrazione e giurisdizione, le decisioni erano pensate come atti amministrativi che riconoscono e dichiarano se un atto dell'Autorità fosse o meno conforme alla legge, ed eventualmente all'opportunità amministrativa<sup>27</sup>.

Ciò che qualifica tali decisioni "è la prevalenza del giudizio sulla «volontà», per cui la manifestazione di volontà, e cioè l'imposizione del comando, appare quasi come una conseguenza necessaria e fatale della formulazione del comando stesso: lo sforzo dell'autorità amministrativa è concentrato

---

<sup>25</sup> F. MERUSI - G. TOSCANO, *"Decisioni amministrative"* cit.

<sup>26</sup> A. TRAVI, (voce) *"Decisione amministrativa"*, in Dig. Disc. Pubbl., IV, 1989, 527.

<sup>27</sup> Si veda in proposito C. VITTA, *"Gli atti certificativi e le decisioni amministrative"*, in Giur. It., 1924, IV, 97.

sull'accertamento che costituisce l'anima dell'atto; e alla sua formulazione si perviene appunto, attraverso un procedimento contenzioso"<sup>28</sup>.

Come successivamente osservato, la dottrina dell'epoca "era stata in dotta a ricostruire la figura della decisione amministrativa come un autonomo atto amministrativo, con propri contenuti formali e sostanziali [...] Ma per certo questo metodo di indagine, tra gli altri usati nell'approccio al tema delle decisioni, non ha sortito grandi risultati"<sup>29</sup>.

Rispetto alle ricostruzioni che precedono, un autentico punto di svolta, in termini di superamento dell'analogia con gli schemi giurisdizionali, si realizza con il contributo, temporalmente di poco posteriore, di Cannada Bartoli, con cui si raggiunge il pieno riconoscimento della decisione come atto terminale di un procedimento, quindi come provvedimento<sup>30</sup>, sebbene già Giannini avesse "compreso il reale fondamento giuridico delle decisioni amministrative, intese come manifestazioni di volontà e, in quanto tali, come atti amministrativi contenenti la determinazione del voluto"<sup>31</sup>.

In questo modo, si affrancava la decisione dal mero accertamento: le decisioni "non sono solo rivolte a creare certezze per un'Autorità che deve in futuro decidere; sono invece risolte a determinare la volontà del provvedimento amministrativo. Le decisioni contengono un accertamento e questo è particolarmente evidente nella motivazione e nella giustificazione, che normalmente ad esse si appongono. Tuttavia occorre

---

<sup>28</sup> M. NIGRO, *"Sulle decisioni amministrative"* cit., 195. Rientrano ad esempio in tale categoria i ricorsi amministrativi, il cui procedimento è regolato dalla Legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, nella cui decisione il «giudizio» sulla legittimità od opportunità dell'atto impugnato è certamente prevalente rispetto alla dichiarazione di volontà, in quanto compito essenziale è di giudicare prima che di volere, o, se si preferisca, di volere dopo di aver giudicato; così C. VITTA, *"Gli atti certificativi e le decisioni amministrative"*, in *Giur. It.*, 1924, 101.

<sup>29</sup> A. POLICE, *"La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale"* cit., 84.

<sup>30</sup> E. CANNADA BARTOLI, *"Decisione amministrativa"*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, V, 1960, 269.

<sup>31</sup> Così A. POLICE, op. ult. cit., 84-85, che cita M. S. GIANNINI, *"Decisioni e deliberazioni amministrative"* cit, 175 e ss.

badare a non confondere accertamenti e giudizi, perché se tutti gli accertamenti contengono giudizi, non tutti i giudizi sono, giuridicamente, accertamenti”<sup>32</sup>.

Da lì, si fece dunque strada una concezione diversa, o per alcuni più ampia, di decisione quale combinazione di giudizio e volontà che, “in presenza di più interessi che chiedono soddisfazione in riferimento ad uno stesso bene della vita e di fronte al problema della loro composizione, individua una soluzione per quest’ultimo, selezionando un particolare assetto di interessi fra altri possibili”<sup>33</sup>. Assetto da realizzare mediante il «programma d’azione» reso vincolante dalla decisione, ossia tramite la norma concreta prodotta (o le norme concrete prodotte) dalla decisione, o, altrimenti detto, dall’atto che esterna quella decisione<sup>34</sup>.

Come osservato da Police, si oprava, così, “una ricostruzione basata su di un approssimativo parallelismo con la formazione dell’atto di volontà della persona fisica, scomposto nelle sue componenti logiche. L’azione volontaria come una successione di momenti, costituiti dalla concezione (o rappresentazione) del fine, dalla deliberazione (che sarebbe la presa di coscienza dei motivi e dei moventi), dalla decisione (che sarebbe la determinazione del voluto), e dalla volizione (o comando ordinato dall’azione)”.

Sul significato e la rilevanza della volontà nelle decisioni di amministrazione attiva si tornerà ampiamente; il riferimento serva qui a cogliere l’avvenuta presa d’atto di quella che è la caratteristica generale dell’azione volontaria amministrativa, ossia che “in essa, per il principio di articolazione, assumono separata evidenza giuridica quelli che, nell’azione

---

<sup>32</sup> A. POLICE, op. ult. cit., 90.

<sup>33</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 3.

<sup>34</sup> Il sintagma è di F. MERUSI - G. TOSCANO, “*Decisioni amministrative*” cit.

volontaria di una persona fisica, sono semplici momenti strutturali di una sintesi. Ed è questa articolazione ad essere il tratto maggiormente caratterizzante della figura. Con il termine decisione amministrativa, infatti, non si fa riferimento al solo momento finale di emanazione del provvedimento [...], quanto a tutto il processo di formazione della decisione che va dal momento iniziale della prospettazione del problema amministrativo alla fase di conclusione della istruttoria, momento in cui l'Amministrazione, dopo aver acquisito tutti gli elementi di fatto ed aver dato ascolto a tutte le voci intervenute per la prospettazione di tutti gli interessi coinvolti nella decisione, ne opera una sintesi, una ponderazione da cui scaturisce il provvedimento finale"<sup>35</sup>.

Ecco che il *focus* si sposta sul processo formativo della volontà, quindi sul procedimento. La decisione amministrativa c.d. in senso lato viene ad identificarsi con la scelta discrezionale della P.A. che contempera gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta alla luce della istruttoria svolta: essa, distinta dal provvedimento (che sarebbe soltanto il suo "contenitore"), si concretizza in un fatto complesso che formalmente si struttura nel corso del divenire del procedimento.

Prima di addentrarsi nella disamina delle dinamiche procedurali per comprendere se, in che termini e in che misura il fenomeno decisionali s'identifichi in esse, appare tuttavia funzionale scindere l'analisi dei due aspetti del *chi* decide e del *come* decide, perché se il primo ha avuto un percorso evolutivo notevole ma piuttosto lineare e sostanzialmente completo, il secondo ha da sempre scontato un'eccessiva limitatezza rispetto a quello che dovrebbe essere l'intero contesto di rilevanza (anche giuridica) della decisione, che poi vuol essere il *focus* della trattazione.

---

<sup>35</sup> A. POLICE, op. ult. cit., 85-87.

## II – Chi decide: dall'organizzazione liberale alla scomparsa del decisore "unico".

Se i tratti tipici dell'organizzazione amministrativa liberale, quali l'unitarietà di una struttura accentrata che interagisce con l'esterno esclusivamente per il tramite di rapporti rigidamente formalizzati e autoritativi, si sono sostanzialmente mantenuti fino ai primi due decenni del secondo dopoguerra<sup>36</sup>, negli anni Ottanta e soprattutto Novanta del Novecento hanno fatto da protagonisti la frammentazione delle Amministrazioni pubbliche e la riallocazione del potere, non solo in senso "discendente" verso le Regioni e le autonomie locali<sup>37</sup>, ma anche "ascendente" verso le istituzioni dell'allora Comunità Europea<sup>38</sup>.

L'organizzazione pluralista, di per sé, non bastava tuttavia a scardinare il concetto del decisore unico, potendosi ben continuare ad allocare il potere secondo il criterio della competenza: una competenza sempre più

---

<sup>36</sup> Stando alla ricostruzione di G. DI GASPARE, op. cit., 5, infatti, quelle dell'"amministrazione per aziende" e dell'"amministrazione per enti" sono formule che "rimangono all'interno di un processo evolutivo dell'originario impianto centralistico dell'amministrazione legalitario burocratica costituito dall'amministrazione per ministeri".

<sup>37</sup> La riforma del regionalismo si riferisce agli interventi attuati con la Legge n. 108 del 1968, con la Legge n. 281 del 1970, i successivi Decreti Presidenziali nn. 1-11 del 1972, con la Legge n. 382 del 1975 e il D.P.R. n. 616 del 1977; in dottrina G. PASTORI, "Unità nazionale, autonomie e federalismo", in *Le Regioni*, 1995, vol. 23, fasc. 1. Quanto all'ordinamento delle autonomie locali, il rinnovamento è stato operato con la Legge n. 142 del 1990; in dottrina S. BARTOLE – F. MASTRAGOSTINO – L. VANDELLI, "Le autonomie territoriali. Ordinamento delle Regioni e degli enti locali", Bologna, 1991.

<sup>38</sup> In estrema sintesi, con l'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo del 1987 e del Trattato sull'Unione Europea del 1993, aumentò massicciamente la produzione di attività amministrativa di diretta pertinenza delle istituzioni comunitarie, e con essa l'influenza sulle amministrazioni nazionali, tanto da far emergere quel che è stato definito un vero diritto amministrativo europeo; *ex multis*, si vedano S. CASSESE, "Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 769 ss.; G. DELLA CANANEA, "L'organizzazione amministrativa della Comunità Europea", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1105 ss.

frammentata, certo, ma sempre attribuita dalla legge, con quel che ciò assicura in termini di certezza<sup>39</sup>.

Alla disarticolazione delle competenze si combinava però la crescente emersione degli interessi degli amministrati, secondo una nuova logica che riorienta l'agire pubblico al "servizio" dei bisogni della comunità<sup>40</sup>.

Gli elementi del fenomeno divennero dunque la compresenza di una varietà di centri decisionali, pubblici e privati, l'impossibilità di individuare un "interesse pubblico" (prevalente sugli altri) in modo aprioristico e, quindi, il carattere di necessità del contributo di ciascuno di tali centri nella formazione della decisione: il risultato fu, per quanto qui interessa, la definitiva presa d'atto dell'avvenuto tramonto del c.d. decisore unico, in favore di un nuovo assetto di rapporti istituzionali fra gli apparati amministrativi, e di questi con la società.

La moltiplicazione dei soggetti attivi smentì di fatto l'unilateralità e la monodirezionalità del processo decisionale, sul piano delle priorità, perché l'interesse pubblico concreto si delinea nella dialettica procedimentale fra una pluralità di interessi e posizioni coinvolte, e sul piano informativo, perché ogni attore del processo decisionale dispone di una quota di informazioni rilevanti.

Si affermò dunque una concezione di amministrazione servente rispetto alla risoluzione di problemi di vita comune, dove essa funge da luogo di confronto fra interessi contrapposti "che trovano poi soddisfazione secondo una graduazione fissata, non già in relazione ad un interesse (pubblico) ad

---

<sup>39</sup> Eccezione o limite a tale certezza possono essere ritenuti i c.d. poteri impliciti, che almeno nell'ordinamento interno sono sempre stati, se non esclusi, un'assoluta eccezione; sul punto si tornerà *infra*.

<sup>40</sup> Scrive S. CASSESE, "La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita", Il Foro Italiano, 1994, 250, che le riforme dei primi anni '90 hanno puntato ad un'amministrazione "al servizio dei cittadini e degli utenti, *consumer oriented*, operante non solo nell'interesse pubblico, ma nell'interesse del pubblico".

essi estraneo e contrapposto, bensì nella sola rilevata diversità di valenza e con una valutazione correlata alla sola loro convivenza e reciproca implicazione”<sup>41</sup>.

L’idea che la realizzazione dell’interesse pubblico passi per l’individuazione e la soddisfazione di un assetto composito di interessi, per come emerge dalle risultanze delle dinamiche procedimentali, ispirò quella figura che prende il nome di “coalizione decisionale”<sup>42</sup>, fra gli apparati amministrativi, le formazioni sociali e i singoli titolari degli interessi particolari di volta in volta coinvolti in vicende che richiedono la spendita di un potere pubblico.

La dimensione necessariamente comune in cui si dipana la dialettica fra parti pubbliche e *stakeholders* porta gli apparati amministrativi a fungere da nesso organizzativo dinamico, variabile ma ineliminabile, affinché tutti gli interessi vengano presi in considerazione in condizioni di parità; a ciò

---

<sup>41</sup> S. LUCE, “Il procedimento amministrativo e gli accordi tra privati ed amministrazione”, in Studi Piga, I, 1992, 567.

<sup>42</sup> Secondo l’Autore, la coalizione rappresenterebbe uno strumento a cui ricorrere per fronteggiare questioni d’interesse generale meglio sfruttando le potenzialità dei singoli partecipanti, rispetto a quanto riuscirebbero ad esprimere in interventi meramente individuali. Posto che il raggiungimento di un tale obiettivo dipende dal fatto che all’interno della coalizione si garantisca l’effettivo coinvolgimento di tutti quegli interessi che sono possono venire intercettati dall’esercizio del potere, diviene imprescindibile focalizzarsi sull’uso corretto delle risorse umane e organizzative, appunto per la dinamica relazionale che s’instaura fra le diverse componenti della coalizione. Ciò con il necessario supporto di tutti quei plessi amministrativi che sono istituzionalmente portatori degli interessi coinvolti, i quali devono mettere a disposizione della coalizione una struttura organizzativa idonea a favorire quell’incontro e scambio di competenze, conoscenze e informazioni attraverso cui la coalizione acquista la capacità di decidere. In questo senso, la logica che sta alla base della coalizione decisionale avrebbe contribuito a sviluppare la capacità d’interazione, sia interna che esterna, degli apparati amministrativi, come testimoniato ad esempio dall’introduzione della figura del responsabile del procedimento (rif. a Capo II L.p.a.), chiamata a svolgere il duplice ruolo di coordinamento dei rapporti fra le diverse articolazioni dell’amministrazioni coinvolte nel procedimento stesso, e di interfaccia dell’amministrazione con gli utenti.

concorrono le c.d. garanzie partecipative e una serie di strumenti operativi codificati dalla legge generale sul procedimento amministrativo<sup>43</sup>.

La “scomparsa” del decisore unico avviene nella sostanza ma non necessariamente anche nella forma: per usare le parole di Torchia “pur nella consapevolezza che il decisore scompare, per così dire, dietro il processo decisionale, permane la necessità di individuare un soggetto al quale la decisione possa essere formalmente ricondotta. Si spiega così la separazione fra il processo decisionale mediante il quale si forma la volontà e la manifestazione della medesima volontà mediante un atto espresso. [...] Si consente, così, l'imputazione della decisione ad un soggetto che probabilmente è titolare solo di una quota, anche limitata, del potere di decidere, sia al fine di consentire la tutela – quale che sia il giudice competente, si tratterà sempre di un processo di parti e non di giurisdizione oggettiva – sia al fine di far valere eventuali responsabilità, secondo il complesso regime della responsabilità pubblica, che può avere a seconda dei casi natura amministrativa, civile, contabile, penale”<sup>44</sup>.

Questa “distanza” fra teoria e realtà diventa massima quando si arriva alla situazione in cui o la mera inerzia o le dichiarazioni (e le determinazioni) dei privati interessati vanno di fatto a sostituirsi alla decisione amministrativa; i riferimenti sono evidenti, a istituti quali il silenzio assenso e la S.c.i.a., fra i più celebri strumenti di semplificazione e liberalizzazione amministrativa.

---

<sup>43</sup> Il riferimento più immediato è all'istituto della conferenza di servizi, quale modulo di semplificazione attivabile dalle pubbliche amministrazioni quando siano coinvolti vari interessi pubblici in un procedimento amministrativo o in più procedimenti connessi riguardanti i medesimi risultati e attività amministrativa, suscettibile di produrre un'accelerazione dei tempi procedurali, la cui disciplina base è dettata dagli artt. 14 e 15 L. n. 241/1990.

<sup>44</sup> L. TORCHIA, “Teoria e prassi delle decisioni amministrative”, Relazione al Convegno Aipda su “Decisioni amministrative e processi deliberativi”, Bergamo 5-7 ottobre 2017.

Con la creazione della categoria dei silenzi c.d. significativi si è attribuito valore provvedimentale all'inerzia, pur qualificata come "la più grave delle fattispecie omissive, e anche la più insidiosa"<sup>45</sup>: la finalità di aprire per l'istante e per eventuali controinteressati la via dell'accesso alla tutela giurisdizionale è certamente meritoria, ma "è altrettanto evidente che si tratta di una decisione sui generis, presa in assenza di un procedimento, senza istruttoria, senza contraddittorio, senza partecipazione, senza motivazione"<sup>46</sup>.

Per "mitigare" l'effetto che una decisione privata si sostituisce a quella pubblica acquisendone taluni caratteri, i tentativi più significativi della dottrina sono stati nel senso di inquadrare il silenzio (soprattutto) assenso come decisione per *default*, che non presuppone spendita di potere in senso proprio, e i cui esiti possono comunque essere evitati dalla parte pubblica adottando un provvedimento espresso di senso contrario<sup>47</sup>: aderendo ad una siffatta impostazione però, si accetta che l'amministrazione rimanga estranea rispetto ad un processo decisionale che le sarebbe riservato dalla legge.

A livello concettuale creano forse meno dubbi quegli istituti che consentono al privato di limitarsi ad una dichiarazione o ad una comunicazione all'amministrazione, che valgono, salva la possibile attivazione di poteri inibitori, come abilitazioni ad agire.

In questi casi, infatti, non si verificherebbe alcun fenomeno di sostituzione del privato al decisore amministrativo, avendo voluto il legislatore operare propriamente una riserva di attività privata, relativamente alla quale l'unico

---

<sup>45</sup> M. S. GIANNINI, "Diritto amministrativo", Milano, Giuffrè, 1988, vol. II, 642.

<sup>46</sup> L. TORCHIA, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", cit.

<sup>47</sup> Per approfondimenti si rinvia a A. POLICE, "Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento", in M.A. SANDULLI, "Codice dell'azione amministrativa", II Ed., Milano, 285-287.

potere pubblico è quello di inibizione (nei tempi previsti, salva l'autotutela generale).

Almeno nella fase precedente all'esercizio di tali poteri, restano però l'assenza di istruttoria e la mancata partecipazione dei controinteressati, nonché le difficoltà di addossare al privato la piena responsabilità non solo di dichiarazioni, certificazioni e attestazioni relative a stati, fatti o qualità personali di cui egli sia a diretta conoscenza, ma anche di accertamenti tecnici di regola riservati all'amministrazione<sup>48</sup>.

Così sinteticamente tracciato il quadro evolutivo della figura del decisore amministrativo e dei problemi insoluti che la riguardano, quanto all'attualità un accenno conclusivo merita la riflessione di Torchia su quello che la stessa definisce "un effetto poco studiato della crescente procedimentalizzazione dei processi di decisione", ossia "il progressivo abbandono della dimensione degli interessi come criterio di allocazione del potere di decisione"<sup>49</sup>.

Il riferimento è al tradizionale sistema allocativo del potere in ragione della dimensione spaziale dell'interesse sottostante ma, se da un lato la classificazione degli interessi in verticale (ad es. nazionale, regionale e locale) "raramente corrisponde alla realtà, in quanto la maggior parte degli interessi eccede i confini astratti della classificazione e la connessa tutela non può quindi essere attribuita in via esclusiva ad uno specifico soggetto o ad una classe di enti in ragione della loro ampiezza territoriale"<sup>50</sup>, dall'altro è

---

<sup>48</sup> La giurisprudenza ha una posizione piuttosto netta, espressa *ex multis* dal Consiglio di Stato nel parere n. 839/2016, ove si legge che l'attività oggetto della S.c.i.a. può essere "intrapresa senza il bisogno di un consenso 'a monte' dell'amministrazione, perché esso è surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insita nella segnalazione certificata costituente, a sua volta, atto soggettivamente e oggettivamente privato". Sulle posizioni contrastanti della dottrina si rinvia a L. TORCHIA, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", cit.

<sup>49</sup> L. TORCHIA, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", cit.

<sup>50</sup> L. TORCHIA, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", cit.

sempre più frequente che la competenza del soggetto pubblico decisore non rivesta carattere territoriale ma settoriale, orizzontale e trasversale.

Ad oggi, dunque, non appare più tanto rilevante lo spazio fisico sul quale la decisione incide<sup>51</sup>, ma sembra interessare maggiormente la natura sistemica di certi interessi, che abbisognano di essere realizzati e soprattutto tutelati ad un livello necessariamente superiore ai singoli ordinamenti, “a fronte dei quali non è più sufficiente la costruzione di una rete fra tanti decisori nazionali, ma si richiede un decisore di ultima istanza”<sup>52</sup>; il che comporta non solo la “concentrazione” del potere ad un livello più alto, ma anche la diminuzione di tutta una serie di garanzie, come se, a fronte del rischio sistemico, l’interesse privato o nazionale non abbia la stessa forza e la medesima tutela di cui dispone di fronte all’interesse pubblico tradizionalmente inteso.

In linea generale quindi, ciò che interessa è il fatto che, in controtendenza rispetto a quanto si dirà ampiamente nel prosieguo, “a venire in primo piano, in questi casi, non è tanto il processo decisionale, quanto la natura della decisione, determinata dalla necessità di fronteggiare rischi che richiedono, appunto, l’attribuzione di un potere di ultima istanza. Si può ipotizzare, in linea di prima approssimazione, che il rapporto tra procedimento e provvedimento, tra processo decisionale e decisione in questi casi si inverta: la decisione non è l’esito finale del procedimento, determinata dallo svolgimento procedimentale, ma piuttosto il procedimento è conformato in modo da poter giungere comunque ad una

---

<sup>51</sup> Che continua però a rilevare ogni qual volta la soluzione allocativa di un potere risponda a principi quali la sussidiarietà e l’adeguatezza.

<sup>52</sup> L. TORCHIA, *“Teoria e prassi delle decisioni amministrative”*, cit., riporta come esempio emblematico l’Unione Bancaria Europea, quale sistema amministrativo pensato per concentrare, nel settore creditizio, le funzioni amministrative, di vigilanza e di risoluzione, e per introdurre strumenti e procedure comuni.

decisione, dotata di particolare robustezza rispetto sia alle istanze di garanzia, con un'applicazione attenuata dei principi di contraddittorio e di partecipazione, sia alle istanze di tutela, con un sindacato giurisdizionale limitato ex lege"<sup>53</sup>.

### **III – L'ambito decisionale come spazio di confronto dinamico fra interessi.**

#### **III.1 – L'emersione del processo decisionale e la sua identificazione nel procedimento.**

Per quanto attiene a quel che si è indicato come *modo* in cui l'amministrazione decide, si può affermare che il processo decisionale, inteso come percorso per addivenire alla scelta di una fra le alternative legittime, inizia ad assumere specifica rilevanza nel periodo che va dalla fine degli anni Trenta ai primi anni Cinquanta del Novecento, caratterizzato principalmente dall'emersione dell'ineludibile presenza, "accanto all'interesse curato in modo primario dall'amministrazione agente, di altri interessi pubblici da esso distinti".

Le dinamiche relazionali sottese alle decisioni amministrative non appaiono più riducibili alla mera "traduzione sul piano operativo della ripartizione delle competenze individuate dalle norme per ordinare e disciplinare l'attività di un soggetto unitario, operante per la realizzazione di un unico interesse", ma si strutturano come "confronto dinamico fra interessi diversi, tutti di riconosciuto rilievo pubblico".

---

<sup>53</sup> L. TORCHIA, "Teoria e prassi delle decisioni amministrative", cit.

Pur non scardinando l'immagine della parte pubblica come figura univoca di decisore, che la vicenda decisionale non si concentrasse in un unico atto (finale) non fu (più) dubitato, riconoscendosi pieno rilievo giuridico a quella successione seriale di valutazioni e giudizi che conducevano alla scelta: "la dinamica del processo decisionale trova così identificazione sul piano giuridico nel procedimento amministrativo formale e si configura dunque in connessione alle fasi ed ai parametri che disciplinano lo svolgimento dello stesso, nei quali vengono individuati i fattori condizionanti, con un grado più o meno ampio di dettaglio, l'esercizio unilaterale del potere discrezionale di decisione".

Cos'è cambiato? Che se nel periodo precedente la tendenza a vincolare l'agire amministrativo con regole più o meno formalizzate era originata dalla sola volontà di preservare l'interesse dello Stato ad un finalisticamente corretto uso del potere, ora viene a rispondere a un'esigenza di ponderazione fra interesse diversi, prima tutti pubblici, poi anche privati.

Di lì in avanti la riflessione sul processo decisionale si è concentrata, di fatto in via quasi esclusiva, sul procedimento amministrativo (o, al massimo, sul suo "prodotto", ossia il provvedimento), e le ragioni risiedono nella storia e nelle funzioni del procedimento stesso.

Il primo fondamento normativo del principio di partecipazione al procedimento amministrativo è stato rinvenuto dalla dottrina nell'articolo 3 della Legge n. 2248/1865, nella parte in cui "nello stabilire l'attribuzione degli affari non compresi (tra quelli devoluti alla giurisdizione ordinaria) alle autorità amministrative, impone loro di provvedere con decreti motivati avendo ammesso «le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate»"<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> L'espressione è di L. LAMBERTI, *"Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative"*, in *Amministrazione in Cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di

Il riferimento immediato è all'attività amministrativa contenziosa, ma Pajno chiarisce il punto quando, pur sottolineando "che il potere-dovere di sentire le parti interessate è enunciato non in relazione alla generale attività amministrativa posta in essere dai pubblici poteri, ma in relazione a veri e propri affari contenziosi, come sono quelli che, non devoluti all'autorità giudiziaria ordinaria, sono destinati ad essere definiti, a seguito dell'abolizione dei tribunali del contenzioso, dalla stessa pubblica amministrazione", dà conto di come la lettura tradizionale faccia "dell'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo l'enunciazione di una sorta di principio generale di partecipazione nell'attività amministrativa, o, comunque una sorta di anticipazione del principio del giusto procedimento"<sup>55</sup>.

Coerentemente a quanto si dirà a proposito della figura dell'interesse legittimo, anche qui i giudici, in particolare quello amministrativo, si sono resi da subito protagonisti nella costruzione teorica del concetto stesso di procedimento, "e ciò per il bisogno quasi naturale che essi ebbero (e hanno), al fine di penetrare nell'amministrazione, di ricostruire partitamente e di porre in reciproca relazione le varie fasi dei processi di decisione, il flusso delle attività: quale fosse, il giudice amministrativo, l'anatomopatologo che deve aprire il corpo per cercare le cause della malattia. Venne da quella giurisprudenza pratica, dettata dalla contingente domanda di giustizia,

---

diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", che a sua volta si rifà alle interpretazioni di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 513; O RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 246.

<sup>55</sup> A. PAJNO, "Amministrazione giustiziale", in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, [voce nuova] 2000, 8.

un'ispirazione fondamentale, prima all'attività interpretativa della dottrina, più tardi alla sistemazione in norma del legislatore"<sup>56</sup>.

Già Cammeo nel 1914 riferisce la nozione di procedimento ai casi in cui "la produzione di effetti giuridici risulta dal concorso di più atti, o anche da atti e fatti, purché questo concorso sia regolato da norme che disciplinano l'ordine della successione loro e le relative forme"<sup>57</sup>.

A Sandulli si deve, nel 1940, la prima opera di sistemazione giuridica della teoria del procedimento amministrativo, la partizione in fasi, la valorizzazione dei nessi logici e cronologici fra di esse, ma anche l'evidenziazione "del valore sostanziale delle relazioni che si instaurano tra i diversi fatti che in esso si coordinano"<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> G. MELIS, "Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento", in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2021, 2, 585. Il riferimento temporale è agli studi del primo trentennio del Novecento; si rinvia al contributo citato per quanto riguarda la storia della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa dall'unità d'Italia alla Legge Generale del 1990.

<sup>57</sup> F. CAMMEO, "Corso di diritto amministrativo", Padova, 1914.

<sup>58</sup> A. M. SANDULLI, "Il procedimento amministrativo", Milano, 1940. L'opera sandulliana è stata costantemente attenzionata dalla dottrina successiva; fra i moltissimi contributi, la sua particolare lungimiranza è ben messa in evidenza da F. PATRONI GRIFFI, "Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani", Relazione al convegno "Riflessioni sul procedimento amministrativo (a trenta anni dalla scomparsa di Aldo M. Sandulli)", tenutosi a Roma il 12 dicembre 2014, in Federalismi.it (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo), per cui non sarebbe "azzardato dire, utilizzando una terminologia più moderna, che il procedimento, già nella visione sandulliana, si atteggia a contenitore del rapporto giuridico amministrativo (le "relazioni sostanziali") che intercorre tra amministrazioni o tra amministrazione e cittadino. L'analisi delle partizioni e lo studio strutturale del procedimento condurranno infatti Sandulli a vedere, anzi a verificare scientificamente anche in rapporto alla giurisprudenza, il procedimento come luogo di emersione progressiva delle situazioni giuridiche, a esaminare le ripercussioni "delle imperfezioni e delle irregolarità" procedimentali sul provvedimento, ad approfondire i profili dell'impugnazione degli atti interni al procedimento e di quelli che oggi definiremmo procedimenti di secondo grado. In altri termini, intorno alla figura del procedimento sono organizzati, grazie all'analisi strutturale e all'inquadramento sistematico, una serie di istituti di ordine teorico ma con riflessi sistemici di tipo pratico: il che costituisce espressione evidente di quella capacità della nostra dottrina di saper cogliere non l'aspetto meramente dogmatico dell'opera di sistemazione ma piuttosto il valore ordinante del diritto rispetto alla complessità dei fenomeni giuridici e istituzionali, e della stessa realtà fattuale".

Ma è forse con Benvenuti<sup>59</sup> che il cittadino entra da protagonista, come titolare di interessi suoi propri, nel procedimento<sup>60</sup>.

Come scrisse Pastori, “alla precedente concezione strutturale – formale, in cui il procedimento è visto come sequenza di atti preparatori alla produzione degli effetti da parte del provvedimento finale, egli giustappone una concezione sostanziale, in cui il procedimento è visto come espressione del farsi della decisione amministrativa e come luogo della composizione degli interessi coinvolti, da disciplinare in modo tale da concorrere all'imparziale ed efficiente svolgimento della funzione. Egli pone così al centro della sua indagine il dover essere del procedimento amministrativo, la necessità di una disciplina che, analogamente a quanto previsto per l'esercizio della funzione giurisdizionale [...], assicuri la rappresentazione degli interessi coinvolti nel farsi della decisione amministrativa”<sup>61</sup>.

Se a quasi cinquant'anni di distanza si è giunti ad una legge organica sul procedimento amministrativo fu anche per il massiccio contributo di Nigro, il quale, utilizzando le parole di Chieppa, individuò nel procedimento “la sede ideale dove far incontrare, attraverso gli istituti partecipativi, il pubblico interesse con le esigenze dei privati”, potendosi dunque affermare che “il procedimento delineato da Nigro non è soltanto esercizio di autorità, ma è anche e soprattutto, misura di tale autorità e dell'altrui libertà e, quindi,

---

<sup>59</sup> Rif. a F. BENVENUTI, “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1952, 118 ss.

<sup>60</sup> “o meglio, nel «processo», com'era chiamato nel saggio del 1952, distinguendo tra i due termini a seconda che la successione di atti fosse finalizzata a soddisfare «fondamentalmente» l'interesse dell'ente che emana l'atto finale (in questo caso «procedimento in senso stretto»), oppure prevedesse l'intervento anche di soggetti diversi da quello titolare dell'atto ma (qui stava la differenza) questi perseguissero «con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari»” G. MELIS, “Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento” cit., 595.

<sup>61</sup> G. PASTORI, “Benvenuti, Feliciano”, in “Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto”, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, 645 ss.

garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto regolato con il «potere» e con l'altro da sé”<sup>62</sup>.

Erano gli anni '80 del secolo scorso e Nigro suggeriva, come rimedio alla crisi dello Stato e alla consapevolezza dell'insufficienza della democrazia costituita<sup>63</sup>, che l'Amministrazione fosse trasformata e modernizzata proprio tramite la partecipazione: “la scelta amministrativa non doveva più essere monopolio dell'elemento burocratico, ma divenire un prodotto di questo e dell'elemento partecipativo, realizzando una vera e propria spartizione della potestà amministrativa fra il titolare burocratico e la pluralità dei consociati. Per il burocrate il procedimento è il luogo di esercizio del potere, mentre per il cittadino il procedimento è strumento di garanzia”<sup>64</sup>.

Formalizzate le c.d. garanzie partecipative (già nell'impianto originario della Legge n. 241 del 1990), la riflessione che ne è seguita è stata amplissima, ma un dato (quasi) comune non è stato sconfessato, ossia il riconoscimento della multiformità delle funzioni della partecipazione stessa<sup>65</sup>.

La sua storia, e la funzione “ideologica” del procedimento, ben spiegano le ragioni per le quali ha concentrato attorno a sé la riflessione sulle decisioni

---

<sup>62</sup> R. CHIEPPA, “Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo”, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2010, 3, 670.

<sup>63</sup> M. NIGRO, “Il nodo della partecipazione”, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1980, 225 ss.

<sup>64</sup> Così G. CORSO, “Il responsabile del procedimento amministrativo”, in “Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del convegno di Messina – Taormina, 25-26 febbraio 1988)”, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1990, 59.

<sup>65</sup> E. CHITI, “La dimensione funzionale del procedimento”, in Aa. Vv. “Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme”, Milano, Giuffrè, 2008, 211 ss., parla di un approccio “incentrato sul riconoscimento della pluralità delle possibili finalità dell'intervento, e attento ad evitare *reductiones ad unum* che rischierebbero di rivelarsi artificiali ed infondate”. Al contributo si rinvia per una bibliografia essenziale. La distinzione fra partecipazione c.d. in funzione di tutela e partecipazione c.d. in funzione di collaborazione sarà analizzata *infra*.

amministrative; dopotutto “il procedimento – è stato da più parti detto - è la forma abituale dell’esercizio del potere, e non solo di quello amministrativo”<sup>66</sup>.

Il bisogno di mettere delle regole al “modo di esercizio” del potere risponde(va) infatti ad un’evidente esigenza di “garantismo” nei rapporti fra Amministrazione e cittadini, che si è inevitabilmente avvertita nello stato democratico e ha condotto a spostare il *focus* sul procedimento, il quale, come scrisse Giannini, “per ogni attività pubblica [...] è «forma essenziale della funzione»: nella misura in cui dalla democrazia formale si passa alla democrazia sostanziale, si introducono forme procedurali sempre più intense, atte a dare e ricevere reciproche garanzie tra gli operatori giuridici pubblici”<sup>67</sup>.

Il procedimento, in altre parole, diviene la sede che istituzionalmente accoglie e “materializza” la relazione dialettica fra le posizioni giuridiche soggettive che si fronteggiano in occasione della formazione e della presa della decisione.

Avendo individuato la decisione nella scelta di una fra diverse possibili soluzioni, il discorso non può che essere qui circoscritto all’endiadi potere/interesse legittimo, assumendo che, se il corso dell’azione è interamente predeterminato dalla legge, non interviene una decisione nel senso predetto<sup>68</sup>.

Nigro descrisse l’interesse legittimo come “posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell’ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere

---

<sup>66</sup> F. PATRONI GRIFFI, “*Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*”, Relazione al convegno “*Riflessioni sul procedimento amministrativo (a trenta anni dalla scomparsa di Aldo M. Sandulli)*”, tenutosi a Roma il 12 dicembre 2014.

<sup>67</sup> M. S. GIANNINI, “*Diritto amministrativo*”, Milano, Giuffrè, 1970, 824.

<sup>68</sup> Senza alcuna pretesa di addentrarsi nel dibattito sul rapporto fra potere e provvedimento, attività discrezionale e vincolata, interessi legittimi e diritti soggettivi, che esorbiterebbe dall’economia del lavoro.

amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti a influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità"<sup>69</sup>.

Si suole dunque affermare che l'interesse legittimo funge da contraltare del potere<sup>70</sup>, allorquando il destinatario degli effetti dell'esercizio di tale potere sia titolare di interessi dei quali l'Autorità possa disporre unilateralmente ma non liberamente<sup>71</sup>.

Sulla distinzione fra unilateralità e libertà si gioca il *proprium* della particolare posizione di cui trattasi, perché da un lato un soggetto è messo dalla legge in condizione di poter incidere sull'altrui sfera giuridica senza consenso, ma il suo agire non è libero, quantomeno perché, anche prima e a prescindere dalla regolamentazione della sua attività, trova limite nei principi generali di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e stretta necessità.

Cosa significa? Che anche ad uno stadio evolutivo (e del ragionamento) antecedente rispetto alla normazione del procedimento amministrativo, o addirittura alla presa di coscienza sulla necessità di un esercizio più "democratico" del potere, era dato già acquisito che le modalità di detto

---

<sup>69</sup> M. NIGRO, *"Giustizia amministrativa"*, (a cura di E. CARDI, A. NIGRO), 6° ed., Bologna, 2022, 103.

<sup>70</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *"Il "terzo" nel diritto amministrativo a proposito di semplificazioni"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 34, scrive: "la nozione di interesse legittimo è speculare a quella di potere amministrativo. L'interesse legittimo ha ad oggetto l'azione dell'autorità amministrativa e, poiché questa è sottoposta al diritto, le pretese del titolare dell'interesse legittimo coincidono tendenzialmente con l'estensione del potere amministrativo".

<sup>71</sup> "Va peraltro precisato che il riferimento al comportamento dell'autorità amministrativa non deve confinare la nozione di interesse legittimo nel campo del solo diritto amministrativo. In realtà la situazione di interesse legittimo si può avere in ogni campo del diritto, ove un soggetto sia titolare del potere (giuridico) di definire, in solitudine (o con apporti meramente collaborativi) la sorte di interessi di altri soggetti, che siano connessi con quelli (suoi), che egli intende realizzare"; così E. CAPACCIOLI, *"Interessi legittimi e risarcimento dei danni"*, Milano, 1963, 54.

esercizio determinassero il *quantum* di “considerazione” per i contrapposti interessi privati.

Il passaggio logico successivo è ben sintetizzato da Scoca, quando scrive: “per cui il tasso di consistenza (o di tutela) dell’interesse legittimo è misurabile in relazione alla disciplina che riguarda, in modo più o meno incisivo, l’esercizio del potere; nel senso che maggiori sono le regole, formali e sostanziali, che attengono al percorso dell’esercizio del potere, limitandone la libertà, più ampie sono le facoltà di partecipazione a tale percorso e di influenza sul risultato dell’esercizio, ossia sull’assetto di interessi che ne deriva, maggiore è il livello di tutela che assicura l’interesse legittimo”<sup>72</sup>.

Il fatto che siano le regole *che attengono al percorso dell’esercizio del potere* (non a qualificare, ma) a quantificare il *tasso di consistenza* e di tutela dell’interesse legittimo, mette immediatamente in luce la connessione “intima” fra questa posizione giuridica, nella sua dimensione sostanziale, e la logica procedimentale.

È l’idea, in sé, di scandire l’agire pubblico in una serie di adempimenti giuridici e materiali che vengono formalizzati, predeterminati, connessi logicamente e organizzati nel tempo e nello spazio a dare concretezza all’interesse legittimo; dopodiché il numero e la qualità di tali regole determina il suo grado di tutela (e tutelabilità).

Le ragioni sono quelle già esposte a proposito delle funzioni del procedimento amministrativo: più le c.d. garanzie partecipative sono ampie e variegate, maggiore è la protezione dell’interesse legittimo (in ambito sostanziale, ma di riflesso anche sul piano del controllo giurisdizionale).

---

<sup>72</sup> F. G. SCOCA, “L’interesse legittimo. Storia e teoria”, Giappichelli Ed., Torino, 2017, 401.

La coerenza di un'impostazione di tal fatta con l'evoluzione storica della figura dell'interesse legittimo è massima, se si pensa che già in una prima definizione della figura, Miele ne metteva in luce il legame con "disciplina giuridica" che regola l'attività amministrativa, descrivendo gli interessi legittimi come "interessi aventi il loro fondamento in concrete esigenze di vita, che vengono riconosciuti e protetti dall'ordinamento giuridico. [...] nel diritto amministrativo, esposti come sono all'azione dell'Amministrazione, non potevano alla lunga restare interessi di fatto, e l'affermarsi dello Stato di diritto porta necessariamente a riconoscerli e a dare i mezzi per la loro difesa [...]. Il riconoscimento di dati interessi come interessi legittimi procede di pari passo con l'assoggettamento dell'attività amministrativa al diritto obiettivo ed avviene nei limiti in cui questa attività è disciplinata giuridicamente"<sup>73</sup>.

Dopodiché, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e della presa d'atto della valenza non solo processuale di questo interesse, lo sforzo della dottrina per delinearne il profilo sostanziale fu quello di trasporlo "dal processo, ossia dalla fase di realizzazione contro il provvedimento (ritenuto lesivo), e, quindi successiva all'adozione di quest'ultimo, alla fase di formazione del provvedimento stesso; riconoscendo e valutando la rilevanza della situazione soggettiva nell'ambito del procedimento amministrativo"<sup>74</sup>.

Facendo un passo indietro, la premessa concettuale è che dove c'è una posizione di potere c'è anche una posizione giuridica soggettiva (comunque denominata) che fronteggia il potere; al punto da affermare, in merito a quanti ordinamenti giuridici non contemplino situazioni soggettive assimilabili all'interesse legittimo ma contemplino comunque forme di

---

<sup>73</sup> G. MIELE, "Recensione a E. Cannada Bartoli", in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1957, 203-204.

<sup>74</sup> F. G. SCOCA, "L'interesse legittimo. Storia e teoria" cit., 189.

autoritatività, che “anche ad ammettere, per ipotesi, che sia una assenza (o una mancanza) effettiva, e non solo terminologica, si può sostenere che la figura teorica necessariamente sussista, ma, in quegli ordinamenti, non sia stata tradotta in istituto di diritto positivo”<sup>75</sup>.

In Italia, fu il legislatore del 1889 a rendere inevitabile la configurazione di una posizione giuridica diversa dal diritto soggettivo ma meritevole di “considerazione” e tutela da parte dell’ordinamento, posto che la competenza della neonata IV Sezione del Consiglio di Stato era circoscritta a controversie fra l’Amministrazione e i cittadini che non riguardavano diritti soggettivi.

L’essere nato sotto l’egida del processo, attribuì inizialmente all’interesse legittimo una configurazione esclusivamente processuale; sul piano dogmatico infatti, “questo falso, ma comprensibile, punto di partenza orientò la ricerca verso due diverse direzioni: da un lato si pensò che, non potendo essere il nuovo processo collegato alla tutela giurisdizionale di diritti soggettivi, e non conoscendosi altre situazioni soggettive sostanziali di riconoscimento e tutela di interessi privati, l’oggetto della tutela andasse individuato nell’interesse dell’amministrazione, o, meglio, nell’interesse pubblico; dall’altro lato si confinò l’interesse del privato nel campo strettamente processuale, e si intese il nuovo processo privo di presupposti soggettivi di diritto sostanziale. Entrambi gli indirizzi concludevano nel senso della inesistenza di situazioni soggettive private diverse dal diritto soggettivo, che fossero presenti fuori (e prima) del (nuovo) processo”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> F. G. SCOCA, “*L’interesse legittimo. Storia e teoria*” cit., 402.

<sup>76</sup> F. G. SCOCA, “*L’interesse legittimo. Storia e teoria*” cit., 404, a cui si rinvia per i riferimenti di dottrina in merito.

Rispetto al dibattito pre-costituzionale, il fatto che in più disposizioni della Carta<sup>77</sup> l'interesse legittimo sia stato semplicemente affiancato al diritto soggettivo<sup>78</sup>, ha "costretto" ad una presa d'atto circa il carattere sostanziale della figura; come osservò al tempo Bachelet, "può anche sostenersi che la costituzione non abbia fatto che confermare la precedente situazione; ma con la precisazione che ciò ha fatto accogliendo la interpretazione prevalente della figura degli interessi legittimi come situazioni soggettive sostanziali, ed escludono invece ogni possibilità di interpretazione dei medesimi come situazioni puramente processuali o meramente strumentali alla realizzazione dell'interesse pubblico"<sup>79</sup>.

Sebbene una concezione ancillare dell'interesse legittimo rispetto all'interesse pubblico non sia stata del tutto abbandonata nell'immediatezza dell'entrata in vigore della Costituzione, l'idea di un interesse privato occasionalmente o indirettamente protetto è stata nettamente superata, fino ad un completo ribaltamento della prospettiva<sup>80</sup>.

Ciò coerentemente col carattere marcatamente soggettivo che la stessa Carta ha impresso al processo amministrativo italiano: stante il contenuto degli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, "non vi è dubbio che, alla luce degli invocati parametri costituzionali, la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta

---

<sup>77</sup> Rif. a artt. 24, c. 1, 103, c. 1, e 113, cc. 1 e 2, Cost.

<sup>78</sup> Il che non significa equipararli, non potendosi negare che "l'interesse legittimo, a differenza del diritto soggettivo, non è "altro" dall'azione processuale che lo aziona in giudizio, ma è al contempo posizione sostanziale e proiezione processuale" (così M. DUGATO, *"I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi"*, in *Munus*, 1/2020, 13-50).

<sup>79</sup> V. BACHELET, *"Scritti giuridici"*, vol. II *"Le garanzie nell'ordinamento democratico"*, Milano, 1981, 465.

<sup>80</sup> "La tutela dell'interesse legittimo è concepita e disciplinata in Costituzione come tutela propria del solo interesse privato: ad essere tutelato indirettamente, almeno in sede processuale, e non sempre (se si vuole: occasionalmente), è semmai, l'interesse pubblico"; così F. G. SCOCA, *"L'interesse legittimo. Storia e teoria"* cit., 183, a cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini"<sup>81</sup>.

Il principio della domanda, quello dell'iniziativa di parte e del divieto di ultrapetizione accomunano infatti il processo amministrativo a quello civile nella finalità di tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive, delle quali si assume la lesione e si invoca protezione<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Corte Cost. n. 271/2019, pubblicata in G. U. 18/12/2019 n. 51. Fra i numerosissimi contributi, V. CERULLI IRELLI, *"Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo"*, in Dir. Proc. Amm., n. 2/2014, 342 e F. CINTIOLI, *"Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)"*, in Dir. Proc. Amm., n. 1/2012, 255.

<sup>82</sup> *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, 486; N. PAOLANTONIO, *"La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo"*, in Dir. Proc. Amm., n. 2/2020, 237; M. SILVESTRI, *"Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015"*, in Foro Amm., n. 9/2015, 2210. Limitandosi a brevi accenni sulle prospettive attuali, che comunque esulano dall'oggetto specifico di questo scritto, è oggi fervente il dibattito se sia in corso una progressiva "oggettivizzazione" del processo amministrativo: basti pensare alla sempre più frequente introduzione legislativa di ipotesi di legittimazione *ex lege* ad agire in capo a soggetti istituzionalmente preposti alla cura di specifici interessi sopraindividuali. Si faccia l'esempio dell'art. 21-bis della Legge n. 287 del 1990 il cui comma primo stabilisce che "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato" (introdotto dall'art. 35 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, c.d. decreto *"Salva Italia"*, come modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214). Nell'esegesi della norma, una dottrina minoritaria (per lo più F. CINTIOLI, *"Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti"*, in Federalismi.it n. 12/2012) ritiene che l'art. 21-bis abbia previsto in capo all'AGCM una speciale forma di legittimazione al ricorso, sganciata dalla titolarità di una posizione giuridicamente qualificata e differenziata, "ovverosia una possibilità d'azione concessa non a tutela di un interesse particolare, ma dell'interesse generale al rispetto delle regole" (R. GIOVAGNOLI, *"Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis Legge n. 287/1990"*, relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Secondo l'orientamento maggioritario (*ex multis*, M. A. SANDULLI, *"Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287 del 1990"*, in Federalismi.it) invece, la legittimazione ad agire posta in capo all'Autorità Antitrust sarebbe espressione della titolarità da parte della stessa di una situazione giuridica soggettiva, personale e differenziata che si assume lesa;

L'interesse legittimo è rimasto lungamente "ingabbiato" nella dimensione processuale, ma le sue origini hanno anche determinato o, secondo una diversa visione, reso palese, che la natura sostanziale di questa figura, la partecipazione dei privati all'individuazione dell'interesse pubblico in concreto, e il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa hanno matrice comune.

"Il carattere sostanziale [...] assume fondamento e vigore mano a mano che la giurisprudenza del giudice amministrativo rende palese che l'oggetto della tutela è proprio l'interesse privato, e non l'interesse pubblico o la retta

---

in altre parole, la *voluntas legis* andrebbe interpretata "nel senso di un'attribuzione di un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad un'autorità pubblica" (M. SANTISE, "Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo", terza edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2017). E questo perché si assume che l'Autorità sia titolare di un interesse sostanziale (qualificato e differenziato) legittimante al ricorso secondo le regole ordinarie del processo amministrativo (variamente ricondotto alla figura dell'interesse legittimo): si legge in in T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720, che "*l'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa*". Oppure perché i concetti di giurisdizione "di diritto oggettivo" e legittimazione ad agire "di diritto oggettivo" non sono equivalenti (si veda V. CERULLI IRELLI, "Legittimazione «soggettiva» e legittimazione «oggettiva» ad agire nel processo amministrativo", cit., 341). Infatti, l'elemento caratterizzante dei processi "di diritto oggettivo" deve essere individuato nell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, che "non è il diritto soggettivo della parte, bensì il dovere stesso del giudice di provvedere ogni volta che si trova in presenza di situazioni specialmente contemplate dalla legge" (F. TOMMASEO, "I processi a contenuto oggettivo", in Riv. Dir. Civ., 1988); dunque, il carattere fondante dei processi "di diritto oggettivo" è dato dall'ampiezza della cognizione riservata al giudice, che travalica la domanda di parte e investe la materia controversa nella sua "oggettività". Quanto invece alla legittimazione ad agire "di diritto oggettivo", con detta espressione si identificano "i casi, molteplici nel nostro ordinamento processuale, nei quali determinati soggetti, in virtù di espressa previsione di legge, ovvero della loro posizione istituzionale nell'ambito dell'ordinamento, possono adire il giudice amministrativo [...] per la tutela di interessi generali (pubblici) di cui sono portatori; [...] la previsione di casi di «legittimazione oggettiva» non comporta affatto, che il processo assuma caratteri di diritto «oggettivo»"; per la dottrina prevalente nei casi di legittimazione oggettiva la struttura del processo amministrativo, come processo di parti fondato sul principio della domanda, non muta: "non sono infatti previste deroghe alle regole del processo laddove l'azione sia esercitata da soggetti legittimati *ex lege*" (V. CERULLI IRELLI, op. cit.).

applicazione del diritto obiettivo; mano a mano che l'ambito della verifica processuale si sposta dai vizi meramente formali del provvedimento amministrativo a quelli sostanziali, o, ancor meglio, mano a mano che, accanto alla violazione di legge (e alla incompetenza), prende piede l'eccesso di potere, soprattutto, ma non solo, nelle forme della disparità di trattamento, dell'illogicità manifesta; mano a mano che viene dal giudice amministrativo richiesto che la motivazione dei provvedimenti sia, oltre che necessaria, anche sufficiente; mano a mano, infine, che il giudizio viene esteso al fatto, utilizzando la figura sintomatica del travisamento dei fatti". I principi generali si traducevano in regole "di diritto sostanziale sul modo in cui l'amministrazione doveva svolgere e manifestare la sua azione finalizzata alla cura dell'interesse pubblico", e sul modo "in cui essa doveva tener conto delle esigenze dell'interesse privato coinvolto nella sua azione"<sup>83</sup>.

Quindi Scoca scrive: "A mio avviso è proprio la spinta fornita dalla giurisprudenza amministrativa a far assumere all'interesse del privato una sostanza giuridica, e a far diventare imprescindibile che l'interesse legittimo, che per l'innanzi era privo di protezione propria (ad esso dedicata), si trasformasse in situazione giuridica soggettiva, preesistente al processo e dotata di una sua tutela sostanziale, e non solo di una tutela occasionale"<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> F. G. SCOCA, *"L'interesse legittimo. Storia e teoria"* cit., 110-112.

<sup>84</sup> Citando la riflessione di R. ALESSI, *"Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa"*, in Arch. Giur., 1943, 137, per cui "la costruzione di una categoria di interessi legittimi, distinta da quella di interessi di fatto in quanto tutelati da una norma giuridica, implica l'accoglimento della concezione individualistico-soggettiva della giurisdizione amministrativa"; l'Autore aggiunge: "Vale anche la reciproca: la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa implica necessariamente la presenza di una situazione soggettiva di diritto sostanziale; ed è questa vicenda che, sul piano storico, si è realizzata".

E prosegue: “Contemporaneamente, e in modo coerente con l’opera della giurisprudenza, la dottrina andava elaborando la nozione di procedimento”<sup>85</sup>.

Volendo scandire sinteticamente le tappe di questo processo evolutivo, se la dottrina anteriore, pur parlando dell’interesse legittimo come posizione sostanziale, dava “per lo più a siffatta qualificazione il significato di una mera contrapposizione con le posizioni giuridiche processuali o con le posizioni che esauriscono nel processo ogni loro rilevanza giuridica”<sup>86</sup>, l’inevitabile affrancamento dal processo necessitato dall’impostazione della Carta fu prevalentemente affrontato “duplicando” le [sedi] dell’interesse legittimo, dal (solo) processo (anche) al procedimento<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> F. G. SCOCA, “*L’interesse legittimo. Storia e teoria*” cit., 112.

<sup>86</sup> G. GRECO, “*L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*”, Milano, 1980, 112-113.

<sup>87</sup> Facendo un passaggio ulteriore, proprio col procedimento e nel procedimento l’interesse legittimo si è spogliato della veste processuale, perché la tutela fisiologica dell’interesse privato che sottende alla posizione di interesse legittimo ha sede esclusivamente nel procedimento, mentre la tutela giurisdizionale attiene alla condizione patologica, conseguente alla (afferмата) lesione di tale interesse. E così si rende palese tutta la distanza fra l’interesse sostanziale che il privato aziona nel procedimento e l’interesse alla legalità: “la tutela dell’interesse legittimo nell’ambito del procedimento non ha nulla a che fare con la (pretesa alla) legittimità dell’azione dell’amministrazione: il privato, che interviene nel corso della elaborazione della decisione amministrativa, non lo fa affatto per mantenere tale decisione, o gli atti adottati in funzione di essa, entro i confini della legittimità (e della correttezza formale). Esercita le sue “facoltà” al solo fine di orientare la decisione in senso a lui favorevole: interviene, in altri termini, nel merito della decisione, per (o tentando di) influire sulle scelte che la elaborazione della decisione comporta”. Infatti, se la decisione favorevole dovesse risultare illegittima, non gli sarebbe consentito impugnarla per difetto d’interesse; così F. G. SCOCA, “*L’interesse legittimo. Storia e teoria*” cit., 234. In altre parole, l’esercizio delle facoltà procedurali è diretto ad influire sul merito, e non sulla legittimità, delle decisioni amministrative, e questo perché “la legittimità è sì il limite della tutela, ma solo in sede processuale; e si spiega in base al principio della separazione dei poteri; che, secondo radicate convinzioni, impedisce al giudice di andare oltre la cognizione dei vizi di legittimità, e di inoltrarsi nella valutazione dei profili di merito delle scelte amministrative. Fuori dal processo, in sede amministrativa, laddove non ha ragione di operare la separazione dei poteri, la legittimità non costituisce affatto un limite alla protezione dell’interesse privato: nel procedimento, il titolare dell’interesse legittimo esercita le sue facoltà allo scopo di orientare l’amministrazione verso scelte (di merito) a lui favorevoli, non per contenere l’azione amministrativa nell’ambito delle regole della legittimità (408).

E forse diversamente non avrebbe potuto essere, nella misura in cui la dialettica fra due posizioni intrinsecamente interdipendenti, quali l'interesse legittimo e il potere, trova terreno d'elezione proprio nel procedimento.

E quella dialettica è assolutamente funzionale alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico al «singolare»<sup>88</sup>, come prodotto di sintesi.

La premessa è che l'Amministrazione opera, non per la realizzazione di un interesse pubblico astrattamente, ma anche compiutamente, prefigurato dalla legge, ma per la definizione prima, e per il perseguimento poi, di un interesse pubblico «in concreto»<sup>89</sup>.

Quell'interesse pubblico che è il fine dell'azione amministrativa, cioè espressione della sua «funzione» nell'ordinamento, s'identifica nell'«interesse pubblico amministrativo», che è cosa diversa dall'interesse generale<sup>90</sup>.

L'interesse pubblico «concreto», la cui determinazione risulta dall'apprezzamento congiunto di vari e contrastanti interessi pubblici, è dunque “quel che l'autorità amministrativa definisce tale”<sup>91</sup>; e negarlo non

---

<sup>88</sup> L'espressione utilizzata è di A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1972, XXVI, 56 ss.

<sup>89</sup> A. CIOFFI, “L'interesse pubblico nell'azione amministrativa”, in Dir. Amm., 2015, 809, parla di «interesse oggettivo nel concreto», che “si presenta come interesse che non è riducibile solo alla legge. Difatti, ha un suo contenuto concreto, un interesse sostanziale, una situazione reale. Questo contenuto non è definito *ex lege*, ma è determinato ad opera del provvedimento”.

<sup>90</sup> R. CAVALLO PERIN, “L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia”, in “L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2011”, Napoli, 2012, 280: “La nozione di funzione è la naturale conclusione dell'affermazione dell'interesse pubblico come fine essenziale dei pubblici poteri poiché la parola funzione nega che gli stessi possano essere utilizzati per la cura di interessi propri della persona giuridica pubblica amministrazione”. L'espressione «interesse pubblico amministrativo» è invece di M. NIGRO, “Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico”, in “Scritti giuridici”, Milano, 1996, II, 873 ss.

<sup>91</sup> L'espressione è di E. CANNADA BARTOLI, “Interesse (Dir. Amm.)”, in Enc. del Dir., XII, 6.

era possibile già negli anni della costituente, a meno di non sconfessare nozioni come merito e discrezionalità amministrativa<sup>92</sup>.

L'ampliamento concettuale di tale presa d'atto è (e fu per la dottrina post-costituzionale) che gli amministrati, e i loro interessi<sup>93</sup>, non sono estranei a questo processo formativo.

Chiarissime le parole di Berti: "la legge, alla quale si fa risalire l'indicazione degli interessi pubblici da soddisfare con l'attività amministrativa, opera su

---

<sup>92</sup> Sulla nozione di discrezionalità torneremo ampiamente; basti qui inquadrarla come potere di scelta teleologicamente orientato al miglior perseguimento dell'interesse pubblico (a sua volta già risultato di ponderazione e sintesi fra tutti gli interessi pubblici coinvolti), col minor sacrificio possibile degli interessi privati intercettati. Il «merito» può invece essere definito come "l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, è la parte del provvedimento non direttamente regolata, è l'area delle scelte di opportunità, è la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità; sicché il relativo apprezzamento implica la verifica dell'adeguatezza concreta del provvedimento al risultato, ovvero del successo del provvedimento medesimo". Le norme attributive del potere, tacendo su taluni aspetti dell'agire amministrativo, riservano alla parte pubblica un margine di apprezzamento esclusivo, ossia delle valutazioni di opportunità che non possono essere compiute da nessun altro soggetto dell'ordinamento, e che possono riguardare sia la concretizzazione della fattispecie normativa, che la determinazione delle conseguenze giuridiche. "Il merito si risolve quindi in una condizione di privilegio per l'amministrazione. Infatti l'individuazione dell'ambito del merito amministrativo è servita e serve ad escludere il sindacato giurisdizionale di legittimità su questa parte dell'attività amministrativa, stante la sua specifica natura riservata che impedisce al giudice di sovrapporre una nuova gradazione degli interessi in conflitto alla valutazione che di essi sia già stata compiuta dall'amministrazione. La conseguenza in termini di sindacato è l'inammissibilità dei motivi che mirino ad ottenere il riesame da parte del giudice amministrativo di siffatte questioni di opportunità". Se l'identificazione avviene in ragione della limitatezza del relativo sindacato giurisdizionale, si comprende perché la nozione di merito non sia stata intesa in maniera univoca; *ex multis*, P. G. PONTICELLI, (voce) "*Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*", in Enc. Giur., vol. XX, 1990, ne individua tre distinti significati: se collegato alla discrezionalità è ritenuto equivalente all'opportunità, altrimenti può essere inteso come rappresentazione dei fatti alla base del provvedimento o come margine di opinabilità che residua dall'applicazione di regole tecniche. La tesi restrittiva per cui il merito coincide con le scelte il cui criterio informatore è l'interesse pubblico appare comunque prevalente; così R. VILLATA - M. RAMAJOLI, "*Il provvedimento amministrativo*", II° ed., Giappichelli Ed., 2017, 212-219, a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia in argomento.

<sup>93</sup> Sul rapporto fra l'utilità sperata e l'esercizio del potere si distinguono interessi legittimi «oppositivi» e «pretensivi»; guardando invece all'utilità in sé, si potrebbero distinguere interessi «economici», se soddisfano bisogni connessi *latu sensu* al suo maggior potere d'acquisto, «funzionali», se soddisfano bisogni connessi all'utilità che deriva dall'accoglimento di un'istanza, e «psicologici», quando soddisfano bisogni intangibili.

un piano di astrattezza e non prevede, né regola il momento di captazione dell'interesse attraverso una concreta azione amministrativa. È quest'ultimo invero il momento nel quale l'interesse pubblico diviene alquanto di vitale e acquista sensibilità alle reazioni degli agenti esterni che esso in qualche modo sollecita: tra codesti agenti sono compresi gli interessi privati. Da tali interessi, in quanto presenti, l'azione amministrativa non può dunque prescindere, e non in funzione del rispetto esterno delle norme che li garantiscono, ma allo scopo di assumerli quali componenti, sia pure negativi o dialettici, della materia da cui scaturisce l'interesse pubblico oggettivo ricollegato al provvedimento. Insomma, per raggiungere una forma concreta nel caso di specie, l'interesse pubblico ha bisogno anche degli interessi particolari che gli risultino affini"<sup>94</sup>.

Gli interessi privati diventano quindi componenti necessarie dell'obiettivo da conseguire: "la prima operazione logica nell'esercizio del potere, ossia la determinazione dell'obiettivo da raggiungere, non dipende dalla somma algebrica soltanto dei diversi interessi pubblici (astratti), ma di questi e degli interessi privati coinvolti"; e influiscono sui mezzi per realizzarlo: "altrettanto si può ripetere per la seconda operazione logica, la determinazione dei mezzi per raggiungere l'obiettivo"<sup>95</sup>.

È la "regola aurea" di Romagnosi per cui l'Amministrazione deve perseguire l'interesse pubblico col minor sacrificio degli interessi privati; oggi principio di proporzionalità<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> F. G. SCOCA, *"L'interesse legittimo. Storia e teoria"* cit., 204.

<sup>95</sup> F. G. SCOCA, *"L'interesse legittimo. Storia e teoria"* cit., 409.

<sup>96</sup> "Come è noto, il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento

Riprendendo il discorso precedente sull'incompatibilità logica fra una completa predeterminazione legislativa del fine concreto a cui deve tendere l'azione pubblica e il riconoscimento di spazi di discrezionalità, e ampliandolo al coinvolgimento dei privati nella formazione della volontà dell'Amministrazione, torna il ragionamento di Scoca quando sottolinea che "se l'amministrazione dovesse perseguire interessi pubblici predefiniti in modo completo e vincolante dal legislatore, verrebbe a mancare lo spazio necessario sia per la composizione tra interessi pubblici diversi, ma concretamente compresenti, sia la considerazione degli interessi privati"<sup>97</sup>. Ma allora dev'esser vero anche il contrario: ogni qual volta l'Amministrazione si trovi a muovere fra margini di discrezionalità (magari anche ampi), non può mancare uno "spazio" per la composizione di tutti gli interessi pubblici e privati rilevanti, pena un'indebita frustrazione non solo di questi ultimi, venendo meno quella dialettica che precede l'assunzione della determinazione finale, ma anche dell'interesse pubblico "singolare". E se il modulo procedimentale, una volta introdotto e generalizzato, ha di fatto monopolizzato la riflessione sulle decisioni amministrative è perché, da un lato, rende possibile che l'interesse pubblico "concreto" si definisca in un ambiente composito e dialettico e, dall'altro, offre il miglior strumento per "democratizzare" i rapporti fra P.A. e cittadini, improntandoli ai principi di buona fede, correttezza e leale collaborazione.

---

degli interessi. Date tali premesse, la proporzionalità non deve essere considerata "come un canone rigido ed imm modificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa ed, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità. In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale"; c.f.r. Cons. Stato, Sez. V, n. 746 del 20/02/2017.

<sup>97</sup> F. G. SCOCA, "L'interesse legittimo. Storia e teoria" cit., 204.

Già Nigro rinveniva in modo chiaro nel procedimento il “metodo di realizzazione di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una legalità–giustizia, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell’attività amministrativa all’ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto (nuovo) assetto di tali interessi”<sup>98</sup>.

Prosegue Polce, che rimarca chiaramente la correlazione fra *focus* sulle fasi di formazione della decisione ed esigenze di predeterminatezza, controllabilità e trasparenza di un’azione amministrativa che si muove in uno spazio parzialmente “libero”: “L’esigenza di prevedibilità dell’azione amministrativa e di tutela dell’affidamento degli amministrati costituisce la ragione principale dello spostamento del baricentro dell’attività amministrativa, dall’atto amministrativo all’*iter* di formazione della decisione. Infatti, finché l’Amministrazione era prevalentemente Amministrazione esecutiva (se lo è mai stata), il provvedimento, per il suo vincolo relativamente stretto con le leggi, già di per sé predeterminanti, risultava comunque relativamente trasparente anche nei suoi momenti decisionali, tanto che questi momenti e la loro organizzazione venivano a giocare un ruolo subordinato rispetto al risultato. Ed è per questo che l’attenzione della nostra dottrina al processo decisionale è stata sempre molto limitata. Quando però ci si è avveduti del carattere prevalentemente «libero» dell’attività amministrativa, l’esigenza di visibilità della decisione ha assunto un peso ed una forza del tutto nuovi ed il processo di formazione della decisione si è manifestato sempre più poliedrico e complicato. Appena

---

<sup>98</sup> M. NIGRO, “Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)”, in Riv. Dir. Proc., 1980, 261-263.

ci si è accolti della facoltà di tipizzare in via preventiva i contenuti delle decisioni amministrative discrezionali e di controllare le determinazioni raggiunte in relazione al parametro dell'interesse come causa dell'atto, si è sviluppata in modo prepotente l'attenzione alla disciplina e al controllo del farsi della decisione. Si è detto, pertanto, che lo sforzo principale della dottrina dovesse essere quello di contribuire a rendere trasparente e controllabile il processo decisionale e di individuare una serie di regole sostanziali, non solo per legittimare la decisione, ma anche e soprattutto per conformare il contenuto della decisione medesima agli interessi che risultano prevalenti attraverso il confronto effettivo delle posizioni parziali"<sup>99</sup>.

### **III.2 – La multiforme evoluzione delle funzioni del procedimento amministrativo.**

Da lì le funzioni del procedimento sono andate ulteriormente diversificandosi; i campi d'indagine sarebbero molti<sup>100</sup>, e si sceglie dunque

---

<sup>99</sup> A. POLICE, *"La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale"* cit., 77-79.

<sup>100</sup> Nei trent'anni che hanno seguito la legge generale, il graduale arricchimento di garanzie procedurali ha confermato la varietà delle possibili funzioni dell'intervento degli interessati nel procedimento; lo scritto di E. CHITI, *"La dimensione funzionale del procedimento"* cit. ne offre una rappresentazione sintetica. L'approdo di teoria generale è che gli intervenuti mutamenti danno luogo "ad una realtà giuridica sempre più complessa, là dove innescano una scomposizione ed una articolazione della categoria degli amministratori - il polo tradizionalmente unitario della «libertà» - in più categorie di amministratori, il cui intervento nel procedimento risponde ad esigenze non sempre riconducibili alla tripartizione consolidata". Un primo esempio è rappresentato dalle ipotesi nelle quali la posizione dei soggetti privati è quella di una libertà che è divenuta o può divenire, a determinate condizioni, «potere» privato, capace di incidere su altre libertà (vedi libertà d'impresa che può trasformarsi in abuso di potere di mercato): "in questo tipo di situazione, l'intervento del soggetto privato nel procedimento non è semplicemente volto a rappresentare un interesse o una situazione in funzione di collaborazione o di difesa. Esso assolve, piuttosto, alla ben più complessa funzione di «giustificazione» di un potere privato che, in quanto tale, è privo di una legittimità corrispondente a quella del potere pubblico". Un secondo esempio è offerto dal ruolo che le amministrazioni giocano nei procedimenti composti ultrastatali (vedi i procedimenti concernenti gli aiuti di Stato),

di accennare a soli due aspetti che riguardano il rapporto fra la “buona” decisione amministrativa e la logica procedimentale.

Il primo attiene al controllo *ab externo* dell’attività amministrativa, finalità alla quale il procedimento è venuto nei fatti ad essere asservito, e che travalica il momento proprio dell’esercizio del potere, per abbracciare la successiva fase del controllo su detto esercizio.

È innegabile che stiamo assistendo ad un progressivo ampliamento del sindacato giurisdizionale sull’attività (di *decision making* come di *policy making*) delle amministrazioni<sup>101</sup>.

---

nei quali le amministrazioni nazionali occupano una doppia posizione, cioè “quella di decisore, quando partecipano attraverso propri «rappresentanti» al collegio eventualmente responsabile dell’adozione della misura che chiude il procedimento” e “quella di parte, che rappresenta e fa valere gli interessi statali in una posizione non dissimile da quella assunta dai privati”. “Il loro intervento nel procedimento, però, risponde ad esigenze almeno in parte diverse rispetto a quelle dell’intervento dei privati. L’intervento non è estraneo alle ragioni della collaborazione e della difesa ben note nel diritto interno. Collaborazione e difesa, tuttavia, acquistano connotati specifici, là dove l’intervento serve talora a favorire il coordinamento tra le amministrazioni nazionali e tra queste e quelle comunitarie, talaltra a consentire lo svolgimento di una negoziazione, talaltra ancora a svolgere un controllo sui propri omologhi di altri paesi membri o a rappresentare il proprio punto di vista rispetto ad un controllo svolto da un organismo europeo”.

<sup>101</sup> In estrema sintesi, sul piano dell’accesso alla giustizia, si registra un’interpretazione giurisprudenziale sempre più elastica delle condizioni dell’azione, alla quale si è affiancata l’implementazione normativa delle ipotesi di legittimazione ad agire *ex lege* a soggetti istituzionali negli ambiti di competenza. Su quest’ultimo punto si è già citato l’esempio dei poteri d’impugnativa dell’A.G.C.M., (ma anche i poteri d’impugnativa dell’A.N.A.C. *ex art.* 220 D.Lgs. n. 36/2023), accomunate dalla presa d’atto che gli interessi emergenti nella società odierna rivestono per lo più carattere sopraindividuale, categoriale e di settore, difficilmente introducibili in giudizio, per la dubbia riconducibilità alla sfera giuridica dei singoli, e per la natura (generale) degli atti che vi incidono; la volontà di predisporre un efficace sistema di tutele in settori chiave dell’ordinamento, ha quindi suggerito di condizionare i poteri di impugnativa degli enti competenti alla sola riconducibilità dell’affare alla rispettiva missione istituzionale. Sul primo aspetto, emblematica è la vicenda del rapporto fra ricorso principale e incidentale escludente nelle gare pubbliche: com’è stato osservato, “ritenere procedibile la domanda proposta dal ricorrente principale una volta che sia stato ritenuto fondato il ricorso incidentale equivale ad ammettere la sussistenza della legittimazione (poiché intesa quale condizione dell’azione) in capo ad un soggetto legittimamente escluso dalla procedura” (L. R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 692 e R. VILLATA, *L’Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, *ivi*, 2008, 1186 e ss.). In sostanza, il solo riconoscimento di un interesse

Per quanto qui interessa, questa tendenza è stata per altro favorita, per poi porsi a sua volta come concausa, da uno «spostamento», o meglio «duplicazione», dell'attività istruttoria propria del procedimento nel processo; Dugato scrive: “per com'è immaginato il giudizio sulla validità degli atti amministrativi, esiste un collegamento inscindibile tra ciò che viene fatto nel procedimento (cioè l'istruttoria procedimentale) e ciò che viene controllato nel processo che ha ad oggetto la legittimità del provvedimento”<sup>102</sup>.

---

strumentale alla riedizione della gara, ossia la mera possibilità di conseguire l'utilità finale ambita, porta a derogare, in senso ampliativo, all'insegnamento generale per cui chi è stato legittimante escluso dalla procedura selettiva è privo di legittimazione all'impugnativa dei relativi atti, non trovandosi (più) in una posizione giuridicamente differenziata. Nei fatti, ciò consente di estendere la cognizione del giudice a quegli aspetti della vicenda che esulerebbero dal giudizio per l'inammissibilità del ricorso di chi li ha censurati. Discorso sostanzialmente analogo può essere svolto per la generalità dei poteri di impugnativa del terzo rispetto ad un rapporto bilaterale fra amministrazione e destinatario dei suoi provvedimenti, terreno di elezione delle letture critiche a quelle pronunce che, pur affermando in principio che la legittimazione è condizione indispensabile per l'accesso al giudice, “tendono, in concreto, a ritenerla quasi sempre sussistente ed utilizzano soltanto l'interesse a ricorrere quale filtro per l'accesso alla tutela, nel senso che, sussistendo quest'ultimo, si dà quasi per scontata la prima” (F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, pubblicato in sito giustizia amministrativa – dottrina il 31 ottobre 2019). In più lo stesso giudice attribuisce un contenuto sempre più variegato al concetto di *vicinitas*, coniato in materia urbanistico-edilizia, dove già era stato esteso dal solo proprietario frontista a chiunque si trovi in uno «stabile collegamento» con l'area in cui insiste l'intervento autorizzato, e successivamente trasposto all'ambito della concorrenza, inteso come medesimo bacino d'utenza, determinando “il riconoscimento della legittimazione a ricorrere avverso provvedimento autorizzativi di nuove attività imprenditoriali da parte del soggetto concorrente, il quale eserciti la stessa attività nella medesima area di operatività, non solo spaziale ma anche economica” (S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli Studi di Diritto Pubblico, Milano, 2018, 225). Il *leitmotiv* è sempre nel senso di favorire l'accesso al giudizio: “quel che non sembra difficile osservare è che la giurisprudenza amministrativa piuttosto frequentemente ritiene legittimate parti processuali che – in applicazione degli insegnamenti tradizionali e consolidati in argomento – dovrebbero esser considerate prive di legittimazione, così come ritiene sussistere il *locus standi* in capo a soggetti che, in realtà, presentano solo la possibilità di ritrarre un'utilità strumentale dall'accoglimento della domanda” (L. R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, cit., 707).

<sup>102</sup> M. DUGATO, “I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi”, cit.

In tal senso già si era mosso il legislatore con la riforma della legge generale sul procedimento amministrativo del 2005, introducendo i casi di non annullabilità del provvedimento di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies*. Che l'accertamento sia compiuto d'ufficio (per gli atti vincolati di cui al primo periodo) o su iniziativa dell'amministrazione (nei casi di cui al secondo periodo), il giudice è comunque chiamato ad effettuare un giudizio controfattuale, che muove dall'accertamento del vizio e passa per la sua eliminazione mentale, onde verificare se il contenuto precettivo dell'atto rimarrebbe invariato.

In disparte ogni considerazione sulle difficoltà di compiere una tale operazione ipotetica nel caso di provvedimenti discrezionali quando la partecipazione del privato è mancata, rileva il fatto che viene demandata alla sede processuale una vera e propria riproduzione (virtuale?) delle fasi dell'istruttoria e della formazione della decisione interessate dal vizio riscontrato, che si traduce, in caso di vizio originario (come la mancata comunicazione di cui all'art. 7 L.p.a.) nella sostanziale rinnovazione del procedimento stesso.

Se anche l'intento è stato quello di perseguire la c.d. amministrazione di risultato e di valorizzare la regola "del raggiungimento dello scopo", è innegabile l'effetto ampliativo del sindacato giurisdizionale che si è prodotto sull'attività amministrativa: una cosa è limitare l'accertamento alla sussistenza di un vizio (e al più alla gradazione degli effetti della pronuncia di annullamento<sup>103</sup>), ben altra è ripercorrere le tappe del procedimento, mediante l'integrazione postuma di quel che è mancato per ricostruirne gli effetti sul deliberato.

---

<sup>103</sup> Nella stessa ottica si legga la previsione di cui all'art. 121 d.lgs. n. 104/2010 sui poteri officiosi di declaratoria dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

Ora, questa forma di controllo presuppone inevitabilmente una logica di tipo procedimentale: se le “tappe” dell’azione dei pubblici uffici non fossero legislativamente previste, il giudice non potrebbe ripercorrerle per svolgere un sindacato sempre più penetrante; anche in questa prospettiva la dimensione procedimentale ha assunto sempre maggiore centralità nell’analisi delle decisioni amministrative.

### **III.3 – Dalla legalità formale alla legalità procedimentale.**

Il secondo aspetto attiene all’emersione di una nuova “forma” di legalità c.d. procedimentale.

Il principio di legalità, nella sua accezione più generale, prescrive che l’esercizio di qualunque potere pubblico trovi fondamento in una previa norma attributiva, al fine di assicurarne un uso regolato, non arbitrario, controllabile e sottoponibile a controllo giurisdizionale<sup>104</sup>.

Più nel dettaglio, può essere inteso in tre diverse accezioni: *i)* in senso debolissimo preclude ai pubblici poteri di svolgere attività in contrasto con disposizioni di legge; *ii)* in senso formale (o debole) impone che la legge, nel ripartire le competenze, delinei presupposti e limiti dell’esercizio dei poteri; *iii)* in senso sostanziale (o forte) lo stesso principio guarda alle modalità di esercizio del potere e al contenuto degli atti in cui esso si traduce, e ne impone la conformità alla disciplina sostanziale normativamente dettata.

Con specifico riguardo all’attività amministrativa, il principio di legalità ha come corollario il principio di tipicità, in ossequio al quale non solo il

---

<sup>104</sup> Numerosi i suoi referenti costituzionali: art. 23 Cost. sull’imposizione di prestazioni personali o patrimoniali; art. 25 Cost. sulle sanzioni penali e le misure di sicurezza; art. 97 Cost. sull’organizzazione dei pubblici uffici; art. 101 Cost. sull’amministrazione della giustizia; art. 113 Cost. sul potere di annullamento giurisdizionale degli atti della Pubblica Amministrazione.

provvedimento amministrativo deve necessariamente perseguire gli obiettivi posti dal legislatore, ma la legge deve anche predeterminare i presupposti fattuali e giuridici per la sua emanazione, l'Amministrazione competente ad adottarlo (intesa come intero plesso amministrativo e come singolo ufficio/organo), i limiti in cui quest'ultima incorre nella sua adozione, le modalità procedurali di emanazione, nonché i possibili aspetti contenutistici (seppur nei limiti di compatibilità con l'eventuale discrezionalità).

I principi sopra esposti, quindi, vincolano la Pubblica Amministrazione a conformare i propri provvedimenti al paradigma normativo per essi predisposto, il quale si compone non solo delle norme attributive del potere (in ossequio alla c.d. legalità formale) ma anche di quelle regolative dello stesso (nell'ottica della c.d. legalità sostanziale).

Si ammette pacificamente che, per rispondere a determinate esigenze, il principio di tipicità del provvedimento amministrativo, e con esso il principio di legalità sostanziale che ne è la fonte, possano subire delle deroghe o, per meglio dire, una "degradazione" in mera "nominatività".

Il principio di nominatività impone che, pur nei casi in cui non sia possibile (o funzionalmente utile) predeterminare con legge il contenuto (sempre con i limiti elastici della discrezionalità amministrativa) del provvedimento, la fonte legale conferisca comunque tale potere in modo espresso fissandone quantomeno presupposti e limiti.

Il fatto che il potere in questione trovi sicuro riscontro in una norma attributiva che stabilisce tanto le condizioni fattuali e giuridiche in presenza delle quali tale potere può essere esercitato, quanto i relativi limiti, assicura il rispetto del principio di legalità (almeno) nella sua accezione formale (è il caso, ad esempio, delle c.d. ordinanze contingibili e urgenti).

Per quanto qui specificamente interessa, il principio in argomento subisce una forte (quanto ineliminabile) attenuazione nel rapporto fra legge e poteri di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti; attenuazione che è strettamente connaturata con la stessa ragione di esistenza di tali enti. La volontà, maturata dalla presa di coscienza del fallimento dei tradizionali sistemi di intervento pubblico in economia, di affidare la regolazione di settori strategici del mercato a soggetti istituzionali per quanto più possibili dotati di specialistiche competenze tecniche e sottratti alle ingerenze della politica (per lo più intesa come mutevoli maggioranze governative), ha condotto il legislatore a conferire loro ampi settori di competenze, limitandosi per lo più a individuare in maniera generica i valori da tutelare e gli obiettivi da perseguire.

Trattasi infatti di settori dell'economia (si pensi a titolo esemplificativo all'energia elettrica o alle telecomunicazioni) caratterizzati da forte tecnicismo, che necessitano di essere regolati per il tramite di strumenti flessivi e facilmente adattabili in tempi rapidi ai mutamenti scientifici ed economici che li interessano.

Tutto quanto detto non può che tradursi nella formulazione di norme attributive dei relativi poteri caratterizzate da una certa ampiezza e vaghezza, che inevitabilmente porta ad interrogarsi circa la possibilità di derogare anche al principio di legalità in senso formale, come accade allorquando manchi una norma specificamente attributiva del potere.

In ciò sta la problematica dei c.d. poteri impliciti, ossia nella possibilità (o meno) per il legislatore di attribuire un pubblico potere in modo teleologico, con la conseguenza che l'Amministrazione si troverebbe a spendere un potere che non le è stato formalmente conferito ma che è finalisticamente necessario al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse che quel

soggetto istituzionale è chiamato a perseguire<sup>105</sup>; problematica data dal fatto che nel nostro ordinamento manca una previsione generale sui c.d. poteri impliciti, com'è invece ad esempio nel diritto comunitario<sup>106</sup>.

Senza entrare nel dibattito<sup>107</sup>, serve qui evidenziare come i sostenitori dell'ammissibilità di tali poteri impliciti, all'opposta considerazione per cui

---

<sup>105</sup> È il modello della "amministrazione per obiettivi", secondo il quale la P.A. sarebbe comunque legittimata ad esercitare qualunque potere, purché non contrario alla legge e non espressamente escluso da essa, che risulti funzionale alla miglior tutela possibile dei beni giuridici attribuiti alla sua cura.

<sup>106</sup> Rif. a art. 352 T.F.U.E.

<sup>107</sup> In estrema sintesi, una prima, e più tradizionale, scuola di pensiero nega che il sistema amministrativo lasci spazio all'esercizio di poteri non espressamente attribuiti dalla legge ad un dato soggetto istituzionale. Ciò in quanto la legalità, intesa in senso forte, costituisce principio cardine dell'ordinamento democratico, del quale possono conseguentemente essere ammesse solo deroghe o limitazioni espressamente e tassativamente previste; così è per le già ricordate ordinanze contingibili e urgenti, rispetto alle quali comunque il principio di legalità continua a operare almeno in senso debole. Nessuna ulteriore dequotazione del principio in parola potrebbe essere legittimata, al punto da aprire a poteri che non trovano nel panorama normativo di riferimento norme regolative del relativo esercizio ma neppure specificamente attributive di essi. Un appiglio normativo è individuato dai sostenitori dell'orientamento più rigoroso nell'art. 1 della Legge n. 241/1990 che, con riguardo allo svolgimento dell'attività amministrativa, fa riferimento alle "modalità" previste dalla legge, come ad indicare la necessità di una legge attributiva e regolativa del potere. Argomentazione corroborata dagli evidenziati rischi di deficit nella tutela dei destinatari dell'azione di tali enti, connessi al venire meno di buona parte dei referenti normativi alla stregua dei quali poter verificare la legittimità delle determinazioni assunte. L'approccio predetto è stato messo in discussione proprio dalle specifiche esigenze connesse all'istituzione delle Autorità Indipendenti: da un lato l'elevato tecnicismo delle materie loro affidate e dall'altro la necessità di assicurarne l'indipendenza dal Governo (e dalla "politica" in senso lato), ha condotto la giurisprudenza più recente ad avallare la scelta del legislatore di conferire ad esse il potere in modo "teleologico", fissando gli obiettivi da perseguire e i limiti esterni, senza ulteriori tipizzazioni dei modi, tempi e contenuti della relativa azione. Il carattere mutevole e la continua evoluzione dei mercati e dei settori di riferimento ha sostanzialmente reso necessario il riconoscimento dei c.d. poteri amministrativi impliciti, nella misura in cui ciò che si vuole è proprio che le Autorità, appunto nel rispetto dei limiti esterni delle loro missioni istituzionali, vadano a regolare, con previsioni generali o provvedimenti concreti comunque necessitanti di competenze tecniche specialistiche, quegli spazi lasciati in bianco dal legislatore. A fronte, dunque, di comprovate ragioni di interesse pubblico, in presenza di condizioni fattuali o giuridiche che rendono pressoché impossibile quella tipizzazione dell'attività amministrativa che sarebbe richiesta dal principio di legalità in senso forte, lo stesso Consiglio di Stato ha legittimato la spendita da parte di diversi soggetti istituzionali di poteri non analiticamente individuati dalla legge ma implicitamente riconosciuti per la realizzazione del fine loro attribuito; quanto sopra a condizione che gli obiettivi da raggiungere, quindi il fine di

l'assenza di un complesso di norme puntualmente attributive e regolative del potere determinerebbe un *vulnus* nella tutela, dal momento in cui verrebbe a mancare il paradigma alla stregua del quale operare il vaglio di legittimità del concreto esercizio del potere, abbiano risposto argomentando sulle speciali forme di partecipazione appositamente previste.

Si è infatti osservato che, sebbene il conferimento di poteri "per obiettivi" risponda ad esigenze di funzionalità ritenute prevalenti sulle (in parte opposte) esigenze di tutela dei destinatari dell'agire pubblico, è stato comunque posto in essere un notevole rafforzamento delle garanzie c.d. partecipative, non nelle forme generalmente dettate per il provvedimento amministrativo dalla Legge n. 241/1990, ma in quelle peculiari fissate dagli statuti e dai regolamenti delle singole Autorità, fra le quali prevalentemente le consultazioni preventive.

Posto che le Autorità Indipendenti assumono oggi decisioni di fondamentale importanza per i mercati in cui operano e che producono incisivi effetti nella sfera giuridica degli operatori del settore, anche a carattere conformativo/limitativo di poteri e facoltà, la tendenza è ad assicurare che le relative determinazioni siano, per quanto più possibile, frutto della dialettica fra il soggetto pubblico e i privati interessati, per far sì che il confronto fra i rispettivi interessi avvenga in una fase che precede, e non segue, l'emanazione degli strumenti per lo più di regolazione, anche nell'ottica di evitare il contenzioso.

Tutto quanto premesso serve ad evidenziare che dove si è avvertita la necessità di recuperare quel che si stava perdendo in termini di legalità sostanziale, si è cercato "riparo" sul piano della legalità c.d. procedimentale,

---

interesse pubblico, siano predeterminati dal legislatore (con un grado di specificazione che varia in ragione delle peculiarità della materia).

ponendo ancora una volta il procedimento al centro della riflessione sulle decisioni pubbliche.

#### **III.4 – Il rischio di “rinchiudere” la decisione nel procedimento.**

L'intera riflessione sin qui condotta ruota attorno alla considerazione per cui il fenomeno decisionale in ambito giuridico ha interessato quasi esclusivamente sotto il profilo della correttezza della sequenza procedimentale a cui il decisore deve attenersi, relegando qualunque altra dinamica riferibile invece a tale complesso fenomeno al c.d. merito amministrativo e, dunque, agli angusti spazi del relativo sindacato.

Espressive in tal senso le parole di Torchia: “se [...] per un verso, la riflessione scientifica si è ampiamente esercitata sugli strumenti mediante i quali le scelte vengono operate – il procedimento come processo mediante il quale si opera la scelta e il provvedimento come esternazione giuridicamente qualificata della medesima scelta – ci manca, per altro verso, un'analisi approfondita della capacità di scelta, della qualità delle concrete scelte effettuate, dei risultati raggiunti e del collegamento, inevitabile ma raramente indagato, fra le scelte già compiute e quelle ancora da compiere. Non abbiamo, in altri termini, un modello che consenta di andare oltre la ricostruzione della scelta come una ponderazione procedimentalizzata fra diversi interessi riconosciuti come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento”.

E continua: “non è un caso che gli studi si siano concentrati sempre più sul procedimento, come ancora di salvezza. In assenza di un ordine precostituito o almeno comunemente intellegibile e condiviso, il procedimento diventa uno strumento di composizione del conflitto, di confronto delle differenze, di raccolta delle conoscenze a correzione

dell'ignoranza che così spesso affligge il decisore e offre, comunque, il balsamo che ogni giurista preoccupato dell'arbitrarietà delle scelte vuole spalmare sulle possibili ferite all'ordinamento: il procedimento garantisce il diritto di difesa, il contraddittorio, la partecipazione all'istruttoria, la motivazione della scelta concretamente operata o, in una parola, un potere limitato, giustificato, controllabile. Non è poco, naturalmente, anzi costituisce una delle condizioni essenziali di un ordinamento democratico. Sotto il profilo scientifico non aiuta, però, a costruire una teoria della decisione amministrativa, né sotto il profilo pratico ci aiuta a comprendere quali forze siano effettivamente in gioco nel processo di decisione, perché e quando alcune scelte siano giuste e altre sbagliate o perché a volte sia impossibile decidere"<sup>108</sup>.

Quel che ci si propone nelle pagine che seguono è di mettere in evidenza la limitatezza di una riflessione che si concentri esclusivamente attorno alla logica procedimentale, e che racchiuda la decisione nel provvedimento<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> L. TORCHIA, *"Teoria e prassi delle decisioni amministrative"*, cit.

<sup>109</sup> Come in parte anticipato, Bombardelli ha evidenziato come l'impostazione tradizionale tenda a identificare la decisione nel provvedimento amministrativo. La premessa è che "l'accadimento della decisione viene concepito come il momento in cui il decisore amministrativo esprime la propria volontà di scelta ed indica con un proprio comportamento intenzionale [...] la soluzione del problema che gli si è posto di fronte"; evidentemente questa espressione di volontà deve coincidere con l'adozione di un atto formale produttivo di effetti esterni, e dunque la si rinviene nel provvedimento finale. La "bontà" della decisione viene vagliata quindi solo per il tramite dei vizi di legittimità del provvedimento, col che "il processo che conduce alla formazione della decisione rileva unicamente in un'ottica retrospettiva, quale insieme di condizioni e di vincoli deterministici che indicano la strada per il raggiungimento di siffatto risultato secondo condizioni di legittimità e consentono dunque di verificare la sua conformità all'ordinamento. L'attività svolta nell'elaborazione della decisione assume dunque soltanto un rilievo strumentale e viene considerata nella misura in cui, in presenza della produzione di un effetto giuridico e della corrispondente modificazione delle sfere giuridiche a cui questo si rivolge, è utile alla valutazione della legittimità dell'atto formale che dell'attività decisionale costituisce il risultato e da cui tale effetto e tale modificazione sono prodotti" (M. BOMBARDELLI, op. cit., 196).

Vero è che la distinzione fra processo decisionale e decisione come suo prodotto finale è pacifica, identificandosi il primo nell'esercizio della discrezionalità strettamente ricollegato all'osservanza delle regole procedurali e il secondo nel contenuto del provvedimento finale, ma non è altrettanto vero che in questa sola alterità si riesca a cogliere l'ampiezza del fenomeno decisionale complessivamente inteso.

Se di decisione amministrativa si parla a fronte di una scelta fra alternative giuridicamente e fattivamente possibili, è chiaro che la discrezionalità è caratteristica ineliminabile del potere, e che a sua volta il provvedimento formalizza e produce all'esterno gli esiti della relativa spendita, ma entrambi i concetti non bastano a intercettare la pluralità dei fattori, non solo giuridici, che potenzialmente vi influiscono.

Per parte sua, la scienza dell'amministrazione ha certamente dedicato uno spazio di riflessione al tema delle decisioni, tutto però concentrato attorno all'articolazione dei processi decisionali e alle diverse ipotesi ricostruttive prospettate per descriverli<sup>110</sup>, il cui comune denominatore risiederebbe nella presenza di due momenti: "quello riservato alla selezione dei valori e degli obiettivi, detto anche momento assiologico, e quello relativo alla concretizzazione di questi ultimi, detto anche momento del ragionamento. [...] Il processo decisionale, pertanto, si presenta come la successione di una serie di scelte sui valori e sugli obiettivi da perseguire, cui si succedono una serie di decisioni volte alla concretizzazione dei fini e degli obiettivi prescelti. La decisione, in altri termini, è l'atto di volontà diretto ad intraprendere un'azione con la quale il decisore crede che realizzerà il fine che ha scelto di raggiungere [...] Essa presuppone sempre una scelta

---

<sup>110</sup> Per altro ampiamente mutate dalla scienza dell'organizzazione, stante la base concettuale comunque offerta dalle teorie della razionalità «pura» e della razionalità «limitata» di cui si dirà *infra*.

principale (sui fini) che a sua volta origina una ramificazione via via più densa di alternative che si moltiplicano ad ogni stadio del processo decisionale e rappresentano le linee di azione da seguire. Queste linee, che potrebbero essere chiamate strategie, si compongono di un numero dato di scelte tra le linee d'azione possibili ed accessibili. La decisione va allora a costituire l'atto di volontà di realizzare una strategia determinata fondata su alcune scelte"<sup>111</sup>.

Se, conseguentemente, l'attenzione è stata per lo più diretta a tradurre in termini procedimentali quelle che sono (o dovrebbero essere) le tappe del processo decisionale<sup>112</sup>, è pur vero che l'ineliminabile riferimento alla scala di valori e di preferenze del decisore potrebbe rimandare ad una dimensione non interamente giuridica del fenomeno decisionale, o comunque ad un elemento che si colloca a monte e al di fuori del procedimento in senso proprio e ne condiziona il corso d'azione. Scrive Police: "Prima di addivenire alla individuazione del problema amministrativo, alla prospettazione di tutte le soluzioni possibili per esso ed alla decisione (o determinazione del voluto), è necessario individuare il parametro di riferimento sulla base del quale potrà operare il processo di determinazione del voluto. Data una scala di valori del soggetto decisore [...], la scelta comporta la elaborazione di una scala di preferenze fra più soluzioni possibili. [...] Conseguentemente, in una ricostruzione teorica delle varie fasi del processo decisionale, la prima tappa concerne necessariamente la individuazione di una scala di valori, essa consiste nel

---

<sup>111</sup> A. POLICE, *"La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale"* cit., 95-96.

<sup>112</sup> Quali la concretizzazione dei fini, l'istruttoria, l'elaborazione, correzione e comparazione delle alternative possibili, e la selezione della soluzione preferita.

selezionare tra due valori concorrenti, quello che è situato più in alto su questa scala”<sup>113</sup>.

Qui sta il punto, che secondo l’Autore, nel caso dell’Amministrazione Pubblica, questa scala di valori dovrebbe essere desunta dalla legge, tanto da affermare che “in assenza di una scala di valori fondata sul dettato positivo, nessuna teoria della decisione amministrativa potrà essere di aiuto”.

Come si è già avuto ampiamente modo di ricordare, il principio di legalità ha nel tempo profondamente mutato il proprio significato, e siamo ad oggi ben lontani da qualunque forma di precostituita qualificazione gerarchizzante degli interessi fondata nella legge, cosicché, fermi i fini più generali appannaggio del legislatore, la fissazione di una scala di valori costituisce il primo momento di qualunque processo decisionale pubblico, che vanno poi declinandosi in più dettagliate preferenze nel corso di svolgimento dell’azione concreta<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> A. POLICE, op. ult. cit., 96-97.

<sup>114</sup> Rifacendosi proprio alle teorie sociologiche, e in particolare agli studi di H.A. Simon e M. Weber su cui si tornerà ampiamente, l’Autore approfondisce questo passaggio: “I teorici della *public choice*, che applicavano le teorie economiche neo-classiche alla economia pubblica, nel formulare un modello di comportamento razionale per le Amministrazioni, indicavano come primo ed autonomo momento della scelta discrezionale la proposizione, in un ordine di priorità, dei valori e dei conseguenti obiettivi del decisore. Ma anche in seguito al superamento dei modelli puri di razionalità, si continuò a parlare di gerarchia delle decisioni. In particolare, nei modelli a razionalità limitata, si continuava a rilevare come le decisioni spicciole che si riferiscono a specifiche azioni, sono inevitabilmente momenti dell’applicazione di decisioni più vaste in rapporto agli scopi ed ai fini. Gran parte del comportamento umano, del resto, e particolarmente di quello esplicitantesi nelle organizzazioni amministrative, è orientato verso fini o obiettivi. Questo finalismo conferisce una integrazione al tipo di comportamento, senza di che l’Amministrazione perderebbe qualsivoglia significato; poiché se l’amministrare consiste nel far sì che un gruppo di esseri umani esegua date cose, lo scopo costituisce un criterio essenziale per determinare cosa debba essere fatto. Ogni decisione determina la scelta di un fine, ed un comportamento per esso rilevante. [...] poi, ogni fine può a sua volta essere intermedio rispetto ad altro fine più lontano, e così via, fino a quando un obiettivo relativamente finale non sia raggiunto. I fini stessi, cioè, hanno talvolta un mero valore strumentale rispetto ad altri obiettivi più lontani e ciò comporta inevitabilmente la concezione di una serie, o

In ogni caso, però, anche nell'analisi della progressiva emersione dell'interesse pubblico concreto, l'attenzione è pressoché interamente rivolta alla dinamica procedimentale e agli elementi giuridici e/o materiali ivi introdotti, e per questo incidenti sulla decisione finale.

Nella prospettiva di chi scrive, invece, omettere qualunque altra riflessione sulla varietà dei fattori "esterni" al procedimento, che però nei fatti possono influenzare il decisore, comporta la perdita di una parte di dato reale, potenzialmente anche molto rilevante.

Similmente, ad una dimensione extra-giuridica del fenomeno decisionale pubblico sembra rimandare lo stesso Nigro quando evidenzia che "su questo aspetto ha richiamato l'attenzione in sociologia la teoria comportamentistico-razionale oggi dominante per la quale, dalla accresciuta complessità problematica e ambientale del processo di formazione della decisione, scaturisce l'idea che l'essenza della decisione sta al di fuori di essa e proprio nel processo di operazioni successive, scandito all'interno di una unità temporale [...] risultanti dall'interazione fra il soggetto della decisione, il sistema ed il suo ambiente"; ma, anche qui, la conclusione pare riportare sempre alla dinamica procedimentale, nell'affermazione per cui "Momento decisivo dell'attività diventa dunque l'istruttoria dalla quale l'atto finale necessariamente discende e che dell'atto finisce poi per condizionare il significato e la sorte"<sup>115</sup>.

---

gerarchia dei fini e delle decisioni, ciascun gradino di questa gerarchia rappresentando un mezzo per l'attuazione degli obiettivi posti nel gradino immediatamente superiore ciò è vero anche quando nessuna cosciente e preordinata individuazione di tali valori e parametri di giudizio ha luogo nella decisione. Invero, pur se l'Amministrazione ricusa ovvero è incapace di integrare in via cosciente e preordinata il suo sistema di valori e di canoni di decisione, essa non può fare a meno di evitare che le sue decisioni implicitamente contengano tale predeterminazione"; così A. POLICE, op. ult. cit., 139-141, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>115</sup> M. NIGRO, *"Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione: a proposito di un recente disegno di legge"*, in Dir. Proc. Amm., VII, 1989, 5-24.

Proseguendo nel ragionamento, parimenti alla distinzione fra decisione e processo decisionale, è da tempo diffusamente recepita in dottrina la distinzione fra decisione e provvedimento.

Come osserva Police, infatti, è stato sufficiente superare la fase dell'irrilevanza del contesto di svolgimento del processo decisionale amministrativo (concepito quale campo in cui l'agente diretto poteva muoversi liberamente), e accogliere il mutamento di prospettiva indotto dalla considerazione della funzione amministrativa, per rivolgere la giusta attenzione ai momenti che precedono l'emanazione dell'atto e, quindi, la consumazione del potere. "Si tratta di momenti in cui vengono compiute concrete scelte operative, sulla base di un confronto fra gli interessi che la decisione amministrativa si trova davanti nel momento del suo enuclearsi. [... momenti che si compongono] ora di scelte discrezionali, ora di valutazioni tecniche, ora di valutazioni non discrezionali (ma non interamente vincolate) che, tutte, concorrono alla formazione della decisione; mentre il provvedimento, come tale sempre uguale a sé stesso, assume il ruolo di sintesi dei vari momenti in cui si articola il processo decisionale".

Il passaggio logico successivo è però il seguente: in questo contesto, afferma l'Autore, "va enfatizzato il valore pratico del procedimento. Esso appare includere nella sua dimensione operativa l'apertura ad una ramificazione di scelte in relazione alle alternative possibili, in vista di un esito finale. Sotto un profilo orientato pragmaticamente, in questo campo di rappresentazioni le scelte non si riducono ad una meccanica introduzione di interessi (valori) pubblici, che sarebbe ben poca cosa. In esso dunque si fa qualcos'altro: si suggeriscono le alternative che assorbono l'indeterminatezza iniziale e riducono le possibilità di decisione a una determinata ipotesi di soluzione,

secondo un graduale processo di riduzione della complessità. [...]. È nel procedimento, allora, che va ricercata la separata evidenza giuridica dei vari momenti del processo decisionale; essa si ottiene con una articolazione in veri e propri atti, di quelli che sono i suoi vari momenti”<sup>116</sup>.

Volgendo invece lo sguardo ad altre discipline, quali la matematica, la statistica, l'economia, la psicologia e la scienza dell'organizzazione soprattutto, quella scarsità di attenzione al tema che è stata propria delle scienze giuridiche non si riproduce; ben lo evidenzia Bombardelli in uno dei pochi studi sulle decisioni della P.A., il quale propone, così, di ricostruire un modello di analisi delle decisioni applicando gli strumenti epistemologici che sono loro propri.

Su queste premesse, e a proposito di quel che chiama «contesto di rilevanza giuridica della decisione», l'Autore mette in guardia dal fatto che, rinchiusa totalmente la decisione nel procedimento, si finisce per ridurre la parte giuridicamente rilevante del campo in cui l'Amministrazione decidente opera all'insieme dei parametri di legittimità preventivamente fissati, direttamente o indirettamente collegati al sistema normativo.

Al di là si aprirebbero spazi più o meno ampi di flessibilità ritenuti giuridicamente non valutabili<sup>117</sup>; detti parametri si presenterebbero quindi “come un condizionamento necessario per tutti i partecipanti al processo decisionale e risultano immediatamente individuabili ed utilizzabili da

---

<sup>116</sup> A. POLICE, *“La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale”* cit., 99-102.

<sup>117</sup> Testualmente, “la tendenza assolutamente dominante nell'ambito della scienza giuspubblicistica è quella di ritenere giuridicamente rilevante lo spazio decisionale dell'amministrazione pubblica soltanto nella misura in cui lo stesso sia delimitato attraverso precisi parametri normativi o comunque – laddove la complessità dell'attività che deve essere esplicata non consenta di procedere attraverso un'operazione meramente applicativa di norme – attraverso le figure identificative del vizio di eccesso di potere, che risultano però anch'esse definite come parametri esattamente individuati in modo preventivo” (M. BOMBARDELLI, op. cit., 149).

parte di chi è chiamato a decidere, manifestandosi o sotto forma di schemi necessitanti da riprodurre integralmente nelle situazioni concrete, o sotto forma di limiti all'esplicazione del potere discrezionale".

Cosa interessa particolarmente? Che in tal modo "il contesto di rilevanza giuridica del fenomeno della decisione diventa coestensivo rispetto alla presenza di parametri giuridici dati, nel senso che ove questi sono esistenti la decisione e l'intero processo decisionale assumono interesse, mentre dove i suddetti parametri mancano non è ritenuto né possibile né necessario porre in essere delle valutazioni giuridiche"<sup>118</sup>.

La tesi che qui si sostiene non è quella di negare rilevanza al procedimento, o di relegarlo a mero contenitore del processo decisionale, ma di ampliare l'analisi del fenomeno decisionale degli apparati pubblici a fattori ulteriori, che vivono al di fuori del procedimento, mutuando dalla scienza delle decisioni, che mira alla messa a punto di una tecnica "del buon decidere", la consapevolezza dell'eterogeneità degli aspetti, organizzativi, informativi e cognitivi che potenzialmente influiscono sulla scelta<sup>119</sup>.

Per meglio comprendere dove si collocano, anche relativamente ad attività decisionali interamente procedimentalizzate, i supposti "vuoti" di conoscenza, occorre entrare nel vivo dell'esercizio del potere discrezionale.

---

<sup>118</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 151.

<sup>119</sup> Pur nella consapevolezza del monito di F. LEDDA, *"L'attività amministrativa"*, in *"Il diritto amministrativo degli anni '80"* - Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione promosso dalla Amministrazione Provinciale di Como. Varenna - Villa Monastero 20-22 Settembre 1984, per cui "nessun diretto ausilio possono fornirci i cultori di scienza dell'amministrazione, o di altre discipline contigue: ma ciò naturalmente non esclude che anche le trattazioni non giuridiche possano essere utilizzate con profitto; con l'ovvia avvertenza che le posizioni cui le altre discipline pretendano di assegnare un valore propriamente normativo, debbono essere intese invece come puramente descrittive di fenomeni, che il giurista deve poi ordinare e ripensare per suo conto".

### **III.5 – Il potere discrezionale nel suo esercizio concreto: il “mito” della completezza dell’istruttoria.**

Il dato di partenza è che la sede di esercizio della discrezionalità è appunto il procedimento.

Come visto, le funzioni del procedimento ruotano di fatto attorno all’istruttoria, che sia intesa come funzionalizzata all’interesse della parte pubblica di acquisire quanti più dati, sia che se ne valorizzi la possibilità per i privati di “influire” sulla determinazione dell’Amministrazione prima che si formi.

Anche c.d. garanzie partecipative rispondono sì ad un interesse individuale degli amministrati coinvolti nella vicenda, ma questo interesse attiene sempre alla possibilità di introdurre elementi conoscitivi che l’Amministrazione è tenuta a prendere in considerazione<sup>120</sup>; scrive infatti Scoca che “attraverso l’esercizio delle facoltà procedurali il privato introduce nel procedimento i suoi interessi sostanziali, li sottopone al vaglio dell’amministrazione, li documenta, li illustra e li difende”<sup>121</sup>.

Ma per quanto la partecipazione procedimentale miri ad intercettare quanti più posizioni giuridiche e interessi coinvolti, è proprio la completezza dell’istruttoria la prima “chimera” che nella realtà non è mai compiutamente realizzata.

Lo sforzo della giurisprudenza e della dottrina prima, e del legislatore poi, di far confluire nel procedimento quanti più dati possibili, grazie alla partecipazione di categorie eterogenee di «interessati» (di cui agli articoli 7

---

<sup>120</sup> Oltre che, naturalmente, alla facoltà di dare impulso al procedimento stesso se ad istanza di parte.

<sup>121</sup> F. G. SCOCA, “L’interesse legittimo. Storia e teoria” cit., 408.

e 9 della Legge generale)<sup>122</sup>, trova un primo ostacolo in quella pluralità di «centri decisionali» di cui si è già dato conto.

Ciascuno di questi «centri» dispone di una propria quota di informazioni utili alla decisione, ed il problema non è solo “quantitativo”, perché l’asimmetria informativa incide sulle posizioni di forza degli attori coinvolti nella decisione.

Queste informazioni, cioè, non sono inserite in un processo statico di apprendimento e analisi lineare interamente controllabile dal centro formale di imputazione della decisione, ma vi entrano per il tramite della dinamica procedimentale, attraverso il “filtro” di chi è chiamato a metterle a fattor comune.

La condivisione delle informazioni può essere maggiormente osteggiata se gli interessi, specie pubblici e privati, si contrappongono marcatamente, o comunque è in questi casi che l’asimmetria informativa meglio può fungere da fattore d’influenza rispetto ad un esito del processo decisionale più favorevole ai suddetti propri interessi.

Ma anche fra tutti interessi pubblici, dove magari non si pone un problema di volontà, il grado di approfondimento nella ricerca dei dati e le tecniche

---

<sup>122</sup> Il legislatore ha primariamente individuato tre diverse categorie di soggetti rispetto ai quali il provvedimento può incidere in misura “particolare”, in modo da consentire loro di influenzare il possibile contenuto del provvedimento prima che questo sia adottato, quindi di far valere le proprie ragioni *ex ante*, anche al fine di evitare il contenzioso. In ciò sta la funzione di tutela del procedimento amministrativo, riservata ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento di cui all’art. 7 della Legge n. 241/1990, ovverosia ai destinatari degli effetti diretti del provvedimento, a coloro che comunque possono subirne pregiudizio (purché facilmente individuabili) e a coloro che per legge devono intervenire. Ma la partecipazione persegue anche un’altra funzione, c.d. collaborativa, che può coinvolgere, oltre ai soggetti predetti, anche tutti coloro che sono portatori di interessi pubblici o privati, nonché diffusi se costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. Si tratta dei soggetti indicati dall’art. 9 della Legge n. 241/1990, che, pur non essendo destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, possono intervenire nell’ottica di farvi confluire quanti più informazioni e documenti possibili per favorire la completezza dell’istruttoria.

di elaborazione delle informazioni raccolte ben possono rivelarsi non omogenei fra i compartecipanti, il che è chiaramente d'ostacolo alla lettura dei dati, e incide sull'"affidabilità" dell'elemento conoscitivo così ottenuto.

L'istruttoria e tutto ciò che vi gravita attorno rappresenta il cuore delle teorie razionalistiche sulle decisioni<sup>123</sup>; allargando la prospettiva, già Bombardelli ravvisava criticamente una corrispondenza precisa fra l'impostazione tradizionale del modello di analisi giuridica delle decisioni ed il modello classico della decisione organizzativa.

Circoscritto alle regole procedimentali e ai principi limitativi della discrezionalità, il campo decisionale appare "come un ambiente tendenzialmente chiuso, in cui il decisore può reperire in maniera completa il quadro omogeneo dei valori a cui riferirsi, i dati su cui operare, le informazioni sulle alternative disponibili, i criteri e le regole di selezione fra i dati e fra le informazioni, nonché gli obiettivi da raggiungere ed i parametri di controllo dell'attività svolta"<sup>124</sup>.

Le parole dell'Autore sono assolutamente esplicative quando afferma che "lo studio del processo decisionale amministrativo parte così sempre dal presupposto che esistano procedure di soluzione dei problemi perfettamente definite e capaci di condurre dall'impostazione del problema alla sua conclusione, qualsiasi sia il numero e la complessità dei passaggi

---

<sup>123</sup> Le quali saranno oggetto di specifica trattazione.

<sup>124</sup> In altre parole, il contesto di rilevanza giuridica della decisione si presenta "sempre strutturato in modo tale da fornire al decisore in modo preciso l'indicazione della struttura dei diversi problemi da risolvere; la definizione degli obiettivi in funzione dei quali si rende necessaria la loro soluzione; l'indicazione delle competenze necessarie per raggiungere questi obiettivi; l'elencazione dell'insieme delle soluzioni disponibili e la precisazione del loro grado di corrispondenza all'interesse pubblico" L'analisi giuridica della decisione viene in tal modo ad essere impostata "nella convinzione dell'esistenza di procedure decisionali perfettamente definite, articolate in un'ordinata sequenza lineare e capaci di guidare da sole ed in modo istantaneo, attraverso la semplice riproduzione nella realtà, alla soluzione complessiva di problemi a cui si suppone possano fare riferimento in modo complessivo, comprendoli nella loro globalità"; M. BOMBARDELLI, op. cit., 152-153.

intermedi che sono richiesti. In particolare, la prospettiva indicata si basa sull'assunzione che il contesto di riferimento – indicando con precisione le fasi del procedimento amministrativo, gli atti in esse adottabili ed i loro nessi seriali di connessione – possa fornire in modo completo sia la conoscenza dello schema giuridico di realizzazione del processo decisionale, sia l'indicazione precisa del risultato da raggiungere, identificandolo nell'atto amministrativo.”<sup>125</sup>.

Ma difficilmente la realtà si rivela conforme a quanto assunto come base dai modelli razionali «puri», ossia che le decisioni sono prese in condizioni di certezza, sui risultati voluti, sulla totalità delle alternative possibili, sulla completezza delle loro conseguenze, che a loro volta si producono in un ambiente stabile.

La scarsità di tempo e di risorse già è d'ostacolo alla raccolta di tutte le informazioni che servirebbero per generare una lista completa delle alternative praticabili, e la pluralità dei soggetti coinvolti incide sulle modalità d'ingresso dei dati nel processo; a loro volta, le migliori capacità predittive non potrebbero anticipare tutte le conseguenze future dell'agire, in un ambiente instabile, solo parzialmente noto e comunque legato alle contingenze.

### **III.6 – Si chiude l'istruttoria, residua il merito.**

Fermo tutto quanto detto finora, ad ogni buon conto la completezza dell'istruttoria non esaurirebbe comunque il processo decisionale, perché quel che residua affinché i risultati dell'istruttoria si traducano in una decisione è il c.d. merito amministrativo.

---

<sup>125</sup> M. BOMBARDELLI, op. cit., 154.

Una premessa è necessaria e attiene alla consistenza e rilevanza dell'elemento volonteristico nell'ambito del procedimento, e dunque del provvedimento.

Per interpretazione più che consolidata, la volontà quale elemento essenziale dell'atto amministrativo<sup>126</sup> "non può essere intesa come volontà psicologica dell'agente di produrre determinati effetti"<sup>127</sup>, posto che il provvedimento, come la generalità degli atti dei pubblici poteri, dev'essere considerato come "una realtà obiettiva, come un'entità del mondo concreto, e non puramente e semplicemente come il punto d'arrivo del processo psichico dell'agente (o degli agenti) che sfociò in esso"<sup>128</sup>.

Per il tramite della figura dell'immedesimazione organica<sup>129</sup>, ciò che si ottiene è di poter escludere qualunque rilevanza all'eventuale difformità fra la volontà interna del decisore e quella esteriormente manifestata come contenuto del provvedimento: "i vizi dell'atto amministrativo non assumono rilevanza in relazione al contrasto tra volontà e dichiarazione, come nel negozio, bensì solo sotto il profilo della legittimità (ad esempio, l'errore, il dolo e la violenza non rilevano di per sé come vizi, ma solo in quanto influenti sull'illegittimità del provvedimento)"<sup>130</sup>; come ribadisce Di Gaspare, "l'immedesimazione organica esclude che i vizi della volontà del soggetto agente in ordine all'atto possano risolversi in un affievolimento della responsabilità giuridica dello stato"<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> L'essenzialità della volontà come elemento del provvedimento dipenderebbe dalla sua natura di atto giuridico e non di mero fatto.

<sup>127</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *"Il provvedimento amministrativo"* cit., 232, a cui si rinvia per quanto concerne il confronto con l'elemento volonteristico nell'ambito del diritto civile.

<sup>128</sup> A. M. SANDULLI, *"Manuale di diritto amministrativo"*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, 644-645.

<sup>129</sup> La quale assicura l'imputazione piena ed immediata, alla volontà dello stato, delle manifestazioni degli organi.

<sup>130</sup> L. GALATERIA - M. STIPO, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Utet, Torino, 1998, 372.

<sup>131</sup> G. DI GASPARE, op. cit., 9.

Si spiega, quindi, la considerazione di Giannini per cui la volontà elemento essenziale dell'atto amministrativo è da intendersi come "*normalmente procedimentale*"<sup>132</sup>.

Ammettiamo dunque che nell'esercizio della discrezionalità conti più la ponderazione di interessi, che si realizza nel procedimento, rispetto al momento volitivo; come scrive Cavallo: "sarà la congrua ponderazione degli interessi, spinta sino alla scelta valutativa dei mezzi idonei per soddisfarli, a costituire quel momento in cui volontarietà e volizione s'intrecciano in un connubio che sarebbe riduttivo ricondurre alla sola manifestazione di volontà [...] Il momento volitivo è dunque poca cosa rispetto alla valutazione degli interessi, sui quali si è intervenuto in sede di congrua ponderazione degli stessi"<sup>133</sup>.

Posto che l'assetto finale di tali interessi non è predeterminato dalla legge, quel che non si dovrebbe dimenticare, a parere di chi scrive, è che il contenuto dispositivo concreto passa per la scelta compiuta da una persona fisica: ella è sì incardinata nell'organo, col che la sua volontà individuale "si perde" per identificarsi in quella espressa formalmente col provvedimento, ma nemmeno si può immaginare un passaggio immediato e obbligato che porti dalle risultanze dell'istruttoria ad una soluzione univoca.

Gioco forza si frappone fra questi momenti, cioè fra la raccolta delle informazioni potenzialmente rilevanti, con la considerazione di tutti gli interessi coinvolti, e l'individuazione della soluzione "migliore", un'attività intellettuale che potremmo inquadrare come attribuzione di prevalenza agli elementi che depongono in un senso piuttosto che nell'altro.

---

<sup>132</sup> M. S. GIANNINI, "*Diritto amministrativo*", 1970 cit., vol. II, 241-242.

<sup>133</sup> B. CAVALLO, "*Provvedimenti e atti amministrativi*", in "*Trattato di diritto amministrativo*", diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993, 47-48.

E questa attività non può mancare, essendo il cuore del merito amministrativo: “la scelta di una soluzione in luogo di un’altra rispecchia una scala di priorità elaborata dall’amministrazione, una preferenza accordata a determinati interessi ed una correlativa scelta di messa in secondo piano di altri interessi”<sup>134</sup>.

È in questi termini che si può comprendere la recessività dell’elemento volontaristico: non perché la soluzione sia (legalmente) data e quindi non vi sia possibilità di scelta, ma perché il giudizio di valore che è insito nel bilanciamento d’interessi, che a sua volta presuppone una gradazione delle priorità, si qualifica come attività intellettuale più che volitiva.

Per Romano Tassone è proprio il fatto che l’Amministrazione è teleologicamente vincolata al perseguimento di fini predeterminati (in astratto) dall’ordinamento a far sì che l’attività amministrativa sia considerata come giudizio, ossia come fenomeno intellettuale piuttosto che volitivo<sup>135</sup>.

Guardando attraverso il *frame* degli interessi, “l’istruttoria e la decisione acquisiscono una particolare natura: diventano giudizio di valore. [...]. Sono comprensione, rappresentazione e valutazione”<sup>136</sup>.

Ma interpretare quell’attività di gradazione e sintesi degli interessi che segue all’istruttoria come esercizio d’intelletto piuttosto che di volontà non riduce l’importanza di farne oggetto di studio, inteso come analisi di tutti quei fattori mentali, situazionali, giuridici, fattuali ed economici che vi incidono.

---

<sup>134</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, “Il provvedimento amministrativo” cit., 214.

<sup>135</sup> A. ROMANO TASSONE, “Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità”, Milano, 1987, 253.

<sup>136</sup> A. CIOFFI, “L’interesse pubblico nell’azione amministrativa” cit., 812.

Certo, il margine rimesso all'apprezzamento del singolo che impersona in quella vicenda la funzione pubblica può (progressivamente) assottigliarsi se i dati che emergono dall'istruttoria univocamente convergono verso un determinato assetto di interessi, fino a esaurirsi quando una sola soluzione appare legittima (attraverso la lente dell'eccesso di potere).

Non confonda però l'affermazione gianniniana per cui la discrezionalità è "insieme, giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà come scelta della soluzione imposta da tale valutazione"<sup>137</sup>: il riferimento ad una soluzione "imposta" è combinato infatti alla previa "fissazione del valore comparativo"; ora, il termine "fissazione" chiaramente sottende uno spazio di apprezzamento, quindi se il momento dell'espressione della volontà subisce il vincolo predetto, lo stesso non vale per il momento di giudizio che lo precede, quando chi decide è tenuto quantomeno a graduare le priorità.

La decisione, dunque, presuppone la discrezionalità: se non vi è alcuno spazio di scelta per l'Amministrazione, non ha ragion d'essere una riflessione sui fattori che incidono sulla scelta; in questi casi, infatti, la P.A. potrebbe anche concretamente discostarsi da quell'unica determinazione che coincide con un esercizio legittimo della potestà, ma ciò integrerebbe non una facoltà legittima bensì una violazione di legge<sup>138</sup>.

Semplificando al massimo, "la discrezionalità è esclusa e si ha attività vincolata quando la norma giuridica impone rigidamente all'amministrazione un determinato comportamento in determinate circostanze, quando l'esercizio del potere è così puntualmente disciplinato

---

<sup>137</sup> M. S. GIANNINI, *"Il potere discrezionale della pubblica amministrazione"*, Milano, 1939, 166.

<sup>138</sup> In questi termini, R. VILLATA, *"L'atto amministrativo"*, in R. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco e F. G. Scoca (a cura di) *"Diritto amministrativo"*, vol. I°, IV ed., Bologna, 2005, 771.

a livello normativo da ridursi ad un fatto pressoché meccanico. Nell'attività vincolata l'agire appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche; vi è, dunque, una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà e non vi è alcuno spazio di scelta per l'amministrazione"<sup>139</sup>.

Ma il fenomeno decisionale non è perfettamente sovrapponibile all'esercizio della discrezionalità.

Ritenuta il concetto che forse "più di ogni altro consente di cogliere in maniera immediata e netta il profondo legame esistente tra diritto sostanziale e diritto processuale amministrativo"<sup>140</sup>, la discrezionalità ha progressivamente mutato il proprio oggetto "via via che mutavano i contenuti assunti come esistenti in diritto positivo"<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *"Il provvedimento amministrativo"* cit., 74. La discrezionalità rappresenta comunque la normalità dei provvedimenti amministrativi, se si considera che margini di valutazione sono presenti anche in occasione dell'adozione di atti ritenuti tipicamente vincolati; si faccia l'esempio di certe autorizzazioni in ambito edilizio: "anche nel caso di procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'Amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali - come appunto si è verificato nel caso di cui si tratta - quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al "quantum", al "quomodo" ed al "quando" degli adempimenti da eseguire"; c.f.r. Cons. Stato, Sez. IV, n. 6344/2007 (a proposito di una richiesta di permesso in variante in parziale sanatoria per opere edilizie su porzione di lastrico solare di un condominio). Sulla distinzione fra atti vincolati e discrezionali si tornerà *infra*.

<sup>140</sup> "In particolare, si può dire che sotto la voce «discrezionalità amministrativa» giurisprudenza e dottrina abbiano costantemente indagato il profilo sostanziale del potere che si esercita con il provvedimento amministrativo, cioè l'aspetto inerente alle scelte compiute dall'amministrazione per la cura dell'interesse pubblico. Poiché lo statuto giuridico del potere sostanziale della pubblica amministrazione viene discusso tradizionalmente nei termini dei vincoli normativi che limitano la libertà di scelta della pubblica amministrazione, il dibattito sui limiti del sindacato di legittimità nei confronti del merito delle scelte amministrative ha rappresentato storicamente la sede di effettiva precisazione delle regole giuridiche che presiedono all'esercizio del potere sostanziale della pubblica amministrazione. Per questa ragione, il profilo processuale della problematica della discrezionalità amministrativa costituisce tradizionalmente il luogo teorico e pratico in cui si discute il cuore stesso della disciplina del provvedimento amministrativo"; così R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *"Il provvedimento amministrativo"* cit., 54-55.

<sup>141</sup> A. PIRAS, (voce) *"Discrezionalità amministrativa"*, in Enc. Dir., vol. XIII, Milano, 1964, 65-66.

Finché la funzione amministrativa “continuava a confondersi con le funzioni più enfaticamente sovrane dello Stato, e in particolare con quella legislativa, i cui caratteri tipici erano l’irresponsabilità e l’insindacabilità”<sup>142</sup>, la discrezionalità si riferiva ad una sfera libera del “sovrano”; da qui l’incontrollabilità dell’atto discrezionale.

La creazione di un giudice amministrativo e l’evoluzione della sua giurisprudenza contribuirono alla presa di coscienza che dev’essere la legge a “legare” la discrezionalità, col che “il rapporto tra legalità e discrezionalità muta radicalmente, dal momento che la legge non costituisce più solamente il limite esterno all’esercizio del potere, ma diviene la fonte di legittimazione del potere stesso”; il principio di legalità viene dunque ad assolvere la funzione di “limitare e incanalare l’attività dello stato nell’interesse dello stato medesimo, e l’amministrazione si pone come interprete e attuatrice – subordinata ma essenziale – dell’interesse generale e obiettivo”<sup>143</sup>.

Parafrasando Cognetti, la concezione “arcaica” della discrezionalità, che non ammette la compresenza di situazioni giuridiche soggettive protette, cede il passo ad una visione nuova, dove all’attribuzione del relativo spazio di scelta da parte della legge corrisponde la possibilità per il privato di rivolgersi al giudice perché sia vagliato il rispetto del paradigma legislativo medesimo<sup>144</sup>.

Alla più generica presa d’atto che tutta l’attività di amministrazione attiva, a differenza di quella legislativa che è libera nel fine, è “funzionalizzata”, e che quindi la discrezionalità è collegata alla “funzione” di perseguimento dell’interesse pubblico, seguì la consapevolezza che nessun interesse

---

<sup>142</sup> L. MANNORI - B. SORDI, *“Storia del diritto amministrativo”*, Laterza ed., 2001, 295.

<sup>143</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *“Il provvedimento amministrativo”* cit., 58, a cui si rinvia per un inquadramento sistemico sul tema.

<sup>144</sup> S. COGNETTI, *“Profili sostanziali della legalità amministrativa”*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, 191-197.

pubblico, anche se denominabile “essenziale” o “primario”<sup>145</sup> in quanto specificamente attribuito alla cura funzionale dell’Amministrazione agente, esiste mai da solo, “ma intanto esiste in quanto vi siano altri interessi cui ordinarlo”<sup>146</sup>.

Se così non fosse, la scelta sarebbe di fatto sterilizzata dal dover necessariamente ricadere sulla soluzione che massimizzi la soddisfazione di quell’unico interesse<sup>147</sup>; la discrezionalità consiste invece “in una scelta guidata dalla comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati, coinvolti in un episodio di esercizio del potere, in maniera tale che ciascuno di essi sia soddisfatto secondo il valore che l’autorità ritiene che abbia nella fattispecie”<sup>148</sup>.

Vale certamente per la discrezionalità amministrativa, ma in buona parte anche per la discrezionalità c.d. tecnica: com’è stato rilevato, infatti, “per la tendenza delle singole scienze a progredire (e quindi a mettere continuamente in discussione i risultati raggiunti), non sempre tali convinzioni sono in grado di offrire certezze e quindi di condizionare vincolativamente le scelte amministrative. La tendenza alla tecnicizzazione dell’attività amministrativa ed il connesso suo condizionamento da parte di regole tecniche porta (per le instabilità proprie di ogni tipo di sapere) ad ampliare il campo dall’attività di adattamento e necessariamente valutativa dell’Amministrazione, sia in virtù del meccanismo di rinvio dinamico ad opera della norma giuridica – il quale richiede comunque da parte

---

<sup>145</sup> S. COGNETTI, *“Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica”*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 243 individua tale interesse in “quello per il quale l’autorità stessa opera nella contingenza del fatto specifico che ne sollecita l’intervento. È l’interesse che si sublima nel fine astrattamente previsto dalla norma, verso la cui realizzazione quel procedimento tende sin dal suo primo avvio”.

<sup>146</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *“Il provvedimento amministrativo”* cit., 98.

<sup>147</sup> Sul punto, M. S. GIANNINI, *“Diritto amministrativo”* cit., vol. II, 48.

<sup>148</sup> R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *“Il provvedimento amministrativo”* cit., 98.

dell'Amministrazione applicante un'attività di qualificazione e accertamento caratterizzata da margini valutativi -, sia in virtù della fissazione ad opera del legislatore di criteri indicativi comportanti un'attività di apprezzamento ad opera dell'Autorità amministrativa competente. L'estraneità alla tecnica dei criteri in relazione ai quali va compiuta la scelta ultima fra tutte le opzioni tecnicamente ammissibili e la necessità di ricorrere ad elementi che più non rilevano sotto il profilo conoscitivo (ormai esaurito) confermano che il problema centrale delle valutazioni tecniche non è quello della loro natura tecnica ma quello della loro opinabilità e, conseguentemente, dell'estraneità alla tecnica dei criteri in relazione ai quali va compiuta la scelta ultima tra tutte quelle possibili, per la cui soluzione devono venire in gioco altri elementi, i valori appunto"<sup>149</sup>.

In linea generale, si può quindi affermare che il "cuore" della discrezionalità sta comunque nella ponderazione comparativa, o, per usare una diversa espressione, nella "presa in carico", di tutti gli interessi astrattamente coinvolti nella vicenda concreta.

Ma una volta che questo è (pienamente) avvenuto, il decisore deve optare per una fra più soluzioni astrattamente legittime, tecnicamente valide e concretamente praticabili; per comprendere come questo avviene la proposta è quella di studiare i processi decisionali per come intesi dalla scienza delle decisioni, i quali seguono una logica sequenziale assimilabile a quella procedimentale, ma rispetto al procedimento amministrativo coinvolgono tutta una serie di fattori ulteriori a quelli giuridici che comunque concorrono a determinare il risultato finale.

---

<sup>149</sup> A. POLICE, *"La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale"* cit., 143-144.

Una lettura in chiave esclusivamente giuridica del fenomeno decisionale lascia infatti irrisolto un interrogativo fondamentale, ossia quello su dove risieda, in termini di “pressioni esterne ed interne”, la vera forza decidente, intesa come risultato dell’interazione fra multipli fattori che spostano (ribadiamolo, fra alternative tutte legittime per il diritto) l’ago della bilancia del decisore.

### **III.7 – Il “comportamento” dell’Amministratore decidente.**

Esaurite virtualmente le fasi dell’istruttoria e della formazione della decisione, a parere di chi scrive vi è un altro aspetto che farebbe emergere la necessità di restituire attenzione all’elemento personologico dell’amministratore, e attiene alla crescente rilevanza dei “comportamenti” nell’amministrazione.

Da un lato i comportamenti di chi agisce spendendo un pubblico potere interessano in tutti quei casi in cui l’eventuale scorrettezza degli stessi non trova adeguati rimedi nel diritto amministrativo.

Basti pensare al rapporto illiceità<sup>150</sup> – illegittimità, che chiaramente assume un rilievo che trascende il dibattito teorico laddove vengano in rilievo condotte penalmente illecite poste in essere da pubblici ufficiali nell’esercizio delle proprie funzioni.

---

<sup>150</sup> Per interpretazione sostanzialmente pacifica, la categoria della illiceità non può applicarsi al provvedimento amministrativo, ma solo a comportamenti materiale degli agenti amministrativi; cfr. F. CARINGELLA, *“Manuale di diritto amministrativo”*, Dike Giuridica, Roma, 2012, 1395: “Nettamente distinta dall’invalidità è la c.d. illiceità, la quale non costituisce un predicato riferibile all’atto amministrativo: essa si concretizza nella violazione di norme giuridiche che non disciplinano atti, bensì sanzionano comportamenti lesivi di situazioni soggettive altrui, sicché l’atto amministrativo di per sé non può mai essere qualificato come illecito. L’illiceità può connotare soltanto il comportamento; e ciò sia quando lo stesso configuri una forma di esecuzione di un preteso provvedimento, sia laddove non sussista nemmeno l’apparenza di un provvedimento amministrativo. All’illiceità la legge ricollega una responsabilità e l’assoggettabilità a sanzione per l’autore dell’illecito”.

La giurisprudenza amministrativa aderisce pienamente ad una “concezione atomistica dei rapporti tra atto amministrativo e reato” che impone “l’autonomo ed oggettivo riscontro dell’illegittimità del provvedimento amministrativo alla luce dei noti vizi di invalidità”, rifiutando, al contrario, una “concezione pan-penalistica, per la quale all’accertamento del reato segue l’automatica illegittimità dell’atto amministrativo che ne sia stato mezzo esecutivo (come nel caso del reato di abuso d’ufficio, ex art. 323 Cod. pen. o di corruzione, ex art. 317 Cod. pen.) ovvero oggetto (come nel caso del reato di turbata libertà degli incanti)”<sup>151</sup>.

Dunque, in considerazione della diversa natura e dell’autonomia dei suddetti profili patologici, l’eventuale pronuncia di illegittimità “presuppone sempre l’accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall’iter procedimentale che li ha preceduti, rispetto al giudizio penale, che ha a oggetto l’accertamento di responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reati”; il fatto che l’accertata illegalità del comportamento possa non tradursi in un giudizio di invalidità dell’atto autoritativo concreta una “evenienza fisiologica, connessa alla diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità”<sup>152</sup>.

Oppure si pensi a come sono costruiti gli istituti di autotutela di cui alla Legge generale: anche all’annullamento d’ufficio, che sarebbe ancorato a presupposti certi, dati da un riscontrato vizio di legittimità, si riconosce carattere discrezionale nell’*an* per salvaguardare eventuali e preminenti ragioni di opportunità<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 3583 del 29 maggio 2019.

<sup>152</sup> Cons. St., Sez. IV, n. 143 del 20 gennaio 2015.

<sup>153</sup> Solo per un brevissimo accenno, si può rinviare alla pronuncia della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 4212 del 2019 come esempio in cui il supremo consesso amministrativo, pur dando conto del fatto che i procedimenti di autotutela hanno natura discrezionale, e che tale discrezionalità attiene, normalmente, sia all’*an* del provvedere sia al contenuto del provvedimento, ha anche ammesso che “esistono, però, fattispecie in

L'impostazione concettuale per la quale vi dev'essere una valutazione di "convenienza" alla base della rimozione di un atto seppur illegittimo ha preso ormai campo in settori strategici del diritto delle amministrazioni pubbliche, basti pensare a quanto previsto dall'art. 121 (c. 3) del Codice del processo amministrativo<sup>154</sup>, circa il mantenimento dell'efficacia del contratto pur a seguito dell'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità della procedura di gara, "qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti".

Cosa significa? Che se l'Amministrazione definisce un assetto d'interessi illegittimo, le ragioni di opportunità connesse al trascorrere del tempo e dunque al suo consolidarsi ben possono precluderne la rimozione, in danno (almeno potenziale) agli interessi sia pubblici che privati; il che dovrebbe essere letto nel senso di una crescente attenzione al momento decisionale nel suo complesso, perché siano evitate storture poi ineliminabili.

Quello che le vicende sopra indicate hanno in comune lo evidenzia bene Di Gaspare: "di fronte ad un'amministrazione che, come è stato di recente detto, distribuisce essenzialmente risorse, non c'è più automaticità tra l'annullamento dell'atto illegittimo e il ripristino dell'efficacia dell'azione amministrativa e la soddisfazione dell'interesse privato leso"; e prosegue, a proposito della "profonda ed insostenibile cesura tra legittimità dell'atto amministrativo e illiceità del comportamento del funzionario", che "è questa inammissibile coesistenza che, spingendo ad una riconsiderazione della teoria organica, mette, in dubbio la sussistenza del modello legalitario-burocratico basato sulla astratta dinamica della competenza tramite

---

relazione alle quali è ravvisabile un obbligo di provvedere con conseguente configurazione di fattispecie di cosiddetta autotutela obbligatoria".

<sup>154</sup> Di cui all'allegato 1 al Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

l'organo. *Bon grè mal grè* si ripropone, al centro della ricostruzione della teoria dell'organizzazione, la responsabilità personale del funzionario-agente in ordine al risultato"<sup>155</sup>.

Sulla nozione di risultato si apre il secondo profilo d'interesse rispetto ai comportamenti degli attori decisionali nell'organizzazione amministrativa, nella misura in cui la ricerca del risultato della gestione "prescinde dall'atto e tende quasi a crearsi un proprio oggetto individuandolo nel collegamento tra comportamento amministrativo e risultato"<sup>156</sup>.

Siamo negli anni Novanta del secolo scorso, e di fronte alla scarsissima efficienza dell'azione amministrativa, il modello tradizionale legalitario-burocratico entra definitivamente in crisi<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> G. DI GASPARE, op. cit., 9.

<sup>156</sup> G. DI GASPARE, op. cit., 11.

<sup>157</sup> Quanto al periodo precedente, scrive F. CINTIOLI, *"Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici"*, atti del convegno su *"I principi nel codice dei contratti pubblici"* tenutosi in Firenze il 14 aprile 2023 organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, pubblicato il 18 maggio 2023: "Possiamo ricordare gli iscritti di Massimo Severo Giannini, il quale utilizzava ancora il concetto di risultato in funzione descrittiva, al fine di spostare l'attenzione dal momento del provvedimento amministrativo a quello dell'attività amministrativa; una inclinazione, quella verso una concezione dinamica della funzione amministrativa, che avrebbe poi trovato definitiva conferma nell'evoluzione del pensiero dottrinale – penso ad esempio ai contributi di Franco Gaetano Scoca – e nella stagione di riforme che hanno ampliato l'ambito di attenzione della scienza del diritto amministrativo alle innumerevoli variazioni e alle complessità del contatto tra amministrazione e cittadino nel procedimento e alle forme di tutela risarcitoria che si sono aggiunte a quelle tradizionali di tipo demolitorio". Ancora, per quanto concerne l'assunzione di una logica di tipo manageriale nei confronti dell'attività pubblica, e quindi il tema dell'efficienza in termini di misurazione del risultato dell'attività, Ursi cita i contributi di Giovanni Marongiu, per il quale "il superamento del modello burocratico, tanto per le imprese pubbliche quanto per le amministrazioni funzionali, non può che passare per l'adozione di un paradigma manageriale di gestione che tenga conto delle risorse impiegate e dell'insieme del risultato ottenuto", e ricorda che "la necessità di riaggiornare le categorie di riferimento per rendere il mondo dell'amministrazione pubblica più coerente con il contesto socio-culturale ed economico [...] e l'esigenza di porre ordine al panorama caotico delle organizzazioni secondo paradigmi nuovi" furono i principi ispiratori del *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, presentato al Parlamento da Giannini nella sua veste di Ministro della Funzione pubblica nel 1979. Il *Rapporto* Giannini promuoveva un'idea di organizzazione focalizzata sui temi della analisi di produttività delle amministrazioni, quale «produttività-lavoro», ossia quella che "si riferisce alla produzione di beni e servizi fornita da un lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato", ma soprattutto

Estremamente in breve, dal '90 al 2000 si è assistito ad una stagione di riforme la cui finalità comune è stata la promozione (e l'imposizione) dell'efficienza intesa come produttività, in ossequio al principio della c.d. amministrazione di risultato<sup>158</sup>.

Sul modello del «*New public management*», il legislatore ha seguito una pluralità di linee di intervento, che hanno riguardato perlopiù il lavoro e la dirigenza, la gestione ed il sistema dei controlli.

---

quella relativa al «rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti»; «unitamente a questa prospettiva c'è anche la presa di coscienza di un modello di efficienza-funzionalità fondato sulla priorità delle identificazioni delle funzioni, dei compiti da svolgere, e solo successivamente sulla dimensione dell'organizzazione e della sua dotazione in termini di personale» (R. URSI, «La giuridificazione del canone dell'efficienza della Pubblica Amministrazione», in B. MARCHETTI - M. RENNA, (a cura di) «*A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*», - Studi - Firenze University Press, 2017, 456). Eccezion fatta per la Legge n. 400/1988 sull'attività del Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il progetto non ha avuto grande seguito pratico, ma, come scrisse Allegretti, «il risultato maggiore è proprio la conquista, negli ambienti politicamente responsabili, dell'idea del carattere globale ed urgente della riforma» (U. ALLEGRETTI, «*Amministrazione pubblica e Costituzione*», Cedam, Padova, 1996, 185); «l'elemento di più significativa novità è l'invito 'istituzionale' all'organo politico di prendere sul serio il buon andamento, abbandonando il pregiudizio in forza del quale il canone dell'efficienza debba riguardare solo le attività di interesse privato ed individuale, in quanto volte alla massimizzazione del profitto, e non possa, per contro, entrare a pieno titolo anche nel circuito della razionalità dell'agire amministrativo, pur restando fermo l'orientamento primario ed ineliminabile di quest'ultimo verso la dimensione sociale degli interessi pubblici e collettivi» (R. URSI, op. cit., 457). In questo processo di progressiva valorizzazione del canone dell'efficienza, fondamentale è stato anche il contributo della Corte dei Conti, nella parte in cui, in sede di giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, ha riconosciuto giuridica rilevanza al danno al buon andamento della pubblica amministrazione e alla lesione derivante dall'impiego non funzionale ed efficiente delle risorse pubbliche; testualmente, «il danno erariale ha nel danno patrimoniale solo un presupposto, ma esso si configura per i suoi particolari caratteri principalmente – se non esclusivamente – come danno al buon andamento dell'amministrazione pubblica. La responsabilità amministrativo-contabile va infatti inquadrata tra i mezzi per assicurare il buon andamento dell'amministrazione pubblica, in relazione a quanto previsto dai cc. I e II dell'art. 97 cost.» (Corte Conti, Sez. II, 23 maggio 1983, n. 56). Il canone dell'efficienza viene quindi adottato come parametro della condotta complessiva degli agenti pubblici, e dunque parametro diretto di valutazione per la lesione dell'interesse della collettività al corretto utilizzo delle risorse pubbliche (c.f.r. Corte Conti, Sez. II, 13 marzo 1989, n. 54).

<sup>158</sup> Alla nozione di efficienza nella Pubblica Amministrazione sono stati nel tempo, e anche nel periodo considerato, attribuiti significati parzialmente diversi, così come all'espressione «amministrazione di risultato» per i quali si rinvia al contributo di R. URSI già citato.

Per quanto qui interessa, prima la Legge n. 142/1990 (oggi D.Lgs. 267/2000) e poi i Decreti Legislativi nn. 29/1993 e 80/1998 (oggi D.Lgs. 165/2001) hanno inaugurato una nuova tecnica di distribuzione dei compiti e delle responsabilità, “basata sull’esclusività della competenza attribuita a ciascun soggetto, sulla differenziazione dei criteri e dei parametri di esercizio delle attribuzioni nella quale questa competenza si concretizza e sulla contemporanea attivazione di meccanismi di coordinamento e di “collaborazione che consentono di mantenere l’unitarietà del sistema nel suo complesso”<sup>159</sup>.

Si separa la sfera politica da quella gestionale, si aumentano il grado di autonomia e i poteri dei dirigenti, soprattutto in materia di organizzazione e gestione del lavoro (secondo moduli privatistici), e si ristruttura il sistema valutativo e della responsabilità dirigenziale, improntati all’accertamento del risultato complessivo dell’attività e non alla mera regolarità formale dei singoli atti (attraverso la nota formula del “*mancato raggiungimento degli obiettivi*”); si raggiunge così una (quasi, o virtuale) piena rispondenza fra titolarità del potere e obbligo di rispondere del suo concreto uso<sup>160</sup>.

Parallelamente si rivede il sistema dei controlli, esterni ed interni.

Quanto alle attribuzioni della Corte dei Conti, al forte ridimensionamento dei controlli preventivi di legittimità fa da contrappasso lo sviluppo del controllo sulla gestione (Legge n. 20/1994): citando la Consulta, “il fine ultimo dell’introduzione, in forma generalizzata, del controllo sulla gestione è quello di favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della

---

<sup>159</sup> R. URSI, op. cit., 461.

<sup>160</sup> In merito alle riforme sulla dirigenza si rinvia, fra gli altri, a L. TORCHIA, “*Responsabilità dirigenziale*”, Giappichelli Editore, Torino, 2000.

economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati"<sup>161</sup>.

Quanto ai controlli interni (D.Lgs. n. 286/1999), assume prioritaria rilevanza il controllo di gestione in itinere, "rivolto ad accertare la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, con una valutazione con altre situazioni omogenee, dei costi, modi e tempi dell'azione amministrativa; lo scopo della verifica è pervenire ad una misurazione dell'efficacia (in rapporto alle *aspettative degli amministratori*) e dell'efficienza (*ottimale impiego delle risorse*) dell'attività pubblica"<sup>162</sup>.<sup>163</sup>

Tutto questo per dimostrare che portare avanti una visione manageriale dell'amministrazione significa valorizzare le figure che rivestono incarichi dirigenziali, rendendole in qualche misura più autonome ma, parallelamente, responsabili dei risultati gestionali; fattori che evidentemente accentuano l'importanza di una riflessione composita sul modo in cui assumono le decisioni.

### **III.8 – Il processo decisionale oltre il procedimento.**

La sintesi è che il processo decisionale, anche riferito alle decisioni di amministrazione attiva, ha un contenuto più vasto del procedimento amministrativo, e che quindi la conoscenza delle regole di svolgimento di tale procedimento non è sufficiente per inquadrare dal punto di vista dogmatico il fenomeno della decisione pubblica concreta (relativa cioè ad

---

<sup>161</sup> Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 29.

<sup>162</sup> G. BERTI - N. MANZONA, "Controlli amministrativi", in *Enc. dir.*, vol. II, Agg., Milano, 1999, 474 ss.

<sup>163</sup> Una seconda *tranche* di riforme ha poi interessato il decennio successivo e si è conclusa con la c.d. legge Brunetta (L. n. 15/2009 e conseguenziale D.Lgs. n. 150/2009), con la quale si implementa il controllo sul ciclo di gestione della performance e si inasprisce l'apparato sanzionatorio disciplinare riguardo a tutte le possibili deviazioni rispetto ai canoni della produttività e dell'efficienza.

una singola vicenda amministrativa); fenomeno che resta in parte oscuro se non si attinge al bagaglio di conoscenze di altre discipline; con la consapevolezza che neppure altrove si trova la “panacea per tutti i mali”<sup>164</sup>, ma con la finalità, prima, di allargare il campo d’indagine dei fattori incidenti sul processo decisionale, e, poi, di fornire al decisore utili strumenti aggiuntivi, o, come vedremo anche sostitutivi, rispetto agli istituti c.d. partecipativi.

Anche perché, se le regole sulla competenza non sono più sufficienti ad individuare il vero *locus* della “forza decidente”, e i parametri di legittimità dell’azione cedono il passo a logiche di opportunità, perché l’agire pubblico sia sempre più orientato al risultato, uno studio sulle decisioni limitato agli aspetti propriamente giuridici risulta certamente sottodimensionato rispetto alla complessità del fenomeno.

### **III.9 – Decisioni collegiali e regolazione globale quali (tanto diverse) alternative alla procedimentalizzazione dell’attività.**

Per come finora sviluppato, l’oggetto di studio si è concentrato sulle decisioni degli organi unipersonali.

E diversamente non avrebbe potuto essere, se assumiamo che il meccanismo di funzionamento dell’organo collegiale indichi di per sé sulla formazione della volontà; dopodiché il *quantum* e il *quomodo* dipendono dal tipo di collegio, se reale o virtuale: la collegialità imperfetta è funzionalizzata alla composizione preventiva di interessi, “ottenuta per il tramite della ricomprensione nel collegio di soggetti portatori di diverse istanze”; al contrario le regole della collegialità perfetta governano il

---

<sup>164</sup> Critica sull’utilità dei contributi di altre scienze sociali, come la scienza politica, la sociologia o l’economia, è l’opinione di L. TORCHIA, “Teoria e prassi delle decisioni amministrative”, cit., 5.

funzionamento dei collegi tecnici “i cui componenti sono espressione tutti del medesimo interesse”<sup>165</sup>, il quale non è altro che “l’interesse oggettivo al buon funzionamento della pubblica amministrazione”<sup>166</sup>.

Tuttavia, un seppur breve riferimento agli organi collegiali appare qui funzionale a riflettere sul fatto che la (piena) considerazione degli interessi rilevanti in una qualunque vicenda di esercizio di potere pubblico può avvenire anche per il tramite di un modulo diverso da quello procedimentale; ricordiamo all’asserzione di Valentini per cui gli interessi presenti in una comunità si regolano alternativamente, “in sede organizzatoria in modo preventivo e generale, in sede procedimentale nel loro concreto manifestarsi e svolgersi”<sup>167</sup>.

Ora, questa alternatività fra collegialità e procedimento deve fare i conti con la storia, nella misura in cui la prima forma di rappresentazione degli interessi (pubblici) all’interno dei processi che culminavano nelle decisioni degli apparati burocratici viene rinvenuta in quella che tempo dopo Cammelli ha chiamato “amministrazione per collegi”<sup>168</sup>.

Descrivendo una serie di pratiche tipo dei primi trent’anni del secolo scorso, nelle quali più soggetti, anche appartenenti ad enti diversi, erano chiamati a corrispondere al medesimo fine, Melis osserva infatti: “ciò che univa queste esperienze pur tra loro molto diverse era principalmente un punto chiave: che la decisione amministrativa, pure imputata a un’autorità

---

<sup>165</sup> S. MONZANI, *La valenza organizzativo-procedimentale del collegio nell’ambito della funzione amministrativa*, cit., 3476.

<sup>166</sup> L. GALATERIA, *Gli organi collegiali amministrativi*, Vol. I “La struttura”, Milano, 1956, 14-15). Per approfondire sul tema, si vedano anche A. PICCIONE, *Regole della collegialità*, in *I fondamenti dell’organizzazione amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Dike Giuridica, 2011; G.B. VERBARI, *Organi collegiali (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981.

<sup>167</sup> S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell’organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1968, 152, 199.

<sup>168</sup> M. CAMMELLI, “L’amministrazione per collegi: organizzazione amministrativa e interessi pubblici”, Bologna, Il Mulino, 1980.

monocratica emanante l'atto finale, sempre meno appariva opera esclusiva di quel solo soggetto, articolandosi in una serie di atti necessari che la preparavano e la legittimavano. L'iter amministrativo tendeva dunque a complicarsi, per la ragione fondamentale che mirava a includere gli interessi, aprendo con essi una sorta di consultazione permanente o addirittura (come capitò nella legislazione di guerra) associandoli a determinate decisioni"<sup>169</sup>.

L'Autore ipotizza dunque<sup>170</sup> che la parola «procedimento» entrasse allora nel lessico dei giuristi italiani.

Ad ogni buon conto, a parere di chi scrive, deve oggi decisamente considerarsi superata la dogmatica classica riassumibile nel pensiero di Zuelli per cui "ci pare che la presenza di un collegio sancisca, proprio sul piano dell'organizzazione, un modo d'essere del rapporto tra interessi coinvolti ed amministrazione competente completamente antitetico a quello [...] ipotizzato con riferimento al procedimento".

Allo stato non ha per lo più senso contrapporre la fattispecie procedimentale con quella collegiale, esse coesistono<sup>171</sup>: il momento collegiale può collocarsi all'interno di un procedimento amministrativo (si pensi all'acquisizione in sede istruttoria del parere di un organo collegiale), né esistono ragioni formali ostative all'applicazione delle regole generali sul procedimento all'attività dei collegi.

È pur vero però che in concreto buona parte delle funzioni demandate ai collegi amministrativi rimangono estranee alle forme dialogiche del

---

<sup>169</sup> G. MELIS, *"Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento"*, op. cit., 576-577, a cui si rinvia per una disamina approfondita della lunga evoluzione che portò alla Legge generale sul procedimento.

<sup>170</sup> Riprendendo A. M. SANDULLI, *"Il procedimento amministrativo"*, Milano, Giuffrè, 1940, 1043-1044.

<sup>171</sup> Anche se appaiono sempre rilevanti le osservazioni critiche formulate da F. ZUELLI, op. cit., 31-32.

procedimento; si pensi alle commissioni di gara o concorso, rispetto alla cui attività la dimensione collaborativa si riduce alla completezza della documentazione.

Una giurisprudenza di merito paventa però un'incompatibilità logica fra la collegialità e talune disposizioni di dettaglio della l. n. 241/1990, in specie il c.d. preavviso di rigetto *ex art. 10-bis* che "non appare applicabile [...] allorché sulle istanze debba pronunciarsi un organo collegiale"<sup>172</sup>.

Le ragioni dell'esclusione sono da ricercare nelle regole di funzionamento degli organi collegiali<sup>173</sup>: la volontà collegiale si forma soltanto all'esito di un apposito sub-procedimento che si articola nelle fasi della riunione, discussione e deliberazione, col che prima di esse "nessuno è in grado di predire quale ne sarà l'esito [...], né a maggior ragione in cosa consisteranno le argomentazioni a sostegno di un eventuale diniego"<sup>174</sup>.

Ora, quel che più interessa della pronuncia a cui si è fatto riferimento è l'assunto motivazionale per cui "la determinazione di diniego non è frutto della sintesi delle risultanze degli accertamenti e delle valutazioni effettuate in sede istruttoria, ma discende dall'attuazione dei meccanismi decisionali degli organi collegiali": sebbene ciò non significhi esonerare i collegi amministrativi dallo svolgimento di una completa e puntuale istruttoria procedimentale<sup>175</sup>, resta che fra tale fase e la determinazione finale si frappone un meccanismo di formazione della volontà collegiale.

---

<sup>172</sup> Tar Liguria, 8/03/2018, n. 208; per approfondimenti M. C. CAVALLARO, *Gli organi collegiali tra procedimento e provvedimento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 12, 1273.

<sup>173</sup> Per una diversa ricostruzione F. C. RAMPULLA, *I principi generali della l. n. 241/1990 ed il responsabile del procedimento*, in *Foro Amm. Tar*, 2008, 650.

<sup>174</sup> G. MASSARI, in G. GARDINI - L. VANDELLI (a cura di), *"Il diritto amministrativo nella giurisprudenza"*, Maggioli, 2013, 131-133.

<sup>175</sup> G. MASSARI, *op. cit.*, che confronta tale pronuncia con un arresto di segno contrario del Tar Friuli-Venezia Giulia (16/12/2010, n. 841).

Più in astratto, il passaggio citato opera uno spostamento dal piano particolare dell'ambito di applicazione dell'art. 10-*bis* l.p.a. a quello generale dell'incidenza del modulo collegiale sulla considerazione degli interessi rilevanti.

Schematizzando si può dire che, rispetto al principio della libera introduzione degli interessi nel procedimento<sup>176</sup>, la collegialità prospetta una modalità operativa più statica, in quanto l'individuazione degli interessi rilevanti è ascritta al momento determinativo della composizione del collegio<sup>177</sup>; così "l'organizzazione dell'ufficio collegiale si caratterizza per farsi istituzionalmente portatrice degli interessi che l'ufficio monocratico di volta in volta acquisisce attraverso l'istruttoria del procedimento"<sup>178</sup>.

Non è questa la sede per approfondire la riflessione sui collegi amministrativi, ma per evidenziare che sono ipotizzabili (o sono state ipotizzate) soluzioni organizzative o gestionali almeno parzialmente alternative al modulo procedimentale, comunque funzionalizzate alla creazione di un "ambiente" strutturalmente e funzionalmente idoneo alla considerazione e alla sintesi di tutti gli interessi coinvolti.

Venendo ai tempi più recenti, e spostandosi su un versante completamente diverso, emblematica è l'affermazione di Chiti per cui "gli ultimi venticinque anni hanno forse celebrato il «trionfo» del procedimento amministrativo"; a cui segue, tuttavia, la riflessione che "questa tendenza all'approfondimento ed alla estensione della disciplina procedurale, però, è

---

<sup>176</sup> Oggi valorizzato dal disposto dell'art. 9 l. n. 241/1990.

<sup>177</sup> F. ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Il Mulino, Bologna, 1985, 33, pagg. 22-23; non si dimentichino però le considerazioni di M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi (organizzazione amministrativa e interessi pubblici)*, cit., sul ruolo dell'organizzazione per collegi nel processo di progressiva democratizzazione dell'attività amministrativa.

<sup>178</sup> S. MONZANI, *La valenza organizzativo-procedimentale del collegio nell'ambito della funzione amministrativa*, in *Foro Amm. CdS.*, 2007, 3478.

meno assoluta di quanto non sia comunemente riconosciuto. Essa coesiste, in effetti, con una tendenza di segno opposto, relativa alla messa a punto di tecniche di azione amministrativa che prescindono dalla procedimentalizzazione dell'attività"<sup>179</sup>.

Secondo l'Autore, sarebbe in corso un processo più generale di messa a punto di tecniche decisionali da impiegarsi quando si tratta di spendere poteri discrezionali che possano però prescindere dalla stretta procedimentalizzazione dell'attività. "Tra i vari esempi, si possono richiamare, sul versante globale, la regolazione informale, priva di carattere vincolante ma assai rilevante in concreto, posta in essere da numerose amministrazioni composite transnazionali in numerosi settori; sul versante europeo, il metodo aperto di coordinamento, incentrato sulla fissazione di obiettivi, sul monitoraggio e sull'apprendimento reciproco".

L'esempio più chiaro è quello riferito ai sistemi comuni europei preposti alla produzione di informazioni in un determinato settore (vedi quello ambientale), che si rivolge sia ad autorità nazionali e comunitarie titolari di potestà decisionali, "ai fini di una migliore elaborazione degli indirizzi politici e di una più adeguata scelta degli strumenti per la loro attuazione", ma che al contempo può essere utilizzata direttamente in funzione della collettività, "sia per consentirle una valutazione dell'azione dei pubblici poteri, sia, soprattutto, per incoraggiare o scoraggiare un determinato

---

<sup>179</sup> E. CHITIL, *"La dimensione funzionale del procedimento"* cit., 14-15, che spiega: "Per effetto degli interventi normativi nazionali ed ultrastatali, degli indirizzi giurisprudenziali e dell'azione degli stessi privati, la disciplina procedurale si è venuta approfondendo in misura inedita. Allo stesso tempo, si è gradualmente estesa ben oltre i tradizionali confini soggettivi ed oggettivi". Per una ricostruzione complessiva di questi sviluppi, S. CASSESE, *"Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2002, 27 ss., e B. G. MATTARELLA, *"I procedimenti"*, in *"Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo"*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2008.

comportamento di taluni soggetti, dunque quale strumento di controllo e di persuasione”.

In questi casi, fra amministrazione e amministrativi vengono ad instaurarsi rapporti indiretti che non si svolgono sul terreno del procedimento: il diritto europeo può strutturare attraverso il procedimento specifici aspetti dei rapporti tra privati ed amministrazione che si svolgono nelle materie riferite ai sistemi comuni di informazione, ma “l’attività di produzione di informazione, in quanto tale, sfugge a qualunque procedimentalizzazione e la partecipazione dei privati, quando è prevista, si svolge su un terreno essenzialmente organizzativo”<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> E. CHITL, “*La dimensione funzionale del procedimento*” cit., 15-17. La mera incidentalità dei riferimenti alla materia in oggetto non consente ulteriori approfondimenti, per cui si rinvia al testo citato, specie per quanto concerne l’illuminante confronto con i c.d. «sistemi di governo a distanza» di matrice statunitense.

**CAPITOLO SECONDO**  
**LE DECISIONI DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA**  
**INERENTI AI DIRITTI, AGLI INTERESSI E AL TRATTAMENTO**  
**DELLA POPOLAZIONE DETENUTA.**

**I – La classificazione e l'organizzazione dei detenuti: un quadro introduttivo.**

Il cenno, col quale si è chiuso il capitolo precedente, a “tecniche di azione amministrativa” che prescindono dalla proceduralizzazione dell'attività apre a quello che è l'oggetto di questa seconda parte del lavoro, ossia le decisioni dell'Amministrazione Penitenziaria.

Più specificamente, interesseranno quelle decisioni che l'Amministrazione Penitenziaria, ai suoi tre livelli centrale (dipartimentale), regionale (provveditoriale) e locale (direzione dell'Istituto), assume nei confronti delle persone ristrette.

Se già in linea generale si è tentato di dimostrare l'insufficienza di una riflessione sulle decisioni amministrative concentrata quasi esclusivamente sulle regole di formazione procedimentale della decisione stessa, a maggior ragione aprire a nuovi campi d'indagine diventa indispensabile in tutti quegli ambiti in cui le decisioni vengono prese senza procedimento, o comunque seguendo regole abbastanza distanti da quelle codificate dalla Legge generale del 1990.

E appunto l'ambito predelineato è in questo senso emblematico, ma per comprendere le ragioni di tale affermazione non si può prescindere dal

tracciare un quadro introduttivo delle regole fondamentali di organizzazione della popolazione detenuta all'interno sistema penitenziario.

### **I.1 – I circuiti penitenziari.**

L'Amministrazione Penitenziaria si è da sempre occupata della diversificazione degli istituti e dei ristretti: una razionale distribuzione delle persone detenute evidentemente rappresenta "un'esigenza di intuitiva importanza per ogni sistema penitenziario evoluto"<sup>181</sup>.

La differenziazione tra istituti penitenziari, infatti, costituisce una "conseguenza ineluttabile"<sup>182</sup> di quel complesso dinamico di azioni rivolte alla modificazione dei comportamenti devianti che ostacolano una pacifica convivenza sociale.

In tal senso, la connessione tra il modello trattamentale, il sistema di osservazione scientifica della personalità<sup>183</sup> e la specializzazione degli istituti permette l'"abbandono di ogni apriorismo e di ogni classificazione etiologica o nosologica per aderire, con estrema concretezza, alla realtà socio-criminologica [...] in continuo cambiamento"<sup>184</sup>.

Limitandoci al sistema attuale, lo smistamento della popolazione detenuta avviene a due livelli. Sul territorio nazionale, in ossequio al principio di territorialità dell'esecuzione penale, oggi consacrato dal primo comma dell'articolo 14 della Legge n. 354/1975 per cui "i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile

---

<sup>181</sup> F. FALZONE, *"Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione"*, in *Archivio Penale*, 2015, 3, 1.

<sup>182</sup> L'espressione è di G. PIERRO, *"Istituti di prevenzione e pena"*, in *Enciclopedia Giuridica* (vol. XVII), Roma, Casa editrice Treccani, 1989, 4.

<sup>183</sup> Concetti sui quali si tornerà nel capitolo seguente.

<sup>184</sup> Così DI GENNARO in V. GREVI, *"Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario"*, Bologna, Zanichelli, 1981, 118.

alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari”<sup>185</sup>, e che ha portato alla creazione dei c.d. circuiti regionali<sup>186</sup>. All’interno del singolo istituto, secondo i criteri direttivi fissati dalla stessa norma, ossia la possibilità di procedere a trattamento rieducativo comune e l’esigenza di evitare influenze nocive reciproche<sup>187</sup>.

La *ratio* è sostanzialmente la medesima: l’assegnazione e il raggruppamento dei ristretti non sarebbe possibile “se non esistesse sul territorio della Repubblica una rete di istituti o sezioni con caratteristiche trattamentali

---

<sup>185</sup> La *ratio* è chiaramente quella di salvaguardare i prioritari rapporti del ristretto con la famiglia, tanto da farne oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo, a cui si può derogare solo in presenza di contrarie ragioni debitamente motivate. L’economia del presente lavoro non consente approfondimenti sul punto; si rinvia dunque, per una trattazione sistematica, al contributo di L. FAZZIOLI, in G. RUSSO - S. CONSOLO, “Codice Penitenziario Commentato”, V ed., Laurus Robuffo, 113-125.

<sup>186</sup> Norma di riferimento è l’art. 115, c. 1, del D.P.R. n. 230/2000 “Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e imitative della libertà”, il quale stabilisce che “in ciascuna regione è realizzato un sistema integrato di istituti differenziato per le varie tipologie detentive la cui ricettività complessiva soddisfi il principio di territorialità dell’esecuzione penale”. Anche la nuova circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 18/07/2022 avente ad oggetto “Circuito media sicurezza – Direttive per il rilancio del regime penitenziario e del trattamento penitenziario”, prima di occuparsi dell’articolazione dei reparti detentivi negli istituti, si sofferma sul livello organizzativo territoriale superiore, manifestando la necessità “che la nuova definizione dei circuiti regionali sia orientata a caratterizzare gli istituti penitenziari in ragione della categoria detentiva ospitata, privilegiando – a parità di possibilità ricettiva – l’accorpamento in strutture uniformi delle diverse tipologie di persone detenute (ad esempio, media sicurezza, cd. Protetti, alta sicurezza, collaboratori), così da consentire una omogenea gestione agevolando, in tal modo, l’attività del Personale e, contemporaneamente, offrire, a tutte le persone ristrette, adeguate opportunità trattamentali, evitando che la molteplicità dei circuiti e dei modelli organizzativi possa determinare l’inattività di molte persone detenute e una stasi nella capacità progettuale da parte di chi ha la responsabilità nell’istituto” (pag. 3).

<sup>187</sup> Art. 14 cit., c. 3. Inoltre, “è assicurata la separazione degli imputati dai condannati e internati, dei giovani al disotto dei venticinque anni dagli adulti, dei condannati dagli internati e dei condannati all’arresto dai condannati alla reclusione” (c. 4) e “le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali” (c. 6).

diverse, in relazione alla categoria di soggetti<sup>188</sup> detenuti destinati ad ospitarli e alla specie dei reati in esecuzione”<sup>189</sup>.

Gli obiettivi di cui sopra sono stati concretamente perseguiti, sulla base di alcune norme dell’Ordinamento Penitenziario e del relativo Regolamento di Esecuzione, attraverso una diversificazione di «circuiti penitenziari», quali “entità di tipo logistico”<sup>190</sup>, dotate di peculiari requisiti di sicurezza, rappresentate da un insieme di ambienti (interi istituti o parti di essi), alle quali i detenuti vengono assegnati in ragione del livello di pericolosità che esprimono o in quanto portatori di peculiari esigenze trattamentali, di cura o di protezione<sup>191</sup>.

I circuiti formali sono attualmente tre<sup>192</sup>: il Circuito Alta Sicurezza, il Circuito Media Sicurezza e la Custodia Attenuata.

Quanto al primo, è necessario un brevissimo *excursus* storico.

La circolare D.A.P. n. 3479 del 9/07/1998 aveva istituito il circuito E.I.V. (acronimo di Elevato Indice di Vigilanza) dedicato non solo alle persone organicamente inserite in associazioni criminali, terroristiche o eversive, ma anche a quei soggetti che, in costanza di detenzione, tenevano comportamenti allarmanti per la sicurezza interna (quali uso della violenza nei confronti di compagni ed operatori, o tentativi di evasione).

---

<sup>188</sup> Le norme di riferimento (sulle quali si tornerà diffusamente) sono gli articoli 13, 14, 41-bis, 42, 59, 60, 61, 62, 63, 64 e 65 della Legge sull’Ordinamento Penitenziario n. 354/175 (d’ora in poi O.P.) e gli articoli 30, 31, 32, 110, 111, 112 e 115 del già citato D.P.R. n. 230/2000 (d’ora in poi Reg. Es.).

<sup>189</sup> “Codice Penitenziario Commentato” cit., 114.

<sup>190</sup> S. ARDITA, “Le disposizioni sulle sicurezza penitenziaria” in Rassegna Penitenziaria e Criminologica, 2007, 3, 43.

<sup>191</sup> Anticipando in parte quanto sarà in seguito approfondito, si evidenzia sin da subito che l’assegnazione ad un determinato circuito non incide di per sé sul trattamento e non implica una differenziazione a livello di «regime penitenziario», quale insieme di regole che disciplinano, in termini di diritti e doveri, la vita detentiva.

<sup>192</sup> In realtà viene perlopiù qualificato come regime autonomo quello dei «collaboratori di giustizia», con successive sub-articolazioni come ad esempio «familiari dei collaboratori».

Trascorso un lasso di tempo non molto ampio, sulla scorta della considerazione per cui le risposte trattamentali e di sicurezza devono ben adattarsi alle diverse esigenze delle varie tipologie di ristretti, si è ritenuto di abolire il circuito E.I.V. e di separare le due categorie di detenuti predette. “Per i detenuti che hanno commesso gravi fatti di violenza negli istituti penitenziari, o che hanno mostrato una spiccata tendenza all’evasione [...] si è evidenziata in effetti una disomogeneità rispetto alle anzidette tipologie di detenuti provenienti dall’area della criminalità organizzata e terroristica. Sono infatti individui che non hanno aderito a logiche collettive, finalizzate ad obiettivi criminali comuni, ma, anzi, hanno posto in essere fatti di reato espressione di spiccata individualità. Pur permanendo l’opportunità di una gestione particolarmente accorta, è stata sconsigliata la detenzione in promiscuità con la restante popolazione detenuta dell’alta sicurezza”<sup>193</sup>; collocati dunque nelle sezioni ordinarie, il contenimento di questi ultimi è stato affidato ad istituti quali il regime di «sorveglianza particolare» *ex art. 14-bis* O.P. di cui si tratterà nel prosieguo.

Nel 2009 (con circolare n. 3619/6069) il Dipartimento ha quindi provveduto alla riorganizzazione e sottocircuitazione dell’Alta Sicurezza, distinguendo fra: «A.S. 1» dove sono allocati i soggetti per i quali siano venuto meno il regime di cui all’art. 41-*bis* c.2; «A.S. 2» per imputati o condannati per reati di terrorismo o eversione dell’ordine democratico mediante atti di violenza; «A.S. 3» per i soggetti indicati nella circolare D.A.P. n. 20 del 9/01/2007 quali in particolare capi, promotori e organizzatori delle associazioni criminali<sup>194</sup>. In estrema sintesi, “per quanto attiene alla gestione dei detenuti c.d. A.S. l’esigenza di sicurezza è prevalente di gran lunga su quella trattamentale,

---

<sup>193</sup> F. FALZONE, “Il circuito detentivo dell’alta sicurezza e il procedimento di declassificazione” cit., 4.

<sup>194</sup> A tali atti interni si rinvia per la disciplina di dettaglio.

che comunque va necessariamente assicurata. Difatti, per garantire che non vi siano influenze negative nei confronti dei detenuti comuni, chi è classificato nel circuito in questione non può uscire dalla Sezione cui è assegnato. Pertanto, tutte le attività penitenziarie dei ristretti, quali passeggii, colloqui, momenti di socialità, attività scolastiche, di formazione professionale, lavorative, religiose, ricreative, sportive, devono svolgersi rigorosamente all'interno della Sezione, senza che i soggetti interessati occupino o utilizzino altre parti dell'Istituto, evitando così che essi incontrino o possano incontrare detenuti di altro livello"<sup>195</sup>.

Passando al circuito di maggiore rilevanza per il numero di detenuti che vi sono inseriti, ossia di Media Sicurezza, questo è stato recentemente oggetto di profonda riorganizzazione<sup>196</sup>; oltre a ragioni di uniformità nel sistema di vigilanza all'interno delle sezioni<sup>197</sup>, il fine dichiarato è quello di impennare l'articolazione interna degli istituti sul principio di individualizzazione del trattamento di cui all'art. 13 O.P.

Il trattamento rieducativo, ricomprendente l'insieme di azioni, offerte ed occasioni risocializzanti che l'amministrazione è tenuta proattivamente ad offrire a detenuti e internati nell'ottica di un proficuo reinserimento nella vita sociale al termine dell'espiazione (che prevenga soprattutto il rischio di recidiva), si regge fondamentalmente su due principi: l'universalità dell'offerta trattamentale, rispetto alla cui integrità<sup>198</sup> non è ammessa compressione se non per particolarissime e motivate ragioni, e l'individualizzazione del trattamento.

---

<sup>195</sup> E. ANNICIELLO, *"I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento"* in *"Gli spazi della pena – Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari"*, Quaderni ISSP n. 10, 2012, 40-41.

<sup>196</sup> Il riferimento è alla circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 2022 cit.

<sup>197</sup> Superando il dualismo fra custodia c.d. aperta e custodia c.d. chiusa, che non trova formalizzazione alcuna nell'ordinamento.

<sup>198</sup> Il riferimento è alla globalità delle previsioni contenute nella Legge n. 354/1975 al Titolo I – Capo III *"Modalità di trattamento"* e Capo IV *"Regime Penitenziario"*.

A quest'ultimo proposito, sulla base della considerazione che ciascun detenuto è espressione di caratteristiche, carenze e bisogni unici a cui rispondere, il contenuto programmatico dell'intervento rieducativo deve "rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale"<sup>199</sup>.

Sul piano organizzativo, si aggiunge l'ulteriore principio del trattamento rieducativo comune di cui al già citato art. 14 O.P., che rende concretamente operativo il disposto dell'articolo precedente, contemperando le esigenze di massima personalizzazione degli interventi con la necessità di organizzare una vita inframuraria per sua natura comunitaria<sup>200</sup>; questo dualismo ben si coglie nel combinato disposto fra la previsione per cui "possono essere realizzati, per sezioni sufficientemente autonome di uno stesso istituto, tipi differenti di trattamento"<sup>201</sup> e quella che consente "in particolari circostanze, l'ammissione di detenuti e di internati ad attività organizzate per categorie diverse da quelle di appartenenza"<sup>202</sup>.

Proprio perché l'efficacia della presa in carico del detenuto nella sua massima ampiezza dipende anche dall'assetto strutturale e organizzativo, il legislatore ha stabilito che "i detenuti e gli internati che presentino problematiche di tossicodipendenza o alcooldipendenza e quelli con rilevanti patologie psichiche e fisiche e, in particolare, con patologie

---

<sup>199</sup> Art. 13 O.P. Per una trattazione sistematica si rinvia al contributo di A. PALOSCIA, in G. RUSSO - S. CONSOLO, *"Codice Penitenziario Commentato"* cit., 96-104.

<sup>200</sup> In modo complementare, il Regolamento di Esecuzione prevede che sia realizzata una distribuzione nelle sezioni "che valga a rendere operativi i criteri indicati nel secondo comma dell'art. 14 della legge" (art. 115, c. 2 Reg. Es.). L'articolazione in sezioni trova a sua volta fonte nell'art. 31, c. 1, Reg. Es.: "Gli istituti penitenziari, al fine di attuare la distribuzione dei condannati e degli internati, secondo i criteri indicati nel secondo comma dell'art. 14 della legge, sono organizzati in modo da realizzare nel loro interno suddivisioni in sezioni che consentano raggruppamenti limitati di soggetti".

<sup>201</sup> Art. 115, c. 6, Reg. Es.

<sup>202</sup> Art. 14, c. 5, O.P.

connesse alla sieropositività HIV, possono essere assegnati ad istituti autonomi o sezioni di istituto che assicurino un regime di trattamento intensificato”<sup>203</sup>; è vero che il riferimento espresso è a una categoria di utenti con problematiche specifiche il cui trattamento ha una vocazione più marcatamente sanitaria (su cui *infra* si tornerà), ma l’interesse generale è dato dal fatto che gli interpreti concordano sul carattere non esaustivo dell’elencazione, col che ben possono essere istituite sezioni destinate a particolari tipologie detentive anche se limitate a pochi soggetti<sup>204</sup>.

In quest’ottica, il Dipartimento ha ribadito che “presso ogni Istituto sia definita un’articolazione strutturata in sezioni/reparti diversamente caratterizzati, tali da garantire una gradualità del regime e degli interventi di trattamento finalizzata a rendere concreti i principi direttivi di cui al Capo I dell’Ordinamento penitenziario”<sup>205</sup>.

L’idea di fondo, dunque, è che all’eterogeneità dei bisogni della popolazione detentiva, si risponda sul piano organizzativo differenziando il regime trattamentale in ciascun istituto, reparto o sezione; anche il circuito di Media Sicurezza infatti, “non è costituito da un insieme indifferenziato di istituti, ma è suddiviso, per quanto possibile [...] in istituti o sezioni finalizzati ciascuno ad un determinato tipo di custodia e di trattamento”<sup>206</sup>.

Tutto ciò premesso, la circolare passa a dettagliare e regolamentare le tipologie di sezioni detentive che “fatta salva la possibilità di eccezioni [...] dovranno essere previste negli istituti penitenziari”<sup>207</sup>, distinguendole dalle altre tipologie di istituti o sezioni che potranno ulteriormente essere attivati

---

<sup>203</sup> Art. 115, c. 4, Reg. Es.

<sup>204</sup> C.f.r. “*Codice Penitenziario Commentato*” cit., 122.

<sup>205</sup> Circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 2022 cit., 5.

<sup>206</sup> “*Codice Penitenziario Commentato*” cit., 121.

<sup>207</sup> Fermo restando che “in caso di eventi straordinari la Direzione dell’Istituto penitenziario, anche per le vie brevi, potrà richiedere celermente al Provveditore regionale di modificare l’articolazione (sezione/reparto) presente nella propria sede” (pag. 6).

nell'ambito dei circuiti regionali "tenendo conto delle caratteristiche delle persone detenute presenti e delle progettualità trattamentali attuabili".

Quanto alle prime, l'articolazione è la seguente<sup>208</sup>.

Sezioni ordinarie (di preparazione al trattamento intensificato), la cui ricettività sul piano dei detenuti che sono destinate ad accogliere si ricava a contrario rispetto alle altre tipologie di sezioni<sup>209</sup>, e il cui regime si struttura sinteticamente in almeno otto ore di permanenza fuori dalle camere di pernottamento, nell'apertura delle stanze finalizzata alla fruizione delle attività trattamentali o della socialità negli spazi comuni o alla permanenza all'aria aperta, e nel c.d. «servizio in presenza» da parte del personale di Polizia Penitenziaria all'interno della sezione.

Sezioni ordinarie a trattamento intensificato, destinate "all'assegnazione delle persone detenute idonee a essere ammesse ad attività che implicano maggiore autodeterminazione, maggiori esigenze di movimento e di permanenza fuori dai reparti detentivi e/o una permanenza fuori dalle camere di pernottamento per un tempo non inferiore alle dieci ore al giorno". La maggiore libertà di movimento, che trova la sua contropartita nell'impegno (assunto col c.d. patto trattamentale) della persona ad osservare tutta una serie di prescrizioni afferenti al rispetto della vita in comune<sup>210</sup>, si associa ad una parzialmente diversa forma di controllo da

---

<sup>208</sup> A cui si aggiungono le camere dell'accoglienza, appositamente pensate per ridurre l'impatto con la vita intramuraria, che *"dovranno essere confortevoli e dotate di adeguato arredamento"*, nella quali il detenuto nuovo giunto permarrà comunque per un periodo brevissimo.

<sup>209</sup> Tali sezioni ospitano "coloro che non siano ritenuti sufficientemente in grado di sostenere l'adesione a programmi che prevedono margini di maggiore libertà e autodeterminazione nella vita comunitaria" e "le persone detenute per le quali viene ritenuta conclusa l'allocazione disposta ex art. 32 reg. es.", salvo che la persona non sia temporaneamente assoggettata al regime dell'isolamento ex art. 33 O.P.

<sup>210</sup> Dal più generico mantenimento di una condotta improntata alle regole della civile e responsabile convivenza e rispetto delle regole interne, all'assunzione di comportamenti proattivi nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività in comune, ai più puntuali

parte della Polizia Penitenziaria, che “espleta il proprio servizio tendenzialmente in modalità dinamica, avvalendosi anche dell’ausilio di sistemi di videosorveglianza e automazione dei cancelli”<sup>211</sup>.

Sezioni ex art. 32 D.P.R. n. 230/2000<sup>212</sup>, alle quali vengono assegnati, per un periodo massimo di sei mesi e con decisione sempre rivalutabile, “i detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele” (c. 1). Trattasi di soggetti che presentano profili di maggiore complessità relazionale e gestionale, e che necessitano quindi di una maggiore sorveglianza, attuabile con un sistema di controllo in presenza fisso, perché espressione di un elevato grado di pericolosità desunto (più che dal reato commesso) dal comportamento inframurario, “con particolare riferimento all’aver dimostrato tendenze aggressive nei confronti di compagni di detenzione o di operatori penitenziari e/o alla fuga o, comunque, a comportamenti pregiudizievoli dell’ordine e della sicurezza dell’istituto”<sup>213</sup>.

A ben vedere, la stessa circolare qualifica invece come «sottocircuito» quello dei detenuti c.d. protetti<sup>214</sup>, col che va separato il discorso sui soggetti di cui

---

doveri di cura dell’igiene personale e degli ambienti, alla sottoposizione ad ogni legittimo controllo ritenuto necessario.

<sup>211</sup> Circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 2022 cit., 11 e 12.

<sup>212</sup> Rubricato “Assegnazione e raggruppamento per motivi cautelari”.

<sup>213</sup> Circolare D.A.P. n. 3693/6143 de 2022 cit., 14.

<sup>214</sup> Negli stessi termini si esprime la Relazione finale degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale del 2016: “si è fatto tuttavia ricorso alla creazione di appositi circuiti [...] per proteggere alcune categorie di detenuti «vulnerabili» dall’aggressività di altri detenuti, vittime a loro volta di quella deriva intellettuale che va sotto il nome di sottocultura carceraria, e che è alla base di pesanti atteggiamenti discriminatori nei confronti dei compagni di detenzione, etichettati spesso con denominazioni offensive. Le principali categorie di soggetti vulnerabili sono i sex offenders, gli omosessuali dichiarati e i transessuali” (parte IV, par. 6).

al terzo comma: “si cura, inoltre, la collocazione più idonea di quei detenuti e internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni”<sup>215</sup>; a tal fine si predispongono normalmente apposite sezioni, l’allocazione nelle quali dev’essere comunque periodicamente rivista alla luce delle mutate condizioni che l’avevano determinata. La riforma del 2018<sup>216</sup> ha visto l’inserimento nell’art. 14 O.P. del comma 8, precipuamente dedicato a quei ristretti per i quali, in ragione dell’identità di genere o dell’orientamento sessuale, si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione carceraria, che potranno essere assegnati, per categorie omogenee e comunque previo consenso, a sezioni dedicate distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale<sup>217</sup>. Ciò ha determinato lo scorporo di queste categorie di detenuti dai c.d. protetti promiscui, e la differenziazione delle sezioni destinate ad ospitarli<sup>218</sup>.

Nell’ambito dei singoli Provveditorati potranno essere attivati anche:

Istituti o singole Sezioni a custodia attenuata, caratterizzati dalla spiccata vocazione trattamentale e da una peculiare progettualità formalizzata in un proprio Regolamento interno, sono destinati ad accogliere, alternativamente, i detenuti tossicodipendenti e le madri in stato di detenzione<sup>219</sup>. Hanno in comune che la separazione dalla restante

---

<sup>215</sup> Si pensi a ex collaboratori di giustizia, ex appartenenti alle Forze Armate o autori di reati a particolare riprovazione sociale.

<sup>216</sup> Art. 11, c. 1, lett. e), num. 3), D.Lgs. n. 123 del 2/10/2018.

<sup>217</sup> Sull’importanza del riconoscimento dello status di circuiti, ad esempio per quel che riguarda i detenuti transessuali, nell’ottica di “*facilitare la tutela di diritti e la possibilità di un equo accesso alle attività trattamentali*”, si veda S. Santorso, “*Un carcere fatto a circuiti: tra definizione formale e pratiche*”, XIV rapporto sulle condizioni di detenzione, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it)

<sup>218</sup> A tal proposito in dottrina si parla appunto di circuiti informali; si veda ancora S. SANTORSO, op. cit.

<sup>219</sup> Regolamentati dalla circolare D.A.P. n. 3675/6125 del 27/07/2017. Pur con la formalizzazione delle sezioni «a trattamento intensificato», la circolare del 2022 continua a menzionare anche “gli appartenenti al circuito di media sicurezza, con i quali sia possibile

popolazione detenuta non serve a proteggere chi vi è inserito, ma risponde, “in un caso (I.C.A.T.T.), all’esigenza di creare un ambiente detentivo che consenta, anche dal punto di vista delle risorse di personale, un trattamento meglio finalizzato al superamento della tossicodipendenza e, nell’altro (I.C.A.M.), a quella di non separare il bambino in tenera età da una figura di riferimento così importante come quella materna, senza fare pagare al figlio incolpevole le conseguenze della privazione che si accompagna alla permanenza nell’ordinario ambiente detentivo”<sup>220</sup>.

Articolazioni per la tutela della salute mentale e Reparti di Osservazione psichiatrica ex art. 112 Reg. Es., per l’inserimento di soggetti che presentano disturbi psichiatrici gravi<sup>221</sup>; le assegnazioni ad esse sono di stretta competenza sanitaria come la loro organizzazione è rimessa a specifici accordi operativi fra l’Amministrazione Penitenziaria e le Autorità Sanitarie territorialmente competenti.

---

attivare programmi di trattamento avanzato ancor più ampi di quelli predisposti per il trattamento intensificato” (pag. 18).

<sup>220</sup> Relazione finale degli Stati Generali, cit. Più nel dettaglio, il trattamento sanitario e socio-riabilitativo dei detenuti tossicodipendenti (che oggi rappresentano circa il 30% della popolazione detenuta, stando al Rapporto di metà anno sulle condizioni di detenzione in Italia dell’Associazione Antigone del 28/07/2022), può assumere due diverse forme: la mera presa in carico della persona da parte del Ser.D. (Servizio per le dipendenze patologiche) con l’obiettivo immediato di gestire medicalmente la sindrome astinenziale susseguente alla privazione della libertà, e successivo di accompagnamento della persona nel percorso di disintossicazione (che però non necessariamente incide sullo smistamento del detenuto che può essere allocato in qualunque sezione), o appunto l’inserimento della persona in una sezione o reparto a trattamento intensificato. Questi ultimi sono considerati in senso proprio istituti di secondo livello, in quanto i detenuti vi possono accedere solo se in stato di divezzamento dalla dipendenza, essendo possibile praticare solo terapie di sostegno, e se considerati portatori di una bassa pericolosità penitenziaria.

<sup>221</sup> Il riferimento è alle situazioni considerate dagli artt. 111, cc. 5 e 7 Reg. Es, 112 Reg. Es. e 148 c.p.

## **I.2 – I regimi penitenziari.**

I «circuiti» penitenziari sono quindi realtà fisiche in cui sono allocati detenuti contraddistinti da specifiche caratteristiche omogenee: “l’articolazione del sistema penitenziario in circuiti ha, quindi, la funzione di garantire «specializzazioni» ulteriori, rispetto alla classificazione legislativa degli istituti penitenziari, rese necessarie dalla «esistenza di categorie di detenuti fortemente diversificate, nei confronti delle quali dovrebbero essere predisposti idonei programmi di trattamento ovvero peculiari misure di sicurezza”<sup>222</sup>.

Il concetto di «regime» si riferisce invece al sistema di normazione che sostanzialmente delinea, in senso più o meno restrittivo, il quadro dei diritti del detenuto<sup>223</sup>.

Si fa infatti riferimento “ad un insieme di regole di vita penitenziaria che, pur senza incidere sulla qualità e quantità della pena, derogano – anche per rilevanti profili – alle «norme che regolano la vita quotidiana all’interno degli istituti» e a quelle che disciplinano il trattamento della generalità dei detenuti”<sup>224</sup>, nei seguenti casi.

---

<sup>222</sup> Così F. FALZONE - F. PICOZZI, “L’organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)”, in *archiviopenale.it*, che a sua volta riprende in parte la definizione di NEPPI MODONA, voce “*Ordinamento penitenziario*”, in *Dig. Pen.*, Torino, 1995, 64.

Da menzionare anche la riflessione di GIANFROTTA, “*Gli obiettivi dell’Amministrazione penitenziaria*”, in rivista online *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 1999, 35, circa gli aspetti di economicità gestionale della circuitazione dei detenuti: “risponde ad una esigenza di razionalizzazione nell’uso delle risorse disponibili la politica dell’Amministrazione penitenziaria concernente la definizione della tipologia delle sezioni e degli Istituti, con riferimento alle caratteristiche di pericolosità della popolazione ristretta ed alle connesse differenze dei moduli secondo i quali organizzare la vita dei detenuti”.

<sup>223</sup> Sul punto S. ARDITA, “*Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*”, in rivista online *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2017, vol. 3, 41-58.

<sup>224</sup> Così F. FALZONE, F. PICOZZI cit., che a sua volta riprende in parte la definizione di NAPOLI, “*Il regime penitenziario*”, Milano, 2013, 15.

### Situazioni di emergenza

Fra i regimi penitenziari, il più noto è sicuramente quello definito dall'art. 41-*bis* cc. 2 e ss. dell'Ordinamento Penitenziario, in gergo denominato "carcere duro".

Introdotta come risposta emergenziale all'indomani delle stragi di Capaci e di via D'Amelio (con il D.L. 8.6.1992, n. 306, convertito con la Legge 7.8.1992, n. 356), il regime detentivo speciale mira essenzialmente a limitare a tal punto i contatti del detenuto con l'esterno da recidere i collegamenti con le consorterie criminali di appartenenza che continuano ad operare all'esterno, stante l'esperienza per cui le "maglie" del trattamento penitenziario ordinario consentirebbero di fatto ai loro esponenti di spicco di mantenerne la leadership dall'interno del carcere.

Brevemente, l'originaria impostazione dello strumento emergenziale (sovente qualificata come marcatamente illiberale, non fosse altro per la mancata previsione di qualunque forma di tutela giurisdizionale), è stata progressivamente smussata da plurimi interventi della Corte Costituzionale (temporalmente susseguitisi fra la fine degli anni '90 e i primi 2000)<sup>225</sup>, le cui indicazioni sono state recepite *in toto* dalla Legge

---

<sup>225</sup> Fra i più significativi, Corte Cost. 28/07/1993, n. 349, Corte Cost. 23/11/1993, n. 349 e Corte Cost. 18/10/1996, n. 349, con i quali si sono affermati principi fondamentali in chiave garantista, ossia che "il decreto ministeriale impositivo del regime di cui all'art. 41-*bis* avrebbe dovuto contenere una motivazione individualizzata per ogni destinatario, che le limitazioni potessero incidere soltanto sulle modalità di esecuzione della pena, e mai invece sulla sua quantità e qualità, nonché che dovesse prevedersi una sindacabilità del provvedimento dinanzi ad un giudice ordinario, individuato nel tribunale di sorveglianza. Il sindacato dell'autorità giudiziaria doveva riguardare tanto la verifica dei presupposti applicativi del regime, quanto il rispetto dei limiti imposti, dalla Costituzione e dalla legge, sui contenuti, nonché la congruità delle sospensioni delle regole di trattamento rispetto ai fini perseguiti"; così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, "Manuale di diritto penitenziario", Giappichelli Editore, 2020, 139. Sugli interventi della Corte Costituzionale in materia si rinvia altresì a A. DELLA BELLA, "Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali", Giuffrè, Milano, 2016, 115.

23.12.2002, n. 279, che ha attribuito alla misura la fisionomia che ha tutt'oggi<sup>226</sup>.

Sebbene il regime speciale risponda ad esigenze reali e mai cessate di sicurezza sociale, e che la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia affermato che l'art. 2 C.E.D.U. impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie alla protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione, e che in particolare incombe sullo Stato l'obbligo di garantire una protezione generale della società contro gli eventuali comportamenti criminosi di individui condannati per crimini violenti<sup>227</sup>, le forti compressioni dei diritti di chi vi è sottoposto hanno occasionato non pochi contenziosi conclusi con una pluralità di censure<sup>228</sup>.

Sostanzialmente, il c.d. "carcere duro" consiste nell'applicazione (con decreto del Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno) di speciali regole di trattamento, quando ricorrono gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, nei confronti di detenuti e internati per taluno dei delitti di cui al comma 1, primo periodo, dell'art. 4-bis O.P. o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica ed eversiva.

---

<sup>226</sup> Salvo quanto modificato dalla Legge 15.7.2009, n. 94, che, col dichiarato intento di correggere, in senso restrittivo, alcune ritenute distorsioni applicative, ha fra l'altro introdotto un elenco puntuale di limitazioni al trattamento per chi vi è sottoposto.

<sup>227</sup> Causa "Maiorano e altri c. Italia" – Seconda Sezione – Sentenza 15 dicembre 2009 (ricorso n. 28634/06).

<sup>228</sup> Sempre, però, sul contenuto di dettaglio del provvedimento limitativo e mai sul regime speciale *tout court*. Ancor più fiorente il dibattito della dottrina, per una panoramica delle quali si rimanda a A. PUGIOTTO, "Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis", in F. CORLEONE – F. PUGIOTTO, "Volte e maschere della pena", Napoli, 2013.

Non interessa in questa sede analizzare il contenuto della misura (composto da eterogenee prescrizioni che, da un lato, limitano le comunicazioni tra i detenuti e l'esterno, e dall'altro incidono sui rapporti tra i detenuti all'interno dell'Istituto)<sup>229</sup>; basti ricordare il principio informatore, ossia quello di adeguatezza e stretta necessità di qualunque restrizione con le finalità precipue del regime speciale, affinché il divieto non rivesta quel carattere di mera afflittività che lo porrebbe in contrasto col principio di umanità della pena<sup>230</sup>.

Tutte le restrizioni contenute nel decreto applicativo sono comunque sottoponibili al vaglio del magistrato di Sorveglianza, chiamato a valutare

---

<sup>229</sup> Che si trova oggi cristallizzato nella Circolare D.A.P. 2/10/2017 n. 3676/6126, con la quale l'Amministrazione ha dettato una regolamentazione omogenea e massimamente dettagliata della vita detentiva nei reparti speciali.

Per una lettura sistemica si vedano la voce "*Carcere duro [art. 41-bis]*", in Enciclopedia Treccani, sez. Diritto online, 2018, e il contributo di E. A. GIACALONE, in G. RUSSO - S. CONSOLO, "*Codice Penitenziario Commentato*", V ed., Laurus Robuffo, 312-319.

<sup>230</sup> Tale impostazione è alla base di tutte le pronunce sia della Corte E.D.U. che delle Corti nazionali inerenti all'art. 41-bis, fra le quali si citano, a titolo di esempio: Corte Cost. 22/05/2020, n. 97, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 2-quater lett. f) dell'art. 41-bis nella parte in cui stabilisce un divieto assoluto di scambiare oggetti, anche di modico valore, fra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, per contrasto con gli articoli 3 e 27, c. 3, Costituzione; Corte Cost. 12/10/2018, n. 186, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 2-quater lett. f) nella parte in cui vieta di cuocere cibi, ritenendo tale divieto generale privo di ragionevole giustificazione, quindi meramente ed ulteriormente afflittivo, in contrasto con i medesimi parametri costituzionali; Corte Cost. 24/01/2022, n. 97, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 2-quater lett. e) nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione al visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori, ritenendola disposizione "del tutto inidonea ed eccessiva" in relazione allo scopo della norma che è quello di interrompere i rapporti del detenuto con l'organizzazione criminale, in virtù del fatto che "il temuto scambio di informazioni tra difensori e detenuti o internati potrebbe comunque avvenire nel contesto dei colloqui visivi o telefonici, oggi consentiti col il difensore in numero illimitato, e rispetto al cui contenuto non può essere operato alcun controllo".

Insomma, l'evoluzione giurisprudenziale è stata copiosa, ma ha sempre ruotato attorno al principio cardine di proporzionalità; per approfondire V. MANCA, "*Il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis ord. penit.*", in "*Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*", a cura di DODARO - MANCUSO, ed. Dip. Lab. Modena, 2019.

la legittimità del bilanciamento operato dall'Amministrazione tra i diritti fondamentali del detenuto e le concrete esigenze di sicurezza<sup>231</sup>.

### Sorveglianza particolare

Meno noto alle cronache ma d'importanza chiave nel trattamento dei detenuti "di difficile gestione penitenziaria", il regime della «sorveglianza particolare» di cui all'art. 14-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario.

Se la finalità dell'adozione di quelle speciali limitazioni che connotano il contenuto del provvedimento ex. art. 41-*bis* c.2 O.P. è di neutralizzazione della pericolosità «sociale» del ristretto, l'istituto della «sorveglianza particolare» risponde a esigenze di contenimento della pericolosità «penitenziaria» del soggetto che si sia reso autore di atti pregiudizievoli, in misura rilevante, per l'ordine e la sicurezza interni del carcere<sup>232</sup>.

Collocato dalla c.d. «Legge Gozzini»<sup>233</sup> nel Capo III della Legge sull'Ordinamento Penitenziario dedicato alle «modalità del trattamento», l'istituto in parola concretizza l'estensione concettuale del principio dell'individualizzazione del trattamento, nella misura in cui impone restrizioni di maggior rigore ove ritenute meglio rispondenti ai particolari bisogni di cui è espressione la reiterazione di comportamenti intimidatori, minacciosi e prevaricatori nei confronti di altri ristretti o degli operatori penitenziari, nell'ottica di favorire un serio processo di riflessione sugli aspetti della propria personalità indicatori di spiccata pericolosità, di

---

<sup>231</sup> Sull'ampiezza di tale sindacato si tornerà diffusamente.

<sup>232</sup> Schematicamente, il concetto di «ordine» inerisce all'osservanza delle regole che disciplinano la vita detentiva, nella gerarchia delle fonti che parte dalla legge e arriva al regolamento interno dell'Istituto (di cui all'art. 16 O.P.); il concetto di «sicurezza» afferisce invece alla garanzia dell'incolumità delle persone che vivono o lavorano all'interno del carcere.

<sup>233</sup> Legge n. 663 del 1986. Per un inquadramento storico sulla nascita dell'istituto in esame si rinvia al contributo di M. R. CALDERONE, *"L'articolo 41 bis Ord. pen. e altri regimi particolari di detenzione. Aspetti giuridici e sociologici"*, Capo III *"La sorveglianza particolare e la legislazione antimafia"*, 2005, su rivista elettronica ADIR – L'altro diritto, [www.adir.unifi.it/rivista](http://www.adir.unifi.it/rivista).

revisione delle proprie condotte devianti e, in senso più ampio, di responsabilizzazione<sup>234</sup>.

In estrema sintesi, il regime della «sorveglianza particolare» consiste in una serie eterogenea e variabile di limitazioni alle normali regole del trattamento, quindi alle facoltà spettanti alla generalità dei detenuti, che l'Amministrazione Penitenziaria (con ciò intendendosi il D.A.P.) può applicare, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, a coloro che: a) “con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti”; b) “con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati”; c) “nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti”.

La legge definisce il possibile contenuto di tale provvedimento a contrario, elencando una serie di diritti incompressibili<sup>235</sup>, nonché assicura una serie di garanzie che afferiscono ai presupposti e ai limiti del provvedimento, al procedimento applicativo e al controllo.

---

<sup>234</sup> Sulle multiformi funzioni dell'istituto si tornerà ampiamente *infra*.

<sup>235</sup> Ai sensi dell'art. 14-*quater* c. 4 “In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli”. A titolo di esempio, dunque, le restrizioni possono riguardare i colloqui e la corrispondenza telefonica con i “terzi”, gli arredi della camera e i beni ammessi per escludere il possesso di oggetti pericolosi, la libertà di movimento all'interno dell'Istituto, e in parte le attività comuni (lavorative, culturali, ricreative e sportive), anche se il Dipartimento ha escluso che ciò possa comportare il totale isolamento (fatti salvi gli operatori penitenziari), che è consentito nei casi limitatissimi di cui all'art. 33 O.P. (rif. a nota del 1 marzo 2000 dell'allora Ufficio centrale Detenuti. L'economia del presente lavoro non consente approfondimenti sul punto; si rinvia dunque, per una trattazione sistematica, al contributo di S. CARRACOI, in G. RUSSO - S. CONSOLO, “Codice Penitenziario Commentato”, V ed., Laurus Robuffo, 127-132.

Intanto il provvedimento ha durata limitata, pari a sei mesi in prima applicazione, a cui possono seguire proroghe non superiori ogni volta a tre mesi: la durata del regime dev'essere comunque "proporzionata alla gravità dei fatti posti in essere, e talvolta, in una prima fase, tenuto conto delle caratteristiche e della personalità del detenuto, può essere opportuno limitare a un periodo più breve (uno-due mesi) la durata della differenziazione del trattamento, salvo poi successive proroghe ove il consiglio di disciplina integrato si esprima in tal senso".<sup>236</sup>

Quanto ai presupposti applicativi, deve trattarsi di condotte poste in essere in modo reiterato, dimostrazione di un perseverante atteggiamento oppositivo e di insofferenza alle regole intramurarie, nonché della propensione all'uso della violenza e della sopraffazione nelle relazioni interpersonali<sup>237</sup>.

Dopodiché le restrizioni devono essere soltanto quelle strettamente necessarie ad assicurare l'efficacia della misura<sup>238</sup>; aspetto sul quale l'Amministrazione deve comunque assolvere il prescritto onere di motivazione<sup>239</sup>.

Sul piano procedimentale, se l'avvio avviene su indicazione/proposta della Direzione dell'Istituto o d'ufficio da parte del Dipartimento, in via ordinaria

---

<sup>236</sup> Così S. CARRACOI, cit., 131.

<sup>237</sup> Questo aspetto è stato ben messo in evidenza sin dall'introduzione delle norme in commento; si veda il contributo di G. TORREBUONO, *"La riforma dell'ordinamento penitenziario"*, Roma, 1986, 27. Al contrario, isolati illeciti disciplinari, per quanto gravi, dovranno essere fronteggiati facendo ricorso al sistema sanzionatorio all'uopo predisposto dall'Ordinamento Penitenziario stesso (artt. 36-40 L. n. 354/1975); sul rapporto fra sorveglianza particolare e regime disciplinare, anche in chiave critica, R. GRIPPO, *"illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione"*, nota a Ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27/09/2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online.

<sup>238</sup> C.f.r. L. CESARIS, *"Commento all'art. 14 quater O.P."*, in V. GREVI - G. GOISTRA - F. DELLA CASA, *"Ordinamento penitenziario"*, Padova, Cedam, 2000, 159.

<sup>239</sup> Sul quale si tornerà diffusamente.

l'adozione del provvedimento consegue comunque ad un intervento collegiale, posto il carattere di obbligatorietà del parere (non vincolante, ma nella prassi generalmente osservato) del Consiglio di Disciplina integrato (di cui al secondo comma dell'art. 14-*bis*)<sup>240</sup>: in chiave garantista, e seguendo l'approccio multidisciplinare che informa l'intero trattamento del reo, tutte le valutazioni personologiche e comportamentali sono rimesse ad una *équipe* di esperti che è quotidianamente in contatto con il soggetto, in grado di esprimersi sull'opportunità di applicazione del regime grazie ad una conoscenza diretta e approfondita della persona<sup>241</sup>.

Salvo quanto poi si dirà sul sindacato, in sede di reclamo, del Tribunale di Sorveglianza, merita evidenziare che il decreto di applicazione o proroga regime della «sorveglianza particolare» è sottoposto al generale potere di vigilanza del Magistrato di Sorveglianza, a cui il provvedimento dev'essere comunicato (ai sensi del comma sesto dell'art. 14-*bis*)<sup>242</sup>.

#### Divieto di concessione dei benefici e isolamento

Completano il quadro le previsioni di cui agli articoli 4-*bis* e 33 dell'Ordinamento Penitenziario.

---

<sup>240</sup> A proposito della obbligatorietà del parere di cui trattasi, la giurisprudenza ha tendenzialmente escluso l'applicabilità del silenzio-assenso, ribadendo la necessità che questa valutazione collegiale venga effettivamente compiuta (fra i primi pronunciamenti, Trib. Sorv. Roma 20/3/1988); su tale specifico aspetto si rinvia a F. SALVI, "Il regime di sorveglianza particolare", in [www.rassegnapenitenziaria.giustizia.it](http://www.rassegnapenitenziaria.giustizia.it)

<sup>241</sup> La circolare D.A.P. 3550/6000 del 2 maggio 2011 fornisce tutta una serie di indicazioni operative per rendere uniforme l'applicazione sul territorio del regime in parola, specie per quanto concerne la resa del parere in argomento. Il quarto comma dell'art. 14-*bis* ammette poi la possibilità di adottare il provvedimento applicativo della sorveglianza particolare in via provvisoria, per ragioni di necessità e urgenza, a prescindere dal predetto parere e da quello dell'A.G. se trattasi di imputato, che comunque devono intervenire, a pena di decadenza, nei successivi dieci giorni.

<sup>242</sup> Non può però sottacersi che trattasi di un potere d'intervento limitatamente efficace, non coercitivo, che si concreta nella possibilità di prospettare eventuali violazioni dei diritti dei detenuti al Ministro della Giustizia.

Il primo rappresenta la chiave di volta del c.d. “doppio binario” che caratterizza il sistema penitenziario italiano, in forza del quale, in ragione del titolo di reato per cui sono ristretti, taluni detenuti si trovano assoggettati ad un diverso regime relativamente all’accesso ai benefici premiali e alle misure alternative. Introdotto nel 1991, e dedicato ai soli reati di matrice mafiosa o terroristico-eversiva, lo speciale regime ha conosciuto un’evoluzione notevolissima, per lo più in senso ampliativo, fino all’assetto attuale che realizza un sistema multilivello, nel quale i delitti sono raggruppati in tre fasce, in ordine decrescente di pericolosità, a cui corrispondono requisiti diversamente stringenti per superare la prevista ostatività<sup>243</sup>.

Il secondo tipizza, delimita e disciplina le tre ipotesi tassative di isolamento continuo che consiste in una condizione di separazione in via prevalente dai restanti ristretti, notturna e diurna, esclusivamente per motivi sanitari, giudiziari e disciplinari<sup>244, 245</sup>.

## **II – Circuiti e regimi penitenziari: scelte neutrali per chi le subisce?**

Così sinteticamente tracciato il quadro di riferimento, l’interrogativo che qui interessa è se rispetto all’inserimento in un determinato circuito o alla sottoposizione ad un determinato regime, il destinatario vanti una posizione giuridicamente rilevante; la risposta si pone a sua volta come

---

<sup>243</sup> Per approfondire si rinvia a G. COLAIACOVO, commento all’art. 4-*bis* O.P., in G. RUSSO - S. CONSOLO, *“Codice Penitenziario Commentato”*, V ed., Laurus Robuffo, 27-46.

<sup>244</sup> Per approfondire si rinvia a A. ALBANO, commento all’art. 33 O.P., in G. RUSSO - S. CONSOLO, *“Codice Penitenziario Commentato”*, V ed., Laurus Robuffo, 274-280.

<sup>245</sup> Entrambi i regimi di cui trattasi interessano scarsamente nell’ambito di uno studio sulle decisioni amministrative, trattandosi di due insiemi di regole la cui applicazione rigidamente dipende da presupposti oggettivi, e che comportano conseguenze totalmente predeterminate.

punto di partenza della successiva riflessione sulla natura e i caratteri delle decisioni amministrative in tale ambito.

## **II.1 – L'irrilevanza (giuridica) della «classificazione».**

A tal proposito, sebbene la distinzione fra «circuiti» e «regimi» venga sovente criticata dagli interpreti, almeno se posta in termini tanto netti<sup>246</sup>, è pur vero che la sua esistenza è pacifica in giurisprudenza quanto in dottrina<sup>247</sup>, e che da un punto di vista formale ha grandissima rilevanza soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale.

“Ciò in quanto l’inserimento in un determinato circuito – per l’«uniforme orientamento interpretativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, costituzionale e convenzionale» – di per sé, non comporta alcuna *deminutio* nella titolarità dei diritti da parte del detenuto, ma implica soltanto l’allocazione in istituti o sezioni che, per le loro caratteristiche strutturali, offrono maggiori livelli di sicurezza e nelle quali viene esercitato un più attento controllo”<sup>248</sup>.

Quindi, l’Amministrazione Penitenziaria gode di una discrezionalità piuttosto ampia nell’istituzione di un «circuito» e nell’individuazione dei

---

<sup>246</sup> Anche a causa dell’eventuale sovrapposizione pratica: “accade, talvolta, che la concreta attuazione di uno regime derogatorio renda necessaria anche l’istituzione di un apposito circuito penitenziario, destinato ad ospitare soltanto i detenuti ad esso sottoposti. È questo il caso della detenzione differenziata per gli appartenenti alla criminalità organizzata o terroristica ai sensi dell’art. 41-bis, co. 2 e ss, ord. penit. In tale ipotesi, infatti, il Legislatore, in ragione della peculiare funzione preventiva di tale regime<sup>14</sup> ha ritenuto necessario prevedere espressamente la costituzione di uno specifico e distinto circuito penitenziario per dare ad esso esecuzione. Ciò significa che determinati istituti o sezioni sono dedicati in via esclusiva ad ospitare i detenuti cui è applicato il regime in questione”; così F. FALZONE, F. PICOZZI cit.

<sup>247</sup> Si veda in proposito ROTUNDO, “*Problemi di trattamento e declassificazione*”, in *Procedura penale*, a cura di A. GAITO, Milanofiori Assago, 2015, 1461.

<sup>248</sup> Così F. FALZONE, F. PICOZZI cit., che a sua volta cita NAPOLI, “*Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell’azione dell’Amministrazione penitenziaria*”, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

detenuti da assegnarvi<sup>249</sup> - discrezionalità che viene esercitata in via generale mediante circolari di contenuto organizzativo e nei confronti dei singoli con provvedimenti individuali denominati di «classificazione» o di «declassificazione» - e le relative scelte non possono, *tout court*, essere sindacate in sede giurisdizionale<sup>250</sup>, perché si assumono non lesive, di per sé, di interessi giuridicamente rilevanti dei detenuti, ma unicamente dettate dall'esigenza logistica di organizzare il sistema penitenziario sulla scorta del livello di sicurezza richiesto dalla tipologia criminale dei ristretti.

Tali provvedimenti per converso, sono ritenuti giustiziabili soltanto se, e nella misura in cui, siano accompagnati o seguiti da “atti esecutivi che siano in concreto lesivi di diritti”<sup>251</sup>.

Ambito d'elezione i provvedimenti di «classificazione» o di mancata «declassificazione», cioè di “entrata” o mancata “uscita” che hanno riguardato il precedente circuito E.I.V. e ora il circuito A.S., ritenuti appunto sottratti alla competenza della Magistratura di Sorveglianza salva la denuncia della specifica violazione di un diritto.

Emblematica in tal senso è la pronuncia n. 266 del 2009 della Corte Costituzionale: “”<sup>252</sup>.

Nonostante le perplessità espresse da parte della dottrina circa la reale irrilevanza e assenza di conseguenze sulle condizioni detentive delle scelte allocative in termini di inserimento all'interno di un «circuito»

---

<sup>249</sup> Sulle assegnazioni ai circuiti diversi da quello ordinario si tornerà diffusamente nell'ultimo capitolo.

<sup>250</sup> Mediante lo strumento del reclamo ex art. 35-bis O.P. di cui si tratterà specificamente *infra*.

<sup>251</sup> Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, LO PICCOLO, Mass. Uff. n. 245969.

<sup>252</sup> Per un approfondito commento si veda il contributo di F. FALZONE, “La sentenza n. 266/2009 della Corte Costituzionale: è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, n. 3/2010.

penitenziario<sup>253</sup>, l'impostazione predetta è stata sempre confermata dalla giurisprudenza successiva, che anzi ha sottolineato la non sindacabilità nel merito dei provvedimenti di «classificazione» e di mancata «declassificazione», e ha riconosciuto come unici vizi di legittimità realmente concretizzabili il difetto di motivazione e l'eccesso di potere.

Dunque, indipendentemente dal rango che si voglia riconoscere al principio dell'«universalità del trattamento», stando all'orientamento dominante resta la ritenuta non consistenza giuridica dell'interesse fattuale sottostante; di conseguenza, assumendo questo come vero, ogni approfondimento su come vengano assunte le relative decisioni amministrative, se siano o meno ancorate a logiche procedimentali in funzione di garanzia degli interessati, e in che misura siano poi sindacabili dal giudice, perderebbe sostanzialmente di rilevanza pratica, se comunque vi sottendono interessi al più di mero fatto.

Ora, sul piano strettamente giuridico non sembrano vi siano margini per ricostruzioni interpretative divergenti, anche perché pure l'inserimento nell'Alta Sicurezza non preclude l'accesso ai benefici premiali e alle misure alternative<sup>254</sup>; purtuttavia, nel concreto svolgersi della vita all'interno degli Istituti di pena, è innegabile che qualche differenza sull'offerta trattamentale concretamente erogata possa venire a determinarsi, quantomeno per la sostanziale impossibilità, data dalla limitatezza delle risorse, di duplicare tutte le attività trattamentali (vedi corsi professionali,

---

<sup>253</sup> Si consideri ad esempio la posizione di DEL COCO, *“La sicurezza e la disciplina penitenziaria”*, in *“Manuale della esecuzione penitenziaria”*, a cura di Corso, Monduzzi, 2013, 212-213, secondo cui le direttive amministrative in materia, pur affermando in linea di principio il contrario, si sarebbero «spesso tradotte in restrizioni idonee ad incidere sensibilmente su posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento penitenziario in modo eguale a tutti i detenuti» (il riferimento è alla già citata circolare D.A.P. sul regime Alta Sicurezza del 2007).

<sup>254</sup> Sui quali incidono piuttosto il titolo del reato e il *quantum* di pena da espiare.

scuole, attività sportive, ricreative e culturali) per quanti sono, all'interno del singolo carcere, i circuiti presenti<sup>255</sup>.

Ugualmente la «classificazione» può avere delle ricadute sul piano sociale, per il “naturale maggior “pregiudizio” da parte della comunità esterna rispetto agli appartenenti al circuito A.S., data l'immediata associazione con la (perdurante) appartenenza alla criminalità organizzata: è innegabile, a mero titolo esemplificativo, che, pur rientrando nei requisiti giuridici per accedere al c.d. lavoro all'esterno di cui all'art. 21 O.P., un detenuto «A.S.» abbia notevoli difficoltà a reperire valide opportunità lavorative.

Ammettendo di voler attribuire una qualche rilevanza alle considerazioni di cui sopra, almeno sul piano della riflessione teorica, per quanto concerne il tema delle decisioni amministrative vi è però da sottolineare che l'assegnazione ad un circuito diverso dalla Media Sicurezza è comunque ancorata a presupposti normativi piuttosto rigidi.

Per altro, l'inserimento in una struttura (o porzione di essa) a custodia attenuata concretizza una scelta di assoluto vantaggio per chi ne è destinatario; ma anche l'inserimento in Alta Sicurezza non sconta il possibile *vulnus* del (cattivo uso) della discrezionalità dell'amministrazione, dipendendo strettamente dalle risultanze emerse in sede penale.

Assiste anche (sempre in senso limitativo della discrezionalità) il fattore temporale, nella misura in cui il provvedimento di «classificazione» interviene a stretto giro rispetto all'ordine di esecuzione della pena detentiva, il che già elide ogni valutazione circa l'attualità dell'appartenenza alla consorte criminale che fonda il provvedimento stesso.

---

<sup>255</sup> Posto che, anche nelle rarissime ipotesi di attività comuni, dev'essere comunque assicurata la separazione spaziale fra detenuti appartenenti a circuiti diversi, specie Media Sicurezza e Alta Sicurezza.

Parzialmente diverso il discorso sull'inverso provvedimento di «declassificazione»: se l'«ingresso» nel circuito è disposto d'ufficio, l'«uscita» è di solito sollecitata dall'interessato (personalmente o a mezzo del proprio legale rappresentante), nella prassi dopo un notevole lasso di tempo, il che rende la verifica circa la perduranza dei presupposti applicativi del regime stesso ben più articolata e complessa, sia sul versante dei collegamenti con quello che era il gruppo criminale di appartenenza (sempre che ancora attivo), sia in chiave personologica, rispetto al percorso di revisione critica e di risocializzazione compiuto nel corso della (lunga) detenzione.

A livello procedurale<sup>256</sup> è previsto che le direzioni, d'ufficio o a richiesta di parte, inoltrino alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento (quale organo decidente) le proposte di fuoriuscita dal circuito di Alta Sicurezza, corredate da tutta la documentazione posseduta<sup>257</sup> e dalle informazioni all'uopo assunte presso organi investigativi qualificati,

---

<sup>256</sup> Per come disposto dalla lettera circolare n. 20 del 9.01.2007 – prot. DAP 11481 – avente ad oggetto *“Circuito penitenziario per detenuti A.S.”*, integrata e richiamata dalla successiva circolare n. 3619/6069 del 21.04.2009, e dalla lettera circolare n. 495 del 5.05.2015 – prot. DAP 157181 – avente ad oggetto *“Procedura di declassificazione per l'eventuale estromissione dal circuito Alta Sicurezza ed inserimento nelle sezioni dedicate ai detenuti comuni. Parare della competente procura Distrettuale Antimafia”*.

<sup>257</sup> Trattasi non solo di documentazione giudiziaria (come sentenze di condanna, eventuali atti notificati di procedimenti a piede libero, ordinanze emesse applicative di misure di prevenzione e ordinanze emesse dalla Magistratura di Sorveglianza), ma anche di informazioni all'uopo assunte presso organi investigativi qualificati, e di dati più propriamente penitenziari, come gli accrediti di denaro provenienti dall'esterno, i colloqui visivi e le videochiamate effettuati, la corrispondenza epistolare e l'elenco delle relazioni disciplinari subite durante la carcerazione.

unitamente al parere favorevole del G.O.T.<sup>258</sup> e di quello (obbligatorio ma non vincolante) del Procuratore Distrettuale Antimafia competente<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Per inquadrare in linea generale in cosa consista l'attività di osservazione e trattamento dei detenuti, si osserva che alla base del trattamento individualizzato vi dev'essere una conoscenza diretta ed approfondita della persona, che si realizza attraverso un processo di osservazione scientifica della personalità, così definita perché la rilevazione, catalogazione e valutazione delle informazioni avviene secondo le conoscenze e le regole dei settori scientifici di riferimento (psicologia, criminologia, e sociologia), con la finalità di far emergere gli elementi che hanno costituito il substrato fattoriale delle condotte antisociali. L'articolo 27 Reg. Es. attribuisce evidentemente all'osservazione carattere multifattoriale: per espletare "con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato", occorre muovere dall'accertamento "dei bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione", e a tal fine "si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento". Ai sensi dell'art. 13 O.P., "l'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa"; la legge specifica che "le attività di osservazione si svolgono sotto la responsabilità del direttore dell'istituto e sono dal medesimo coordinate" (art. 28 Reg. Es.) Sono coinvolti nell'attività di osservazione i funzionari giuridico-pedagogici (che mantengono una relazione costante col detenuto e lo guidano nel processo di revisione critica e progressivo riadattamento alla vita libera), i funzionari di esecuzione penale esterna (per le indagini socio-familiari), gli esperti ex art. 80 O.P. (per l'approfondimento clinico dei casi più complessi) e la Polizia Penitenziaria (i cui compiti non si limitano al garantire la sicurezza in senso stretto, ma appunto si estendono al rapporto diretto col detenuto, specie ove si attua la c.d. sorveglianza dinamica). Più nel dettaglio, la circolare D.A.P. n. 3593/2003 sulle aree educative ha attuato il disposto dell'art. 28 Reg. Es. nella parte in cui dispone che "con il detenuto o che collaborano al trattamento dello stesso" (es. insegnati); è in seno all'osservazione è condotta da personale dipendente dall'amministrazione e, secondo le occorrenze, anche dai professionisti indicati nel secondo e quarto comma dell'articolo 80 della legge", definendo l'equipe come "gruppo ristretto, avente rilevanza esterna, presieduto dal direttore dell'istituto, la cui presenza è di suprema importanza: non è un compito delegabile ad altra figura, né riconducibile ad una presa d'atto del lavoro dei membri dell'equipe. L'equipe è composta [...] dall'educatore, dall'assistente sociale incaricato del caso, dall'esperto e dall'ispettore Comandante [...], soltanto quindi dalle figure istituzionalmente competenti alla gestione dell'esecuzione della pena e che hanno pertanto competenza a definire formalmente la sintesi/aggiornamento dell'osservazione ed un'ipotesi di trattamento intra o extramurario, che certamente – se ben funziona il coordinamento [...] – trarrà origine dal lavoro di tutti gli operatori del GOT". Il GOT invece è "gruppo allargato di cui fanno parte o possono essere chiamati a far parte, con il coordinamento del funzionario di area giuridico-pedagogica, tutti coloro che interagiscono GOT che naturalmente avviene quello scambio di informazioni e valutazione che consente di raggiungere una visione unitaria della persona. L'osservazione è finalizzata alla stesura e al progressivo aggiornamento del programma di trattamento, cioè delle attività

Per quanto qui interessa, l'Amministrazione Penitenziaria ha certamente spinto per l'implementazione dell'avvio di tali procedure, invitando le direzioni degli Istituti a valorizzare la propria competenza d'ufficio, soprattutto per i detenuti che fruiscono di permessi concessi dalla Magistratura di Sorveglianza, nonché per i detenuti che da lungo tempo permangono nel circuito, soprattutto in costanza di un'adesione a programmi di trattamento avanzati.

---

qualificate di intervento intramurario ed eventualmente anche extramurario, la cui prima formulazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione. In concreto, nell'ambito dell'*equipe*, il funzionario giuridico-pedagogico ha il ruolo di segretario tecnico, dunque provvede a collazionare i dati pervenuti dai vari operatori penitenziari che hanno preso parte alle riunioni di sintesi e redige la c.d. relazione di sintesi, che, la circolare D.A.P. n. 0217584/2005, descrive come *fotografia statica anamnestic*, atto avente rilevanza esterna "in cui si seguono e segnano le tappe della esecuzione della pena del detenuto, a partire dall'inizio dell'osservazione, e che nei suoi aggiornamenti accompagna il soggetto nell'evoluzione del processo trattamentale". Si sottolinea che la riunione di sintesi si svolge con la supervisione del direttore, che come responsabile al contempo del trattamento e della sicurezza, assicura la completezza dell'indagine, il coordinamento fra le diverse aree e il necessario equilibrio fra le funzioni della rieducazione e le ragioni di ordine interno. Segue una «ipotesi trattamentale» che, fra le offerte trattamentali complessivamente previste dal progetto d'istituto, seleziona quelle ritenute più adeguate alle esigenze, alle competenze e anche alla progettualità del singolo; gli oggetti sono quelli indicati dall'art. 15 O.P., ossia istruzione, formazione professionale, lavoro, partecipazione a progetti di pubblica utilità, religione, attività culturali, ricreative e sportive, nonché opportuni contatti con il mondo esterno e rapporti con la famiglia. Il programma, previa interazione col detenuto, consta di linee guida concrete e disposizioni specifiche; è soggetto all'approvazione del Magistrato di sorveglianza, che "se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione" (art. 69, c. 5, O.P.). Al rispetto del programma approvato, e a prestare la propria collaborazione nello svolgimento delle attività previste, il detenuto si impegna formalmente siglando il c.d. patto trattamentale, alla presenza del direttore; dopodiché l'*equipe* ne monitora l'esecuzione e le evoluzioni.

Nel corso della detenzione la sintesi viene periodicamente aggiornata dal singolo funzionario che ha in carico il detenuto o riconvocando l'*equipe*, in ragione dell'accadimento di fatti rilevanti sul suo contenuto, o in occasione di determinate circostanze, per lo più coincidenti con lo svolgimento di udienze dinanzi alla magistratura di sorveglianza per l'accesso ai benefici penitenziari (permessi premio e lavoro all'esterno) e alle misure alternative alla detenzione, nonché per la concessione della liberazione anticipata.

<sup>259</sup> Avente la finalità di acquisire notizie concrete circa l'attualità delle esigenze che rendono opportuna la permanenza nel circuito.

Innanzitutto è da chiedersi se tali indicazioni siano sufficienti a fondare un vero e proprio obbligo di provvedere in capo alla direzione dell'Istituto, che deve dare concreto avvio alla procedura; anche perché, la risposta positiva presupporrebbe il riconoscimento di una posizione giuridicamente rilevante in capo all'istante, nella forma dell'interesse legittimo pretensivo, in apparente contrasto con la giurisprudenza già analizzata, e comunque con tutto quel che tale riconoscimento comporterebbe, ad esempio, in tema di inerzia ed eventuale danno da ritardo.

Senza pretesa di esaustività, potrebbe riflettersi sulla possibilità di rinvenire la fonte di tale obbligo di provvedere non nelle precitate circolari, ma nei più generali principi di buona fede e correttezza a cui sono improntati, oggi, i rapporti fra Amministrazione e cittadini, per come declinati nei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità (delle limitazioni imposte agli interessi privati rispetto all'interesse pubblico perseguito).

Il fatto che, a fronte di un provvedimento limitativo *sine die* della sfera giuridica del privato, derivi direttamente dai summenzionati principi un obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, è già stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa<sup>260</sup>; resta la differente premessa

---

<sup>260</sup> Rif. a T.A.R. Palermo, Sezione Seconda, n. 508/2019, che si è pronunciato a proposito dell'art. 39, comma primo, del Regio Decreto n. 773/1931 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), il quale stabilisce che "Il prefetto ha facoltà di vietare la detenzione delle armi, munizioni e materie esplodenti, denunciate ai termini dell'articolo precedente, alle persone ritenute capaci di abusarne". La previsione di cui sopra attribuisce al Prefetto il potere di interdire un'attività di per sé libera: lo si ricava dal tenore dell'articolo precedente (art. 38) che, ai fini della (sola) detenzione di armi (con esclusione di quelle da guerra), prescrive unicamente un obbligo di tempestiva denuncia all'autorità competente (dal quale sono esentate specifiche categorie di soggetti espressamente indicate). La detenzione di armi e munizioni (con le limitazioni predette) è quindi attività libera in quanto non sottoposta ad un regime autorizzatorio preventivo; la denuncia è finalizzata a consentire all'amministrazione un costante e completo monitoraggio sulla distribuzione delle armi presso soggetti privati all'interno del territorio dello Stato. Per quanto qui interessa, la particolarità della disposizione in commento sta nel fatto che, pur attribuendo all'amministrazione un potere inibitorio anche fortemente limitativo della sfera di libertà del cittadino, non contiene alcun limite temporale di efficacia, né prevede alcun

concettuale della rilevanza giuridica, o meno, della posizione del privato incisa dal provvedimento.

Oltre alla fase di avvio, mancherebbe (sempre ove si riconoscesse “consistenza” all’interesse privato) qualunque forma di partecipazione allo svolgimento del procedimento, che conta sì di una rilevante forma di “presa

---

meccanismo di revisione della misura nel tempo. Ci si è quindi interrogati sulla effettiva disponibilità per il destinatario del divieto prefettizio di strumenti idonei a provocare un riesame della propria posizione: la questione non attiene alla eventuale illegittimità del provvedimento, che ben può essere censurata secondo le forme ordinarie del giudizio impugnatorio, ma all’ipotesi in cui muti nel tempo la situazione di fatto o di diritto che aveva legittimato il divieto stesso. Ora, la possibilità di garantire al destinatario del divieto di cui al primo comma dell’art. 39 R.D. n. 773/1931 l’aggiornamento della propria posizione, con conseguente eventuale revoca della misura, si scontra col carattere discrezionale dei poteri di autotutela, che importa l’insussistenza in capo alla P.A. di un dovere giuridico di provvedere su richiesta del privato. Pur dando conto del consolidato orientamento secondo cui “va esclusa la sussistenza in capo alla Pubblica amministrazione dell’obbligo di provvedere in ordine alle istanze del privato volte all’esercizio del potere di riesame, stante il carattere discrezionale della potestà di autotutela, talché l’atto di diffida o messa in mora del privato, volto ad ottenere provvedimenti di revoca o annullamento di precedenti atti amministrativi, è di regola considerato alla stregua di una mera sollecitazione del potere amministrativo, non essendovi un obbligo giuridico di provvedere sull’istanza”, la pronuncia in commento ha ritenuto che al principio evocato possa farsi eccezione con riguardo al divieto di detenzione armi di cui all’art. 39 T.U.L.P.S. Il collegio evidenzia proprio il fatto che la norma non stabilisce una durata limitata nel tempo al divieto imponibile dal Prefetto e, considerato che “la potestà attribuita dalla norma all’autorità di p.s. è giustificata, sotto il profilo funzionale, dalle esigenze di tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, anche con finalità di prevenzione della commissione di illeciti da parte di soggetti che non diano affidamento di non abusare delle armi” ne inferisce che “il provvedimento inibitorio adottato non può avere efficacia *sine die*”. La conclusione è che, pur trattandosi della richiesta di un intervento in autotutela, deve trovare “piena riespansione il generale obbligo di pronunciarsi sull’istanza di revisione del privato, ai sensi dell’art. 2 della L. n. 241 del 1990”. Ad avviso dello stesso Tribunale una soluzione di senso contrario “farebbe sorgere seri dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina in argomento, in relazione al principio di buon andamento dell’amministrazione pubblica (art. 97 C.) ed ai connessi canoni di ragionevolezza e proporzionalità, non rispondendo ad alcun interesse pubblico la protrazione a tempo indeterminato del divieto laddove sia venuta meno l’attualità del giudizio di pericolosità in precedenza espresso”. Si conclude in tal senso: “S’impone, dunque, un’interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo, sicché, a fronte della mancanza di un limite temporale di efficacia del provvedimento de quo, come contrappeso, deve riconoscersi in capo al destinatario un interesse giuridicamente protetto ad ottenere, dopo il decorso di un termine ragionevole ed in presenza di positive sopravvenienze che abbiano mutato il quadro indiziario posto a base della pregressa valutazione di inaffidabilità, un aggiornamento della propria posizione e, in caso di esito positivo, la revoca dell’atto inibitorio”.

in carico” nella valutazione collegiale del G.O.T., ma esclude ogni possibilità, appunto per l’interessato, di introdurre nel procedimento eventuali elementi ritenuti rilevanti a supporto della valutazione sulla cessazione delle condizioni per la permanenza nel circuito di Alta Sicurezza.

Quella di “declassificare” risulta quindi una scelta totalmente rimessa all’Amministrazione, che in parte ha autolimitato il proprio potere mostrando un chiaro *favor* per la conclusione positiva del provvedimento se ricorrono circostanze obiettive come l’essere il soggetto già stato ammesso alla misura premiale dei permessi ex art. 30 O.P.<sup>261</sup>, ma che invece, in mancanza, conserva ampia discrezionalità circa l’apprezzamento del percorso trattamentale compiuto, a proposito del quale l’istante non ha modo di interloquire.

## **II.2 – Regimi differenziati, fra discrezionalità e automatismi.**

Sostanzialmente opposte le premesse concettuali quando si tratta della sottoposizione ad un «regime», che determina compressioni anche molto significative, in termini sia qualitativi che quantitativi, agli spazi di libertà che residuano nella fase esecutiva della pena detentiva.

In questi casi, infatti, le decisioni amministrative (di livello dipartimentale) producono effetti notevoli, in senso negativo, sulla posizione dei destinatari, che non possono non ritenersi titolari di posizioni giuridicamente rilevanti e, in qualche misura, giustiziabili: anticipando in parte le conclusioni, gli aspetti da evidenziare saranno sostanzialmente due, ossia che tali decisioni sono ben distanti dalla logica partecipativa del

---

<sup>261</sup> Tanto che, nella prassi, accade che questa “fiducia” accordata al soggetto dalla Magistratura di Sorveglianza superi l’eventuale parere negativo della D.D.A. fondato sulla costanza dell’attività del gruppo criminale.

procedimento amministrativo, ma che il relativo sindacato giurisdizionale è piuttosto ampio.

Facendo un passo indietro, in uno studio sulle decisioni amministrative, superato un vaglio di “coerenza sistemica” di una tale impostazione, occorre focalizzarsi sull’individuare quali siano e quale estensione abbiano i reali spazi decisionali della parte pubblica, sulla ribadita premessa concettuale che più è ampia la discrezionalità, tanto più è importante, in funzione di garanzia ma anche di buona amministrazione, soffermarsi sul come tale discrezionalità venga esercitata, cercando di intercettare tutti i fattori, anche non giuridici, che possono influire sulla scelta.

Per comprendere dunque quanto “consistenti” siano le scelte dell’Amministrazione rispetto alla sottoposizione ad un regime diversificato, occorre partire dai relativi presupposti applicativi, che invero risultano, in entrambi i casi, piuttosto stringenti.

#### II.2.1 – Le (esigue) scelte dell’Amministrazione in tema di «carcere duro».

L’art. 41-*bis* affianca ad un presupposto oggettivo, ossia l’essere detenuto per taluno dei delitti di cui al comma 1, primo periodo, dell’art. 4-*bis* O.P. o per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso, oltre alla ricorrenza di “gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica”, anche un presupposto soggettivo, consistente nella presenza di “elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica ed eversiva”.

Ora, in astratto tale formulazione offre un’apertura rispetto al solo titolo del reato, ma è pur vero che il legislatore ha chiaramente voluto ancorare ogni valutazione alle risultanze investigative e processuali, prescrivendo che decreto ministeriale sia emesso dal “Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell’interno, sentito l’ufficio del pubblico ministero

che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze”<sup>262</sup>.

Di fatto, gli accertamenti che rilevano sono quelli compiuti dagli organi qualificati della Procura della Repubblica e delle forze dell'ordine, il che, similmente a quanto detto a proposito dell'inserimento nel circuito Alta Sicurezza, di fatto esclude l'esercizio di una vera discrezionalità da parte del Ministro della Giustizia: non si tratta, né di bilanciare e sintetizzare interessi contrapposti, né di opzionare una fra più soluzioni tecnicamente possibili, ma di rinvenire (correttamente) negli atti di indagine e processuali elementi tali da supportare la motivazione della sottoposizione al regime speciale in ragione del ruolo di vertice ricoperto dal soggetto nel sodalizio criminale unitamente al (ragionevole) pericolo di mantenimento dei rapporti associativi.

Coerentemente, è proprio sul profilo della compiutezza e logicità della motivazione che si concentra il sindacato giurisdizionale sull'*an* della misura: il controllo del Tribunale di Sorveglianza di Roma<sup>263</sup> “è limitato alla verifica della sussistenza dei presupposti dell'imposizione del regime, e dunque della adeguata motivazione in ordine alla qualifica ad attuale pericolosità sociale dello stesso, ed in particolare [...] alla persistenza della sua capacità concreta di mantenere o riprendere i contatti con i sodali

---

<sup>262</sup> Art. 41-bis, comma 2-bis, O.P.

<sup>263</sup> A cui la citata novella del 2009 ha attribuito la competenza esclusiva a conoscere dei reclami avverso tali provvedimenti ministeriali, per ragioni di uniformità delle decisioni in una materia tanto delicata.

dell'associazione criminale sul territorio o di esserle utile anche all'interno del circuito carcerario"<sup>264</sup>.

L'onere di motivazione si fa poi più stringente in occasione dell'emanazione dei decreti di proroga di cui al comma 2-*bis*<sup>265</sup>, ossia più che temporalmente ci si allontana dalla commissione degli illeciti: "il controllo svolto dal Tribunale di sorveglianza sul decreto di proroga del regime di detenzione differenziato [...] non è limitato ai profili di violazione della legge per inosservanza o erronea applicazione, ma si estende alla motivazione ed alla sussistenza, sulla base delle circostanze di fatto indicate nel provvedimento, dei requisiti della capacità del soggetto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, della sua pericolosità sociale e del collegamento funzionale tra le prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze di ordine e di sicurezza"<sup>266</sup>.

"Una giurisprudenza di legittimità piuttosto consolidata ha comunque chiarito che non occorre che la persistenza nel tempo degli elementi inizialmente posti a sostegno dell'imposizione del regime sia dimostrata ogni volta nelle motivazioni della proroga attraverso circostanze nuove, ma

---

<sup>264</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, cit., 144.

<sup>265</sup> Nella parte in cui prescrive che: "Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa".

<sup>266</sup> Cass. Pen., Sez. I, n. 18434 del 12/5/2021; la pronuncia risulta particolarmente interessante perché differenzia il sindacato del Tribunale di Sorveglianza sui decreti impositivi o di proroga del regime di massimo rigore, rispetto al sindacato conducibile dalla Corte di Cassazione nel giudizio di legittimità avverso tali pronunciamenti, il quale invece è limitato ai profili di violazione della legge per inosservanza o erronea applicazione.

è sufficiente che rispetto al passato non siano sopravvenuti fattori di novità tali da vanificare quegli indici che nelle precedenti valutazioni avevano consentito di ritenere ancora attuale la capacità dell'interessato di mantenere i collegamenti con i gruppi di riferimento"<sup>267</sup>.

Posta l'inammissibilità del ricorso a motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte, il decreto di proroga, deve quindi ancorare il giudizio circa la perdurante sussistenza del pericolo di mantenimento dei contatti con l'organizzazione di appartenenza da parte del ristretto alla natura dei fatti per i quali è detenuto, al ruolo di rilievo svolto nell'ambito dell'organizzazione criminale, al suo attivismo nel mantenere contatti con altri esponenti della consorteria, e alla capacità di quest'ultima di mantenersi attiva sul territorio (fattori che però non devono essere necessariamente compresenti)<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., 145.

<sup>268</sup> Particolarmente interessanti le argomentazioni espresse dalla Consulta nella pronuncia n. 253 del 2019 sul valore da conferire al "trascorrere del tempo": "se, infatti, il regime detentivo ex art. 41-bis OP è, in modo del tutto astratto, inalveato nell'ambito delle misure di prevenzione e, dunque, sempre idealmente, ancorato al concetto di pericolosità attuale del soggetto proposto, è, tuttavia, noto che la soggezione di un detenuto alla speciale carcerazione sia, di volta in volta, pedissequamente rinnovata sulla scorta di un dato generico e immanente: la perdurante sussistenza nei luoghi dei fatti di reato in esecuzione del fenomeno mafioso. Assai frequenti sono le proroghe del regime derogatorio del tutto esuli da valutazioni in concreto del soggetto, del suo vissuto, della sua effettiva permanenza in consessi sodali, dei suoi percorsi di rivisitazione critica, dei suoi mutamenti in carcere e dei mutamenti della realtà che gli appartiene fuori dal carcere". La pronuncia della Corte Costituzionale riafferma dunque, nella fase di esecuzione della pena, il ruolo centrale, rispetto alla valutazione dell'individuo in termini di pericolosità soggettiva, del trascorrere del tempo, "che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere". D'altronde, già nella sentenza "Viola c. Italia", la Corte E.D.U. aveva ritenuto che la "personalità di un condannato non rimanga la stessa dal momento in cui il reato è stato commesso ma tenda ad evolversi durante la fase di esecuzione della pena grazie alla funzione della risocializzazione, che consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e ricostruire la sua personalità"; così M. BRUCALE – M. PASSIONE, *"Dentro il 41-bis"*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2020, fascicolo 1-BIS, VIII - IX.

Da non sottovalutare il rilievo delle condizioni di salute del soggetto, perlomeno qualora abbia *medio tempore* subito un decadimento cognitivo tale da rendergli impossibile il (tentativo di) mantenimento di un qualunque ruolo nell'organizzazione o comunque di collegamenti con i sodali<sup>269</sup>.

Segue poi, e si affianca, il controllo da parte del Magistrato di Sorveglianza sul contenuto specifico della misura, che si estende al vaglio di merito (anche se non sostitutivo) delle singole prescrizioni contenute nel decreto ministeriale, nei predetti termini di ragionevolezza, *sub specie* di adeguatezza e necessità delle limitazioni imposte rispetto alle esigenze concrete di ordine e sicurezza e alle finalità del regime stesso.

Brevemente, tale forma di (ulteriore) controllo era espressamente prevista nel testo dell'art. 41-*bis ante* riforma del 2009; la sua mancata riproduzione nel testo novellato è stata giustificata in forza dell'intervenuta elencazione puntuale, al comma 2-*quater*, delle regole di trattamento che possono essere sospese con l'imposizione del regime.

Il vuoto di tutela che si era venuto a creare in ragione del fatto che la lettera a) del comma in commento contiene un indeterminato riferimento all'"adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna", ed essendo venuto meno il richiamo alla possibilità di reclamo ex art. 14-*ter* O.P., sarebbe mancata qualunque forma di controllo sul corretto uso di una tale discrezionalità nella determinazione dei contenuti concreti della misura, è stato subito colmato in via interpretativa, nel senso che "la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, [...] non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto

---

<sup>269</sup> Si veda in particolare la pronuncia della Corte E.D.U. sul caso Provenzano, Sent. 25 settembre 2018, ric. 55080/13.

dell'atto in relazione all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto"<sup>270</sup>.

A maggior ragione ciò vale a seguito dell'introduzione del rimedio giurisdizionale generale di cui agli articoli 35-*bis* e 69, c. 6, lett. b) dell'Ordinamento Penitenziario, che consente al detenuto di proporre reclamo al Magistrato di Sorveglianza competente per territorio, affinché questo verifichi, in un procedimento a contraddittorio pieno, l'eventuale sussistenza di illegittimi comportamenti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei suoi diritti<sup>271</sup>.

E la Consulta<sup>272</sup> fornisce una metodologia chiara per l'effettuazione del controllo di congruità delle limitazioni correlate al regime, scrivendo che "nelle operazioni di bilanciamento non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango", quale il mantenimento dell'efficacia preventiva del regime speciale<sup>273</sup>.

Tutto quanto sopra vale a dimostrare che, da un lato gli spazi di discrezionalità dell'Amministrazione della Giustizia rispetto alla sottoposizione al c.d. "carcere duro" sono (ormai) assolutamente limitati, e dall'altro, anche dove residuano, sono comunque oggetto di penetrante controllo da parte della Magistratura di Sorveglianza.

---

<sup>270</sup> Cass. Pen., Sez. I, n. 22721 del 26/3/2013.

<sup>271</sup> Sul punto si tornerà ampiamente.

<sup>272</sup> C.f.r. Corte Cost., 17 giugno 2013, n. 143.

<sup>273</sup> Secondo M. BRUCALE – M. PASSIONE, "*Dentro il 41-bis*", cit., 6, "lo strumento metodologico offerto dalla Corte in questa decisione diventa il principale arnese del tool kit del magistrato di sorveglianza che, ogni qual volta si appresta a decidere un reclamo del detenuto qualificato, deve rispondere a queste domande: quanto incide sull'incremento della sicurezza l'attenuazione del diritto soggettivo del detenuto? Quanto, al contrario, non cagiona un'ingiustificata disparità di trattamento con il detenuto comune o di alta sicurezza?"

Rimane forse un unico profilo insoluto: prima della riforma del 2009 era espressamente prevista anche la possibilità per l'interessato di avanzare in qualunque momento richiesta di revoca anticipata del decreto ministeriale, aprendosi conseguentemente l'accesso alla giustizia in caso di rigetto o del silenzio (avente il medesimo significato provvedimento).

In via interpretativa si è ritenuta anche qui sufficiente una lettura costituzionalmente orientata, "che guardi alla finalità perseguita e alla natura eccezionale della sospensione delle ordinarie regole, per far ritenere che dall'avvenuta abrogazione non possa derivare la perdita del diritto dell'interessato a richiedere la revoca anticipata, con conseguente diritto ad un reclamo in caso di ritenuto illegittimo diniego"<sup>274</sup>.

A parere di chi scrive, tanto è supportato anche dal confronto fra la misura di cui trattasi e altri strumenti previsti dal nostro ordinamento come risposta di contrasto, in chiave preventiva, al fenomeno mafioso<sup>275</sup>.

Il riferimento è l'informazione antimafia di cui al D.Lgs. n. 159/2011: trattasi di provvedimento ampiamente discrezionale, avente scopo precauzionale in chiave di anticipazione della tutela dell'ordine pubblico economico, che può fondarsi sul mero pericolo di lesione del bene giuridico protetto, adottato "allo stato degli atti", fortemente incidente sulla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) in quanto impedisce a imprese potenzialmente legate alla criminalità organizzata l'accesso al mercato delle commesse pubbliche.

Il legislatore, non solo delimita temporalmente la validità della documentazione antimafia (art. 86), ma stabilisce altresì che "Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini

---

<sup>274</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., 143.

<sup>275</sup> Strumenti che torneremo a richiamare più diffusamente nel prosieguo.

dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa" (art. 91 comma 5); mostra così di aver considerato la naturale mutevolezza delle condizioni legittimanti l'emanazione dell'interdittiva, obbligando l'Amministrazione a rivedere le proprie determinazioni anche su istanza del destinatario: se quest'ultimo allega fatti o circostanze di rilevante entità, la Prefettura sarà tenuta ad avviare un apposito procedimento potenzialmente destinato a concludersi (se nel merito ne ricorrono i presupposti) con la modifica o la revoca della misura.

In ciò, ad avviso delle nostre Corti, sta il ragionevole bilanciamento fra "l'esigenza di evitare che i soggetti in sospetto di rapporti con la criminalità organizzata possano contrarre con la Pubblica Amministrazione, e quella di garantire l'esercizio dell'attività d'impresa, al venir meno delle condizioni ostative"<sup>276</sup>; la medesima logica potrebbe allora valere per la sottoposizione al regime di cui all'art. 41-*bis* O.P., confermando anche con la normativa attuale la possibilità per il destinatario di chiedere sempre l'"aggiornamento" della propria posizione, anche prima della scadenza naturale del decreto ministeriale, a fronte di un mutamento significativo nelle condizioni che ne avevano legittimato l'adozione.

---

<sup>276</sup> Cons. Stato, Sez., III, n. 2718/2014. "Il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia – l'esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e, dall'altro, la libertà di impresa – trova nella previsione dell'aggiornamento, ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. 159/2011, un punto di equilibrio fondamentale e uno snodo della disciplina in materia, sia in senso favorevole che sfavorevole all'impresa, poiché imponeva all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti – se non noti – e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti" (Cons. Stato, Sez. III, n. 1107/2017). Non può che conseguirne l'illegittimità dell'eventuale silenzio serbato dall'Amministrazione sulla richiesta del privato, con conseguente percorribilità del relativo giudizio: "a fronte di una circostanziata richiesta di aggiornamento da parte del soggetto interessato, il prefetto non possa legittimamente sottrarsi all'obbligo di riesaminare il quadro indiziario esistente alla luce dei nuovi dati segnalatigli e di ripronunciarsi, quindi, in via espressa su di esso, ferma restando, naturalmente, la piena discrezionalità del suo potere valutativo in merito al perdurare del rischio di infiltrazione mafiosa" (T.A.R. Reggio Calabria, n. 528/2019).

II.2.2 – La «sorveglianza particolare» al vaglio di determinatezza. Passando alla c.d. «sorveglianza particolare», l'art. 14-*bis* ne prevede l'applicazione al ricorrere di una fra le tre condizioni già indicate nel capitolo precedente, delle quali interessa in questa sede soltanto quella di cui alla lettera *a*) del comma primo, contenente un generico riferimento a soggetti "che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti"<sup>277</sup>.

Come è stato criticamente osservato, la fattispecie, in quanto formulata senza la descrizione dei comportamenti punibili, ma solo mediante l'individuazione dei risultati offensivi, risulterebbe "parzialmente indeterminata"<sup>278</sup>, lasciando all'Amministrazione margini eccessivi nello stabilire la tipologia e l'intensità delle condotte potenzialmente offensive, atte a giustificare l'imposizione del regime<sup>279</sup>.

Ma ancor di più desta perplessità, in termini di certezza (in funzione di garanzia), la previsione di cui al comma cinque dell'art. 14-*bis*, nella parte in cui prevede "possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli

---

<sup>277</sup> Quanto all'ipotesi *sub b*), i comportamenti ivi sono ben determinati dai riferimenti circostanziati all'uso della violenza o della minaccia (quali condotte tipizzate nel diritto penale) per impedire le attività degli altri ristretti (che normalmente vengono espletate all'interno dell'Istituto). Quanto all'ipotesi *sub c*), che fa riferimento a quei soggetti che "nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti", pur trattandosi di un profilo psicologico di difficile accertamento diretto, nelle dinamiche relazionali che si sviluppano fra chi è costretto a condividere i limitati spazi del carcere si va a concretizzare in comportamenti (di chi lo stato di soggezione lo subisce) piuttosto ricorrenti e quindi decodificabili da parte degli operatori.

<sup>278</sup> L'espressione è di F. C. PALAZZO, "Commento alla legge 663/86. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", in *Legislazione penale*, 1987, 101.

<sup>279</sup> Tuttavia, rispetto alla preoccupazione per cui "l'indeterminatezza di questa disposizione comporta il rischio che la sorveglianza particolare venga utilizzata in aggiunta al regime disciplinare", espressa M. R. CALDERONE, cit., si rimanda a quanto già evidenziato circa la necessaria reiterazione di una pluralità di condotte offensive, affermata da consolidata giurisprudenza.

imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà. L'autorità giudiziaria segnala gli eventuali elementi a sua conoscenza all'amministrazione penitenziaria che decide sull'adozione dei provvedimenti di sua competenza”.

Tale opzione, non solo sembra “caratterizzata da una particolare indeterminatezza, aprendo all'amministrazione penitenziaria uno spazio di discrezionalità troppo ampio nella valutazione dei comportamenti che potrebbero legittimare la sottoposizione ad un regime differenziato”<sup>280</sup>, ma, almeno apparentemente, anche derogatoria rispetto alla funzione di contenimento della c.d. pericolosità penitenziaria.

Il relativo giudizio, infatti, dovrebbe fondarsi su contegni serbati appunto nel contesto penitenziario, e nella detenzione in corso: se anche l'imposizione del regime differenziato può fondarsi, non su un'offesa già perpetrata agli interessi di ordine e sicurezza interni, ma sul mero pericolo di offesa futura, dovrebbe almeno trattarsi di un pericolo concreto e ragionevolmente imminente, cosa che potrebbe non essere attribuendo rilievo a quanto occorso in carcerazione precedenti.

È pur vero però che la stessa Corte di Cassazione, dopo aver ribadito che “l'esperienza penitenziaria e trattamentale ha dimostrato che l'opera di rieducazione va, tuttavia, diversificata in ragione della pericolosità penitenziaria e sociale del singolo soggetto ristretto e che aspetto importantissimo del "trattamento individualizzato" è proprio l'attenzione che si riserva al livello di pericolosità ritratto dalla storia personale e dall'osservazione del detenuto”, ha statuito che, per “ritagliare” il

---

<sup>280</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, cit., 133.

trattamento sul soggetto, va calibrato “sulla pericolosità manifestata e su quella ritenuta”<sup>281</sup>.

Ad ogni buon conto, anche a voler condividere tali dubbi sul piano teorico, la pratica insegna che quell’insieme di comportamenti che conduce all’applicazione del regime *de quo* risulta piuttosto standardizzata, trattandosi per lo più di gravi e reiterati atteggiamenti di insofferenza verso le regole di pacifica convivenza, di sopraffazione nei confronti degli altri ristretti mediante violenza o minaccia, e di marcata aggressività rivolta agli operatori, atti a tracciare un “profilo penitenziario” piuttosto (immediatamente) riconoscibile, col che, quella discrezionalità, di fatto si riduce al minimo.

Sul piano poi della tutela giurisdizionale, sebbene il legislatore nulla abbia specificato, nel tempo ha prevalso l’orientamento per cui il Tribunale di Sorveglianza è chiamato “ad una valutazione che concerne sia l’*an* della sottoposizione al regime, mediante lo scrutinio della sussistenza nel merito dei comportamenti descritti dall’art. 14-*bis* come necessitanti una sorveglianza particolare, sia la congruità e la stretta necessità delle restrizioni imposte alla finalità di mantenimento dell’ordine e della sicurezza. Ne consegue la possibilità di prevedere tanto l’annullamento nel suo complesso del provvedimento che impone il regime differenziato, quanto interventi correttivi legati alle singole limitazioni di cui si verificata l’illegittimità”<sup>282</sup>.

A parere di chi scrive, non inficia la pienezza della tutela (o meglio, della tutelabilità della posizione del ristretto) la mancata previsione (espressa, o ricavata in via interpretativa) della possibilità per l’interessato di chiedere

---

<sup>281</sup> Cass. Pen., Sez. I, 21 marzo 2019, n. 40123.

<sup>282</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., 135. Per il superamento dei precedenti contrasti giurisprudenziali, c.f.r. Cass. Pen., 14 febbraio 2024, n. 28233.

in ogni tempo la revisione della sottoposizione al regime speciale, con connesso obbligo dell'amministrazione di provvedere: rispetto al regime di cui all'art. 41-*bis* c.2, la c.d. sorveglianza particolare ha infatti una durata temporale notevolmente limitata, che nemmeno lascerebbe spazio per rivalutazioni intermedie su sollecitazione di parte.

In sintesi, si può dunque affermare che la valutazione sulla destinazione e l'assegnazione del detenuto all'interno degli istituti penitenziari è prerogativa dell'amministrazione penitenziaria, "ma si sviluppa secondo regole tipizzate e strettamente collegate alla regola di legalità e procedimentalizzazione dell'azione e della decisione amministrativa. Intimamente connesso all'anzidetto principio di legalità è quello di giurisdizionalizzazione del sistema, poiché la garanzia offerta dalla normativa di settore, senza la possibilità di attuare un controllo siffatto, risulterebbe priva di completezza e offrirebbe una forma di tutela che rischierebbe di essere ineffettiva"; il tutto proprio in funzione "di evitare che la discrezionalità amministrativa possa attuarsi attraverso forme arbitrarie d'esecuzione che, diversamente, risulterebbero insindacabili"<sup>283</sup>.

#### II.2.3 – Sottoposizione a regimi speciali e procedimento amministrativo.

Ora, la giurisprudenza ravvisa nella procedimentalizzazione delle scelte connesse alla sottoposizione ad un regime differenziato un rilevante presidio di garanzia, quindi di legalità dell'agire amministrativo; vero è però che le procedure di cui trattasi sono molto distanti dal paradigma generale delineato dalla Legge n. 241/1990, il che impone di indagare quantomeno la loro coerenza col sistema, anche fuoriuscendo dall'ambito strettamente penitenziario.

---

<sup>283</sup> Cass. Pen., Sez. I, 21 marzo 2019, n. 40123.

Il *focus* si sposta allora sulla *ratio* dei regimi speciali, per verificare se a finalità simili corrispondano moduli procedurali analoghi.

Ad accomunare i due impianti normativi, del “carcere duro” e della “sorveglianza particolare”, è certamente la natura preventiva e cautelare, in funzione non punitiva ma di anticipazione della tutela.

A proposito dell’art. 41-*bis* O.P., in dottrina si è giunti ad affermare che solo un “saldo impianto preventivo” ha consentito al regime differenziato di superare i tanti vagli di legittimità: “si tratta di orientamenti maturati in un proficuo dialogo multilivello tra giurisdizioni, che ha avuto il merito di confinare le deroghe del trattamento ordinario entro spazi circoscritti”.

È infatti la logica di prevenzione speciale che sta alla base della stretta correlazione di necessità fra le (ulteriori) limitazioni imposte in virtù della differenziazione e il concreto perseguimento del fine di impedire indebiti contatti con l’esterno. “Chiaro il messaggio: il decreto ministeriale applicativo può sospendere il trattamento ordinario, in tutto o in parte (si colga la portata limitante della sottolineatura della parzialità dell’intervento), soltanto in relazione a esigenze correlate con la particolare pericolosità qualificata dei detenuti, che è appunto una pericolosità proiettata all’esterno e caratterizzata dalla possibilità di continuare a comunicare con i vertici dei clan che si trovano in stato di libertà”<sup>284</sup>.

Laddove l’intervento non scaturisca dalla necessità di consolidare la finalità preventiva, le regole del trattamento ordinario dovrebbero riespandersi.

Analogamente vale per l’impianto delineato dagli artt. 14-*bis*, *ter* e *quater* dell’Ordinamento Penitenziario, la cui finalità non punitiva, ma preventivo-cautelare, vale a distinguere la temporanea sospensione del trattamento ordinario dal diverso sistema sanzionatorio: da un lato l’intervento, *ex ante*,

---

<sup>284</sup> M. BRUCALE – M. PASSIONE, “Dentro il 41-*bis*”, cit., 5-6.

per ridurre gli strumenti e le occasioni a disposizione del detenuto per reiterare condotte aggressive e destabilizzanti, dall'altro la risposta punitiva che sussegue in modo mirato alla commissione di una specifica infrazione disciplinare<sup>285</sup>.

Pacifica la funzione *lato sensu* cautelare, appare anche qui utile richiamare la già citata informazione antimafia di cui al D.Lgs. n. 159/2011, ma, per ampliare i termini di paragone, anche il divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive *ex art. 6 L. n. 401/1989*, ambedue annoverabili fra le misure di prevenzione<sup>286</sup>.

In estrema sintesi, trattasi di provvedimenti ampiamente discrezionali, che condividono lo scopo precauzionale in chiave di anticipazione della tutela (rispettivamente dell'ordine pubblico economico e dell'incolumità pubblica nel corso di eventi sportivi); entrambi adottati "allo stato degli atti", potenzialmente fondati sul mero pericolo di lesione del bene giuridico protetto, vanno ad incidere (seppur per un tempo necessariamente limitato) libertà individuali anche fondamentali, come la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., precludendo a imprese potenzialmente legate alla criminalità organizzata l'accesso al mercato delle commesse

---

<sup>285</sup> Secondo M. G. COPPETTA, op. cit., 185, il carattere non punitivo ma preventivo-cautelare della misura, varrebbe a colmare il difetto di determinatezza che tendenzialmente gli interpreti hanno ravvisato nella già analizzata previsione di cui alla lettera a) del comma primo dell'art. 14-bis.

<sup>286</sup> Per definizione pacifica, sono misure di prevenzione "quelle dirette a prevenire reati (o ulteriori reati) piuttosto che a reprimerli e comminabili nei confronti di soggetti che, che per il loro comportamento e sulla base di elementi di fatto, sono ritenuti pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico" (TAR Campania-Napoli, Sez. V, n. 9779 del 08/05/2008). L'informativa per espressa previsione legislativa. Quanto al D.A.SPO, nonostante il suo mancato inserimento nell'ambito della disciplina generale delle misure di prevenzione, dottrina e giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenerla una misura di prevenzione "atipica"; non rientrando in questa sede ulteriori approfondimenti, si rinvia al contributo di P. GARRAFFA, "DASPO e obbligo di comunicazione di avvio del procedimento: un binomio inconciliabile?", in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), e all'ampia bibliografia ivi riportata.

pubblico, e la libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., impedendo l'accesso alle manifestazioni sportive<sup>287</sup>.

Quel che interessa sono i relativi moduli procedimentali, o meglio la misura in cui essi si discostano dal paradigma generale: anticipando la conclusione, sebbene in entrambi i casi, pur essendosi nel tempo registrati orientamenti contrapposti circa la necessità di applicarvi le c.d. garanzie procedimentali, avesse tendenzialmente prevalso la soluzione negativa, e ciò proprio in ragione della funzione anticipatoria e cautelare degli interventi di cui trattasi, recentemente si registrano dei "correttivi" di senso opposto<sup>288</sup>.

Più stabile l'orientamento sul D.A.SPO., nel senso di ritenere generalmente sussistenti quelle "particolari esigenze di celerità del procedimento" che giustificano l'esclusione dell'obbligo di dare agli interessati la

---

<sup>287</sup> In questi termini si esprime unanime giurisprudenza: *i)* sull'interdittiva antimafia "i provvedimenti prefettizi interdittivi possono essere adeguatamente motivati con riferimento a riscontri che danno vita a valutazioni "espressione di ampia discrezionalità" valutabili in termini di ragionevolezza in relazione ai fatti accertati e che non devono "necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergono sufficienti elementi di pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata" (C.G.A.R.S., Sez. I, n. 206/2018); *ii)* sul D.A.SPO. "essendo il c.d. DASPO una misura di prevenzione che presuppone la pericolosità sociale e non già la commissione di un reato, per la sua emissione è sufficiente l'accertamento di un fumus di attribuibilità alla persona sottoposta alla misura delle condotte rilevanti, al fine della verifica della pericolosità del soggetto [...]. Il divieto di accesso agli impianti sportivi può essere imposto non solo nel caso di accertata lesione, ma anche in caso di pericolo di lesione dell'ordine pubblico, come nel caso di semplici condotte che comportano o agevolano situazioni di allarme e di pericolo; detto potere si connota infatti di un'elevata discrezionalità, in considerazione delle finalità di pubblica sicurezza cui è diretto" (Cons. Stato, Sez. III, n. 2916/2019).

<sup>288</sup> Anche se dev'essere comunque tenuta presente la differenza fra funzione cautelare e natura cautelare: quest'ultima è propria delle sole misure interinali, provvisorie e strumentali rispetto all'adozione di un provvedimento successivo che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso; una funzione "praticamente" cautelare, di prevenzione rispetto alla futura insorgenza di un pericolo, ben può essere invece assolta anche con misure non cautelari in senso tecnico, quali provvedimenti amministrativi autonomi.

comunicazione d'avvio (e, a catena, degli obblighi susseguenti connessi alla partecipazione al procedimento)<sup>289</sup>.

Fermo restando che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che in linea generale non può ritenersi sufficiente, a supporto delle ragioni della cautela, un generico richiamo all'urgenza in seno al provvedimento adottato, dovendo piuttosto venire in evidenza un'urgenza "qualificata", tale cioè da non consentire altrimenti il soddisfacimento dell'interesse pubblico<sup>290</sup>, sul caso specifico del D.A.SPO. è risultato nettamente prevalente l'orientamento favorevole ad una sua applicazione *de plano*, senza previa comunicazione, per la ritenuta sussistenza di una urgenza *in re ipsa*.

---

<sup>289</sup> Come sintetizzato da, G. ANNICCHIARICO, "La partecipazione nel procedimento amministrativo con riferimento alla pubblica sicurezza", in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), n. 5/2009, 20, attraverso la partecipazione del privato al procedimento amministrativo trova concreta attuazione il principio di trasparenza dell'azione pubblica, inteso nella sua duplice veste di rendere conoscibile all'esterno il percorso logico-giuridico seguito dalla P.A. (c.d. principio di comprensibilità dell'azione amministrativa), e di consentire la permeabilità del processo decisionale pubblico ai contenuti dei privati (c. d. principio di collaborazione con il privato). Come però efficacemente osservato da A. DI BERNARDO, commento agli artt. 7-13 della l. n. 241/90, in "Guida alla legge n. 241 del 1990", a cura di M. MARIANI, Nuova Giuridica ed., 2015, buon andamento ed imparzialità da un lato, ed esigenze garantistiche dall'altro, sono "istanze che trovano alternativamente vigore l'una nella compromissione dell'altra, pur proponendosi entrambe come finalità da perseguire in modo necessario". "Se la partecipazione del cittadino al procedimento di formazione della volontà della P.A. obbedisce, quindi, ad esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa - determinando "l'innesto nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale" - per altro verso non va disconosciuto come tale partecipazione possa determinare (ed in concreto determini) un rallentamento del relativo processo decisionale. Il dibattito dottrinale e l'interpretazione giurisprudenziale hanno allora cercato d'individuare (invero, anche negli anni precedenti all'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990) un punto di equilibrio tra istanze partecipative del singolo da un lato, e principi di ragionevolezza, logicità ed efficienza dall'altro, che impongono il sollecito svolgimento dell'attività amministrativa (specie in quelle situazioni dotate dei caratteri dell'urgenza)"; così P. GARRAFFA, op. cit., 6. Il Consiglio di Stato ha dunque in più occasioni precisato che, pur nella portata generale del principio della partecipazione degli interessati al procedimento, non possono escludersi ipotesi derogatorie, fra cui i provvedimenti tipici cautelari e di urgenza, e le ipotesi in cui emergano, in concreto, peculiari esigenze di speditezza del procedimento (c.f.r. Cons. Stato, Sez. V, n. 2823 del 22/05/2001).

<sup>290</sup> C.f.r. Cons. Stato, Sez. IV, n. 2683 del 25/05/2005.

Ciò al fine di tutelare, nella misura più efficace possibile, l'ordine pubblico nell'ambito delle manifestazioni sportive, e di assecondare le istanze (di chiaro stampo penalistico) di prevenzione speciale, per "evitare che i soggetti coinvolti in un precedente episodio tornino a frequentare i luoghi ove esse hanno luogo, con possibile reiterazione dei comportamenti sanzionati"<sup>291</sup>.

Quanto all'informativa antimafia, è consolidata la giurisprudenza del Consiglio di Stato nell'affermare che l'Amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione d'avvio (di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990), nonché dalle altre garanzie partecipative quali il preavviso di rigetto (di cui all'art. 10-bis), "atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza".

Fermo restando che anche nella sua prima formulazione il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia non scontava una totale assenza di contraddittorio, conoscendo già una interlocuzione

---

<sup>291</sup> In questi termini Cons. Stato, Sez. VI, n. 2569 del 02/05/2011. Anche a seguito del parere, di segno opposto, della Prima Sezione del Consiglio di Stato n. 2603 del 29 maggio 2012, che aveva sostenuto l'onere dell'amministrazione di "informare tempestivamente il soggetto dell'avvio del procedimento volto ad adottare la misure interdittiva denominata Daspo", la giurisprudenza maggioritaria di merito non ha mutato il proprio orientamento, considerando l'onere della comunicazione di avvio "non sostenibile [...] alla luce dell'urgenza connessa al succedersi delle manifestazioni sportive" (così TAR Veneto-Venezia, Sez. III, n. 436 del 31/03/2014 a proposito del gioco del calcio). Al massimo, talune pronunce hanno richiesto una "menzione della ragione dell'urgenza per cui è omessa la garanzia partecipativa" all'interno del provvedimento, per poi ribadire la primazia delle esigenze di prevenzione e di tutela dell'ordine pubblico "di fronte alle quali la tutela degli interessi del destinatario e la garanzia della partecipazione appaiono decisamente recessivi" (c.f.r. TAR Umbria, Sez. I, n. 84 del 18/02/2013). Per approfondimenti si rinvia ancora al citato contributo di P. GARRAFA.

eventuale su valutazione del Prefetto competente<sup>292</sup>, il Consiglio di Stato ha perlopiù ritenuto “che l’assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia non costituisca un vulnus al principio di buona amministrazione, perché, come sopra ricordato, la *discovery* anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata di stampo mafioso e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l’obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell’economia legale ha assunto forme e “travestimenti” sempre più insidiosi”<sup>293</sup>.

Dunque, per insegnamento costante, il principio del contraddittorio, valevole in ambiti ordinari, in materia di interdittiva può e deve essere ragionevolmente bilanciato, onde dare ingresso ad interessi antagonisti di pari rango dettati dalla necessità di arginare il fenomeno mafioso che, per la sua estrema insidiosità, aumenta gravemente il rischio di vanificare il complesso lavoro degli organi competenti a effettuare le indagini.

A tal uopo, il legislatore, fino alle modifiche introdotte dall'art. 48, comma 1, lett. a), n. 2), D.L. 6 novembre 2021, n. 152<sup>294</sup>, non aveva previsto, nel sistema regolatorio concluso del codice antimafia, l’obbligo di una preventiva comunicazione di avvio del procedimento, proprio in ragione

---

<sup>292</sup> Ai sensi dell’art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 159 del 2011, il Prefetto competente al rilascio dell’informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile.

<sup>293</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 5086 del 21/06/2022.

<sup>294</sup> Convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233.

del fatto che più avanzano le garanzie partecipative più è concreto il rischio che la *discovery* anticipata di elementi o notizie a disposizione degli inquirenti ponga nel nulla gli sforzi e le risultanze raggiunte.

Solo a seguito delle modifiche di recente introdotte all'art. 92, comma 2-*bis*, del Codice antimafia, il legislatore ha tracciato un nuovo punto di equilibrio tra le esigenze antagoniste sopra evidenziate, prevedendo, salvo che sussistano particolari esigenze di celerità del procedimento, l'obbligo a carico dell'Autorità prefettizia procedente di una tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. "Nell'economia della novella normativa in commento resta comunque fermo il principio che nella *discovery* anticipata in sede di contraddittorio procedimentale, la cui durata è fissata in sessanta giorni, non possono formare oggetto della comunicazione 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"<sup>295</sup>.

Se, dunque, continua ad essere affermata con decisione l'irrinunciabilità di quel presidio di sicurezza (in senso ampio) che in qualche modo risiede nella "segretezza" dei procedimenti volti all'adozione di misure amministrative cautelari, anche dette "di polizia"<sup>296</sup>, non può non notarsi

---

<sup>295</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 5086 del 21/06/2022.

<sup>296</sup> Per un brevissimo accenno, secondo G. MANFREDI, "*La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano*", 2011, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), la nozione di «polizia» ricomprende indistintamente qualsiasi intervento funzionale ad assicurare il buon governo della collettività. La dottrina ne ha compiuto un'opera di tripartizione, cosicché ad oggi si è soliti distinguere, sulla base di un criterio teleologico-finalistico, tra l'attività di polizia amministrativa, l'attività di polizia di sicurezza e quella di polizia giudiziaria; sul punto si

come la tendenza attuale sia favorevole alla massima estensione possibile della logica partecipativa, che deve informare i rapporti fra amministrazione e cittadini senza aprioristiche esclusioni di interi ambiti o materie, rimettendone le limitazioni alla valutazione delle concrete esigenze del caso.

In una prospettiva *de iure condendo*, tanto allora potrebbe valere, in astratto, anche in ambito penitenziario, quantomeno per il procedimento applicativo della «sorveglianza particolare»<sup>297</sup>: i relativi presupposti applicativi lasciano margini di indeterminatezza, la parte pubblica esercita realmente un potere discrezionale, e dunque la partecipazione dell'interessato al procedimento non sarebbe priva di rilievo; ma, al contempo, stanti le circostanze che ne importano l'applicazione<sup>298</sup>, appare pressoché irrealistico che non ricorrano ragioni di celerità tali da giustificare la deroga all'applicazione delle garanzie partecipative, con la conseguenza che, a parere di chi scrive, l'eventuale innovazione normativa in tal senso<sup>299</sup> rimarrebbe nei fatti lettera morta.

---

veda N. FURIN, "Polizia amministrativa e polizia giudiziaria; possono le pretese distinzioni tra queste funzioni limitare le garanzie difensive nell'ambito dell'attività ispettiva e di vigilanza amministrativa?", in Cassazione Penale, 7-8, Milano, 1999, 2440. "In particolare, la prima vigila e controlla le condotte dei cittadini, al fine di verificare se i comportamenti tenuti dai consociati siano o meno rispettosi della legge, dei regolamenti e degli atti amministrativi in generale. La definizione di polizia giudiziaria, invece, è tradizionalmente ricavata per antitesi rispetto a quella di polizia di sicurezza: quest'ultima interviene, in via preventiva, per neutralizzare i pericoli in grado di minacciare la collettività; la polizia giudiziaria, al contrario, ha la funzione di reprimere le (avvenute) violazioni di norme penali"; così G. STRAZZA, "L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento in caso di D.A.SPO.", su [www.coni.it](http://www.coni.it), rivista di diritto sportivo.

<sup>297</sup> Che più si avvicina alle misure di "polizia amministrativa". Invece, come ampiamente dimostrato, i presupposti applicativi del regime di cui all'art. 41-bis, c. 2, sono talmente stringenti da non residuare di fatto discrezionalità alcuna.

<sup>298</sup> Come si è visto, legate alla costanza di pericolo per l'ordine e la sicurezza dell'istituto penitenziario.

<sup>299</sup> Sulla falsa riga di quanto detto a proposito dell'informazione antimafia.

### **III – I trasferimenti dei detenuti e la progressiva valorizzazione degli interessi privati.**

Volendo procedere nell'analisi delle decisioni dell'Amministrazione Penitenziaria seguendo il criterio dell'organo competente ad adottarle, e ripercorrendone il linea discendente la scala gerarchica, i provvedimenti fin qui analizzati sono di esclusiva spettanza ministeriale e dipartimentale; fra le scelte che vedono invece coinvolti il Dipartimento con i Provveditorati Regionali spicca la materia dei trasferimenti dei detenuti, ripartendosi la competenza in ragione dell'appartenenza dei due Istituti (quello di partenza e quello di arrivo) a distretti regionali diversi (nel quale caso provvede la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento), o allo stesso Provveditorato Regionale (competente nel caso ad adottare il relativo provvedimento).

Norma base l'art. 42 dell'Ordinamento Penitenziario, che sommariamente tipizza le possibili ragioni del trasferimento e fissa alcune garanzie fondamentali.

Preliminare all'analisi della normativa di dettaglio, e comune a tutte le ipotesi di trasferimento, è la considerazione per cui, rispetto alle scelte dell'Amministrazione in argomento, certamente il destinatario vanta una posizione giuridicamente rilevante; sul punto gli interpreti concordano sul fatto che "tale tematica, in quanto idonea a modificare in senso positivo o negativo la vita quotidiana del ristretto ed il suo rapporto con l'ambiente carcerario (con riguardo ad es. alle maggiori o minori possibilità trattamentali fruibili in un certo istituto, alle migliori o peggiori condizioni logistiche, etc.) ed con quello esterno (ad es. in termini di aumento o diminuzione della frequenza dei rapporti con i propri familiari o con le

persone colle quali intrattiene un legame affettivo, etc.), può essere inquadrata nella più vasta disciplina relativa alle modificazioni della sfera soggettiva del detenuto”<sup>300</sup>.

In altre parole, la questione dei trasferimenti, lungi dal ridursi ad una problematica meramente organizzativa, involge profili strettamente connessi a quegli interessi dei ristretti a cui l’ordinamento riconosce primaria importanza, quali il mantenimento dei rapporti familiari e la continuità spazio-temporale del programma individualizzato di trattamento<sup>301</sup>.

Nello specifico, il legislatore della riforma<sup>302</sup> sintetizza tali istanze nella nuova formulazione del secondo comma della norma in esame, prescrivendo, innanzitutto, che “nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale”, e che comunque nell’individuazione della sede si deve tener conto “delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute”.

Ora, già il confronto letterale col testo previgente, in base al quale doveva “essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie”, palesa la volontà di attribuire maggiore rilevanza ai suddetti interessi privati; ma non si direbbe al punto da mutarne la “consistenza” di interesse legittimo.

---

<sup>300</sup> Così E. A. GIACALONE, commento all’art. 42 O.P., in G. RUSSO - S. CONSOLO, *“Codice Penitenziario Commentato”*, V ed., Laurus Robuffo, 319-324, a cui comunque si rinvia per una trattazione sistematica dell’argomento.

<sup>301</sup> In parte anche la continuità assistenziale e terapeutica; i trasferimenti per motivi di salute godono di una regolamentazione a sé stante che non interessa in questa sede.

<sup>302</sup> Con ciò riferendosi al D.Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, che ha riscritto, fra l’altro, i commi 2 e 3 dell’articolo in commento.

Affermata con chiarezza appunto sotto la vigenza della precedente formulazione<sup>303</sup>, sono mancate più recentemente analoghe prese di posizione circa la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo della posizione del privato destinatario della decisione in materia di trasferimenti; purtuttavia, ciò non sembra addebitabile ad una incertezza sul punto, quanto piuttosto dipendere dalla più generale questione della configurazione di una sorta di giurisdizione unica in capo alla Magistratura di Sorveglianza per tutto quanto concerne la tutela delle posizioni dei ristretti potenzialmente lese da atti o comportamenti dell'Amministrazione Penitenziaria, che di fatto ha privato d'interesse pratico la distinzione fra le posizioni legittimanti l'accesso al giudice<sup>304</sup>.

Sebbene gli interpreti sovente parlino di diritto del detenuto, rispetto (soprattutto) alla prossimità con la dimora familiare, la norma non sembra configurare detta posizione soggettiva con quell'assolutezza che qualifica i diritti soggettivi, limitandosi l'intervento correttivo a ribilanciare in favore della prima il rapporto fra regola generale (ossia assegnazione in prossimità con il luogo di dimora il centro di interessi) e possibili deroghe, così rafforzando le prerogative del ristretto e aggravando correlativamente l'onere di motivazione della parte pubblica.

Chiaro l'orientamento dell'evoluzione normativa, è da interrogarsi sulle modalità e la misura con cui tali interessi privati sono considerati in occasione delle relative decisioni, per vagliare, anche qui, la rispondenza con le coordinate della Legge generale.

In realtà la riforma era stata per buona parte anticipata dalla circolare D.A.P. n. 3654/6104 del 26/02/2014, alla quale va il merito di aver compiuto una rilevante opera di tipizzazione e procedimentalizzazione della materia: la

---

<sup>303</sup> *Ex multis*, le Ordinanze dell'Ufficio di Sorveglianza di Firenze nn. 5601/2014 e 230372015.

<sup>304</sup> Argomento sul quale si tornerà diffusamente.

logica è chiarissima, perché primo (e insostituibile?) presidio di garanzia dell'azione amministrativa è quello di strutturarsi come sequenza predeterminata di atti e attività, logicamente e cronologicamente coordinati, finalizzati alla raggiungimento di un'adeguata sintesi fra tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti, l'eventuale sacrificio dei quali sia sempre strettamente necessitato dal fine (legittimo) perseguito.

Anticipando in parte la conclusione, proprio la materia dei trasferimenti, per le innovazioni normative che ha conosciuto negli ultimi anni, funge da cartina al tornasole per verificare comparativamente lo stato di democratizzazione dell'azione amministrativa in ambito penitenziario: come a dire, quando il legislatore ha voluto rendere questo settore più aderente ai canoni a cui attualmente si ispira l'agire amministrativo, lo ha fatto per lo più procedimentalizzando.

Più nel dettaglio, la suddetta circolare ha offerto un primo presidio di garanzia elencando in modo tassativo i motivi su cui può basarsi il trasferimento di un detenuto, nonché, per ciascuno di essi, ha definito un'apposita (e in parte diversa) procedura.

Per facilità di ragionamento, merita seguire la *summa divisio* fra trasferimenti "nell'interesse dell'Amministrazione" e trasferimenti "nell'interesse del richiedente"<sup>305</sup>: se riguardo ai primi, in una logica tipicamente oppositiva, si valorizzano l'eccezionalità, i limiti e l'onere di motivazione, riguardo ai

---

<sup>305</sup> Restano fuori i trasferimenti per motivi di giustizia, occasionati esclusivamente da espresse richieste dell'Autorità Giudiziaria procedente, a fronte delle quali è ammessa la deroga al principio di territorialità della pena; "Ed invero, sino a quando il detenuto non acquisisce la posizione giuridica di definitivo o ricorrente, l'eventuale interesse dello stesso ad essere assegnato in una sede prossima al luogo di residenza dei familiari, se diverso da quello in cui si trova l'A.G. procedente, nella valutazione comparativa degli interessi in conflitto, e salvo situazione particolari da valutare in concreto [...], assume carattere recessivo rispetto all'esigenza dell'Amministrazione di evitare onerosi e frequenti traduzioni per le varie incombenze processuali, tenuto conto, peraltro, che l'ordinamento penitenziario individua come destinatari del trattamento i detenuti definitivi" (c.f.r. circolare D.A.P. n. 3654/6104 del 26/02/2014, pag. 15).

secondi dovrebbero maggiormente venire in rilievo le garanzie partecipative.

Un dato comune va però evidenziato subito, e sta nella previsione generale del dovere per l'Amministrazione decidente di motivare, sull'eventuale deroga al suddetto criterio della vicinanza nei trasferimenti d'ufficio<sup>306</sup>, o sul mancato accoglimento della richiesta di parte<sup>307</sup>; onere che non può tradursi, come vedremo, nella mera riproduzione di formule di stile o argomentazione pressoché stereotipate.

Certo la motivazione compone il provvedimento finale, e non supplisce, da sola, alle funzioni proprie della partecipazione procedimentale, ma vincola alla ricostruibilità di un percorso logico-giuridico che dev'essere manifestato, e sarà quindi controllabile, e riduce il rischio, altrimenti concreto, dell'eccesso di potere per sviamento.

Quanto ai trasferimenti per motivi di sicurezza, intanto si è affermata l'applicazione, anche in questi casi, del principio di territorialità della pena, affidandone di regola la gestione ai Provveditorati all'interno del distretto di competenza, pur se lo spostamento di sede in qualche modo risponde a comportamenti particolarmente negativi del destinatario.

Dopodiché si è intervenuti in senso limitativo sui presupposti legittimanti il trasferimento, specificando che deve trattarsi di comportamenti gravi e comprovati, a cagione dei quali è ragionevole ritenere che la permanenza del soggetto nella stessa sede comporterebbe un rischio effettivo per l'ordine dell'Istituto, per la sicurezza dell'interessato stesso o per l'incolumità delle altre persone.

Le proposte di allontanamento per motivi di sicurezza dovranno quindi essere debitamente istruite dalla Direzione richiedente, fornendo dati

---

<sup>306</sup> Vedi secondo comma dell'art. 42 O.P.

<sup>307</sup> Vedi terzo comma dell'art. 42 O.P.

concreti e oggettivi, nonché dando conto delle misure già poste in essere nel compimento di ogni possibile tentativo di far fronte la criticità a livello interno; ciò non solo perché il trasferimento non può fungere da strumento ordinario di gestione dei “casi difficili”, ma anche al fine di prevenirne un uso distorto nella veste di sanzione disciplinare atipica o indiretta<sup>308</sup>.

Anche sui trasferimenti per esigenze d’istituto (c.d. sfollamento) la circolare è intervenuta a valorizzare i principi di territorialità e continuità trattamentale (nonché terapeutica) da un lato circoscrivendoli in linea di massima agli stessi ambiti regionali e comunque tendenzialmente escludendovi quei detenuti che, a vario titolo, vantano un “particolare interesse” a permanere in sede, perché mantengono regolari contatti in presenza con la famiglia, perché frequentano corsi scolastici o professionali o svolgono stabilmente attività lavorativa; analogamente vale se il trasferimento dipende da altre cause, tipicamente lavori di ristrutturazione. In disparte tutto quanto si dirà a proposito del controllo giurisdizionale sui provvedimenti di trasferimento, quel che si nota è la mancanza di qualunque forma di partecipazione dell’interessato al relativo procedimento: è da chiedersi se, e in che misura, si tratti di un vero vuoto di tutela.

Intanto non è di facile inquadramento la consistenza dell’interesse del detenuto, perché se le garanzie introdotte (in senso restrittivo della possibilità per l’Amministrazione di disporre i suddetti trasferimenti) lascerebbero sottintendere la configurazione di un interesse “oppositivo”, il dato è per lo più smentito dalla prassi, rilevandosi nella maggior parte dei casi la strumentalità degli agiti violenti proprio per l’ottenimento del trasferimento; e comunque, anche a livello normativo, si prescrive alle

---

<sup>308</sup> Posto che in passato non sono mancate critiche in tal senso.

direzioni di inserire negli elenchi dei trasferimenti collettivi “i detenuti definitivi per i quali risulti pendente un’istanza di trasferimento, con l’indicazione della sede richiesta dal detenuto, affinché con il provvedimento deflattivo si possa provvedere all’assegnazione, ove possibile, in tale sede”<sup>309</sup>, così dando atto della possibile coincidenza con l’interesse del trasferito.

Ad ogni modo, per motivi diversi, i paradigmi procedurali appositamente definiti per le due tipologie di trasferimento in parola appaiono, a chi scrive, in linea con le coordinate generali del sistema.

I primi perché riconducibili alla categoria dei provvedimenti con funzione cautelare, stante la natura dei presupposti, la finalità special-preventiva e il carattere d’urgenza; torna quindi quanto ampiamente argomentato sulla necessità delle deroghe ai vari corollari del principio della partecipazione degli interessati alla formazione del provvedimento amministrativo.

I secondi perché le limitazioni (auto)imposte a proposito delle tipologie di detenuti da escludere dagli elenchi dei trasferimenti collettivi di per sé garantiscono la piena considerazione degli interessi privati sottostanti, che sono stati già considerati in via generale ed astratta a livello centrale. Dunque, se l’Amministrazione decidente esclude *a priori* dall’allontanamento tutti quei soggetti che vantano un interesse “qualificato” a permanere in sede, l’eventuale partecipazione degli stessi al procedimento non potrebbe sortire alcuna utilità pratica, aprendo di fatto ad una generalizzata operatività del meccanismo delineato dall’art. 21-*octies* c. 2 L.p.a.

---

<sup>309</sup> C.f.r. circolare D.A.P. n. 3654/6104 del 26/02/2014, pag. 11.

Diversamente per i trasferimenti per motivi di avvicinamento colloqui, di lavoro, di studio, per frequentare corsi professionali, relativamente ai quali si registrano, per quanto qui interessa, le maggiori novità.

Intanto la circolare in esame apre con un'indicazione di massima, ossia che "deve essere assicurato, nella misura più ampia possibile, l'accoglimento delle istanze di trasferimento dei detenuti"; prosegue con una specificazione di non poco conto, sul fatto che "in tale ottica, la condotta intramuraria tenuta dal detenuto non potrà, di per sé sola, essere di ostacolo all'accoglimento di un'istanza di trasferimento e neppure potrà, di regola, rilevare nella valutazione della medesima"<sup>310</sup>, così prendendo massimamente distanza dal precedente lamentato uso "latamente sanzionatorio" dello strumento del trasferimento.

Ma ancor più rilevanti gli aspetti procedurali: al di là delle differenze dovute alla specifica ragione della richiesta di trasferimento, la circolare delinea un modello operativo che incarica le Direzioni degli Istituti della relativa istruttoria. Il detenuto ha l'onere di indirizzare la richiesta appunto alla Direzione, che dovrà corredarla di tutta l'elencata documentazione necessaria affinché gli Uffici Superiori possano celermente deciderla; dall'assolvimento di tale onere dipendono i tempi di risposta a cui l'Amministrazione è tenuta, nel senso che, se invierà l'istanza "direttamente all'ufficio competente, senza che la direzione sia messa in grado di definire la necessaria istruttoria" continuerà ad essere esitata nel rispetto dei termini di cui al D.M. 7 novembre 1997, n. 448, che deroga ai termini di cui alla L. n. 241/1990, altrimenti varrà il più breve termine di 60 giorni, che decorre dall'acquisizione da parte dell'Ufficio competente di tutti gli elementi necessari alla decisione.

---

<sup>310</sup> C.f.r. circolare D.A.P. n. 3654/6104 del 26/02/2014, pag. 2.

Ora, la fissazione di un termine analogo a quello previsto dalla Legge generale entro il quale l'Amministrazione deve riscontrare l'istanza di un detenuto è sostanzialmente *un unicum* nell'ordinamento penitenziario e segna una svolta di non poco conto, segno inequivocabile di un'evoluzione democraticizzante nella concezione dei rapporti fra Amministrazione e ristretti.

Vero è che il termine è da intendersi ordinatorio, posto che all'eventuale superamento non si configura un silenzio avente valore provvedimentoale o c.d. non impediente, né si determina alcuna consumazione del relativo potere; ma ciò non elide la portata innovativa, specie se letta in combinato disposto con la previsione per cui "nel caso in cui la richiesta di trasferimento del detenuto non possa trovare accoglimento, nella motivazione del provvedimento verrà indicata la previsione dei tempi presumibilmente necessari per il superamento della causa ostativa all'accoglimento dell'istanza ovvero il termine decorso il quale l'istanza potrà essere riproposta"<sup>311</sup>.

Mancano alcune delle garanzie partecipative generalmente previste nei procedimenti ad istanza di parte (dove l'interesse è naturalmente pretensivo), come il c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* L.p.a., ma l'intento di informare la materia alla logica procedimentale è chiaro, ed è di per sé un rilevante presidio di garanzia.

All'onere di motivazione si aggancia poi la possibilità del controllo *ab externo*, nel senso che la Magistratura di Sorveglianza, pur non potendo travalicare il merito delle scelte amministrative, sarà chiamata a vagliare il percorso logico-giuridico compiuto per addivenire alla decisione, potendo riscontrare eventuali carenze di istruttoria, di motivazione appunto, o varie

---

<sup>311</sup> C.f.r. circolare D.A.P. n. 3654/6104 del 26/02/2014, pag. 8.

figure sintomatiche dell'eccesso di potere; per l'ipotesi del mancato rispetto del termine, la condanna potrà essere solo generica a provvedere e mai specifica, residuando sempre la potestà esclusiva dell'Amministrazione nel merito delle scelte distributive della popolazione detenuta fra i vari Istituti di pena.

#### **IV – Le decisioni rimesse alle direzioni degli Istituti.**

Seppur per ragioni diverse, legate alla rigidità e all'oggettività dei presupposti applicativi degli istituti di cui trattasi, allo stringente onere di motivazione o alla progressiva procedimentalizzazione, le decisioni esaminate finora (di livello dipartimentale o provveditoriale) appaiono per lo più sufficientemente garantite, perché normativamente regolate e quindi successivamente controllabili.

L'interesse per gli aspetti extragiuridici del fenomeno decisionale è quindi limitato, nella misura in cui, appunto, o il margine di discrezionalità è bassissimo, ovvero l'Amministrazione è comunque tenuta ad operare all'interno di un novero di regole tali da assicurare adeguata consistenza al vaglio di legittimità (residuando poi il solo vero e proprio merito amministrativo, che è generalmente riservato alla burocrazia un po' in tutti i settori).

Dove invece si coglie la maggior distanza fra l'ambito penitenziario e le regole generali dell'agire amministrativo è nelle decisioni del direttore d'Istituto, che sono quantitativamente rilevanti e qualitativamente notevolmente incidenti sulla vita quotidiana dei ristretti.

#### **IV.1 – Decisioni del direttore e interessi di mero fatto.**

Ora, almeno nell'ambito del presente lavoro, l'interesse scientifico per queste decisioni si giustifica solo se suscettibili di incidere su posizioni soggettive giuridicamente rilevanti<sup>312</sup>; deve quindi preliminarmente sgombrarsi il campo da tutte quelle materie su cui le direzioni degli istituti di pena si trovano ad assumere determinazioni, per lo più di natura organizzativa, relativamente alle quali i ristretti non vantano interesse alcuno o comunque un interesse "di mero fatto".

Con una premessa di non poco conto: "la qualificazione delle posizioni giuridiche dei detenuti e degli internati nei confronti dell'amministrazione pubblica e della loro tutela o tutelabilità, è tema assai complesso che la dottrina più avveduta definisce di estrema delicatezza: «un territorio accidentato» o financo «una palude»"<sup>313</sup>.

Intanto vanno applicati i canoni generali della "differenziazione" della situazione di interesse e della sua "qualificazione" ad opera di una norma giuridica: "giova peraltro rilevare che entrambe tali condizioni debbono ricorrere, sicché qualora un interesse sia differenziato rispetto a quello degli altri detenuti e tuttavia difetti il requisito della sua qualificazione normativa, o viceversa, non ci si troverà dinnanzi a una situazione giuridica soggettiva quanto a un interesse di mero fatto"<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> C. RENOLDI, *"Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria"*, in *Antigone*, 2011, 2-3, 80, parla di "microsistema dei «diritti penitenziari», ovvero [di] quell'insieme di posizioni giuridiche soggettive che l'ordinamento riconosce e protegge nei confronti di quanti si trovano privati della libertà personale in virtù di un provvedimento giudiziario assunto all'interno del procedimento penale".

<sup>313</sup> S. ROMICE, op., cit., 17, che a sua volta riprende L. VIOLA, *"La diversa impostazione del giudice amministrativo francese: analisi di un caso giurisprudenziale"*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>314</sup> Così C. RENOLDI, *"Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria"*, cit., 84.

Dopodiché va tenuto a mente il limite fissato al sindacato giurisdizionale sui poteri esercitati dell'Amministrazione Penitenziaria dal famosissimo arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 26 febbraio 2003, n. 25079, rispetto ad attività che siano espressione di scelte di puro merito: diversamente opinando verrebbe a configurarsi "una indiscriminata attività sostitutiva da parte del giudice nella normale gestione della vita d'istituto", con evidente rischio di immobilizzarne la fisiologica operatività.

Deve quindi ritenersi che si configurino, al più, interessi di mero fatto riguardo al contenuto dispositivo di tutti quegli atti "di normazione generale, attuativi delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario e riconducibili a un'amplessima discrezionalità nell'esercizio di una potestà organizzativa"<sup>315</sup>.

Si pensi, fra gli esempi più comuni, alle modalità di svolgimento dei colloqui in presenza o delle telefonate con i familiari, rispetto alle quali il detenuto non avrebbe titolo a pretendere di effettuarli in un diverso giorno della settimana rispetto a quello programmato dalla direzione; oppure alla definizione dei criteri per l'assegnazione dei detenuti ai singoli operatori dell'area educativa, rispetto ai quali il detenuto non potrebbe pretendere di essere assegnato, per l'attività di osservazione e trattamento, a un determinato funzionario<sup>316</sup>.

Rispetto a questi casi, mancherebbero tanto la "qualificazione" da parte di una norma giuridica quanto la "differenziazione" dell'interesse del singolo; in qualche misura le scelte di cui trattasi sono comunque censurabili nell'impianto legislativo vigente, ma lo strumento è quello del mero

---

<sup>315</sup> Così C. RENOLDI, *"Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria"*, cit., 84.

<sup>316</sup> Nulla toglie, naturalmente, che la Direzione valuti comunque le eventuali richieste del detenuto in questi ambiti, specie se adeguatamente comprovate da motivi oggettivi, ma la pretesa non ha consistenza giuridica.

«reclamo generico» di cui all'art. 35 O.P.<sup>317</sup>: sebbene consenta, per l'estrema duttilità, "di dirigersi verso qualunque aspetto dell'organizzazione della vita penitenziaria e sia idoneo a veicolare una tipologia infinita di istanze", rappresenta una forma di garanzia molto limitata, con "scarse possibilità di sortire effetti positivi in quanto azionabile davanti o alla stessa autorità amministrativa titolare del rapporto detentivo (la "controparte") oppure ad autorità tendenzialmente prive di potere di inchiesta o di decisione"<sup>318</sup>.

## **IV.2 – Decisioni del direttore e interessi giuridicamente rilevanti.**

IV.2.1 – L'indifferenza per la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Esclusi gli interessi di mero fatto, si apre la macro-categoria degli interessi giuridicamente rilevanti, l'approccio quale, in ambito penitenziario, risente notevolmente della peculiarità per cui la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi non funge da criterio di riparto della giurisdizione, essendosi configurata, a seguito di una serie di interventi delle Supreme Corti, una sorte di giurisdizione unica della Magistratura di Sorveglianza per la tutela delle "posizioni soggettive connesse alla predisposizione ed all'attuazione del programma di trattamento nonché alle modalità della sua esecuzione"<sup>319</sup>.

Sulla scorta del disposto dell'art. 69 dell'Ordinamento Penitenziario, circa le funzioni e i provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza, che in particolare gli conferisce il potere-dovere di impartire "disposizioni dirette

---

<sup>317</sup> Ai sensi del quale "I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, al capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e al Ministro della giustizia; 2) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 3) al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al magistrato di sorveglianza; 6) al Capo dello Stato".

<sup>318</sup> Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., 96.

<sup>319</sup> C.f.r. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Gianni*.

ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati”, le Sezioni Unite hanno individuato “l’esistenza di un microsistema dei «diritti penitenziari» [... quale] insieme di posizioni giuridiche soggettive che l’ordinamento riconosce e protegge nei confronti di quanti si trovano privati della libertà personale in virtù di un provvedimento giudiziario assunto all’interno del procedimento penale”, con ciò privando appunto di rilevanza il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione, in favore della concentrazione di tutte le doglianze del detenuto avverso atti e comportamenti dell’Amministrazione Penitenziaria dinanzi alla medesima autorità<sup>320</sup>.

E già in precedenza analoga posizione era stata assunta dalla Consulta nel ’97, quando sostanzialmente affermò che il principio della funzione rieducativa della pena attribuisce tutto ciò che attiene al trattamento penitenziario alla cognizione esclusiva della Magistratura di Sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti e a prescindere dagli strumenti processuali disponibili<sup>321</sup>.

Tanto ha continuato a valere a seguito dell’introduzione nel nostro ordinamento, con il D.L. 146/2013, del rimedio del «reclamo giurisdizionale» di cui all’art. 35-*bis* O.P., il quale, in combinato disposto con il rimedio risarcitorio di cui al successivo art. 35-*ter*, ha portato a

---

<sup>320</sup> Non è questa la sede per indagare le ragioni della scelta, che dipendono dalla maggiore semplicità pratica, per il detenuto, di individuare un unico riferimento di tutela, dalla particolare informalità e dagli esigui costi della procedura (che, a norma dell’art. 35-*bis* O.P., è quella prevista per il procedimento di sorveglianza dagli artt. 666 e 678 c.p.p., con in più la partecipazione della parte pubblica interessata), e dall’attenuto onere probatorio. Sul punto si veda Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191.

<sup>321</sup> Sebbene in linea teorica si potrebbe affermare che la cognizione, avverso atti e comportamenti dell’Amministrazione Penitenziaria, spetti al Giudice Amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità ove si faccia questione di interessi legittimi, e che sia invece esperibile la tutela civilistica on caso di violazione di diritti; c.f.r. Corte Cost., 3 luglio 1997, n. 212.

compimento un lungo percorso di affermazione della concreta giustiziabilità dei diritti dei detenuti<sup>322</sup>.

Sebbene il reclamo abbia, testualmente, ad oggetto “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”<sup>323</sup>, è ormai indiscusso che

---

<sup>322</sup> In estrema sintesi, con la sentenza n. 26 dell’11 febbraio 1999, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli articoli 35 e 69 O.P. “nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell’amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale”, in ragione del fatto che, come già detto, il rimedio del «reclamo generico» è all’evidenza privo dei requisiti minimi necessari per poterlo ritenere sufficiente a fornire una tutela qualificabile come giurisdizionale. “È così iniziato un lento processo volto a colmare l’inerzia del legislatore: da un lato, la sentenza metteva definitivamente a nudo le carenze del sistema normativo in materia dei diritti dei detenuti; dall’altro, rinviava alla discrezionalità del legislatore il compito di individuare il modello procedimentale, tra i tanti adottabili, idoneo a garantire la tutela dei diritti” (così Così G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, cit., 94); modello rinvenuto, nelle more, dalla già esaminata sentenza *Gianni* delle Sezioni Unite, nel reclamo regolato dall’art. 14-ter O.P. sul regime di “sorveglianza particolare” che, pur dotato di minori garanzie rispetto al procedimento di sorveglianza regolato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., si configurava come una procedura conforme ai precetti costituzionali. Rimaneva il nodo dell’assenza di un modello di esecuzione forzata, che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 266 del 23 ottobre 2009, ha tentato di risolvere affermando che i provvedimenti comunque emessi dal magistrato di Sorveglianza ai sensi dell’art. 69, c. 5, O.P. (secondo cui il Magistrato impartisce “disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati”) sono da ritenersi vincolanti per l’Amministrazione Penitenziaria. La svolta fu però assicurata dal duplice intervento della Corte E.D.U., con le sentenze 16 luglio 2009, *Sulejmanovic*, e 8 gennaio 2013, *Torreggiani*, che ha rilevato l’assenza nell’ordinamento italiano di rimedi effettivi che consentissero sia di intervenire per interrompere una violazione in atto (c.d. rimedi preventivi), sia di fornire un’adeguata riparazione del danno subito a causa della violazione (c.d. rimedi compensativi), formulando di conseguenza precise prescrizioni a cui lo Stato ha dato attuazione con l’introduzione nell’Ordinamento Penitenziario dei rimedi di cui agli artt. 35-bis e 35-ter. Sull’art. 35-bis qui in commentano, si vedano, fra gli altri: S. ROMICE, “L’effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online, 14/04/2016; M. BORTOLATO, “Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale”, *Archivio Penale*, maggio – agosto 2014, fasc.2; C. FORIO, “Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale”, in *Archivio Penale*, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI; S. ANASTASIA, “Un’età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni”, in *Archivio Penale*, maggio – agosto 2014, fasc.2; M. MONTAGNA, “Torreggiani e rimedi compensativi prospettive de iure condendo”, in *Archivio Penale* maggio agosto 2014, fasc. 2.

<sup>323</sup> Art. 69, c. 6, O.P.

siano “tutelabili avanti al magistrato di sorveglianza con lo strumento del reclamo giurisdizionale tutte le posizioni giuridiche soggettive dei detenuti e degli internati. Nella materia in esame, deve ritenersi superata la distinzione tra diritti e interessi legittimi; al magistrato di sorveglianza è attribuita in via esclusiva la giurisdizione su tutto quello che incide sulla sfera soggettiva del detenuto e che sia conseguenza dello svolgimento del trattamento penitenziario in senso lato; per cui il termine diritto usato dal legislatore non avrebbe funzione limitante né sarebbe stato usato in senso tecnico, ma si riferirebbe, invece, alla globalità delle situazioni giuridiche dei detenuti vantate nei confronti dell’Amministrazione preposta all’esercizio del potere punitivo. In questa prospettiva l’alternativa è tra posizioni giuridiche tutelate e tutelabili e le aspettative di mero fatto o tra provvedimenti che incidono su posizioni di diritto e provvedimenti che non attengono a posizioni di diritto”<sup>324</sup>.

Portato di tale impianto concettuale la sostanziale indifferenza, da parte della giurisprudenza e della dottrina, per l’esatta qualificazione delle posizioni giuridiche dei ristretti dinanzi alle decisioni dell’Autorità: risolte le esigenze di consentire l’accesso al giudice, di strutturare un procedimento propriamente giurisdizionale e di assicurare una certa effettività alla tutela così apprestata (tramite l’eventuale fase dell’ottemperanza), e anzi evidenziati i vantaggi, per il ricorrente, di potersi rivolgere ad un giudice

---

<sup>324</sup> Cass., Sez. I, n. 21704/2008. Per un approfondimento sulle discordi posizioni della dottrina all’alba dell’introduzione del rimedio del «reclamo giurisdizionale» si veda il contributo di D. GALLIANI, *“Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.”*, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista online, 2018, 12, 73-112, il quale conclude, dando atto appunto di quello che l’orientamento che ha nettamente prevalso, nel senso che “il legislatore dell’art. 35-bis O.P. avrebbe formulato una norma che “scinde ciò che non è scindibile ovvero i diritti da qualsiasi altra cosa che non costituisce diritti”.

unico “del trattamento”, la distinzione fra diritti e interessi legittimi ha perso d’interesse.

L’attenzione, infatti, ha continuato a focalizzarsi sui presupposti del «reclamo giurisdizionale», con lo scopo, grazie a un’interpretazione sempre più ampia, di incrementare il novero delle pretese giustiziabili, a discapito della categoria, sempre più residuale, di quegli interessi “di mero fatto” al più passibili di «reclamo generico».

IV.2.2 – La tutela “sicura” dei diritti. Così, dall’iniziale nucleo dei diritti fondamentali dell’uomo<sup>325</sup>, relativamente ai quali la Consulta, già negli anni ’70<sup>326</sup>, aveva affermato che spettano ad ogni persona, “ancorché in stato di privazione della libertà personale, senza che il loro esercizio possa essere rimesso alla discrezionalità dell’autorità amministrativa (in capo alla quale corrispondono pertanto precisi obblighi di azione) e la cui tutela, pertanto, non sfugge al giudice dei diritti”, la stessa Corte ha presto esteso a tutti quei diritti che trovano fondamento in norme di legge o anche di rango inferiore<sup>327</sup>.

A volte la previsione normativa di tali diritti è espressamente offerta dall’Ordinamento Penitenziario<sup>328</sup>; più spesso sono nondimeno identificabili in maniera implicita: “ciò in particolare avviene quando le norme dell’ordinamento penitenziario utilizzano espressioni assertive cui non corrisponde alcuna discrezionalità in capo all’amministrazione penitenziaria o che a essa attribuiscono una discrezionalità tecnica,

---

<sup>325</sup> Tutelati dell’art. 2 Cost. e dall’art. 5 C.E.D.U., come il diritto alla salute, alla difesa, e a non subire tortura o pene o trattamenti contrari al senso di umanità.

<sup>326</sup> C.f.r. Corte Cost. n. 114/1979.

<sup>327</sup> Il principio di diritto è stato per la prima volta espresso nella già analizzata sentenza n. 26/1999, e poi costantemente ripreso nella trattazione dei singoli casi particolari.

<sup>328</sup> Si pensi al comma 3 dell’art. 26, secondo cui “gli appartenenti a religione diversa dalla cattolica hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, la assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti”.

vincolata nei presupposti e nei fini”<sup>329</sup>. Esempi del primo tipo sono costituiti: dall’art. 8, c. 1, O.P, secondo cui “è assicurato ai detenuti l’uso adeguato e sufficiente di servizi igienici e docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona”; dall’art. 10, c. 1, O.P., per cui “ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere all'aria aperta per un tempo non inferiore alle quattro ore al giorno” ; dall’art. 18, c. 1, O.P., a mente del quale “i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone”, e “hanno altresì diritto ad avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti”. Esempio emblematico del secondo tipo la corrispondenza telefonica: nonostante la formulazione letterale dell’art. 39, c. 2, R.E., ai sensi del quale “i condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell'istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana”, per costante interpretazione le conversazioni telefoniche sono considerate interessi riferibili a veri e propri diritti soggettivi<sup>330</sup>.

Valorizzando il dettato dell’art. 27 Costituzione, ha preso sempre più piede l’idea che “se la funzione del Magistrato di sorveglianza è quella di tutelare il detenuto in vista del suo reinserimento in società, deve essere possibile rivolgersi ad esso per lamentare la violazione di tutti quegli interessi che, al di là della loro qualifica formale, risultino funzionali al perseguimento della finalità rieducativa della pena”<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> Così C. RENOLDI, *“Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell’amministrazione penitenziaria”*, cit., 87.

<sup>330</sup> C.f.r, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. I, n. 22573/2002.

<sup>331</sup> Così M. C. FROSALI, *“La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze”*, in *L’Altro Diritto. Rivista* - 2021, Vol. 5, 202.

Ne è derivato un ampliamento notevole delle possibili pretese dei detenuti riconosciute come riconducibili, *lato sensu*, a posizioni di diritto; emblematico il caso deciso dalla Corte di Cassazione nel 2017<sup>332</sup> di un detenuto a cui l'Amministrazione Penitenziaria aveva sottratto la fotografia della madre defunta poiché eccedente le dimensioni massime stabilite dal regolamento interno: il Magistrato di Sorveglianza aveva qualificato la domanda (volta all'ottenimento della restituzione della foto) come «reclamo generico», ritenendo che il ritiro dell'oggetto non potesse incidere su una posizione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, mentre la Cassazione ha invece ritenuto giustiziabile la pretesa del ricorrente, precisando che il Magistrato di Sorveglianza è tenuto ad attivare il procedimento giurisdizionale ex art. 35-bis O.P. "in tutti i casi in cui la doglianza potrebbe – sia pure in astratto – riferirsi ad un diritto soggettivo dell'esponente", e che l'istanza va ritenuta come "sollecitazione (ex art. 35, comma 1, n. 5) all'esercizio dei generici poteri di controllo e verifica spettanti al Magistrato di Sorveglianza sull'agire dell'amministrazione" nelle sole ipotesi in cui sia "immediata e manifesta l'assenza di una qualsiasi correlazione tra la condotta dell'amministrazione e una posizione giuridica di diritto soggettivo della persona detenuta".

A tal uopo, la Cassazione fornisce una definizione di diritto soggettivo: tale sarebbe, in ambito penitenziario, la situazione giuridica soggettiva caratterizzata dall'aspirazione "alla fruizione e godimento di beni della vita che restano insensibili alla restrizione di libertà, in quanto ricollegata funzionalmente a quel residuo di libertà che non può e non deve essere rimesso alla discrezionalità amministrativa espressa dagli organi preposti

---

<sup>332</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117; per un commento si veda F. DELLA CASA, "Una foto 'oversize' nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit.", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 61, 273-301.

all'esecuzione della pena" in cui confluiscono "interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti nella Carta fondamentale o in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato", e conclude con una precisazione di non poco conto, per cui la violazione di un diritto (per come sopra) non necessariamente deriva da una violazione di legge, perché le disposizioni normative potrebbero non aver riconosciuto espressamente l'esistenza di una particolare proiezione di uno dei diritti fondamentali. Ove detto espresso riconoscimento manchi, la fonte del pregiudizio non potrebbe essere l'inosservanza di una specifica disposizione, quanto piuttosto la condotta tenuta dall'Amministrazione in un caso non espressamente regolamentato che possa comunque qualificarsi come "proiezione di un diritto intangibile della persona, anche se reclusa".

“Con ciò la Cassazione forza considerevolmente il testo dell'art. 69, 6° comma, lett. b). E per fare ciò collega due profili solo in parte sovrapponibili: le possibili fonti dei diritti e le fonti dei possibili pregiudizi ai diritti. Appare chiaro infatti che, ammettendosi anche la tutela di posizioni giuridiche non espressamente previste in una norma di legge che rappresentino proiezioni di diritti fondamentali ed intangibili, fonte del pregiudizio possa essere non esclusivamente l'inosservanza di una espressa disposizione di legge. Detta ricostruzione si pone in linea con le letture maggiormente estensive quanto alle fonti dei diritti e permette di estendere le fonti dell'eventuale pregiudizio [...] anche alla mera inerzia dell'amministrazione. Per questa via, si assiste ad un'estensione, quanto alle fonti dei diritti, che possono spingersi non solo alla Costituzione e ad altre leggi, ma addirittura non essere espressamente tipizzati, in quanto semplici proiezioni di diritti fondamentali; quanto alle possibili fonti di pregiudizio, che possono

consistere non solo in un atto, ma anche in un comportamento attivo od omissivo”<sup>333</sup>.

Così, grazie alle multiformi “proiezioni particolari” dei diritti fondamentali si è dato (meritevolmente) accesso nel giudizio a interessi sempre più variegati, sempre più distanti dal nocciolo duro dei diritti fondamentali, e di difficile configurazione giuridica, della quale ci si è appunto disinteressati forti dell’idea che quel che il garantismo impone è la (mera) giustiziabilità<sup>334</sup>.

IV.2.3 – Il sindacato della Magistratura di Sorveglianza: poteri organizzativi, degradazione e interessi legittimi oppositivi. Purtroppo, al di là del valore puramente concettuale della riflessione, a parere di chi scrive

---

<sup>333</sup> Così A. MENGhini, “La Cassazione sulla portata applicativa del c.d. reclamo giurisdizionalizzato”, in *Giur. It.*, 2018, 3, 724 (nota a sentenza).

<sup>334</sup> A presidio della massima estensione, in senso orizzontale, delle controversie sottoponibili al vaglio giurisdizionale si pone anche l’interpretazione particolarmente restrittiva del controllo sull’ammissibilità della richiesta, previsto, nell’ambito del procedimento di sorveglianza, dall’art. 666, comma 2, c.p.p. tra le attività che danno contenuto alla fase degli atti preliminari, poste in essere tra la proposizione della domanda e la celebrazione dell’udienza. Commenta N. PIGNATARO, “Procedimento per reclamo giurisdizionale ex art. 35 bis O.P. e decreto di inammissibilità: rischio di sconfinamento nel merito?”, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 4, 503 (nota a sentenza): “se la ratio è chiara - costituire un filtro per le domande che abbiano finalità meramente pretestuose o dilatorie ovvero nelle quali risulti *ictu oculi* assoluta superfluità del contraddittorio camerale - non altrettanto facile è l’individuazione delle situazioni che nel concreto, giustificino il provvedimento preclusivo”. La norma in commento prevede che la richiesta debba essere dichiarata inammissibile qualora appaia “manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisca mera riproposizione di una richiesta già rigettata basata sui medesimi elementi”. Secondo F. FIORENTIN, “Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute o internate”, in *Rassegna Penitenziaria Criminologica*, n. 3/13, 2014, già nell’uso anomalo del riferimento alla manifesta infondatezza si annida il rischio dell’adozione di provvedimenti di rigetto senza che sia esperito un previo e regolare contraddittorio, risultando implicita una valutazione nel merito della domanda che mal si concilia con la ricognizione dei presupposti processuali della stessa. Per scongiurare questo pericolo, evitando che possa essere eluso con un provvedimento *de plano* il contraddittorio camerale sul merito della richiesta, statuisce Cass. pen. Sez. I, n. 43722/2015 che la carenza delle condizioni di legge deve essere rilevabile non solo *ictu oculi*, ma deve essere tale altresì da non comportare valutazioni discrezionali: non sarebbero consentite valutazioni negative frutto di argomentazioni di tipo complesso e comunque rese opinabili dall’esistenza di possibili differenti ricostruzioni della situazione di fatto posta a base della richiesta.

l'affermazione dell'irrelevanza (pratica) del mantenimento di questa dualità fra diritti soggettivi e interessi legittimi è invece facilmente smentibile, se si pensa che alla possibilità di instaurare un giudizio segue poi il tema, non meno pregnante, del contenuto della tutela che in quella sede può essere offerta.

Si apre quindi la questione del tipo di sindacato che svolge la Magistratura di Sorveglianza, con un'immediata presa d'atto, ossia che, a ben guardare, in ambito penitenziario nemmeno i diritti (fondamentali) sono così assoluti e incompressibili: come a dire, che "pur in presenza di situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti soggettivi, la tutela accordata non può essere sempre incondizionatamente ampia, dal momento che, come ovvio, la protezione di situazioni di interesse riferibili ai detenuti deve trovare un equo temperamento rispetto agli interessi dell'amministrazione con essi potenzialmente in conflitto"<sup>335</sup>.

Fatto salvo quel nucleo intangibile di posizioni giuridiche riconducibili ai principi supremi di inviolabilità della dignità della persona e di umanità della detenzione, le situazioni giuridiche anche di diritto soggettivo, sono suscettibili di essere legittimamente incise, secondo l'orientamento mai ridiscusso della Consulta Corte di cui alla già esaminata sentenza n. 26 del 1999, per effetto del "potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del trattamento di ciascun detenuto", ovvero per effetto di "determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere".

L'inevitabile necessità di regolare la vita all'interno degli istituti di pena comporta che l'impatto tra l'esercizio della potestà amministrativa e le

---

<sup>335</sup> C. RENOLDI, *"Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria"*, cit., 88.

situazioni giuridiche soggettive possa coinvolgere anche posizioni giuridiche che prescindono dal rapporto esecutivo, le quali potranno trovare una compressione, purché ragionevole e proporzionata, appunto in rapporto alle esigenze organizzative dell'Amministrazione: così, anche il fondamentale diritto di difesa, che rimane assolutamente incompressibile, nelle concrete modalità d'esercizio potrà conformarsi a un regime di regole imposto da esigenze gestionali (si pensi alla previsione di determinate fasce orarie in cui i detenuti potranno colloquiare in presenza o telefonicamente con i propri legali)<sup>336</sup>.

Potrebbe allora richiamarsi la teoria della degradazione o dei c.d. diritti affievoliti<sup>337</sup>, o direttamente inquadrare la posizione del ristretto come interesse legittimo oppositivo, partendo dal presupposto che, ferma restando l'intangibilità del diritto, circa le modalità esplicative sussiste una potestà organizzativa in qualche misura discrezionale, talvolta esercitata a livello centrale per il tramite di atti normativi (le circolari), talaltra rimessa alle singole direzioni (che, fermo restando il contenuto del Regolamento interno<sup>338</sup>, emanano di regola appositi ordini di servizio per disciplinare appunto l'organizzazione interna dell'Istituto).

---

<sup>336</sup> Altro esempio quello della libertà religiosa, posto che la pratica del credo è comunque assoggettata a modalità organizzative quali gli orari per recarsi presso la cappella dell'Istituto.

<sup>337</sup> Scrive A. MENGHINI, *"La Cassazione sulla portata applicativa del c.d. reclamo giurisdizionalizzato"*, cit.: "A parte un nucleo intangibile per lo più riconducibile alla dignità della persona, le posizioni soggettive sono suscettibili, infatti, di essere diversamente qualificate a fronte dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione penitenziaria. La teoria dei c.d. diritti affievoliti conserva in questo tutta la sua attualità". In chiave critica, richiama la teorica della degradazione anche A. GABOARDI, in *"Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale"*, a cura di A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO, Torino, 2013, 35

<sup>338</sup> Di cui all'art. 16 O.P.

Su tali atti il controllo *ab externo* è quello (delle figure sintomatiche) dell'eccesso di potere, concretandosi per lo più in un vaglio di proporzionalità, *sub specie* di adeguatezza (rispetto al fine), stretta necessità (delle limitazioni rispetto all'esercizio del medesimo diritto nella vita libera) e ragionevolezza (del complessivo bilanciamento degli interessi contrapposti).

Ritenuta l'illegittimità, la lettera dell'art. 35-bis O.P., c.3., per cui "in caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'articolo [...] 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice", sembrerebbe configurare un mero potere di impartire un ordine all'Amministrazione, di rimuovere le cause della lesione stessa; a fronte dell'eventuale inerzia, supplirebbe l'espressa previsione di un giudizio d'ottemperanza con possibilità quindi di nominare un commissario *ad acta*.

Altrimenti la strada potrebbe essere quella della disapplicazione, dovendosi invece escludere la configurabilità di un potere di annullamento: *nulla quaestio* se l'illegittimità derivi da un atto avente portata generale, come una circolare o il regolamento interno, nel qual caso, anche se la Direzione avesse emanato un provvedimento attuativo, ad essere disapplicato sarebbe direttamente l'atto presupposto; ma altrettanto dovrebbe valere se la discrezionalità è rimessa alle singole direzioni, posta, altrimenti, l'assenza di un rimedio alternativo: per la dottrina "neppure la più ampia dicitura prevista al comma 3 dell'art. 35 bis ord. penit. «ordina di porre rimedio» permette di riconoscere un potere di annullamento nelle ipotesi di cui

all'art. 69, 6° comma, lett. b) ord. penit., vista la riserva di legge di cui all'art. 113, 3° comma, Cost.”<sup>339</sup>.

Potrebbe altresì accedere che la lesione ad una posizione di diritto provenga da una mera inerzia della parte pubblica, nel qual caso, pur mancando un vero e proprio potere sostitutivo, supplirebbe di per sé l'ordine di provvedere, da intendersi “a rime obbligate” se non residua all'Amministrazione margine di discrezionalità

Resta ben inteso, lo si ribadisce, che i poteri organizzativi possono esplicare un qualche effetto limitativo soltanto delle modalità pratiche di esercizio dei diritti, mai incidere sull'*an* del loro pieno godimento, che non può in nessun modo venire compromesso: nell'eventualità, la Magistratura di Sorveglianza eserciterebbe un potere analogo a quello del giudice civile dinanzi alla lesione (dell'intangibilità) di un diritto soggettivo.

Non si sottace tuttavia che qualche voce in dottrina mette radicalmente in dubbio che i detenuti e gli internati possano essere titolari di veri e propri diritti nei confronti dell'Amministrazione Penitenziaria: “sono note a tal proposito le constatazioni di realismo giuridico secondo cui per coloro che sono privati della libertà personale, il riferimento ai diritti sarebbe di per sé fuorviante; per il detenuto o l'internato, la relazione con il potere amministrativo non è soltanto occasionale, come per il libero cittadino, ma permanente o immanente nella stessa condizione di privazione della libertà personale; vi sarebbe più di un dubbio, quindi, sulla possibilità di individuare posizioni di diritto nei confronti di chi, per il fatto stesso di essere stato privato della libertà personale, diviene, quantomeno di fatto, oggetto di governo altrui e si trova conseguentemente nella condizione di dover dipendere per il soddisfacimento di ogni più elementare esigenza,

---

<sup>339</sup> Così A. MENGHINI, *“La Cassazione sulla portata applicativa del c.d. reclamo giurisdizionalizzato”*, cit.

dall'iniziativa o quanto meno dal consenso di chi è preposto alla custodia"<sup>340</sup>.

Stando a questa impostazione, dovrebbe distinguersi solamente fra posizioni giuridiche che non devono essere, ed effettivamente non sono, incise dalla detenzione, la cui tutela è quella ordinaria, e interessi da contemperare con la detenzione.

Anche riguardo a questi ultimi, però, posto che la detenzione è una pena legale, tanto la predeterminazione per legge dei "residui spazi di libertà", quanto la regolamentazione degli stessi ad opera dell'Autorità amministrativa, devono avvenire nel rispetto della legalità costituzionale (per come integrata dai principi universali) e delle norme primarie e secondarie che ne regolano l'esercizio.

Se l'Amministrazione viola quello spazio di libertà predeterminato per legge, non potranno esserci dubbi sulla lesione del diritto soggettivo (coincidente con tale spazio), e dunque sulla pienezza della relativa tutela giurisdizionale; altrimenti la tutela sarà accordata a fronte dell'ingiusta lesione dell'interesse sostanziale (sotteso alla posizione di diritto "degradato") cagionata da un cattivo uso del potere.

IV.2.4 – La tutela "incerta" degli interessi legittimi pretensivi. Più difficile il tema della tutela, sostanziale e processuale, delle posizioni (qui assunte come) di interesse legittimo pretensivo, che si configurano ogni qual volta il soddisfacimento dell'interesse sostanziale del detenuto dipenda da una decisione favorevole dell'Amministrazione (*rectius*, del Direttore dell'Istituto).

---

<sup>340</sup> Così S. ROMICE, op., cit., 17, che a sua volta riprende M. BORTOLATO, "La tutela dei diritti dei detenuti", in C.S.M., studi e ricerche, 15 febbraio 2011 in [www.csm.it](http://www.csm.it), e M. CANEPA – S. MERLO, "Manuale di diritto penitenziario", Milano, 2010, 137.

Gli esempi rinvenibili nell'Ordinamento Penitenziario sono molteplici: se i colloqui con familiari e congiunti<sup>341</sup> formano oggetto di un diritto e non necessitano di autorizzazione<sup>342</sup>, dal combinato disposto dell'art. 18 O.P. e dell'art. 37 R.E. risulta che i colloqui con persone diverse sono autorizzati "quando ricorrono ragionevoli motivi"; similmente, per la corrispondenza telefonica con soggetti diversi da familiari e conviventi, l'art. 39 R.E. prescrive "ragionevoli e verificati motivi", come particolari ragioni devono ricorrere perché siano autorizzate telefonate ulteriori rispetto al numero settimanalmente spettante; ancora, la qualità e il numero degli oggetti che possono essere tenuti nelle camere di pernottamento dipende solitamente dalle previsioni dei Regolamenti d'Istituto, o di appositi ordini di servizio, per ragioni di sicurezza e di capienza<sup>343</sup>.

Cosa accomuna queste fattispecie?

Il dato più evidente è la mancanza, pressoché totale, di criteri predeterminati che orientino la scelta del Direttore dell'Istituto: le formule utilizzate dal legislatore sono talmente sintetiche e generiche da aprire, di fatto, ad una discrezionalità amplissima.

E soprattutto difficilissima da sindacare, nella misura in cui il vizio di incompetenza si riduce a mero caso di scuola, e l'integrazione dell'eccesso di potere richiederebbe, intanto, l'individuazione della finalità per cui il potere è attribuito per poterne vagliare l'eventuale sviamento, dopodiché la ricorrenza di una delle figure sintomatiche, ma su entrambi i profili l'esiguità delle previsioni legislative lascia eccessivi margini di

---

<sup>341</sup> Per ciò intendendosi coniuge, convivente, unito civilmente, parenti e affini entro il 4° grado (3° grado per chi è sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis, c. 2, O.P.).

<sup>342</sup> Al più di un provvedimento ammissivo che, dopo la sentenza di condanna in primo grado, compete al Direttore dell'Istituto ma non presuppone alcuna discrezionalità.

<sup>343</sup> Sebbene in materia lo spazio di discrezionalità delle direzioni sia stato progressivamente eroso dalle pronunce che si sono susseguite, e che hanno comportato l'individuazione di un decalogo di oggetti di regola ammessi o non ammessi.

indeterminatezza. Si prenda l'esempio dei colloqui con i terzi, non è chiaro se la limitazione dei "ragionevoli motivi" risponda ed esigenze trattamentali di favorire il mantenimento di soli rapporti affettivi significativi o miri a contenere il numero di persone che accedono in Istituto per esigenze organizzative e di sicurezza; né, mancando qualunque parametro più specifico, è facilmente ipotizzabile un giudizio di illogicità manifesta, contraddittorietà (interna o esterna) o carenza di motivazione.

Si passa dunque al secondo dato comune, ossia l'assoluta estraneità alla logica procedimentale: nella prassi, infatti, il detenuto utilizza un apposito modulo per rivolgere qualunque istanza al Direttore, che appone in calce la sua decisione, solitamente molto esigua. Non vi è alcuna formalità, anche ad ammettere un obbligo di provvedere non ci sono termini, non è prevista alcuna istruttoria, non vi sono garanzie partecipative e nemmeno si instaura alcun contraddittorio; al limite il Direttore, se lo ritiene, può assumere qualche informazione (ulteriore rispetto a quelle eventualmente già fornire dal richiedente nella domanda) prima di decidere.

Ora, se il vaglio di legittimità di un provvedimento amministrativo è assicurabile, *in primis*, per il tramite delle regole procedurali che devono essere state osservate per arrivare a definirne il contenuto dispositivo, è allora evidente come in questi casi ogni giudizio in tal senso divenga impossibile.

Il Magistrato di Sorveglianza al più potrebbe intervenire in caso di omessa risposta del Direttore con una condanna generica a provvedere, ma qualunque decisione non solo non è sindacabile nel merito (come per la più gran parte dei provvedimenti amministrativi), ma neppure in punto di legittimità, mancando qualunque riferimento in base al quale operare il relativo giudizio.

Così delineato il quadro di riferimento, sono stati sollevati dagli interpreti forti dubbi sulla stessa possibilità di configurare posizioni di interesse legittimo in capo ai detenuti e agli internati, per il fatto che essi non sarebbero in grado di attivare e di partecipare ad un procedimento amministrativo di competenza dell'Amministrazione Penitenziaria.

La ragione starebbe nella dimensione necessariamente relazionale (rispetto all'esercizio del potere) della posizione di interesse legittimo: a differenza del diritto soggettivo che consente un diretto godimento di un bene della vita, il fulcro dell'interesse legittimo è costituito "dal complesso degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento"<sup>344</sup>, in quanto la realizzazione dell'interesse sostanziale non è autonomamente nella disponibilità del titolare ma necessita di una spendita di potere da parte dell'Amministrazione. Così la titolarità dell'interesse legittimo offre una serie di possibilità e di poteri strumentali, "di influenza" del corso dell'azione amministrativa, che si dispiegano lungo tutto il procedimento da svolgere per addivenire alla definizione del concreto assetto finale degli interessi in gioco.

Nella sua configurazione come "situazione attiva"<sup>345</sup>, l'interesse legittimo naturalmente vivrebbe, e assumerebbe consistenza materiale, nel procedimento, ossia nella somma di quelle occasioni date all'interessato per indirizzare, ed eventualmente correggere, l'andamento delle determinazioni dell'Amministrazione.

Ma fatto salvo il procedimento disciplinare<sup>346</sup>, e taluni istituti già analizzati, "non sembra che nell'ordinamento penitenziario, vi siano altre norme che

---

<sup>344</sup> M.NIGRO, *"Giustizia amministrativa"*, cit., 103.

<sup>345</sup> Sul punto si veda A. TRAVI, *"Lezioni di giustizia amministrativa"*, Torino, 2014, 72.

<sup>346</sup> La materia disciplinare, di cui agli articoli da 36 a 40 O.P e da 76 a 81 R.E., non interessa in questa sede stante che il procedimento di accertamento dell'infrazione e di applicazione

si occupino o che disvelino l'esistenza di veri e propri procedimenti amministrativi"<sup>347</sup>: mancando il procedimento non vi sarebbe uno spazio in cui l'interesse legittimo potrebbe "vivere".

A questa considerazione se ne somma un'altra, sempre tendente ad escludere l'ipotizzabilità di interessi pretensivi dei detenuti, che attiene alla supposta differenza ontologica fra i provvedimenti dell'Amministrazione Penitenziaria che possono essere considerati favorevoli in quanto accolgono l'istanza presentata dal detenuto, e i provvedimenti autorizzatori e concessori emessi dall'autorità nei confronti dei cittadini liberi.

I primi (ossia le autorizzazioni del Direttore dell'Istituto rispetto a istanze provenienti dai ristretti) mancherebbero del carattere costitutivo o accrescitivo di diritti che è proprio di provvedimenti quali concessioni e autorizzazioni, perché la finalità non sarebbe quella di riespandere poteri e facoltà che erano stati inibiti per frapporre al loro esercizio un intervento dell'autorità, quanto piuttosto quella di regolamentare l'esecuzione della pena, in quegli spazi che il legislatore (e il Dipartimento) hanno riservato appunto alle singole direzioni<sup>348</sup>.

---

della relativa sanzione è già oggetto di compiuta definizione normativa, coerentemente con i moduli procedurali generali della materia sanzionatoria amministrativa.

<sup>347</sup> S. ROMICE, op. cit., 30.

<sup>348</sup> A sostegno di quanto affermato, la stessa dottrina evidenzia l'impossibilità tecnica e logica di estendere, in questi ambiti, gli istituti di semplificazione procedimentale quali ad esempio il silenzio assenso: "È evidente che un detenuto che abbia richiesto di svolgere in carcere una certa attività (ammettiamo anche un'attività artigianale, intellettuale o artistica o un lavoro a domicilio – att.51 e 52 D.P.R.n.230/2000) non potrebbe mai iniziare tale attività alla semplice scadenza del termine legale per l'assunzione della decisione da parte dell'Amministrazione penitenziaria, né può ritenersi che a tale scadenza abbia acquisito l'autorizzazione a poterla svolgere; se non altro perché deve essere sentito il gruppo di osservazione trattamento e devono assumersi determinazioni sulle prescrizioni da osservare anche in relazione al rimborso delle spese eventualmente sostenute dall'amministrazione; senza mancare di accennare ulteriormente ai problemi connessi all'ingresso e all'utilizzo di macchinari di proprietà personale, all'interno di spazi appartenenti allo Stato o sotto il controllo dello Stato"; così S. ROMICE, op. cit., 32.

Seguendo questo ragionamento, la conclusione è che “sebbene teoricamente ipotizzabili, gli interessi legittimi non sembrano configurabili in una situazione di privata libertà personale; in ambito penitenziario non vi sono posizioni di interesse legittimo che dialogano con il potere, vi sono, invece, posizioni giuridiche che subiscono il potere”<sup>349</sup>.

Diametralmente opposti certi arresti della Magistratura di Sorveglianza, per cui l’istanza rivolta da un detenuto alla direzione determinerebbe l’avvio di un procedimento amministrativo regolato, in mancanza appunto di diversa previsione legislativa, dalle regole generali sulla partecipazione, con pieno riconoscimento, quindi, della posizione di interesse legittimo del richiedente: “l’istanza del ristretto avvia un procedimento amministrativo che in assenza di diversa normativa deve ritenersi disciplinato dalla legge 241/1990 e che si chiude con un provvedimento di autorizzazione o di diniego da parte del direttore. A fronte dell’esercizio discrezionale del potere concesso al direttore dell’istituto vi è un interesse legittimo del detenuto [...] quest’ultimo potrà non solo esercitare le facoltà di partecipazione procedimentale accordate a qualsiasi cittadino in presenza di un procedimento amministrativo dalla legge 241/1990 ma potrà far valere in sede giurisdizionale la sua posizione giuridica innanzi al magistrato di sorveglianza in sede di reclamo”.

Ora, a parere di chi scrive andrebbe ricercata una terza via, non condividendosi la premessa concettuale da cui muove la totale negazione della giuridica rilevanza di (almeno) certi interessi dei ristretti, ma al contempo ravvisando un’eccessiva distanza dalla realtà nella ricostruzione di chi paventa che l’istanza del detenuto rivolta alla direzione avvii un

---

<sup>349</sup> S. ROMICE, op. cit., 32.

procedimento in senso tecnico, con tutti i crismi sulla partecipazione di cui alla legge generale.

Da un lato, infatti, la bipartizione fra diritti soggettivi (eventualmente sottoposti, quando alle modalità concrete d'esercizio, alla potestà organizzativa dell'Amministrazione Penitenziaria) e interessi di mero fatto, collide con l'impostazione dell'Ordinamento Penitenziario, che invece attribuisce a certi interessi (sostanziali) dei detenuti una consistenza tale da porli in una posizione "intermedia" fra le pretese di sicura soddisfazione e quelle prive di considerazione normativa; ci si riferisce agli esempi sopra indicati dei colloqui e delle telefonate con terze persone, o straordinari.

Relativamente ad essi, neppure convince la considerazione per cui a dominare è la potestà organizzativa (della vita detentiva) della Direzione: anche ad ammettere (e, lo si ribadisce, su questo non vi è chiarezza) che la *ratio* delle limitazioni alla possibilità di mantenere contatti con persone non familiari o conviventi sia legata all'esigenza di non moltiplicare all'infinito il carico di lavoro degli Istituti allargando la platea dei possibili colloquianti, è evidente che il legislatore chiama le direzioni ad operare un bilanciamento di interessi, verificando se, nel caso di specie, sussistano ragioni che fanno prevalere l'interesse del detenuto a intrattenere rapporti con il terzo; ragioni che afferiscono, ad esempio, all'intensità del legame con la persona di cui trattasi, o alla infrequenza dei contatti con i familiari.

Se così è, pare difficile negare una specifica rilevanza a questi interessi, e, posto che la figura giuridica che nel nostro sistema amministrativo inquadra tali posizioni intermedie è l'interesse legittimo, non sembra potersene negare *tout court* la configurabilità nell'ambito penitenziario per il solo fatto che, pur mostrando il legislatore di qualificare e differenziare queste posizioni, nulla dice sugli aspetti procedurali.

Anche perché ragionare *a contrario* apre all'implicazione, pericolosissima, per cui l'eventuale vuoto normativo circa le regole da seguire per il procedimento priva di giuridica rilevanza la posizione soggettiva di chi, obiettivamente, è inciso da quell'esercizio di potere; come a dire: dalla lettura delle norme è chiaro che una certa posizione soggettiva d'interesse è stata presa in specifica considerazione dal legislatore, purtuttavia, non avendo lo stesso legislatore delineato un modulo procedimentale, allora questa posizione passa ad assurgere a interesse di mero fatto.

A parere di scrive la prospettiva dovrebbe essere opposta, ossia: se la lettera della legge, o comunque l'interpretazione sistematica, depongono nel senso della qualificazione e differenziazione di una posizione soggettiva, per ciò solo deve esserne garantita adeguata tutela, sostanziale e processuale, la cui mancanza, lungi dallo sconfessare la rilevanza giuridica all'interesse di cui trattasi, dev'essere piuttosto colmata.

D'altro canto, ipotizzare di colmare il vuoto normativo applicando le regole sul procedimento amministrativo di cui alla Legge Generale appare assai difficile, sul piano pratico ma anche concettuale.

La prassi operativa negli Istituti Penitenziari per quanto concerne la lavorazione delle istanze dei detenuti volte ad ottenere un'autorizzazione della Direzione è assolutamente distante proprio dalla logica procedimentale: lungi da chi scrive un atteggiamento adesivo "a quel che si è sempre fatto", e in disparte ogni considerazione sulla equiparabilità, nei rapporti con l'Autorità, fra cittadini liberi e ristretti, è innegabile che la dinamica relazionale fra detenuto e Direzione, per la cura degli interessi (giuridicamente rilevanti) del primo, presenti delle peculiarità che già logicamente mal si conciliano con quella finalità di sintesi fra interessi contrapposti che ha perseguito il legislatore della Legge n. 241/1990.

Il procedimento (su istanza di parte) vuole infatti tutelare sia interessati e controinteressati, dando loro la reciproca possibilità di influenzare sulle scelte dell'Amministrazione, che la stessa parte pubblica, mettendola nelle condizioni di avvantaggiarsi di un più ricco bagaglio informativo (composto anche dai dati introdotti dai privati).

Questo assetto non si riproduce relativamente alle richieste che il detenuto avanza alla Direzione: intanto non vi sono né controinteressati, né altri possibili destinatari degli effetti del provvedimento diversi dal richiedente, quindi l'interesse di parte è uno solo; dopodiché, sul piano della completezza dell'istruttoria, non si vede quali elementi, ulteriori rispetto a quanto già prospettato nell'istanza, il detenuto potrebbe aggiungere in un secondo momento, ad esempio a seguito della comunicazione di cui all'art. 10-bis L.p.a. (c.d. preavviso di rigetto), trattandosi, come anticipato, di dati già in possesso degli uffici della direzione (vedi frequenza dei contatti con i familiari per colloqui e telefonate o spazio disponibile in stanza per la quantità di oggetti che possono essere tenuti).

Posta l'ovvia considerazione per cui se si vogliono introdurre dei correttivi (in senso garantista degli interessi sottostanti alla richiesta) questi devono mostrarsi innanzitutto adeguati, l'instaurazione di un procedimento in senso tecnico non pare la strada da percorrere.

Da non sottacersi neppure le conseguenze fortemente negative in termini di efficienza e speditezza: l'enorme aggravio di lavoro che le formalità del procedimento comporterebbero (moltiplicate per il numero elevatissimo delle istanze che quotidianamente i detenuti rivolgono alla direzione) non solo non consentirebbero di rispondere in tempi accettabili, ma andrebbero ad ulteriore detrimento della cura di molti altri aspetti fondamentali per la vita detentiva.

Dunque, il procedimento di cui alla Legge Generale, rispetto alle richieste di autorizzazione rivolte dai ristretti alla direzione dell'Istituto, non sembra né utile né fattibile.

In realtà l'oggetto dell'indagine è più ampio rispetto agli esempi finora citati, e coinvolge altre ipotesi di interessi qualificati dei detenuti la cui soddisfazione presuppone un provvedimento favorevole dell'Amministrazione Penitenziaria<sup>350</sup>, i quali saranno oggetto di separata analisi proprio perché, pur non sottostando alle regole sul procedimento, relativamente ad essi sono stati prescritti (dal legislatore ma soprattutto dalle circolari dipartimentali) processi decisionali ben più strutturati che, a parere di chi scrive, rappresentano la migliore risposta alle esigenze sopra evidenziate, quali, da un lato, una minore aleatorietà delle modalità con cui la parte pubblica decide, ma dall'altro il contenimento delle formalità procedurali.

Così, se il fine eterodeterminato a cui deve tendere l'azione della burocrazia e le regole procedurali delimitano e incanalano le decisioni pubbliche all'interno di un *modus operandi* ossequioso dei principi generali della buona amministrazione democratica, ove tutti questi presidi vengono meno (pur a fronte di interessi giuridicamente rilevanti), la funzione di garanzia può essere ricercata altrove, ossia nel processo decisionale (che, come si è cercato di dimostrare nel capitolo precedente, non coincide con il procedimento amministrativo).

È qui, dunque, relativamente a quei provvedimenti non proceduralizzabili, che il tema delle decisioni amministrative più interessa.

---

<sup>350</sup> Si pensa all'ammissione al lavoro *ex art.* 21 O.P. e all'assegnazione ad un «circuito», accomunati, come vedremo, dalla centralità della valutazione collegiale.

**CAPITOLO TERZO**  
**PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI, PROCESSI DECISIONALI E**  
**PROCESSI DI LAVORO NELL’AZIONE DELLE DIREZIONI DEGLI**  
**ISITUTITI PENITENZIARI.**

**I – Procedimenti amministrativi e processi decisionali.**

Tirando le fila delle riflessioni sin qui condotte, nel capitolo primo si è tentato di dimostrare che il fenomeno decisionale, applicato all’ambito dell’azione degli apparati burocratici, ha una portata ben più ampia del solo svolgimento del procedimento amministrativo, in quanto dal procedimento rimangono fuori tutti quei fattori extragiuridici che nella realtà influiscono sulla scelta concretamente operata, con la conseguenza che il fenomeno decisionale complessivamente inteso avrebbe in ogni caso una sua rilevanza, e dovrebbe trovare spazio nella riflessione sul tema delle decisioni pubbliche.

Il secondo capitolo si è chiuso invece con la presa d’atto che non in tutti gli ambiti dell’azione dei pubblici apparati il procedimento amministrativo in senso tecnico risulterebbe funzionale e adeguato allo scopo (che è sempre il miglior perseguimento dell’interesse pubblico), e che la materia delle decisioni tanto più interessa quanto meno le modalità attraverso le quali la parte pubblica compie le proprie scelte sono state proceduralizzate (a livello legislativo o di fonti secondarie).

Mettendoli insieme, quindi, se già in generale il fare la scelta più “opportuna” non si riduce alla sola correttezza formale del procedimento, a maggior ragione è al più ampio fenomeno decisionale che non si può che guardare, appunto per indirizzare la scelta verso i canoni della buona

amministrazione, se il relativo processo di elaborazione della decisione è normativamente libero, cioè non incanalato nelle forme del procedimento (di cui alla Legge Generale o assimilabili).

In altre parole, se anche una volta esaurito il procedimento amministrativo, permangono *a latere* dello stesso una pluralità di fattori ulteriori e diversi che determinano (e spiegano) come e perché abbia prevalso (fra quelli fattivamente e giuridicamente possibili) un determinato assetto di interessi, fattori che quindi andrebbero intercettati e apprezzati nella valutazione sull'operato del decisore pubblico, nel campo aperto dell'assenza di procedimento è quanto mai importante che l'Amministrazione si orienti seguendo un approccio razionale al tema delle decisioni che si assumono nei contesti organizzati.

Fra processo decisionale e procedimento amministrativo si può teorizzare un rapporto di genere a specie, nel senso che il procedimento amministrativo rappresenta uno dei modi per strutturare un processo decisionale complesso (cioè formato da una pluralità di atti e attività), logicamente e cronologicamente ordinato, tendente ad un fine etero-imposto (dal legislatore, che indica gli obiettivi verso i quali deve muovere l'azione della burocrazia).

Diciamo allora che se mancano "i binari" del procedimento amministrativo, funzionali all'ottenimento del miglior bilanciamento fra gli interessi coinvolti o all'individuazione della migliore soluzione tecnica, nell'ottica del buon andamento dell'azione pubblica ma anche in senso garantista per gli interessati, a guidare il decisore dovrebbe essere la padronanza di una più vasta serie di tecniche decisionali, da mettere alternativamente o cumulativamente in campo secondo il bisogno; tecniche che afferiscono alle scienze organizzative più che all'ambito giuridico.

Quel che si propone, quindi, è di considerare che, più le mani del decisore sono “slegate” da vincoli formali procedurali, più è importante che egli sappia decidere: in quegli ambiti dell’Amministrazione nei quali è marcato lo scostamento rispetto alla logica generalizzata per cui la decisione, che si concreta nel provvedimento, si colloca al termine di un procedimento formalizzato e soprattutto partecipato, potrebbe sopperire l’adeguata diffusione di una cultura organizzativa che metta gli enti in grado di auto-strutturare precetti decisionali adeguatamente rispondenti alla miglior cura degli interessi di cui sono istituzionalmente portatori e ai bisogni dell’utenza.

Così facendo, investendo miratamente sulla formazione organizzativa specie dei dirigenti pubblici, si potrebbe ottenere il risultato per cui al procedimento amministrativo in senso tecnico, ritenuto in quella materia non possibile o comunque non utile, si vanno a sostituire moduli procedurali e decisionali alternativi, parimenti garantisti e maggiormente efficaci rispetto alle peculiarità del contesto di cui trattasi.

In questo senso il settore penitenziario offre un terreno fertilissimo per portare avanti un approccio di tal fatta, stante la già dimostrata inadeguatezza di un’eventuale applicazione delle regole di cui alla Legge n. 241/1990 alle decisioni delle direzioni degli istituti nei confronti della popolazione detenuta, ma al contempo la necessità di approcciare tali decisioni in modo consapevolmente più strutturato, pur nell’assenza (o comunque assoluta esiguità) di parametri normativi sostanziali e procedurali a cui orientarle.

Per fare ciò, si tenteranno di fornire le nozioni base della scienza delle decisioni e di applicarle all’oggetto specifico delle decisioni prese a livello di singolo istituto nei confronti dei ristretti, onde dimostrare come la

“bontà” di tali scelte vada ricercata sul piano organizzativo più che procedimentale, o comunque spostando il *focus* dal procedimento amministrativo ai processi di lavoro.

## **II – Il fenomeno decisionale nei contesti organizzati.**

### ***II.1 – Decision making e problem solving.***

In un’accezione ampia, amministrare significa proprio prendere decisioni; similmente in ambito aziendale, indiscussa è l’affermazione per cui il successo di un’organizzazione è principalmente frutto delle sue decisioni. Decidere è l’essenza del lavoro manageriale, rappresentando di fatto ciò che costruisce la qualità dell’azione finalizzata al risultato, ma al tempo stesso è la più comune attività che scandisce il lavoro nei contesti organizzati, impegnando tutti gli operatori sebbene a livelli diversi.

Negli ambiti che interessano, l’azione del decidere è dunque strettamente interrelata con ogni altro aspetto del comportamento organizzativo: evidenti sono le aree di sovrapposizione fra *decision making* e *problem solving*, posto che qualunque organizzazione, per realizzare la propria *mission* istituzionale, è chiamata a risolvere problemi, e per farlo a prendere decisioni, ma altrettanto stringente è la connessione con i temi della comunicazione, del lavoro di gruppo e della gestione dei cambiamenti, tutti aspetti che variamente incidono sull’esito del processo decisionale.

Muovendo dalle definizioni di base, un «problema» è “una differenza, una discrepanza tra la situazione presente e una situazione desiderata”; di conseguenza, il *problem solving* è il processo attraverso il quale si elimina tale

differenza, passando dalla situazione presente a quella desiderata<sup>351</sup>. Il che richiede di prendere decisioni: il *decision making* può essere definito come il processo di scelta fra più alternative per raggiungere un risultato desiderato, ossia l'opzione per un determinato corso d'azione tra tutti quelli possibili precedentemente individuati.

Semplificando al massimo, si può dunque affermare che la decisione da prendere dipende in primo luogo dalla natura (in senso ampio) della situazione problematica a cui far fronte; dopodiché vi influiscono tutta una serie di fattori eterogenei, che ineriscono tanto alla dimensione organizzativa, ambientale e relazionale, quanto a quella propriamente cognitiva, che necessitano di essere intercettati e analizzati nell'ottica, prima, della piena comprensione, e poi del miglioramento, del processo decisionale medesimo.

## **II.2 – Caratteristiche delle decisioni.**

Schematicamente, le decisioni che si assumono in ambito organizzativo si distinguono per «tipologia», che a sua volta dipende dalla reciproca influenza delle «dimensioni» della decisione quali sue caratteristiche fondamentali.

Seguendo l'impostazione della manualistica di base<sup>352</sup>, le «dimensioni» della decisione sono tre, ossia «rilevanza», «tempo» e «contesto di riferimento».

---

<sup>351</sup> Come evidenzia S. L. McSHANE, *"Canadian Organizational Behavior"*, McGraw-Hill, Toronto, 2021, 292, al pari dei «problemi», si affrontano per il tramite di processi decisionali anche le «opportunità», per ciò intendendosi "una deviazione tra le aspettative attuali e il riconoscimento di una situazione potenzialmente migliore rispetto alla situazione attesa o desiderata".

<sup>352</sup> Per un inquadramento sistemico e maggiori approfondimenti si rinvia a L. TESIO, *"Decidere"*, in *"Piccola enciclopedia del comportamento organizzativo"*, Collana diretta da G.P. QUAGLINO, Raffaello Cortina Ed., 2004.

La «rilevanza» misura l'impatto di una decisione sull'intera organizzazione, e può variare da semplici questioni routinarie a veri e propri cambiamenti di strategia.

Il fattore temporale indica il momento a partire dal quale, e poi la durata in cui, si avvertiranno le conseguenze, sull'organizzazione, della decisione.

Il «contesto di riferimento» ingloba e sintetizza tutti quei fattori, interni ed esterni, che determinano le condizioni in cui ci si può trovare a decidere, ossia: i) «certezza», quale piena conoscenza della situazione di partenza, di tutte le alternative possibili e delle loro rispettive conseguenze; ii) «rischio», quale conoscenza parziale della situazione di partenza e delle alternative possibili, che consente di formulare proiezioni probabilistiche sui possibili esiti della decisione; iii) «incertezza», quale assenza di informazioni tale da non consentire neppure una previsione probabilistica sull'esito della decisione.

L'interazione fra queste «dimensioni»<sup>353</sup> determina la «tipologia» di decisione: secondo la definizione classica di Simon<sup>354</sup>, si distinguono le due macrocategorie delle «decisioni programmate» e delle «decisioni non programmate».

Le prime, dette anche «decisioni operative», affrontano problemi strutturati, ossia prevedibili, routinari e ben conosciuti, dinanzi ai quali la scelta ricade sull'opzione procedurale standard, pianificata in precedenza, e già testata in termini di adeguatezza rispetto alla risoluzione del problema; trattasi di decisioni limitatamente rilevanti (almeno sul piano qualitativo), con effetti a breve termine, non rischiose, che pertanto possono essere assunte

---

<sup>353</sup> Che comunque saranno ampiamente riprese nel prosieguo.

<sup>354</sup> H. A. SIMON, *"Rationality as process and as product of thought"*, in *American Economic Review*, 1978, e *"Rational decision making in business organizations"*, nella stessa rivista, 1979.

pressoché a tutti i livelli della gerarchia organizzativa<sup>355</sup> (nel rispetto degli ambiti di competenza).

Al contrario, le seconde affrontano problemi non strutturati, quali situazioni inaspettate o su cui si possiedono comunque informazioni limitate, non affrontabili con la mera adesione a procedure standard richiedendo soluzioni originali e creative, individuate *ad hoc*; trattano sovente questioni rilevanti, con ripercussioni potenziali a lungo termine, che si assumono in condizioni di rischio o addirittura di incertezza, e di solito appannaggio del *top management*.

A loro volta, le «decisioni non programmate» si suddividono in «decisioni tattiche» e «decisioni strategiche»: le prime, pur richiedendo soluzioni innovative, incidono limitatamente sugli obiettivi dell'organizzazione e producono effetti a breve-medio termine; le seconde presentano più significativi margini di rischio e soprattutto hanno maggiore rilevanza, in quanto incidono sulle strategie a lungo termine dell'organizzazione, per cui richiedono i maggiori investimenti, in termini di impegno organizzativo, nello svolgimento di tutte le fasi del processo decisionale.

Immediatamente evocativa l'affermazione di Furnham, che definisce l'azione di prendere «decisioni programmate» “fare le cose bene (*doing things right*)” e quella di prendere «decisioni non programmate» “fare la cosa giusta (*doing the right thing*)”<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> Il riferimento è alle cinque componenti base delle strutture organizzative aziendali secondo il modello di Mintzeberg, quali vertice strategico, linea manageriale intermedia, nucleo operativo, tecnostruttura e organi di staff; per approfondimenti si rinvia proprio all'opera di H. MINTZBERG, “*La progettazione dell'organizzazione aziendale*”, Il Mulino, Bologna, 1996.

<sup>356</sup> A. FURNHAM, “*The Psychology of Behavior at Work*”, Psychology Press, Hove East Sussex, UK, 1997.

## II.3 – Decidere secondo un modello razionale.

II.3.1 – Dalla razionalità «pura» alla razionalità «limitata». In ambito organizzativo l'interesse è per le decisioni assunte seguendo un modello «razionale», aggettivo che per la scienza delle decisioni<sup>357</sup> si riferisce nello specifico ad una classe di processi decisionali, che sono «*consequential*» e «*preference-based*», ovverosia le scelte si basano sull'anticipazione dei futuri effetti delle azioni correnti e le conseguenze sono valutate in termini di preferenze personali; la comparazione delle alternative avviene in ragione del grado di rispondenza delle rispettive conseguenze agli effetti desiderati dal decisore<sup>358</sup>.

Concentrandosi appunto sullo sviluppo del processo decisionale, e a prescindere dalla tipologia di decisione, nel tempo sono stati elaborati diversi modelli teorici che descrivono l'iter della decisione organizzativa, tra i quali tendenzialmente ci si orienta seguendo la *summa divisio* fra modelli prescrittivi e modelli descrittivi: i primi muovono dall'elaborazione teorica di un modo giusto di decidere, e sono pensati in funzione di indirizzo per il decisore, affinché segua quello che è considerato il miglior

---

<sup>357</sup> La scienza delle decisioni attinge da un bacino di conoscenze amplissimo, che spaziano interdisciplinariamente fra matematica, statistica, filosofia, psicologia, economica e ricerca operativa. Posto che qui interessa analizzare il comportamento nelle organizzazioni professionali, e quindi l'agire delle persone in quel particolare contesto strutturato che sono le Amministrazioni Pubbliche, ci soffermeremo, con la schematicità che consente l'economia del presente lavoro, su quei contributi che hanno avuto maggior rilevanza in ambito economico ma soprattutto negli studi di organizzazione aziendale, la cui finalità comune è quella di offrire al decisore un *background* di conoscenze ma anche strumenti operativi per approcciare in modo scientifico il momento decisionale.

<sup>358</sup> March scrive: "*A rational procedure is one that pursues a logic of consequence. It makes choice conditional on the answers to four basic questions: 1. The question of alternatives: What actions are possibile? 2. The question of expectations: What future consequences might follow each alternative? How likely is each possibile consequences, assuming that alternative is chosen? 3. The question of preferences: How valuable (to the decision maker) are the consequences associated with each of the alternatives? 4. The question of the decision rules: How is a choice to be made among the alternatives in terms of the values of their consequences?*" (J. G. MARCH, "*Primer on decision making: How decisions happen*", Simon and Schuster, 1994).

metodo possibile; i secondi osservano invece il dato concreto, e tentano di rappresentare il processo decisionale per come avviene nella realtà, senza pretesa di calarvi regole astratte.

Così, si sono storicamente contrapposti modelli razionali «puri» (o «perfetti») e modelli a razionalità «limitata».

I primi, di matrice marcatamente prescrittiva, assumono che le decisioni sono prese in condizioni di certezza, sui risultati voluti, sulla totalità delle alternative possibili, sulla completezza delle loro conseguenze, che si producono in un ambiente stabile<sup>359</sup>.

Il *decision making* si baserebbe su quattro elementi: un *set* di alternative note, la conoscenza delle relative conseguenze, un ordine di preferenze ben definito e regole chiare in base ai quali orientare la scelta<sup>360</sup>.

Su queste premesse, a livello di metodologia operativa prese campo la nota scomposizione del processo decisionale in otto fasi: la *ratio* è evidentemente la medesima che sta alla base del procedimento amministrativo, ossia il compimento di una serie di passaggi ordinati e sequenziali per risolvere il problema del prendere la “decisione migliore”; passaggi che andiamo ora a vedere.

- Il primo consiste nello strutturare il problema, ossia definirlo e circoscriverlo col massimo grado di dettaglio raggiungibile.
- Il secondo consiste nel chiarire gli obiettivi e, se più di uno, nel gradarli secondo un ordine di priorità.
- Seguono le due fasi della raccolta e della valutazione delle informazioni.

---

<sup>359</sup> La c.d. scuola neoclassica prende avvio dai contributi di A. MARSHALL, in particolare “*Principles of Economics*”, McMillan, Londra, 1890.

<sup>360</sup> J. G. MARCH, “*Understanding how decisions happen in organizations*”, in *Organizational decision making*, Vol. 10, n. 2, 1997, 10.

- In base al bagaglio di conoscenze così ottenuto, la quinta fase inerisce la generazione delle alternative possibili.
- La sesta e la settima fase attengono alla valutazione di dette alternative a al compimento della scelta di una di esse, che dev'essere adeguata rispetto al problema e agli obiettivi posti.
- Chiude il processo la valutazione finale dei risultati, con l'analisi dei *feedback* pervenuti dai destinatari diretti della decisione e da eventuali terzi in qualche modo da essa attinti.

Sebbene l'idea di scomposizione in fasi che sta alla base del metodo sin qui analizzato continuerà a valere, e comunque senza nulla togliere agli indubbi meriti degli studi di matrice illuministica rispetto allo sviluppo del pensiero filosofico matematico moderno<sup>361</sup>, si nota subito come la razionalità «pura» appaia difficilmente credibile come raffigurazione della realtà in cui concretamente operano gli attori decisionali: la scarsità di tempo e di risorse già è d'ostacolo alla raccolta di tutte le informazioni che servirebbero per generare una lista completa delle alternative praticabili, né le migliori capacità predittive potrebbero anticipare tutte le conseguenze future dell'agire, in un ambiente instabile, solo parzialmente noto e comunque legato alle contingenze<sup>362</sup>.

Il passaggio chiave può allora considerarsi questo: piuttosto che assumere come note tutte le alternative e tutte le informazioni sulle relative conseguenze, queste ultime devono essere individuate attraverso una ricerca; nell'ambito di questa ricerca la risorsa fondamentale, ma anche per

---

<sup>361</sup> Sui quali si tornerà nel prosieguo.

<sup>362</sup> H. A. SIMON, op. cit. 1978, 510, scriveva che “gli assunti della razionalità perfetta sono contrari ai fatti [...] Non è una questione di approssimazione, non descrivono nemmeno lontanamente i processi utilizzati dagli esseri umani per prendere decisioni in situazioni complesse”.

sua natura scarsa, sarebbe l'attenzione, col che le teorie sulla razionalità «limitata» sono, per buona parte, teorie sull'allocazione dell'attenzione<sup>363</sup>.

L'agire umano sarebbe intenzionalmente, ma anche limitatamente, razionale<sup>364</sup>: l'attore decisionale non è dotato di una capacità logica omnicomprensiva, l'ambiente non è mai pienamente conoscibile e comprensibile, le informazioni sulle quali basa la scelta sono per definizione incomplete e conseguentemente non sono generabili tutte le alternative possibili, delle quali comunque non sono prevedibili tutti gli effetti; "il successo di ogni azione [...] dipenderebbe dal grado di attendibilità delle informazioni di un soggetto e dalla sua capacità di costruire correttamente il modello operativo più adatto a risolvere i problemi che gli stanno di fronte"<sup>365</sup>.

Il decisore dovrà quindi mirare ad una soluzione «soddisfacente» anche se non «ottimale»<sup>366</sup>.

II.3.2 - Le fasi della decisione. Come già accennato, non cambia, nel metodo, l'idea di fondo di scomporre il processo decisionale in più fasi, andando a predeterminare una serie di atti e attività dalla cui interrelazione sequenziale dipenderà il risultato finale.

---

<sup>363</sup> J. G. MARCH, op. cit. 1997, pag. 12.

<sup>364</sup> Sempre citando il saggio di J. G. MARCH del 1994, *"The core notion of limited rationality is that individuals are intendedly rational. Although decision makers try to be rational, they are constrained by limited cognitive capabilities and incomplete informations, and thus their actions may be less than completely rational in spite of their best intentions and efforts"*.

<sup>365</sup> S. SALVEMINI, *"Organizzazione aziendale"*, Egea, 2017, 136, al quale si rinvia per approfondimenti sulla nascita della moderna scienza delle decisioni fondata da Herber Simon, ricordato appunto per la critica ai modelli razionali puri e per le posizioni contrapposte a quelle della scuola neoclassica di Marshall.

<sup>366</sup> Simon si esprime in questi termini: *"Most human decision making, whether individual or organizational, is concerned with the discovery and selection of satisfactory alternatives; only in exceptional cases is it concerned with the discovery and selection of optimal alternatives"* (H. A. SIMON, *"Models of bounded rationality: Empirically grounded economic reason"*, Cambridge, MA: MIT Press, 1997, 140-141).

Quelle fasi ideali che il modello razionale «puro» aveva teorizzato vanno però ad arricchirsi, e a complicarsi, di tutti quei vuoti di conoscenza ed elementi d'incertezza che inevitabilmente caratterizzano la realtà fattuale in cui l'attore decisionale concreto si trova ad operare.

- Definire il problema non significa più soltanto circoscrivere l'oggetto della decisione (in positivo e in negativo), ma implica il collegarlo in termini di priorità e di causa-effetto con eventuali problemi connessi, e presupporrebbe una conoscenza approfondita della situazione reale<sup>367</sup>, che spesso manca<sup>368</sup>.

- Combinatamente devono essere definiti gli obiettivi, ma anche stabilire quale effetto utile si preferisce realizzare può non essere agevole, basti pensare al delicato rapporto (di matrice economica) fra costo e opportunità<sup>369</sup>.

- Seguono le fasi di raccolta e valutazione (in termini di affidabilità e precisione) delle informazioni, ma qui entra in gioco il fattore tempo: un

---

<sup>367</sup> Come evidenzia Lunenburg riferendosi all'ambito scolastico, il problema può essere lo stesso ma differenti situazioni richiedono differenti soluzioni: *"Suppose, for example, that a school has had decreasing test scores for the last two years. One principal might define this situation as the result of a changing student population in the school attendance area and begin to search for new approaches to teaching these students, who come from lower socioeconomic backgrounds. Another principal might define the situation as a case of an inappropriate match between what is taught and what is measured — that is, placing the blame on the achievement test being used. The problem — declining test scores — is the same in both cases, but the two different definitions of the situation call for two different solutions"* (F. C. LUNENBURG, *"The decision making process"*, in National Forum of Educational Administration & Supervision Journal, Vol. 27, n. 4, 2010, September).

<sup>368</sup> A monte della definizione del problema sta la sua individuazione, sulla quale sovente incidono in senso negativo/limitativo fattori per lo più psicologici; scrive a tal proposito Tesio, che *"la ricognizione del problema non può più essere considerata immediata come nel modello razionale. Nonostante gli indizi e i messaggi inviati dall'ambiente e dai collaboratori, parecchi individui tendono a ignorare o a non accorgersi di ciò che sta accadendo fino all'esacerbarsi della situazione. Ciò può derivare da incompetenza o dal semplice desiderio, conscio o inconscio, di non affrontare una situazione problematica"* (L. TESIO, op. cit., 17).

<sup>369</sup> Semplificando estremamente: si opta per una soluzione più rapida ed economica o si investe su un *asset* più duraturo?

*database* perfetto richiederebbe un tempo potenzialmente illimitato che il decisore non ha mai a disposizione.

Il decisore deve così tendere verso un modello razionale, nella consapevolezza di non poter procrastinare la decisione all'infinito, cercando di acquisire quante più informazioni possibili, qualitativamente accettabili, in un arco di tempo ragionevolmente limitato<sup>370</sup>.

- Sulla base del bagaglio di conoscenze così ottenuto si devono definire le alternative: idealmente dovrebbero essere il maggior numero possibile, ma nella pratica la relativa estensione viene necessariamente limitata, conseguentemente a quella delle informazioni reperite, in ragione dell'importanza della decisione e dell'ampiezza delle sue implicazioni, dei tempi e dei costi di ulteriori approfondimenti<sup>371</sup>.

- Le alternative individuate devono quindi essere valutate, singolarmente e in senso comparativo, in termini di concreta fattibilità (con le risorse materiali e umane a disposizione), grado di soddisfazione inteso come idoneità a rispondere al problema base realizzando gli obiettivi posti, e impatto sulle persone e/o sull'organizzazione interessate dalla decisione, che ricomprende gli effetti diretti della scelta e le c.d. esternalità positive e

---

<sup>370</sup> J. G. MARCH (op. cit. 1994) qualifica come *information constraints* problemi di attenzione, memoria, comprensione e comunicazione con cui più o meno tutti i decisori devono fare i conti.

<sup>371</sup> Più la decisione è importante, o meglio, impattata, sull'organizzazione ed i risultati a cui deve tendere, più risulterà ragionevole e proporzionato investire maggiori risorse e tempo nell'approfondimento di tutte le informazioni potenzialmente utili per la scelta; al contrario nelle decisioni a basso impatto, in cui dovrebbero prevalere efficienza e speditezza.

negative, immediate e future<sup>372</sup>; aspetto da non sottovalutare è quello dell'accettabilità di quanto scelto per chi è coinvolto<sup>373</sup>.

- Come in parte anticipato, l'esito del confronto deve (o non potrà che) concretizzarsi nell'assunzione di una decisione «soddisfacente»: la «massimizzazione» richiederebbe la scelta dell'alternativa in assoluto migliore, ma la «soddisfazione» già si realizza con una soluzione che rispetti o superi determinati criteri o *target*.

Questo passaggio è da ritenersi fondamentale, perché ha consentito di superare l'*empasse* di individuare e formulare tutte le alternative astrattamente possibili (per poi scegliere *the best one*), ampliando la ricerca di informazioni e l'elaborazione di soluzioni soltanto finché una di esse non integra quella soglia minima di efficacia e gradibilità del risultato (rispetto agli obiettivi) previamente fissata (*the good enough*)<sup>374</sup>; "*search is stimulated*

---

<sup>372</sup> A proposito della valutazione delle alternative, un riferimento merita il c.d. modello del favorito implicito, teorizzato da P. O. SOELBERG, "*Unprogrammed decision making*", in *Industrial Management Review*, 1978, 68, secondo cui il decisore, avendo già individuato la soluzione che preferisce, esegue comunque sia la fase delle generazione che quella della comparazione delle alternative, ma al fine di rintracciare elementi a supporto e giustificazione della stessa; "atteggiamento" (più o meno consapevole) che poi prosegue nella fase di valutazione dei risultati, rimarcandone i prodotti benefici e sottacendo, (più o meno volontariamente) le conseguenze negative.

<sup>373</sup> F. C. LUNENBURG (op. cit.) scrive: "*The alternative that is chosen must be acceptable to those who must live with the consequences of the decision. Failure to meet this condition is the single most likely reason for failure of the decision-making process to solve problems (Hastie, 2010). For this reason, questions of acceptability of a proposed alternative should be of great concern to the principal. On the one hand, even a mediocre solution to the problem may prove effective if it is implemented with enthusiasm and commitment. On the other hand, a technically correct alternative may fail to succeed if implementation is halfhearted*".

<sup>374</sup> J. G. MARCH (op. cit. 1994) spiega: "*Maximising requires that all possible alternatives be compared and the best one chosen. Satisficing requires only a comparison of alternatives with a target until one that is good enough is found. Maximising requires that preferences among alternatives meet strong consistency requirements, essentially requiring that all dimensions of preferences be reducible to a single scale – although that scale need not exist in conscious form. Satisficing specifies a target for each dimension and treats the targets as independent constraints. Under satisficing, a bundle that is better on each criterion will not be chosen over another bundle that is good enough on each criterion if the latter bundle is considered first. Satisficing also makes it possible will satisfy all criteria, in which case a decision will not be made*".

*by a failure to achieve a goal and continues until it reveals an alternative that is good enough to satisfy existing evoked goals*"<sup>375</sup>.

Ma accettando una soluzione "soltanto" soddisfacente, come fa il decisore a mantenere vicini le performance e gli obiettivi?

Per un verso, guardando all'esperienza passata, tara l'impegno sugli obiettivi, a seconda che si trovi a fronteggiare un «fallimento» o un «successo»: dinanzi al primo dovrà incrementare l'attività di ricerca ed elaborazione delle informazioni (che probabilmente si è rivelata insufficiente), e così facendo ridurrà il margine di flessibilità (mirando alle "rime obbligate" di un'istruttoria molto stringente); al contrario, dinanzi al secondo si conterrà (l'ulteriore) approfondimento informativo (perché probabilmente già bastevole) e si potranno sperimentare soluzioni più "creative".

Non meno importante l'operazione contraria, di adattare anche gli obiettivi alla *performance*, nel senso che il decisore, specie reiterando processi simili, impara cosa potersi aspettare, in termini di "soddisfazione" dei risultati raggiungibili con il tempo e le risorse concretamente impiegabili, nella formazione del bagaglio di conoscenze e nella definizione e comparazione delle possibili alternative.

II.3.3 - Semplificare la realtà. Scendendo ancor più nel dettaglio dell'operatività pratica, il merito delle teorie sulla razionalità «limitata» sta nel procedimentalizzare una progressiva semplificazione della realtà: "si parte da una descrizione della situazione, iniziando a semplificarla rispetto al reale, continuando a ridurla fino a un grado di complessità tale per cui chi prende la decisione possa adeguatamente contemplarla e gestirla. All'interno di questa semplificazione ottimizzata, si individua la

---

<sup>375</sup> J. G. MARCH, op. cit. 1997, 12.

soluzione”<sup>376</sup>; concretamente si può considerare un’opzione alla volta oppure procedere con confronti susseguenti fra un numero comunque molto limitato di possibili soluzioni.

Il punto merita un approfondimento. Dovendosi confrontare con una realtà non pienamente (o addirittura scarsamente) comprensibile nella sua interezza e mutevolezza, chi è chiamato a decidere deve elaborare dei sistemi per ridurre la complessità.

Senza pretesa di esaustività, fra le tecniche più comuni si annoverano l’«*editing*», cioè l’assemblamento in modo semplice di un numero limitato di spunti prima di avviare il procedimento decisionale, la «*decomposition*», cioè la scomposizione di un problema complesso nelle sue parti elementari che saranno risolte separatamente, e la «rappresentazione numerica della realtà», che consiste nell’attribuire un valore numerico a tutti gli elementi rilevanti per la decisione, oppure alle loro variazioni<sup>377</sup>.

Invece, per i sostenitori delle strategie decisionali c.d. «euristiche», il decisore, dato che la situazione in cui si trova a compiere la scelta è per sua natura incerta, ricorre a vere e proprie «scorciatoie decisionali», delle regole di ricerca e selezione delle informazioni, dette «eurismi», “che semplificano il problema, spingono la nostra mente a considerare solo alcune alternative, opzioni o informazioni”<sup>378</sup>.

Preservandone l’etimologia, gli «eurismi» possono definirsi strategie che guidano la ricerca delle informazioni e la modifica delle rappresentazioni dei problemi per facilitarne la soluzione<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Così S. SALVEMINI, op. cit., 138.

<sup>377</sup> L’economia del presente lavoro non consente maggiori approfondimenti, per i quali si rinvia al già citato testo di J. G. March del 1994.

<sup>378</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 139.

<sup>379</sup> Il riferimento è agli studi di Karl Duncker e Wolfgang Koehler, quando usano il termine «eurismi» per definire strategie quali “*looking around*” and “*inspecting the problem*”; in K.

Nella moderna scienza delle decisioni, la stessa locuzione è invece per lo più usata per indicare percorsi mentali che impediscono di scoprire (o comunque correttamente) risposte a problemi che si presumono nel dominio della probabilità; *"in this view, heuristics are poor substitutes for computations that are too demanding for ordinary minds to carry out"*, o altrimenti *"poor replicas of scientific tools"*<sup>380</sup>.

L'«eurisma di ancoraggio» porta a collocare l'azione (quindi la decisione) entro un raggio di possibilità che ha come fulcro centrale un punto di riferimento dato. L'«ancoraggio» funziona quanto più la probabilità di un cambio negli elementi di contesto è bassa e dunque se i costi (in termini di tempo e risorse) per la revisione di tali elementi appaiono sproporzionati; a titolo d'esempio, per quantificare il *budget* per l'anno successivo si prende come riferimento il consuntivo dell'anno precedente.

L'«eurisma di rappresentatività» vede la sostituzione del dato empirico mancante con un giudizio basato su conoscenze familiari che il valutatore crede aderenti al caso sottopostogli; ad esempio, a ciò che è più rappresentato nei *media* si attribuisce un valore percentuale più alto.

L'«eurisma di disponibilità» porta invece a privilegiare le informazioni più facilmente reperibili rispetto a quelle più risalenti nel tempo o più complesse da ricavare e comprendere; un esempio è dato dalle valutazioni delle *performance* dei dipendenti nelle quali si dà più spazio, sia in positivo che in negativo, agli accadimenti più vicini.

Gli «eurismi» in qualche modo si oppongono ad un indefinito rimandare, se ammettiamo che *"in condizioni di incertezza, ovvero di ignoranza circa*

---

DUNCKER, *"On problem solving"* (L. S. Lees, Trans.), *Psychological Monographs*, 58, (5, whole n. 270), 1945, (original work published 1935).

<sup>380</sup> D. G. GOLDSTEIN, G. GIGERENZER, *"Models of ecological rationality: the recognition heuristic"*, in *Psychological Review*, 2002, vol. 109, n. 1, 75-90.

le probabilità degli eventi, la decisione migliore da prendere sarebbe quella di non decidere, di rinviare la questione, prendere tempo per documentarsi, e, solo dopo aver costruito una base di alternative, stabilire il corso di azione più opportuno”<sup>381</sup>.

Tuttavia, quando gli «eurismi» operano simultaneamente, si rischia il c.d. «*overconfidence*», traducibile come sicumera: “forma di superiorità decisionale che porta le persone a essere sicure di sé, insensibili rispetto alla razionalità delle decisioni, alla verifica delle informazioni in possesso, privilegiando modelli mentali consolidati”<sup>382</sup>; l’esempio può essere l’investitore che sopravvaluta le proprie decisioni finanziarie e considera solo i dati che le supportano positivamente.

L’«*overconfidence*» ha dunque molti lati negativi, ma può essere anche utilmente impiegato come strumento per orientare il comportamento delle persone, e l’esempio di scuola è la spiegazione delle regole di sicurezza a bordo degli aerei: è in funzione l’«eurisma di disponibilità» posto che vengono ripetute ad ogni volo e quindi le informazioni sono sempre richiamate alla mente; si ricorre ampiamente alla «rappresentatività» perché gli assistenti di volo mostrano l’uso dei dispositivi di sicurezza; è in azione l’«ancoraggio» perché tutto quello che i passeggeri vedono funge al bisogno come punto di riferimento.

Se gli «eurismi» sono quindi strumenti decisionali praticamente irrinunciabili, si devono introdurre degli accorgimenti, dei correttivi, per limitarne gli effetti distorsivi; fra questi: calibrare il grado di approfondimento propedeutico alla decisione, ampliando la ricerca di dati e informazioni quanto basta per superare disponibilità e ancoraggio senza però bloccare l’azione; ricorrere all’uso di *checklist*, predisposte e aggiornate

---

<sup>381</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 142.

<sup>382</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 147.

nel tempo e di immediata utilizzabilità quando si deve decidere in tempi brevi; utilizzare la logica di tesi e antitesi, cioè comportarsi in senso contrario all'«eurisma» per verificare la bontà del risultato a cui lo stesso avrebbe portato; ricorrere all'aiuto di esperti, cioè ricercare negli altri quelle competenze tecniche ed esperienziali che mancano al decisore, o superare proprio la dimensione individuale e deferire la decisione ad un *team* per sfruttare la collegialità al fine di costruire un bagaglio informativo più ricco in tempi comunque brevi.

È vero che gli «eurismi» hanno ragion d'essere a fronte di un difetto di conoscenza, e che presentano dei rischi, purtuttavia nella letteratura scientifica non mancano argomentazioni favorevoli ad un impiego fruttuoso della «*heuristic recognition*»<sup>383</sup>.

L'idea di base è la seguente: ogni qual volta si conduca un'analisi utilizzando dati sperimentali, la mancanza di alcuni dati è di per sé un limite, ma al di fuori della sperimentazione scientifica in senso proprio, soprattutto quando i dati sono campionati naturalmente e non in modo sistematico, può essere la conoscenza mancante a favorire la deduzione di corrette inferenze, specie ove il decisore sia chiamato a scegliere fra due alternative<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> D. G. GOLDSTEIN e G. GIGERENZER (op. cit.) spiegano cosa s'intende per «*recognition*»: *“Consider three levels of knowledge an organism may have. First, one may have no knowledge of an object or event because one has never heard, smelled, touched, tasted, or seen it before. Such objects we call «unrecognized». Second are objects one has experienced before but of which one has absolutely no further knowledge beyond this initial sense of recognition. These we will call «merely recognized». The third level of knowledge comprises mere recognition plus further knowledge; not only does one recognize the object, but one can provide all sorts of additional information about it, such as where one encountered it, what it is called, and so on. Thus, with the term recognition, we divide the world into the novel and the previously experienced”*.

<sup>384</sup> D. G. GOLDSTEIN e G. GIGERENZER (op. cit.) focused *“on the case of selecting one object from two. This task is known as paired comparison or two alternative forced choice; it is a stock-in-trade of experimental psychology and an elementary case to which many other tasks (such as multiple choice) are reducible”*.

L'obiettivo sul quale l'euristica sembra ben adattarsi consiste nell'individuazione di un oggetto, o di un insieme di oggetti, che esprimo "un maggior valore" rispetto ad un determinato criterio; nella scelta fra due, il riconoscimento euristico funziona tanto meglio quanto più è elevata la correlazione fra uno dei due oggetti e il criterio: *"if one of two objects is recognized and the other is not, then infer that the recognized object has the higher value with respect to the criterion"*<sup>385</sup>.

Chiariamolo con un esempio: a due gruppi di persone di stati diversi vengono nominate due città appartenenti ad uno di questi due stati aventi diversa fama internazionale, chiedendo loro quale delle due abbia il maggior numero di abitanti; si è empiricamente osservato che le risposte corrette provengono in misura maggiore dagli abitanti dell'altro stato: questi ultimi probabilmente conoscono solo una delle due città e quasi non hanno mai sentito parlare dell'altra, il che li induce a ritenerla giocoforza più piccola, diversamente dal gruppo in cui entrambe le città vengono riconosciute ma, se manca una corretta conoscenza sulle dimensioni, la risposta data può essere errata. In questo caso è il maggior difetto di conoscenza a premiare nell'individuazione dell'alternativa corretta, anche per la vicinanza dell'oggetto, cioè il numero di abitanti, con il criterio, cioè la fama.

II.3.4 - Dalla razionalità «euristica» alla razionalità «ecologica». Il funzionamento della «*heuristic recognition*» dipende dalla sua «*ecological rationality*», quale capacità di sfruttare la struttura dell'informazione nell'ambiente naturale: *"human reasoning and behavior are ecologically rational when they are adapted to the environment in which humans act"*<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> D. G. GOLDSTEIN e G. GIGERENZER, op. cit.

<sup>386</sup> *"This definition is in stark contrast to classical definitions of rationality, according to which reasoning and behavior are rational when they conform to norms of logic, statistics, and probability"*

La razionalità «ecologica» postula che i comportamenti razionali dell'uomo dipendono dall'interazione fra le sue capacità di calcolo con l'ambiente in cui vive e opera, col che per comprendere i meccanismi cognitivi che sottendono al comportamento non si potrebbero trascurare le condizioni ambientali sulle quali si basano.

La relazione fra il comportamento agito e il meccanismo cognitivo che l'ha generato non è necessariamente biunivoca, nella misura in cui lo stesso comportamento può trovare causa in meccanismi diversi, per individuare i quali non basta quindi guardare al solo comportamento, ma calarlo nell'analisi del contesto in cui si è prodotto; si parla dunque di comportamento adattivo rispetto all'ambiente.

L'identificazione dei meccanismi cognitivi che regolano i comportamenti diviene più efficace se si considera che la capacità di ragionamento dell'uomo trova limite in risorse quali tempo e memoria; di conseguenza, dovendosi necessariamente confrontare con tali limitazioni, il decisore,

---

*theory*". Un esempio può risultare chiarificatore: "Consider a physician's problem of inferring which of two heart attack patients needs more urgent treatment. This inference can be made on the basis of several cues, for example, the patients' systolic blood pressure or age. A physician might consider blood pressure as a more important indicator compared to age when inferring a patient's risk. When considering two patients, A and B, the physician might decide that although patient B has higher blood pressure than A, due to a small negligible difference, she will treat the older patient A first. The same might be the case when the physician compares patient B with C, where again patient C's blood pressure is not substantially higher than B's, so she treats the older patient B first. However, if the physician had compared patients A and C, she might have treated patient C first, because now C's blood pressure is substantially higher than A's. Thus, the physician's decisions would be intransitive and thereby would violate the consistency principle, a cornerstone of classical definitions of rationality. Consider the decision now from an ecological perspective, and a different conclusion can be drawn. First, the physician has to make her decisions rather quickly and her sequential inference strategy allows for very quick decisions. Second, the above hypothetical example illustrating intransitive decisions might not occur very often in real life: Blood pressure could be positively correlated with age, so that when treating the patient with the higher blood pressure, most likely the older patient will be treated first. Thus, the ecologically rational inference strategy of the physician, in principle, violates classical definitions of rationality, but in fact these violations might not occur frequently in real life"; così J. RIESKAMP - T. REIMER, "Ecological rationality", in *Encyclopedia of social psychology*, 2007, 273-275, a cui si rinvia per approfondimenti.

dinanzi ad un problema, opterà per la soluzione la cui elaborazione richiede minori risorse.

Dunque, se in una situazione data, più meccanismi cognitivi sono potenzialmente atti a produrre un adattamento all'ambiente, la persona propenderà per quello più economico; in tale ottica, gli strumenti di fruizione più immediata sono proprio gli «eurismi».

Le teorie «ecologiche», calando l'attività decisionale nel contesto in cui avviene, hanno il merito di sottolineare che all'interno di una qualunque organizzazione le azioni delle varie parti si modellano vicendevolmente, con la conseguenza che le caratteristiche del processo decisionale dipendono più dalle "proprietà sistemiche delle loro interazioni" che dall'identità e dalle intenzioni del singolo.

Se la considerazione che precede sarà ripresa trattando delle decisioni gruppali, qui interessa il passaggio successivo: ad un livello più ampio infatti, il processo decisionale è a sua volta inserito in un contesto sociale che è esso stesso continuamente plasmato dai processi decisionali operati nelle altre organizzazioni; competizione, cooperazione e imitazione portano le organizzazioni a influenzarsi reciprocamente nei percorsi di scelta, il che rende l'ambiente instabile, in continua evoluzione, e di difficile prevedibilità<sup>387</sup>, alimentando giocoforza il ricorso alle scorciatoie decisionali.

---

<sup>387</sup> J. G. MARCH (op. cit. 1997, 24) scrive: *"Decision making is embedded in a social context that is itself simultaneously shaped by decision making in other organizations. Premises and actions in one organization coevolve with those in other organizations. This interactive character of decision making extends over time so that the development of beliefs, rules, and expectations in one organization is intertwined with their development in others. Organizational histories, as well as interpretations of those histories, are formed through social interactions that make it difficult to understand decisions in any one organization at any one time without understanding those of other organizations and over time. Competition, cooperation, and imitation lead organizations to shape each other's decisions and decision making. Since different parts of the system are connected developmentally in this way, their evolutionary path is more difficult to anticipate than in a world*

II.3.5 - Decidere in situazioni di incertezza. Ora, fin qui si è trattato delle questioni relative alla formazione del bagaglio di conoscenze su cui si basa la decisione, alla generazione delle alternative possibili e alle modalità per circoscrivere l'analisi e l'azione nei limiti del concretamente possibile; ma la difficoltà che maggiormente incide sull'effettuazione della scelta riguarda la previsione delle relative conseguenze;<sup>388</sup> si è parlato di "limiti informativi e computazionali", legati alla non piena conoscenza e comprensione della situazione reale<sup>389</sup>.

Già le teorie pure davano in qualche modo rilievo all'incertezza sulle implicazioni future di un'azione presente, ammettendo che il decisore orienta la scelta in base alle conseguenze attese, che però probabilmente non conosce con certezza, così che il risultato pratico potrebbe non confermare l'aspettativa; il *focus* era posto sulle decisioni assunte in situazioni di «rischio», intese come incertezza sulle conseguenze precise di cui è invece nota la probabilità.

Miliare fu il contributo di Daniel Bernoulli, che traendo spunto dalla formulazione elementare della «speranza matematica», suggerì di calcolare, per ciascuna alternativa, il «valore atteso»<sup>390</sup> così da optare per quello più

---

*in which the environment can be taken as given and the primary issue is the extent and form of organizational adaptation to it".*

<sup>388</sup> Per J. G. MARCH (op. cit. 1994) "*Uncertainty may be imagined to exist either because some processes are uncertain at their most fundamental levels or because decision makers' ignorance about the mechanisms driving the process make outcomes look uncertain to them*".

<sup>389</sup> Il riferimento è a J. G. MARCH, op. cit. 1997, 12.

<sup>390</sup> Questa grandezza, usata come sinonimo di «speranza matematica», è sostanzialmente una speranza di vincita, ossia la somma delle possibili vincite, ognuna pesata con la sua probabilità di accadere; spieghiamolo con l'esempio del lancio di una moneta. Ogni volta che esce «testa» la vincita è 10 euro, ma ad ogni lancio si pagano 4 euro; applicando la formula di Bernoulli vale partecipare al gioco, in quanto il prodotto fra la probabilità di vincere (pari al 50%) e il valore atteso della vincita (pari a 10 euro) è di 5 euro, cioè superiore ai 4 della giocata. Ipotizziamo ora più lanci ripetuti: se al primo esce «testa» si vincono 10 euro, se esce «croce» nulla ma possiamo continuare, e ad ogni lancio successivo l'eventuale vincita (cioè se esce «testa») si raddoppia (20 euro al secondo, 40 al terzo, 80 al quarto ecc.). Calcoliamo la «speranza matematica»: al primo lancio è di 5 euro come nel caso precedente;

elevato; a guidare la scelta sarebbe dunque una formula matematica, ossia il prodotto fra la probabilità statistica di realizzazione delle alternative disponibili e il valore (in senso positivo) che attribuiamo alla rispettiva realizzazione<sup>391</sup> [valore atteso = probabilità × valore].

Al di là dei limiti e dei correttivi alla teoria della speranza matematica<sup>392</sup>, partire dall'equazione di Bernoulli è ancora funzionale ad introdurre il concetto di «valore atteso», e “aiuta a comprendere quali siano i veri limiti del comportamento razionale dell'uomo”<sup>393</sup>.

---

se procediamo, le probabilità globali di ottenere «testa» (considerati anche i lanci precedenti) diminuiscono, e saranno del 25% al secondo tentativo, del 12,5% al terzo, del 6,25% al quarto e così via. Il valore della «speranza matematica» rimane immutato: il 25% di 20 euro sono 5 euro, come il 12,5% di 40. Se ne deduce che la «speranza matematica» di un guadagno atteso è massima se il numero delle giocate è infinito, ma nessun agente razionale è disposto a giocare all'infinito: è questa l'intuizione alla base del c.d. paradosso di San Pietroburgo (sul superamento del quale torneremo *infra*).

<sup>391</sup> Con tale locuzione, in diversi ambiti scientifici, si indica la quantificazione del valore di un esito (per esempio in medicina può rappresentare lo stato di salute o l'aspettativa di vita).

<sup>392</sup> Per l'approfondimento dei quali si rinvia al contributo di P. AGNOLI, F. PICCOLO, “Presentazione di una nuova teoria sulla valutazione del rischio, ovvero traduzione, con breve introduzione, del saggio (1738) *Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis* di Daniel Bernoulli”, 7 febbraio 2008, in <https://archiviomarini.sp.unipi.it>. Sinteticamente, lo stesso Bernoulli propose di superare il c.d. paradosso di San Pietroburgo sostituendo alla «speranza matematica» la c.d. «speranza morale», intuendo che la determinazione del valore di un oggetto dev'essere basata non sul suo prezzo ma sull'utilità che può procurare al singolo; l'utilità c.d. marginale del denaro è decrescente all'aumentare delle somme disponibili, nel senso che uno stesso guadagno monetario ha un valore relativo diverso in base al reddito del soggetto. Così una buona decisione diventa il risultato della combinazione fra la probabilità di ciascuna alternativa possibile e il valore relativo (o appunto marginale) associato ad esse. Sul punto merita un riferimento anche il contributo di J. Bentham, che interpreta l'utilità come “*aritmetica del piacere*”: ogni azione arreca sia «piacere» che «dolore», e dato che l'uomo mira alla «felicità», che sta nella massimizzazione del «piacere» e nella minimizzazione del «dolore», una scelta sarà buona soltanto se il risultato arrecherà più «piacere» che «dolore». L'utilitarismo di Bentham ha costituito almeno in parte il fondamento concettuale per basare, in ambito aziendale, la presa delle decisioni sull'analisi costi/benefici, che seppur fondamentale, sconta il limite dell'impossibilità (o comunque notevole difficoltà) di attribuire un valore numerico (e anche esatto) a tutti gli elementi da considerare per decidere; si rinvia comunque al già citato manuale di S. Salvemini, pagg. 131-136.

<sup>393</sup> Così S. SALVEMINI, op. cit., 151.

Sul primo aspetto, l'approccio tradizionale alle decisioni a «rischio» vuole infatti che la scelta ricada sull'alternativa che ha il maggior «valore atteso» medio, ossia che produce il miglior risultato se ripetuta più volte<sup>394</sup>; più articolate elaborazioni combinano all'elemento dell'aspettativa media di ritorno quello del grado di incertezza che è insito nella scelta<sup>395</sup>.

Ma «le persone non sono affatto brave nella stima delle probabilità, e [...] sono altrettanto in difficoltà quando si tratta di attribuire un valore alle alternative che devono considerare»<sup>396</sup>; su entrambi i fronti la scienza delle decisioni mette in guardia da quelle c.d. «trappole» in cui si rischia d'incappare nella scelta, ma ben più ampi sono i limiti alla razionalità umana nella quantificazione delle probabilità e del valore.

Gli errori nella stima delle probabilità dipendono per lo più dal ricorso (più o meno involontario) alle «scorciatoie euristiche»; specie l'«eurisma di disponibilità» entra in azione e falsa la percezione quantitativa delle alternative date, come si dimostra col seguente esempio: le persone tendono a sovrastimare rispetto al reale le probabilità di perdere la vita in un incidente aereo perché, quando un evento del genere accade, catalizza l'attenzione dei *media* molto più di altre ipotesi di decesso di cui tendenzialmente non si parla<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> La logica è la medesima della «speranza matematica» di un guadagno atteso applicata alle scommesse, che abbiamo visto essere massima se il numero delle giocate è infinito.

<sup>395</sup> Con la precisazione che un maggior rischio non necessariamente diminuisce il valore dell'opzione considerata, potendosi distinguere fra *risk-averse decision makers* e *risk-seeking decision makers*. Si tenga però a mente che spesso la maggior avversione al rischio è propria delle persone che ricoprono una posizione di potere, per il desiderio di non perdere quella posizione compiendo operazioni eccessivamente aleatorie (la c.d. avversione al rischio è una delle «trappole decisionali» di cui poi parleremo).

<sup>396</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 151.

<sup>397</sup> L'«eurisma di disponibilità» funziona anche in termini di maggior agilità nel richiamare un qualcosa alla mente perché trattasi di informazione più facile da catalogare: elencare rapidamente parole che iniziano con una certa lettera è più immediato che individuare parole che quella lettera la contengono al suo interno (ancor più se in una determinata

Nell'attribuzione del valore gli errori sono comunemente legati a problemi di comparazione fra situazioni presenti e passate o fra situazioni simili che vengono differentemente trattate al variare dei dati di contesto; chiariamo sempre con degli esempi.

Si parla di "comparazione col passato" quando il decisore erra nella stima di un'opzione attuale perché la confronta impropriamente con un'alternativa passata non più praticabile: rispetto ad un prezzo iniziale di 2.000 euro, un'agenzia di viaggi propone ad un primo gruppo di persone di acquistare il pacchetto vacanze a 1.600 euro, e tutte sono pronte a sottoscrivere l'offerta. Ad un secondo gruppo viene invece spiegato che nei giorni precedenti avrebbero potuto acquistare il pacchetto a soli 1.000 euro, mentre al giorno corrente il prezzo è di 1.500; la maggior parte non accetta perché mal individua i termini del paragone, cioè confronta gli attuali 1.500 euro con i precedenti 1.000, invece che con i 1.600 che sarebbero stati disposti a pagare subito.

Si parla invece di "*shifting comparison*" quando si relativizza il valore di uno stesso *asset* rispetto al variare di altri elementi con cui lo si pone in relazione, e questo avviene soprattutto col denaro, nel senso che alla stessa cifra si attribuisce un valore proporzionale rispetto alla somma a cui la si parametrizza: uno sconto di 100 euro sembra avere un valore molto alto se ne stiamo spendendo 200 (posto che il risparmio è del 50%), ma su un totale di 10.000 quella stessa cifra appare irrisoria, quando in realtà i 100 euro risparmiati hanno lo stesso potere d'acquisto.

Oltre all'avversione al rischio già accennata, completano il quadro delle più basilari trappole decisionali la c.d. "*escalation del commitment*" e il "meccanismo di attribuzione causale".

---

posizione); ne consegue che il numero del primo gruppo di parole sarà sovrastimato rispetto al secondo.

Con la prima locuzione s'intende la tendenza distorsiva a mantenere ferma una decisione anche in presenza di chiare prove di scorrettezza (fenomeno accentuato quando gli individui si considerano responsabili dei risultati e temono il fallimento, quando l'autorità avalla quella scelta o quando manca la consapevolezza delle conseguenze negative e dei costi del perpetrare in una decisione sbagliata).

Invece, attraverso il meccanismo di attribuzione, gli individui cercano di stabilire relazioni di causa-effetto fra i comportamenti agiti (da sé e dagli altri) e le loro possibili cause (interne ed esterne); l'errore sta nell'essere "clementi" con noi stessi, cioè nell'attribuire i nostri successi a fattori interni (capacità, impegno e merito) e gli insuccessi a fattori esterni (non soggetti alla nostra volontà), e nel pensare invece il contrario sulle altre persone.

La riflessione sarebbe ben più articolata; limitando ad alcuni spunti, quando si è chiamati a decidere in situazioni di rischio (o elevato grado di incertezza) una buona stima probabilistica faciliterebbe notevolmente la scelta, ma in concreto, pur tentando di bilanciare opportunità e pericoli, i decisori sono scarsamente attenti o efficaci nel calcolo delle probabilità, nel senso che si approcciano alla variabilità o tentando di evitarla, o accettandola quasi passivamente come nel gioco d'azzardo<sup>398</sup>.

Anche l'idea che il decisore operi seguendo un criterio preferenziale ben predefinito spesso non trova conferma: specie in contesti organizzati, le persone tendono a seguire regole, norme culturali e prassi anche quando

---

<sup>398</sup> Il passaggio è ben spiegato da J. G. MARCH (op. cit. 1997, 14): *"to be sure decision makers often attend to the relationship between opportunities and dangers, and they are often concerned about the latter; but they seem to be relatively insensitive to probability estimates when thinking about taking risks. Although theories of choice tend to treat gambling as a prototypic situation of decision making under risk, decision makers distinguish between risk taking and gambling, saying that although they should take risks, they should never gamble. They react to variability more by trying actively to avoid it or to control it than by treating it as a trade-off with expected value in making a choice"*.

ciò non risponde o non è funzionale al loro reale interesse; il comportamento agito è spesso quello che meno si discosta da *standard* operativi e procedurali.

La spiegazione di questo fenomeno è assai complessa, ma sostanzialmente dipende dal fatto che, più che valutare le alternative in termini di valore prodotto dalle rispettive conseguenze, l'azione trova origine nell'abbinamento fra situazioni, identità e regole<sup>399</sup>.

In altre parole, e senza pretesa di esaustività, il decisore classifica le situazioni che si trova ad affrontare in categorie, associa ad esse diverse identità (qui intese come «identità di ruolo»<sup>400</sup>) e complessi di regole, limitandosi poi, nella situazione concreta, ad attivare l'identità corrispondente e a seguire norme e prassi che ad essa si legano.

Come vedremo più diffusamente, il ruolo delle regole e della prassi nel processo decisionale è assai complesso perché, se da un lato fungono da presidio (quasi) ineliminabile di equità e contenimento dell'arbitrio,

---

<sup>399</sup> J. G. MARCH (op. cit. 1997, 17) parla di una "*logic of appropriateness*" contrapposta alla differente "*logic of consequence*".

<sup>400</sup> In estrema sintesi, l'identità di un individuo si costruisce nella dialettica fra tre dimensioni. L'«identità di ruolo» fa riferimento alla posizione sociale intesa come funzione svolta, e si distinguono posizioni sociali c.d. normative, ad es. studente, lavoratore, moglie e madre, posizioni sociali c.d. contro-normative, cioè espressione di un disvalore, come criminale o tossicodipendente, e posizioni sociali basate su interessi, attività e abitudini, e gli esempi sono ancor più eterogenei, vedi volontario, appassionato di sport, donatore di sangue. Alla posizione nella società corrisponde un *pattern* di aspettative che guidano i comportamenti individuali; l'insieme di queste aspettative definisce il «ruolo». L'«identità di ruolo» si compone a sua volta di una dimensione propriamente sociale, legata alle aspettative di ruolo eterodefinite, cioè dettate da norme e prassi esterne alla persona, e di una dimensione personale, data dal modo in cui il singolo interpreta il ruolo e sceglie di agirlo conformandosi o discostandosi dalle aspettative predette. Ognuno ha tante identità di ruolo quante sono le posizioni che contemporaneamente ricopre nella società, dopodiché potrà attribuirgli una diversa salienza. Le altre due dimensioni sono l'«identità sociale» e l'«identità personale», che fanno rispettivamente riferimento all'appartenenza dell'individuo a gruppi sociali (vedi orientamento politico o credo religioso) e a quell'insieme di attributi che conformano l'individuo nella sua unicità, senza che rilevino profili di identificazione con altri (sull'«identità sociale» si tornerà *infra*, e per approfondimenti si rinvia a S. SALVEMINI, op. cit., 57-98).

dall'altro la mera adesione a “quel che si fa sempre” rischia di elidere in radice qualunque approccio creativo, anche a fronte di situazioni originali che non possono trovare soluzione con le modalità operative abituali.

## **II.4 - Le influenze sul processo decisionale.**

II.4.1 - Le influenze personali. Come già ampiamente emerso dalla trattazione precedente, il *decision making* è profondamente influenzato dalle caratteristiche personali degli attori decisionali e da quelle dell'ambiente in cui si trovano ad operare.

Volendone tracciare un quadro sintetico, le influenze individuali afferiscono alternativamente alle due macro-categorie dello «stile cognitivo» e della «personalità».

Allo stile cognitivo si riconduce tutto ciò che concerne il ragionamento e l'elaborazione delle informazioni, ed ha quindi a che fare con la dimensione dell'intelligenza, intesa come omnicomprensiva di tutte le capacità percettive e analitiche che l'individuo aziona durante il processo decisionale.

Due fenomeni meritano particolare attenzione, ossia la c.d. «attenzione selettiva» e l'intuizione.

Per la psicologia, l'attenzione selettiva è una componente fondamentale del funzionamento del sistema cognitivo umano, che funge da filtro, e permette di canalizzare delle risorse mentali (per definizione limitate) verso le sole informazioni utili: posta la necessità di contingentare i tempi di reazione, ossia la quantità di tempo che intercorre fra la percezione di uno stimolo di qualunque natura e la generazione di una risposta, fra la pluralità di stimoli ricevuti il processo di rielaborazione mentale si avvia soltanto per alcuni di

essi, secondo un inconscio criterio di rilevanza che dipende da fattori come l'età anagrafica e le abilità cognitive.

È allora evidente che l'attenzione selettiva permette di gestire, rapidamente, grandi quantità di dati, senza però sottacere il potenziale pericolo della mancata elaborazione di informazioni anche di grande importanza.

Sovente il decisore si affida anche a strumenti meno razionali, come l'intuizione, che attinge alla c.d. conoscenza tacita, quale bagaglio informativo, per lo più di formazione esperienziale, che l'individuo possiede ed utilizza in modo automatico, pur non essendo in grado di esprimere o comunicare esplicitamente<sup>401</sup>.

L'intuizione, allora, "consiste nell'abilità di percepire l'esistenza di un problema o di una opportunità e di scegliere l'azione migliore senza alcun ragionamento conscio"; permette di bypassare varie fasi del processo decisionale, semplificando e accorciando i tempi della decisione, e favorisce l'individuazione quasi automatica di soluzioni creative.

Non vanno sottaciuti i rischi, che hanno a che vedere con il pericolo del «*framing*», per cui il punto di vista dominante, ossia l'immagine mentale che l'osservatore si costruisce in riferimento ad un oggetto o ad un fenomeno osservato, può privare l'osservatore stesso della capacità critica per osservare lo stesso oggetto o fenomeno da altri punti di vista; per questo "in una situazione ideale, l'intuizione non dovrebbe rappresentare

---

<sup>401</sup> Il filosofo M. POLANYI, nel libro *"The tacit dimension"*, The University of Chicago Press, 2009, sosteneva che *"sappiamo più di quanto sappiamo dire"*, riferendosi appunto alla componente implicita della conoscenza; sulla conoscenza tacita in ambito organizzativo è poi fondamentale il riferimento al c.d. modello della spirale della conoscenza elaborato da I. NONAKA e H. TAKEUCHI, nell'opera *"The knowledge creating company"* del 1995, per cui il successo di un'impresa sostanzialmente consiste nella capacità di creazione continua di conoscenza organizzativa, realizzata per il tramite di una costante e ciclica conversione della conoscenza tacita in esplicita e viceversa.

l'alternativa a un approccio più razionale e analitico, ma, piuttosto, rappresentarne un valido complemento"<sup>402</sup>.

Passando alla personalità, secondo Allport, uno dei pionieri degli studi in materia, è "l'organizzazione dinamica interna all'individuo dei sistemi psichici, cognitivi e fisici che determinano le modalità di adattamento specifiche dell'individuo stesso all'ambiente"<sup>403</sup>.

Più recentemente, Galimberti<sup>404</sup> l'ha definita come "l'insieme di caratteristiche psichiche e modalità di comportamento che, nella loro integrazione, costituiscono il nucleo irriducibile di un individuo che rimane tale nella molteplicità e diversità delle situazioni ambientali in cui si esprime e si trova a operare"; ancora successivo il contributo di Caprara, che l'ha qualificata come "una struttura relativamente stabile che contiene e organizza gli affetti, le emozioni i bisogni, i desideri, gli scopi e i comportamenti della persona", e come "ciò che rende conto di come una persona pensa e sente, di come agisce e di che cosa può diventare, e di ciò che è comune e distintivo di ciascuna individualità"<sup>405</sup>.

In estrema sintesi, la ricerca in ambito psicologico e neuro-bio-psicologico ha mostrato come la personalità sia frutto dell'interazione fra fattori genetici e ambientali, nel senso che le potenzialità del nostro patrimonio genetico si sviluppano diversamente attraverso l'apprendimento e i processi di socializzazione, e più in generale le esperienze di vita, che portano all'acquisizione e al consolidamento di determinati *mindset* o stili di pensiero, di reattività emotiva e di comportamento.

---

<sup>402</sup> L. TESIO, op. cit., 33.

<sup>403</sup> G. W. ALLPORT, "Personality. A Psychological Interpretation", Holt, Rinehart & Winston, New York, 1937.

<sup>404</sup> U. GALIMBERTI, "Dizionario di Psicologia", UTET, Torino, 1992.

<sup>405</sup> G. V. CAPRARA, "Motivare è riuscire. Le ragioni del successo", Il Mulino, Bologna, 2013.

Spiega Salvemini<sup>406</sup> che “uno dei capisaldi della teoria della personalità è che quest’ultima può essere rappresentata come un insieme di tratti, ovvero come un insieme di caratteristiche che la persona specifica manifesta in un gran numero di situazioni e che proprio per questo la definiscono”.

Per «tratto» s’intende oggi “un sistema di costellazioni affettivo-cognitive e comportamentali abituali alle quali si fa riferimento nelle più svariate situazioni usando termini come estroversione, amicalità aggressività o coscienziosità [...] Nell’accezione moderna i tratti sono disposizioni relativamente stabili che per natura o esperienza rendono alcune reazioni più accessibili e perciò più probabili di altre [...] Mentre i comportamenti rispecchiano le modalità di conformarsi alle varie situazioni, soprattutto i modi di interpretare le situazioni e i sentimenti che stabilmente si accompagnano a tali modi rendono conto della vera natura dei tratti”<sup>407</sup>.

Se nei numerosi tentativi di razionalizzare e codificare il concetto di «tratto» si è nel tempo arrivati a formulare anche elenchi di migliaia di caratteristiche, gli studi più accreditati<sup>408</sup> hanno poi converso sul celebre modello dei “*Big Five*”, che identifica appunto in astratto cinque tratti con le relative sottodimensioni, in grado di descrivere in modo sintetico ma completo la struttura di personalità degli individui, specie quelle caratteristiche che possono influenzare i comportamenti individuali e i risultati in ambito organizzativo, afferendo alle reazioni emotive alle sfide di contenuto e relazionali connesse al ruolo, alle modalità di gestione dello

---

<sup>406</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 16-18.

<sup>407</sup> G. V. CAPRARA, op. cit.

<sup>408</sup> Il riferimento è agli studi di Allport, Cattell, Eysenck, Guilford, McCrae e Costa, in R. R. McCRAE – P. T. COSTA, “*Toward a new generation of personality theories: Theoretical contexts for the five-factor model*”, in J. S. WIGGINS (ed.), “*The Five-factor Model of Personality: Theoretical Perspectives*”, New York, 1996.

stress e alla percezione di maggiore o minore attrattività delle diverse possibilità di crescita professionale.

Sinteticamente, la «coscienziosità» misura l'affidabilità in termini di senso di responsabilità, persistenza, puntualità e ordine; l'«amicalità» misura la predisposizione verso gli altri in termini di collaborazione, cordialità e fiducia nel prossimo; il «nevroticismo» misura il grado di reattività in situazioni percepite come stressanti in termini di autocontrollo, stabilità emotiva e sicurezza in sé; l'«apertura all'esperienza» misura l'ampiezza degli interessi della persona e la tendenza a ricercare novità e opportunità; l'«estroversione» misura il livello di agio nelle situazioni relazionali, come tendenza all'aggregazione e alla capacità di condivisione.<sup>409</sup>

Ora, se la crescente attenzione riservata da tutte le organizzazioni alle caratteristiche della personalità ne rendeva doveroso un inquadramento, nell'economia del presente lavoro tutta l'attività di rilevazione e misurazione di tali caratteristiche è limitatamente rilevante, interessando più propriamente i processi di gestione delle risorse umane; per altro, quello

---

<sup>409</sup> Rispetto ai cinque tratti del modello in esame (che, lo si ribadisce, già consentano di interpretare e comprendere la maggior parte dei comportamenti individuali e dei risultati prestazionali in ambito organizzativo), vi sono in particolare "altri due sistemi di tratti che meritano di essere osservati, rilevati e misurati in quanto consentono di comprendere e prevedere comportamenti individuali che influenzano in modo significativo la qualità e il livello della prestazione", quali la «Core Self-Evaluation» e il c.d. «Machiavellismo». In estrema sintesi, la prima "è un tratto di personalità che rappresenta il modo in cui un individuo valuta se stesso per quanto concerne la competenza e la possibilità di esercitare un controllo sugli eventi della propria vita. Individuo con una Core Self-Evaluation positiva si percepiscono come competenti e in grado di influenzare le situazioni e le relazioni che li vedono coinvolti avendo quindi un ruolo importante nel determinare il proprio destino"; la ricerca ha evidenziato la correlazione fra «Core Self-Evaluation» positiva e soddisfazione sul lavoro, impegno e dedizione, accettazione di obiettivi più sfidanti e progressioni di carriera più rapide. Lo stile c.d. machiavellico è invece proprio di chi possiede caratteristiche che sostengono comportamenti orientati ad un forte pragmatismo, che unito ad un certo distacco emotivo e alla convinzione che il fine giustifichi i mezzi, alimenta modalità d'azione mirate e mediamente aggressive; produce i migliori effetti in «contesti deboli» e nelle relazioni *vis-à-vis*.  
c.f.r. S. SALVEMINI, op. cit., 21-23.

degli apparati amministrativi è certamente un «contesto forte», e preme tenere a mente che “l’impatto della personalità sulla qualità e sul livello della prestazione è molto elevato in contesti cosiddetti deboli ovvero caratterizzati da elevati livelli di responsabilizzazione e discrezionalità e dalla scarsità di norme e procedure. Di contro, nei contesti forti, ovvero in organizzazioni molto procedurizzate e normate, il ruolo della personalità è meno rilevante perché sono le situazioni e le norme formali e informali che le governano a influenzare i comportamenti individuali”<sup>410</sup>.

Eccezion fatta, tuttavia, per la c.d. propensione al rischio, che, fra le caratteristiche della personalità, influenza invece fortemente il processo decisionale.

Fermo restando quanto già evidenziato sul fatto che, in linea generale, la maggior avversione al rischio è propria delle persone che ricoprono una posizione di potere, per il desiderio di non perdere quella posizione compiendo operazioni eccessivamente aleatorie, guardata da una diversa prospettiva, si è notato che la maggiore o minore propensione al rischio molto dipende da come il problema o l’opportunità vengono presentati.

Il riferimento è agli studi di Kahneman e Tversky sugli effetti dell’«inquadramento», fenomeno per cui quando un problema è posto in termini positivi le persone tendono a scegliere l’alternativa più sicura per evitare il rischio di perdere o diminuire il possibile guadagno, mentre se il problema è posto in termini negativi si è più disposti a correre rischi pur di evitare le potenziali perdite; la conclusione fu che, indicativamente, “le persone ritengono che gli stessi problemi, inquadrati in modo diverso, non siano realmente equivalenti, dimostrando una propensione a evitare i rischi

---

<sup>410</sup> Così S. SALVEMINI, op. cit., 24-25.

quando gli esiti della decisione sono inquadrati in termini positivi e ad assumersi i rischi quando gli stessi sono inquadrati in termini negativi”<sup>411</sup>.

Vengono poi in gioco i «valori», quali convinzioni profondamente radicate e stabili che guidano l’individuo nella definizione delle proprie priorità e nel decidere come agire per perseguire finalità e obiettivi individualmente o socialmente preferibili; organizzati secondo una scala gerarchica, i «valori» definiscono cos’è importante, per cui profondere maggiore impegno.

Come i tratti della personalità, anche i valori si caratterizzano per una tendenziale stabilità e influenzano i comportamenti e, dunque, la prestazione individuale, ma, a differenza dei primi, non sono neanche in parte geneticamente determinati quanto piuttosto esclusivamente frutto di processi di apprendimento e socializzazione, si connotano per una marcata componente valutativa (esprimono cioè cos’è ritenuto gusto/buono/bello), e possono entrare l’uno in conflitto con gli altri (da qui l’essere gerarchicamente ordinati)<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> D. KAHNEMAN – A. TVERSKY, “*Choices, values and frames*”, in *American Psychologist*, 1984, 39, 341-350.

<sup>412</sup> Fra i numerosi tentativi di rilevare e osservare il sistema dei valori, sia a livello individuale che organizzativo, ha riscontrato particolarmente successo e seguito lo “*Schwartz Values Circumplex*” (dall’opera di S. H. SCHWARTZ, “*Toward a universal psychological structure of human values*”, *Journal of Social Issues*, 1987, 50) che, nato da una ricerca empirica condotta su circa 25 mila persona in 44 diversi paesi del mondo, mappa i valori di base considerati universali perché riscontrabili pressoché ovunque. Il modello comprende 57 valori raggruppati in 10 cluster a loro volta disposti su 4 quadranti, rappresentati all’interno di un sistema circolare da leggere in senso orario, dove i valori vicini implicano la reciproca importanza/rilevanza; per una sintetica rappresentazione grafica si rinvia a S. SALVEMINI, op. cit., 28-29. Relativamente all’ambito organizzativo, l’importanza dei valori molto risiede nel fatto che, per la loro natura valutativa e il carattere di tendenziale immutabilità, determinano la misura in cui l’individuo si sente a suo agio nel contesto organizzativo: si parla di «grado di congruenza valoriale» o di *fit* persona-organizzazione. Si tratta allora di aspetti da tenere in debita considerazione in fase di selezione del personale, specie per i ruoli intermedi o apicali, considerando che quanto più il sistema dei valori della persona è sovrapponibile a quello dell’organizzazione in cui va a inserirsi, tanto più elevati saranno il *commitment*, la soddisfazione, l’identificazione e l’*engagement*, tanto più contenuto sarà il livello di stress.

Sebbene in ruolo dell'etica nei contesti organizzati sia un tema di grande complessità, basti qui considerare che l'eticità di una decisione può essere apprezzata sia secondo una prospettiva «utilitaristica», cioè puntando a raggiungere l'obiettivo senza "danni collaterali", che seguendo un approccio «deontologico», privilegiando la rispondenza della decisione a principi quali equità e onestà, piuttosto che guardare alle conseguenze pratiche della decisione stessa<sup>413</sup>.

Anche perché, come già evidenziato in linea generale a proposito della personalità, relativamente alle decisioni prese in ambito pubblicistico dagli organi amministrativi pure i valori hanno una capacità d'influenza assai limitata, in quanto trattasi di un «contesto forte», quando, al contrario, i valori hanno modo di orientare le decisioni e le azioni "soprattutto in situazioni caratterizzate da ambiguità, incertezza, assenza di norme e regole che ne organizzino e disciplinino le dinamiche. Essi sono particolarmente rilevanti in organizzazioni in cui i margini di discrezionalità individuali sono notevoli per consentire un adattamento funzionale alle mutevoli condizioni del contesto, a fronte della necessità di garantire comunque la coerenza interna di atteggiamenti e comportamenti"<sup>414</sup>.

Per concludere, completato il processo decisionale fino all'implementazione della scelta, vi è ancora modo perché le caratteristiche personali del decisore possano influenzare il *decision making*, specie riguardo a decisioni non routinarie.

Si è già trattato della c.d. *escalation del commitment*, fenomeno sul quale invero incidono in modo complementare: i) meccanismi psicologici, come l'«autogiustificazione», che porta il decisore ad identificarsi nell'azione

---

<sup>413</sup> Sul tema, A. J. DUBRIN, *"Fundamentals of Organizational Behavior"*, South-Western College, Cincinnati, 1997.

<sup>414</sup> Così S. SALVEMINI, op. cit., 31.

intrapresa e dunque a persistervi per conservare una buona immagine di sé, e il c.d. «paraocchi percettivo», quale altro meccanismo di difesa che porta a filtrare i *feedback* ricevuti, impedendo al decisore di cogliere l'esistenza di un problema nel corso d'azione prescelto; *ii*) cause di contesto, ossia pressioni politiche e sociali fuori dal controllo dell'organizzazione, che costringono a proseguire nell'azione fallimentare per mancanza di alternative; *iii*) cause propriamente organizzative, quali le caratteristiche del progetto, nel senso che se l'investimento non prevede (per sua natura) profitti immediati, si tenderà a intensificare lungamente l'impegno percependo come facilmente correggibili gli errori intermedi, e i costi di chiusura, in termini sia economici che di perdita d'immagine legata all'abbandono del progetto intrapreso.

Vari studi hanno messo a punto una serie di accorgimenti per limitare il fenomeno dell'«intensificazione dell'impegno», tipo: definire alcuni obiettivi prestazionali minimi perché i decisori possano misurare i loro risultati sulla base di questi; ridurre il coinvolgimento personale dei decisori nel progetto; minimizzare le conseguenze negative del fallimento; fornire frequenti *feedback* sull'andamento del progetto; rendere i decisori costantemente edotti dei costi di persistenza<sup>415</sup>.

Non meno incisiva la c.d. «ansietà postdecisionale», individuata negli studi sulla «dissonanza cognitiva» come possibile conseguenza dell'importanza di una decisione, combinatamente all'esistenza di soluzioni alternative altrettanto valide.

Secondo Festinger, la «dissonanza cognitiva» è quella “condizione in cui le credenze, le nozioni e le opinioni di un individuo contrastano fra loro o con

---

<sup>415</sup> Così L. TESIO, op. cit., 92, che riprende B. M. STAW – J. ROSS, “*Behavior in escalation situation: Antecedents, prototypes and solutions*”, in *Research in organizational Behavior*, 9, 39-78.

l'ambiente in cui l'individuo si trova a operare" <sup>416</sup>; spiega Tesio: "durante un processo decisionale in cui l'individuo ha consapevolezza delle caratteristiche negative dell'alternativa scelta e di quelle positive dell'alternativa rifiutata, tale dissonanza determina l'ansia postdecisionale, uno stato di stress che l'individuo tende a ridurre o eliminare".

Nel breve periodo di tempo immediatamente susseguente alla scelta, l'individuo tenderà a concentrare l'attenzione sugli elementi dissonanti rispetto alla decisione presa, desiderando di cambiarla: è il fenomeno del «rimpianto».

Tale attenzione tende però ad esaurirsi gradualmente, col subentrare della strategia della «razionalizzazione» dei dati e delle informazioni possedute, che consiste nel filtrarli affinché supportino la decisione presa, nel criticare le alternative scartate, nel minimizzare gli aspetti negativi della soluzione in atto rimarcando quelli positivi, per rafforzare l'attrattiva della scelta effettuata a discapito delle possibili alternative<sup>417</sup>.

Brevemente, sono stati individuati tre modi per risolvere il conflitto: attenersi alla decisione originale dopo aver riesaminato le informazioni a disposizioni, procedendo come programmato; rallentare ed eventualmente modificare il processo di implementazione per inserire verifiche *in itinere*; abbandonare la decisione iniziale se il riesame fa emergere rischi e costi eccessivi<sup>418</sup>.

II.4.2 - Le influenze ambientali. Passando a trattare delle influenze che produce l'ambiente organizzativo sull'attività di *decision making*, queste

---

<sup>416</sup> L. FESTINGER, "A Theory of Cognitive Dissonance", Harper & Row, New York, 1957.

<sup>417</sup> In questi termini L. TESIO, op. cit., 45-46.

<sup>418</sup> Così L. TESIO, op. cit., 91, che riprende I. L. JANIS – L. MANN, "Decision Making: A Psychological Analysis of Conflict, Choice and Commitment", Free Press, New York, 1977.

vengono tradizionalmente inquadrare alternativamente come “influenze sulla persona” e “influenze sul processo”.

Le prime si ascrivono tendenzialmente a due fenomeni, quali la c.d. «incapacità insegnata» e la responsabilità limitata.

Di «incapacità insegnata» si parla quando la persona non sia (stata messa) in grado di operare per la risoluzione di un problema in assenza di regole o procedure standardizzate, al punto che anche un minimo imprevisto rischia di privare il decisore dei mezzi attraverso i quali normalmente opera.

Questo fenomeno, che mette in luce come talvolta sia proprio la formazione erogata dall'organizzazione a ostacolare il processo decisionale, particolarmente interessa essendo uno degli aspetti maggiormente disfunzionali della burocrazia, e al quale non si può far fronte se non proferendo il giusto impegno nella formazione del personale rispetto ad un approccio adeguato al *problem solving* anche nei contesti c.d. forti.

Le seconde, che discendono direttamente dal modello organizzativo prescelto, agiscono per lo più sulla fase di raccolta ed elaborazione delle informazioni.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si può affermare che il *design* organizzativo condiziona l'accesso alle informazioni, l'efficienza dei flussi informativi, in termini di completezza, tempestività e ampiezza della condivisione, nonché la partecipazione, sia quantitativa che qualitativa, di tutti gli operatori potenzialmente coinvolti ai processi di decodificazione e analisi delle informazioni raccolte.

Rischi che a maggior ragione corrono le organizzazioni fortemente gerarchizzate: diversi studi<sup>419</sup> hanno fatto emergere una generalizzata

---

<sup>419</sup> Il riferimento è a P. M. BLAU – W. R. SCOTT, “*Formal Organization*”, Routledge & Kegan Paul, London, 1966, e M. D. RICHARDS – P. S. GREENLAW, “*Management: Decisions and Behavior*”, Richard D. Irwin, Glenview, 1972.

tendenza dei subordinati a sentirsi a disagio nello scambiare informazioni con i loro superiori, a maggior ragione se alla mera trasmissione dei dati deve accompagnarsi una qualunque attività di lettura/elaborazione degli stessi, nonché, sempre per quanto attiene al flusso dal basso verso l'alto, come la struttura stessa della comunicazione verticale comporti che ad ogni passaggio (della scala gerarchica) venga fornito un numero sempre minore di informazioni "pure", progressivamente accompagnate o addirittura sostituite da opinioni e interpretazioni personali; invece, nella comunicazione dall'alto verso il basso, quel che si registra è che i subordinati tendono a sovra-interpretare e a reagire eccessivamente ai messaggi che ricevono dai superiori, specie se provenienti direttamente da soggetti posti in posizione apicale.

Ora, per quanto qui interessa, la struttura gerarchica degli apparati burocratici è stabilita a livello legislativo, e la residua potestà organizzativa in capo ai dirigenti è comunque ulteriormente ed eterogeneamente limitata<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> In ambito penitenziario, si pensi ad esempio a quanto previsto dall'Accordo Nazionale Quadro vigente per il personale del Corpo di Polizia Penitenziaria, che vincola a contrattare con le Organizzazioni Sindacali a livello decentrato e locale tutto quanto attiene all'organizzazione del lavoro, e prescrive che l'accesso alle c.d. cariche fisse, ossia ai posti di servizio all'interno degli uffici dell'Istituto, avvenga necessariamente previo interpellato, con ciò privando di fatto i dirigenti di qualunque discrezionalità nella gestione delle risorse umane. Altrettanto non vale per altri rami della burocrazia italiana, che più hanno aderito alla logica del "*New Public Management*", quale approccio manageriale all'organizzazione pubblica capace di trasformare l'amministrazione in azienda e i dirigenti in manager, a cui si sono ispirate le riforme degli anni '90 e poi la stagione delle privatizzazioni. "Sul piano applicativo, secondo la concorde ricostruzione, tra i profili più significativi del 'New Public Management' è, innanzitutto, da richiamare la disaggregazione delle burocrazie collegata sia al venir meno del modello gerarchico, con la conseguente moltiplicazione delle unità organizzative e l'attribuzione a ciascuna di esse di una specifica 'missione', che al coinvolgimento di soggetti di natura privatistica nello svolgimento dell'attività pubblica e, ancora, alla introduzione della logica contrattuale, sia nei rapporti interni alle organizzazioni amministrative che in quelli tra le organizzazioni amministrative, e alla ridefinizione del destinatario dell'azione pubblica mediante la figura del 'cliente-utente' in luogo di quella di 'cittadino'. Poi, deve essere ricordata l'adozione di strumenti gestionali tipici dell'impresa privata preordinati ad introdurre meccanismi competitivi (nonché di

Dove si può intervenire, però, oltre che sulla costituzione di gruppi di lavoro come meglio vedremo, è intanto sull'implementazione della "comunicazione informale", che riduce la pressione psicologica dell'interazione fra livelli diversi, assicura la rapidità nella trasmissione, e si serve di media c.d. caldi che permettono reazioni immediate e feedback istantanei<sup>421</sup>.

## **II.5 - Decidere in ambito organizzativo: dalla decisione individuale al team.**

In qualche misura, l'organizzazione e gli apparati organizzativi riducono già di per sé l'impatto negativo che le limitazioni della razionalità individuale hanno sulla decisione e quindi sull'azione, specie per quanto concerne la raccolta ed elaborazione delle informazioni<sup>422</sup>.

Ad un livello più generale, le stesse «teorie ecologiche», analizzando come le organizzazioni che operano in uno stesso ambiente influenzano reciprocamente i rispettivi processi d'azione, spostano l'attenzione più sull'interazione fra individui e gruppi che sui singoli attori decisionali, già

---

contenimento e riduzione dei costi), e l'«esaltazione» della responsabilità manageriale dei vertici dell'apparato amministrativo, collegata ad una sorta di depoliticizzazione dell'azione pubblica, che ha postulato lo sviluppo di un'attività di programmazione e di controllo strategico da parte degli organi di governo. Infine, va rammentata la definizione di una organizzazione per obiettivi nel cui ambito diviene centrale la prestazione in termini di performance, e dove l'attenzione per il 'risultato' tende sempre più ad affiancare e sopravanzare quella riposta nell'aderenza alle procedure. Talché la misura del 'rendimento' dell'amministrazione è data dalla sua capacità di conseguire l'obiettivo assegnato, sia con riferimento alla prestazione del singolo funzionario che alla produzione dell'attività da parte dell'ente, secondo una logica tipicamente imprenditoriale"; così "Lezioni di diritto amministrativo", Giappichelli Editore, 2023.

<sup>421</sup> Non essendo possibile un maggior grado di dettaglio sui sistemi di comunicazione negli ambienti organizzati, si rinvia ancora a S. SALVEMINI, op. cit., 245-272.

<sup>422</sup> Per J. G. MARCH (op. cit. 1997, 12) "*in some ways, organizations are able to overcome information processing limitations, being more capable of parallel processing, of inventorying knowledge, and of mobilizing expertise*"; allo stesso tempo però, l'Autore evidenzia come le organizzazioni introducano ulteriori complicazioni, che inquadra come "ritenzione delle informazioni", "difetto di comunicazione e coordinamento", "conflitto".

per il fatto che l'organizzazione è di per sé un insieme di individui interconnessi in molti e diversi modi.

Che la decisione si guidata più dal grado di preferenza per i risultati che le diverse alternative possono produrre, o dalla conformazione del comportamento a regole e prassi, il dato comune è che gli obiettivi individuali tendono a contrapporsi; l'organizzazione dovrebbe allora produrre valori e identità comuni, e ove questa convergenza non sia possibile o sufficiente, stabilire gerarchie e regole per orientare l'azione verso un interesse sovraindividuale<sup>423</sup>.

Purtuttavia, il solo fatto che l'attore operi all'interno di un'organizzazione non risolve di per sé il problema del fare buone scelte: una soluzione ampiamente sperimentata può essere allora quella di passare dalla decisione individuale in un contesto organizzato alla decisione pluripartecipata.

#### II.5.1 – Costituzione e funzionamento dei gruppi: vantaggi e svantaggi della decisione collegiale.

Il gruppo, con ciò riferendosi a "tre o più persone che interagiscono e dipendono le une dalle altre per il raggiungimento di un obiettivo comune, e che si riconoscono e sono riconosciute come entità sociale unica"<sup>424</sup>, offre degli indubbi vantaggi rispetto al lavoro individuale, che si possono inquadrare come «vantaggi cognitivi» e «vantaggi motivazionali».

Specie di fronte a problemi complessi, che richiedono una molteplicità di competenze e un notevole livello di creatività e innovazione, i primi sono

---

<sup>423</sup> Sulla capacità delle organizzazioni di esprimere una scala univoca di valori e preferenze ci sono non pochi dubbi; J. G. MARCH (op. cit. 1997, 26) osserva: "*the decision processes we observe seem to be infused with strategic actions and negotiations at every level and every point*".

<sup>424</sup> Così S. SALVEMINI, op. cit., 212.

dati dal mettere a fattor comune le conoscenze individuali, di modo da sviluppare soluzioni mediamente più efficaci.

Più nel dettaglio, la principale fonte di guadagno è data dall'ampiezza del bagaglio di esperienze e dall'accumulo e varietà di informazioni che supportano il processo decisionale, colmando vicendevolmente le inevitabili lacune individuali.

Aumentano le informazioni, ma si diversificano anche i punti di vista e gli approcci al problema, perché ciascun membro del gruppo condividerà le proprie metodologie di ricerca, elaborazione e analisi delle suddette informazioni, e il suo approccio generale al *problem solving*.

Con un bagaglio di conoscenza maggiore e ricorrendo a modelli decisionali diversificati, il gruppo può generare alternative non solo in numero maggiore, ma anche qualitativamente innovative, come risultato di un'interazione costante.

Non meno importanti gli aspetti della comprensione e dell'accettazione della decisione: più le persone sono state coinvolte *ex ante* nel processo decisionale, più avranno consapevolezza del percorso motivazionale che sottende alla decisione, più tenderanno a condividere quel che è stato fatto e a supportare poi la scelta, meglio tollerandone le eventuali conseguenze negative<sup>425</sup>.

I fattori «motivazionali» sono invece legati alla riduzione dell'incertezza, data anche dalla multifattorialità predetta, e ad un riscontrato maggior livello di soddisfazione rispetto al lavoro soltanto individuale.

---

<sup>425</sup> Per una migliore panoramica dei risvolti positivi e negativi delle decisioni di gruppo, si veda F. C. LUNENBURG, "Group decision making", in *National Forum of Teacher Education Journal*, 2010, vol. 20, n. 3, 1-7.

I risultati, sia in termini di efficacia ed efficienza che di soddisfazione, strettamente dipendono dal buon funzionamento del gruppo, il che involge una pluralità di fattori<sup>426</sup>.

Intanto sono da considerare gli aspetti *lato sensu* economici.

Il gruppo infatti, per funzionare, cioè per formarsi, entrare a regime e arrivare a produrre *output*<sup>427</sup>, richiede certamente più tempo e più risorse di una decisione individuale, basti pensare alle risorse umane impiegate, al quantitativo di attività organizzativa e gestionale che serve per coordinarle e alla maggior difficoltà di raggiungere una sintesi delle posizioni dei vari membri; non si dimentichi poi che per la partecipazione alle attività gruppalì le unità di personale vengono temporaneamente sottratte ai compiti ordinariamente spettanti all'area o alla funzione di appartenenza, con inevitabile rallentamento dei relativi processi di lavoro.

Combinando i fattori predetti, si può dunque affermare che la decisione di gruppo è più efficace ma meno efficiente di quella individuale; di per sé, quindi, la scelta di deferire l'attività ad un *team* dev'essere *ab origine* ben ponderata in termini di costo/opportunità.

Quanto agli altri profili, si dovrebbero innanzitutto considerare, come fattori potenzialmente negativi, le c.d. perdite di processo, ossia qualsiasi aspetto dell'interazione di gruppo che impedisce la corretta soluzione di un problema, o comunque di attivare processi efficaci.

---

<sup>426</sup> Con una precisazione introduttiva, ossia che il ragionamento si svilupperà con particolare riguardo ai c.d. gruppi formali. Fra le tipologie di gruppo, la prima alternativa è fra gruppi «formali», costituiti su mandato organizzativo top-down per il raggiungimento di un determinato obiettivo, e gruppi «informali», nati su base spontanea. La seconda dimensione è legata all'orizzonte temporale del gruppo, distinguendosi gruppi (tendenzialmente, o per vocazione) permanenti e gruppi temporanei la cui vita generalmente si conclude con la realizzazione dello scopo per cui si erano formati. Nell'ambito della Pubblica Amministrazione hanno evidentemente rilievo i gruppi formali, permanenti (come i comitati) o temporanei (come una *task force*) che siano.

<sup>427</sup> Per l'analisi delle fasi del ciclo di vita del *team*, ossia *forming* – *storming* – *norming* – *performing* – *adjourning*, si rimanda a S. SALVEMINI, op. cit., 232-236.

La prima fonte di mal funzionamento è legata al meccanismo del conformismo, cioè alla tendenza, per essere accettati dagli altri membri, e per le pressioni implicite o esplicite che possono subire specie dai membri più carismatici, ad allinearsi al pensiero dominante<sup>428</sup>.

Più nel dettaglio, si parla specificamente di «*groupthink*» quando i membri considerano il raggiungimento del consenso la massima priorità, anche a costo di risultati evidentemente negativi; ne sono sintomi la “sovrastima del gruppo”, ossia l’illusione di invulnerabilità e di incapacità di sbagliare, la “chiusura mentale”, come tendenza a rafforzare le prospettive interne scartando ogni alternativa proveniente dall’esterno, e la “censura della devianza”, quale cieca critica di qualunque idea dissonante dal pensiero collettivo<sup>429</sup>.

Nel c.d. «paradosso di Abilene», invece, i membri del *team* assumono una determinata posizione non per sincera adesione, ma credendola erroneamente rispondente al volere della maggioranza, il che conduce alla fine ad una soluzione contraria agli interessi di tutti<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> Riporta S. SALVEMINI, op. cit., 237: “Un esempio di come il conformismo possa avere degli effetti dannosi nella vita reale [...] è dato da una ricerca condotta recentemente in alcuni ospedali. La ricerca mette in luce che in situazioni in cui il paziente manifesta un peggioramento delle condizioni fisiche e non vengono attivate immediatamente azioni correttive e di analisi, la «non azione» rispetto alle normali routine, ovvero il la «non agire», si diffonde rapidamente tra i soggetti che interagiscono con il paziente, mettendo a repentaglio la salute di quest’ultimo”.

<sup>429</sup> Il fenomeno è stato approfonditamente studiato da I. L. JANIS, “*Victims of Groupthink*”, Houghton Mifflin, Boston, 1972, a cui si rinvia per approfondimenti.

<sup>430</sup> Il «paradosso di Abilene» prende il nome da un racconto, appositamente inventato da J. Harvey, professore di scienza del management all’Università George Washington, per descrivere il fenomeno. La storiella narra di una tranquilla famiglia americana, marito, moglie, e genitori di lei, che in un caldo giorno d’estate, incalzati dal capofamiglia ad andare a cena ad Abilene, una cittadina a 50 km di distanza, accetta, come gruppo, la proposta. Detto fatto si mettono in strada dove trovano molto traffico; giunti ad Abilene cercano una pizzeria ma dopo vari giri falliti per trovare un parcheggio finiscono in una trattoria messicana dove il cibo è di scarsa qualità e il prezzo assai elevato. Sulla via del ritorno bucano persino una gomma dell’auto e stentano a trovare una stazione di servizio. Dopo alcune ore, si ritrovano a casa accaldati, stanchi e delusi; così il suocero ambiguamente azzarda: “È stato un bel tragitto!”. La suocera replica all’istante che avrebbe

Su un altro piano, la tendenza delle persone che lavorano assieme a convergere verso una *standard* uniforme crea la c.d. tendenza al ribasso, cioè l'adeguamento al livello del membro meno performante, soprattutto nei compiti a competenza o intervento congiunti.

Diverso è il fenomeno della «polarizzazione del gruppo», quale tendenza ad estremizzare l'opinione dominante: la volontà di essere accettati porta ad andare oltre al conformismo, esprimendo idee più estreme rispetto alla media del gruppo.

Il che sposta l'attenzione sul piano della responsabilità: il fatto che questa sia diffusa fra tutti i membri conduce spesso all'assunzione di maggiori rischi, proprio per la minore pressione psicologica delle relative conseguenze sul singolo (c.d. *risk shift*)<sup>431</sup>; da qui l'ulteriore necessità di una valida strutturazione del gruppo, che eviti estremizzazioni nelle posizioni e non lasci margini di ambiguità nell'allocazione delle responsabilità.

A monte, infatti, si colloca il lavoro di "costruzione" del gruppo da parte del *team leader*, che involge aspetti più propriamente strutturali, come il

---

preferito rimanere a casa ma che non voleva raffreddare l'entusiasmo collettivo; anche il genero le fa eco e confessa di aver accettato solo per compiacere gli altri. La figlia aggiunge: "Siamo stati pazzi a metterci in macchina con questo caldo!". Conclude il suocero: "Io l'ho proposto solo perché mi sembravate annoiati". Ecco il paradosso: ognuno preferisce evitare di esprimersi negativamente rispetto a ciò che pensa essere il volere del gruppo, per cui tutti acconsentono alla gita. Il risultato della decisione gruppale è quindi un'apparente unanimità, nonostante nessun membro della famiglia desiderasse realmente affrontare quel viaggio.

<sup>431</sup> Riferendosi a J. A. F. STONER, "A comparison of individual and group decisions involving risk", in R. Brown, "Social Psychology", Free Press, New York, 1965, L. TESIO, op. cit., 56-57, spiega: "la prima volta che tale fenomeno fu evidenziato si riscontrò che, in determinate condizioni, alcuni gruppi prendevano decisioni decisamente più rischiose di quelle che avrebbero preso i singoli membri. All'epoca si constatò che il livello di rischio di una proposta fatta da un'altra persona è percepito in modo molto più attenuato e indiretto e può far sottovalutare le implicazioni più pericolose di una soluzione; inoltre, l'interazione emotiva tra più persone durante una discussione può predisporre i membri di un gruppo ad accollarsi rischi più grandi di quelli che si assumerebbero individualmente. In sintesi, l'atto di avallare una decisione di gruppo equivale a liberarsi, a livello individuale, della responsabilità della decisione stessa: l'individuo scarica sul gruppo tutta la responsabilità e ciò comporta una maggiore disponibilità a tentare alternative rischiose".

numero di membri, la varietà delle rispettive competenze tecniche e capacità trasversali, i diversi compiti, ruoli e *status*, ma anche fattori motivanti, responsabilizzanti e di coinvolgimento.

Ora, rispetto all'ambito aziendalistico, questi aspetti di costituzione dei gruppi meno interessa con riferimento all'attività delle Amministrazioni Pubbliche, posto che, frequentemente, il deferimento dell'istruttoria o anche della decisione ad un organo collegiale è già previsto a livello normativo (anche di normazione secondaria, come le circolari) come la relativa composizione del gruppo stesso; possono rivelarsi comunque utili delle indicazioni sintetiche, anche perché nulla esclude che vi siano ambiti in cui il manager pubblico può strutturare discrezionalmente attività gruppali, anche di mero supporto rispetto a decisioni individuali appunto del dirigente.

In estrema sintesi, primo elemento strutturale da considerare è il numero dei membri (che le ricerche in ambito aziendalistico stimano fra 5 e 9): un basso numero di componenti consente maggiore agilità nei processi d'interazione, ma riduce il potenziale innovativo (per la minore quantità dell'apporto di conoscenze e idee), senza sottacere però che anche nella numerosità vi è il rischio che taluni membri "si nascondano" riducendo fortemente il loro apporto individuale (c.d. *social loafing*).

Al numero si combinano le caratteristiche personali dei membri, che devono essere adeguatamente bilanciate rispetto all'obiettivo da perseguire posto che rappresentano l'insieme delle potenziali risorse cognitive su cui il team può contare, in termini di competenze tecniche specifiche ma anche trasversali (si pensi all'attitudine al *problem solving* o alle abilità comunicative).

Segue la definizione dei ruoli, quali aspettative di comportamento che i membri nutrono reciprocamente; nella manualistica di base i ruoli si distinguono in base all'orientamento al compito (ossia all'obiettivo finale del *team*) o alla relazione (fra i componenti), e in ragione delle modalità di acquisizione e gestione della conoscenza (esplorazione di soluzioni innovative o consolidamento delle conoscenze e delle risorse già presenti nel *team*).

Non meno importante il concetto di status, che indica l'esplicita o implicita posizione gerarchica dei componenti rispetto agli altri: la differenza di status può impattare anche molto negativamente sulla capacità del gruppo di operare efficacemente nella misura in cui i membri ritenuti di status inferiore tendono ad inibire il proprio contributo innovativo e critico e a non scambiare le informazioni "verso l'alto" in modo fluido<sup>432</sup>.

II.5.2 – Il processo decisionale di gruppo. Esauriti gli aspetti strutturali, rimane da vedere come si svolge concretamente un processo decisionale in *team*, disaminando le più comuni metodologie e tecniche per disciplinare l'operato del gruppo.

Une delle tecniche più conosciute e di maggior successo è il *brainstorming*, che trova il suo indiscusso punto di forza nella massima capacità di stimolare la creatività, mettendo tutti i partecipanti nelle condizioni di esprimere liberamente il proprio pensiero.

A livello operativo, il *leader* espone il problema e apre alla discussione, dopodiché incoraggia a condividere qualunque idea, anche la più bizzarra, sulla convinzione che tutti i contributi possano fungere da stimolo per concepire, a catena e tramite successive rielaborazioni, ulteriori soluzioni; è abolita, almeno in questa fase, la critica per ridurre la pressione psicologica

---

<sup>432</sup> Per approfondire si rimanda a S. SALVEMINI, op. cit., 213-223.

del giudizio sui partecipanti e, dunque, l'impatto negativo del conformismo. Unico limite veramente rilevante l'ampiezza del fenomeno dell'«interruzione cognitiva», o «blocco produttivo», dato dal fatto che, nel rapido fluire di informazioni e proposte diverse, “spesso le persone non riescono a concentrarsi completamente nella generazione di alternative perché stanno ascoltando le idee degli altri; dimenticano alcune delle loro proposte mentre aspettano il proprio turno per parlare”<sup>433</sup>.

Più articolata, e più strutturata, la «tecnica del gruppo nominale», che prevede l'esposizione del problema da parte del *leader*, a cui però segue una stesura per iscritto da parte di ciascun partecipante della propria soluzione; le idee sono poi presentate al gruppo, ed ognuno stila una classifica, in ordine di preferenza, delle strategie proposte, al fine di adottare quella sarà che ha riscosso il maggior numero di preferenze.

Considerato da alcuni autori una mera variazione del *brainstorming*, la tecnica in esame è pensata per abbattere ancor più marcatamente la resistenza dei singoli partecipanti ad esprimere il proprio parere, riducendosi ulteriormente lo spazio di critica; quanto ai risultati osservati, è stato rilevato che “anche se le idee generate sono meno numerose rispetto al *brainstorming*, il lavoro è complessivamente più accurato e permette un'espressione ancor più libera del proprio pensiero”<sup>434</sup>.

Sempre rispetto al *brainstorming*, se da un lato la forma scritta protegge dal fenomeno dell'«interruzione cognitiva», altrettanto vero è che fa perdere il vantaggio dell'interazione positiva fra idee e soluzioni che può svilupparsi nel fluire della discussione orale e contestuale.

---

<sup>433</sup> Così L. SERIO; op. cit., 68. Allo stesso contributo si rinvia per qualche accenno alla nuova variante del *brainstorming* elettronico e alla correlata tecnica del «gruppo Delphi».

<sup>434</sup> Così L. SERIO; op. cit., 70.

Se invece, al contrario, l'organizzazione vuole stimolare il confronto fra i suoi membri può ricorrere ai c.d. «gruppi interattivi», dove i componenti si incontrano fisicamente o virtualmente, e interagiscono attraverso la comunicazione sia verbale che non verbale.

Perché il metodo della decisione dialettica sia efficace, cioè stimoli una controversia realmente costruttiva su un problema e le possibili soluzioni, devono ricorrere determinate condizioni, come l'eterogeneità del gruppo e la frequenza degli incontri, e devono essere comunque operati taluni accorgimenti di funzionamento, fra cui ripetuti scambi di ruolo fra i membri per alternare la dialettica tesi/antitesi, o l'affidamento ad un singolo membro o ad un sottogruppo all'interno del team del ruolo di "avvocato del diavolo", con lo specifico compito di analizzare criticamente, sottoponendole al massimo *stress*, proposte e relative argomentazioni.

Quanto agli esiti, è chiaro che rispetto alle tecniche precedenti il «gruppo interattivo» fluidifica la comunicazione e può avvantaggiarsi dello scontro dialettico, ma altrettanto evidentemente può esporre ai rischi di «*groupthink*» e «polarizzazione», se nelle dinamiche interne i membri vanno a ricercare l'accordo come obiettivo primario.

### **III – Un approccio «razionale» alle decisioni in ambito penitenziario.**

Esaurite le notazioni di teoria generale, e tornando all'oggetto specifico della riflessione, ossia le decisioni assunte dalle direzioni degli Istituti nei confronti della popolazione detenuta, che abbiamo detto essere più distanti del modello procedimentale<sup>435</sup>, il tentativo da compiere è quello di applicare

---

<sup>435</sup> Ordinario, secondo le regole della Legge Generale n. 241/1990, o diversificato che sia, come nella materia disciplinare a cui si è già accennato.

il bagaglio di conoscenze che la scienza dell'organizzazione offre per approcciare razionalmente tali processi decisionali, rendendoli più efficienti (nell'interesse all'efficacia e speditezza dell'azione pubblica), ma anche più equi e trasparenti (nell'interesse dei destinatari).

Per farlo, tali decisioni saranno suddivise in tre blocchi, ossia: provvedimenti che si fondano sul contenuto del programma di trattamento; provvedimenti di allocazione/inserimento nelle tipologie di sezioni in cui si articola il circuito Media Sicurezza; altre decisioni di competenza del direttore dell'istituto.

Pur con le dovute differenze, le prime due categorie hanno in comune, come elemento caratterizzante, la centralità del lavoro di gruppo, già per il fatto che l'attività di osservazione scientifica della personalità, che funge da base per il trattamento del reo ma in misura ridotta anche per le scelte allocative, avviene in forma necessariamente collegiale, il che a sua volta comporta che l'applicazione di tutti quegli istituti i quali hanno come presupposti gli esiti di tale osservazione sempre dipende da valutazioni in *team*.

Anticipando gli esiti dell'indagine, la presa in carico multidisciplinare e la decisione gruppale, se ben strutturata e supportata da adeguate conoscenze in ambito organizzativo, già garantiscono, a parere di chi scrive, la bontà delle scelte amministrative, pur se proceduralmente molto distanti dalla logica partecipativa del procedimento amministrativo (la cui applicazione analogica presupporrebbe comunque la titolarità, in capo ai destinatari dell'azione, di posizioni giuridicamente rilevanti), e anche in sostanziale assenza di giustiziabilità del relativo contenuto dispositivo.

La terza e residuale categoria racchiude invece tutte quelle determinazioni tipicamente riservate al direttore come organo individuale: relativamente ad esse, ferma restando l'assenza di coinvolgimento dei destinatari di cui

comunque intercettano interessi di una certa rilevanza (come la coltivazione di rapporti affettivi), e mancando anche il supporto informativo e conoscitivo delle risultanze dell'attività integrata di una molteplicità di figure professionali che a vario titolo s'interfacciano col detenuto, ancor più sentita è l'esigenza che il decisore sia adeguatamente formato per decidere "scientificamente".

### **III.1 – L'osservazione pluripartecipata della personalità e il trattamento del reo.**

III.1.1 – Equipé, G.O.T. e programma di trattamento. In senso generale, il trattamento rieducativo (corollario del principio del finalismo rieducativo della pena)<sup>436</sup> ricomprende l'insieme di azioni, offerte ed occasioni risocializzanti che l'amministrazione è tenuta proattivamente ad offrire ai detenuti condannati e internati, nell'ottica di un proficuo rientro nella vita sociale al termine dell'espiazione (che prevenga soprattutto il rischio di recidiva).

La risocializzazione si regge fondamentalmente su due principi, ossia l'universalità dell'offerta trattamentale e l'individualizzazione del

---

<sup>436</sup> Il principio del finalismo rieducativo della pena (espresso dall'art. 27, c. 3, Cost.) si regge, di fondo, sul bilanciamento fra libertà morale e diritto dello Stato all'autopreservazione: la prima non è assoluta, ma in uno stato laico, democratico e pluralista la rieducazione non può essere intesa come correzione morale in senso forte, tendente cioè a modificare le opinioni morali, etiche, religiose e politiche del singolo (in ossequio ad una morale "ufficiale"). La rieducazione va allora intesa come risocializzazione, che passa per la revisione critica dei propri precedenti delinquenziali, e per l'interiorizzazione di quel nucleo di valori di civiltà che costituiscono il minimo comun denominatore di una pacifica convivenza sociale. Il fatto che il quarto comma dell'articolo 13 della Costituzione si ponga ad ineludibile presidio anche della libertà morale, ha comportato sul piano legislativo tutta una serie di conseguenze, nel senso che le forme e i modi dell'intervento rieducativo devono essere previsti dalla legge e non devono elidere la libertà di autodeterminazione, col che il trattamento deve svilupparsi sulla collaborazione consapevole del detenuto, e il programma di trattamento è comunque oggetto di approvazione da parte della magistratura di sorveglianza.

trattamento; a quest'ultimo proposito, sulla base della considerazione che ciascun detenuto è espressione di caratteristiche, carenze e bisogni unici a cui rispondere, il contenuto programmatico dell'intervento rieducativo deve "rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale" (art. 13 O.P.). Se in buona parte dei casi gli strumenti di risocializzazione devono essere orientati anche a risolvere quelle situazioni emergenziali che si pongono alla base dei comportamenti devianti, per i c.d. condannati iper-integrati l'azione mira a sviluppare in senso solidaristico la comprensione dell'ingiustizia perpetrata in danno delle vittime e della comunità di riferimento.

Alla base del trattamento individualizzato non può che esservi una conoscenza diretta ed approfondita della persona detenuta, che si realizza attraverso un processo di osservazione scientifica della personalità, così definita perché la rilevazione, catalogazione e valutazione delle informazioni avviene secondo le conoscenze e le regole dei settori scientifici di riferimento (psicologia, criminologia, e sociologia), con la finalità di far emergere gli elementi che hanno costituito il substrato fattoriale delle condotte antisociali.

L'articolo 27 R.E. attribuisce evidentemente all'osservazione carattere multifattoriale: per espletare "con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato", occorre muovere dall'accertamento "dei bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione", e a

tal fine “si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento”.

Ai sensi dell'art. 13 O.P., “l'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa”; la legge specifica che “le attività di osservazione si svolgono sotto la responsabilità del direttore dell'istituto e sono dal medesimo coordinate” (art. 28 R.E.).

Sono coinvolti nell'attività di osservazione i funzionari giuridico-pedagogici (che mantengono una relazione costante col detenuto e lo guidano nel processo di revisione critica e progressivo riadattamento alla vita libera), i funzionari di esecuzione penale esterna (per le indagini socio-familiari), gli esperti *ex art.* 80 O.P. (per l'approfondimento clinico dei casi più complessi) e la Polizia Penitenziaria (i cui compiti non si limitano al garantire la sicurezza in senso stretto, ma appunto si estendono al rapporto diretto col detenuto, specie nelle sezioni a vocazione più marcatamente trattamentale).

Più nel dettaglio, la circolare D.A.P. n. 3593/2003 sulle aree educative ha attuato il disposto dell'art. 28 R.E. nella parte in cui dispone che “l'osservazione è condotta da personale dipendente dall'amministrazione e, secondo le occorrenze, anche dai professionisti indicati nel secondo e quarto comma dell'articolo 80 della legge”, definendo l'equipe come “gruppo ristretto, avente rilevanza esterna, presieduto dal direttore dell'istituto, la cui presenza è di suprema importanza: non è un compito delegabile ad altra figura, né riconducibile ad una presa d'atto del lavoro dei membri dell'equipe. L'equipe è composta [...] dall'educatore, dall'assistente sociale incaricato del caso, dall'esperto e dall'ispettore Comandante [...], soltanto

quindi dalle figure istituzionalmente competenti alla gestione dell'esecuzione della pena e che hanno pertanto competenza a definire formalmente la sintesi/aggiornamento dell'osservazione ed un'ipotesi di trattamento intra o extramurario, che certamente – se ben funziona il coordinamento [...] – trarrà origine dal lavoro di tutti gli operatori del GOT”.

Il GOT invece è “gruppo allargato di cui fanno parte o possono essere chiamati a far parte, con il coordinamento del funzionario di area giuridico-pedagogica, tutti coloro che interagiscono con il detenuto o che collaborano al trattamento dello stesso” (es. insegnanti); è in seno al GOT che avviene quello scambio di informazioni e valutazione che consente di raggiungere una visione unitaria della persona.

L'osservazione è finalizzata alla stesura e al progressivo aggiornamento del programma di trattamento, cioè delle attività qualificate di intervento intramurario ed eventualmente anche extramurario, la cui prima formulazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione.

In concreto, nell'ambito dell'*equipe*, il funzionario giuridico-pedagogico ha il ruolo di segretario tecnico, dunque provvede a collazionare i dati pervenuti dai vari operatori penitenziari che hanno preso parte alle riunioni di sintesi e redige la c.d. relazione di sintesi, che la circolare D.A.P. n. 0217584/2005, descrive come fotografia statica anamnestică, atto avente rilevanza esterna “in cui si seguono e segnano le tappe della esecuzione della pena del detenuto, a partire dall'inizio dell'osservazione, e che nei suoi aggiornamenti accompagna il soggetto nell'evoluzione del processo trattamentale”; si sottolinea che la riunione di sintesi si svolge con la supervisione del direttore, che come responsabile al contempo del trattamento e della sicurezza assicura la completezza dell'indagine, il

coordinamento fra le diverse aree e il necessario equilibrio fra le funzioni della rieducazione e le ragioni di ordine interno.

Segue una «ipotesi trattamentale» che, fra le offerte trattamentali complessivamente previste dal progetto d'istituto, seleziona quelle ritenute più adeguate alle esigenze, alle competenze e anche alla progettualità del singolo; gli oggetti sono quelli indicati dall'art. 15 O.P., ossia istruzione, formazione professionale, lavoro, partecipazione a progetti di pubblica utilità, religione, attività culturali, ricreative e sportive, nonché opportuni contatti con il mondo esterno e rapporti con la famiglia.

Il programma, previa interazione col detenuto, consta di linee guida concrete e disposizioni specifiche; è soggetto all'approvazione del Magistrato di sorveglianza, che "se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione" (art. 69, c. 5, O.P.).

Al rispetto del programma approvato, e a prestare la propria collaborazione nello svolgimento delle attività previste, il detenuto si impegna formalmente siglando il c.d. patto trattamentale, alla presenza del direttore; dopodiché l'*equipe* ne monitora l'esecuzione e le evoluzioni.

Nel corso della detenzione la sintesi viene periodicamente aggiornata dal singolo funzionario che ha in carico il detenuto o riconvocando l'*equipe*, in ragione dell'accadimento di fatti rilevanti sul suo contenuto, o in occasione di determinate circostanze, per lo più coincidenti con lo svolgimento di udienze dinanzi alla Magistratura di Sorveglianza per l'accesso ai benefici penitenziari (permessi premio e lavoro all'esterno) e alle misure alternative alla detenzione, nonché per la concessione della liberazione anticipata<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> Di cui al Capo VI dell'Ordinamento Penitenziario.

III.1.2 – La decisione di gruppo sulle attività trattamentali: il caso particolare del lavoro. Da tutto quanto premesso emerge con chiarezza che le decisioni che afferiscono all'aspetto rieducativo e trattamentale della vita penitenziaria del reo sono, o direttamente assunte in forma collegiale, o comunque, pur trattandosi di decisioni unilaterali del direttore, si fondano sulle risultanze di un'attività composita e pluripartecipata quale l'osservazione della personalità, i cui esiti sono confluiti nel programma di trattamento.

Tale documento, infatti, già contiene previsioni specifiche circa le attività culturali, ricreative e sportive alla cui frequenza il detenuto è ammesso internamente all'istituto, nonché la possibilità, appunto valutata in senso positivo dall'*équipé*, di accedere a opportunità trattamentali all'esterno del carcere.

Ora, rispetto alle attività interne, vedasi corsi scolastici e professionali, ma anche attività culturali, ricreative e sportive, difficilmente si pone il caso che l'interesse sostanziale del detenuto a prendervi parte non venga soddisfatto: sebbene l'eventualità non sia totalmente da escludere (perlopiù per ragioni logistiche qualora un numero troppo elevato di detenuti intenda svolgere contestualmente la medesima attività che magari per le sue caratteristiche impone un numero limitato di fruitori), sul piano pratico sono le direzioni (per il tramite dell'Area Educativa) ad incoraggiare quanto più possibile i ristretti a beneficiare delle progettualità che la singola struttura offre.

Diversamente è a dirsi per l'ammissione al lavoro e relativamente alle altre attività esterne (come i progetti di pubblica utilità di cui all'art. 20-ter O.P.), rispetto ai quali e vi è effettivamente spazio perché si concretizzi una posizione di interesse atecnicamente pretensivo la cui soddisfazione non è affatto scontata: intanto perché i requisiti individuali di ammissione sono

ben più stringenti, ma anche perché le occasioni sono piuttosto limitate (rispetto ai numeri della popolazione detenuta).

Volendo introdurre la materia di cui trattasi, si può affermare che, abbandonato il carattere di obbligatorietà, e la prescrizione quale modalità di espiazione della pena in chiave marcatamente afflittiva, le norme vigenti collocano il lavoro fra gli elementi di cui il trattamento «particolarmente» si avvale (art. 15, c. 1, O.P.); prescrivono che venga «assicurato» a detenuti e internati, così impegnando l'amministrazione a predisporre un'offerta adeguata, salvi i casi di impossibilità (art. 15, c. 2, O.P.), e raccomandano che la destinazione dei ristretti a occupazioni lavorative sia favorita «in ogni modo» (art. 20, c. 1, O.P.).

Quanto alle modalità organizzative, il lavoro penitenziario si differenzia innanzitutto per la sede di svolgimento della prestazione, distinguendosi fra lavoro all'interno (del muro di cinta) e lavoro all'esterno, e per la natura del datore di lavoro, che può essere la stessa Amministrazione Penitenziaria oppure un soggetto terzo.

Il primo profilo si ripercuote per lo più sulle condizioni di accesso perché, se internamente possono essere teoricamente impiegati tutti i detenuti senza limitazioni date dalla posizione giuridica (salva l'applicazione del regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14-bis O.P.), per l'adibizione al lavoro esterno devono essere integrati i requisiti prescritti dall'art. 21 O.P.

Il secondo profilo interessa maggiormente gli aspetti giuridici ed economici del rapporto di lavoro, in quanto se il detenuto lavora (anche internamente, ma) alle dipendenze di un terzo il suo rapporto non differisce in nulla dal lavoratore libero (è il caso delle lavorazioni penitenziarie gestite da imprese esterne in base a convenzioni stipulate con la direzione).

Diversamente per il lavoro alle dipendenze della stessa Amministrazione (si tratta principalmente delle c.d. lavorazioni domestiche, ma la direzione può anche attivare e gestire direttamente lavorazioni i cui prodotti potranno essere destinati al consumo interno o commercializzati all'esterno). La legge prescrive che "l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale" (art. 20 O.P.); tuttavia, si giustificano variamente alcune significative differenze rispetto a quanto previsto dalla disciplina lavoristica, basti pensare alla remunerazione, ragguagliata alla contrattazione collettiva ma con decurtazione di un terzo rispetto al minimo del corrispondente livello retributivo (quanto al riconoscimento dei diritti, l'art. 20, c. 13, O.P. sancisce l'operatività delle norme lavoristiche generali su riposo festivo, riposo annuale retribuito e tutela assicurativa e previdenziale, nonché l'art. 23 riconosce il diritto agli assegni familiari, ma residuano zone grigie a proposito ad esempio di licenziamenti e diritti sindacali).

È di tutta evidenza come in entrambi i casi, lavoro interno (inteso come alle dipendenze dell'Amministrazione, essendo il caso nettamente più frequente) ed esterno, si tratti di opportunità trattamentali molto ambite, sicuramente per l'aspetto economico di poter prestare anche durante la carcerazione attività remunerata, e a maggior ragione se a questo si combina la possibilità di trascorrere fuori dall'Istituto buona parte della giornata.

L'interesse sostanziale ad essere ammesso al lavoro è allora di assoluta consistenza, e nella quotidianità della vita penitenziaria le richieste rivolte dai detenuti alla direzione per lavorare sono nettamente le più numerose; è da capire se tale interesse riceva adeguata considerazione sul piano

procedimentale, ossia nel relativo processo decisionale, posto che su quello processuale si tratta di posizioni difficilmente giustiziabili.

Partendo dal lavoro “domestico”, si può subito anticipare che, in realtà, la discrezionalità nell’ammissione dei detenuti al lavoro è assai ridotta: stante che i posti disponibili nei servizi degli istituti sono nettamente inferiori al numero dei ristretti che solitamente contengono, proprio per ragioni di equità e parità di trattamento, già il legislatore ha previsto meccanismi “tabellari” di rotazione.

Più nel dettaglio, la disciplina vigente si regge sull’operato di un’apposita commissione istituita presso ciascun Istituto con il compito di definire (e rivedere periodicamente, seppur senza termini normativamente imposti) i criteri di assegnazione e avvicendamento al lavoro di detenuti e internati. La composizione vede (art. 20, c. 4, O.P.): il direttore (o altro dirigente penitenziario delegato), i responsabili dell'area sicurezza e dell'area giuridico-pedagogica, il dirigente sanitario della struttura penitenziaria, un funzionario dell'ufficio per l'esecuzione penale esterna, il direttore del centro per l'impiego (o un suo delegato), un rappresentante sindacale unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale e un rappresentante unitariamente designato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello territoriale; alle riunioni della commissione partecipa, senza potere deliberativo, un rappresentante dei detenuti e degli internati.

La commissione deve essenzialmente redigere due elenchi: il primo, più generale dove sono inseriti tutti i ristretti (salvi casi particolari legati all’età avanzata o alle condizioni fisiche), tenendo esclusivamente conto dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di reclusione e

dei carichi familiari, il secondo avendo riguardo alle abilità lavorative possedute; si stileranno quindi una graduatoria generale dalla quale attingere per compiti a bassa qualificazione professionale (es. distribuzione vitto e pulizia dei locali), e varie sotto graduatorie per quelle occupazioni che richiedono competenze specifiche (es. cucina).

Per realizzare queste graduatorie devono essere previamente stabiliti da parte della commissione i criteri di attribuzione dei punteggi: la legge si limita a prevedere che, a parità di condizioni, debbano essere privilegiati i condannati; nella prassi si valorizzano di solito la durata della detenzione (riservando particolare attenzione alla posizione degli ergastolani), la data di ingresso in quell'istituto, il fine pena (con preferenza se entro 6 mesi per non lasciare il dimittendo senza mezzi di immediato sostentamento), le disagiate condizioni economiche e la presenza di familiari a carico.

Ora, pur non trattandosi di un collegio perfetto, e pur se le deliberazioni avvengono a maggioranza semplice dei presenti, la commissione in parola ha una composizione eterogenea che vede la partecipazione anche di membri esterni che solitamente nulla hanno a che vedere con il carcere: è praticamente nullo, pertanto, il rischio di operare indebiti favoritismi rispetto ad alcuni singoli o gruppi di detenuti nella fase di definizione dei criteri per l'ammissione al lavoro interno e per la successiva rotazione, ed una volta stilate le graduatorie queste verranno scorse in maniera automatica, di fatto elidendo la discrezionalità dell'Amministrazione.

E, per altro, anche quei margini di discrezionalità che rimangono, nella prassi tendono ad essere autolimitati sempre per il tramite della preventiva definizione di criteri standardizzati da parte della commissione stessa.

Il riferimento è alla previsione di cui all'art. 20, c. 5, O.P., nella parte in cui riconosce alla commissione la facoltà di individuare le attività lavorative o

i posti di lavoro ai quali, per motivi di sicurezza, sono assegnati detenuti o internati in deroga agli elenchi di cui sopra (si pensi alle cucine dove si maneggiano oggetti potenzialmente pericolosi, o alle sezioni 41-bis O.P. dove dev'essere particolarmente limitato il rischio di scambio di informazioni).

Solitamente la commissione, appunto a monte, standardizza le modalità per la selezione dei soggetti che possono accedere a tali delicate incombenze perché l'istituzione penitenziaria nutre nei loro confronti una particolare fiducia; ad esempio, se nell'Istituto è presente una sezione a trattamento intensificato, si potrà limitare l'accesso a tali posti di lavoro ai soli soggetti ivi ospitati<sup>438</sup>.

Se in ingresso vale tutto quanto detto, soprattutto sulla composizione e sul ruolo dell'apposita commissione, la posizione del detenuto appare adeguatamente garantita anche in caso di cessazione anticipata del rapporto di lavoro.

Ci si riferisce all'ipotesi in cui, nell'espletamento della prestazione lavorativa o comunque durante il periodo in cui è ammesso al lavoro, il ristretto si renda autore di fatti disciplinarmente rilevanti di gravità tale da sospenderlo dal lavoro stesso.

Nella pratica, nell'immediatezza della rilevazione della condotta illecita è solitamente il comandante di reparto, per ragioni di sicurezza, a sospendere

---

<sup>438</sup> Vero è che la stessa legge attribuisce poi ad un organo monocratico, il Direttore, il potere di derogare ai criteri di assegnazione al lavoro stabiliti dalla commissione per (ancor più) specifiche ragioni di sicurezza (art. 20, c. 7, O.P.). Purtuttavia si tratta di un potere che nella prassi viene esercitato assai raramente, e comunque si rammenta che, da un lato, l'articolo 49 R.E. stabilisce che "il direttore dell'istituto assicura imparzialità e trasparenza nelle assegnazioni al lavoro avvalendosi anche del gruppo di osservazione e trattamento", e dall'altro il consolidato divieto che il lavoro assuma carattere premiale e/o sanzionatorio, col che i criteri stabiliti per l'accesso non dovrebbero essere direttamente connessi alla regolare condotta intramuraria o alla presenza di rilievi disciplinari.

l'attività lavorativa, ma perché tale provvedimento acquisisca carattere di stabilità (determinando la definitiva chiusura del periodo lavorativo) è necessaria la successiva ratifica del G.O.T.; analogamente vale per l'eventuale sospensione per scarso rendimento: anche in questo caso il personale sotto la cui supervisione opera relazionerà circa l'assoluta inadeguatezza al ruolo, ma la decisione definitiva è sempre del G.O.T. (che solitamente in questi casi opta per un mero cambio di mansione).

Quindi, sebbene manchi qualunque forma di partecipazione del detenuto al relativo procedimento decisionale<sup>439</sup>, a fungere da (sufficiente) garanzia è ancora il carattere necessariamente collegiale della decisione, che viene presa da una pluralità di professionisti diversi i quali, disgiuntamente e in *team*, mantengono contatti quotidiani con il soggetto e ne seguono tutto il percorso.

Quanto invece al lavoro esterno, l'art. 21 O.P. si apre con un espresso riferimento alla necessaria coerenza dell'apertura a una tal misura con le finalità specifiche del complessivo programma trattamentale; stabilisce infatti che "i detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15"<sup>440</sup>.

Per quanto qui interessa, la selezione dei detenuti da avviare all'esterno compete alla direzione dell'istituto, sulla base di quanto espresso dall'*équipe*, posto che possono beneficiarne solo coloro per i quali tale

---

<sup>439</sup> Salve le discolpe che può presentare, per iscritto e oralmente, nel connesso procedimento disciplinare.

<sup>440</sup> Prosegue con la delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo della misura: "*se si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4- bis, l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni. Nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni*"; a cui si aggiunge la previsione generale di cui all'art. 58-*quater* O.P. sui divieti di concessione dei benefici.

possibilità sia stata già prevista dal programma di trattamento, previamente approvato dal Magistrato di Sorveglianza.

Ricorrendo questa condizione prodromica, nel momento in cui il detenuto viene in possesso di una concreta opportunità occupazionale alle dipendenze di un soggetto terzo<sup>441</sup>, il provvedimento ammissivo al lavoro esterno compete al direttore quale organo monocratico, a cui segue, in qualità di fase integrativa dell'efficacia, l'approvazione da parte del Magistrato di Sorveglianza.

Ora, al di là della dibattuta questione della natura propriamente amministrativa o piuttosto giurisdizionale della figura<sup>442</sup>, e sebbene tendenzialmente si affermi che il controllo da parte della Magistratura di Sorveglianza non si limita ai profili di legittimità ma si estende al merito, quindi all'opportunità della misura stessa, è per vero che nella prassi difficilmente il Magistrato sostituisce la propria valutazione, appunto di opportunità, a quella della direzione, proprio perché fondata sulle risultanze di un'osservazione costante sulla progressione del percorso trattamentale in atto, della quale può avere diretta contezza solo *l'équipé*.

Dunque, nella stragrande maggioranza dei casi, se nulla osta dal punto di vista strettamente giuridico, a fronte della previsione dell'apertura al lavoro esterno nel programma di trattamento e del provvedimento di ammissione del direttore, l'approvazione segue quasi automaticamente.

---

<sup>441</sup> E prelievi verifiche di rito sul datore, sul luogo e sulle condizioni di lavoro, da parte della direzione e dell'Ufficio Locale di Esecuzione Penale Esterna.

<sup>442</sup> Salvo alcuni limitatissimi casi in cui la Suprema Corte si è pronunciata in favore della natura giurisdizionale del provvedimento di ammissione del lavoro esterno, sulla considerazione della previsione della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, e con quel che ciò comporterebbe in termini di ricorribilità per cassazione, l'orientamento maggioritario ne continua a sostenere la natura amministrativa, pur se la produzione di effetti è subordinata appunto all'approvazione del magistrato.

La decisione, allora, è di fatto della direzione, ma torna a valere quanto detto sopra a proposito delle garanzie offerte, per sua conformazione, dall'attività di osservazione e sintesi, che si protrae nel tempo e combina tutti i diversi punti di vista che possono esprimere tanti esperti in ambiti professionali diversi.

Quanto all'eventuale revoca dell'ammissione al lavoro esterno, in forza di un'applicazione non proprio rigorosa del principio del *contrarius*, la si considera provvedimento di spettanza del magistrato di sorveglianza, solitamente però preceduta dalla sospensione (in funzione cautelare) dell'efficacia del provvedimento stesso da parte della direzione, che poi la invia al magistrato perché acquisisca stabilità<sup>443</sup>.

Anche in questo caso, pur se la revoca è occasionata da comportamenti colpevoli del beneficiario, la decisione prodromica alle determinazioni del direttore è comunque assunta in *équipé*, che valuterà collegialmente se tali accadimenti siano o meno di tale rilevanza da rendere inopportuna la prosecuzione del beneficio del lavoro all'esterno; permangono, quindi, le garanzie decisionali di cui sopra.

Dunque, pur trattandosi certamente di uno dei benefici più ambiti dalla popolazione detenuta, anche a voler ipotizzare di riconoscere giuridica consistenza all'interesse sostanziale del ristretto, non si vede in che termini avrebbe ragion d'essere un suo maggior coinvolgimento nel relativo processo decisionale, anche alla luce dell'ulteriore considerazione per cui, relativamente all'istituto in esame, viene completamente a mancare quella

---

<sup>443</sup> Seppur raro nella pratica, si ammette pacificamente che il magistrato, d'ufficio, possa procedere direttamente alla revoca della misura, così privando di fatto d'efficacia il provvedimento ammissivo della direzione, qualora venga a conoscenza di fatti che fanno mutare il precedente giudizio positivo sull'opportunità che il detenuto si sperimenti all'esterno.

logica di contrapposizione che caratterizza la dialettica che normalmente si instaura nel procedimento amministrativo.

Secondo l'impostazione generale, esercitare la discrezionalità (amministrativa) significa, per realizzare in concreto un fine legislativamente dato, perseguire l'interesse pubblico primario (che a sua volta è già un "prodotto di sintesi") con il minor sacrificio possibile degli interessi pubblici secondari e degli interessi privati ad esso contrapposti, dove averli adeguatamente individuati e ponderati.

A questo ben risponde il modulo procedimentale: grazie alla partecipazione alla fase decisionale, i titolari di interessi che potrebbero risultare negativamente incisi dalla determinazione finale hanno modo di assicurarsi che tali loro interessi vengano presi debita considerazione, di approfondire l'istruttoria introducendo a loro volta ulteriori elementi informativi e d'indagine, quindi di provare ad incidere (in senso loro favorevole) sul contenuto dispositivo del provvedimento finale prima che venga adottato. Ecco, questo assetto non si riproduce relativamente alle decisioni della parte pubblica sulla concessione dei benefici penitenziari (qui stiamo trattando del lavoro esterno ma ugualmente vale per i permessi premio).

Qui l'interesse pubblico primario che l'Amministrazione Penitenziaria persegue consiste proprio nell'esito positivo del percorso rieducativo e risocializzante del reo, ed è rispetto a tale finalità che l'*equipé* valuta l'opportunità o meno di avviare la persona a percorsi trattamentali esterni; né si deve fare il conto con la scarsità di risorse per cui alla soddisfazione dell'interesse privato di uno corrisponde l'impossibilità di soddisfare analogo interesse di altri, che porta l'Amministrazione a dover svolgere un ruolo di "regolazione"<sup>444</sup>.

---

<sup>444</sup> Com'è nel lavoro interno alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria, stante che i posti di lavoro disponibili negli istituti non consentono di assorbire l'offerta lavorativa

Consentire l'uscita dall'istituto ad un soggetto ritenuto non ancora affidabile a tal punto, lungi dal realizzare il suo interesse "egoistico" a trascorrere appunto parte della giornata fuori dal carcere, non farebbe che esporre la persona a rischi di reiterazione di comportamenti devianti che, oltre a rappresentare un'evidente regressione del percorso trattamentale che riallontana dalla possibilità di beneficiare nuovamente di misure analoghe, potrebbero portare anche ad ulteriori aggravii di pena (qualora commettesse nuovi illeciti penali).

Allora, se è innegabile che, a differenza del soggetto libero che quando (come titolare di un interesse oppositivo o pretensivo) s'interfaccia con la P.A. che sta esercitando un potere (potenzialmente incidente su quell'interesse) è chiamato a farsi le proprie ragioni già in ambito procedimentale, al detenuto questa possibilità sia preclusa perché l'idea è che sia l'istituzione "ad occuparsi di lui", è pur vero che siamo totalmente al di fuori di quella logica, che sta alla base del procedimento amministrativo, per cui gli interessi privati sono altro rispetto all'interesse pubblico perseguito<sup>445</sup>.

III.1.3 – Equipé e G.O.T. come «gruppi interattivi». Riprendendo quando detto sui gruppi in ambito organizzativo, sia l'*equipé* che il G.O.T. (ma anche la commissione lavoro) si ascrivono ai gruppi formali e permanenti, in quanto normativamente previsti e titolari di compiti istituzionali precipui

---

che proviene dalla popolazione detenuta, il che comporta, come abbiamo visto, l'introduzione di meccanismi assunzionali a rotazione.

<sup>445</sup> Se si è scelto di trattare dettagliatamente del lavoro esterno è per la frequenza della sua applicazione nella pratica, ma tutte le considerazioni svolte sono trasponibili con riferimento alla partecipazione a progetti di pubblica utilità (sempre esterni) di cui all'art. 20-ter O.P., e ai permessi premio ex art. 30-ter O.P. Quanto a questi ultimi, la decisione sulla concessione del permesso è del magistrato di sorveglianza sentito il direttore dell'istituto, che esprime il proprio parere, favorevole o sfavorevole, sulla base delle risultanze dell'osservazione e del contenuto delle relazioni di sintesi, quindi, comunque, sempre basandosi sulla valutazione collegiale dell'*equipé*.

che assolvono stabilmente, per singolo detenuto per tutta la durata della carcerazione.

Dalla composizione stabile (o tendenzialmente tale) e, appunto, normativamente data<sup>446</sup>, offrono i maggiori vantaggi sul piano cognitivo, grazie all'apporto delle competenze specifiche e settoriali di cui si fanno portatori i diversi membri di eterogena estrazione (funzionari giuridico-pedagogici, esperti in ambito psicologico e criminologico, mediatori culturali, assistenti sociali, docenti e personale medico), i quali, a monte, instaurano singolarmente con il detenuto un particolare rapporto trattamentale/assistenziale/di supporto, e le cui risultanze (in termini di osservazione e valutazione) confluiscono poi nell'unitario documento (la relazione di sintesi) che funge da base per la stesura del programma di trattamento.

A livello operativo, il meccanismo di funzionamento è quello del «gruppo interattivo»: le riunioni sono frequenti e si svolgono in presenza, i relativi membri sono elevatamente abituati a lavorare insieme, la discussione si struttura in forma dialettica, quantomeno a seguito dell'esposizione dei contributi settoriali e individuali.

Sebbene non si tratti di collegi perfetti e la decisione potrebbe essere presa a maggioranza, la logica di complementarietà fra punti di vista diversi da cui, in ragione delle rispettive competenze professionali, si guarda lo stesso caso (ossia il vissuto personale, le circostanze ambientali e personologiche che hanno condotto al comportamento deviante, e il percorso di revisione critica in atto), porta nella prassi a ricercare per quanto possibile la convergenza su soluzioni condivise da tutti (anche se magari in misura

---

<sup>446</sup> Col che non si pongono per il dirigente tutte quelle questioni "preliminari" che attengono alla composizione e strutturazione del gruppo, né, tantomeno, la scelta a monte di deferire un'attività ad un team in sostituzione dell'azione individuale.

diversa), che alla fine sottintendono un giudizio complessivo sui bisogni trattamentali del reo, ed eventualmente sul grado di “affidabilità” attuale ai fini di un progressivo reinserimento nel consorzio libero.

Quanto al ruolo del *leader*, ossia il direttore che presiede il collegio, fortemente limitato in tutte quelle funzioni sia di strutturazione del gruppo che di definizione del problema e degli obiettivi<sup>447</sup>, è importante che, almeno nella fase iniziale della discussione, mantenga la funzione di moderatore e gestore dei processi di gruppo, limitando il suo contributo nella generazione di alternative possibili, e soprattutto contenendo la tendenza ad esprimere prima degli altri il proprio parere, per contrastare il fenomeno dell'appiattimento al volere dell'autorità.

Ora, una valutazione così strutturata, che si dipana nel tempo grazie ad un percorso di osservazione costante, a cui prendono parte esponenti di aree professionali diverse e anche non incardinati nell'Amministrazione Penitenziaria, può ritenersi, per quanto qui interessa, garanzia di equità e correttezza delle decisioni prese.

È vero che se queste non soddisfano l'interesse sostanziale del detenuto egli non ha sostanzialmente modo di attivare una tutela giurisdizionale, proprio perché opera una riserva di potere in favore di tali organi amministrativi collegiali che rende le loro valutazioni non sindacabili nel merito e tantomeno non sostituibili, ma sul piano sostanziale non si vede (neppure in astratto) quale ulteriore apporto potrebbe dare l'eventuale partecipazione

---

<sup>447</sup> In generale, gli aspetti di “*design organizzativo*” non rivestono certo, per il dirigente pubblico di livello locale, la stessa importanza che hanno in abito aziendalistico. Venendo all'ambito qui considerato e al caso di specie del lavoro in *team*, si è visto infatti che l'Ordinamento Penitenziario già definisce la composizione, i compiti e le principali aree di intervento di quei gruppi di lavoro che maggiormente a cui sono devolute le funzioni più significative di presa in carico dei detenuti. Nulla vieta però che il direttore, nell'esercizio appunto della sua residuale potestà organizzativa, possa strutturare altri gruppi di lavoro, stabilendone la composizione e le occasioni di intervento, ove intenda estendere il buon funzionamento della logica gruppale ad aspetti ulteriori della vita detentiva.

del detenuto al processo decisionale; si può dunque affermare che le soluzioni organizzative (normativamente adottate) sul deferimento ad un *team* dell'attività di osservazione scientifica della personalità, e sulla composizione e le modalità di funzionamento dei gruppi di lavoro, costituiscono di per sé adeguata risposta, negli ambiti esaminati, al "problema decisionale", nell'interesse pubblico ma anche del privato destinatario.

### **III.2 – L'accoglienza e lo smistamento dei detenuti.**

Passando ad un tema diverso, ma in qualche modo prodromico rispetto all'area del trattamento, nel capitolo precedente si è visto come la circuitazione del sistema penitenziario non incida (almeno in linea teorica) sui diritti dei detenuti (*rectius*, posizioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento), trattandosi di mere articolazioni logistiche finalizzate a dare concreta esecuzione ai principio informatori del trattamento comune e della prevenzione rispetto a influenze nocive reciproche (fra i ristretti stessi).

Tanto vale per l'assegnazione al circuito Alta Sicurezza, il che comporta l'incensurabilità, di per sé, dei provvedimenti di classificazione e di mancata declassificazione, ed a maggior ragione per il passaggio alla c.d. custodia attenuata, che comunque risponde a particolari bisogni di cura.

Rimane da occuparsi della (ulteriore) suddivisione interna del circuito Media Sicurezza, e lo si fa adesso perché, sebbene la previsione e la regolamentazione delle varie tipologie di Sezioni che lo compongono siano normativamente imposte (come abbiamo visto, per lo più da fonti secondarie quali le circolari dipartimentali), le decisioni concrete circa

l'inserimento dei singoli detenuti in tali articolazioni sono rimesse alle direzioni degli istituti.

Ora, l'inquadramento giuridico e giurisprudenziale non sembra mutare: se si esclude in radice che la classificazione per circuiti incida su posizioni individuali rilevanti per l'ordinamento, a maggior ragione tanto deve valere per le articolazioni interne dei circuiti stessi.

Quindi, anche i provvedimenti di assegnazione alle già inquadrate Sezioni ordinarie, a trattamento intensificato o *ex art. 32 D.P.R. n. 230/2000*, tuttalpiù intercettano interessi di mero fatto; da qui la non debenza di alcuna forma di considerazione di tali interessi in occasione di qualunque determinazione della parte pubblica.

Vero però che, sul piano pratico, non è irrilevante, nella sostanza, per un detenuto l'essere inserito in una tipologia di sezione piuttosto che in un'altra, e lo chiarisce con alcuni esempi: nelle sezioni ordinarie dev'essere garantita una permanenza giornaliera al di fuori delle camere di pernottamento per almeno otto ore, che aumentano a dieci nelle sezioni a trattamento intensificato, dove peraltro le camere rimangono aperte per tutto il medesimo arco temporale, con conseguente libertà di movimento che non è invece possibile nelle sezioni del primo tipo; nelle sezioni *ex art. 32 R.E.*, invece, devono essere garantite le sole quattro ore di permanenza all'aperto, salva la possibilità, a fronte di eccezionali ragioni di sicurezza, di ridurla a due.

Se così è, anticipando la conclusione, ferma restando l'impossibilità e la non utilità di ipotizzare soluzioni alternative rispetto al rimettere, in via esclusiva, le valutazioni/decisioni sull'allocazione dei ristretti a quegli organi collegiali che sono in grado di esprimersi compiutamente sulle caratteristiche della persona e sul percorso trattamentale in atto, è

massimamente importante che tali *team* riescano a strutturare processi decisionali funzionali, limitando le c.d. perdite di processo, ed evitando di incorrere in rischiose “trappole”.

Per meglio comprendere, è però opportuno fare un passo indietro al momento dell’ingresso del soggetto in carcere, anche perché tale fase vede il primo intervento di un altro gruppo di lavoro di fondamentale importanza per la presa in carico dei detenuti.

III.2.1 – Primo ingresso e staff multidisciplinare. L’attenzione dell’Amministrazione rispetto ai primi momenti della carcerazione è indubbiamente molto alta, come lo sforzo per delineare efficaci modelli organizzativi che riguardano le procedure di accoglienza, al fine di attenuare gli effetti traumatici della privazione della libertà e di predisporre adeguati interventi a tutela dell’incolumità fisica e psichica conseguenti all’ingresso in Istituto<sup>448</sup>.

Come si legge nella circolare D.A.P. del 6 giugno 2007 sul servizio di accoglienza, gli scopi sono molteplici: “segnalare immediatamente ai detenuti, appena giunti in un ambiente estraneo e difficile, la possibilità di avere operatori con cui instaurare un dialogo; informare correttamente i ristretti sulle regole che scandiscono la vita detentiva; accertare e trattare con tempestività stati di disagio psicologico, di malattia psichiatrica, di malattia fisica. Questi tre ordini di attività mirano a: prevenire il rischio suicidario, particolarmente presente nei primi periodi di detenzione; conoscere la persona ai fini del successivo programma di trattamento

---

<sup>448</sup> Si vedano principalmente la circolare D.A.P. 6/06/2007 “*Detenuti provenienti dalla libertà: regole di accoglienza – Linee di indirizzo*”, il “*Piano nazionale per la prevenzione delle condotte suicidarie nel sistema penitenziario per adulti*” pubblicato il 27/07/2017 a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e la circolare D.A.P. “*Iniziative per un intervento continuo in materia di prevenzione delle condotte suicidarie delle persone detenute*” n. 3695/6145 del 8/08/2022.

individualizzato; ridurre la conflittualità intersoggettiva che – anche a causa dalla mancata o scarsa conoscenza delle regole della vita penitenziaria - può dar luogo a conseguenze disciplinari e penali, soprattutto nella prima fase della detenzione; prevenire le malattie e garantire la continuità delle terapie eventualmente già in corso al momento dell'ingresso in Istituto”.

La logica è quella dell'immediata presa in carico del nuovo giunto da parte dello *staff* multidisciplinare, di modo che, entro le prime 48 ore, oltre agli adempimenti di legge come la visita medica di primo ingresso e il colloquio con l'Area educativa<sup>449</sup>, si attivino gli interventi dello psicologo per la valutazione del rischio auto/eterolesionistico, dello psichiatra se è sospettata una patologia mentale, del Ser.D. a fronte di sospette dipendenze patologiche, del mediatore culturale per soggetti extracomunitari, e comunque di tutti quegli specialisti la cui consulenza appaia necessaria.

Sebbene le attività di questo particolare organo collegiale che è lo *staff* multidisciplinare non rientrino pienamente nell'oggetto della trattazione, posto che i suoi interventi sono mirati appunto al contenimento del fenomeno suicidario nelle carceri<sup>450</sup>, quindi risponda a bisogni più

---

<sup>449</sup> Il riferimento è all'eterogeneità degli adempimenti previsti dagli articoli 11 O.P. e 22 e 23 Reg. Es.

<sup>450</sup> In estrema sintesi, La Conferenza Unificata tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome ha approvato, in data 21 luglio 2017, il *“Piano Nazionale per la prevenzione delle condotte suicidarie nel sistema penitenziario per adulti”*, ribadendo che la prevenzione del suicidio è obiettivo che l'Amministrazione della Giustizia e l'Amministrazione della Salute devono perseguire in sinergia e nel rispetto delle specifiche competenze e responsabilità. Tale documento ha individuato le seguenti direttrici di intervento: piena condivisione degli interventi da parte delle Amministrazioni Sanitarie e dell'Amministrazione della Giustizia, coerente con l'evidenza che i comportamenti e le scelte autolesive e suicidarie sono prevalentemente da inquadrare come eventi derivanti dalle comuni condizioni di vita e non necessariamente da condizioni di patologia, rispetto ai quali le predette Amministrazioni concorrono in tutte le fasi degli interventi per le rispettive competenze; implementazione di definite e dedicate organizzazioni funzionali a livello centrale, regionale e locale, costantemente integrate nelle professionalità e negli obiettivi; regolare monitoraggio degli interventi (in particolare sul piano della valutazione di processo) e degli esiti, condiviso e aggregabile, con miglioramento della qualità dei dati, anche attraverso l'uso di un sistema informatizzato di comunicazione fra le parti; definizione,

propriamente di cura, difficilmente ascrivibili alla dialettica fra potere e interessi legittimi, merita comunque un cenno nella misura in cui rende, per la sua crescente importanza, ancor più palese quanto il lavoro in *team* costituisca sovente la miglior risposta organizzativa all'esigenza di adeguata presa in carico delle esigenze dei detenuti.

In parte vale quanto già detto sui gruppi formali e permanenti, che operano in modo interattivo ricercando, nella dialettica fra tesi e antitesi, una sintesi largamente condivisa; ancora maggiori sono i c.d. vantaggi cognitivi, stante che lo *staff* ha una composizione estremamente variegata, che consente di attingere a bagagli di conoscenza afferenti ad ambiti anche molto distanti.

Il buon funzionamento di un tale modello organizzativo si regge certamente sul carattere ampiamente multidisciplinare, e sulla costante integrazione degli interventi sia disgiunti che congiunti, che proseguono per tutta la carcerazione al fine di intercettare tempestivamente qualunque segnale di disagio che esponga a rischi autolesivi ed eventualmente di programmare ed attuare le azioni del caso.

---

adozione e aggiornamento di protocolli operativi locali, tra il singolo Istituto Penitenziario e la competente Azienda Sanitaria Locale; costituzione di un organismo funzionale, sia regionale che locale, dedicato all'analisi del fenomeno e alla ricerca di possibili mirati obiettivi per scongiurarlo. A cascata hanno poi fatto seguito analoghi documenti a livello regionale, che hanno trovato concreta attuazione a livello locale con l'adozione di specifici protocolli d'intesa fra le direzioni degli istituti e le competenti autorità sanitarie provinciali. In linea generale, tali documenti definiscono le aree di intervento e i relativi compiti (distinguendo fra area dell'attenzione e sostegno tecnico, atecnico, clinico e della decisione), individuano i fattori di rischio (ambientali, comportamentali, psicologici, situazionali e specifici) e i fattori protettivi, delineano le modalità di rilevazione del rischio e di presa in carico; stabiliscono altresì diversi livelli di rischio e attenzione (di solito tre), ai quali corrispondono specifici corsi di azione. Elemento comune è l'istituzione di un gruppo multidisciplinare, la cui funzione precipua è quella di esprimersi su applicazione, mantenimento e revoca delle misure precauzionali interne (sintetizzate nei predetti livelli di attenzione), intervenendo nell'immediatezza di accadimenti rilevanti, o comunque della rilevazione di fattori di rischio, nonché calendarizzando riunioni periodiche per mantenere costante vigilanza sui casi aperti.

Non meno importanti, tuttavia, le positive ripercussioni sul versante “psicologico” della ripartizione della responsabilità fra gli operatori: è vero che, se estremizzata, la diffusione della responsabilità apre al c.f. “*risk shift*” e, dunque, all’ipotesi che siano adottate soluzioni più rischiose di quelle per cui avrebbe optato ciascun operatore trovandosi a decidere singolarmente, ma l’esperienza concreta dimostra che, di fronte alla gravità del potenziale rischio suicidario, la tendenza è esattamente opposta, ad adottare misure di controllo sulla persona eccessive e finanche controproducenti, mentre la condivisione delle valutazioni da parte di un *team* variegato di professionisti tende a contenere la percezione del concreto livello di rischio aderente alla realtà, e quindi ad agire in modo proporzionato alle esigenze effettive.

### III.2.2 – L’allocazione dei detenuti appartenenti al circuito Media Sicurezza.

Passando agli accennati aspetti allocativi, il detenuto nuovo giunto, al momento dell’ingresso dalla liberà o per trasferimento, dovrebbe essere momentaneamente collocato, per un periodo brevissimo, nelle c.d. camere per l’accoglienza, appositamente pensate per ridurre l’impatto con la vita intramuraria, che “dovranno essere confortevoli e dotate di adeguato arredamento”<sup>451</sup>.

Sebbene fra le finalità del servizio di accoglienza sia menzionata “la scelta dell’allocazione più confacente ai bisogni del detenuto nuovo giunto”<sup>452</sup>,

---

<sup>451</sup> Cfr. Circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 2022 cit., 7, che le affianca alle altre tipologie di sezioni in cui si articola il circuito di Media Sicurezza. Si tratterebbe di camere a ridotta capienza (due o tre persone al massimo) e possibilmente ubicate vicino ai locali dell’Area sanitaria o agli uffici della Sorveglianza, quali presidi di immediato controllo, ma il condizionale è d’obbligo posto che, in diversi istituti, l’oggettiva carenza di spazio vanifica il tentativo di diversificare le stanze in parola dalle restanti sezioni.

<sup>452</sup> Assieme a “riduzione dell’impatto con la realtà carceraria e delle tensioni che possono verificarsi alla prima esperienza detentiva; osservazione immediata, diretta e congiunta della persona detenuta da parte di operatori delle diverse aree del carcere; approfondimento diagnostico, promozione di richiesta di cura, attivazione di immediati interventi di sostegno, progettazione concordata di uno schema di massima a medio-lungo

nella prassi questa operazione viene per lo più rimessa alla sola Area sicurezza, in specie a chi sta svolgendo al momento il servizio di Sorveglianza Generale, secondo un meccanismo di quasi automatica allocazione, nelle sezioni ordinarie per chi entra dalla libertà, e nelle sezioni della stessa tipologia di quella di provenienza per i trasferiti da altro istituto, e con la precisazione che nei trasferimenti per motivi di sicurezza “sarà opportuno valutare l’opportunità di un diretto inserimento in una sezione ex art. 32 reg. es.”<sup>453</sup>.

Diversamente vale per le allocazioni successive, che invece presuppongono una valutazione collegiale e l’adozione di un provvedimento formale.

Quanto all’eventuale inserimento in una sezione ex art. 32 R.E., come in parte anticipato nel capitolo precedente, trattandosi di soluzione allocativa finalizzata ad una maggiore sorveglianza rispetto al modello ordinario, resa necessaria dalle ragioni che l’hanno determinata, ossia legate ad agiti violenti ed atteggiamenti di sopraffazione, è già prescritto a livello normativo che la decisione sia presa in *equipé*, per un tempo non superiore a sei mesi, e comunque con rivalutazioni frequenti da parte degli operatori che la compongono, che dovranno mantenere costanti contatti con il detenuto al fine di affrontare e superare le difficoltà che l’avevano resa necessaria.

Ugualmente l’intervento collegiale, questa volta del G.O.T., dovrà essere attivato, nel corso della permanenza presso tali sezioni, allorquando il detenuto avanzi richiesta, o gli operatori segnalino l’opportunità, di autorizzarne il progressivo reinserimento nelle attività d’istituto dedicate agli appartenenti delle sezioni ordinarie.

---

*termine degli interventi sanitari, sociali, psicologici, educativi, formativi di cui il detenuto può usufruire” (circolare D.A.P. 6/06/2007 cit.)*

<sup>453</sup> Circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 2022 cit.

Quanto al passaggio alle sezioni a trattamento intensificato, sebbene venga meno quella precipua funzione di garanzia che impone (che siano normativamente date) specifiche regole procedurali e limitazioni temporali, la stessa logica di valutazione collegiale si riproduce sostanzialmente in tutti gli istituti.

Posto che tale passaggio implica il buon andamento del percorso trattamentale in atto, non limitato al mero rispetto delle regole interne ma come reale adesione alle finalità risocializzanti e di revisione critica dei propri agiti devianti, la decisione spetta solitamente al G.O.T., sul presupposto che la visione d'insieme di quella eterogenea pluralità di operatori di cui si compone riesca a cogliere il grado di affidabilità attuale della persona, che dev'essere pronta a sperimentare maggiori margini di libertà e autodeterminazione.

Ugualmente varrebbe per il passaggio inverso: anche qualora il detenuto dovesse rendersi autore di atti o comportamenti negativamente caratterizzati, fermi restando gli immediati interventi di sicurezza, l'eventuale ritorno alle sezioni ordinarie viene collegialmente deciso, implicando un giudizio, non automatico, di involuzione del percorso trattamentale tale da rendere doverosa una simile regressione.

Non solo la valutazione collegiale a garanzia di equità e trasparenza della decisione, ma, nella prassi, i singoli istituti si sono dotati di regole interne per predeterminare, almeno in parte, i requisiti necessari per l'inserimento in dette sezioni, tipo l'aver già trascorso un periodo di osservazione delle sezioni ordinarie, l'assenza di rilievi disciplinari recenti o l'impegno mostrato nel partecipare alle attività offerte.

Si può quindi affermare che, sebbene il ristretto sia sempre escluso dalle valutazioni inerenti alla sua (ri)allocazione, potendosi al più limitare a fare

richiesta (alla direzione) di passaggio al trattamento intensificato, la sua posizione appare sufficientemente garantita, anche qui, dai limiti normativamente imposti (in occasione di provvedimenti sfavorevoli), e comunque dal fatto che tutte le decisioni si fondano sugli esiti dell'attività di osservazione scientifica della personalità, che ha carattere multidisciplinare e si protrae per tutta la carcerazione.

Ora, fermo restando tutto quanto sopra, è pur vero che le regole procedurali e la predeterminazione dei criteri non elidono la discrezionalità nelle valutazioni sottese alle scelte allocative, e diversamente non potrebbe essere.

*In primis* perché contrasterebbe apertamente con la *ratio* della rimessione dei tali valutazione all'*equipé* e al G.O.T., organi ai quali si chiede proprio di esprimersi, caso per caso, dopo aver acquisito la massima (possibile) conoscenza della persona del detenuto.

Secondariamente una tale standardizzazione non potrà mai essere assoluta, nella misura in cui, lo si ribadisce, il principio informatore del sistema è quello della personalizzazione della risposta trattamentale alle esigenze specifiche del singolo, il che può comportare la necessità di derogare a tali indicazioni generali per meglio attendere ai bisogni particolari della persona<sup>454</sup>.

Allora, stante che le valutazioni di tali organi collegiali sono insostituibili, e dunque le relative determinazioni sostanzialmente insindacabili (per la già evidenziata riserva di potere), è doveroso che questi siano in grado di decidere nel modo più corretto possibile; il che sarebbe non difficilmente realizzabile (o quantomeno facilitabile) per il tramite di una adeguata formazione delle figure professionali coinvolte, specie dei funzionari della

---

<sup>454</sup> Le stesse circolari dipartimentali non si esprimono mai in termini tanto netti da non lasciare margine per adottare eventualmente soluzioni diverse dalla regola generale.

professionalità giuridico-pedagogica e dei dirigenti (che presiedono tali collegi), in ambito organizzativo, che consenta almeno di padroneggiare i concetti base della teoria delle decisioni, onde approcciare in modo razionalmente consapevole l'attività valutativa/deliberativa loro rimessa.

Quindi, affiancando alle competenze specifiche e settoriali dei professionisti che già compongono gli organi collegiali in questione, un sufficiente bagaglio di nozioni organizzative, a parere di chi scrive già si potrebbe ritenere adeguatamente adempiuta la *mission* istituzionale, con relativo grado di tranquillità sulla bontà delle decisioni prese, anche quelle che (almeno nella sostanza) incidono significativamente sulla vita dei ristretti.

Il problema dell'incorrere in potenziali errori di valutazione continuerebbe però a ricorrere ove quest'attività di osservazione e valutazione di fatto manchi, come accade relativamente alle prime allocazioni, rispetto alle quali il sistema sembra avere in qualche modo abdicato ad una funzione propriamente decisionale in favore di quello che si è già definito un sostanziale automatismo.

Cerchiamo allora di inquadrare i delicati profili che la decisione sull'allocazione dei detenuti può involgere, e i rischi che il decisore dovrebbe prevenire.

### III.2.3 – «Eurismi» e «trappole decisionali» nell'allocazione dei detenuti.

Considerando per primo il caso detenuti che arrivano per trasferimento da altri istituti, operano maggiormente i meccanismi «euristici» di «ancoraggio» e «disponibilità», trattandosi di persone in qualche modo "già note" all'Amministrazione.

Dopotutto è la stessa normativa ad utilizzare come «ancoraggio» quella che era l'allocazione del detenuto nel precedente istituto, prescrivendo appunto come regola generale nei trasferimenti che l'assegnazione corrisponderà

(salvi casi particolari) alla tipologia di sezione analoga a quella di provenienza.

Un esempio di «disponibilità» possono essere invece le precedenti infrazioni disciplinari, che certamente devono avere un peso nella misura in cui in parte “fotografano” l’atteggiamento attuale della persona nei confronti dell’istituzione e dei compagni, mettendo però a fuoco il rischio che accadimenti recenti monopolizzino l’attenzione più di precedenti periodi detentivi (magari cospicui) vissuti nel pieno rispetto delle regole.

Spostando l’attenzione sulle c.d. «trappole decisionali», si lega al discorso precedente un pericolo di errata “comparazione col passato”, da intendersi come incapacità di valutare (o rivalutare) la posizione del ristretto pur al variare del contesto.

In concreto, per chi già si trovava in carcere, quella sorta di automatismo nella riallocazione nella stessa tipologia di sezione di provenienza rischia di precludere qualunque valutazione sul nesso fra la scelta allocativa fatta allora e le particolari situazioni ambientali di quell’istituto.

Il problema particolarmente si pone per le sezioni a regime maggiormente restrittivo: secondo l’impostazione attuale, dovrebbero confluire nelle sezioni ex art. 32 R.E. sia coloro che provengono da sezione analoga, che i trasferiti per motivi di “ordine e sicurezza”, indipendentemente dall’allocazione precedente.

Se in linea generale sarebbe forse sempre auspicabile che l’inserimento in una sezione separata avvenga comunque dopo una (ri)valutazione del comportamento della persona nel nuovo contesto, per salvaguardarne la connotazione di estrema *ratio*, che si giustifica solo per il tempo strettamente necessario ad affrontare e superare le difficoltà che l’hanno determinata, riguardo a chi già proveniva da sezione analoga gli spazi di manovra sono

piuttosto limitati: la scelta più “prudente”, com’è sempre in situazioni di rischio/incertezza, sarebbe quella sostanzialmente di non decidere, attenendosi alle risultanze del fascicolo personale e quindi aderendo alla medesima soluzione allocativa, per poi eventualmente ridiscuterne la posizione a stretto giro, dopo un periodo di osservazione da parte dei nuovi operatori.

Parzialmente diverso il discorso per coloro che, precedentemente allocati in sezioni ordinarie, vengono trasferiti a seguito di fatti gravemente pregiudizievoli per l’ordine e la sicurezza interni: posto che quei comportamenti che hanno determinato l’incompatibilità della persona con l’istituto dove si trovava ben possono essere dipesi da particolari situazioni “ambientali” e contingenti, estranee alla sede di destinazione, potrebbe risultare più opportuno, in occasione del trasferimento, rivalutare immediatamente la necessità di tale allocazione separata nel nuovo contesto; il che però chiaramente implica un periodo di osservazione, affinché il G.O.T sia in grado di pronunciarsi in forza di una conoscenza diretta della persona.

Si potrebbe allora ipotizzare di sperimentare un’allocazione apposita e temporanea, magari una permanenza maggiore presso le camere per l’accoglienza<sup>455</sup>, finalizzata a ritagliare uno spazio fisico e temporale grazie al quale consentire un minimo di osservazione personologica in modo da fondare la relativa decisione su (nuovi) dati empirici.

Se un tal modo di procedere sembra offrire maggiore garanzia in vista di un’allocazione separata, potrebbe rivelarsi altrettanto funzionale per ipotizzare un inserimento immediato in sezioni a vocazione più trattamentale di quella di provenienza; si pensi al caso del detenuto

---

<sup>455</sup> Stante che la stessa circolare D.A.P. n. 3693/6143 del 18/07/2022 apre ad una permanenza maggiore delle 24/48 canoniche a fronte di eventuali specifiche necessità.

trasferito per motivi di studio e familiari: fermo restando che l'assegnazione dovrà garantire la continuità del percorso trattamentale, potrà essere inserito in sezioni ordinarie o a trattamento avanzato. Allora, salvo il caso in cui si possa far subito la scelta più favorevole alla luce del percorso trattamentale già in atto, prima di optare per l'allocazione nelle sezioni ordinarie dove le condizioni di vita obiettivamente più difficili potrebbero causare una regressione nel percorso stesso, un'osservazione iniziale più ampia, permanendo presso le camere per l'accoglienza, potrebbe convincere gli operatori della bontà dell'inserimento immediato al trattamento intensificato, anche considerando che l'aver ottenuto un trasferimento chiesto per motivi di studio o familiari può fungere da rinforzo positivo per la persona che dimostrerà di "meritare" tale allocazione.

Cosa dimostrano questi esempi? Proprio che la bontà della scelta va ricercata, non sul piano procedimentale come avviene per l'attività amministrativa in generale, ma su quello propriamente organizzativo, creando le condizioni più favorevoli perché si svolgano processi decisionali quanto meno "inquinati" da carenze informative ed errori di valutazione.

Passando alla posizione di chi si trova alla prima esperienza detentiva, o comunque ha vissuto precedenti carcerazioni ma molto remote nel tempo, trattandosi di soggetto "non noto" all'Amministrazione Penitenziaria, le esigenze di conoscenza della persona sono ancora più pregnanti, come tanto più "difficile" può risultare la scelta allocativa, mancando l'«ancoraggio» della già appartenenza ad un regime/circuito e dei comportamenti tenuti in detenzione.

Anzi, è assolutamente probabile che entrino combinatamente, e negativamente, in azione i meccanismi euristici di «disponibilità» e

«rappresentatività», nel senso che alcune informazioni, come l'età anagrafica, la provenienza geografica e ovviamente il tipo di reato commesso, sono sia immediatamente reperibili, che asseritamente rappresentative di quello che sarà il suo "modo di vivere la detenzione".

Conseguentemente, eventuali errori da parte dell'istituzione potrebbero dipendere dal (mal) funzionamento dei meccanismi di «categorizzazione sociale».

Per meglio comprendere, l'attribuzione ad un individuo di una o più «identità sociali» si configura come «identificazione» quando è la persona stessa a definirsi in certi termini o a identificarsi in un gruppo sociale, ovvero come «categorizzazione» *tout court* quando tale identificazione proviene dagli altri.

Alla base vi è quella che si chiama «percezione sociale», ossia un processo cognitivo di creazione di una rappresentazione interna del mondo esterno, che ha in particolare per oggetto una persona: tale processo inizia quando l'individuo, attraverso i sensi, riceve uno stimolo esterno e lo traduce in una serie di informazioni che andranno "lette e codificate"; la percezione è influenzata dal contesto in cui avviene, e dagli aspetti cognitivi ed emotivi di chi percepisce.

Non tutti gli stimoli ricevuti attivano il processo percettivo, cioè in maniera più o meno conscia vengono selezionati soltanto quegli stimoli ritenuti rilevanti nella situazione data, e "il processo di percezione si tramuta nel processo di classificazione/categorizzazione, ossia colui che percepisce utilizza uno schema mentale per dare senso a ciò che ha percepito. Nel caso della percezione sociale [...] l'individuo confronta lo stimolo esterno e le informazioni a esso connesse con un prototipo, [...] quale] rappresentazione di un membro idealtipico di un gruppo o categoria sociale. È caratterizzato

da un insieme di attributi (caratteristiche fisiche, percezioni, atteggiamenti, sentimenti, comportamenti) connessi l'uno all'altro in maniera significativa, che catturano, da una parte, la similarità di chi è nel gruppo, e, dall'altra, la diversità di chi è fuori dal gruppo"<sup>456</sup>.

L'esito del confronto (stimolo – prototipo) dà luogo all'inclusione della persona oggetto della percezione all'interno di una o più categorie.

Eventuali "errori" nel processo percettivo e classificatorio si riverberano negativamente sulla fase successiva, di valutazione/giudizio/decisione su quell'individuo visto come appartenente ad un gruppo/categoria sociale.

"L'atto di categorizzare qualcuno membro di un gruppo modifica il modo in cui lo vediamo, [... cioè] attraverso le lenti del prototipo, lo misuriamo rispetto al prototipo e gli assegniamo gli attributi prototipici, [...] significa attribuirgli le caratteristiche del gruppo/categoria di cui fa parte. Se le caratteristiche sono positive, si genera una percezione favorevole. Se le caratteristiche sono negative (per esempio, sono caratteristiche stigmatizzate), allora si genera una percezione negativa".

Portata alle estreme conseguenze, la percezione negativa può condurre alla discriminazione: "in un certo senso, la de-personalizzazione è l'anticamera degli stereotipi. Uno stereotipo è un sistema di credenze/convinzioni relativo alle caratteristiche di un gruppo/categoria sociale [...]. Lo stereotipo, a sua volta, può contribuire al pregiudizio, [... quale] atteggiamento negativo verso i membri di altri gruppi/categorie di individui. agisce, quindi, a livello emotivo. Stereotipi e pregiudizi possono portare alla discriminazione [... che è] un comportamento esibito del modo in cui gli individui trattano (in maniera più positiva o più negativa) individui di altri gruppi/categorie"<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 70-71.

<sup>457</sup> S. SALVEMINI, op. cit., 74-77.

Evidenziati i risvolti profondamenti negativi che questi meccanismi cognitivi possono produrre, all'interrogativo sul perché si ricorra agli stereotipi, la letteratura trova per lo più risposta nel livello di difficoltà del processo di «categorizzazione sociale», che avviene in condizioni di *volatilità*, perché cambiano i contesti e le persone agiscono ruoli differenti, *incertezza* perché spesso le informazioni sono limitate, *complessità* perché l'individuo rientra contemporaneamente in più categorie, e *ambiguità* perché il confronto individuo – prototipo spesso non è lineare data la disponibilità di indizi che sembrano andare in differenti direzioni.

Calandolo nella realtà, se una qualche «categorizzazione» del detenuto è inevitabile, quell'esigenza di conoscenza diretta della persona che permea tutto l'ordinamento penitenziario dovrebbe essere valorizzata anche al momento delle scelte allocative iniziali, e anzi la primissima fase della restrizione può diventare migliore occasione per instaurare da subito un rapporto diretto fra l'istituzione (in tutte le sue aree) e la persona nuova giunta, magari "preservandola" per un primo periodo in spazi appositamente dedicati.

Più che altro a tutela di quelle persone che patirebbero maggiormente le conseguenze negative della convivenza presso le sezioni ordinarie: si tratta perlopiù dei soggetti c.d. iper-integrati per cui il delitto, magari anche molto grave, ha rappresentato un episodio assolutamente isolato, ed esprimono pertanto una bassissima pericolosità sociale e penitenziaria in quanto normalmente esenti a contesti criminali, con quasi inesistente rischio di recidiva.

Ora, senza addentrarsi in dettagli operativi, quel che interessa dimostrare è che, stante la medesima finalità di "personalizzare" la scelta allocativa, non

accettando necessariamente un'opzione che potremmo definire di *default*<sup>458</sup>, la soluzione sembra sempre da ricercare sul piano organizzativo, (ri)strutturando e ampliando, temporalmente e contenutisticamente, la fase dell'accoglienza del detenuto, onde consentire agli organi collegiali competenti di decidere sulla base di dati "genuini", ossia raccolti per il tramite dell'osservazione diretta della persona, inserita nell'ambito e nelle dinamiche relazionali del nuovo contesto detentivo, limitando al massimo i predetti possibili errori di percezione/valutazione.

Quindi, riassumendo tutto quanto detto in tema di sottocircuitazione della Media Sicurezza, la qualità delle decisioni amministrative sull'inserimento dei detenuti alle varie tipologie di sezioni, rimesse a gruppi multidisciplinari come *équipé* e G.O.T., dipende pressoché esclusivamente dalla ricorrenza e dalla creazione di soluzioni organizzative idonee a mettere i componenti dei suddetti *team* in condizione di acquisire un bagaglio informativo quantitativamente e qualitativamente sufficiente per esprimere valutazioni attendibili sulla persona osservata; premessa comunque, a monte, un'adequata formazione del personale nell'ambito della scienza delle decisioni.

### **III.3 – Le decisioni individuali del direttore d'Istituto.**

III.3.1 – Discrezionalità e arbitrio nelle decisioni individuali. Passando conclusivamente a quel terzo blocco di decisioni, residuali, che competono al direttore dell'istituto nei confronti della popolazione detenuta, trattasi delle ipotesi potenzialmente più lacunose sul piano della correttezza e delle

---

<sup>458</sup> Le c.d. opzioni di *default* sono espressione dell'«eurisma di ancoraggio», e raramente vengono modificate per due ordini di ragioni: da un lato appaiono credibili in quanto stabilite da un'autorità riconosciuta, dall'altro, per inerzia, le persone tendono difficilmente a discostarsi dall'opzione prestabilita (per approfondimenti si rinvia a S. SALVEMINI, op. cit., 140-141).

garanzie del processo decisionale, per due ordini di fattori: da un lato l'assoluta esiguità dei parametri normativi sostanziali in base ai quali orientare la scelta, e dall'altro la mancanza del bagaglio informativo e del substrato valutativo offerto dall'intervento prodromico di un gruppo di lavoro.

Gli esempi potrebbero essere variegati, ma, per la frequenza con cui si pongono, si assumono a prototipi le già accennate autorizzazioni alle telefonate ed ai colloqui (in presenza o in modalità remota tramite videochiamata) con terze persone (non legate da parentale o affinità fino al quarto grado, che scende al terzo per gli autori dei reati di cui all'elencazione dell'art. 4-bis, c. 1, O.P.), e all'effettuazione di telefonate e colloqui straordinari, cioè eccedenti il numero settimanale o mensile ordinariamente spettante (anch'esso dipendente dal tipo di reato in espiazione).

Riprendendo quanto già evidenziato nel capitolo precedente, lo schema è quello proprio dell'interesse legittimo pretensivo: salvaguardati i vincoli familiari in senso stretto e di convivenza con il riconoscimento di veri e propri diritti soggettivi al mantenimento di tali rapporti tramite regolari colloqui e contatti telefonici, la possibilità di coltivare dal carcere altre relazioni familiari in senso ampio o amicali è subordinata ad un'autorizzazione del direttore dell'istituto, che appunto seguirà all'istanza di parte (formulata direttamente dal detenuto o dal proprio legale).

Sebbene manchi una chiara presa di posizione circa l'esatta qualificazione giuridica di tali interessi, tendenzialmente si riconosce in capo alle direzioni un obbligo di esaminare la richiesta e di fornire risposta, in tempi ragionevoli, al detenuto; ma, lo si ribadisce, si tratta di tutte indicazioni generalissime: la legge si limita a collegare la risposta positiva alla

ricorrenza di “ragionevoli motivi”, non è previsto alcun termine per provvedere, né alcuna formalità procedimentale, e neppure un onere di motivazione.

Ugualmente è a dirsi per l'autorizzazione ad effettuare un numero maggiore di colloqui o telefonate in via ordinaria o straordinaria (dove la differenza sta nel fatto che il direttore rilascia un'autorizzazione continuativa o ad hoc per la singola occasione); anche qui le indicazioni sostanziali sono molto esigue<sup>459</sup>, e del tutto assenti sul piano formale/procedurale.

Se così è, il rischio che la discrezionalità sconfini in arbitrio è tutt'altro che remoto, anche perché la mancanza di parametri di giudizio vanificherebbe, di fatto, qualunque controllo (anche di mera legittimità) in sede giurisdizionale.

Per altro, sembra potersi facilmente incorrere in quegli errori del processo decisionale che sono legati al funzionamento dei meccanismi euristici.

Per il soggetto già conosciuto dalla direzione entrerebbe primariamente in gioco la «disponibilità», nella misura in cui l'eventuale accadimento di fatti di una certa rilevanza, per lo più di segno negativo (come gravi infrazioni disciplinari), ma in astratto anche positivo (come l'essersi il detenuto particolarmente distinto nel buon rendimento in un'attività d'istituto), è immediatamente richiamabile alla mente del decisore quando si trova a doversi esprimere in senso più o meno possibilista rispetto ad una richiesta del detenuto; da qui, però, il quasi automatico sconfinamento nell'eccesso di potere per sviamento, posto che, sebbene non siano chiare le finalità per

---

<sup>459</sup> In linea generale si usa sempre la locuzione “ragionevoli e verificati motivi”, e solo per talune circostanze specifiche si forniscono indicazioni più dettagliate, come il caso dei figli di età inferiore a dieci anni (ex art. 39 O.P.) o la condizione di malattia o infermità di un congiunto (vedi circolare D.A.P. n. 455577 del 16/12/2020).

cui concedere o negare tali autorizzazioni<sup>460</sup>, certamente la logica non dev'essere quella premiale/sanzionatoria.

Il nuovo giunto, invece, è più a rischio «ancoraggio»: se proviene da altro istituto la tendenza potrebbe essere a non decidere, aderendo meramente a quel che era stato stabilito altrove in precedenza (senza comunque sottacere che anche la continuità ha un valore, e quindi ciò a cui il detenuto “era abituato” va tenuto, come vedremo, in considerazione); se la richiesta di autorizzazione è invece presentata a stretto giro dall'ingresso dalla libertà, il rischio potrebbe essere lo stesso quello di non decidere, procrastinando indistintamente ad un momento successivo per reperire maggiori informazioni (che da un lato è corretto ma si dovrebbe comunque fare attenzione all'eventuale ricorrenza di circostanze che rendono, nel caso specifico, la decisione più urgente che nella media dei casi).

Agganciandosi a quanto appena paventato, infatti, vi è un più generale pericolo di errori di comparazione, non solo col passato, ma anche fra situazioni che, ad una lettura superficiale appaiono pressoché assimilabili e portano il decisore ad attenersi ad una determinazione standard, ma che, se approfondite, paleserebbero una ben diversa esigenza di personalizzazione, legata a particolari bisogni del singolo che non sono intercettabili con l'opzione di *default*.

Per contro, tuttavia, non può neppure sottovalutarsi, nel contesto di forzata convivenza del carcere, l'importanza della percezione, da parte della popolazione detenuta, di ricevere trattamenti scevri da favoritismi: equità e parità di trattamento sono quindi obiettivi parimenti da perseguire quando si prendono decisioni, sì su posizioni individuali, ma che si ripropongono ciclicamente per quasi tutti i ristretti.

---

<sup>460</sup> Come già esposto nel capitolo precedente.

Come si combinano allora tutti questi fattori? A parere di chi scrive la risposta è, anche qui, di natura *lato sensu* organizzativa, e consiste nel proceduralizzare l'attività decisionale, non sulla falsariga del procedimento amministrativo, ma strutturando uno specifico processo di lavoro.

III.3.2 – L'“investimento” decisionale. A monte, si pone però un interrogativo di fondo che afferisce al *quantum* di tempo e di risorse che appare opportuno impiegare in processi decisionali del genere.

Sul piano della teoria, la risposta va ricercata nella combinazione fra due diversi aspetti, quali lo «stile decisionale» e l'importanza della decisione.

“Con stile decisionale si intende l'insieme delle abitudini e delle procedure, acquisite col tempo e con l'esperienza, nell'elaborare le informazioni e nel prendere una decisione”<sup>461</sup>; i diversi «stili decisionali» rappresentano allora la “declinazione individuale” dei modelli ideali di *decision making*, secondo le caratteristiche e gli approcci personali di ciascun decisore.

Secondo la manualistica classica, le coordinate fondamentali dalla cui combinazione dipende lo «stile decisionale» sono date dal grado di approfondimento informativo ricercato, dal numero e dalla verità delle alternative generate e dall'obiettivo, se alla «massimizzazione» o al «soddisfacimento».

Quanto ai primi elementi, la più comune distinzione è fra persone «monofocali», le quali utilizzano criteri molto specifici per individuare una sola soluzione o comunque un numero molto esiguo di alternative possibili, che si rivela approccio utile nei casi in cui sono indispensabili efficienza e speditezza, e persone «multifocali», le quali utilizzano invece diversi criteri

---

<sup>461</sup> Così L. TESIO, op. cit., 35.

selettivi e generano un numero elevato di alternative, rallentando il processo ma favorendo la ricerca di soluzioni originali e innovative

Sul binomio «massimizzazione»/«soddisfazione» vale tuttavia la considerazione, fondata sull'evidenza empirica<sup>462</sup>, che questa dicotomia potrebbe probabilmente esistere solo in casi di scuola: se si interrogano i partecipanti al processo decisionale, infatti, tendenzialmente tutti affermeranno di aderire all'idea di «massimizzare» quando in realtà fissare dei *target* è implicito in qualunque processo, con la conseguenza che il risultato che è stato in grado di soddisfare quel *target* verrà percepito come “il migliore possibile”, mentre è “soltanto” sufficiente rispetto allo standard anche inconsapevolmente avuto di mira.

Secondo il modello più accreditato<sup>463</sup>, si possono quindi definire cinque stili principali: *i*) stile «decisionista», proprio di persone portate a ragionare ed agire velocemente, che mirano all'efficacia e alla prontezza dell'intervento, e che dunque utilizzano il numero minore di informazioni per definire un unico corso d'azione che ripropongono ogni volta si ponga un problema simile; *ii*) stile «flessibile», di chi, pur nella limitatezza delle informazioni, tende a generare una pluralità di alternative, ricercando l'adattabilità al caso di specie; *iii*) stile «gerarchico», che invece mira a raccogliere quante più informazioni per elaborare la miglior soluzione possibile, implementando la qualità dell'azione a discapito della speditezza, specie di fronte ad un problema inedito; *iv*) stile «integrativo», di chi dalla pluralità di informazioni tende a ricavare anche molte alternative, analizzando il problema da punti di vista diversi per sperimentare soluzioni innovative, eventualmente anche implementando diversi corsi d'azione; *v*) stile

---

<sup>462</sup> La prova è stata operata da J. G. MARCH, op. cit. 1994.

<sup>463</sup> Rif. a M. J. RIVER – K. R. BROUSSEAU – P. L. HUNSAKER, “*the Dynamic Decision Maker. Five Decision Styles for Executive and Business Success*”, Jossey-Bass, San Francisco, 1993.

«sistematico», di chi, in prima battuta affronta il problema come il decisore sistematico, guardandolo da punti di vista diversi e generando più alternative, per poi assumere un atteggiamento gerarchico finalizzato a classificare le possibili soluzioni in ordine di priorità, con evidente notevole dilatazione dei tempi ma correlata ampia comprensione del problema nel suo complesso.

Ferma l'utilità del modello teorico, sebbene ciascuno sia più o meno propenso per uno stile decisionale vero è che in diverse occasioni e per diverse ragioni lo stile personale si modella alle esigenze specifiche, legate al tipo di problema e all'ambiente, motivo per cui si parla di stile «adattivo», valorizzando la capacità di attivare al bisogno le modalità operative proprie dei diversi stili come una non scontata qualità del decisore.

Quindi, da un lato, l'investimento in termini di risorse e tempo nella ricerca e valutazione delle informazioni, generazione e comparazione delle alternative, dipende dallo stile personale del decisore, e comunque dallo stile che ritiene di attivare in quella circostanza.

Dall'altro conta il grado di importanza della decisione, che afferisce ai costi stimati, economici e non, e alla qualità, quantità e durata nel tempo dei prevedibili effetti; grado di importanza che può non essere assolutamente agevole da stimare.

Nelle organizzazioni aventi uno scopo puramente o principalmente lucrativo è quantomeno chiaro il parametro in base al quale effettuare la valutazione, ossia il rapporto fra i guadagni attesi e i costi presunti: più l'operazione è costosa (in entrambi i sensi, quindi in positivo sull'entità dei ricavi preventivati e in negativo su quella delle possibili perdite), più meriterà investire tempo e risorse, umane e materiali, nelle decisioni che la compongono.

Ma se già viene a mancare un'analogia chiarezza di obiettivi, evidentemente la stima si fa incerta; ed è proprio il caso in esame.

Come si quantifica quant'è importante la decisione su una richiesta di autorizzazione di un detenuto per essere ammesso ai colloqui con terza persona?

Intanto è opinabile se tale valutazione vada operata guardando all'interesse dell'ente, sul quale una singola autorizzazione nemmeno inciderebbe, ma moltiplicandosi andrebbero notevolmente a gravare sul carico di lavoro necessario per consentire l'ordinato e sicuro svolgimento di un numero ben più elevato di colloqui giornalieri (rispetto a quelli di diritto con familiari e conviventi), o piuttosto all'interesse della persona, dovendosi allora valutare, da un lato, se davvero sussiste fra il detenuto e il terzo rapporto tale da garantirne la coltivazione anche durante la carcerazione, ma anche, al contrario, se sussistono motivi ostativi legati all'influenza negativa di quei contatti rispetto al percorso trattamentale in atto.

Allora probabilmente questi interessi rilevano tutti e il direttore decidente è quindi chiamato a bilanciarli, anche alla luce delle condizioni contingenti della struttura e della popolazione detenuta che si trova a dirigere.

Per completare negli esempi, analoghe considerazioni possono valere per le autorizzazioni ad effettuare, in via ordinaria (quindi stabilmente, con cadenza settimanale o mensile), colloqui e telefonate straordinarie (cioè eccedenti il numero normalmente spettante), mentre meno "delicata", almeno come ricadute sull'organizzazione del lavoro, è la decisione sul singolo colloquio o sulla singola telefonata straordinari autorizzati *ad hoc*, potendosi in questi casi circoscrivere la valutazione alla posizione del detenuto, cercando di intercettarne il bisogno momentaneo.

III.3.3 – Dal processo decisionale al processo di lavoro. Tutto ciò premesso, posto che il detenuto può avere anche un interesse “forte” all’ottenimento di una delle autorizzazioni in argomento, che da un lato la decisione deve rispondere ai particolari bisogni del singolo contribuendo alla finalità generale di personalizzazione del trattamento, ma che dall’altro non possono sottovalutarsi né le esigenze organizzative dell’istituto, né quelle di trasparenza e parità di trattamento rispetto a posizioni analoghe della restante popolazione detenuta, al fine di limitare l’arbitrio favorito dalla sostanziale assenza di regole, la soluzione che si propone è quella di (auto)strutturare, da parte dello stesso organo decidente, un processo di lavoro da seguire ogni volta si tratti di processare istanze dello stesso tipo. Il processo di lavoro, o più spesso flusso di lavoro, consiste in una sequenza ordinata di passaggi, attività o compiti necessari per raggiungere un obiettivo specifico<sup>464</sup>.

Fra i principali benefici di un’adeguata strutturazione di processi di lavoro efficaci, la razionalizzazione del tempo e delle risorse per il tramite dell’eliminazione di attività o passaggi non utili allo scopo, il contenimento dei rischi e la riduzione del margine d’errore grazie alla predefinizione di condizioni e regole, la chiarezza nella distribuzione dei compiti e delle responsabilità, l’evidenza dei nei rapporti causali e sequenziali fra gli adempimenti, la tracciabilità dello stato di avanzamento del processo e l’automazione delle attività routinarie.

Fra gli elementi costitutivi base del flusso di lavoro: *i)* le attività, i compiti e gli adempimenti, quali passaggi che devono essere eseguiti perché il flusso

---

<sup>464</sup> Da non confondere con la nozione di «processo organizzativo», quale insieme di attività, eseguite in ambiti organizzativi diversi, che sono tra loro interrelate e finalizzate alla realizzazione di un risultato definito e misurabile (il prodotto/servizio), che contribuisce al raggiungimento della *mission* istituzionale e che trasferisce “valore” al fruitore (il cliente/utente).

si avvii ed arrivi a conclusione; *ii*) i partecipanti, intesi come persone, organi, reparti o settori coinvolti nel processo, ciascuno dei quali deve avere attribuzioni specifiche, con connesse responsabilità; *iii*) la sequenza, ossia l'ordine logico e cronologico secondo il quale i passaggi si susseguono e si coordinano; *iv*) regole e condizioni, di funzionamento ma anche di monitoraggio.

Variamente combinati, possono dare vita a flussi di lavoro che differiscono per struttura e caratteristiche; fra i più comuni: flussi «sequenziali», in cui le attività vengono eseguite in una sequenza lineare nel senso che ogni fase dev'essere completata per poter iniziare la successiva, che dipende dagli esiti della prima; flussi «paralleli», dove le attività vengono eseguite contemporaneamente in diversi ambiti o fasi, non dipendendo direttamente l'una dall'altra; flussi «basati su regole», dove il corso d'azione dipende da circostanze alle quali corrispondono appunto complessi di regole da applicare; flussi «ciclici o ripetitivi», dove al completamento di una serie di attività segue il riavvio della medesima sequenza; flussi «guidati dagli eventi», nel senso che un determinato *trigger* innesca un corso di eventi prestabilito; flussi «*ad hoc*», dove le attività sono definite e assegnate in modo flessibile, in base a esigenze e circostanze mutevoli legate a situazioni non prevedibili.

Alla luce di tali indicazioni, anche in assenza di regole eteroimposte, il “problema decisionale” può essere affrontato mettendo a punto, da parte del decisore stesso, un flusso di lavoro calibrato sulle caratteristiche specifiche della tipologia di questione da trattare, individuando gli adempimenti necessari ad ottenere un sufficiente (ma non ridondante) bagaglio informativo, a confrontare le alternative possibili in ragione degli interessi in gioco (bilanciandoli se potenzialmente confliggenti), e a far

eventualmente confluire nell'attività istruttoria e di valutazione l'apporto di altri attori (diversi dal decisore individuale) di cui si specificano compiti e modalità d'intervento.

Il tutto, specie all'interno di un'organizzazione complessa, ad evidente beneficio dell'equità e della trasparenza, a cui è di per sé funzionale la procedimentalizzazione dell'attività, ma anche della speditezza dell'azione, a cui risponde la standardizzazione di modalità operative che si riproducono ogniqualvolta si ponga l'esigenza di assumere una decisione analoga, fluidificando il lavoro e l'interazione degli operatori coinvolti che già sanno come attivarsi.

Nello specifico ambito d'interesse, strutturare e standardizzare uno specifico flusso di lavoro per ciascuna tipologia di decisione che il direttore è chiamato a prendere più frequentemente potrebbe apportare notevoli vantaggi.

Al decisore *in primis*, che non si troverebbe ogni volta ad interrogarsi preliminarmente sul come affrontare le varie fasi del processo decisionale, avendo già stabilito le modalità di ricerca delle informazioni e gli uffici da coinvolgere, i diversi corsi d'azione da seguire a seconda delle risultanze che emergono, e i tempi necessari; ma anche all'organizzazione nel suo complesso, posto che, appunto, anche gli operatori che lo collaborano sono già in grado di muoversi autonomamente, quanto meno compiendo tutti quei passaggi che compongono l'istruttoria, per presentare al decisore il bagaglio di informazioni già completo.

Non meno importanti i vantaggi per l'utenza: se il flusso di lavoro è stato ben articolato, da un lato funge da garanzia di considerazione di tutti gli aspetti e gli interessi potenzialmente rilevanti, e quindi di personalizzazione della risposta alle esigenze specifiche, stabili o contingenti, del richiedente;

dall'altro presidia l'obiettività e la parità di trattamento fra tutti coloro che avanzano istanze simili, che, ferma restando la discrezionalità nella determinazione finale, saranno quantomeno processate nello stesso modo, il che, verosimilmente, si ripercuoterà a sua volta positivamente sulla motivazione, nella misura in cui gli utenti vi troveranno riferimenti agli stessi elementi informativi/valutativi sui quali si è basata la scelta.

Chiariamo il tutto con un esempio: il detenuto avanza richiesta di colloqui con terza persona. Proviamo a strutturare un flusso di lavoro.

- Definizione del problema e dell'obiettivo: il direttore deve autorizzare o meno la richiesta; stante l'unica indicazione legislativa per cui l'autorizzazione può essere concessa se ricorrono "ragionevoli motivi", devono selezionarsi degli elementi sui quali fondare tale giudizio.

- Ricerca, raccolta e valutazione delle informazioni: relativamente alla decisione di cui trattasi, gli aspetti e le circostanze che appaiono rilevanti ineriscono al tipo di rapporto familiare/amicale che lega il detenuto alla persona con cui chiede di colloquiare, alle ragioni che fondano la richiesta, ai contatti che fino a quel momento hanno mantenuto, al fatto che il detenuto effettui o meno colloqui con altri, alle condizioni psicofisiche del detenuto, alla condotta del terzo.

Se questa è la platea completa delle informazioni astrattamente rilevanti, non è detto che in concreto sia necessario acquisirle tutte, per questo la relativa ricerca va ordinata sequenzialmente.

Intanto nella richiesta (competente alla cui lavorazione è l'Ufficio colloqui, che si occupa appunto di tutte le pratiche che ineriscono all'effettuazione dei colloqui da parte della popolazione detenuta) il ristretto avrà probabilmente indicato la persona con cui chiede di colloquiare, il tipo di

rapporto di parentela, amicalità o altro che li lega, e magari anche le ragioni a supporto.

Se non è stata definita alcuna modalità procedimentale, la richiesta giungerà al direttore così come formulata (per iscritto) dal detenuto, mentre, se a monte sono state individuate quelle informazioni essenziali che in ogni caso vanno acquisite, il personale incaricato porterà la richiesta già almeno in parte istruita.

Sicuramente dev'essere accertata l'identità personale del terzo e il rapporto che lo lega al detenuto, quindi, se tali dati non sono chiaramente evincibili dalla domanda, devono essere rintracciati, consultando gli applicativi istituzionali o semplicemente chiedendo al detenuto di integrare la richiesta; a seguire, si potrebbe accertare se, e con quali modalità, il detenuto mantenga contatti col il terzo, ad esempio tramite scambi epistolari (accertabili sempre tramite applicativo), e certamente occorre sapere se in precedenti istituti o in precedenti carcerazioni fosse già autorizzato ai colloqui, nonché se effettui o meno colloqui con altri.

Ora, avendo l'ufficio competente già contezza che quantomeno tutte queste informazioni sono essenziali per la decisione (perché così è stato strutturato il flusso di lavoro), potrà reperirle prima di portare la richiesta in visione al direttore, con immediato risparmio di tempo.

A quel punto il direttore potrebbe già ritenere di decidere alla stregua di tali informazioni base: ipotizziamo che il detenuto effettui regolari colloqui con gli aventi diritto, magari anche in numero elevato, e che non abbia fino a quel momento mostrato particolare interesse nella coltivazione del rapporto con il terzo (ad esempio perché non ci sono scambi epistolari, che invece non abbisognano di autorizzazione), la decisione sarà immediatamente negativa. Al contrario, se il detenuto non mantiene alcun altro rapporto

familiare/affettivo, e in qualche modo mostra interesse per la coltivazione di una relazione umana esterna all'ambiente carcerario, la decisione tenderà ad essere positiva.

Di per sé determinante potrebbe essere invece la circostanza che il detenuto trasferito fosse già autorizzato a tali colloqui nell'istituto di provenienza, e che magari li svolgesse da un considerevole lasso di tempo, col che, salva l'emersione di fatti impeditivi, prevarrebbero ragioni di continuità.

In tutti questi casi, ulteriori approfondimenti comporterebbero un inutile aggravio di lavoro e l'istruttoria può dirsi conclusa, ferma restando l'opportunità di procedere in ogni caso ai controlli di sicurezza sulla condotta del terzo prima di autorizzarne l'ingresso in carcere (che si effettuano consultando le forze di polizia che operano sul territorio).

Se invece le risultanze emerse dalle sole informazioni base non sono univoche, ad esempio perché il detenuto, pur mantenendo regolari rapporti con i familiari, mostra particolare interesse anche nella cura del rapporto amicale col terzo, si introdurranno degli approfondimenti, e il direttore potrà coinvolgere altri operatori; ad esempio, il funzionario giuridico-pedagogico che lo ha in carico potrebbe effettuare un colloquio col detenuto per meglio apprezzare le ragioni della richiesta e valutare il possibile effetto positivo dell'autorizzazione sul percorso trattamentale.

Potrebbe anche accadere che il detenuto stia vivendo un momento di particolare fragilità emotiva, nel quale caso il direttore si rivolgerebbe ad una figura diversa, come l'esperto psicologo, perché analogamente, ma da un diverso punto di vista, valuti i possibili benefici dell'autorizzazione stessa; o potrebbe accadere che queste condizioni emergono nel corso dell'istruttoria e quindi tutti questi passaggi vanno a sommarsi l'uno a seguito dell'altro.

- Comparazione delle informazioni e decisione: avendo così proceduto, il direttore sarà in grado di prendere la decisione individuale in relativa facilità, senza rilevanti rischi di cadere in errori evidenti o in marcate disparità di trattamento.

- Implementazione della decisione: specie se dovessero residuare dubbi sulla decisione presa, il direttore potrebbe scegliere di contenerne gli effetti autorizzando in prima battuta un solo colloquio, per tornare a decidere una volta effettuato e potuti apprezzarne gli esiti.

Ora, sebbene il modo di procedere proposto non rappresenti l'unica via percorribile, e il flusso di lavoro potrebbe essere diversamente strutturato, la funzionalità dell'idea di fondo è intanto dimostrata dal fatto che il processo può essere direttamente avviato dagli addetti all'ufficio competente che sono autonomi nello svolgimento dell'istruttoria base, i cui risultati saranno portati al direttore solo una volta completi, nonché per aver limitato eventuali allungamenti del processo stesso ai casi in cui appare strettamente necessario approfondire l'istruttoria, in aderenza ai canoni del buon andamento; dopodiché, se anche il direttore ritenesse opportuno un supporto valutativo multiprofessionale, ciò avverrebbe sempre per il tramite di interventi mirati e circoscritti, atti a contenere la decisione in tempi ragionevoli, senza gravare oltremodo operatori già chiamati quotidianamente a gestire una mole di lavoro cospicua.

Tirando le fila del ragionamento sin qui condotto, si può affermare che l'esempio proposto è utile nel dimostrare con assoluta semplicità come l'assenza di riferimenti normativi sia sostanziali che procedurali può essere validamente colmata, con adeguata garanzia per la qualità della decisione, sul piano organizzativo, strutturando processi di lavoro appositi per il tipo di decisione da prendere; per stimolare quella che appare una buona prassi

da parte dei dirigenti di livello locale, torna l'esigenza di investire adeguatamente sulla formazione degli stessi, affinché l'immediata padronanza (almeno) dei concetti base della scienza dell'organizzazione in generale, e delle decisioni in particolare, sia agevolmente traducibile nella definizione di modalità operative snelle, chiare, prevedibili e, per quanto possibile, riproducibili.

## CONCLUSIONI

Il sistema penitenziario, pur integrando a pieno titolo un settore dell'organizzazione amministrativa statale, presenta innegabilmente tutta una serie di peculiarità sue proprie, già per il fatto che le carceri ospitano individui che dipendono, per ogni aspetto della loro vita, dall'Amministrazione che li ha in custodia.

Solo per questo i rapporti fra detenuto/utente e parte pubblica assumono una conformazione *sui generis* rispetto alla "normalità" della dinamica relazionale che si instaura in occasione dell'esercizio di un potere pubblico fra Amministrazione e cittadini: se alla titolarità di una posizione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento si lega il conferimento di un insieme di poteri e facoltà che consentono all'interessato di prendere parte al processo formativo della determinazione pubblica, per incidere potenzialmente sul relativo contenuto dispositivo, questa dialettica manca rispetto agli interessi ai cui è portatore il detenuto, secondo l'idea che sia l'Amministrazione "ad occuparsi di lui".

Ora, al di là della difficile e dibattuta qualificazione di tali interessi, il ristretto di fatto non prende parte a nessuna decisione che lo riguarda, il che, messo a confronto con il modello procedimentale generale, può apparire come un vuoto di tutela e di garanzia, non solo rispetto alla cura dell'interesse individuale, ma anche per il venir meno di quell'apporto che il privato partecipante offre al corretto svolgimento del procedimento amministrativo, quantomeno sul piano informativo e della completezza dell'istruttoria.

Per quanto qui interessa, la maggiore distanza rispetto alla logica di procedimentalizzazione dell'attività amministrativa si registra riguardo alle

decisioni che assume, quale organo individuale, il direttore dell'istituto, su istanza del ristretto.

Dovendosi radicalmente escludere la possibilità e, non meno, l'utilità di una ipotetica estensione delle garanzie partecipative alle decisioni di cui trattasi, la "bontà" delle stesse, nell'interesse sia pubblico che privato, va ricercata su un altro piano, che a parere di chi scrive è quello propriamente organizzativo.

Già rilevanti indicazioni in tal senso provengono dalla stessa normativa di settore, specie dalle circolari interne all'Amministrazione Penitenziaria, che deferiscono la più gran parte delle decisioni afferenti in senso ampio al trattamento e alla presa in carico dei detenuti a organi collegiali, secondo un approccio multifattoriale che vede la compartecipazione di una serie eterogenea di professionisti che, a vario titolo, s'interfacciano col detenuto, guidandolo e supportandolo nel percorso di adattamento alla vita detentiva e di reinserimento sociale.

Si è quindi tentato di dimostrare che, indipendentemente dalla natura collegiale o unipersonale dell'organo competente ad assumere la determinazione finale, se questa comunque si fonda sulle risultanze di un pregresso lavoro *in team* ciò si considera sufficiente garanzia di correttezza decisionale, almeno sul piano procedurale, ferma restando la rimanente discrezionalità che nel merito non è sindacabile.

L'attenzione dovrà allora essere posta a tutti quegli aspetti, appunto organizzativi, che, dalla formazione del gruppo e fino alla produzione dell'*output* finale, potenzialmente incidono sulla funzionalità dell'attività gruppale.

Quando però venga meno il supporto del lavoro di gruppo, e la decisione sia realmente individuale, per altro da prendere in quasi totale assenza di

parametri normativi di riferimento, sia sostanziali che procedurali, il rischio che la discrezionalità si trasformi in arbitrio è tutt'altro che remoto.

Allora, a maggior ragione nel "campo libero" dell'assenza di procedimento, diviene indispensabile che il decisore "sappia decidere", il che implica un'adeguata padronanza delle nozioni e delle tecniche proprie della scienza delle decisioni, da mettere concretamente in campo per ridurre gli errori e le c.d. perdite di processo, nonché per strutturare processi di lavoro adeguatamente suppletivi dei mancanti (e non introducibili) procedimenti amministrativi.

Se, quindi, in qualche misura la risposta al problema del "buon decidere" nei contesti organizzati, pubblicistici o privatistiche che siano, la si ricerca sempre sul piano *lato sensu* procedimentale, l'ideazione e l'attivazione di strumenti operativi in tal senso idonei, come nei casi esaminati la strutturazione di un apposito processo di lavoro, presuppone che chi è chiamato a decidere, soprattutto se posto in ruoli apicali, sia scientificamente preparato in tal senso; da qui la necessità di investire sulla formazione organizzativa dei dirigenti pubblici, con particolare riguardo alla branca della scienza delle decisioni.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSI R., *"Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa"*, in Arch. Giur., 1943.

ALLEGRETTI U., *"Amministrazione pubblica e Costituzione"*, Cedam, Padova, 1996.

ALLPORT G. W., *"Personality. A Psychological Interpretation"*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1937.

ANNICIELLO E., *"I circuiti penitenziari: biunivocità tra sicurezza e trattamento"* in *"Gli spazi della pena – Tutela dei diritti umani e circuiti penitenziari"*, Quaderni ISSP n. 10, 2012

BACHELET V., *"Scritti giuridici"*, vol. II *"Le garanzie nell'ordinamento democratico"*, Milano, 1981.

BARTOLE S. – MASTRAGOSTINO F. – VANDELLI L., *"Le autonomie territoriali. Ordinamento delle Regioni e degli enti locali"*, Bologna, 1991.

BENVENUTI F., *"Disegno dell'amministrazione pubblica. Linee positive e prospettive"*, Padova, 1996.

BENVENUTI F., *"Funzione amministrativa, procedimento, processo"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1952.

BERTI G. - MANZONA N., *"Controlli amministrativi"*, in Enc. dir., vol. II, Agg., Milano, 1999.

BLAU P. M. – SCOTT W. R., *"Formal Organization"*, Routledge & Kegan Paul, London, 1966.

BOMBARDELLI M., *"Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico"*, Torino, 1996.

CAMMELLI M., *"L'amministrazione per collegi: organizzazione amministrativa e interessi pubblici"*, Bologna, Il Mulino, 1980.

CAMMEO F., *"Corso di diritto amministrativo"*, Padova, 1914.

CANNADA BARTOLI E., *"Interesse (Dir. Amm.)"*, in Enc. del Dir., XII.

CAPACCIOLI E., *"Interessi legittimi e risarcimento dei danni"*, Milano, 1963.

CAPRARA G. V., *"Motivare è riuscire. Le ragioni del successo"*, Il Mulino, Bologna, 2013.

CARINGELLA F., *"Manuale di diritto amministrativo"*, Dike Giuridica, Roma, 2012.

CASSESE S., *"Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1991.

CASSESE S., *"La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita"*, Il Foro Italiano, 1994.

CASSESE S., *"Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2002.

CAVALLARO M. C., *Gli organi collegiali tra procedimento e provvedimento*, in Giorn. Dir. Amm., 2010.

CAVALLO B., *"Provvedimenti e atti amministrativi"*, in *"Trattato di diritto amministrativo"*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993.

CAVALLO PERIN R., *"L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia"*, in *"L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2011"*, Napoli, 2012.

CERULLI IRELLI V., *"Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo"*, in Dir. Proc. Amm., n. 2/2014.

CESARIS L., *"Commento all'art. 14 quater O.P."*, in V. GREVI - G. GOISTRA - F. DELLA CASA, *"Ordinamento penitenziario"*, Padova, Cedam, 2000.

CHIEPPA R., *"Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2010, 3.

CHITI E., *"La dimensione funzionale del procedimento"*, in Aa. Vv. *"Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme"*, Milano, Giuffrè, 2008.

CIOFFI A., *"L'interesse pubblico nell'azione amministrativa"*, in Dir. Amm., 2015.

CINTIOLI F., *"Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici"*, atti del convegno su *"I principi nel codice dei contratti pubblici"* tenutosi in Firenze il 14 aprile 2023 organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, pubblicato il 18 maggio 2023.

CINTIOLI F., *"Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)"*, in Dir. Proc. Amm., n. 1/2012.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

CODACCI PISANELLI A., *"L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo"*, in Giust. Amm., 1892-1893.

COGNETTI S., *"Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica"*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.

COGNETTI S., *"Profili sostanziali della legalità amministrativa"*, Giuffré Editore, Milano, 1993.

CORSO G., *"Il responsabile del procedimento amministrativo"*, in *"Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del convegno di Messina – Taormina, 25-26 febbraio 1988)"*, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffré, 1990.

DELLA BELLA A., *"Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali"*, Giuffré, Milano, 2016.

DELLA CANANEA G., *"L'organizzazione amministrativa della Comunità Europea"*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com., 1993.

DELLA CASA F., *"Una foto 'oversize' nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit."*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1, 61.

DI BERNARDO A., commento agli artt. 7-13 della l. n. 241/90, in *"Guida alla legge n. 241 del 1990"*, a cura di M. MARIANI, Nuova Giuridica ed., 2015.

DI GASPARO G., *"Organizzazione amministrativa"*, in Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto amministrativo, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 29 gennaio 2021.

DI GENNARO G. in GREVI V., *"Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario"*, Bologna, Zanichelli, 1981.

DUBRIN A. J., *"Fundamentals of Organizational Behavior"*, South-Western College, Cincinnati, 1997.

DUGATO M., *"I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi"*, in Munus, 1/2020.

FESTINGER L., *"A Theory of Cognitive Dissonance"*, Harper & Row, New York, 1957.

FURIN N., *"Polizia amministrativa e polizia giudiziaria; possono le pretese distinzioni tra queste funzioni limitare le garanzie difensive nell'ambito dell'attività ispettiva e di vigilanza amministrativa?"*, in Cassazione Penale, 7-8, Milano, 1999.

FURNHAM A., *"The Psychology of Behavior at Work"*, Psychology Press, Hove East Sussex, UK, 1997.

GALATERIA L., *Gli organi collegiali amministrativi*, Vol. I *"La struttura"*, Milano, Giuffré, 1956.

GALATERIA L. - STIPO M., *"Manuale di diritto amministrativo"*, Utet, Torino, 1998.

- GALIMBERTI U., *"Dizionario di Psicologia"*, UTET, Torino, 1992.
- GIANNINI M. S., *"Decisioni e deliberazioni amministrative"*, in *Foro Amm.*, 1946, I.
- GIANNINI M. S., *"Diritto amministrativo"*, Milano, Giuffr , edizioni 1970, 1988 e 1993.
- GIANNINI M. S., *"Il potere discrezionale della pubblica amministrazione"*, Milano, 1939.
- GIANNINI M. S., *"Organi (teoria generale)"*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981.
- GIANNINI M. S., *"Profili storici della scienza del diritto amministrativo"*, in *Quaderni Fiorentini*, 2, Milano, 1973.
- GIOSTRA G. – DELLA CASA F., *"Manuale di diritto penitenziario"*, Giappichelli Editore, 2020.
- GABOARDI A., in *"Libert  dal carcere, libert  nel carcere. Affermazione e tradimento della legalit  nella restrizione della libert  personale"*, a cura di A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO, Torino, 2013.
- GOLDSTEIN D. G. - GIGERENZER G., *"Models of ecological rationality: the recognition heuristic"*, in *Psychological Review*, 2002, vol. 109, n. I.
- GRECO G., *"L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo"*, Milano, 1980.
- JANIS I. L., *"Victims of Groupthink"*, Houghton Mifflin, Boston, 1972.
- JANIS I. L. – MANN L., *"Decision Making: A Psychological Analysis of Conflict, Choice and Commitment"*, Free Press, New York, 1977.
- KAHNEMAN D. – TVERSKY A., *"Choices, values and frames"*, in *American Psychologist*, 1984, 39.
- LEDDA F., *"L'attivit  amministrativa"*, in *"Il diritto amministrativo degli anni '80"* - Atti del XXX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione promosso dalla Amministrazione Provinciale di Como. Varenna - Villa Monastero 20-22 Settembre 1984
- LUCE S., *"Il procedimento amministrativo e gli accordi tra privati ed amministrazione"*, in *Studi Piga*, I, 1992.
- LUNENBURG F. C., *"Group decision making"*, in *National Forum of Teacher Education Journal*, vol. 20, n. 3, 2010.
- LUNENBURG F. C., *"The decision making process"*, in *National Forum of Educational Administration & Supervision Journal*, vol. 27, n. 4, 2010.

- MANCA V., *“Il paradigma costituzionale dell’esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis ord. penit.”*, in *“Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo”*, a cura di DODARO - MANCUSO, ed. Dip. Lab. Modena, 2019.
- MARCH J. G., *“Primer on decision making: How decisions happen”*, Simon and Schuster, 1994.
- MARCH J. G., *“Understanding how decisions happen in organizations”*, in *Organizational decision making*, Vol. 10, n. 2, 1997.
- MARSHALL A., *“Principles of Economics”*, McMillan, Londra, 1890.
- MARONGIU G., *“Organo e ufficio”*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990.
- MASSARI G., in G. GARDINI - L. VANDELLI (a cura di), *“Il diritto amministrativo nella giurisprudenza”*, Maggioli, 2013.
- MASTRODONATO G., *“Decisioni amministrative e partecipazione nella disciplina degli appalti pubblici”*, relazione al Convegno Aipda *“Decisioni amministrative e processi deliberativi”*, Bergamo, 2017.
- MATTARELLA B. G., *“I procedimenti”*, in *“Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo”*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2008.
- McCRAE R. R. – COSTA P. T., *“Toward a new generation of personality theories: Theoretical contexts for the five-factor model”*, in J. S. WIGGINS (ed.), *“The Five-factor Model of Personality: Theoretical Perspectives”*, New York, 1996.
- McSHANE S. L., *“Canadian Organizational Behavior”*, Mc-Graw-Hill, Toronto, 2021.
- MELIS G., *“Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento”*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, 2.
- MERUSI F. – TOSCANO G., *“Decisioni amministrative”*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988.
- MIELE G., *“Recensione a E. Cannada Bartoli”*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957.
- MINTZBERG H., *“La progettazione dell’organizzazione aziendale”*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli Studi di Diritto Pubblico, Milano, 2018.
- MONZANI S., *La valenza organizzativo-procedimentale del collegio nell’ambito della funzione amministrativa*, in *Foro Amm. CdS.*, 2007.
- NIGRO M., (voce) *“Decisione amministrativa”*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, 812.

NIGRO M., *"Giustizia amministrativa"*, (a cura di E. CARDI, A. NIGRO), 6° ed., Bologna, 2022.

NIGRO M., *"Il nodo della partecipazione"*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1980.

NIGRO M., *"Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione: a proposito di un recente disegno di legge"*, in Dir. Proc. Amm., VII, 1989.

NIGRO M., *"Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)"*, in Riv. Dir. Proc., 1980.

NIGRO M., *"Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico"*, in *"Scritti giuridici"*, Milano, 1996.

NIGRO M., *"Sulle decisioni amministrative"*, in Bilancio, Comunità e Persona, Rivista giuridica semestrale, n. 2- 2021.

ORLANDO V. E., *"Principii di diritto amministrativo"*, Roma, 1891.

PAJNO A., *"Amministrazione giustiziale"*, in Enc. giur., vol. IX, Roma, [voce nuova] 2000.

PALAZZO F. C., *"Commento alla legge 663/86. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"*, in Legislazione penale, 1987.

PAOLANTONIO N., *"La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo"*, in Dir. Proc. Amm., n. 2/2020.

PASTORI G., *"Benvenuti, Feliciano"*, in *"Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto"*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012.

PASTORI G., *"Unità nazionale, autonomie e federalismo"*, in Le Regioni, 1995, vol. 23, fasc. 1.

PATRONI GRIFFI F., *"Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani"*, Relazione al convegno *"Riflessioni sul procedimento amministrativo (a trenta anni dalla scomparsa di Aldo M. Sandulli)"*, tenutosi a Roma il 12 dicembre 2014.

PERFETTI L. R., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in Dir. Proc. Amm., 2009.

PERSICO F., *"Principii di diritto amministrativo"*, Napoli, 1882.

PICCIONE A., *Regole della collegialità*, in *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, a cura di MORBIDELLI G., Dike Giuridica, 2011.

PIERRO G., *"Istituti di prevenzione e pena"*, in Enciclopedia Giuridica (vol. XVII), Roma, Casa editrice Treccani, 1989.

PIGNATARO N., *"Procedimento per reclamo giurisdizionale ex art. 35 bis O.P. e decreto di inammissibilità: rischio di sconfinamento nel merito?"*, in Dir. Pen. e Processo, 2017, 4, (nota a sentenza).

PIRAS A., (voce) *"Discrezionalità amministrativa"*, in Enc. Dir., vol. XIII, Milano, 1964.

PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1972, XXVI.

POLICE A., *"Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento"*, in M.A. SANDULLI, *"Codice dell'azione amministrativa"*, II Ed., Milano.

A. POLICE, *"La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale"*, ESI, Napoli, 1997, 86-95.

PONTICELLI P. G., (voce) *"Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)"*, in Enc. Giur., vol. XX, 1990.

PUGIOTTO A., *"Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis"*, in F. CORLEONE – F. PUGIOTTO, *"Volti e maschere della pena"*, Napoli, 2013.

RAMPULLA F. C., *I principi generali della l. n. 241/1990 ed il responsabile del procedimento*, in Foro Amm. Tar, 2008.

RICHARDS M. D. – GREENLAW P. S., *"Management: Decisions and Behavior"*, Richard D. Irwin, Glenview, 1972.

RIESKAMP J. - REIMER T., *"Ecological rationality"*, in Encyclopedia of social psychology, 2007.

RIVER M. J. – BROUSSEAU K. R. – HUNSAKER P. L., *"the Dynamic Decision Maker. Five Decision Styles for Executive and Business Success"*, Jossey-Bass, San Francisco, 1993.

ROMANO TASSONE A., *"Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità"*, Milano, 1987.

RUSSO G. - CONSOLO S., *"Codice Penitenziario Commentato"*, V ed., Laurus Robuffo, 2023.

SALVEMINI S., *"Organizzazione aziendale"*, Egea, 2017.

SANDULLI A. M., *"Il procedimento amministrativo"*, Milano, 1940.

SANDULLI A. M., *"Manuale di diritto amministrativo"*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984.

- SANTISE M., *“Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo”*, terza edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2017.
- SIMON H. A., *“Models of bounded rationality: Emipirically grounded economic reason”*, Cambridge, MA: MIT Press, 1997.
- SCOCA F. G., *“La pubblica amministrazione come organizzazione”*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *“Diritto amministrativo”*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005.
- SCOCA F. G., *“L’interesse legittimo. Storia e teoria”*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.
- SILVESTRI M., *“Il principio della domanda nel processo amministrativa. L’Adunanza Plenaria n. 4 del 2015”*, in *Foro Amm.*, n. 9/2015.
- SIMON H. A., *“Rationality as process and as product of thought”*, in *American Economic Review*, 1978.
- SIMON H. A., *“Rational decision making in business organizations”*, in *American Economic Review*, 1979.
- SOELBERG P. O., *“Unprogrammed decision making”*, in *Industrial Management Review*, 1978.
- TESIO L., *“Decidere”*, in *“Piccola enciclopedia del comportamento organizzativo”*, Collana diretta da G.P. QUAGLINO, Raffaello Cortina Ed., 2004.
- TOMMASEO F., *“I processi a contenuto oggettivo”*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988.
- TORCHIA L., *“Responsabilità dirigenziale”*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- TORCHIA L., *“Teoria e prassi delle decisioni amministrative”*, Relazione al Convegno Aipda su *“Decisioni amministrative e processi deliberativi”*, Bergamo 5-7 ottobre 2017.
- TRAVI A., (voce) *“Decisione amministrativa”*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, 1989, 527.
- TRAVI A., *“Lezioni di giustizia amministrativa”*, Enaudi, Torino, 2014.
- TORREBUONO G., *“La riforma dell’ordinamento penitenziario”*, Roma, 1986.
- TRIMARCHI BANFI F., *“Il “terzo” nel diritto amministrativo a proposito di semplificazioni”*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014.
- URSI R., *“La giuridificazione del canone dell’efficienza della Pubblica Amministrazione”*, in B. MARCHETTI - M. RENNA, (a cura di) *“A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana”*, - Studi – Firenze University Press, 2017.
- VALENTINI S., *La collegialità nella teoria dell’organizzazione*, Milano, Giuffré, 1968.
- VERBARI G.B., *Organi collegiali (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981.

VILLATA R., *L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in Dir. Proc. Amm., 2008.

VILLATA R., *"L'atto amministrativo"*, in R. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco e F. G. Scoca (a cura di) *"Diritto amministrativo"*, vol. I°, IV ed., Bologna, 2005.

VILLATA R. - M. RAMAJOLI, *"Il provvedimento amministrativo"*, II° ed., Giappichelli Ed., 2017

VITTA C., *"Gli atti certificativi e le decisioni amministrative"*, in Giur. It., IV, 1924.

ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, Il Mulino, Bologna, 1985.

#### SITOGRAFIA

AGNOLI P., PICCOLO F., *"Presentazione di una nuova teoria sulla valutazione del rischio, ovvero traduzione, con breve introduzione, del saggio (1738) Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis di Daniel Bernoulli"*, 7 febbraio 2008, in <https://archiviomarini.sp.unipi.it>.

ANASTASIA S., *"Un'età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni"*, in Archivio Penale, maggio – agosto 2014, fasc.2.

ANNICCHIARICO G., *"La partecipazione nel procedimento amministrativo con riferimento alla pubblica sicurezza"*, in [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com), n. 5/2009.

ARDITA S., *"Le disposizioni sulle sicurezza penitenziaria"* in Rassegna Penitenziaria e Criminologica, 2017, vol. 3.

BORTOLATO M., *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"*, Archivio Penale, maggio – agosto 2014, fasc.2.

BRUCALE M. – PASSIONE M., *"Dentro il 41-bis"*, in Giurisprudenza Penale web, 2020, fascicolo 1-BIS.

CALDERONE M. R., *"L'articolo 41 bis Ord. pen. e altri regimi particolari di detenzione. Aspetti giuridici e sociologici"*, Capo III *"La sorveglianza particolare e la legislazione antimafia"*, 2005, su rivista elettronica ADIR – L'altro diritto, [www.adir.unifi.it/rivista](http://www.adir.unifi.it/rivista).

CINTIOLI F., *"Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti"*,

in Federalismi.it (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo), n. 12/2012.

FALZONE F., *“Il circuito detentivo dell’alta sicurezza e il procedimento di declassificazione”*, in Archivio Penale, 2015, 3.

FALZONE F., *“La sentenza n. 266/2009 della Corte Costituzionale: è innovativa dell’attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti?”*, Rassegna Penitenziaria e Criminologica, n. 3/2010.

FALZONE F. - PICOZZI F., *“L’organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)”*, in Archivio Penale.

FIORENTIN F., *“Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute o internate”*, in Rassegna Penitenziaria Criminologica, n. 3/13, 2014.

FOLLIERI F., *“Decisioni amministrative e atto vincolato”*, in Federalismi.it (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo), 5 aprile 2017.

FORIO C., *“Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale”*, in Archivio Penale, maggio – agosto 2014, fasc. 2.

FROSALI M. C., *“La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze”*, in L’Altro Diritto. Rivista - 2021, Vol. 5.

GALLIANI D., *“Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.”*, in Diritto penale contemporaneo, rivista online, 2018, 12.

GARRAFFA P., *“DASPO e obbligo di comunicazione di avvio del procedimento: un binomio inconciliabile?”*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

GIANFROTTA F., *“Gli obiettivi dell’Amministrazione penitenziaria”*, in Rassegna Penitenziaria e Criminologica, 1999.

GIOVAGNOLI R., *“Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-bis Legge n. 287/1990”*, relazione al convegno tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

GRIPPO R., *“illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione”*, nota a Ord. Tribunale di Sorveglianza di Bologna del 27/09/2011, in Diritto Penale Contemporaneo, rivista online.

LAMBERTI L., *“Premesse per uno studio in tema di decisioni amministrative”*, in Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto

dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".

MANFREDI G., *"La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano"*, 2011, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)

MENGHINI A., *"La Cassazione sulla portata applicativa del c.d. reclamo giurisdizionalizzato"*, in *Giur. It.*, 2018, 3, (nota a sentenza).

PATRONI GRIFFI F., *"Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani"*, Relazione al convegno *"Riflessioni sul procedimento amministrativo (a trenta anni dalla scomparsa di Aldo M. Sandulli)"*, tenutosi a Roma il 12 dicembre 2014, in *Federalismi.it* (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo).

RENOLDI C., *"Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria"*, in *Antigone*, 2011, 2-3.

ROMICE S., *"L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p."*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online, 14/04/2016.

SAITTA F., *"La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?"*, pubblicato in sito *giustizia amministrativa – dottrina* il 31 ottobre 2019.

SALVI F., *"Il regime di sorveglianza particolare"*, in [www.rassegnapenitenziaria.giustizia.it](http://www.rassegnapenitenziaria.giustizia.it)

SANDULLI M. A., *"Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287 del 1990"*, in *Federalismi.it* (Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo).

STRAZZA G., *"L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento in caso di D.A.SPO."*, su [www.coni.it](http://www.coni.it), rivista di diritto sportivo.

## ABSTRACT

La scienza giuridica, con riferimento al settore del diritto amministrativo, ha tradizionalmente dedicato un'attenzione limitata al fenomeno decisionale inteso nella sua accezione più ampia.

Si è infatti passati dall'impostazione liberale che riduceva la questione decisionale ai soli profili del riparto di attribuzioni e competenze, alla totale concentrazione sul procedimento amministrativo, quale modo attraverso il quale l'Amministrazione conduce l'istruttoria, pondera gli interessi pubblici e privati in gioco e, dunque, giunge a definire il contenuto dispositivo del provvedimento finale.

Se già in linea generale i confini del procedimento amministrativo appaiono eccessivamente stretti perché si possa apprezzare la pluralità e l'eterogeneità dei fattori interni ed esterni che di fatto incidono, in modo più o meno evidente, sul risultato finale della scelta, a maggior ragione un'analisi così condotta risulta insoddisfacente con riferimento a tutte quelle decisioni che l'amministratore pubblico si trova a prendere in assenza di procedimento.

In questo senso l'ambito penitenziario si rivela emblematico, posta la frequenza con la quale il dirigente penitenziario si trova ad assumere decisioni, nei confronti della popolazione detenuta, che, pur apparendo riconducibili alla normale dinamica relazionale fra potere e interessi (legittimi), presentano peculiarità proprie che vi rendono inapplicabili le regole normali procedimentali.

Pur restando ferma l'insindacabilità del merito, se in astratto si assume come vero che il rispetto delle regole procedimentali funge da garanzia di "bontà" della decisione, si pone la necessità di individuare altri presidi di

garanzia allorquando la legittimità della decisione non sia condizionata all'osservanza di regole procedurali, magari anche con esigui parametri di riferimento di natura sostanziale.

Relativamente a queste ipotesi, la sola scienza giuridica non sembra offrire al decisore pubblico sufficienti strumenti informativi e operativi per orientare validamente i propri processi decisionali.

Quel che ci si propone, dunque, è di attingere ad altre branche della conoscenza, afferenti al settore delle scienze organizzative in generale, e della scienza delle decisioni in particolare, affinché un'adeguata formazione in materia favorisca, specie da parte chi ricopre ruoli dirigenziali, un approccio "razionale" al fondamentale tema delle decisioni.