





2 **rassegna**
2011 **penitenziaria**
e criminologica

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

FRANCO IONTA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

SALVATORE ALEO, GIUSEPPE AMATO, RENATO BREDI,
SANTI CONSOLO, FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
VITALIANO ESPOSITO, FRANCESCO SAVERIO FORTUNA,
FRANCESCO PAOLO GIORDANO, GIUSEPPE LA GRECA, LUGIA
MARIOTTI CULLA, MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO,
ERNESTO SAVONA, RICCARDO TURRINI VITA

COMITATO DI GARANZIA

AUGUSTO BALLONI, LUIGI CANCRINI, ADOLFO CERETTI,
SALVATORE CIRIGNOTTA, FRANCESCO DE FAZIO, EMILIO DOLCINI,
LUCIANO EUSEBI, VITTORIO GREVI, MARCELLO MARINARI,
TULLIO PADOVANI, GIOVANNI TAMBURINO, GIOVANNI TINEBRA

REDATTORE CAPO

FEDERICO FALZONE

REDAZIONE

LAURA CESARIS, DANIELE DE MAGGIO, LUCIA MARZO,
GRAZIANO PUJIA





SOMMARIO

DOTTRINA E DIBATTITI

ANDREA MALUDROTTU - MICHELA CANGIANO

Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario.

Profili tecnici..... pag. 5

CIRO SANTORIELLO

La decisione del giudizio di riesame..... » 39

GIUSEPPE CAPUTO

Il danno contributivo da lavoro penitenziario..... » 47

GIURISPRUDENZA

LAURA CESARIS

*Primi effetti della decisione della Corte Europea dei Diritti
dell'Uomo Sulejmanovic contro Italia*

Commento a Magistrato di Sorveglianza di Cuneo,

Dec. 11 gennaio 2010 - est. Falcone - cond. X.Y..... » 93

RECENSIONI

Valerio Lucarelli, Vorrei che il futuro fosse oggi.

*Nuclei Armati Proletari. Ribellione, rivolta,
lotta armata, Ed. L'ancora s.r.l., 2010*

Commento di Giuseppe di Gennaro..... » 103

*Angela Giannetto - Nunzio Cosentino, La violenza
che uccide. Per una comprensione della psiche e
dell'internamento del folle-reo, Aracne editrice,
Roma 2010*

Commento di Luca Morgante..... » 105





IL PRELIEVO DEL DNA NELL'AMBIENTE PENITENZIARIO PROFILI TECNICI

ANDREA MALUDROTTU (*)

MICHELA CANGIANO (**)

SOMMARIO: 1. Il DNA nelle investigazioni - 2. I profili genetici di cui all'art. 9 della legge n. 85 del 2009 e i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - 3. Il prelievo del campione biologico - 3.1 Il prelievo di campione biologico e le garanzie costituzionali - 4. Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA e le competenze dei ruoli tecnici della polizia penitenziaria.

1. Il DNA nelle investigazioni

Con la legge n. 85 del 30 giugno 2009¹ il Presidente della Repubblica è stato autorizzato ad aderire al trattato di Prüm, concluso il 27 maggio 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria, relativo all'implementazione delle forme di cooperazione per contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale.

Il legislatore con tale novella ha previsto l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ha conferito delega al governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria e ha introdotto alcune modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei a incidere sulla libertà personale.

(*) Paragrafo 1 a cura del dott. Andrea Maludrottu, biologo - specialista in genetica medica, direttore del centro di biologia molecolare "Kriagen" di Quartu Sant'Elena (CA).

(**) Paragrafi 2, 3, 3.1, e 4 a cura della dr.ssa Michela Cangiano, commissario di polizia penitenziaria con funzioni di comandante di reparto presso la casa circondariale di Cagliari.

¹La legge è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 160 del 13 luglio 2009, supplemento ordinario n. 108.

Oggetto della presente trattazione è l'analisi delle attività di competenza della polizia penitenziaria previste nella legge n. 85 del 2009 con particolare riferimento al prelievo di campione di mucosa orale, all'analisi di tale materiale, alla tipizzazione del profilo genetico e, infine, alla conservazione del campione biologico.

In questa premessa introduttiva si intende illustrare alcuni concetti di genetica forense indispensabili per comprendere la disciplina giuridica delle attività poc'anzi indicate che sarà invece ampiamente analizzata nei paragrafi successivi.

A tal fine si provvede a evidenziare che l'utilizzo del DNA nelle investigazioni è analogo a quello delle impronte digitali: attraverso i raffronti di DNA noti con DNA non noti è possibile effettuare l'identificazione di un soggetto.

Tuttavia, mentre le impronte digitali possono essere facilmente rimosse o addirittura non lasciate affatto con l'uso di un semplice paio di guanti, è estremamente difficile che un individuo non lasci tracce genetiche di sé sugli oggetti che ha toccato o nei luoghi in cui è passato o ha stazionato.

Il DNA, acronimo di acido desossiribonucleico, infatti, è presente in tutte le cellule dell'organismo che contengono il nucleo².

La caratteristica fondamentale del DNA³, che lo rende così efficace come strumento di indagine, è che vi è corrispondenza biunivoca tra il DNA e la persona umana: infatti ad ogni persona corrisponde uno ed un solo DNA, e viceversa ad ogni DNA corrisponde una ed una sola persona⁴.

Il DNA è ricavabile da diverse tipologie di sostanze biologiche quali sangue, mucosa del cavo orale (le cui cellule sono presenti nella saliva), cellule epiteliali, peli, capelli, unghie, ossa, liquido seminale.

² Il DNA è la molecola che racchiude le informazioni genetiche di ogni individuo.

I "mattoni" che formano la molecola del DNA, disponendosi in sequenza lineare, sono chiamati nucleotidi.

Una molecola di DNA è costituita da due filamenti ciascuno dei quali caratterizzato da una sequenza di nucleotidi.

I due filamenti presentano caratteristiche tali per cui i nucleotidi contrapposti dei due filamenti a loro volta possono formare legami chimici tra loro dando così alla molecola la forma di una scala a pioli avvolta a spirale.

Il DNA si distingue in due fondamentali parti (definite regioni), quella costituita da geni, in cui le differenze tra individui sono minime, comune a ogni individuo, e quella extragenica, altamente variabile, dove sono localizzati i marcatori per l'identificazione personale.

³ Il termine più corretto in questo contesto sarebbe genoma o, ancora meglio, patrimonio genetico.

⁴ Ad eccezione che per i gemelli omozigoti che hanno un patrimonio genetico identico.

Tali sostanze possono essere prelevate direttamente dalla persona oppure raccolte da residui biologici, anche in minima quantità, rinvenuti su superfici o su oggetti, come gomme da masticare, bicchieri, mozziconi di sigaretta, spazzolini da denti.

Si noti che le cellule da cui è ricavabile il DNA possono essere rilasciate per semplice contatto. Di conseguenza è possibile ricavare il DNA anche da impronte digitali, colletti di camicie, maglie e indumenti in genere, passamontagna, caschi da moto, orologi, anelli, stanghette di occhiali, penne, armi bianche, armi da fuoco.

Tra i diversi tipi di campioni biologici utilizzabili per l'estrazione del DNA, il legislatore, nell'art. 9 della legge n. 85 del 2009, ha previsto espressamente il prelievo del campione della mucosa del cavo orale.

Tale prelievo si effettua attraverso l'uso del tampone orale, considerato uno dei sistemi meno invasivi purché vi sia la collaborazione del soggetto ad esso sottoposto. Inoltre, esso ha maggiore resa rispetto ad altre metodologie disponibili per il prelievo di campioni biologici.

La fase del prelievo è quella più delicata e ogni aspetto deve essere curato per evitare la contaminazione del campione in base ai protocolli comunemente applicati nei laboratori specializzati.

In particolare è opportuno destinare almeno un locale ad uso esclusivo per tale tipo di attività.

In tale stanza dovrebbero poter avere accesso, oltre ai soggetti da sottoporre al prelievo, esclusivamente pochissimi operatori adeguatamente formati per svolgere questa specifica mansione anche e soprattutto su aspetti relativi alle norme di tutela igienica, sanitaria e profilattica.

Sarebbe opportuno registrarne l'accesso, per esempio con l'uso di badge, in modo da riuscire a risalire alla persona o alle persone presenti nella camera al momento dell'esecuzione di un determinato prelievo nel caso in laboratorio si riscontrasse una contaminazione.

Questo locale dovrebbe essere accuratamente pulito e decontaminato con l'uso di candeggina (ipoclorito di sodio al 5%) sulle superfici dei piani di lavoro e sui pavimenti.

Altre sostanze, come per esempio l'alcool etilico denaturato, o prodotti contenenti candeggina ma con minore concentrazione di ipoclorito di sodio rispetto a quest'ultima, nel sentire comune assolutamente efficaci per la "pulizia", non hanno nessuna utilità nei processi di decontaminazione dal DNA e pertanto vanno evitati.

È opportuno che la stanza abbia pareti lavabili fino almeno a due metri d'altezza (come d'altronde previsto per le stanze dei laboratori dove si eseguono analisi biologiche).

Un'ulteriore garanzia potrebbe essere fornita dall'irraggiamento con luce ultravioletta (raggi UV) della camera almeno una volta al giorno al termine delle attività di prelievo o, laddove possibile, tra un prelievo e il successivo per circa una ventina di minuti.

Naturalmente, tale sistema richiede che nel locale non sia presente nessuno per evitare i danni prodotti dalla luce ultravioletta sulla cute e agli occhi.

L'azione combinata della candeggina e dei raggi UV, per gli effetti prodotti sulle molecole di DNA eventualmente presenti, favorirebbe un'ulteriore diminuzione del rischio di contaminazione dei campioni biologici.

Esistono anche specifici prodotti commerciali che si basano sull'uso di due soluzioni: la prima contiene enzimi che distruggono la molecola del DNA (DNA AWAY), la seconda contiene sostanze che inattivano tali enzimi (DNase AWAY). Tuttavia, il loro costo è talmente elevato che, alla luce degli ottimi risultati ottenibili con la candeggina e i raggi UV, soprattutto se combinati, è preferibile evitarne l'uso se non in situazioni particolari.

Il ruolo degli operatori che eseguiranno il campionamento, poi, è fondamentale in quanto dalla effettuazione di un buon prelievo di un campione biologico dipende l'esito dell'estrazione del DNA e da questa il risultato dell'intera procedura analitica che porterà alla tipizzazione del profilo del DNA.

La formazione degli operatori deve essere accurata e l'esecuzione di tali mansioni in condizioni di routine non deve mai indurre ad abbassare la soglia di attenzione sulle norme operative e di sicurezza.

Come previsto nel D. Lgs. del 9 aprile 2008 n. 81, testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, gli operatori devono essere dotati dei dispositivi di protezione individuale (occhiali protettivi o maschere protettive per gli occhi per chi usa occhiali da vista, mascherine antiaerosol, camice possibilmente monouso e con elastico ai polsini, guanti in lattice o in nitrile). Sarebbe anche opportuno l'uso di soprascarpe per evitare che tutte le misure prese per decontaminare i pavimenti siano vanificate con l'ingresso nella stanza di soggetti con scarpe potenzialmente contaminante dall'esterno da DNA di terzi.

Effettuato il prelievo della mucosa orale è finalmente possibile procedere con l'estrazione del DNA, operazione consistente nell'isolare e purificare tale molecola dagli altri componenti cellulari o da qualsiasi altra sostanza presente nel campione biologico.

Attualmente sono disponibili svariate metodiche per effettuare l'estrazione.

Alcune sono di tipo manuale⁵, altre si basano su kit commerciali⁶, altre ancora utilizzano estrattori completamente automatizzati⁷.

Dopo aver effettuato l'estrazione del DNA si procede con l'amplificazione.

La tecnica utilizzata per l'amplificazione è denominata Reazione a Catena della Polimerasi (PCR).

Essa consiste nel duplicare, mediante apposita reazione chimica, in modo esponenziale numerose volte, i tratti di DNA (marcatori o *marker* o loci) utili all'identificazione personale portandoli ad un numero tale da renderli più facilmente analizzabili⁸.

I marcatori sono stati selezionati dalla comunità scientifica internazionale come utilizzabili a scopi forensi per l'identificazione personale in quanto altamente informativi e in grado di discriminare campioni degradati o, comunque, difficili da trattare.

Si tratta di regioni altamente variabili (cosiddette polimorfiche) del DNA genomico localizzate in zone extrageniche, conosciute come STR.

Gli STR (Short Tandem Repeats)⁹ sono costituiti da corte sequenze di DNA (variabili in dimensioni da due a pochi nucleotidi¹⁰) ripetute una di seguito all'altra (perciò si parla di ripetizioni in tandem). Le differenze tra individui diversi, ma anche tra coppie di cromosomi omologhi dello stesso soggetto, consistono nel numero di volte in cui la sequenza è ripetuta in una specifica posizione del cromosoma (locus).

In uno stesso locus è possibile, quindi, riscontrare, per soggetti diversi, o tra coppie di cromosomi omologhi, marcatori STR caratterizzati da differente numero di ripetizioni in tandem (alleli).

⁵ L'estrazione manuale avviene con metodiche quali: estrazione con fenolo-cloroformio o estrazione salina.

⁶ Quali il DNA IQ™ System della Promega e il QIAamp DNA Investigator Kit della Qiagen.

⁷ EZ1 Advanced della Qiagen, Maxwell® 16 Forensic System della Promega, ABI PRISM™ 6100 Nucleic Acid PrepStation della Applied Biosystems.

⁸ Si evidenzia che, per il buon esito della procedura, è opportuno che l'amplificazione sia preceduta dalla quantificazione del DNA.

La quantificazione del DNA permette di stabilirne la concentrazione. Essa avviene tramite la tecnica della Real-Time PCR e consiste nell'amplificazione simultanea di campioni di DNA a concentrazione nota forniti dai kit commerciali validati per la quantificazione del DNA a scopi forensi e del DNA estratto da quantificare. Avvenuta l'amplificazione, il software dello strumento acquisisce i valori ottenuti dai campioni di DNA a concentrazione nota e li utilizza come valori di riferimento per arrivare ad inferire la concentrazione del DNA che è stato appena estratto.

⁹ ELLEGREN, H. (2004). Microsatellites: simple sequences with complex evolution. *Nat. Rev. Genet.* 5(6), 435-445.

¹⁰ Si veda nota 1.

L'analisi di un certo numero di marcatori STR appositamente selezionati a questo scopo dalla comunità scientifica internazionale¹¹, consente la tipizzazione del DNA ovvero permette di ottenere una sequenza alfa numerica utile per i confronti in banca dati.

La sequenza alfa numerica appena indicata è denominata profilo.

Esaminando nello specifico i kit¹² per l'identificazione personale tramite analisi degli STR presenti in commercio e validati da sperimentazioni scientifiche internazionalmente riconosciute¹³,

¹¹ BÄR ET AL., 1997; Butler, 2006.

¹² Si segnalano in particolare i seguenti kits:

- l'AmpFlSTR® Identifier® PCR Amplification Kit della Applied Biosystems, i cui marcatori sono CSF1PO, D2S1338, D3S1358, D5S818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, TPOX, vWA più l'Amelogenina quale sedicesimo marcatore utile per la determinazione del sesso;

- il PowerPlex® 16 della Promega, i cui marcatori sono Penta E, D18S51, D21S11, TH01, D3S1358, FGA, TPOX, D8S1179, vWA, Penta D, CSF1PO, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 più l'Amelogenina;

- l'AmpFlSTR® NGM™ PCR Amplification Kit della Applied Biosystems, i cui marcatori sono D2S1338, D3S1358, D8S1179, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, vWA, D10S1248, D22S1045, D2S441, D1S1656, D12S391 più l'Amelogenina;

- i PowerPlex® ESX e ESI Systems della Promega, i cui marcatori sono D3S1358, D8S1179, D18S51, D21S11, FGA, TH01, vWA, D2S441, D10S1248, D22S1045, D1S1656, D12S391, D2S1338, D16S539, D19S433, SE33 più l'Amelogenina.

I primi due kit indicati comprendono i marcatori del cosiddetto Co.D.I.S. (Combined DNA Index System) più l'Amelogenina ed altri due marcatori caratteristici di ogni kit. Il Co.D.I.S. è un gruppo di 13 marcatori (CSF1PO, FGA, TH01, TPOX, VWA, D3S1358, D5S818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S539, D18S51 e D21S11) individuati dal FBI Laboratory per il loro Database nazionale del DNA (<http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/codis>).

L'analisi dei 13 loci utilizzati per il Co.D.I.S. consente di identificare una persona su tutta la popolazione mondiale con una Random Match Probability pari a 1x10⁻¹², ovvero, statisticamente, vi è una sola possibilità su mille miliardi che due individui posseggano lo stesso profilo genetico (Budowle, 2000).

L'analisi dei 15 loci dei kit commerciali, naturalmente, rafforza il calcolo statistico riducendo ulteriormente la possibilità che due soggetti presentino lo stesso DNA per tutti e 15 i loci analizzati.

Il Kit NGM™ unisce ai 10 loci D2S1338, D3S1358, D8S1179, D16S539, D18S51, D19S433, D21S11, FGA, TH01, vWA più l'Amelogenina altri 5 loci addizionali raccomandati dall'European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI – <http://www.enfsi.eu/page.php?uid=54>), recepiti dall'Interpol e dal European Union Council e costituenti il cosiddetto European Standard Set o ESS. Tali 5 marcatori sono: D10S1248, D22S1045, D2S441, D1S1656 e D12S391.

I due ultimi kit PowerPlex® European Systems (PowerPlex® ESX e ESI) seguono anch'essi le raccomandazioni dell'ENFSI (<http://www.enfsi.eu/index.php>) relative alla creazione di un Set Standard Europeo di marcatori per la tipizzazione dei profili di DNA e comprendono i 5 marcatori ESS.

¹³ International Society of Forensic Genetics - ISFG (<http://www.isfg.org/>); BÄR W., BRINKMANN B., BUDOWLE B., CARRACEDO A., GILL P., LINCOLN P., MAYR W., OLAISEN B. (1997), 'DNA recommendations. Further report of the DNA Commission of the ISFG regarding the use of short tandem repeat systems.', *Forensic Sci Int.* 87(3), 179-4; Butler, J.M. (2006) Genetics and genomics of core STR loci used in human identity testing. *J. Forensic Sci.* 51(2): 253-265.

deve segnalarsi che essi utilizzano 15 marcatori non in grado di fornire informazioni personali (patologie o predisposizioni ad esse, tendenze sessuali, etc.) del soggetto tranne eventuali rapporti di parentela se confrontati con profili di consanguinei. Qualora i futuri progressi della scienza dovessero dimostrare che tali marcatori siano portatori di informazioni relative, per esempio, a eventuali patologie il loro destino sarà quello di essere eliminati dai kit per l'identificazione personale. Allo stato attuale, invece, l'unico marcatore in grado di svelare una peculiare patologia è rappresentato dal sedicesimo marcatore, l'Amologenina, utilizzato per la determinazione del sesso.

Tale *marker*, inserito per altri scopi, consente la diagnosi di una patologia nota come Sindrome da Insensibilità agli Androgeni (*Androgen Insensitivity Syndrome - AIS*) o Sindrome di Morris¹⁴.

Gli individui affetti da tale patologia sono geneticamente di sesso maschile (presentano un cromosoma sessuale X e uno Y che vengono evidenziati nel profilo del DNA), ma sviluppano caratteri sessuali e aspetto tipico di individui di sesso femminile (che, invece, presentano due cromosomi sessuali X).

Per quanto si tratti di una malattia rara (da 2 a 5 soggetti ogni 100.000), non si può escludere che individui con tale patologia possano essere sottoposti a prelievo di campione biologico finalizzato alla tipizzazione del profilo del DNA¹⁵.

Inoltre, si segnala un limite degli attuali kit con i quali si ottengono i profili genetici da inserire in banca dati. Esso è rappresentato dal fatto che alcune particolari tracce biologiche presentano DNA degradato, ovvero ridotto in piccoli frammenti. La ricerca di sempre più efficaci metodiche che permettano, anche in casi di notevole degradazione del DNA, di ottenere profili completi e con alto potere di discriminazione è sempre in corso.

Le attuali metodiche, in questi casi, talvolta permettono al massimo di ottenere profili di DNA incompleti e parziali con un basso potere di discriminazione¹⁶. Sono attualmente in fase di sperimentazione kit per l'identificazione personale basati sui

¹⁴ GOTTLIEB B., BEITEL L.K., PINSKY L., TRIFIRO M.A.. Androgen Insensitivity Syndrome. GeneReviews [Internet]. Bookshelf ID: NBK1429 PMID: 20301602. (Initial Posting: March 24, 1999; Last Update: May 24, 2007).

¹⁵ Sulla scena del crimine tali soggetti lasceranno reperti biologici dai quali si potrebbe ottenere un profilo potenzialmente fuorviante per gli inquirenti in quanto li condurrebbe a ricercare un individuo dall'aspetto maschile.

¹⁶ Golenberg E.M., Bickel A., Weihs P. (1996). Effect of highly fragmented DNA on PCR. *Nucleic Acids Res*, 24:5026-5033.

cosiddetti SNPs (Single-nucleotide polymorphisms)¹⁷. I vantaggi degli SNPs consistono nel fatto che sono più piccoli delle sequenze STR potendo quindi essere analizzati anche su piccoli frammenti di DNA molto degradato¹⁸. Considerata, quindi, la frequenza degli aggiornamenti nelle metodologie applicate, è evidente che se non si prevedono e non si attuano le misure necessarie per tenere costantemente al passo la banca dati con le nuove metodiche analitiche, si corre il rischio di vedere vanificato tra pochi anni l'impegno per creare e rendere operativo uno strumento utilissimo.

Infine, e per concludere, si evidenzia che nella legge n. 85 del 2009 si attribuisce alla polizia penitenziaria anche il compito di conservare il campione biologico.

A seconda del tipo di tampone orale che si utilizzerà per la conservazione, la durata della conservazione varia da un minimo di pochi giorni ad un massimo di circa 8 anni.

La scelta di conservare il campione biologico dipende evidentemente dalla volontà di permettere la ripetizione della procedura senza procedere ad un nuovo prelievo.

Lascia perplessi, tuttavia, la volontà del legislatore di conservare il campione biologico anziché direttamente il DNA. Infatti, si segnala che la conservazione del campione può avvenire per un tempo inferiore, ad un costo presumibilmente superiore, con una esigenza di maggiore spazio rispetto alla conservazione del DNA e ciò, naturalmente, a parità di marker utilizzabili per le analisi e di procedure di analisi adottabili.

2. I profili genetici di cui all'art. 9 della legge n. 85 del 2009 e i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

Le grandi potenzialità investigative del DNA dipendono dalla presenza di una banca dati del codice genetico.

¹⁷ GIARDINA E., PIETRANGELI I., MARTONE C., ASILI P., PREDAZZI I., MARSALA P., GABRIELE L., PIPOLO C., RICCI O., SOLLA G., SINEO L., SPINELLA A., NOVELLI G. (2007). In silico and in vitro comparative analysis to select, validate and test SNPs for human identification. *BMC Genomics*, 8:457.

¹⁸ Essi sono in elevatissimo numero, sono distribuiti su tutto il genoma, presentano un minore tasso di mutazione rispetto agli STR. Inoltre è possibile effettuare la tipizzazione con metodi completamente automatici, semplici, ma completamente diversi dagli attuali. Anche il risultato analitico è differente dall'attuale tanto da impedire il confronto tra un profilo genetico ottenuto oggi con metodiche basate sugli STR ed un profilo genetico ottenuto in futuro con sistemi innovativi che utilizzassero gli SNPs.

Infatti, essa permette di effettuare confronti tra il DNA rinvenuto sulla scena del crimine e tutti quelli archiviati nel database.

L'efficacia della banca dati è direttamente proporzionale alla quantità di dati in essa contenuti per l'ovvia considerazione che all'aumentare di tali dati corrisponde l'incremento delle probabilità di rinvenire una corrispondenza.

I dati genetici memorizzati in banca dati, per avere efficacia identificativa, devono naturalmente essere attribuibili a un soggetto noto.

Tuttavia anche i profili c.d. muti o anonimi sono in grado di produrre dei parziali risultati per le indagini.

Sul punto, in via esemplificativa, si evidenzia la possibilità di stabilire la serialità di diversi reati laddove lo stesso DNA sia trovato in più luoghi costituenti scene del crimine.

In Italia da anni esistono delle banche dati di profili genetici istituite autonomamente dalle forze dell'ordine e per questo definite "domestiche"¹⁹.

Questi archivi contengono pochi dati, perché sono per lo più relativi al solo materiale raccolto sulla scena del crimine. Inoltre, si tratta di dati spesso anonimi (non associabili ad alcuna identità).

Tali banche dati operano al di fuori delle cautele previste dal Garante per la privacy e senza alcuna regolamentazione normativa²⁰.

Sul piano internazionale l'esigenza di scambiare dati genetici e di conseguenza di provvedere all'istituzione delle relative banche dati è emersa ufficialmente col Trattato di Prum del 2005.

In questo contesto da tempo gli addetti ai lavori aspettavano l'emanazione di una legge che finalmente istituisse e disciplinasse una banca dati del DNA; ciò è avvenuto, seppure con grande ritardo rispetto agli altri Paesi a economia avanzata²¹, con la legge n. 85 del 2009.

La costituenda banca dati nazionale del DNA deve essere collocata presso il Ministero dell'interno, Dipartimento di pubblica sicurezza, ed è destinata ad archiviare e confrontare i profili di

¹⁹ Nelle relazioni degli anni 2006 e 2007 del Garante per la privacy (reperibili sul sito www.garanteprivacy.it) si menziona l'attività ispettiva compiuta dal Garante sulla banca dati in uso ai RIS di Parma.

²⁰ Un dubbio di legittimità sulla possibilità di utilizzare processualmente i dati genetici archiviati nei laboratori dei RIS di Parma, è stato risolto dalla Corte di cassazione sez. V nella sentenza n. 4430 del 5 febbraio 2007 Ced 235969 nel senso di confermare la utilizzabilità processuale dei dati relativi al DNA contenuti nel citato archivio informatico prescindendo dalla cautele previste dal codice della privacy.

²¹ Per fare alcuni esempi si ricorda che la banca dati inglese è operativa dal 1995, quella della Germania dal 1998, della Francia dal 2001, dell'Ungheria dal 2003.

DNA contenenti le informazioni necessarie alla sola identificazione personale, al dichiarato fine di facilitare l'identificazione degli autori dei delitti²².

I documenti europei e internazionali²³, in gran parte recepiti dal Garante nazionale per la privacy, si sono recentemente occupati del diritto alla riservatezza, in relazione ai rischi connessi alla conservazione del DNA.

Il codice genetico costituisce, infatti, un dato personale in grado di fornire informazioni anche molto intime del soggetto a cui si riferisce²⁴, quali le malattie che il soggetto potrebbe sviluppare o legami parentali.²⁵ Per tale motivo esso rientra nella categoria dei dati sensibili²⁶.

Il diritto alla privacy di cui all'art. 8 della Convenzione E.D.U., è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷ con la sentenza del 4 dicembre 2008, nella sua accezione più ampia; la Corte ha, infatti, specificato che esso non è suscettibile di "exhaustive definition" e comprende la tutela di ogni informazione che riguarda la identità personale e sociale dell'individuo.

Per tale motivo le esigenze di riservatezza devono essere tutelate tanto nella conservazione del campione biologico, quanto nell'archiviazione del profilo del DNA anche se le informazioni potenzialmente ottenibili dal campione sono estremamente

²² La finalità che la banca dati deve perseguire, richiamata dall'art. 5 e dall'art. 12 co. 2 della legge, implica il divieto di archiviare e utilizzare i dati genetici ad altro scopo. La necessità che la banca dati abbia esclusivamente finalità specifiche di identificazione è evidenziata anche dalla relazione del 2007 del Garante per la privacy (consultabile sul sito relativo) ed è in armonia con quanto previsto dal Trattato di Prüm.

²³ Senza pretesa di completezza si segnalano: Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (87) 15 del 17 settembre 1987, sull'uso dei dati personali in ambito di polizia; Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 15 del 10 febbraio 1992 sull'uso del DNA nel contesto del sistema giudiziario penale; Decisione quadro del Consiglio della Unione Europea n. 2008/97/GAI; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

²⁴ Stefanini E., *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2008, p. 8 ss.

²⁵ Nel futuro, con i veloci sviluppi nella scienza è prevedibile che il DNA acquisisca una sempre maggiore capacità di fornire dati personali. Sul punto cfr. Di Giuseppe Gennari, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, (a cura di Alessio Scarcella), Padova, Cedam, 2009, p. 49: ove si citano alcuni esempi di dati ottenibili dal DNA relativi al colore degli occhi e all'appartenenza a gruppi della popolazione presenti nel territorio americano.

²⁶ Ai sensi del codice della privacy (decreto legislativo n. 196 del 2003) sono dati sensibili quei "dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

²⁷ La pronuncia è della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 4 dic. 2008, consultabile su www.osservatoriocedu.it.

superiori a quelle ricavabili dal profilo tipizzato con i marcatori riconosciuti come utilizzabili ad esclusivi fini identificativi²⁸.

Le impronte digitali²⁹, invece, sono in grado esclusivamente di identificare un soggetto e, di conseguenza, la banca dati di tali impronte (AFIS³⁰) desta meno preoccupazioni, sotto il profilo della tutela della privacy, rispetto alla banca dati del DNA.

Lo stesso Garante per la privacy, nel parere del 15 ottobre 2007 sullo schema della legge istitutiva della banca dati del DNA, ha evidenziato che *“il prelievo di sostanze biologiche e la conservazione a livello nazionale del profilo presenta un grado di maggiore invasività sulle persone rispetto ad altre limitazioni personali coattive”* quali le perquisizioni, il foto-segnalamento e la *“rilevazione di impronte digitali”*.

Considerata l'importanza e l'ampiezza riconosciuta al diritto alla privacy, le fonti sovranazionali concordano sulla necessità che il legislatore, pur nell'esercizio della propria discrezionalità, disciplini la delicata materia effettuando un bilanciamento equilibrato degli opposti interessi³¹ *“secondo quanto è necessario che sia in una società democratica”*³².

In particolare, la scelta dei soggetti i cui profili sono da inserire in banca dati, deve essere compiuta effettuando un contemperamento dell'interesse pubblico di agevolare le investigazioni con i diritti

²⁸ Il profilo genetico è in grado, tramite confronti, di fornire notizie su rapporti di parentele (la citata potenzialità è evidenziata dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 4 dic. 2008) Si nota inoltre che l'eventuale utilizzo del marcatore dell'amelogemina è in grado di evidenziare, una volta associato al sesso della persona, la sindrome di Morris come specificato nella parte iniziale della presente trattazione. Il campione, invece, può essere sottoposto ad analisi più approfondite e dare informazioni sulla salute e su eventuali future malattie che il soggetto potrebbe sviluppare.

²⁹ Porzioni di impronte digitali costituiscono dati personali rientranti nell'ambito di applicazione del codice della privacy di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

³⁰ AFIS acronimo di Integrated Automated Fingerprint Identification System è un archivio informatico delle impronte digitali collocato presso il ministero dell'interno, servizio Polizia scientifica della Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato raccolte nei confronti dei soggetti nei cui confronti vengono svolte le indagini ex art. 349 c.p.p. e più in generale previsto dall'art. 4 T.U.L.P.S..

³¹ Il Garante per la protezione dei dati personali nel parere sullo schema di disegno di legge volto all'istituzione della banca dati ha evidenziato la necessità del rispetto dei principi di legalità, necessità, finalità e proporzionalità richiamando anche la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (92) 15 del 10 febbraio 1992 in base alla quale il prelievo coattivo di campioni biologici deve avvenire solo se le circostanze del caso rendono in concreto necessario tale intervento.

³² Come ricordato dalla C.E.D.U. nella sentenza del 4 dicembre 2004, cit., l'ingerenza nella vita privata da parte dei pubblici poteri può ritenersi *“necessaria in una società democratica”* solo se corrisponde ad un bisogno sociale imperativo, se è proporzionata allo scopo legittimo perseguito e se le ragioni adottate dall'autorità per giustificare l'ingerenza appaiono rilevanti e sufficienti.

individuali alla libertà personale e alla privacy.

Tale bilanciamento esige, tra l'altro, il rispetto dei principi di necessità e finalità in base ai quali l'ingerenza pubblica nei diritti individuali deve essere indispensabile per garantire il fine di giustizia, e del principio di proporzionalità in virtù del quale l'ingerenza pubblica deve essere calibrata in base allo scopo per cui si procede.

Tale ultimo principio implica la necessità di dare il giusto peso al rispetto dei diritti individuali attraverso valutazioni complesse e non generalizzate che tengano conto di elementi specifici quali il tipo di reato, il comportamento del soggetto, il tempo della conservazione del profilo.

In applicazioni dei principi di necessità e proporzionalità, la Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 4 dicembre del 2008 ha dichiarato l'illegittimità dell'archiviazione a tempo indeterminato, in via automatica e generalizzata, nella banca dati del DNA, in uso in Inghilterra, del profilo genetico in mancanza di una sentenza di condanna³³.

Il bilanciamento di contrapposti interessi operato in Italia con l'emanazione della legge n. 85 del 2009 si è tradotto nella selezione di tre macrocategorie di profili genetici che devono essere inseriti nella costituenda banca dati:

a) i profili di DNA relativi a reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali;

b) i profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati;

c) i profili di DNA dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale, alle condizioni di cui all'art. 9 della legge.

Su quest'ultima tipologia di profili soffermeremo la nostra attenzione nel prosieguo dell'analisi della novella, in quanto, oltre ad essere la più rilevante sotto il profilo quantitativo, è anche l'unica a rientrare nella quasi esclusiva competenza della polizia penitenziaria.

³³La Corte di Strasburgo si è specificamente occupata del database del DNA utilizzato nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord decidendo due ricorsi presentati da un soggetto assolto dal reato di tentata rapina e un altro soggetto, denunciato per molestie, il cui procedimento era stato archiviato per la successiva scelta della vittima di abbandonare l'azione penale. I ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione per la conservazione delle impronte digitali, dei campioni e profili biologici da parte delle autorità anche a seguito delle sentenze di assoluzione e di non luogo a procedere delle azioni penali promosse a loro carico. La Corte ha accolto i ricorsi affermando che il potere incondizionato e indiscriminato di conservazione dei profili genetici di persone sospettate ma mai riconosciute responsabili di alcuna condotta illecita costituisce violazione del diritto individuale alla riservatezza perché manca un corretto bilanciamento tra i concorrenti interessi pubblici e privati.

Le altre tipologie di profili, invece, devono essere trattate dai laboratori delle altre forze di polizia o di altre istituzioni di elevata specializzazione.

Nello specifico, i profili relativi a soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale applicate nel corso di un procedimento penale appartengono a:

- a) *soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari;*
- b) *arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto;*
- c) *detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;*
- d) *soggetti ai quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;*
- e) *soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.*

Nella legge n. 85 del 2009, si esclude la possibilità di effettuare il prelievo per alcune tipologie di reato³⁴ e si stabilisce che esso è possibile solo se si procede per delitti dolosi per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

Sebbene nella norma non sia indicato espressamente, si ritiene che il riferimento agli arresti facoltativi, possa essere esteso anche agli arresti obbligatori, in quanto si tratta di misura collegata a reati considerati più gravi.

Disciplinata in tal modo, la banca dati nazionale del DNA si presenta particolarmente imponente come quantità di dati potenzialmente a disposizione.

Oltre a tale aspetto "quantitativo", i profili inclusi nell'elenco di cui all'art. 9 si caratterizzano anche "qualitativamente" per la loro riferibilità ad un individuo identificato, a differenza dei profili relativi a reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali che sono

³⁴ Si tratta per lo più di reati economici, tributari e contro l'amministrazione della giustizia. Infatti, ex art. 9 della legge n. 85 del 2009 non è ammesso il prelievo se si procede per i seguenti reati: a) reati di cui al libro II, titolo III, capo I, tranne quelli di cui agli articoli 368, 371-bis, 371-ter, 372, 374 aggravato ai sensi dell'articolo 375, 378 e 379, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 390, del codice penale; b) reati di cui al libro II, titolo VII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 453, e capo II, del codice penale; c) reati di cui al libro II, titolo VIII, capo I, tranne quelli di cui all'articolo 499, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 513-bis, del codice penale; d) reati di cui al libro II, titolo XI, capo I, del codice penale; e) reati di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (r. fallimentari); f) reati previsti dal codice civile; g) reati in materia tributaria; h) reati previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

per lo più anonimi³⁵. Inoltre, essi come meglio si vedrà in seguito, sono ricavati da campioni biologici prelevati "in laboratorio" e non sulla scena del crimine, con la conseguenza che si presentano nello stato migliore per realizzare delle corrette analisi.

Senz'altro la categoria in questione è quella che ha destato maggiori preoccupazioni sotto il profilo della protezione dei dati personali in quanto intere categorie di soggetti sono sottoposte al prelievo al fine di alimentare la banca dati del DNA.

In essa sono ricompresi i soggetti condannati o internati (cioè sottoposti a misura di sicurezza detentiva).

A ben vedere, considerato l'alto tasso di recidiva criminale, la banca dati andrà a raccogliere i profili proprio delle persone tendenzialmente più esposte a essere coinvolte in futuri reati.

Ecco perché questa banca dati si presta non solo a perseguire finalità investigative ma anche indirettamente finalità di deterrenza.

Chi è sottoposto a misura privativa della libertà personale in base a una sentenza definitiva saprà che, oltre a scontare una pena, subirà il prelievo del DNA e che, se commette un altro reato in cui viene in rilievo la sfera corporale del soggetto attivo, sarà piuttosto facile accertarne la colpevolezza.

In questo senso è attuata una peculiare forma di deterrenza special-preventiva, ovvero diretta ad evitare che il soggetto autore di reati ne commetta altri.

La scelta di inserire tale tipologia di profili in banca dati sembra in armonia con quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella citata sentenza del 4 dicembre del 2008; infatti, il legislatore ha subordinato il prelievo del campione biologico alla presenza di condizioni rigorose consistenti nell'aver commesso un delitto, di non lieve rilevanza, come accertato in una sentenza passata in giudicato.

Nella categoria di soggetti sottoposti a prelievo, di cui all'art. 9 della legge, rientrano, oltre ai condannati ed internati, anche coloro sottoposti a provvedimento restrittivo della libertà personale in assenza di una sentenza di condanna definitiva in virtù di una misura di custodia cautelare, di una misura di sicurezza provvisoria, di un fermo o di un arresto.

In questi due ultimi casi, occorre attendere la convalida del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria prima di procedere al prelievo.

³⁵ È evidente che il trattamento dei dati genetici anonimi, non essendo riferibili ad un soggetto identificato, non presenta la stessa ingerenza sul diritto alla riservatezza dei profili ottenuti dall'analisi dei campioni di persone identificate.

La sottoposizione a prelievo anche di soggetti non ancora giudicati con sentenza irrevocabile fa sorgere delle perplessità, nonostante l'espressa previsione del diritto alla cancellazione in caso di esito favorevole del processo.

Come giustificare il prelievo di campione biologico su un soggetto per il quale ancora vige la presunzione di non colpevolezza?

Se l'obiettivo è quello di trovare elementi utili ad accertare o ad escludere la colpevolezza rispetto al giudizio in corso, deve notarsi come nel corso del procedimento penale è sempre possibile, purché ve ne siano i presupposti, ricorrere allo strumento della perizia³⁶ per confrontare il campione biologico del periziato con quelli repertati sulla scena del crimine.

Alla luce di tale considerazione può esistere il rischio di un uso strumentale delle misure cautelari finalizzate al mero prelievo; questo rischio assume maggiore concretezza se si considerano le diverse condizioni a cui è subordinato il prelievo di campione biologico per l'effettuazione della perizia ex art. 224 bis c.p.p. rispetto ai presupposti stabiliti per il prelievo effettuato in base all'art. 9 della legge n. 85 del 2009.

Naturalmente non si ignora che il prelievo previsto dall'art. 9 della legge presuppone a sua volta che siano rispettate le condizioni stabilite per l'applicazione o la convalida delle misure restrittive della libertà personale; tuttavia resta il fatto che anche tali presupposti divergono da quelli previsti nell'art. 224 bis c.p.p. quale, a titolo esemplificativo, *l'assoluta indispensabilità del prelievo per la prova dei fatti*.

Inoltre, le perplessità aumentano se si considera che il profilo ottenuto in seguito a perizia non è inseribile in banca dati in quanto dal tenore letterale della novella e in particolare degli artt. 7 e 10 della legge n. 85 del 2009 emerge che, nell'ambito della categoria dei profili "acquisiti nel corso di procedimenti penali", solo quelli ottenuti da "reperti"³⁷ possono essere archiviati in banca dati.

³⁶ Con la legge n. 85 del 2009 è stato inserito nel c.p.p. l'art. 224 - bis colmando il vuoto normativo creatosi a seguito della sentenza della Corte Cost. 238 del 1996. Con l'art. 224 bis c.p.p. si disciplina la perizia coattiva ovvero la perizia implicante il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale quali il prelievo di capelli, peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi. I presupposti di ammissibilità della citata perizia richiedono che la stessa sia assolutamente indispensabile per la prova dei fatti e che si proceda per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi previsti espressamente dalla legge.

³⁷ Il reperto è definito dalla legge come "materiale biologico acquisito sulla scena del delitto o comunque su cose pertinenti al reato". Quindi si tratta di tracce biologiche non ricavate direttamente dalla persona, come per es. un capello sulla scena del delitto.

In altri termini, gli unici profili estratti da campioni biologici³⁸ (e quindi direttamente dalla persona) archiviabili in banca dati sono quelli dei soggetti sottoposti a misura restrittiva della libertà personale di cui all'art. 9 della legge.

La descritta incongruenza è almeno parzialmente superabile laddove si giustifichi la previsione normativa in esame in base alla generale esigenza di alimentare con nuovi profili la banca dati del DNA; si incrementano in tal modo le possibilità di risolvere casi giudiziari diversi da quello per il quale si procede e di cui sia rimasto sconosciuto il colpevole³⁹.

A questo punto rimane da chiedersi se esiste, come richiesto dalla C.E.D.U., quel “bisogno sociale imperativo” proporzionato allo scopo legittimo che giustifica la limitazione del diritto alla privacy di soggetti non ancora condannati.

Evidentemente è questo uno degli aspetti più critici della legge.

Il legislatore ha cercato di superarlo attraverso la previsione di limiti e condizioni a cui subordinare il prelievo⁴⁰, nonché attraverso la garanzia della cancellazione dei dati e la distruzione dei campioni biologici⁴¹, d'ufficio, per tutti i soggetti che all'esito del procedimento penale ricevono una sentenza definitiva di assoluzione con le seguenti formule: *perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*⁴².

Nonostante tali utili accortezze, è difficile rispondere positivamente all'interrogativo poc'anzi formulato e ciò almeno per tre motivi.

In primo luogo, si nota che il prelievo, in questi casi, dipende da fattori e circostanze del tutto occasionali, come la presenza o meno di esigenze cautelari⁴³.

³⁸ Il campione è definito dalla legge come “quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA”.

³⁹ Infatti, il profilo rilevato dal soggetto sottoposto a misura restrittiva della libertà personale potrebbe coincidere con altro profilo presente in banca dati repertato in un altro procedimento.

⁴⁰ Come evidenziato deve trattarsi di delitti non colposi per il quale è previsto l'arresto facoltativo in flagranza e devono essere presenti i presupposti richiesti dal c.p.p. per l'emanazione delle misure cautelari e precautelari.

⁴¹ La cancellazione dei dati e la distruzione del campione sono previste dall'art. 13 della l. n. 85 del 2009 anche laddove le operazioni siano state compiute in violazione delle disposizioni previste dall'articolo 9.

⁴² È quindi necessario che il casellario informi tempestivamente i soggetti che devono provvedere alla cancellazione dei profili e alla distruzione dei campioni biologici.

⁴³ Il Garante per la privacy nel parere del 15 ottobre 2007 sullo schema di disegno di legge volto a istituire la banca dati nazionale ha sollevato maggiori dubbi proprio su tale categoria. In particolare il Garante ha evidenziato che “l'istituzione di una banca

Dette esigenze, fra l'altro, potrebbero anche rivelarsi assenti e giustificare il successivo annullamento della misura cautelare senza che tale pronuncia implichi la distruzione del campione prelevato.

Infatti e in secondo luogo, si evidenzia che il c.d. diritto alla cancellazione e distruzione del campione è collegato solo alle sentenze di proscioglimento con le tassative formule poc'anzi segnalate.

Quindi, ad esempio, una sentenza "di non doversi procedere", pur non essendo una sentenza di condanna, non darebbe diritto all'attivazione di tale garanzia.

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi nell'esempio appena effettuato di annullamento di misura cautelare a seguito di riesame⁴⁴.

In terzo luogo, i tempi non brevi del processo penale di fatto permetteranno la conservazione del profilo biologico e del campione biologico pure nei numerosi casi di prescrizione. Inoltre, essi renderanno possibile a lungo la conservazione dei profili e dei campioni anche di chi risulterà all'esito del procedimento del tutto estraneo al crimine commesso.

Per concludere non sembra che il riferimento all'applicabilità di misure cautelari, del fermo e dell'arresto realizzi quel contemperamento di contrapposti interessi richiesto dalle fonti sopranazionali e dal Garante per la privacy⁴⁵ se solo si pensa che una situazione analoga a quella decisa dalla C.E.D.U. nella più volte citata sentenza del 2008 potrebbe verificarsi anche in applicazione della normativa italiana⁴⁶.

dati a livello nazionale non impone necessariamente l'introduzione di un prelievo obbligatorio del DNA poiché un tale archivio può essere utilmente composto da dati raccolti nell'ambito di procedimenti penali, già molto numerosi. Tuttavia, per il caso in cui il Parlamento ritenesse di stabilire un prelievo obbligatorio per alcune categorie di soggetti (fermati, arrestati, indagati, imputati o condannati), l'Autorità ha sottolineato la necessità di individuare in maniera proporzionata i soggetti interessati e i relativi reati, da definire sulla base della loro gravità".

⁴⁴ A questo proposito, non può non ricordarsi la già citata sentenza della Corte E.D.U. del 4 dic. 2008 che riguardava proprio l'archiviazione del profilo di un soggetto il cui procedimento penale era concluso per remissione della querela. Tuttavia, mentre nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo viene in rilievo la pratica di conservare in modo automatico e generalizzato i campioni biologici di tutti i soggetti coinvolti in procedimenti penali, secondo la normativa italiana è necessario l'ulteriore requisito di essere destinatari di un provvedimento restrittivo della libertà personale.

⁴⁵ Naturalmente minori sono le condizioni cui il c.p.p. subordina tali misure maggiori sono le riserve circa la scelta del legislatore italiano.

⁴⁶ A titolo esemplificativo, si evidenzia che un soggetto arrestato in flagranza per furto, poi prosciolto senza una delle formule assolutorie previste dalla legge, non avrebbe diritto alla cancellazione del profilo dalla banca dati. Sul punto si ricorda che uno dei ricorsi decisi dalla sentenza della C.E.D.U. riguardava un soggetto processato per molestie e poi prosciolto per il venir meno di una condizione di procedibilità (ritiro della querela).

3. Il prelievo del campione biologico

Le attività di competenza della polizia penitenziaria previste nella legge n. 85 del 2009 riguardano, come anticipato, i profili di soggetti sottoposti a provvedimento restrittivo della libertà personale alle condizioni di cui all'art. 9 e consistono fondamentalmente: nel prelievo del campione di mucosa orale, nell'analisi del DNA, nella tipizzazione del relativo profilo e nella conservazione del campione biologico, unitamente alla conseguente alimentazione per via informatica della banca dati nazionale.

La legge n. 85 del 2009 non disciplina nel dettaglio tutti gli aspetti relativi al prelievo di campione biologico rimandando ad un regolamento di attuazione la materia.

Tuttavia si possono anticipare alcune soluzioni che verosimilmente saranno adottate.

Relativamente alla competenza al prelievo si deve specificare che i campioni biologici dei soggetti elencati nell'art. 9, come previsto nel comma 4 dello stesso articolo, sono prelevati da *"personale specificamente addestrato delle Forze di Polizia o da personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria"*.

La competenza della polizia penitenziaria sarà probabilmente collegata con l'immissione nel circuito carcerario che avviene formalmente con l'iscrizione in matricola⁴⁷ del detenuto.

Per tale motivo dovrebbero esulare dalla competenza della polizia penitenziaria i soggetti sottoposti ad arresti domiciliari o a misura alternativa concessa dalla libertà, il cui campione sarà prelevato verosimilmente dalle forze di polizia procedenti.

Nell'art. 17 co. 2 della legge n. 85 del 2009 si prevede l'effettuazione del prelievo del campione biologico per i soggetti di cui all'art. 9 già detenuti e internati alla data di entrata in vigore della legge entro il termine di un anno.

Poiché tale termine è già trascorso, occorrerà aggiornarlo.

In tale articolo, inoltre, non si fa alcun riferimento agli altri soggetti passivi del prelievo di cui all'art. 9, come i soggetti sottoposti agli arresti domiciliari o alle misure alternative alla detenzione, per cui dovrebbe ritenersi che essi siano esclusi dal prelievo. Tuttavia, non essendo comprensibile la ragione della disposizione, sembra che essa, più che da una scelta ponderata, dipenda da una svista del legislatore.

Su questi dubbi sollevati da una sola disposizione sarà

⁴⁷ L'ufficio matricola cura la ricezione e la scarcerazione dei detenuti e degli internati, l'annotazione della loro posizione giuridica e le successive modifiche (art. 45 D.P.R. n. 82 del 1999).

necessaria una specificazione anche attraverso i regolamenti attuativi.

La prima circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria sulla materia (GDAP 0251450-2010 del 11.06.2010) tenta però di risolvere le indicate ambiguità. Con tale circolare è stabilito che *“entro la data che verrà successivamente definita tutti gli istituti dovranno aver completato la rilevazione del campione su tutti i detenuti o internati presenti sino a quella data; in seguito il prelievo andrà eseguito solo sulle persone che facciano ingresso dalla libertà e che non siano state già sottoposte al prelievo, sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 9 della legge”*.

Il prelievo biologico costituisce uno dei passaggi più importanti di tutto il processo analitico che si conclude con l'estrazione del profilo, tanto da essere definito dagli addetti ai lavori come il *“fondamento analitico”* del processo; da esso dipende la buona qualità del materiale da trattare e la scelta del protocollo d'estrazione.

Il prelievo biologico deve avere delle caratteristiche di certificazione assolute in termini di attribuzione al soggetto da cui proviene, di tutela delle informazioni genetiche in esso contenute e dei dati prodotti di conseguenza.

Affinché l'identificazione avvenga senza possibilità di errore è auspicabile che i futuri regolamenti prevedano che il prelievo si effettui solo dopo il fotosegnalamento e il connesso prelievo delle impronte in modo tale da far riferimento all'identità dattiloscopica.

Le impronte digitali negli istituti di pena sono attualmente prelevate con uno scanner ottico (previsto in SPAID)⁴⁸ e archiviate da un sistema automatizzato di identificazione delle impronte (AFIS)⁴⁹ che in risposta invia agli istituti di pena il c.d. C.U.I. (codice unico di identificazione).

Analogo meccanismo potrebbe essere utilizzato per ottenere, sempre dal sistema AFIS, un codice di riconoscimento del prelievo. Infatti, affinché sia rispettata la privacy del soggetto e per impedire abusi sul campione biologico, è necessario che il campione biologico da esaminare non sia associato all'identità anagrafica ma ad un codice⁵⁰.

⁴⁸ Lo SPAID è il sistema periferico di acquisizione delle impronte digitali. Il sistema integra un PC portatile con modem e scheda LAN, uno scanner per l'acquisizione delle impronte digitali, una videocamera. Lo SPAID acquisisce a livello locale le impronte digitali, le foto, i segni particolari e i dati anagrafici ed effettua, tramite algoritmi, l'estrazione delle caratteristiche dell'impronta. I dati così ottenuti vengono compressi ed inviati in modo criptato al sistema centrale AFIS.

⁴⁹ Si rimanda alla nota 31 per la definizione di AFIS.

⁵⁰ L'art. 12 della legge n. 85 del 2009 stabilisce espressamente che *“i profili del DNA e i relativi campioni non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti”*.

Sarebbe utile, inoltre, prevedere la possibilità per il sistema AFIS di produrre anche l'informazione relativa all'esistenza di un precedente prelievo al fine di evitare un compressione ingiustificata dei diritti del soggetto sottoposto a prelievo oltre che un inutile dispendio di risorse.

Per garantire la tracciabilità del campione durante le operazioni è necessario che ogni fase sia registrata⁵¹.

Affinché il prelievo avvenga in modo corretto dovranno essere osservati gli esaminati protocolli previsti per impedire l'inquinamento del campioni in tale delicata fase.

Gran parte di tali protocolli sono stati recepiti dalla già citata circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria intervenuta in materia⁵².

In essa si prescrive che in ogni istituto di pena sia individuato un ambiente (*c.d. stanza bianca*) che risponda ai seguenti requisiti: sia ben illuminato, munito di sedia e tavolo (per l'appoggio dei componenti della strumentazione per il prelievo), dalle superfici facilmente lavabili, e (esso stesso o nelle immediate vicinanze) dotato di lavabo.

Si specifica che tavolo, sedie e lavabo debbono essere puliti e disinfettati con prodotti idonei e che il pavimento deve essere lavabile e mantenuto in opportune condizioni di igiene prima e dopo ogni sessione di lavoro.

Tra le indicazioni fornite si evidenzia che nel luogo ove si esegue il prelievo dovrà entrare un detenuto per volta sia per tutelarne la privacy sia per ragioni legate alla necessità che tutti i dati siano da riferirsi alla medesima persona fisica.

Relativamente alle misure necessarie ad impedire che sia lo stesso operatore procedente a inquinare il campione si specifica che il medesimo deve indossare camice a maniche lunghe pulito, mascherina antiaerosol, guanti in lattice o vinile, occhiali protettivi.

Nella citata circolare si stabilisce che il campione prelevato va conservato a temperatura ambiente in luogo fresco e asciutto, quanto più possibile esente da polvere, accessibile solo dal responsabile della procedura.

Nella legge n. 85 del 2009 si prescrive che il campione deve essere trasmesso al laboratorio immediatamente.

Sulle modalità di trasmissione del campione al laboratorio centrale il regolamento dovrà specificare il mezzo da utilizzare e le misure necessarie a impedire la manomissione del materiale

⁵¹ Tale garanzia è espressamente prevista nell'art. 12 della legge n. 85 del 2009.

⁵² Circolare GDAP 0251450-2010 dell'11/06/2010.

utilizzato.

Il campione biologico oggetto di prelievo è, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 85 del 2009, la mucosa del cavo orale.

Il mezzo utilizzato per il prelievo sarà, pertanto, con estrema probabilità, un tampone orale a secco che deve essere strofinato sulla parte interna della guancia e/o sulle gengive per un tempo adeguato.

Essendo necessario un campione da analizzare e un altro da conservare, per ogni persona si dovranno eseguire non meno di due prelievi e ogni prelievo dovrà essere posto in un contenitore separato.

Dalla lettura del citato testo normativo emerge che non occorre alcuna autorizzazione dell'autorità giudiziaria per procedere al prelievo ma è necessario che le operazioni siano eseguite *"nel rispetto della dignità del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto"*⁵³.

Tali indicazioni sono operative anche laddove il soggetto passivo del prelievo non intenda subirlo⁵⁴.

La volontà del soggetto di non collaborare può limitarsi al dissenso dal compimento dell'atto o può tradursi in forme più intense di rifiuto: una mera non collaborazione (il soggetto non apre la bocca ma lascia che altri provveda in tal senso), una resistenza "passiva" (il soggetto non permette ad altri di aprirgli la bocca serrando la mandibola), una resistenza violenta (il soggetto non permette ad altri di aprirgli la bocca utilizzando reazioni violente contro gli operatori per impedire loro di intervenire).

Tali comportamenti, pur potendo rilevare penalmente ex art. 650 c.p. o, in caso di minaccia e violenza, ai sensi dell'art. 337 c.p., non interferiscono con l'obbligo di procedere ad effettuare il prelievo di mucosa del cavo orale; questo deve conseguirsi mediante il tampone orale il cui utilizzo implicherà l'uso della forza fisica rientrando nell'art. 41 della legge n. 354 del 1975⁵⁵.

⁵³ Ex art 9 co. 5 legge n. 85 del 2009.

⁵⁴ Nell'ipotesi di arresto e fermo di cui all'art. 9 lett. B della legge n. 85 del 2009 il prelievo è effettuato dopo che su tali provvedimenti cautelari è intervenuta la convalida dell'autorità giudiziaria che riguarda esclusivamente i provvedimenti restrittivi e non anche il prelievo.

⁵⁵ Nell'art. 41 della legge n. 354 del 1974 "norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" è stabilito: *non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.*

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento

Certamente andranno osservate le garanzie minime previste nel citato art. 41 tra le quali si segnala anche l'obbligo di informare il direttore d'istituto e di assicurare la necessaria assistenza sanitaria.

All'esecuzione coattiva del prelievo, per analogia, dovrebbero applicarsi, inoltre, le garanzie previste in tema di perizia coattiva nell'art 224 bis c.p.p. che vieta operazioni "che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lievi entità".

Nonostante tali accortezze, tuttavia, suscita perplessità la scelta del legislatore di prevedere l'utilizzo del tampone orale come unica modalità di prelievo di DNA, anche nei casi che si stanno esaminando.

Infatti, il prelievo attuato su un soggetto che oppone resistenza fisica difficilmente può considerarsi rispettoso della dignità, del decoro e della riservatezza, come il legislatore ha espressamente previsto nella legge n. 85 del 2009.

La stessa genuinità del campione è messa a rischio per l'estrema difficoltà di osservare i protocolli richiesti dai laboratori specializzati per la validazione della procedura laddove vi sia l'esigenza di operare su un soggetto, magari anche dotato di rilevante forza fisica, che oppone resistenza. Né sono da sottovalutarsi i danni alla salute che un prelievo eseguito forzatamente potrebbe provocare sul soggetto che lo subisce. È necessario, infatti, avere sempre presente che il prelievo di mucosa orale consiste nell'infilare un bastoncino lungo e sottile (ma con un minimo di necessaria rigidità) all'interno del cavo orale dell'interessato e nello strofinarlo sulla mucosa per diversi secondi.

Se la persona oppone resistenza, il rischio che subisca un danno alla salute è tutt'altro che trascurabile.

È opportuno considerare anche la condizione del personale chiamato in concreto a effettuare il prelievo in situazioni critiche; si tratta di rischi molto rilevanti se si considera che una percentuale non bassa delle persone che entrano negli istituti di pena è portatrice di malattie infettive.

Sembra, inoltre, inopportuno attribuire la valutazione di eventuali situazioni particolari, come quella relativa a donne

e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore.

incinte o comunque persone affette da qualche peculiare disturbo, al direttore dell'istituto che, a seconda della decisione presa e dell'esito della procedura, potrà essere chiamato a rispondere per omissione d'atti d'ufficio o per lesioni colpose.

Il personale di polizia penitenziaria, probabilmente, sarà chiamato a risolvere i problemi connessi all'effettuazione del prelievo coattivo di mucosa orale anche nei casi in cui la competenza appartenga ad altra forze di polizia (nell'ipotesi, ad esempio, di soggetto ammesso a misura alternativa).

Infatti, attraverso l'arresto per resistenza del soggetto riottoso, "di fatto" la competenza potrebbe trasferirsi al personale di polizia penitenziaria.

Tutti questi effetti "secondari" naturalmente devono essere accettati da coloro che scelgono di fare un lavoro peculiare come quello del poliziotto penitenziario o del direttore di istituto.

Tuttavia, poiché il prelievo di mucosa orale non appare indispensabile per il raggiungimento dell'importante fine di incrementare i profili contenuti nella banca dati, essi non sembrano inevitabili.

Ci si chiede, infatti, cosa impedisca di utilizzare, nei casi esaminati, metodologie alternative di prelievo di DNA meno invasive ma ugualmente efficaci rispetto al prelievo di mucosa orale.

Per fare un esempio, si potrebbe utilizzare lo stesso scanner di SPAID⁵⁶, adeguatamente modificato, per prelevare nel contempo impronte e DNA.

Del resto, gli altri casi di prelievo di campione biologico previsti dalla legge ammettono metodologie diverse dal tampone orale.

Nell'art. 224 bis c.p.p. si stabilisce che ai fini della perizia è possibile il prelievo di capelli, peli, o mucosa del cavo orale e che a parità di risultato sono scelte le tecniche meno invasive.

Nell'art. 349 co. 2 bis c.p.p. si prevede il prelievo di capelli o saliva al fine di identificazione di persona nei cui confronti vengono svolte le indagini.

⁵⁶ Si riporta, per comodità di chi legge, la nota 49 sullo SPAID: "Lo SPAID è il sistema periferico di acquisizione delle impronte digitali. Il sistema integra un PC portatile con modem e scheda LAN, uno scanner per l'acquisizione delle impronte digitali, una videocamera. Lo SPAID acquisisce a livello locale le impronte digitali, le foto, i segni particolari e i dati anagrafici ed effettua, tramite algoritmi, l'estrazione delle caratteristiche dell'impronta. I dati così ottenuti vengono compressi ed inviati in modo criptato al sistema centrale AFIS". In sostanza, attraverso la modifica dello scanner le cellule epiteliali rilasciate per contatto attraverso le impronte possono essere raccolte con un tampone imbevuto di acqua sterile. Non essendoci la saliva, il materiale raccolto si conserverà più facilmente.

3.1 Il prelievo di campione biologico e le garanzie costituzionali

La disciplina del prelievo di mucosa del cavo orale desta perplessità anche sotto il profilo della legittimità costituzionale.

Il prelievo di campione biologico, infatti, costituisce atto incidente sul diritto alla libertà personale⁵⁷.

Da ciò discende l'applicabilità dell'art. 13 della Costituzione all'atto in esame con le relative garanzie (riserva di legge, riserva di giurisdizione, possibilità di ricorrere in Cassazione contro il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria)⁵⁸.

Tuttavia, secondo le prime analisi del testo normativo, l'art. 13 della Costituzione non verrebbe in rilievo nel caso specifico perché sarebbe proprio lo stato detentivo (o le più blande limitazioni alla libertà personale attuate con le misure alternative e con gli arresti domiciliari) a giustificare la compressione del diritto alla libertà personale: *“la detenzione è la misura massima di limitazione della libertà personale: pertanto, il soggetto che si trova in tale situazione può subire quella più blanda compressione della libertà che si concretizza nel prelievo coattivo di materiale biologico. Inoltre il soggetto in vinculis ha già subito altre limitazioni che si sono concretizzate nella perquisizione, nella fotosegnalazione, nel rilievo di impronte dattiloscopiche, nel prelievo ematico per verificare la presenza di infezioni da HIV o altre malattie a carattere epidemico”*⁵⁹.

Questa impostazione si ispira all'orientamento più volte espresso dalla Corte Costituzionale, ma molto contestato in parte della dottrina, in base al quale in certi casi (quali lo stato detentivo) le garanzie costituzionali, nel senso che di seguito si chiarirà, possono non trovare applicazione.

La Corte Costituzionale pur affermando che *“chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”*⁶⁰, ha nel

⁵⁷ Le definizioni e le interpretazioni dottrinali e giuridiche sull'art. 13 della Cost. sono molteplici per cui si indica solo: A. CERRI, voce *Libertà personale* (diritto costituzionale) in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XVI, p. 3.

⁵⁸ In materia di prelievi biologici (nella specie prelievi ematici), con la sentenza n. 238 del 1996 la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 224 co. 2 c.p.p. nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge.

⁵⁹ In tal senso cfr. PAOLA FELICIONI, *Il prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, Cedam 2002 p. 200, Tale motivazione è esplicitata anche nella relazione al disegno di legge n. 905 poi confluito nell'unico disegno di legge oggetto di approvazione.

⁶⁰ Sentenza della C.Cost. n. 349/1993 in *www.giurcost.org*. Cfr. Pennisi A., *Diritti del*

contempo evidenziato che esistono misure incidenti su diritti che derivano la loro legittimazione direttamente dal provvedimento giurisdizionale limitativo della libertà.

Per queste misure non è di conseguenza necessario emanare un nuovo titolo giurisdizionale⁶¹.

In base a tali principi la Corte Costituzionale ha, ad esempio, escluso l'illegittimità costituzionale del potere dell'amministrazione penitenziaria di sottoporre ogni detenuto a perquisizione senza apposito provvedimento dell'autorità giudiziaria⁶².

Ebbene, applicando il ragionamento della Corte Costituzionale al prelievo di mucosa, potremmo ritenere che una delle più stringenti garanzie costituzionali, la riserva di giurisdizione, è nella disciplina normativa in esame rispettata in quanto il prelievo biologico è subordinato alla presenza del titolo giurisdizionale limitativo della libertà personale⁶³.

Tuttavia, tale impostazione non convince se si considera la reale giustificazione per cui il regime delle perquisizioni e degli altri atti invasivi dei diritti costituzionali è sottratta, nel senso appena chiarito, alle garanzie costituzionali.

Tale giustificazione è connessa alla indispensabilità di tali atti all'esecuzione della misura limitativa della libertà, come emerge da un'attenta e critica lettura delle decisioni della Corte

detenuto e tutela giurisdizionale, Giappichelli – Torino 2002, p.65 ove si legge: *“la pena detentiva può limitare la libertà personale nel suo contenuto essenziale (facoltà di disporre liberamente del proprio essere fisico), ma non può – in assenza di una disposizione costituzionale che stabilisca espressamente il contrario – implicare il disconoscimento di quelle posizioni soggettive estranee a tale contenuto o che, comunque, alla realizzazione di quest'ultimo non sono strettamente funzionali”* .

⁶¹ Sentenza della C.Cost. n. 349/1993 ove si opera una distinzione tra misure che incidono sulla qualità e quantità della pena e misure che incidono sul regime carcerario. Le prime, derivando la loro legittimazione dalla sentenza, possono essere applicate direttamente dall'amministrazione penitenziaria; le seconde, viceversa, possono essere applicate esclusivamente attraverso le garanzie previste dalle norme costituzionali: riserva di legge e di giurisdizione.

⁶² Sentenza Corte Cost. n. 526 del 2000 consultabile (come le altre sentenze citate) sul sito www.giurcost.org. Con tale sentenza, la Corte afferma che alle perquisizioni sui detenuti non si applicano i commi 3 e 4 dell'art. 13 della Costituzione in quanto esse agiscono sulla parte di libertà già venuta meno per effetto della sentenza di condanna.

⁶³ Si evidenzia, comunque, l'attenzione del legislatore sulla necessità che la pena detentiva sia effettivamente eseguita.

Infatti, nell'elenco di cui all'art. 9 si fa riferimento a soggetti “detenuti o internati” a seguito di sentenza irrevocabile, di soggetti a cui sia applicata la misura della custodia cautelare etc. A ben vedere, se si accetta l'idea che la limitazione dei diritti individuali sia collegabile direttamente al titolo giurisdizionale dovrebbe poi essere irrilevante, ai fini della conformità a Costituzione della normativa, la concreta applicazione della pena. La concreta esecuzione del provvedimento, in tale discorso, assume la stessa valenza delle altre condizioni previste dalla legge per procedere al prelievo.

Costituzionale⁶⁴.

In altri termini, gli atti incidenti sulla libertà dei soggetti in *vinculis* sono da ritenersi impliciti nel titolo giurisdizionale limitativo della libertà purché e in quanto essenziali all'esecuzione della pena.

Infatti, negli istituti di pena le perquisizioni servono per garantire l'ordine e la sicurezza, gli accertamenti sanitari hanno la funzione di individuare patologie potenzialmente contagiose anche per altri ristretti, il prelievo delle impronte è strumentale all'identificazione certa del soggetto necessaria ad evitare scambi di persona nell'esecuzione della pena.

Viceversa, laddove l'atto limitativo non sia considerato indispensabile per l'esecuzione della pena, devono trovare applicazione le garanzie costituzionali (si pensi all'autorizzazione dell'autorità giurisdizionale prevista per il controllo della corrispondenza, anche senza lettura della medesima, da parte dell'amministrazione penitenziaria di cui all'art. 18 ter della legge n. 354 del 1975⁶⁵).

Ebbene, poiché il prelievo di mucosa non può certo ritenersi necessario a garantire l'esecuzione della pena (infatti non è prevista l'applicazione generalizzata a tutti i ristretti), ne consegue che, secondo il ragionamento appena effettuato, tale atto non può ritenersi autorizzato dal titolo limitativo della libertà.

Questa conclusione, tuttavia, non deve far ritenere nella specie automaticamente applicabile l'art. 13 della Costituzione perché il ragionamento appena effettuato si fonda su una premessa: che l'atto di prelievo di mucosa costituisca atto invasivo della libertà personale.

Questa premessa, a ben vedere, è molto meno scontata di quanto possa sembrare.

Infatti, laddove vi sia il consenso dell'interessato, non pare si possa fondatamente qualificare l'atto di prelievo come atto invasivo della libertà personale⁶⁶.

⁶⁴ In questo senso cfr. sentenza della Corte Cost. n. 526 del 2000, cit. in base alla quale alla restrizione della libertà personale, in cui si sostanzia lo stato di detenzione "sono intrinseche le ragioni di ordine e sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi".

⁶⁵ La legge n. 95 del 2004 ha modificato la disciplina prevista in tema di controllo sulla corrispondenza dei detenuti richiedendo espressamente l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria per l'effettuazione del citato controllo.

⁶⁶ A tale riguardo si segnala che in diverse sentenze la Corte Costituzionale (ad esempio nelle sentenze n. 257 del 1996, n. 194 del 1996, n. 238 del 1996 in *www.giurcost.org*) ha avuto modo di evidenziare che la tutela predisposta dall'art. 13 Cost. verso

Si potrebbe obiettare che il consenso nel caso di specie non è qualificabile come libera espressione del diritto all'autodeterminazione provenendo da un soggetto in vinculis e alla luce delle possibili conseguenze collegabili al rifiuto.

Pertanto, il prelievo volontario andrebbe considerato frutto di una coazione morale.

Tuttavia, può ribattersi che il consenso, anche se prestato da un soggetto in vinculis, non è coartato in quanto la sanzionabilità del rifiuto a collaborare è tutta da dimostrare e la soggezione alla limitazione della libertà personale non elimina la capacità del soggetto di scegliere se sottoporsi al prelievo di campione biologico.

Ma anche a voler ritenere il prelievo volontario come il risultato di una coazione morale, non dovrebbe comunque applicarsi l'art. 13 della Costituzione salvo a voler aderire ad una concezione estremamente ampia del concetto di libertà personale, comprensiva anche della libertà morale intesa in senso estensivo⁶⁷.

Ed invece, tale concezione non pare trovare grande accoglimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale⁶⁸.

Su questo tema specifico, può ricordarsi che, sebbene con orientamenti altalenanti, di cui si darà conto in modo sintetico e senza pretesa di completezza, la Corte Costituzionale, partendo dal presupposto che non ogni atto incidente sulla libertà personale rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 13 della Costituzione, ha tentato di individuare dei criteri qualificanti l'atto lesivo della libertà costituzionalmente garantita.

In alcune sentenze il criterio discretivo consiste nella presenza di una coercizione fisica sulla persona, tale da limitarne, anche se per breve tempo, la possibilità di movimento come nel caso dell'arresto, del fermo e dell'accompagnamento coattivo⁶⁹.

forme di coercizione fisiche dell'individuo, non opera contro forme liberamente accettate dai loro destinatari.

⁶⁷ L'orientamento dottrinario che ha teorizzato tale concetto di libertà ha preso spunto dall'analisi della sentenza della Corte Costituzionale n. 11 del 1956, in *www.giurcost.org*.

⁶⁸ Nella sentenza 194 del 1996 la Corte Costituzionale (sul sito *www.giurcost.org*) esclude che ricada nell'ambito applicativo dell'art. 13 Cost. il volontario prelievo di campioni biologici richiesto in determinati casi ai conducenti, anche se il rifiuto è assistito da sanzione. Infatti, in tale sentenza si evidenzia che la libertà personale non è violata anche se il rifiuto di sottoporsi a prelievo costituisce reato perché "il giudice deve riscontrare la ragionevolezza del motivo che ha indotto l'agente a disporre l'accompagnamento. Ed è proprio la previsione legislativa di tale ragionevolezza a scongiurare i rischi di abuso paventati dal rimettente, consentendo che a posteriori si compia una verifica giudiziale dei fatti e della attendibilità delle ragioni del convincimento dell'agente, in relazione al bene protetto della sicurezza della circolazione ed alle correlate finalità di prevenzione".

⁶⁹ Cfr. tra le altre la sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 1960, in *www.giurcost.org*.

In particolare con la sentenza n. 45 del 1960 la Corte ha chiarito che *“l’art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, si riferisce alla libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione. Trattasi, quindi, di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall’habeas corpus”*.

Un diverso indirizzo giurisprudenziale, pur partendo da un concetto ampio di libertà (comprendente anche la libertà morale), ne ha poi ristretto la nozione sulla base di empirici criteri quantitativi utilizzati per valutare l’intensità della restrizione necessaria ad integrare la violazione del diritto, intensità che deve essere tale da produrre un assoggettamento fisico o morale equiparabile all’arresto.

Significativa è la sentenza n. 30 del 1962 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 4 T.U.L.P.S., in base al quale la polizia può procedere a rilievi segnaletici (descrittivi, fotografici, antropometrici) in presenza di determinate condizioni, nella parte in cui tale articolo consentiva di eseguire ispezioni personali.

Nella specie, i rilievi segnaletici, pur limitando la libertà, possono o meno concretizzare il citato assoggettamento in base alle modalità con cui vengono eseguiti.

Secondo la Corte, infatti, sono lesivi della libertà personale i rilievi compiuti su parti del corpo normalmente non esposte all’altrui vista e, di converso, non lesivi i rilievi compiuti su parti meno intime del corpo, e ciò anche nel caso in cui gli stessi comportino una momentanea immobilizzazione del soggetto, come il prelievo forzoso di impronte digitali.

Gli atti coercitivi non invasivi della libertà, secondo i criteri quantitativi appena esaminati, andrebbero, invece, qualificati come prestazioni imposte per motivi di sicurezza.

Sia la concezione della libertà personale fondata sull’esercizio di una restrizione di tipo fisico, sia la concezione, da ultimo descritta, che fa leva sul livello di invasività della restrizione, portano a considerare il prelievo di mucosa orale eseguito senza la collaborazione del soggetto passivo come atto rientrante nell’ambito di applicazione dell’art. 13 della Costituzione.

Ed allora, il rispetto delle garanzie costituzionali dei diritti della persona comporta che laddove manchi la collaborazione del soggetto passivo del prelievo, il legislatore sia obbligato a prevedere l’applicazione delle garanzie dell’art. 13 della Costituzione.

In alternativa, per evitare la citata applicazione, il legislatore dovrebbe introdurre metodologie di prelievo non invasive in base

ai criteri empirici quantitativi indicati nell'orientamento della Corte Costituzionale da ultimo esaminato.

Seguendo invece la tesi della giurisprudenza costituzionale più rigorosa, che considera rientrante nell'art. 13 della Costituzione qualunque potestà coercitiva fisica a prescindere dal quantum di invasività, il legislatore, sempre al fine di evitare l'applicazione del citato articolo, dovrebbe prevedere metodologie di prelievo indirette, cioè effettuate su materiale biologico naturalmente staccato dalla sfera corporale (si pensi alle cellule epiteliali rilasciate per contatto o al materiale biologico rilasciato dal ristretto per fini sanitari).

In conclusione, è auspicabile un intervento normativo che permetta di superare i tanti dubbi e perplessità esistenti sul piano pratico e su quello della legittimità costituzionale del prelievo di mucosa del cavo orale eseguito senza il consenso del soggetto passivo.

4. Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA e le competenze dei ruoli tecnici della polizia penitenziaria

Una volta realizzati i prelievi di campioni di mucosa orale sui soggetti di cui all'art. 9 della legge, gli stessi devono essere inviati immediatamente al laboratorio centrale.

Il laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA⁷⁰, da costituirsi presso il Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ha il compito di estrarre il DNA, tipizzare i profili genetici e conservare i campioni, nonché di inviare i profili tipizzati alla banca dati nazionale del DNA.

Nella legge n. 85 del 2009 non sono disciplinate nel dettaglio le diverse fasi di trattamento del DNA la cui regolamentazione è demandata ad un regolamento di attuazione.

Tuttavia il legislatore si preoccupa di specificare che l'analisi del campione biologico, finalizzata a estrarre il DNA e a tipizzarne il profilo, deve avvenire solo con procedure che non consentono l'identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato.

Le indicate procedure devono essere eseguite sulla base dei parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati

⁷⁰ Si utilizzerà nel proseguo della trattazione la forma semplificata "laboratorio centrale".

nell'European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI)⁷¹.

Anche dopo aver proceduto alla tipizzazione del profilo genetico e al suo invio in formato elettronico in banca dati, il laboratorio centrale è tenuto a conservare il campione biologico non utilizzato per le analisi.

La durata della conservazione sarà stabilita dal regolamento di attuazione anche se nella legge è previsto un limite massimo stabilito in *non oltre 20 anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo*⁷².

Si è già evidenziato in precedenza che il campione biologico desta maggiori preoccupazioni, sotto il profilo della interferenza con la tutela della riservatezza rispetto al profilo di DNA⁷³.

Per tale motivo lascia perplessi la scelta di procedere alla conservazione del campione biologico dopo aver provveduto ad alimentare la banca dati con il profilo estratto dallo stesso.

Verosimilmente la conservazione del campione biologico è da collegarsi all'opportunità di garantire l'aggiornamento della banca dati con le nuove tecniche di tipizzazione che i progressi scientifici permetteranno, senza necessità di procedere ad un nuovo prelievo⁷⁴, nonché all'esigenza di ripetere la procedura in caso di errori⁷⁵.

Tuttavia rimane il dubbio circa il fatto che tali benefici possano giustificare i costi e i pericoli connessi alla conservazione del campione.

Proprio per il maggior rischio collegato alla conservazione del campione biologico, nella legge n. 85 del 2009 è opportunamente prevista la separazione anche fisica del laboratorio centrale dalla banca dati.

Come per i profili genetici, anche per il campione biologico è stabilito che essi non contengano le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti.

Inoltre il trattamento e l'accesso ai dati devono essere effettuati con modalità tali da assicurare l'identificazione dell'operatore e la

⁷¹ L'ENFSI nasce nel 1999 come estensione del Western European governmental forensic laboratories group con l'intento di condividere le esperienze nel campo delle scienze forensi e l'obiettivo di garantire procedure uniformi e convalidate.

⁷² Sulla necessità di conservare il campione biologico una volta estratto il DNA, è critico Giuseppe Gennari, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, a cura di Alessio Scarcella, Padova, Cedam, 2009, p. 43.

⁷³ Si ricorda che il profilo contiene solo le informazioni deducibili dai marcatori utilizzati.

⁷⁴ Di una nuova tecnica di tipizzazione del profilo si è parlato nel paragrafo introduttivo.

⁷⁵ La ripetizione della procedura, per escludere eventuali errori, in senso tecnico richiederebbe il rinnovamento anche del primo atto con cui essa ha inizio: il prelievo.

registrazione di ogni attività⁷⁶.

Per evitare il rischio di abusi sul campione biologico sarebbe opportuno che con i regolamenti attuativi si escluda la possibilità di identificare il soggetto a cui il campione appartiene direttamente in laboratorio, salve esigenze eccezionali e previa attivazione di procedure specifiche di sicurezza.

Infatti, ai fini del funzionamento del sistema, è sufficiente che esista la possibilità in banca dati di collegare il profilo con un nome, attraverso una procedura di decodifica la cui predisposizione richiederà complesse competenze anche informatiche per escludere ingressi abusivi nel database.

Sul punto nella legge non si opera alcuna differenziazione. Infatti, il legislatore ha in linea generale regolamentato l'accesso ai dati contenuti nel laboratorio centrale (e nella banca dati) stabilendo che esso è consentito solo alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per finalità di collaborazione internazionale di polizia.

Considerata la rilevanza anche costituzionale del diritto alla privacy, nell'art. 14 della legge n. 85 del 2009 è prevista per la violazione dell'obbligo di segretezza commessa dal pubblico ufficiale attraverso la comunicazione o l'uso, doloso o colposo, di dati e informazioni effettuati in violazione delle disposizioni previste dal capo II della legge in esame o al di fuori dei fini previsti dallo stesso capo, la sanzione della reclusione (da uno a tre anni per l'ipotesi dolosa e fino a sei mesi per quella colposa), salvo che il fatto costituisca più grave reato.

L'obbligo della segretezza è ribadito nell'art. 12 della legge con riferimento al personale impiegato presso il laboratorio centrale⁷⁷.

Tale personale apparterrà ai ruoli tecnici della polizia penitenziaria previsti nella legge n. 85 del 2009.

Infatti, a differenza del prelievo di campione biologico, affidato negli istituti di pena al personale di polizia penitenziaria, le attività di competenza del laboratorio centrale appena descritte costituiscono operazioni più complesse che richiedono conoscenze tecniche e specialistiche.

⁷⁶ Gli obblighi di registrazione e verbalizzazione accompagnano tutte le attività dal prelievo alla trasmissione del dato al fine di assicurare la catena di custodia, ossia la successione documentabile di tutto ciò che riguarda un campione (chi lo ha preso e dove è stato raccolto, dove è stato trasferito, analizzato, riposto, ecc.). Tale catena non deve mai essere interrotta.

⁷⁷ L'art. 12 della legge n. 85 del 2009 espressamente per tale personale richiama l'obbligo della segretezza per gli atti, i dati e le informazioni di cui sia venuto a conoscenza a causa o nell'esercizio delle proprie funzioni.

In particolare nell'art. 18 della legge 85 del 2009 sono stati previsti, ma non direttamente istituiti, i ruoli tecnici della polizia penitenziaria. Il legislatore ha scelto di demandare tale compito ad uno o più decreti legislativi che dovranno attenersi ai principi e criteri direttivi stabiliti nel comma 2 del citato articolo. Fra tali principi si evidenzia la necessità dell'attribuzione, ove occorra e limitatamente alle funzioni esercitate, delle qualità di agente e ufficiale di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza al personale che svolge attività tecnico scientifica e che espleta mansioni di carattere professionale in relazione al ruolo di appartenenza.

Si tratta delle qualifiche proprie di ogni appartenente alla polizia penitenziaria, che in parte ritroviamo richiamate fra le condizioni legittimanti l'accesso ai dati, ritenute necessarie per alzare il livello di garanzia ogni qual volta venga in rilievo l'esigenza di gestire dati personali da utilizzare per scopi di sicurezza e giustizia⁷⁸.

In attuazione del citato articolo, in data 9 settembre 2010 è stato emanato il decreto legislativo n. 162 con il quale a far data dal 1° gennaio 2011 sono stati istituiti i ruoli tecnici del personale del Corpo di polizia penitenziaria, comprendenti le figure professionali degli operatori tecnici, dei revisori tecnici, dei periti tecnici e dei direttori tecnici. Gli specifici profili professionali e le modalità di svolgimento dei concorsi sono demandati a uno o più regolamenti.

L'istituzione dei ruoli tecnici costituisce una nuova sfida per la polizia penitenziaria essendo tale Corpo privo di una esperienza specifica in questa delicata materia.

Tuttavia a tale problema può ovviarsi attraverso una grande attenzione alla formazione del personale che sarà inquadrato in tali ruoli, avvalendosi anche dell'ausilio del *know how* maturato dalle altre forze di polizia in Italia e all'estero.

Nella legge n. 85 del 2009 si prevedono anche soluzioni transitorie da adottare fino a quando il laboratorio centrale non sarà pienamente operativo: entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria potrà stipulare convenzioni non rinnovabili di durata triennale con istituzioni di elevata specializzazione alle quali affidare anche presso laboratori esterni i compiti che dovrebbero effettuare i ruoli tecnici.

Tale soluzione comporta degli effetti negativi⁷⁹.

Si pensi ai costi elevati che l'appoggio a strutture esterne in

⁷⁸ Analoghe qualifiche sono previste per l'accesso alla banca dati SDI dall'art. 9 della legge 121 del 1981.

⁷⁹ Di GIUSEPPE GENNARI, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, (a cura di Alessio Scarcella), Padova, Cedam, 2009.

via ordinaria può comportare e alla carenza di normativa ad hoc sui requisiti dei laboratori privati, elemento che può influire sulla stessa utilizzabilità probatoria dei dati.

Altra critica è stata mossa contro la durata limitata delle convenzioni perché, se da un lato essa impedisce concentrazioni di potere, dall'altro comporta difficoltà all'instaurazione di un rapporto di collaborazione fiduciaria implicante una relazione prolungata nel tempo.

Evidentemente, per impedire abusi sul materiale genetico, il legislatore ha ritenuto opportuno evitare di attribuire alle strutture private la competenza anche alla conservazione del campione biologico.

Nel contempo, tuttavia, non è stato stabilito a quale struttura compete tale delicata incombenza.

L'ultimo profilo di perplessità nella previsione transitoria riguarda la qualificazione richiesta per i laboratori esterni costituita dalla sola certificazione ISO/IEC⁸⁰, ritenuta troppo generica.

Il definitiva, esistono ancora delle incertezze e degli ostacoli alla completa operatività degli istituti previsti nella legge n. 85 del 2009, ma il processo di attuazione è stato avviato. Oltre all'emanazione del decreto legislativo n. 162 del 2010 relativo ai ruoli tecnici della polizia penitenziaria, quasi tutti gli istituti hanno predisposto e attrezzato le stanze bianche e come si legge nella più volte citata circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria in materia del 11/06/2010 (GDAP-0490018-2010) *"l'allestimento del laboratorio e la formazione dell'equipe tecnico-specialistica che si occuperà della tipizzazione e trasmissione dati alla banca dati nazionale sono in avanzata fase di preparazione"*.

Si tratta di un inizio un po' lento ma pur sempre di un inizio.

⁸⁰ L'ISO è acronimo di International Organization for Standardization mentre IEC è acronimo di International ElectroTechnical Commission; si tratta di organizzazioni mondiali competenti ad emanare norme in materia di qualità e sicurezza che relativamente ai laboratori di analisi hanno emanato la norma ISO/IEC 17025:2005 ritenuta non sufficientemente dettagliata per un settore tanto delicato quanto quello relativo al trattamento dei campioni biologici finalizzati all'alimentazione di una banca dati nazionale.

Bibliografia relativa al primo paragrafo

W. BÄR, B. BRINKMANN, B. BUDOWLE, A. CARRACEDO, P. GILL, P. LINCOLN, MAYR W., B. OLAISEN, "DNA recommendations. Further report of the DNA Commission of the ISFG regarding the use of short tandem repeat systems.", *Forensic Sci Int.* 87(3), 1997, p. 179-184;

J.M. BUTLER, "Genetics and genomics of core STR loci used in human identity testing." *J. Forensic Sci.* 51(2), 2006, p. 253-265;

B. DALLAPICCOLA, G. NOVELLI, A. SPINELLA, "PCR DNA typing for forensics.", *Nature* 354(6350), 1991, p. 179.

H. ELLEGREN, "Microsatellites: simple sequences with complex evolution.", *Nat. Rev. Genet.* 5(6), 2004, p. 435-445.

E. GIARDINA, I. PIETRANGELI, C. MARTONE, P. ASILI, I. PREDAZZI, P. MARSALA, L. GABRIELE, C. PIPOLO, O. RICCI, G. SOLLA, L. SINEO, A. SPINELLA, G. NOVELLI, "In silico and in vitro comparative analysis to select, validate and test SNPs for human identification.", *BMC Genomics*, 2007, p. 8:457.

E.M. GOLENBERG, A. BICKEL, P. WEIHS, "Effect of highly fragmented DNA on PCR.", *Nucleic Acids Res*, 1996, p. 24:5026-5033.

B. GOTTLIEB, L.K. BEITEL, L. PINSKY, M.A. TRIFIRO, "Androgen Insensitivity Syndrome.", *GeneReviews* [Internet]. Bookshelf ID: NBK1429 PMID: 20301602 (Initial Posting: March 24, 1999; Last Update: May 24, 2007).

Bibliografia relativa ai paragrafi successivi al primo

CERRI AUGUSTO, voce *Libertà personale* (diritto costituzionale) in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, vol. XVI, Roma, p. 3.

CERRI AUGUSTO, voce *Diritto alla riservatezza* (diritto costituzionale), in *Enc, giur. Treccani*, 1995 vol. XXVII, Roma, p. 3.

PENNISI ANGELO, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino Giappichelli 2002.

ALESSIO SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 49.

STEFANINI ELISA, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2008, p. 8 ss.

LA DECISIONE DEL GIUDIZIO DI RIESAME

CIRO SANTORIELLO*

1. Le possibili alternative decisorie del giudizio di riesame

Come è noto, secondo quanto dispone l'art. 309, 9° co., c.p.p. le alternative decisorie di cui il Tribunale della libertà dispone quando deve decidere una richiesta di riesame avverso un provvedimento cautelare personale sono la conferma, l'annullamento o la riforma del provvedimento impugnato, ovvero l'adozione di una decisione di rito, con pronuncia di inammissibilità della richiesta di riesame.

Tali alternative decisorie non sono però equivalenti sotto il profilo della loro frequenza, rappresentando infatti la pronuncia d'inammissibilità del ricorso e la pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato soluzioni da adottare solo in presenza di condizioni ben determinate dalla disposizione codicistica. Quanto alla pronuncia di annullamento, essa svolge un ruolo decisamente residuale nella procedura di controllo di cui all'art. 309 c.p.p.: infatti il ruolo del giudice del riesame non è quello di valutare la legittimità del provvedimento coercitivo quanto di conoscere e giudicare del merito della vicenda narrata nella imputazione ed attribuita all'indagato, sicché la dichiarazione di nullità dell'ordinanza impositiva deve essere relegata a ultima *ratio* delle determinazioni adottabili¹ ed in più occasioni la giurisprudenza ha precisato che le possibilità di assumere il provvedimento di nullità sono limitate alle ipotesi in cui l'originaria ordinanza coercitiva sia priva di motivazione ovvero vi compaia una argomentazione assolutamente apparente².

* Sostituto procuratore – Tribunale di Pinerolo.

¹ Cass., Sez. IV, 8 luglio 2004, Chisari, in Mass. Uff., 230415; Cass., Sez. VI, 6 luglio 2004, Segreto, in Mass. Uff., 229409.

² Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2000, Iadadi, in Mass. Uff., 215433.

2. La decisione di inammissibilità della richiesta di riesame

Per quanto riguarda invece la pronuncia di inammissibilità della richiesta di riesame, tale decisione è possibile – come accennato – solo in presenza di specifiche condizioni.

Alcune delle cause di inammissibilità sono di diretta derivazione legislativa, nel senso che è lo stesso art. 309 c.p.p. ad imporre l'adozione di tale pronuncia quando il ricorso sia stato presentato dopo la scadenza del termine perentorio previsto per la sua proposizione ovvero il ricorso sia stato presentato da parte di soggetto non legittimato ed infine quando il ricorso manchi dei minimi requisiti formali che sono richiesti per la corretta instaurazione del giudizio *de libertate*. È bene sottolineare, però, che la reale incidenza di tali cause di inammissibilità va considerata alla luce del principio della conversione delle impugnazioni previsto dall'art. 568, comma 5, c.p.p., in base al quale spetta al giudice il compito di attribuire l'esatta qualificazione giuridica all'atto di impugnazione proposto, come desumibile dal contenuto dell'atto medesimo; per tale ragione, il tribunale adito può correttamente qualificare come appello il ricorso erroneamente indicato dal P.M. come riesame³, ovvero riconoscere natura di richiesta di revoca *ex* art. 299 c.p.p. all'atto qualificato dal proponente come richiesta di riesame⁴.

Altre cause di inammissibilità sono state invece rinvenute dalla giurisprudenza, che attribuisce tale rilevanza al difetto di interesse in capo al ricorrente alla revoca o modifica del provvedimento impugnato, pur oscillando nella determinazione dell'ambito di operatività del requisito dell'interesse all'impugnazione, rinvenendosi, accanto a sentenze che riconoscono la sussistenza di tale requisito con particolare larghezza⁵ - ritenendo ammissibile la istanza di riesame di una misura cautelare anche se nel frattempo sia intervenuta una sentenza di condanna non definitiva, potendo peraltro la richiesta di riesame investire in questo caso non solo

³ Cass., Sez. VI, 22 aprile 1998, Simi, in Mass. Uff., 210918.

⁴ Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1998, Russo, in Mass. Uff., 210493.

⁵ Cass., Sez. Un., 11 maggio 1993, Romano, in Cass. Pen., 1993, 2252, che ha ritenuto sussistente l'interesse all'impugnazione anche nel caso in cui il gravame sia limitato ad una sola delle imputazioni contestate; nello stesso senso, Cass., Sez. IV, 5 giugno 2003, Anzillotta, in Mass. Uff., 225045, che, in relazione a provvedimenti cautelari adottati nei confronti di pubblici dipendenti, hanno ritenuto che il venir meno della relativa misura coercitiva, per mancanza di esigenze cautelari, non determina la perdita dell'interesse ad ottenere una decisione sull'impugnazione proposta, in considerazione degli effetti che tale decisione può dispiegare in relazione alla sospensione cautelare dal servizio pubblico.

il requisito delle esigenze cautelari ma neanche il profilo della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza al momento della emissione della misura, per i possibili riflessi in ordine al diritto alla eventuale riparazione per ingiusta detenzione nel caso in cui risulti accertata l'originaria insussistenza dei gravi indizi, emersi solo all'esito del giudizio⁶ - decisioni che assumono atteggiamenti assai più restrittivi, fino a sostenere che la sostituzione della misura della custodia in carcere con altra meno gravosa, fa venir meno l'interesse alla impugnazione, quand'anche quest'ultima fosse finalizzata a veder dichiarare l'insussistenza dei gravi indizi. Sembra, comunque, ormai acclarato che l'interesse ad impugnare vada apprezzato anche in termini di diritto soggettivo di natura patrimoniale, con riferimento alla riparazione per la ingiusta custodia sofferta, *ex art. 314 c.p.p.* e per tale ragione, l'interesse in parola viene considerato sussistente anche a seguito di revoca della misura cautelare impugnata, potendo il riesame essere finalizzato a preconstituirsì una decisione sull'illegittimità del provvedimento coercitivo ai fini di una successiva domanda di riparazione della ingiusta detenzione⁷.

Particolari profili in tema di interesse ad agire si pongono anche laddove la richiesta di riesame concerna provvedimenti cautelari adottati, ma non eseguibili, per l'assenza di presupposti normativamente richiesti – come nel caso di impugnazione di misure cautelari disposte nei confronti di un parlamentare nei cui confronti la Camera di appartenenza non ha ancora autorizzato l'esecuzione del provvedimento⁸ o in caso di provvedimento coercitivo adottato nei confronti di soggetto estradato dall'estero, venga disposta, per fatti diversi da quelli cui si riferisce l'extradizione⁹. In relazione a tali ipotesi, la giurisprudenza ritiene correttamente ammissibile il ricorso per riesame in quanto il sistema delle impugnazioni, come disegnato dagli artt. 13, 111, 2° comma, Cost., impone di estendere la nozione di atto comportante la restrizione della libertà personale

⁶ Cass., Sez. V, 12 ottobre 2006, Trombin e altro, in Mass. Uff., 235760.

⁷ Per tutte si vedano le sezioni unite 12 ottobre 1993, Durante, in Cass. Pen., 1994, 283. In seguito tuttavia le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 25 giugno 1997, Chiappetta, in Cass. Pen., 1997, 3369) hanno riconosciuto la sussistenza dell'interesse ad impugnare, in vista di un procedimento *ex art. 314*, alla sola ipotesi in cui la impugnazione concerna la sussistenza dei soli gravi indizi ovvero solo se la misura cautelare applicata sia la custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari - soli provvedimenti cautelari che realizzano una compressione della libertà personale (Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri, in Cass. Pen., 1999, 465).

⁸ Cass., Sez. VI, 16 gennaio 1996, Mensorio, in Cass. Pen., 1997, 3100.

⁹ Cass., Sez. IV, 7 aprile 2004, Bianco, in Mass. Uff., 228842, 228843.

fino a ricomprensivi tutti i provvedimenti di cui derivi una qualsiasi “degradazione giuridica dell’individuo”.

Si ricorda che l’inammissibilità del ricorso va dichiarata *de plano* anche se vi è stata eventuale fissazione delle udienze camerale, con ordinanza da comunicare e notificare alle parti.

3. La motivazione della decisione del giudizio di riesame

Ovviamente la decisione adottata dal Tribunale del riesame deve essere sorretta da adeguata motivazione, ma assai discussi sono i caratteri che tale argomentazione deve possedere per potersi definire completa ed esaustiva. Infatti, le circostanze che il giudizio di riesame, pur essendo un procedimento di gravame, abbia un carattere totalmente devolutivo e la proposizione del relativo ricorso da parte della difesa non richieda necessariamente la formulazione di specifici motivi a supporto sono profili che incidono – secondo modalità che si andranno ad esaminare - sugli obblighi motivazionali gravanti sul giudice *de libertate*.

Sull’argomento un primo punto fermo è rappresentato dalla affermazione che l’argomentazione della pronuncia di riesame può dirsi effettivamente sussistente solo se la motivazione del provvedimento giudiziale non si limita ad una mera elencazione descrittiva di elementi di fatto, apoditticamente affermati come indizianti, senza alcuna argomentazione valutativa di essi, occorrendo invece che ci si soffermi in primo luogo sulle ragioni per cui possano dirsi fondati i singoli elementi indiziari e successivamente sulle ragioni per cui i diversi elementi accusatori, complessivamente considerati, siano idonei a dar vita ai gravi indizi richiesti dall’art. 273 c.p.p.: in buona sostanza, la sopra menzionata natura ed il carattere totalmente devolutivo del mezzo di impugnazione del riesame riverbera particolari effetti anche in ordine all’apparato razionale della decisione in parola perché impone che la stessa ripercorra l’*iter* motivazionale che può portare all’adozione di un provvedimento cautelare¹⁰.

Il senso di quanto si va dicendo può essere meglio compreso evidenziando come gli obblighi motivazionali gravanti sul tribunale del riesame siano diversi a seconda della decisione che lo stesso assume, ovvero a seconda che il giudice del gravame accolga o rigetti il ricorso. Infatti, allorquando tale decisione sia di conferma

¹⁰ Cass., Sez. V, 24 gennaio 2007, Mercadante, in Mass. Uff., 235985; Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2005, Belsole ed altri, in Mass. Uff., 231554.

del provvedimento impugnato – e quindi di rigetto del ricorso - la giurisprudenza ha da tempo chiarito che «in tema di motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale, l'ordinanza applicativa della misura e quella che decide sulla richiesta di riesame sono tra loro strettamente collegate e complementari, sicché la motivazione del tribunale del riesame integra e completa l'eventuale carenza di motivazione del provvedimento del primo giudice, e viceversa», per cui il tribunale del riesame può riformare o confermare l'ordinanza impugnata per ragioni anche totalmente diverse da quelle indicate nella motivazione del primo provvedimento¹¹.

Tale complementarità fra provvedimento restrittivo della libertà personale ed ordinanza che decide il riesame ha permesso di ritenere che: 1) la decisione del Tribunale del riesame possa essere determinata esclusivamente dagli argomenti addotti dalle parti nel corso dell'udienza; 2) il tribunale del riesame ha la facoltà di fissare esso stesso la durata della misura cautelare, laddove la stessa sia stata disposta per ragioni di carattere probatorio; 3) il potere del tribunale del riesame di integrare la motivazione del provvedimento impugnato può giungere fino ad indicare, rimediando così all'omissione dell'ordinanza cautelare, l'esigenza cautelare al cui soddisfacimento la misura è finalizzata, ovvero a sostituire l'esigenza cautelare indicata nella misura con altra¹²; 4) il tribunale del riesame può porre a fondamento della misura non solo ragioni diverse da quelle rinvenute dal giudice delle indagini preliminari, ma financo ragioni fondate su elementi emersi successivamente alla misura in corso di esecuzione¹³; 5) il tribunale del riesame può sanare, mediante la motivazione della sua decisione, l'eventuale contrasto tra motivazione e dispositivo dell'ordinanza cautelare.

La possibilità di una integrazione biunivoca della motivazione della misura cautelare, ad opera tanto dell'originario provvedimento, quanto della decisione del tribunale del riesame, trova comunque alcune limitazioni. In primo luogo, la decisione sulla impugnazione - per giurisprudenza ormai pacifica - deve necessariamente contenere esposizione dei fatti e dell'accadimento storico in ossequio allo schema formale di cui all'art. 192, 2° comma, c.p.p.: tale esposizione risulta essenziale per il suo profilo euristico, in vista del possibile ricorso per cassazione, giacché nell'esercizio

¹¹ Per tutte la risalente Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, Moni, in Giur. It., 1997, 129.

¹² Cass., Sez. IV, 29 marzo 2007, Caboni, in Mass. Uff., 237567.

¹³ Cass., Sez. II, 22 gennaio 2002, Borrachine, in Mass. Uff., 221000, con riferimento a sentenze relative ad altri coimputati.

del controllo di legittimità sull'adeguatezza, congruità e logicità della motivazione del provvedimento impugnato, la Corte di Cassazione deve rifarsi, in via esclusiva, alla ricostruzione storica della vicenda processuale fornita dal giudice di merito ed ai giudizi sul fatto circa l'attendibilità delle fonti e la rilevanza e concludenza del dato in cognizione, sicché, in assenza di una ricostruzione sulle vicende storiche sostrato della decisione, la Suprema Corte è impossibilitata a decidere della correttezza del provvedimento.

In secondo luogo, può riconoscersi rilevanza e valenza alla motivazione del giudice del riesame, rispetto a lacune e contraddizioni proprie del provvedimento impugnato, solo laddove quest'ultimo risulti comunque assistito da una esposizione delle ragioni che hanno determinato la relativa adozione¹⁴. Infatti, deve ritenersi senz'altro corretta la tesi giurisprudenziale secondo cui il tribunale del riesame non può confermare il provvedimento restrittivo per motivi diversi da quelli addotti dal giudice, laddove il provvedimento risulti radicalmente nullo, dovendo in tal caso provvedere esclusivamente alla pronuncia di nullità dell'atto¹⁵.

Infine, la possibilità dell'integrazione biunivoca fra le due motivazioni può venir meno in conseguenza del particolare contenuto della richiesta di riesame. Secondo diverse pronunce della Cassazione, cui ha aderito la Corte Costituzionale, allorquando con la richiesta di riesame siano stati adottati specifici motivi di gravame, potrà riconoscersi che la decisione del tribunale del riesame di rigetto dell'istanza abbia correttamente assolto all'obbligo di motivazione, solo ove si sia provveduto ad esaminare e rispondere a tutti i singoli motivi che sorreggevano l'impugnazione¹⁶. In particolare, ove la richiesta di riesame contesti la presenza dei gravi indizi di colpevolezza, fornendo una prospettazione in fatto degli elementi indiziari posti a fondamento della misura, alternativa alla prospettazione fatta dalla pubblica accusa ed accolti dal giudice, la decisione di rigetto dell'impugnazione deve motivare puntualmente

¹⁴ Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2000, Iadadi, in Mass. Uff., 215433.

¹⁵ C., Sez. III, 11 ottobre 2007, Verdesan, in Mass. Uff., 237903; C., Sez. II, 4 dicembre 2006, Blasi ed altro, in Mass. Uff., 235622.

Contra C., Sez. VI, 14 giugno 2004, P.G. in proc. Iuzzolino, in Mass. Uff., 229763, che nega la possibilità per il Tribunale del riesame di annullare il provvedimento impugnato per difetto di motivazione, «in quanto solo al giudice di legittimità è riconosciuto il potere di pronunciare l'annullamento a fronte delle nullità comminate per omessa motivazione».

In dottrina, ORLANDI, Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione, in Cass. Pen., 1996, 1519; VESSICHELLI, Sui limiti della deducibilità in Cassazione del difetto di motivazione delle ordinanze cautelari, ivi, 1998, 564.

¹⁶ Cass., Sez. I, 9 gennaio 2001, Cianciarusso, in Mass. Uff., 219093.

sulle ragioni che hanno portato a disattendere la prospettazione proveniente dalla difesa, dando ad ogni deduzione una puntuale risposta: in questo caso, dunque, «l'obbligo di motivazione non può ritenersi adempiuto qualora l'ordinanza di riesame contenga una motivazione *per relationem* che si risolva nel mero richiamo alle argomentazioni svolte nel provvedimento impugnato»¹⁷.

¹⁷ Cass., Sez. I, 1 ottobre 2004, Perazzolo, in Mass. Uff., 231022.



IL DANNO CONTRIBUTIVO DA LAVORO PENITENZIARIO

GIUSEPPE CAPUTO*

1. Introduzione¹

Il presente articolo ha ad oggetto le tutele sociali degli individui detenuti in carcere e delle loro famiglie. E' bene chiarire subito che il nostro *welfare* non prevede strumenti di tutela speciale per i detenuti, i quali accedono, perlomeno sulla carta, ai diritti sociali previsti per la generalità della popolazione. Il riconoscimento del principio di pari accesso dei detenuti alle tutele sociali è frutto di un lungo processo di riforma, avviatosi nel 1931 con il regolamento del periodo fascista ("Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena", Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787) il quale si limitava a stabilire all'art. 123 un elenco tassativo di tutele previdenziali applicabili ai detenuti lavoratori: il diritto all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'invalidità, la vecchiaia e la tubercolosi. Dopo la soppressione di alcune di tali tutele avvenuta a seguito dell'ingresso nell'Italia nella seconda guerra mondiale, esse vennero parzialmente ripristinate nel 1962 grazie ad un accordo tra INPS ed amministrazione penitenziaria², ma bisognerà attendere la legge 26 luglio 1975, n.354, recante "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", per arrivare ad un formale e pieno riconoscimento del diritto dei detenuti alla "previdenza sociale"³, cioè a quelle tutele

*Università di Firenze.

¹ Ringrazio la professoressa Laura Cesaris per l'attenta lettura e i preziosi suggerimenti.

² R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, Milano, Franco Angeli, 1987, p. 114.

³ Il nostro *welfare* distingue due differenti modalità di intervento pubblico nel sociale: previdenza sociale ed assistenza sociale. La Costituzione, all'art. 38, distingue chiaramente la previdenza sociale, che considera uno strumento di tutela selettivo

sociali derivanti dai contributi versati per il lavoro in carcere⁴.

L'attribuzione ai detenuti dei diritti previdenziali non ha comportato che essi potessero finalmente godere dello stesso trattamento riservato ai cittadini liberi. Come si vedrà, i contributi previdenziali e i trattamenti economici per il lavoro svolto in carcere alle dipendenze dell'amministrazione sono di gran lunga inferiori a quelli comuni. L'articolo analizzerà il sistema normativo e le pratiche che portano a siffatte disparità di trattamento. Prima di farlo, però, può essere utile soffermarsi brevemente sul contesto storico e politico in cui tale fenomeno discriminatorio si è andato affermando.

In primo luogo, va chiarito che i diritti sociali sono diritti che per loro stessa natura non sono esigibili per via giudiziale, dal momento che essi si limitano a creare, a carico dello Stato, un'obbligazione positiva⁵, storicamente concretizzatasi nella creazione di programmi d'intervento pubblico cui sono destinate ingenti quote del bilancio statale. Come è noto, quella dei diritti sociali è una storia fatta di lotte e rivendicazioni che, soprattutto nel ventennio che va dagli anni '60 ai '70 del XX secolo, ha portato ad importanti conquiste in tema di diritto al lavoro, allo studio e alla sanità. Nell'ambito del settore penitenziario, però, non vi è mai stato, né forse avrebbe mai potuto esserci, un movimento organizzato di lotta e rivendicazione di tali diritti, che tutt'oggi continuano ad essere trattati come delle concessioni piuttosto che come diritti esigibili e azionabili in sede giudiziaria.

destinato ai soli lavoratori, dal diritto universale all'assistenza sociale. Nel primo caso lo Stato si prende cura del cittadino in quanto lavoratore e lo protegge dalla fisiologica instabilità del mercato del lavoro, mentre nel secondo si prende cura del cittadino in quanto soggetto bisognoso. La previdenza sociale è finanziata grazie al pagamento da parte del datore di lavoro e del lavoratore di specifici contributi, l'assistenza con il gettito fiscale generale. Questa contrapposizione è venuta con il tempo affievolendosi. L'integrazione tra il modello previdenziale e quello assistenziale ha comportato che si arrivasse progressivamente anche ad una sovrapposizione delle diverse finalità per le quali i due modelli erano concepiti.

⁴ Neanche con l'approvazione della Costituzione repubblicana vi erano stati cambiamenti sostanziali e l'art. 123 del regolamento 787/1931 era rimasto in vigore con tutti i suoi limiti sino al 1975. Nonostante il differente trattamento dei reclusi costituisse una palese violazione del principio di eguaglianza e del diritto di tutti i lavoratori alla previdenza sociale, garantiti rispettivamente agli artt. 3 e 38 della Costituzione, la Corte Costituzionale si era dichiarata incompetente ad intervenire in materia a causa della natura amministrativa e non legislativa del regolamento carcerario del 1931 (Corte Costituzionale sentenza 27 giugno 1968, n. 72; sentenza 10 luglio 1968, n. 91; sentenza 20 marzo 1970, n. 40).

⁵ H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950 (trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976, pp. 39-50).

In secondo luogo, bisogna tener presente che la recente evoluzione del paradigma e delle strategie del *welfare state* europeo ha finito per minare anche l'effettività della riforma penitenziaria del 1975. Le riforme del *welfare* adottate nel corso degli ultimi venti anni si sono basate, infatti, sull'idea che la cittadinanza sociale non può più essere universalista e che la spesa sociale pubblica vada contenuta⁶. Tale contenimento si è concretizzato spesso nei tagli di programmi e spese dedicati agli strati più marginali della popolazione, tra i quali i detenuti, che hanno una minore capacità di fare *lobbying*, ossia di organizzarsi in gruppi di interesse capaci di contrattare trattamenti sociali vantaggiosi⁷.

Di pari passo con questa tendenza a tagliare i programmi destinati ai soggetti marginali, si sono affermate nuove politiche penali e penitenziarie che non pongono più al centro del trattamento penitenziario la rieducazione degli autori di reati, ma la loro neutralizzazione e il loro contenimento⁸. Questa tendenza, pur non essendosi tradotta in provvedimenti normativi che hanno esplicitamente limitato l'accesso dei detenuti ai diritti sociali, ha comportato la messa in secondo piano e il taglio dei fondi di molti di quegli strumenti del *welfare* penitenziario (il lavoro, l'istruzione, i benefici a sostegno del reddito dei detenuti e delle loro famiglie, ecc.) non aderenti al nuovo paradigma penologico.

Detto del contesto storico e politico che fa da cornice al *welfare* penitenziario, è utile chiarire sin da ora che una delle ragioni principali della disparità di trattamento retributivo e previdenziale dei detenuti risiede anche in alcune delle scelte operate dal legislatore nel 1975. Ci riferiamo in particolare alla scelta di legare le prestazioni sociali, a favore dei detenuti e delle famiglie, al sistema previdenziale sociale nazionale. Così facendo, il legislatore del 1975 ha inteso rinforzare i diritti dei detenuti lavoratori, consentendo loro l'accesso alla previdenza sociale. Per un altro verso, però, ha legato i diritti sociali al lavoro penitenziario, il quale ha una disciplina e un trattamento retributivo estremamente diversi rispetto a quelli del mondo libero, ed ha finito così per escludere da ogni forma di tutela quei detenuti che non svolgono un'attività lavorativa in

⁶ M. FERRERA, (a cura di), *Stato sociale e mercato mondiale*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1993, pp. 4-14.

⁷ G. CAPUTO, *Welfare state e politiche penali nell'Europa contemporanea*, Tesi di dottorato, 2008, pp. 83-113.

⁸ D. GARLAND, *Punishment and welfare*, Adershot, Gower, 1985; D. Garland, *The culture of control*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (trad.it, *La cultura del controllo*, Milano, Il Saggiatore, 2004), p. 293; L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero: la trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, Milano, Feltrinelli 2000, pp. 101-120.

carcere (ad oggi circa i 4/5).

L'accesso ai diritti sociali è disciplinato, dunque, da un complesso normativo frutto di una giustapposizione di norme comuni del sistema previdenziale e di quelle particolari contenute nella normativa penitenziaria. Prestazioni sociali di natura previdenziale, come l'indennità di disoccupazione o gli assegni familiari, sono necessariamente mediate dalla disciplina e dal trattamento retributivo del lavoro che i detenuti svolgono in carcere per conto dell'amministrazione. Nel corso dell'articolo si sosterrà che il trattamento retributivo del lavoro penitenziario condiziona fortemente il diritto dei detenuti alla previdenza sociale, al punto da configurare un vero e proprio danno contributivo. Il basso livello delle retribuzioni penitenziarie fa sì che i detenuti difficilmente riescano a versare i contributi necessari per accedere alle prestazioni previdenziali (ad esempio all'indennità di disoccupazione ordinaria) e che debbano, pertanto, ripiegare su prestazioni sociali di natura assistenziale, di solito meno generose delle prime (ad es. all'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti)⁹.

2. Tutele sociali e lavoro penitenziario

Il lavoro penitenziario, ovvero il lavoro che i detenuti possono svolgere in carcere alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o di terzi, è una chiave di lettura essenziale per comprendere le modalità di accesso dei detenuti ai diritti previdenziali. L'Ordinamento Penitenziario del 1975 ha imposto all'Amministrazione Penitenziaria di versare per i detenuti lavoratori alle sue dipendenze i contributi per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la disoccupazione, gli assegni familiari e per l'assicurazione contro la tubercolosi. La retribuzione per il lavoro svolto consente ai detenuti di versare nelle casse dello Stato quei contributi che consentono loro l'inclusione nel sistema di protezione sociale che tutela i lavoratori e le loro famiglie: quanto più stabile e meglio remunerata è l'attività svolta, tanto maggiori saranno i contributi versati e i diritti previdenziali che si acquisiscono. I detenuti lavoratori accedono alle medesime prestazioni sociali previste per i lavoratori comuni e da questo punto di vista si può sostenere che, perlomeno in linea di principio,

⁹ G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, Firenze, l'Altro Diritto, 2009, p. 95, www.altrodiritto.unifi.it.

il lavoro penitenziario ha la stessa dignità del lavoro svolto in libertà¹⁰.

Il lavoro penitenziario presenta, però, una disciplina differente da quella comune che condiziona sotto vari aspetti l'accesso alla previdenza sociale. In primo luogo va evidenziato che l'ord. penit. considera il lavoro penitenziario un elemento del trattamento rieducativo del detenuto e prevede modalità di organizzazione che dovrebbero renderlo simile, ma non uguale, a quello del mondo libero. A tal fine ai detenuti ed agli internati sono "garantiti il riposo festivo¹¹ e la tutela assicurativa e previdenziale", alla stregua delle leggi vigenti in materia di lavoro (art. 20 ord. penit.)¹².

Inoltre, l'ord. penit. del 1975 distingue diverse tipologie di lavoro per ciascuna delle quali, a parità di inquadramento e di mansioni svolte, sono possibili differenti trattamenti retributivi e contributivi. In primo luogo, vi è il *lavoro domestico* che è la forma di lavoro più diffusa: consiste nello svolgimento di attività necessarie a garantire i servizi essenziali dell'istituto (pulizia, cucina, barberia e manutenzione dei fabbricati). In secondo luogo, vi sono le *lavorazioni*, che sono delle attività di tipo produttivo, artigianale ma anche industriale, che possono essere organizzate e gestite in carcere dall'amministrazione penitenziaria, da altre istituzioni pubbliche o da privati. Esiste, infine, la possibilità del *lavoro extramurario* nei

¹⁰ E' stato notato che nell'ord. penit. si riconoscono formalmente solo i diritti previdenziali, mentre non si fa alcun accenno ai diritti all'assistenza sociale. Nel disegno di legge originario, in effetti, vi era un riferimento esplicito a questi ultimi poi scomparso nel testo definitivo. Ciononostante ad oggi il diritto dei detenuti e delle loro famiglie all'assistenza sociale non pare essere contestato, perlomeno per italiani e comunitari, dal momento che si tratta di un diritto riconosciuto dalla Costituzione a tutti i cittadini (art. 38). (R. CICCOTTI - F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, cit., p. 121).

¹¹ L'art. 20 fa riferimento al solo riposo festivo, inteso come diritto al riposo settimanale di almeno 24 ore consecutive (D. lgs. 8 aprile 2003, n. 66), mentre non menziona il diritto alle ferie riconosciuto dall'articolo 36 Cost. il quale stabilisce che "il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi". Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza 10-22 maggio 2001, n. 158, in *Diritto penale e processo*, n. 10, 2001, pp. 244 e ss., nella quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 20 ord. penit. nella parte in cui "non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria". Per un commento alla sentenza: F. DELLA CASA, *Il riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che lavora. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158*, in *Diritto penale e processo*, N. 10, 2001, pp. 246 e ss.; A. MORRONE, *Il diritto alle ferie per i detenuti, nota a Corte cost. sent. n. 158 del 2001*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2001, p. 1270 ss.

¹² Gli artt. 46 e 51 del Regolamento di esecuzione del 1976 (D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) stabilivano che i detenuti ammessi al lavoro all'esterno godono dei medesimi diritti dei lavoratori liberi con le sole limitazioni conseguenti all'esecuzione della misura privativa della libertà.

casi previsti dall'art. 21 ord. penit. (lavoro all'esterno) e art. 48 ord. penit. (semilibertà).

Il lavoro all'interno del penitenziario (sia quello domestico che le lavorazioni) può essere svolto alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria o di un'impresa privata. Nel primo caso si applicherà la disciplina speciale dell'ord. penit. che stabilisce retribuzioni e contributi ridotti, mentre nel secondo quella prevista per il lavoro comune¹³. Il lavoro all'interno degli istituti penitenziari alle dipendenze dell'amministrazione è di gran lunga quello più praticato (nel 2009 ha riguardato circa l'87% dei detenuti lavoratori¹⁴) ed è quello del quale ci occuperemo poiché, prevedendo retribuzioni ridotte, è causa della discriminazione previdenziale dei detenuti lavoratori.

La principale giustificazione della specialità del trattamento retributivo del lavoro penitenziario risiede nel fatto che il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione ha una natura ambigua che lo rende ontologicamente differente da quello comune. L'ord. penit. stabilisce, infatti, che esso non deve essere afflittivo, anche se è obbligatorio per i detenuti.

La non afflittività del lavoro (art. 20 comma 2 ord. penit.) comporta a carico dell'amministrazione penitenziaria un'obbligazione negativa ed una positiva. La prima consiste nell'obbligo di astenersi dall'organizzare forme di lavoro che abbiano la sola finalità di arrecare sofferenza e deriva dal generale divieto di porre in essere trattamenti inumani e degradanti (art. 27 Cost). La seconda consiste, invece, nell'obbligo di attivarsi per organizzare il lavoro secondo modalità che non lo facciano diventare improduttivo e fine a se stesso (art. 4 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁵) e che lo rendano quanto più possibile simile a quello del mondo libero al fine di facilitare il reinserimento dei detenuti a fine pena (art. 20 ord. penit. e art. 72 *Standard Minimum Rules*¹⁶).

¹³ I detenuti lavoratori sono equiparati a qualsiasi altro impiegato non di ruolo alle dipendenze dello Stato, mentre quelli dipendenti da privati, all'interno o all'esterno degli istituti, sono soggetti alla stessa normativa previdenziale prevista per i lavoratori comuni.

¹⁴ Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

¹⁵ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma, 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, ed entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955.

¹⁶ PRIMO CONGRESSO DELLE NAZIONI UNITE SULLA PREVENZIONE DEL CRIMINE E DEL TRATTAMENTO DEI DELINQUENTI, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottato il 30 agosto 1955, U.N. Doc. A/CONF/611, annex I, E.S.C. res. 663C, 24 U.N.

L'ord. penit. nel sancire la non afflittività del lavoro penitenziario, non ne ha tuttavia rimosso l'*obbligatorietà*, confermando in tal modo quanto già previsto dal Regolamento 787/1931 e dagli artt. 22, 23 e 25 c.p. vigente. Il rifiuto di dedicarsi ad un'attività lavorativa può avere come conseguenza l'applicazione di una sanzione disciplinare (artt. 50 e 77 del regolamento di esecuzione dell'ord. penit.¹⁷).

A marcare ulteriormente le differenze tra lavoro comune e lavoro penitenziario contribuiscono non poco le modalità di organizzazione del secondo. L'art. 20 dell'ord. penit. stabilisce una serie di criteri per l'assegnazione dei detenuti ai vari lavori. L'amministrazione deve tener conto, infatti, "dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione". Inoltre il collocamento dei detenuti al lavoro "avviene nel rispetto di graduatorie fissate in due apposite liste, delle quali una generica e l'altra per qualifica o mestiere", graduatorie che dovrebbero essere gestite da una commissione mista composta, secondo quanto stabilito sempre dall'art. 20 dell'ord. penit., dal direttore e da rappresentanti del Corpo di polizia penitenziaria, dal personale educativo, dalle organizzazioni sindacali più rappresentative, dal centro per l'impiego territorialmente competente e, infine, da un rappresentante dei detenuti e degli internati.

Nel corso di una ricerca empirico-etnografica svolta nell'ambito del progetto europeo di ricerca *Crime Repression Costs in Context*¹⁸ si è verificato che tali indicazioni sono spesso disattese negli istituti penitenziari italiani¹⁹. In prima battuta ciò sembra derivare dal fatto che l'amministrazione non raccoglie i dati relativi alla condizione

ESCOR Supp. (No. 1) at 11, U.N. Doc. E/3048 (1957), aggiornato con E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 35, U.N. Doc. E/5988 (1977).

¹⁷ Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, emanato con Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.

¹⁸ L'analisi delle pratiche di organizzazione del lavoro penitenziario è stata condotta con due diverse metodologie. Da una parte mediante un'osservazione etnografica diretta che ho potuto compiere nel corso dell'esperienza fatta con il gruppo di volontari dell'associazione *L'Altro Diritto*, che si occupa, nel quadro di un progetto denominato "Documenti e Tutele", di garantire ai detenuti l'accesso ai diritti sociali, in particolare a quelli previdenziali, come indennità di disoccupazione e assegni familiari. Dall'altra mi sono servito di dati qualitativi raccolti nel corso della ricerca *Crime Repression Costs in Context* che è stata condotta con un'indagine etnografica basata su interviste e *focus groups* con operatori penitenziari delle prigioni di Firenze (NCP di Sollicciano), Milano (Bollate), Torino (Le Vallette), Castrovillari, La Spezia e Livorno; con dirigenti ed assistenti sociali degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna di Firenze, Milano e Lucca; con Magistrati di Sorveglianza del Tribunale di Firenze.

¹⁹ G. CAPUTO, *Carcere e diritti sociali*, Firenze, Cesvot 2010, pp. 72-81.

socio-lavorativa del detenuto necessari per applicare i criteri dettati dall'art. 20, né all'ingresso in carcere né durante l'osservazione della personalità. In seconda battuta, dal fatto che la gran parte dei lavori cui possono essere assegnati i detenuti consistono in mansioni estremamente umili (pulizia dell'istituto, distribuzione del vitto, ecc.) per le quali non sono necessarie particolari qualifiche o abilità. La ricerca ha evidenziato che, tra i criteri prescritti dall'art. 20, gli unici effettivamente utilizzati riguardano la distinzione tra le due liste, una generica e l'altra per mestiere, e l'assegnazione per anzianità detentiva.

3. La remunerazione dei detenuti

L'art. 20 ord. penit. stabilisce che "il lavoro penitenziario non ha carattere affittivo ed è remunerato". Tale norma garantisce quel diritto alla retribuzione previsto anche dall'art. 36 Cost.. La normativa penitenziaria deroga, però, al principio di equiparazione del lavoro penitenziario con quello comune stabilito dall'art. 20. L'art. 22 dell'ord. penit. stabilisce, infatti, che "le mercedi per ciascuna categoria di lavoratori sono equitativamente stabilite in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, all'organizzazione e al tipo di lavoro del detenuto *in misura non inferiore ai due terzi* del trattamento economico previsto dai contratti di lavoro". Si noti che l'ord. penit. non usa il termine "retribuzione" ma quello di "mercede", quasi a voler sottolineare la specialità del lavoro svolto in carcere. La retribuzione è comunemente intesa come un corrispettivo in danaro proporzionato alla qualità ed alla quantità del lavoro svolto. La mercede è, invece, solo una compensazione parziale, quantitativamente diversa dalla retribuzione per il lavoro comune.

La Corte Costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di tale norma²⁰. Essa ha stabilito che i detenuti che lavorano alle dipendenze di un soggetto privato, sia all'interno del carcere che all'esterno, hanno diritto alla retribuzione come fossero lavoratori comuni. Il lavoro svolto alla dipendenze dell'amministrazione, però, ha una natura ontologicamente diversa

²⁰ Dubbi sulla legittimità della norma erano stati sollevati già da G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro Italiano*, V. 53, 1971. In favore della scelta di prevedere retribuzioni ridotte per i detenuti si erano invece espressi BONOMO M., DI GENNARO G., BREDI R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 161.

che giustifica una retribuzione inferiore: esso, infatti, “è parte del trattamento ed è finalizzato alla redenzione ed il riadattamento del detenuto alla vita sociale, all’acquisto o lo sviluppo dell’abitudine al lavoro e della qualificazione professionale che valgono ad agevolare il reinserimento nella vita sociale”; inoltre “l’amministrazione non si prefigge né utili né guadagni; si avvale di una mano d’opera disorganica, a volte non qualificata, disomogenea, variabile per le punizioni ed i trasferimenti da stabilimento a stabilimento; i prodotti non sono sempre curati e sempre rifiniti; essi, il più delle volte, si vendono sottocosto” (Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1087)²¹.

A quanto detto va aggiunto che sulla remunerazione possono essere prelevate ulteriori somme (art. 145 del codice penale)²²:

- le somme dovute a titolo di *risarcimento del danno*;
- le spese che lo Stato sostiene per il *mantenimento del condannato*;
- le somme dovute a titolo di rimborso delle *spese del procedimento*.

La norma è confermata da un’analoga previsione dell’art. 24 dell’ ord. penit. la quale precisa che “in ogni caso deve essere riservata a favore dei condannati una quota pari a tre quinti”.

²¹ In accordo con la posizione assunta dalla Corte: M. FUMO, *Una questione recente ed un'altra per troppo tempo rimossa. La Corte Costituzionale scioglie due importanti nodi in tema di lavoro penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 3/1989. Di diverso avviso S. VITELLO, *Lavoro penitenziario: brevi riflessioni alla uce della sentenza n. 1087 del 30 novembre 1988*, in *Cass. Pen.*, 1989, I, p. 951, che critica la sentenza 1087/88 nella parte in cui si giustifica il diverso trattamento penitenziario sulla base del principio rieducativo che, al contrario, dovrebbe “portare ad una valutazione negativa della particolare disciplina del lavoro penitenziario”. Critica anche parte della dottrina giuslavorista, in particolare G. GALLI *Mercede e remunerazione del lavoro del detenuto*, in *Giur. Cost.*, 1988/I, p. 5305, e S. ARBIA, *Lavoro carcerario, specialità del trattamento e diritti del detenuto*, nota a Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1087, in *Diritto del lavoro*, 1989/II, pp. 243-247, hanno sostenuto che non sussistono differenze oggettive tra il lavoro penitenziario e quello libero dal momento che entrambi realizzano uno scambio tra prestazione lavorativa e salario.

²² L’ord. penit. aveva introdotto all’art. 23 la distinzione tra mercede e remunerazione. La mercede era il corrispettivo per il lavoro prestato dal detenuto. Dalla mercede erano sottratti 3/10 che venivano versati alla Cassa per il soccorso e l’assistenza alle vittime dei delitti (istituita dall’art. 73 dell’ord. penit.), quello che restava andava formare la *remunerazione*. Tale prelievo è stato abrogato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Dopo l’abrogazione della Cassa il prelievo dei 3/10 continuava ad essere effettuato ed era versato alle Regioni e altri enti locali. Inizialmente la maggior parte dei giudici riconobbe la legittimità di tale previsione, asserendo che ai comuni erano attribuiti, ad esempio, compiti in materia di assistenza ai detenuti ed alle loro famiglie. Sull’argomento è successivamente intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza numero 49 del 18 febbraio 1992, che dichiarato illegittimo l’articolo 23 dell’O.P. per contrasto con l’articolo 3 della Costituzione, nella parte in cui stabiliva la riduzione dei

4. Il mancato adeguamento delle mercedi ai C.C.N.L.

L'art. 20 dell'ord. penit. stabilisce che la misura esatta delle mercedi sia determinata da una commissione composta: dal direttore generale dell'amministrazione penitenziaria; dal direttore dell'ufficio del lavoro dei detenuti e degli internati della direzione generale; da un ispettore generale; da un rappresentante del Ministero del tesoro e da uno del Ministero del lavoro e della previdenza sociale; da un delegato per ciascuna delle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale²³.

La Commissione prevista si è riunita nel 1993 ed ha determinato le mercedi sulla base dei contratti di categoria vigenti in quell'anno, dettando criteri che avrebbero dovuto avere effetto solo sul semestre 1.5.1993/31.10.1993. I parametri stabiliti in quell'occasione erano i seguenti:

- all'operaio qualificato spetta l'88,20 % della paga base ed il 67,29% della contingenza previsti per la categoria D del CCNL;
- l'operaio comune l'84,48% della paga base ed il 67,18% della contingenza previsti per la categoria E del ccnl;
- al tirocinante l'80% della paga base e contingenza spettanti al detenuto operaio comune.

Dal 1993 ad oggi non vi è stato alcun adeguamento delle mercedi ai contratti nazionali che si sono succeduti nel tempo. Un tentativo è stato fatto nel 2002 quando con il D.M. del 31.10.2002 (senza numero) si è ridefinita la composizione della Commissione che si è poi riunita il 17.12.2002. La Commissione ha preso atto del grave ritardo nell'adeguamento delle mercedi e, simulando una proiezione sui primi mesi del 2003, ha stabilito che il capitolo di

tre decimi della mercede. La Corte ha sostenuto che la *ratio* originaria del prelievo fosse aderente al principio rieducativo dal momento che esso aveva lo scopo di risarcire le vittime del reato. Con l'abrogazione della Cassa, tale finalità sarebbe venuta meno e di conseguenza "sussiste violazione del richiamato articolo 3 della Costituzione, ponendosi un'irrazionale ingiustificata discriminazione tra i detti detenuti e gli altri cittadini".

Per un commento alla sentenza 49/1992 Corte Cost. si vedano: L. MARRA, *Lavoro carcerario ed equa retribuzione*, nota a Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1993, pp. 16-17; G. GALLI, *Sulla retribuzione del lavoro dei detenuti*, nota a Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 504; G. GALLI, *La corte Costituzionale ritorna sulla mercede dei detenuti*, nota a Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Diritto del lavoro*, 1993/II, pp. 38- 50.

²³ La Commissione, oltre il compito di determinare la misura delle mercedi, ha anche quello di stabilire il trattamento economico dei tirocinanti, il numero delle ore di permesso di assenza dal lavoro retribuite e le condizioni e le modalità di fruizione delle stesse da parte dei detenuti e degli internati ammessi al lavoro che frequentino la scuola o i corsi di formazione professionale.

spesa 1766 – quello relativo alle mercedi per il lavoro domestico alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria – sarebbe dovuto aumentare del 24% per garantire l'adeguamento ai 2/3 delle retribuzioni minime dei CCNL: il budget stanziato dalla legge finanziaria 2002 di 53.662.068,00 € sarebbe dovuto aumentare sino a 79.071.214,14 €, quello di 2.605.507,87 € previsto per le lavorazioni industriali fino a 3.230.829,75 € (capitolo di spesa 7361) e quello di 761.211,14 € previsto per le mercedi per i lavoratori agricoli fino a 943.901,81 € (capitolo di spesa 7396).

Il mancato adeguamento delle mercedi ai CCNL ha indotto la Corte di Cassazione a disporre in due sentenze²⁴ che, pur non potendosi modificare con un provvedimento giudiziale le percentuali disposte legittimamente dalla Commissione nel 1993, tali percentuali devono essere tuttavia applicate alle retribuzioni previste dai contratti nazionali di lavoro che si sono susseguiti nel tempo e non a quelli del 1993. Il magistrato di sorveglianza competente per il caso proposto alla Corte ha condannato, di conseguenza, l'amministrazione penitenziaria a pagare al detenuto un risarcimento per il mancato adeguamento delle mercedi ai CCNL. Si tenga presente che la decisione della Cassazione è vincolante solo per il caso proposto. Inoltre, la magistratura di sorveglianza non ha alcun potere di sostituirsi all'amministrazione penitenziaria per determinare un adeguamento generale delle mercedi ai CCNL. Se ne deduce che, in mancanza di un nuovo atto della Commissione ex art. 20, le mercedi continuano ad essere le stesse stabilite nel 1993, salvo per quei detenuti che decidano di portare in giudizio l'amministrazione²⁵.

²⁴ Corte di Cass., sentenze 8 luglio 2004, n. 3275 e n. 3276, recepite dall'Ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Roma, Francesco Centofanti, del 20 gennaio 2005, n. 22/EE/04.

²⁵ Si tenga presente che la Corte Costituzionale, con sentenza 27 ottobre 2006, n. 341, ha stabilito la competenza del giudice del lavoro e non più di quello di sorveglianza sulle questioni attinenti al lavoro penitenziario. Secondo la Suprema Corte il procedimento camerale previsto dall'art. 14 ter ord. penit. con il quale il magistrato di sorveglianza giudica sulle controversie riguardanti il lavoro dei detenuti non garantisce al detenuto "una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo"; inoltre esso "non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio".

Per un commento alla sentenza Corte Cost. 341/2006: F. CARDANOBILO, *Lavoro dei detenuti: attribuita la competenza al giudice ordinario. Un passo forse inutile verso l'assimilazione al lavoro libero*, in *Diritto dei lavori*, n. 1 anno 2007; F. CARDANOBILO, *La tutela giurisdizionale*, in F. CARDANOBILO, R. BRUNO, A. BASSO, I. CARECCIA, (a cura di), *Il lavoro*

5. Il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione: turnazioni e retribuzioni reali

Nel 2009 il numero complessivo di detenuti lavoratori alle dipendenze dell'amministrazione è stato di 12.376, corrispondenti al 19% dei detenuti presenti. Dal 1991 la percentuale di detenuti lavoratori rispetto al totale dei detenuti è scesa di 12 punti, passando dal 30,9% al 19%. Ad oggi solo un detenuto su cinque lavora alle dipendenze dell'amministrazione, con la precisazione che nella gran parte dei casi si tratta di lavori saltuari sottoposti alla regola della *turnazione*. L'amministrazione penitenziaria, infatti, per far fronte alla cronica mancanza di posti di lavoro impiega i detenuti con contratti di lavoro a part-time verticale, la cui durata può essere anche di poche settimane. Il part-time consente di occupare più detenuti per un medesimo posto di lavoro e di farli ruotare continuamente. Le turnazioni rappresentano l'unico metodo possibile per garantire un più diffuso accesso al lavoro penitenziario. Tale metodo sarebbe anche una risposta al fenomeno dell'elevato *turn over* dei detenuti²⁶ che, soprattutto nelle Case Circondariali, impedisce una stabilizzazione della popolazione detenuta e, di conseguenza, anche dei posti di lavoro.

Solo 1.837 detenuti (il 12,9%) sono impiegati, invece, presso un datore di lavoro diverso dall'amministrazione, all'interno del carcere o all'esterno in regime di semilibertà o ex art. 21 ord. penit.

Nel corso degli ultimi venti anni la percentuale dei detenuti occupati si è modificata a seguito delle variazioni del numero dei detenuti, ma il numero degli occupati è rimasto sostanzialmente costante. Per avere una visione della reale portata del lavoro in carcere, nella tabella 1 vengono indicati, per gli anni 2001-2009, la presenza di detenuti in carcere, i detenuti lavoratori alle dipendenze dell'Amministrazione e il bilancio destinato al pagamento delle mercedi dei detenuti (capitolo 1766 del bilancio dell'amministrazione

dei detenuti, Bari, Cacucci Editore 2007, pp. 75-81; G. CAPUTO, *Carcere e diritti sociali*, cit., p. 93; A. MORRONE, *Diritti del lavoratore detenuto e giudice competente*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2, 2007, p.158; P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie giurisdizionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/>, 2006.

²⁶ Un indice di tale fenomeno è rappresentato dal rapporto tra ingressi di detenuti dalla libertà e popolazione presente. Nel 2009 hanno fatto ingresso in carcere 81.273 individui a fronte di una popolazione presente al 31 dicembre di 64.791 (Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria).

penitenziaria)²⁷. Si evince con chiarezza che il numero dei detenuti lavoratori alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è rimasto sostanzialmente costante, nonostante le variazioni della popolazione detenuta. L'unica oscillazione in negativo si è registrata tra il 2005 ed 2006, quando il numero dei lavoratori è diminuito del 15%, ed è spiegabile con l'improvviso calo della popolazione detenuta determinato dal provvedimento di indulto.

Detenuti presenti, detenuti lavoratori e spesa per pagamento delle mercedi						
	Presenti	Numero lavoratori per l'Amm. Penit.	Bilancio (fondi per mercedi)	Variazione rispetto ad anno precedente		Spesa media annua lorda per lavorante
				Bilancio	Numero lavoratori	
31/12/01	55.261	11.784	63.675.000			5403,513€
31/12/02	55.670	11.213	57.944.000€	-9%	-4,8%	5167,573€
31/12/03	56.403	11.198	57.944.000€	=	-0,10%	5174,495€
31/12/04	56.532	10.986	57.944.000€	=	-1,80%	5274,349€
31/12/05	59.523	11.526	70.000.000€	+20%	+5%	6073,226€
31/12/06	39.005	9.796	71.400.000€	+2%	-15%	7288,689€
31/12/07	48.693	10.870	71.400.000€	=	+10,96%	6568,537€
31/12/08	58.127	12.165	72.400.000€	+1,40%	+11,90%	5951,5€
31/12/09	64.791	12.376	48.198.827	-33%	+1,7%	3894€

TABELLA – Detenuti presenti, detenuti lavoratori alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria, fondi destinati al pagamento delle mercedi (capitolo di Bilancio dell'Amm. Pen. n. 1766), anni 2001-2009. Elaborazione dati forniti dall'Amministrazione Penitenziaria, dal CNEL e dalla Ragioneria dello Stato.

²⁷ Le variabili presenza detenuti e detenuti lavoratori sono elaborazioni di dati del Dipartimento dell'Amministrazione dello Penitenziaria. La variabile bilancio è un'elaborazione di dati forniti dal CNEL (www.cnel.it) per gli anni 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, dalla Ragioneria Generale dello Stato per gli anni 2006, 2007, 2008 e 2009 (www.rgs.mef.gov.it).

Il dato interessante che emerge dall'elaborazione è che il numero dei detenuti ammessi al lavoro è completamente indipendente dai fondi di bilancio destinati al pagamento delle retribuzioni. Il numero dei lavoratori resta costante mentre il bilancio e le mercedi variano sensibilmente. Sorprendente appare il dato del 2009: i fondi diminuiscono del 33% mentre il numero dei lavoratori cresce addirittura, seppure solo dell'1,7%.

Da quanto detto sinora si può facilmente dedurre che gli istituti penitenziari mettono a lavoro un numero costante di detenuti, il cui impiego orario varia, però, in relazione ai fondi messi annualmente a disposizione dall'amministrazione. Questo dato si spiega facilmente se si ha presente la natura e l'organizzazione del lavoro svolto alle dipendenze dell'amministrazione. Come si è mostrato, esso consiste prevalentemente in lavori domestici (pulizia dell'istituto, preparazione dei pasti, manutenzione dei fabbricati, ecc.) necessari all'andamento degli istituti. Difficilmente può avere un valore rieducativo e non crea nessuna competenza professionale specifica, ma in molti casi costituisce l'unica occasione per i detenuti di rompere la monotonia della detenzione e procurarsi un reddito per provvedere ai bisogni primari. Esso è inoltre retribuito con un salario misero: secondo i dati forniti dallo Sportello Documenti e Tutele dell'Altro Diritto, che si occupa dei diritti previdenziali dei detenuti della casa circondariale di Sollicciano²⁸, la mercede si aggirerebbe intorno ai 3,39 € l'ora al netto dei prelievi²⁹.

6.1 Indennità di disoccupazione: disciplina generale

Si è già avuto modo di precisare che non sono previste tutele previdenziali speciali per i detenuti, di conseguenza ad essi spettano le tutele sociali comuni. Pertanto, prima ci si occuperà delle caratteristiche generali e della disciplina dell'indennità di disoccupazione, per poi analizzarne l'impatto sulla realtà carceraria.

L'indennità di disoccupazione è uno degli strumenti classici con cui i sistemi di *welfare state* proteggono gli individui dalla fisiologica

²⁸ Lo Sportello documenti e tutele dell'Altro Diritto, Centro di documentazione su carcere, marginalità e devianza, si occupa delle pratiche previdenziali dei detenuti del NCP di Sollicciano, Firenze (<http://www.altrodiritto.unifi.it/tutele/index.htm>).

²⁹ Questa cifra è stata ricavata dividendo le retribuzioni effettivamente percepite dai detenuti lavoratori nel NCP di Sollicciano (Firenze) per il numero di ore di lavoro svolto nel 2008 (G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, cit., p. 28). La gran parte dei detenuti sono impiegati in lavori di "Categoria C" per la quale spetta un trattamento economico modesto.

instabilità del mercato del lavoro. Per lungo tempo essa ha costituito uno dei principali mezzi con cui lo Stato è intervenuto nell'economia. Il nuovo modello di Stato sociale promosso dall'Unione Europea - denominato di *workfare* in contrapposizione a quello tradizione di *welfare* - si basa, però, sull'idea che lo Stato possa intervenire solo con politiche "attive" del lavoro, come ad esempio quelle di formazione professionale, finalizzate a stimolare la capacità degli individui di competere sul mercato, mentre le indennità di tipo economico devono essere usate come *extrema ratio* e devono in ogni caso prevedere requisiti che stimolino il disoccupato a cercare un lavoro e non accontentarsi dell'aiuto pubblico. Il passaggio dal *welfare* al *workfare* ha portato anche in Italia ad una progressiva rivisitazione del sistema delle indennità di disoccupazione, che è così diventato marginale: esso è ridotto a quei casi in cui non siano previsti specifici strumenti di sostegno economico alle imprese in crisi, come ad esempio la Cassa integrazione e guadagno³⁰.

Nel sistema di protezione sociale italiano l'indennità di disoccupazione è intesa come una prestazione di tipo economico concessa ai lavoratori in seguito all'involontaria estinzione o sospensione di un rapporto di lavoro subordinato. I presupposti per la sua concessione sono i seguenti: l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, la sua estinzione o sospensione e la cessazione non imputabile alla volontà del lavoratore. Inoltre, essa non spetta agli inoccupati in cerca di prima occupazione, ma solo ai disoccupati entrati nel mercato del lavoro da almeno due anni.

Lo stato di disoccupazione non deve essere conseguenza delle dimissioni del lavoratore (art. 34 L. 48/1998). In proposito la Corte Costituzionale ha avuto modo di specificare che questo non vale nel caso di dimissioni volontarie del lavoratore per giusta causa, come ad esempio nel caso di molestie sessuali³¹.

Hanno diritto all'indennità di disoccupazione anche i lavoratori stranieri, dal momento che essi hanno pari diritto ai trattamenti previdenziali dei cittadini italiani (art. 2, comma 3, T.U. sull'immigrazione³² e Convenzione OIL 143/1975³³), ad eccezione

³⁰ La cassa integrazione guadagni ordinaria è un intervento a sostegno delle imprese in difficoltà che garantisce al lavoratore un reddito sostitutivo della retribuzione.

³¹ Corte Costituzionale, sentenza 24 giugno 2002, n. 269. Questo principio è stato recepito dall'INPS con circolare 20 ottobre 2003, n. 163.

³² D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

³³ Organizzazione internazionale del Lavoro (O.I.L.), Convenzione sui lavoratori migranti n. 143 del 1975, intitolata "Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti". Adottata dalla Conferenza generale dell'OIL il 24 giugno 1975, entrata in

dei lavoratori stagionali, per i quali è previsto che i datori di lavoro siano esonerati dal versamento dei contributi previdenziali contro la disoccupazione involontaria (art. 25 del T.U. sull'immigrazione).

L'*indennità di disoccupazione ordinaria* spetta a tutti i lavoratori assicurati³⁴ contro la disoccupazione involontaria, che siano stati licenziati o si siano dimessi per giusta causa.

Il lavoratore ha diritto di fruire dell'indennità quando può far valere:

1. lo stato di disoccupazione;
2. almeno due anni di anzianità lavorativa (che si matura quando si è prestata un'attività lavorativa, con il relativo versamento del contributo per la disoccupazione, almeno due anni prima del licenziamento)
3. assicurazione per la disoccupazione involontaria;
4. almeno 52 settimane di contributi versati nel biennio precedente la data di cessazione del rapporto di lavoro;
5. la dichiarazione al centro per l'impiego della disponibilità a svolgere una nuova occupazione o all'inserimento in percorsi di collocamento lavorativo.

Il diritto all'indennità va esercitato entro 68 giorni dalla data di licenziamento o sospensione per motivi connessi alla situazione aziendale ovvero entro 98 giorni, in caso di licenziamento per giusta causa³⁵. L'erogazione dell'indennità di disoccupazione viene interrotta quando il lavoratore ha percepito tutte le giornate di indennità, trova un nuovo lavoro o ne rifiuta uno, oppure quando diventa titolare di un trattamento pensionistico.

L'*indennità di disoccupazione a requisiti ridotti* è stata creata per tutelare i lavoratori che hanno svolto lavori saltuari e precari e che, pertanto, non hanno maturato i requisiti per ottenere l'indennità ordinaria. Essa spetta, infatti, ai lavoratori che negli ultimi due anni non hanno maturato 52 settimane di contributi e di assicurazione contro la disoccupazione, ma che:

- nell'anno solare precedente la domanda hanno lavorato almeno 78 giornate, comprese le festività e le giornate di assenza

vigore il 9 dicembre 1978. Ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge 10 aprile 1981, n. 158 (in Gazz. Uff., 29 aprile 1981, n. 116, s.o.). Entrata in vigore per l'Italia il 23 giugno 1982.

³⁴ Le categorie di lavoratori per le quali non è prevista l'assicurazione e che, pertanto, risultano esclusi sono le seguenti: lavoratori autonomi, parasubordinati, a *part-time* verticale, apprendisti, lavoratori con contratto di compartecipazione agli utili e lavoratori non comunitari con permesso di soggiorno stagionale.

³⁵ L'indennità è corrisposta per 12 mesi nella misura del 60% dell'ultima retribuzione percepita.

indennizzate (malattia, maternità ecc.)³⁶;

- siano entrati nel mercato del lavoro da almeno due anni³⁷.

La data di scadenza per l'esercizio del diritto all'indennità non decorre dal licenziamento o dalla sospensione dal lavoro, come nell'indennità ordinaria, ma è il 31 marzo di ogni anno³⁸. L'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, nonostante sia basata sull'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, presenta caratteristiche che la rendono molto simile ad una misura assistenziale. A differenza di quella ordinaria, infatti, non richiede che il richiedente sia disoccupato al momento della richiesta dell'indennità. Pertanto, essa appare più come una liquidazione di fine rapporto che come un'assicurazione a tutela dello stato di disoccupazione.

6.2 Lo stato di disoccupazione in carcere

Si è visto che il presupposto per l'accesso all'indennità di disoccupazione ordinaria è lo stato di disoccupazione, definito come "la condizione del soggetto privo di lavoro, che sia immediatamente disponibile allo svolgimento ed alla ricerca di un'attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti" (art. 1, D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297). La semplice mancanza di un'occupazione non è requisito sufficiente per avere diritto alle relative prestazioni previdenziali: la legge richiede che il soggetto si mostri attivo sul mercato del lavoro e disponibile ad accettare un impiego eventualmente reperito dai servizi per l'impiego.

Da questo punto di vista la situazione del detenuto è singolare dal momento che si trova in una condizione di disoccupazione coattiva. Lo stato di detenzione lo espelle, infatti, dal mercato del lavoro libero e lo costringe a lavori sottopagati che, come si è visto, rispondono a logiche del tutto diverse da quelle comuni. Al contempo, anche l'accesso al lavoro extramurario è indipendente dalla sua volontà. Per tali ragioni sarebbe assurdo richiedere ai detenuti di mostrarsi attivi sul mercato del lavoro per mantenere lo

³⁶ Ad esempio, se richiesta nel 2009, le 78 giornate lavorate si riferiscono al 2008.

³⁷ Devono avere almeno un contributo settimanale comprensivo di quota di disoccupazione versato prima del biennio solare precedente l'anno di presentazione della domanda. Ad esempio, per le indennità richieste nel 2009, il contributo deve essere stato accreditato entro la fine del 2006.

³⁸ Per il 2009, l'importo dell'indennità è pari al 35% della retribuzione media giornaliera per i primi 120 giorni e al 40% per i giorni successivi, in ogni caso per un numero di giorni non superiori a 180.

stato di disoccupazione. Consapevole di ciò, il legislatore ha previsto delle norme speciali che regolano lo stato di disoccupazione dei detenuti.

L'art. 19 della legge 28 febbraio 1987, n. 56³⁹ stabilisce che lo stato detentivo certifica da solo l'esistenza di quello di disoccupazione. I detenuti sono esonerati, finché dura la detenzione, dal doversi recare ai servizi per l'impiego a confermare lo stato di disoccupazione e la disponibilità al lavoro. La norma prevede che sia la direzione dell'istituto penitenziario, su richiesta del detenuto, a segnalare periodicamente lo stato di detenzione o di internamento. In ogni caso, il detenuto che non s'isciva alle liste di collocamento come disoccupato può farlo entro 15 giorni dalla scarcerazione, chiedendo che sia conteggiato anche il periodo della detenzione (*anzianità figurativa*). Questa regola comporta, però, un effetto paradossale: il detenuto viene considerato disoccupato per tutto il periodo della detenzione anche se lavora in carcere alle dipendenze dell'amministrazione che versa i relativi contributi assicurativi. Nel silenzio della legge, si deve ritenere, infatti, che lo svolgimento di un'attività lavorativa di tipo domestico all'interno del carcere non comprometta il mantenimento dello stato di disoccupazione⁴⁰.

6.3 Indennità di disoccupazione in carcere derivante da lavoro svolto alle dipendenze di terzi

In questo paragrafo si discuterà del diritto dei detenuti a godere dell'indennità di disoccupazione nel caso in cui abbiano svolto un'attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro diverso dall'amministrazione. Questo può verificarsi in tre casi: il primo è quello del licenziamento a seguito di incarcerazione⁴¹, il secondo è quello del lavoro in carcere alle dipendenze di privati e

³⁹ L'art. 19 si compone di due parti. Una dedicata al collocamento dei detenuti al lavoro extramurario e l'altra allo stato di disoccupazione ed ai relativi benefici previdenziali.

⁴⁰ Tale interpretazione è confermata da un parere espresso dal Ministero del lavoro, secondo il quale il lavoro penitenziario, a causa della sua natura riabilitativa, della sua obbligatorietà e delle remunerazioni inferiori ai CCNL, non può essere considerato come una comune attività lavorativa che fa cessare la disoccupazione. Secondo quanto riportato da Vitali (M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 18) tale parere è stato espresso dalla direzione generale per l'impiego del Ministero del lavoro, in risposta a un quesito avanzato dalla Commissione Regionale per l'impiego della Lombardia, nella seduta del 3 maggio 1999.

⁴¹ Prima dell'entrata in vigore della legge 15 luglio 1966, n. 604, era considerato legittimo il licenziamento del lavoratore che venisse detenuto in carcere in custodia

il terzo quello è del lavoro extramurario alle dipendenze di terzi⁴².

Nel caso in cui l'incarcerazione, sia preventiva che esecutiva, porti al licenziamento non esistono ragioni di dubitare che il lavoratore abbia diritto all'indennità di disoccupazione, dal momento che si tratta di un licenziamento per giusta causa non imputabile alla volontà del lavoratore⁴³. La legge stabilisce, inoltre, che la detenzione non possa comportare la perdita del diritto all'indennità di disoccupazione: "lo stato di detenzione o di internamento non costituisce causa di decadenza dal diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria o speciale" (art. 19 della L. 56/1987)

cautelare o in esecuzione di una sentenza di condanna definitiva. Dopo l'entrata in vigore della L. 604/1966, si è affermato il principio in base al quale il licenziamento è legittimo soltanto se fondato su una giusta causa o un giustificato motivo. Secondo la Corte di Cassazione (sentenza 1 giugno 2009, n. 12721) "è pacifico che la carcerazione (preventiva od esecutiva) per fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma è un fatto oggettivo che determina la sopravvenuta temporanea impossibilità della prestazione lavorativa". Secondo la giurisprudenza la carcerazione non è da sola sufficiente per giustificare il licenziamento, devono verificarsi, infatti, altre condizioni: la durata dell'assenza dal lavoro deve protrarsi per un lungo periodo di tempo e il lavoratore deve essere adibito a mansioni particolarmente importanti tali da renderlo insostituibile senza arrecare un danno all'impresa. In tal senso Corte Cassazione, sez. lav., 28 giugno 1976, n. 2469, Busardo e 9 novembre 1978, Pederzin, rispettivamente in "Foro Italiano", 1976, I, p. 1804 e in "Foro italiano", 1979, I, p. 368; orientamento confermato successivamente in Corte Cassazione, 1 settembre 1999, n. 9239 e 1 giugno 2009, n. 12721; cfr. anche R. CICCOTTI, F. PITTAU, *Aspetti del lavoro carcerario nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Rassegna di studi penitenziari e criminologici*, I-II, 1982, pp. 125 e ss. Si veda anche M. VILLA, *Cosa accade al rapporto di lavoro nel caso di carcerazione preventiva del lavoratore?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, fascicolo 1, pt. 2, pp. 78-81.

⁴² Nel caso del lavoro in carcere alle dipendenze di privati la cessazione per giusta causa o giustificato motivo comporta l'applicazione della disciplina comune prevista dall'art. 2 L. 604/1966, nel quale si stabilisce che il licenziamento possa avvenire solo per giusta causa o giustificato motivo e che debba essere comunicato per iscritto. Quando la cessazione è conseguenza dell'esclusione dall'attività lavorativa il rapporto termina per una decisione della direzione dell'istituto e si ha, pertanto, una sovrapposizione tra la disciplina speciale del lavoro penitenziario e quella del lavoro comune. Quella penitenziaria, all'art. 53 del D.P.R. 230/2000, prevede che il provvedimento di esclusione possa essere adottato solo dopo aver sentito il datore di lavoro il quale esprime un parere non vincolante allo scopo di far acquisire elementi utili per valutare la condotta del detenuto. La normativa comune consente, invece, al datore di lavoro di recedere per giusta causa dal rapporto di lavoro a seguito dell'adozione da parte della direzione di un provvedimento di esclusione ex art. 53.

Il detenuto ha a disposizione due strumenti per tutelarsi: il reclamo al magistrato di sorveglianza contro il provvedimento di esclusione dalle attività lavorative per violazione delle norme in materia di sanzioni disciplinari e il ricorso al giudice del lavoro contro l'atto di licenziamento per mancanza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

⁴³ Il principio è stato stabilito dalla Corte di Cassazione, sez. lav., nella sentenza 28 giugno 1976 n. 2469 e confermato dalla medesima Corte con sentenza 1 giugno 2009, n.12721.

Lo stesso vale anche nei casi in cui il detenuto lavori alle dipendenze di un privato in carcere o all'esterno. L'unico limite può derivare dal fatto che quando si beneficia dell'indennità ordinaria e contemporaneamente si svolge una attività lavorativa, l'indennità non è cumulabile con la retribuzione fino a concorrenza dell'ammontare della retribuzione medesima (art. 19, comma 4 L. 56/1987). Questa regola si riferisce, però, alla sola indennità di disoccupazione ordinaria, poiché al momento dell'entrata in vigore della L. 56/1987 l'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti non esisteva ancora⁴⁴. Inoltre, questo secondo tipo d'indennità, a differenza di quella ordinaria, non richiede lo stato di disoccupazione del beneficiario né al momento della richiesta né in quello dell'elargizione, pertanto l'essere occupato in un nuovo impiego non può essere un impedimento a percepire per intero l'indennità. Di conseguenza, al contrario di quanto avviene per l'indennità ordinaria, il detenuto può percepire sia la remunerazione da lavoro penitenziario che l'intero importo dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti.

6.4 Indennità di disoccupazione e lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione

L'art. 20 obbliga l'amministrazione penitenziaria a versare la contribuzione per l'assicurazione contro la disoccupazione. Dopo l'entrata in vigore dell'ord. penit. i detenuti avrebbero potuto accedere, pertanto, all'indennità di disoccupazione ordinaria (quella a requisiti ridotti è stata introdotta solo nel 1988). Nei fatti questa tutela è risultata a lungo inaccessibile, dal momento che il riconoscimento dello stato di disoccupazione presupponeva l'iscrizione in apposite liste predisposte presso gli Uffici del collocamento, iscrizione per la quale non era ammessa alcuna forma di delega e che doveva esser fatta di persona dal disoccupato. Questo ostacolo è stato superato solo con la L. 56/1987 che ha stabilito che lo stato di disoccupazione è certificato dal semplice fatto di essere in carcere e che l'onere dell'iscrizione grava sulla direzioni degli Istituti e non sui detenuti.

Nonostante ad oggi non sussistano più dubbi sul diritto dei detenuti alla disoccupazione, nei fatti tale diritto è lontano dall'essere effettivo. Di seguito si analizzerà per ciascuno dei due tipi di indennità di disoccupazione, ordinaria e a requisiti ridotti, le

⁴⁴ E' stata introdotta dalla legge 20 maggio 1988, n. 160.

criticità per l'accesso durante e dopo la detenzione.

1) *Indennità di disoccupazione ordinaria durante la detenzione.* Dei requisiti analizzati al paragrafo precedente ai detenuti non sono richiesti, sulla base della L. 56/1987, lo stato di disoccupazione e la disponibilità al lavoro. Invece, sono necessari gli altri tre: licenziamento, il versamento nel biennio precedente di almeno 52 settimane di contributi e un'anzianità lavorativa di almeno due anni. Ciascuno di questi requisiti presenta delle problematiche differenti dovute in parte alle modalità di organizzazione del lavoro penitenziario e in parte alle caratteristiche socio-anagrafiche dei detenuti. Analizziamole nel dettaglio.

Primo requisito: licenziamento. Durante il periodo della detenzione, l'interruzione di un rapporto di lavoro creato con l'amministrazione può avvenire in due modi: esclusione dall'attività lavorativa (artt. 53 e 77 D.P.R. 230/2000) o sospensione dal lavoro a seguito di normale rotazione. Nel primo caso non dovrebbe configurarsi un'ipotesi di licenziamento per giusta causa o giusto motivo, dal momento che il provvedimento di esclusione ha natura sanzionatoria e viene preso, pertanto, su basi completamente diverse da quelle previste dallo Statuto dei lavoratori (l. 604 del 1966)⁴⁵. Inoltre, l'esclusione dall'attività lavorativa prevista dalla legge penitenziaria, a differenza del licenziamento per giusta causa previsto dallo statuto dei lavoratori, non comporta la cessazione permanente del rapporto di lavoro tra detenuto ed amministrazione, dal momento che il detenuto potrebbe essere reintegrato a lavoro con un atto unilaterale dell'amministrazione penitenziaria. Si tratta pertanto di un provvedimento di natura transitoria che, in quanto tale, non può dare diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria dal momento che essa presuppone un vero e proprio licenziamento.

L'altra causa di interruzione del rapporto di lavoro è legata al meccanismo di turnazione. Questo metodo di collocamento dei detenuti al lavoro comporta che essi siano assunti con contratti di *part-time* verticale e che lavorino a rotazione condividendo un numero esiguo di posti di lavoro. L'interruzione del rapporto a seguito di rotazione non dà luogo a licenziamento ma solo a sospensione. La Corte di Cassazione ha stabilito, però, che i periodi di sospensione previsti nei contratti di *part-time* verticale non possano dare diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria⁴⁶. A nostro modo di vedere tale regola non andrebbe applicata al lavoro penitenziario

⁴⁵ M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., pp. 26-27.

⁴⁶ Corte di Cassazione, Sezione unite, sentenza 6 febbraio 2003, n. 1732, alla quale si sono uniformate le successive pronunce della Sezione lavoro: n. 11913, n. 14047 e n. 18990 del 2003 e n. 7298 del 2007.

dal momento che i contratti di lavoro a *part-time* verticale stipulati in libertà, dei quali si è occupata la Corte di Cassazione, hanno una natura differente da quelli stipulati tra l'amministrazione ed i detenuti. Nel primo caso, infatti, i periodi di sospensione sono prevedibili ed accettati dal lavoratore al momento della stipula del contratto ed è per tale ragione che, secondo quanto stabilito dalla Corte, non danno luogo a disoccupazione involontaria. Nel caso delle turnazioni penitenziarie, invece, i periodi di sospensione non sono prevedibili e quantificabili dal detenuto, dal momento che sono conseguenza di un comportamento inadempiente dell'amministrazione penitenziaria la quale ricorre al *part-time* per rimediare alla carenza di posti di lavoro che, sulla base dell'art. 20 dell'ord. penit. per legge, invece, sarebbe tenuta ad assicurare.

Secondo requisito: 52 settimane di contributi versati negli ultimi 2 anni. Come si è visto, nel 2009 solo un detenuto su cinque ha avuto accesso al lavoro. Da ciò si può facilmente dedurre che i lavoratori che riescono ad accumulare almeno 52 settimane di contributi per l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria siano pochissimi. Le ragioni sono da attribuire anche all'esiguità delle retribuzioni. Una settimana lavorativa per dare diritto ad una settimana di contributi deve essere retribuita con almeno 183,10 € (così detto "minimale settimanale contributivo")⁴⁷. Dal momento che la retribuzione settimanale media di un detenuto per il 2009, ad esempio, è di circa 75 € lorde⁴⁸, se ne deduce che per maturare una settimana di contributi per la disoccupazione dovrebbe lavorare almeno 17 giorni, 2,5 volte di più di un lavoratore libero assunto sulla base dello stesso contratto nazionale di categoria. Di conseguenza, usando come riferimento le retribuzioni del 2009, un detenuto che lavorasse tutti i giorni, sette giorni su sette per due anni, avrebbe a mala pena 42 settimane di contributi, a fronte delle 52 richieste.

Terzo requisito: due anni di anzianità contributiva. I detenuti per avere diritto all'indennità ordinaria devono essere entrati nel mercato del lavoro da almeno due anni. Questa previsione tende ad escludere dal diritto all'indennità di disoccupazione in primo luogo i detenuti stranieri che, nella stragrande maggioranza dei casi, prima dell'ingresso in carcere sono senza autorizzazione a permanere sul territorio e non hanno potuto svolgere, quindi, alcuna attività lavorativa regolare che permetta loro di vantare l'anzianità lavorativa richiesta per l'indennità. Ma anche gli italiani

⁴⁷ Tale cifra è valida per l'anno 2009, fonte: INPS.

⁴⁸ Calcolo effettuato a partire dalla retribuzione media annua descritta nel paragrafo 5.

dal momento nella gran parte dei casi risultano essere disoccupati prima della carcerazione.

2) *Indennità di disoccupazione ordinaria dopo la detenzione.* L'esclusione dall'attività lavorativa e la rotazione dei posti di lavoro determinano una transitoria interruzione del rapporto di lavoro durante la detenzione; lo stesso non può dirsi per la scarcerazione che, al contrario, lo fa cessare in maniera definitiva. Per tale ragione si deve ritenere che il detenuto possa chiedere, entro 68 giorni dalla scarcerazione, l'indennità di disoccupazione ordinaria per il lavoro svolto in carcere, sempre che abbia gli altri requisiti richiesti (52 settimane di contributi negli ultimi due anni e 2 anni di anzianità). Secondo quanto stabilito dall'art. 19 della L. 56/1987, l'ex detenuto può far valere l'anzianità di disoccupazione per il periodo che ha trascorso in carcere. Alla luce di quanto affermato sopra, però, è difficilissimo per un detenuto riuscire con il solo lavoro penitenziario a raggiungere le 52 settimane di contributi. Diverso il discorso per i detenuti che lavorano in carcere alle dipendenze di privati, per i semiliberi e i detenuti ammessi al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i quali percepiscono le retribuzioni ed i trattamenti contributivi comuni.

3) *Indennità di disoccupazione a requisiti ridotti.* L'accesso dei detenuti a questo tipo di indennità è meno problematico. In primo luogo perché essa non presuppone il licenziamento e non pone pertanto tutti i problemi appena analizzati. In secondo luogo perché non richiede un numero minimo di settimane di contributi versati, al contrario essa può essere concessa solo quando il lavoratore ha versato meno di 52 settimane di contributi. Resta, però, il requisito dell'anzianità contributiva con le medesime problematiche analizzate per l'indennità ordinaria.

Il requisito principale dell'indennità di disoccupazione – poter vantare almeno 78 giorni lavorativi nell'anno solare precedente la domanda – rende questo tipo di misura tutto sommato compatibile con la precarietà del lavoro penitenziario. Inoltre, il modo con cui vengono calcolate le giornate indennizzabili rende l'indennità compatibile con l'organizzazione e le retribuzioni del lavoro in carcere. A differenza dell'indennità ordinaria, in questo caso non è richiesto alcun minimo contributivo settimanale, poiché ai fini del conteggio delle 78 giornate minime indennizzabili anche una sola ora di lavoro effettuata nell'arco di una giornata è considerata come fosse un giorno lavorativo. Si badi bene che questo non comporta che la relativa prestazione di disoccupazione consista nel pagamento dell'intera giornata anche se si è lavorato soltanto una porzione di essa. L'indennità è calcolata, infatti, prendendo in considerazione

la retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore nei giorni indennizzabili. Prima di proseguire si vuol far notare una caratteristica singolare dell'indennità di disoccupazione da lavoro carcerario. Dal momento che l'indennità si basa esclusivamente sul numero di giornate di lavoro svolte e sull'effettiva retribuzione percepita, essa è concedibile solo ai detenuti che svolgono attività lavorativa in carcere – che si è visto essere meno di un quinto della popolazione detenuta – mentre ne sono esclusi tutti gli altri. I pochi detenuti che hanno il privilegio di lavorare, seppure con retribuzioni modeste e assegnati a lavori umili, possono godere, dunque, di una tutela che i detenuti disoccupati al contrario non hanno.

6.5 Il danno contributivo da lavoro penitenziario e la discriminazione dei detenuti disoccupati

Nonostante il formale riconoscimento della possibilità per i detenuti di percepire l'indennità ordinaria di disoccupazione, tale diritto è in buona parte destinato a rimanere sulla carta nel caso del lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione. Le ragioni sono da ricondurre principalmente all'inadeguato numero dei posti di lavoro disponibili, alle modalità di organizzazione del lavoro penitenziario e all'esiguità delle retribuzioni. In particolare, l'assegnazione dei detenuti al lavoro mediante turnazione comporta che il detenuto non riceva mai un atto formale di licenziamento, come sarebbe richiesto per ottenere l'indennità, e impedisce la stabilizzazione dei posti di lavoro che sarebbe necessaria per versare una quantità di contributi previdenziali adeguati.

Questa situazione è dovuta anche al mancato aggiornamento delle mercedi dei lavoranti, che sono ferme all'85% circa dei minimi previsti dai contratti collettivi nazionali del 1993. In conseguenza di ciò i detenuti sono discriminati tanto dal punto di vista retributivo, dal momento che percepiscono salari di gran lunga inferiori a quelli dei cittadini liberi, quanto da quello previdenziale: un detenuto per avere diritto alle medesime prestazioni previdenziali di disoccupazione di un cittadino libero, assunto sulla base dello stesso contratto nazionale, deve lavorare oltre il doppio delle ore.

L'equiparazione dello stato di disoccupazione dei detenuti a quello dei soggetti liberi resta, così, una mera affermazione di principio⁴⁹. Nonostante le garanzie introdotte dall'ord. penit. del

⁴⁹ D'altronde, come già evidenziato, la legge sul collocamento (L. 56/1987) e

1975, bisogna riconoscere che non sono stati fatti sostanziali passi in avanti rispetto al Regolamento 787/1931. La disoccupazione del detenuto era ed è, infatti, un normale effetto collaterale della punizione, una privazione *de facto* che va a sommarsi a quella *ex sententia* della libertà personale. L'unica differenza sostanziale tra il sistema vigente fino 1975 e quello attuale, è che oggi quei pochi detenuti che riescono ad ottenere il privilegio di svolgere mansioni qualificate e percepire retribuzioni dignitose, riescono a godere di una tutela contro la disoccupazione simile a quella che può ottenere un cittadino libero che svolga lavori precari con retribuzioni basse. Questo fenomeno crea all'interno del penitenziario un doppio binario di tutela previdenziale che esaspera le differenze tra le varie categorie detenuti: non-lavoranti, lavoranti comuni (scopini, spesini, portavitto, scrivani) e lavoranti "privilegiati" (cuochi, addetti alla M.O.F., ecc.).

Questa discriminazione è solo in parte attenuata dal fatto che i detenuti lavoranti, non potendo accedere all'indennità ordinaria, possono richiedere l'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti. Si tratta, infatti, di una modesta misura di natura assistenziale che non tutela lo stato di disoccupazione del detenuto, ma che serve solo a compensare in minima parte l'esiguità delle mercedi.

L'adeguamento delle retribuzioni agli attuali contratti nazionali consentirebbe di rimuovere questa discriminazione, a patto che venga seguito da un aumento dei fondi per il lavoro penitenziario. Se i fondi rimanessero quelli attuali, si determinerebbe una situazione in cui l'amministrazione per far fronte all'aumento delle retribuzioni sarebbe costretta a ridurre i posti di lavoro o a fare maggiore ricorso alle turnazioni. La situazione che si verrebbe a creare sarebbe peggiore di quella attuale, perché porterebbe ad una diminuzione del numero di ore lavorate e dei contributi versati per ciascun detenuto, con il conseguente ulteriore abbassamento del livello generale di protezione previdenziale.

l'Ordinamento Penitenziario (L. 354/1975) attribuiscono un diverso significato al lavoro penitenziario. La prima nel riconoscere l'anzianità figurativa per tutto il periodo della detenzione, impone di considerare anche il detenuto lavorante come disoccupato; mentre il secondo lo considera occupato, tanto da imporre all'amministrazione penitenziaria di versare anche i contributi contro la disoccupazione involontaria.

7. Assegni per il nucleo familiare: disciplina generale e penitenziaria

Come per le indennità di disoccupazione la disciplina degli assegni per il nucleo familiare (ANF) è quella comune. Pertanto, si inizierà con l'analizzarne le caratteristiche generali ed i requisiti di legge, per poi soffermarsi sulla sua effettività nella realtà carceraria.

Gli assegni per il nucleo familiare sono una prestazione economica di tipo previdenziale a favore della famiglia del lavoratore elargita per il periodo in cui questi svolge un'attività lavorativa alle dipendenze di terzi.

Gli assegni per il nucleo familiare (ANF) spettano ai lavoratori dipendenti e a quelli parasubordinati. Il lavoratore ha diritto agli ANF quando il reddito del suo nucleo familiare è composto per almeno il 70% da reddito da lavoro dipendente⁵⁰. I familiari del lavoratore sono considerati beneficiari della prestazione economica degli ANF e possono anche riscuotere direttamente l'assegno al posto del richiedente.

Fanno parte del nucleo familiare: chi richiede l'assegno; il coniuge⁵¹; i figli legittimi o legittimati e quelli ad essi equiparati; i figli maggiorenni inabili che si trovano, per difetto fisico o mentale, nella assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi ad un lavoro proficuo; i fratelli, le sorelle e i nipoti del richiedente minori di età – o maggiorenni inabili – a condizione che siano orfani di entrambi i genitori e non abbiano diritto alla pensione ai superstiti.

Il lavoratore può richiedere gli ANF anche qualora questi soggetti non risultino a suo carico, sempre che siano rispettati i limiti di reddito e che almeno il 70% del reddito familiare complessivo derivi da lavoro dipendente.

Gli assegni familiari possono essere richiesti anche per i familiari residenti all'estero purché il lavoratore richiedente sia cittadino italiano o di uno stato membro dell'UE. Gli stranieri non comunitari titolari di permesso di soggiorno che consente lo svolgimento di un'attività lavorativa - compresi i richiedenti asilo e i rifugiati politici - hanno diritto di accedere agli ANF per i

⁵⁰ Il reddito complessivo della famiglia richiesto varia a seconda della composizione del nucleo familiare ed è aggiornato annualmente sulla base dell'indice ISTAT medio annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati.

⁵¹ Il coniuge, per far parte del nucleo familiare, non deve essere separato legalmente o divorziato né avere abbandonato la famiglia. Si considerano non conviventi anche i "separati in casa" cioè coloro che, pur avendo ottenuto la separazione legale o giudiziale, sono stati autorizzati dal giudice, in via temporanea, a vivere nella stessa abitazione (dal sito dell'INPS, www.inps.it).

familiari residenti in Italia⁵². Il T.U. sull'immigrazione ha stabilito che gli ANF non possano essere concessi agli stranieri che hanno un permesso di soggiorno di tipo stagionale⁵³.

Il cittadino non comunitario non può richiedere gli ANF per i familiari residenti all'estero, tranne il caso in cui sia: rifugiato⁵⁴, titolare di protezione sussidiaria ex D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, cittadino di uno Stato estero che riconosca a "condizione di reciprocità" eguali trattamenti di famiglia agli italiani residenti nel suo territorio o abbiano stipulato un'apposita convenzione con l'Italia⁵⁵. In tal caso dovrà ottenere una certificazione consolare attestante la composizione ed il reddito del nucleo familiare residente all'estero.

Come si è visto, il Regolamento 787/1931 non riconosceva il diritto agli assegni familiari⁵⁶. Solo con l'entrata in vigore dell'ord. penit. del 1975 si è arrivati ad un formale riconoscimento del diritto agli assegni familiari per i detenuti. L'art. 23 stabilisce che "ai detenuti e agli internati che lavorano sono dovuti, per le persone a carico, gli assegni familiari⁵⁷ nella misura e secondo le modalità di

⁵² La residenza può essere dimostrata anche con documentazione certa diversa dalla certificazione anagrafica (Corte di Cassazione, sentenza 9 giugno 2004, n. 16795 e INPS, circolare 6 aprile 2004, n. 61).

⁵³ INPS, circolare 3 giugno 1999, n. 123.

⁵⁴ Art. 24, comma 1, lettera b, Convenzione di Ginevra del 1951 (ONU, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, conclusa a Ginevra il 28 luglio 1951) e D.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, di attuazione della direttiva 2004/83/CE recante "Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta".

⁵⁵ L'Italia ha stipulato convenzioni di questo tipo con: Liechtenstein, Norvegia, Islanda, Confederazione Elvetica, Argentina, Australia, Brasile, Canada, Quebec, Capoverde, Croazia, Jersey, Repubbliche ex Jugoslavia, Monaco, San Marino, Stati Uniti, Tunisia, Uruguay, Vaticano, Venezuela. A questi Stati vanno aggiunti anche quelli che hanno sottoscritto i così detti Accordi euromediterranei: Tunisia, Marocco, Algeria e Turchia. Si tenga presente che la Corte di Cassazione ha sostenuto che gli accordi riguardano solo le prestazioni da previdenza sociale e non gli ANF che considera una misura di assistenza sociale (Cass. sez. lavoro, sentenza 29 settembre 2008, n. 24278). Di opinione opposta la Corte di Giustizia europea la quale ritiene che la nozione di "sicurezza sociale" contenuta negli accordi euromediterranei ricomprenda anche l'assistenza sociale e, dunque, anche gli ANF (Corte di Giustizia europea, sentenza 15 gennaio 1998, C-113/97 *caso Henia Babahenini c. Stato Belga*; Corte di Giustizia Europea, ordinanza 17 aprile 2007, *caso Mamate El Youssfi c. Office National des Pensions*).

⁵⁶ Ciononostante i carichi familiari venivano in rilievo in altre situazioni. L'art. 273 del Regolamento stabiliva, ad esempio, una maggiorazione retributiva per gli internati nel caso in cui avessero famiglia a carico. Le rendite INAIL disposte a favore di detenuti ed internati erano maggiorate delle quote per il familiari a carico. Infine, l'INPS garantiva le prestazioni derivanti dall'assicurazione antitubercolosi anche ai familiari (R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, cit., p. 114).

⁵⁷ Come si è visto, gli assegni familiari sono ora denominati "assegni per nucleo familiare", dopo la riforma apportata con L. 153/1988. La terminologia "assegni

legge". Al riconoscimento di tale diritto hanno fatto subito seguito alcune previsioni attuative del regolamento di esecuzione (D.P.R. 431/1976)⁵⁸ e di tre circolari INPS⁵⁹ relative alle modalità di richiesta e di erogazione della prestazioni economiche. Tra queste è di particolare importanza una regola, introdotta dal D.P.R. 431/1976 e confermata dal D.P.R. 230/2000, finalizzata a facilitare l'accesso dei detenuti agli ANF: l'onere di produrre la documentazione attestante il diritto agli ANF è a carico del detenuto e della sua famiglia, ma nel caso in cui essi non siano in grado di assolverlo, la direzione dell'istituto deve sostituirsi a loro e provvedere direttamente (art. 55 D.P.R. 230/2000).

Gli artt. 23 ord. penit. e 55 del D.P.R. 230/2000 stabiliscono che gli assegni non siano versati al detenuto ma direttamente ai suoi familiari, salvo il caso in cui la persona a carico sia incapace, in tal caso "gli assegni sono versati al suo legale rappresentante o, se questi è lo stesso detenuto o internato, alla persona a cui l'incapace è affidato"(art. 55 D.P.R. 230/2000). Con questa eccezione si vuole evitare che il detenuto utilizzi gli assegni familiari per sé e non il mantenimento della famiglia. Gli assegni familiari sono erogati direttamente dall'amministrazione penitenziaria nel caso in cui nel nucleo familiare rientrino solo la moglie o il marito e figli minorenni del detenuto/a, previa autorizzazione dell'INPS nel caso in cui abbia composizione differente.

7.2 Il danno contributivo da lavoro penitenziario e discriminazione delle famiglie dei detenuti lavoranti

Si è già evidenziato come l'alto tasso di disoccupazione carceraria, le turnazioni e l'esiguità delle retribuzioni per il lavoro svolto alle dipendenze dell'amministrazione rendano difficoltoso l'accesso all'indennità di disoccupazione e creino una

familiari" è ancora usata per alcune categorie residuali di tutele soggette a diversa disciplina, nelle quali non rientrano i detenuti. L'art. 23 è, di conseguenza, da interpretarsi alla luce della nuova terminologia, "assegni per il nucleo familiare", adottata dalla L. 153/1988.

⁵⁸ L'art. 52 del D.P.R. 431/1976 imponeva agli Istituti di attivarsi per garantire il diritto agli assegni familiari. I detenuti avevano l'onere di produrre la documentazione attestante i carichi familiari, ma nel caso in cui non lo facessero o non fossero in grado di farlo, la Direzione dell'Istituto aveva l'obbligo di avvisare i familiari affinché potessero provvedere in sostituzione del detenuto e, nel caso in cui neanche loro fossero in grado, la Direzione aveva l'obbligo di provvedere in loro vece.

⁵⁹ INPS, circolari 27 novembre 1975, n.5556 G.S., 10 aprile 1976, n. 5154, e 6 luglio 1977, n. 5582 G.S.

discriminazione dei detenuti lavoranti i quali, a parità di contratto, hanno una contribuzione previdenziale e prestazioni economiche più basse dei lavoratori liberi. Ci si chieda ora quale sia l'impatto di tali fattori sugli ANF. Si può subito evidenziare come siano esclusi dal diritto agli ANF tutti i detenuti che non lavorano, oltre i quattro quinti dell'intera popolazione carceraria, anche se fanno parte di un nucleo familiare che si trovi in stato di indigenza⁶⁰.

Gli ANF possono essere percepiti dal detenuto solo per il periodo in cui lavora e non per i periodi di sospensione tra un turno ed un altro di lavoro. Per i lavoratori a *part-time* vale, infatti, la regola secondo la quale l'assegno spetta nella misura intera (sei assegni giornalieri nella settimana) solo se la prestazione lavorativa settimanale è di durata non inferiore alle 24 ore; in caso contrario spetta l'assegno per il nucleo familiare solo per le giornate in cui vi è stata effettiva prestazione lavorativa. Dai dati più recenti che si hanno a disposizione, relativi all'anno 2003, la media di ore lavorative di un detenuto a *part-time* è 21. A partire dalla constatazione che dal 2003 ad oggi la retribuzione media è diminuita del 25% (5.174 € annue nel 2003 e 3.894 € nel 2009), si può ragionevolmente desumere che oggi il numero di ore lavorate settimanalmente a part time sia di circa 15. Di conseguenza, un detenuto per arrivare ad avere una settimana di assegni dovrebbe lavorarne quasi due.

Anche l'esiguità delle retribuzione percepita, analogamente a quanto avviene per l'indennità di disoccupazione, incide in maniera negativa sulla prestazione economica degli ANF. Le giornate per le quali possono essere erogati gli assegni familiari, infatti, devono essere retribuite non al disotto di 43,49 €⁶¹ (minimale contributivo) e nel caso in cui la retribuzione sia inferiore si sommano le retribuzioni percepite nelle singole giornate sino a raggiungere il minimale. Considerato che un detenuto percepisce una retribuzione settimanale media per il 2009 di 75 €, 11 € al giorno, per avere diritto ad una giornata di indennità da ANF è necessario lavorarne almeno quattro.

Si può affermare, dunque, che anche nel caso degli ANF, come in quello delle indennità di disoccupazione, l'esiguità delle retribuzioni dei detenuti (corrisposte nella misura di 2/3 circa dei minimi previsti dai CCNL) e il mancato adeguamento delle mercedi agli attuali CCNL, comportano che il detenuto abbia

⁶⁰In questo caso gli ANF possono essere richiesti dal coniuge anche per il congiunto detenuto che sia a suo carico.

⁶¹INPS, circolare 2 febbraio 2009, n. 14.

diritto ad un prestazione economica inferiore al cittadino libero che lavori con lo stesso contratto di lavoro per lo stesso numero di ore. Questa discriminazione è particolarmente grave ed ingiustificata dal momento che a farne le spese non è soltanto il detenuto, ma anche la sua famiglia, beneficiaria indiretta degli ANF, che si trova ad essere discriminata per il solo fatto che uno dei suoi membri è recluso in carcere.

8. Le pensioni

8.1 La pensione di vecchiaia e la pensione sociale

La pensione di vecchiaia è uno degli strumenti classici della previdenza sociale (*supra* paragrafo 1). Prevista sin dalle origini nel sistema di protezione sociale italiano⁶², venne ideata per tutelare il lavoratore contro la perdita della capacità lavorativa dovuta all'invecchiamento. Essa si consegue quando si raggiungono i requisiti di età, che attualmente sono di 65 anni per gli uomini e 60 per le donne, e si possono vantare almeno 20 anni di contributi previdenziali. Per ottenere la pensione di vecchiaia occorre aver cessato l'attività di lavoro dipendente. L'attuale sistema di calcolo della pensione varia a seconda dell'anzianità contributiva maturata dal lavoratore al 31 dicembre 1995, data in cui il sistema pensionistico italiano è stato traghettato dal sistema retributivo a quello contributivo⁶³. Dal 1° luglio 2009 è in vigore per le pensioni contributive il *sistema delle quote*⁶⁴.

I lavoratori stranieri hanno diritto alla pensione di anzianità secondo i medesimi requisiti previsti per i cittadini italiani. Fino al 2000 i lavoratori non comunitari che facevano rientro nel paese d'origine, inclusi i detenuti espulsi a fine pena, potevano anche chiedere il rimborso dei contributi pensionistici versati⁶⁵,

⁶² Venne, infatti, introdotta già nel 1898 con la creazione della Cassa nazionale di previdenza, è divenuta obbligatoria per tutti i lavoratori nel 1919.

⁶³ Nel sistema retributivo il diritto alla pensione di vecchiaia si basa sull'anzianità anagrafica e consente di andare in pensione a prescindere dai contributi versati per l'assicurazione pensionistica. La pensione è determinata in proporzione al reddito percepito negli ultimi anni ed in ogni caso non scende al di sotto di alcune percentuali stabilite per legge. In quello contributivo, invece, rileva l'anzianità contributiva e sono richiesti un certo numero di anni di contributi per ottenere il diritto alla pensione di vecchiaia. In tal caso la pensione è determinata in base alla quantità dei contributi versati.

⁶⁴ Per poter accedere alla pensione prima del compimento del sessantacinquesimo anno di età, l'importo della pensione (calcolato in base ai contributi versati) deve essere di almeno 1,2 volte quello dell'assegno sociale (tale limite, per il 2009, è di 490,86 euro).

⁶⁵ Come stabilito dall'art. 22 del T.U. sull'immigrazione.

ma l'art. 8 della legge 30 luglio 2002, n. 189, di riforma del T.U. sull'immigrazione ha stabilito che il lavoratore che faccia rientro nel paese d'origine⁶⁶ non possa vedersi liquidati i contributi versati, ma possa solo chiedere una prestazione pensionistica al compimento del sessantacinquesimo anno di età anche in deroga al requisito contributivo minimo previsto per il pensionamento⁶⁷. L'art. 8 della L. 189/2002 consente di utilizzare i contributi versati dai lavoratori stranieri rimpatriati per pagare le pensioni attuali. Il sistema di finanziamento delle pensioni basato sul "metodo delle ripartizioni" permette che i contributi versati dai lavoratori - migranti o nazionali che siano - non vengano accantonati per il pagamento delle loro future pensioni, ma vengano invece usati per finanziare l'erogazione delle pensioni correnti⁶⁸.

Diversa è invece la situazione dei *lavoratori comunitari, dei rifugiati politici e degli apolidi*, ai quali si applica il Regolamento (CE) 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al *Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*⁶⁹, il quale stabilisce il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazione del lavoratore comunitario che si sposti all'interno dell'UE.

Quei lavoratori che al compimento del sessantacinquesimo anno di età non hanno i requisiti per ottenere una pensione di vecchiaia e si trovino in stato di indigenza, possono ripiegare su una misura di natura assistenziale denominata *assegno sociale*⁷⁰. L'assegno sociale consiste in una prestazione economica mensile di euro 409,05. Per averne diritto è necessario dimostrare di non avere un reddito o di averlo inferiore all'importo dell'assegno⁷¹.

⁶⁶ Questa disciplina si applica genericamente agli stranieri "rimpatriati", dovendosi intendere per tali sia quelli che fanno ritorno spontaneamente nel paese d'origine, sia quelli oggetto di un provvedimento d'espulsione.

⁶⁷ Si veda anche la circolare applicativa INPS 28 febbraio 2003, n. 45.

⁶⁸ La possibilità per gli stranieri rimpatriati di chiedere la restituzione dei contributi versati avrebbe tolto importanti risorse al finanziamento delle pensioni, si pensi che nel 2006 i contributi previdenziali degli immigrati erano pari al 4% del totale. Si vedano in proposito gli articoli comparsi sul Sole 24 Ore del 1 Settembre 2008, pag. 11, di L. Squillaci, *Inps, Il tesoro degli immigrati* e di Maddaluna G. - Papa F. (rispettivamente Dirigente Sviluppo, applicazione e metodi e Direttore Generale area informazione statistica dell'INPS), *I giovani stranieri danno ossigeno ai conti del welfare*.

⁶⁹ Il Regolamento (CE) 883/2004 ha sostituito il Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

⁷⁰ L'assegno sociale è stato introdotto con la riforma delle pensioni del 1995 (legge 8 agosto 1995, n. 335) ed ha sostituito la "pensione sociale", istituita dalla precedente legge 30 aprile 1969, n. 153.

⁷¹ Il reddito considerato per la concessione dell'assegno è costituito dall'ammontare dei redditi personali e coniugali.

Per ottenere l'assegno sociale la legge richiede la cittadinanza italiana, quella di un paese membro dell'UE, ovvero il possesso dello status di rifugiato politico o di soggiornante di lungo periodo. La legge 23 dicembre 2000, n. 388⁷² ha stabilito che le prestazioni di assistenza sociale possano essere concesse solo ai soggiornanti di lungo periodo (titolari di un "permesso di soggiorno CE"⁷³). A questa regola fa eccezione il caso del cittadino non comunitario che si sia spostato, per motivi di lavoro o di studio, all'interno dell'UE (Regolamento (CE) n. 883/2004 e n. 859/2003⁷⁴).

Per ottenere l'assegno sociale è inoltre necessario essere stati residenti in Italia per almeno 10 anni⁷⁵.

8.2 Pensioni e carcerazione

L'assicurazione contro la vecchiaia è diventata obbligatoria per i lavoratori liberi nel 1919, mentre solo nel 1931 il Regolamento 787/1931 l'ha estesa ai detenuti. Fino al 1962, anno in cui è stata stipulata una convenzione tra INPS ed amministrazione penitenziaria, l'assicurazione contro la vecchiaia e quella contro l'invalidità sono state le uniche assicurazioni previdenziali previste, anche se i contributi erano inferiori di circa 1/3 di quelli comuni⁷⁶. La convenzione ha esteso, inoltre, l'assicurazione contro la tubercolosi a tutti i detenuti e quella contro l'invalidità e la vecchiaia agli ergastolani⁷⁷.

⁷² "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)", pubblicata nel Supplemento Ordinario n. 302 alla Gazzetta Ufficiale 29 dicembre 2000, n. 302.

⁷³ Il permesso di soggiorno CE è concedibile agli stranieri regolarmente soggiornanti da almeno cinque anni, titolari di un reddito almeno non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e la disponibilità di un alloggio idoneo (art. 9 del T.U. sull'immigrazione, così come novellato dall'art. 2, comma 3, D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, "Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo").

⁷⁴ Regolamento (CE) N. 859/2003 del Consiglio del 14 maggio 2003 che estende le disposizioni del Regolamento (CEE) n. 1408/71 e del Regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.

⁷⁵ Norma introdotta dall'art. 20 della legge 6 agosto 2008, n. 133. Si tenga presente che la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di tale norma ha stabilito che in linea di principio è legittimo per lo Stato modificare in peggio una tutela di assistenza sociale, quando questa non costituisca un diritto soggettivo costituzionalmente garantito, e che è legittimo subordinare la concessione di misure di natura assistenziale al soggiorno regolare e non episodico in Italia (Corte Cost. sentenza 29-30 luglio 2008, n. 306).

⁷⁶ R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, cit., p. 114 e ss.

⁷⁷ Dopo la convenzione si sono iniziate ad usare marche per il versamento dei contributi di valore pari a quelle usate per i lavoratori liberi. La convenzione stabilì che

E' solo nel 1975 che si arriva, con l'approvazione dell'ord. penit., ad imporre *ex lege* l'obbligo dell'amministrazione di provvedere al pagamento dei contributi previdenziali pensionistici per il lavoro svolto in carcere oppure quello di controllarne l'effettivo versamento da parte del datore di lavoro esterno.

Nonostante il regime contributivo dell'assicurazione contro la vecchiaia da lavoro penitenziario sia formalmente uguale a quello derivante dal lavoro comune, i detenuti ricevono un trattamento differente. Come nel caso delle indennità di disoccupazione e degli ANF questo è dovuto alla regola secondo la quale i detenuti ricevono retribuzioni ridotte rispetto ai lavoratori comuni (2/3 circa del minimo previsto dai CCNL) e al mancato adeguamento ai minimi contrattuali.

Per dimostrarlo si prenda, ad esempio, il caso della pensione di vecchiaia così detta "contributiva". Il detenuto potrebbe usufruirne in tre casi. Nel primo caso dovrebbe aver raggiunto 65 anni di età per gli uomini, 60 per le donne, e versato 5 anni di contributi. Considerato che nel 2009 il minimale contributivo utile settimanale era di 183,10 € e che la retribuzione media settimanale di un detenuto era di 75 € lorde, se ne ricava che per versare cinque anni di contributi sono necessari almeno 12 anni di lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione.

Nel secondo caso, invece, sono richiesti 35 anni di anzianità contributiva e l'età richiesta per la pensione di anzianità, mentre nel terzo, per andare in pensione prima dei 65 anni, si dovrebbe aver maturato contributi tali da avere diritto ad una pensione di importo superiore di 1,2 volte a quello dell'assegno sociale. In questi due casi, nonostante si prescindano dai 5 anni di contributi effettivamente versati, il lavoro penitenziario causa comunque un danno contributivo rilevante dal momento che l'importo della pensione è calcolato a partire dall'effettiva retribuzione percepita e dai contributi versati. Pertanto, il detenuto avrebbe diritto ad una pensione inferiore a quella che gli spetterebbe se avesse lavorato, con lo stesso tipo di CCNL, da libero o in carcere alle dipendenze di un privato.

gli ex ergastolani, liberi per grazia o altro provvedimento di clemenza, che avessero raggiunto al primo luglio del 1962 l'età pensionabile senza aver maturato il minimo contributivo per la pensione, godessero di un vitalizio reversibile (art. 13 legge 12 agosto 1962, n. 1338) pari all'importo della pensione cui avrebbero avuto diritto se fossero stati assicurati. La legge 1338/1962 stabilì inoltre che gli ergastolani detenuti, man mano che avessero compiuto l'età pensionabile, avrebbero avuto diritto ad una integrazione dei contributi previdenziali in modo da permettergli di avere la pensione minima.

Se il detenuto avesse, invece, un'anzianità contributiva al 31.12.95 e volesse andare in pensione con il metodo retributivo dovrebbe avere 1.040 contributi settimanali, ma per raggiungerli solo con il lavoro penitenziario dovrebbe lavorare almeno 2.520 settimane, ovvero 48 anni a dispetto dei 20 anni necessari per un lavoratore libero assunto sulla base del medesimo contratto di lavoro.

Si tenga presente che nel comparare i contributi pensionistici da lavoro penitenziario a quelli da lavoro libero si è presa in considerazione l'ipotesi ottimistica in cui il detenuto abbia accesso al lavoro penitenziario. Il dato di riferimento per calcolare i contributi pensionistici versati dai detenuti altro non è, infatti, che la retribuzione media dei detenuti lavoranti. Come si è visto, però, i detenuti che nell'arco di un anno riescono a lavorare saltuariamente in carcere sono solo 1/5 del totale, mentre gli altri sono disoccupati. Per questi ultimi, il danno contributivo è ancora maggiore che per i primi, dal momento che, ai fini pensionistici, il tempo trascorso in prigione è perduto in maniera irreversibile. Nel caso in cui una persona trascorra lunghi periodi della sua vita in carcere potrebbe non arrivare mai a maturare i requisiti per una pensione di vecchiaia e sarebbe costretto, pertanto, a ripiegare su tutele meramente assistenziali e di importo modesto come, ad esempio, l'assegno sociale.

9. L'invalidità

La capacità lavorativa di un individuo può essere compromessa da un evento accidentale o dal sopravvenire di una patologia fisica o mentale. Nel caso in cui la menomazione sia conseguenza dell'attività lavorativa essa è coperta dall'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Se è dovuta ad un fattore estraneo al lavoro essa è coperta, invece, da altre specifiche forme di tutela di natura assistenziale. Nel primo caso si parla di invalidità per lavoro, nel secondo di invalidità civile.

Per quanto riguarda la specifica situazione dei detenuti, la tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro è oramai pacificamente riconosciuta e non presenta particolari criticità. Essa era già prevista dal Regolamento 787/1931 all'art. 123 ed è stata ribadita dall'art. 20 ord. penit. Più complicato e discusso, invece, l'aspetto relativo all'invalidità civile.

Il presupposto per l'accesso alle tutele sociali contro l'invalidità civile è la perdita parziale o totale della capacità lavorativa (art.

1 della legge 12 giugno 1984, n. 222). La menomazione della capacità lavorativa può dare luogo a diversi tipi di tutele: assegno ordinario di invalidità⁷⁸, pensione di inabilità⁷⁹, prestazione di invalidità civile⁸⁰. Nei primi due casi si tratta di tutele previdenziali che presuppongono il versamento di specifici contributi all'assicurazione generale contro le invalidità gestita dall'INPS. Nell'ultimo caso, invece, si tratta di una misura di tipo assistenziale che viene concessa a persone indigenti che non hanno versato alcun contributo di tipo assicurativo.

I detenuti a causa del danno contributivo da lavoro penitenziario, hanno maggiori difficoltà dei cittadini liberi a raggiungere i requisiti richiesti per le tutele da invalidità civile di tipo previdenziale (assegno ordinario invalidità e pensione inabilità) e sono costretti, perciò, a ripiegare su prestazioni di tipo assistenziale (pensione inabilità da invalidità civile, assegno mensile di assistenza, indennità di accompagnamento). Con le retribuzioni attuali, infatti, un detenuto per accumulare 3 anni di contributi con il solo lavoro penitenziario, dovrebbe lavorarne almeno 7. Le prestazioni economiche da invalidità civile, al contrario, sono compatibili con il lavoro penitenziario, dal momento che non è richiesto che l'invalido abbia versato contributi e che non svolga alcuna attività lavorativa, ma semplicemente che percepisca un reddito basso.

Si deve ritenere che la carcerazione sia compatibile anche con il pagamento dell'indennità di accompagnamento, nonostante la regola secondo la quale all'invalido ricoverato in struttura di lungo degenza con pagamento della retta a carico dello Stato o di un ente pubblico viene sospesa l'elargizione dell'indennità di

⁷⁸ L'assegno ordinario di invalidità è una prestazione economica che viene erogata ai lavoratori dipendenti e autonomi affetti da un'infermità fisica o mentale. Il presupposto per la sua concessione è l'accertamento, effettuato dai medici legali dell'INPS, dell'esistenza di una menomazione fisica o mentale che causi una perdita della capacità lavorativa di almeno i 2/3. La capacità di lavoro dell'assicurato è valutata in relazione ad occupazioni confacenti alle sue attitudini. Vengono, pertanto, in rilievo fattori soggettivi (età, sesso, esperienza professionale e così via) utilizzati per determinare le attitudini del richiedente che vengono, poi, relazionate con i lavori affini espletabili.

⁷⁹ La pensione di inabilità spetta ai lavoratori dipendenti o autonomi affetti da un'infermità fisica o mentale che causi una perdita assoluta e permanente dalla capacità lavorativa della persona.

⁸⁰ Si considerano invalidi civili i cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite che hanno subito una riduzione della capacità lavorativa non inferiore ad un terzo o, se minori di 18 anni, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età. A seconda del grado di invalidità si possono ottenere diversi tipi di benefici, che vanno dall'acquisto gratuito di protesi sino alla corresponsione di un assegno mensile.

accompagnamento (art. 1 comma 3 della legge 11 febbraio 1980, n. 18). La *ratio* di questa previsione è evitare che un invalido che già percepisce una misura assistenziale come quella del pagamento della retta in comunità, ne percepisca una ulteriore che copre lo stesso bisogno, come l'indennità di accompagnamento. La detenzione in carcere, però, non è una misura assistenziale che comporta il pagamento di una retta da parte di enti pubblici o dello Stato, di conseguenza non fa venir meno il diritto all'indennità di accompagnamento⁸¹. In tal senso non rileva neanche la prassi, seguita nei penitenziari, di assegnare ai detenuti con problemi di deambulazione un detenuto, denominato "piantone", che ha il compito di aiutarli negli spostamenti o nello svolgimento delle normali attività quotidiane. Come è stato notato, infatti, questo servizio prescinde completamente dall'accertamento dell'invalidità civile ed è offerto a qualsiasi detenuto con problemi di deambulazione essenzialmente per ragioni di natura logistica e organizzativa⁸².

10. Detenuti stranieri e tutele sociali

Il detenuto straniero ha i medesimi diritti dei detenuti italiani, alcuni dei quali gli spettano *uti captivus* (diritto alla giurisdizione e diritto al trattamento) ed altri *uti persona* (diritto alla salute). La titolarità dei diritti sociali (diritto al lavoro e diritto all'istruzione) deriva dall'art. 1 dell'Ordinamento Penitenziario il quale impone di non discriminare i detenuti in base alla nazionalità o alla razza e di garantire a tutti un paritario accesso al trattamento penitenziario⁸³. Come i detenuti italiani, anche gli stranieri possono essere assegnati al lavoro, dal momento che questo è parte del trattamento penitenziario, e godere dei relativi diritti previdenziali. Il loro avviamento al lavoro verrà fatto sulla base di un codice fiscale rilasciato a partire dai dati anagrafici accertati dall'autorità giudicante (circolare del Ministero della Giustizia

⁸¹ Si tenga presente che la Corte di Cassazione ha stabilito che il ricovero in una struttura pubblica, come ad esempio un ospedale, "non costituisce '*sic et simpliciter*' l'equivalente della retta prevista dall'art.1 comma 3 della legge n.18/1980 e che pertanto l'indennità di accompagnamento può spettare all'invalido civile grave anche durante il ricovero in ospedale, ove si dimostri che le prestazioni assicurate dall'ospedale medesimo non esauriscono tutte le forme di assistenza di cui il paziente necessita per la vita quotidiana" (Cass., Sez. Lav., sentenza 2 febbraio 2007, n. 2270).

⁸² G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, cit., p. 119.

⁸³ Il principio di non discriminazione e di pari accesso al trattamento penitenziario è stato riaffermato di recente dalla Corte Costituzionale, sentenza 5 maggio 2007, n.78.

numero 547671/10 del 12 aprile 1999).

Nel nostro ordinamento esistono, però, anche altre norme che regolano l'accesso degli stranieri ai diritti sociali e, naturalmente, anch'esse dovranno essere applicate ai detenuti nel caso in cui essi siano stranieri. Ci si riferisce alle norme che regolano l'ingresso e la permanenza sul territorio dei migranti e quelle di diritto previdenziale che consentono loro l'accesso al *welfare*.

I diritti sociali riconosciuti agli stranieri che soggiornano sul territorio normalmente possono variare in funzione del differente titolo di soggiorno posseduto. L'attuale sistema prevede che lo svolgimento di un'attività lavorativa non comporti un automatico accesso a tutti i diritti sociali di cittadinanza. Si è creato un sistema articolato per l'accesso degli stranieri ai diritti sociali, basato anche sulla distinzione tra vari titoli di soggiorno per ognuno dei quali sono previste specifiche modalità d'accesso. Ad esempio gli stranieri sprovvisti di autorizzazione a permanere sul territorio sono esclusi dal *welfare*, con delle eccezioni rappresentate dal diritto all'assistenza sanitaria di base⁸⁴ e, se minori, all'educazione⁸⁵; i richiedenti asilo hanno invece un accesso limitato a misure di assistenza sociale minime, diritto all'assistenza sanitaria e, se minori, all'educazione, permesso di lavorare al massimo dopo un anno dalla richiesta di asilo se non hanno ricevuto una risposta (direttiva 9/2003 del Consiglio Europeo); i migranti con permesso di soggiorno temporaneo hanno accesso limitato ai soli benefici del *welfare* legati allo svolgimento di un'attività lavorativa; mentre migranti con permesso di soggiorno a tempo indeterminato (PDS CE) e rifugiati politici (*denizen*) accedono agli stessi benefici sociali dei cittadini.

La condanna penale comporta normalmente la revoca del titolo di soggiorno⁸⁶ e la conseguente formazione di un nuovo

⁸⁴ Il diritto all'assistenza sanitaria agli immigrati anche se illegali e ai loro figli è riconosciuto dal comma 3 dell'art. 35 del T.U. sull'immigrazione, dall'art. 19 della Carta dei Diritti Sociali (Consiglio d'Europa, Strasburgo, 3 maggio 1996, ratificata con legge 9 febbraio 1999, n. 30) come è confermato dall'interpretazione fornita dallo *European Committee of Social Rights* (EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Migrant's rights in the european social charter*, ECSC, Information document prepared by the Secretariat of the ESC, 2006).

⁸⁵ La Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia all'art. 28 stabilisce che gli Stati devono offrire a tutti i minori il diritto all'educazione (Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, New York 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176, pubblicata sulla G.U. n. 135 dell'11 Giugno 1991).

⁸⁶ Il permesso di soggiorno temporaneo viene revocato nel caso in cui il cittadino straniero subisca una condanna penale per tutti i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio (all'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale). Solo nel caso in cui lo straniero abbia la famiglia in Italia, perché ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare

status: straniero detenuto soggiornante. Cercheremo ora di capire, quali diritti previdenziali ed assistenziali siano effettivamente accessibili a partire da questo status. Prima, però, è bene risolvere una questione preliminare.

L'art. 80 della L. 388/2000 nello stabilire che le prestazioni di assistenza sociale sono riconosciute solo ai titolari di permesso di soggiorno di lunga durata (PDS CE), stabilisce anche che quelle di previdenza sociale spettino agli "stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno". Questa norma se applicata alla realtà carceraria comporterebbe che lo straniero detenuto, recluso per meno di un anno in carcere, non avrebbe diritto alla prestazioni di previdenza sociale come le indennità di disoccupazione e gli ANF. Si creerebbe così un contrasto con l'art. 27 Cost. il quale afferma il diritto di tutti i detenuti al trattamento rieducativo, con gli artt. 1 e 20 dell'ord. penit., che riconoscono il diritto di tutti i detenuti al lavoro senza alcuna distinzione basata sulla nazionalità, con l'art. 19 della L. 56/1987 che stabilisce il diritto dei detenuti all'indennità di disoccupazione e, infine, con l'art. 23 ord. penit. relativo al diritto dei detenuti agli assegni familiari.

La *ratio* dell'art. 80 della L. 388/2000 è quella di escludere dalla previdenza sociale i lavoratori con contratto di lavoro stagionale. Infatti, l'art. 25 del T.U. sull'immigrazione esonera i datori di lavoro dal versare i contributi per gli ANF e l'indennità di disoccupazione per gli stagionali⁸⁷. Nel caso dei detenuti stranieri, invece, non è prevista nessuna eccezione all'obbligo di versare i contributi assicurativi contro la disoccupazione e gli ANF (art. 20 ord. penit.). Sarebbe pertanto contraddittorio obbligare, da un lato, l'amministrazione penitenziaria a versare i contributi previdenziali e dall'altro impedire ai detenuti di poter fruire delle relative prestazioni economiche.

(art. 29 T.U. sull'immigrazione), la revoca del PDS non è automatica, ma va bilanciata con l'interesse all'unità familiare. Diversa è invece la situazione dello *straniero recluso che sia titolare di permesso di soggiorno di lungo periodo*. In questo caso, infatti, la condanna penale non comporta l'automatica revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione (per i reati previsti dall'art. 380 e, limitatamente ai delitti non colposi, quelli dell'art. 381 del c.p.p.). L'art. 9 del T.U. sull'immigrazione al comma 7 stabilisce che in caso di condanna penale il permesso CE viene revocato, ma dopo la scarcerazione può essere "rilasciato un permesso di soggiorno per altro tipo".

Nel caso dei *rifugiati politici* la commissione di un reato in Italia non comporta la revoca dello status e del relativo titolo di soggiorno, a meno che non si tratti di un reato particolarmente grave (art. 12 L. 251/2007), come ad esempio quello di terrorismo, di un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità.

⁸⁷ L'art. 25 del T.U. sull'immigrazione esclude infatti i lavoratori stagionali dal diritto agli ANF ed all'indennità di disoccupazione.

Si tenga presente che nel caso dei lavoratori con PDS inferiore all'anno, l'esclusione dagli ANF e dalla disoccupazione presuppone l'esistenza di un contratto di lavoro la cui durata è predeterminata ed accettata dal lavoratore. Nel caso del lavoro penitenziario, però, la durata del rapporto di lavoro non viene stabilita alla costituzione dello stesso. La rotazione lavorativa è, infatti, decisa discrezionalmente dall'amministrazione penitenziaria ed è imposta al detenuto. La durata del rapporto varia, inoltre, in relazione a quella della pena che, però, dipende da una serie di variabili non predeterminabili alla costituzione del rapporto di lavoro. Ad esempio, nel caso in cui il detenuto venga messo a lavoro quando è ancora in custodia cautelare, non si ha una sentenza di condanna definitiva e un fine pena certo.

Per tali ragioni si deve ritenere che l'art. 80, nella parte in cui stabilisce che i diritti di previdenza sociale spettano solo ai titolari di PDS superiore all'anno, non sia applicabile al lavoro penitenziario.

11. Danno contributivo da lavoro penitenziario e detenuti stranieri

Si è sostenuto che i detenuti stranieri al pari degli italiani hanno diritto al versamento dei contributi previdenziali sulla base del combinato disposto degli artt. 1 e del 20 dell'ord. penit. Nel caso degli stranieri, però, il godimento effettivo delle tutele previdenziali è limitato, oltre che dalle criticità dovute all'organizzazione del lavoro penitenziario e all'esiguità delle retribuzioni già analizzate, anche da altri fattori specifici.

In primo luogo, gli stranieri possono risultare sfavoriti rispetto agli italiani nell'assegnazione ai lavori più qualificati e meglio retribuiti. Nonostante i dati ufficiali ci dicono che la distribuzione dei posti di lavoro in relazione alla nazionalità sia ben bilanciata, da uno studio condotto sul NCP di Sollicciano emerge che i lavori meglio retribuiti e più qualificati sono assegnati prevalentemente ai detenuti italiani⁸⁸. Nel 2008 i detenuti italiani lavoratori, il 34% del totale, hanno ricevuto il 44,4% dell'importo totale delle mercedi annue. Inoltre, risulta che la retribuzione annua media di un detenuto è di 1.109 €, ma quella degli stranieri si aggira intorno ai 930 €, mentre quella degli italiani è di 1.459 €. Le spiegazioni di questo differente trattamento retributivo sono molteplici.

⁸⁸G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, cit., p. 288.

Innanzitutto, risulta evidente che il sistema di assegnazione al lavoro, basandosi esclusivamente sull'anzianità di detenzione, privilegia i detenuti che hanno una presenza continuativa nei singoli istituti penitenziari. Gli stranieri hanno in genere una presenza poco stabile dal momento che sono maggiormente interessati dal *turn over* di ingressi/uscite dalla libertà e dalla mobilità carceraria interna⁸⁹. Inoltre, nel corso dell'indagine etnografica si è riscontrata l'opinione diffusa degli operatori penitenziari secondo la quale i detenuti stranieri sono raramente in possesso della competenza e dell'esperienza necessaria per svolgere lavori qualificati.

Questo fenomeno comporta che essi versino meno contributi e che godano, pertanto, di una tutela previdenziale inferiore a quella degli italiani. A questo si aggiunga che, anche se lo straniero durante la detenzione dovesse riuscire a versare i contributi richiesti, non avrebbe comunque il diritto di chiedere l'indennità di disoccupazione ordinaria alla scarcerazione. Lo straniero, infatti, a causa dei divieti posti dal testo unico sull'immigrazione, una volta scontata la pena non potrà ottenere il permesso di soggiorno, sarà espulso oppure resterà irregolarmente sul territorio. In entrambi i casi l'ex detenuto straniero non potrà godere dell'indennità di disoccupazione, dal momento che questa può andare a coprire solo lo stato di disoccupazione del lavoratore che soggiorni regolarmente in Italia nel periodo in cui viene elargita la prestazione economica (Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 3 settembre 2008, n. 22151). Infine si tenga presente che gli stranieri reclusi molto raramente riescono ad avere diritto all'indennità di disoccupazione per il lavoro svolto prima della detenzione: nella gran parte dei casi erano irregolari e non avevano alcun contratto di lavoro.

L'esclusione degli stranieri dai lavori più stabili comporta anche che abbiano trattamenti economici da ANF inferiori a quelli degli italiani. Le retribuzioni più basse comportano, infatti, la riduzione delle giornate per le quali hanno diritto agli ANF. Il fatto poi che i detenuti stranieri siano sottoposti ad una maggiore mobilità carceraria interna li costringe a continui periodi di sospensione dal lavoro, periodi per i quali non si ha diritto agli ANF dal momento che questi possono essere elargiti solo per le giornate in cui si lavora.

⁸⁹ Nel 2009 di stranieri entrati dalla libertà sono stati 40.073 a fronte di un numero di detenuti stranieri presenti a fine anno di 24.067, mentre gli italiani entrati dalla libertà sono stati 47.993 a fronte di un numero di presenti di 40.724 (Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria). Inoltre, gli stranieri sono più facilmente soggetti a trasferimenti da istituti ad istituto dal momento che di solito non hanno legami socio-familiari sul territorio di detenzione.

Si tenga presente, inoltre, che se il detenuto non è comunitario potrà richiedere gli ANF solo per i familiari residenti in Italia, per quelli residenti all'estero potrà farlo solo nel caso in cui sia rifugiato, titolare di protezione sussidiaria ex D. Lgs. 251/2007, cittadino di uno Stato estero che riconosca a "condizione di reciprocità" eguali trattamenti di famiglia agli italiani residenti nel suo territorio o abbiano stipulato un'apposita convenzione con l'Italia⁹⁰. Incrociando i dati relativi alla nazionalità dei detenuti forniti dall'Amministrazione Penitenziaria con l'elenco degli stati con i quali esistono convenzioni, si ricava che circa il 40% dei detenuti sono esclusi dalla possibilità di avere gli ANF per familiari residenti all'estero⁹¹.

Secondo quanto riferito dallo Sportello Documenti e Tutele, che si occupa delle pratiche per gli ANF dei detenuti della provincia di Firenze, gli stranieri incontrano numerose difficoltà ad ottenere dall'Ambasciata una certificazione attestante la composizione ed il reddito del suo nucleo familiare. Nonostante una circolare del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, la numero 0444878 del 14 gennaio 2002, stabilisca che nel caso di certificazioni incomplete sui dati dei familiari a carico dei detenuti, spetti all'amministrazione competente contattare i rispettivi Consolati per espletare le necessarie verifiche, i detenuti stranieri sono scoraggiati dall'avviare la pratica a causa della mancanza di documenti di identità validi, senza i quali i tempi d'attesa sono estremamente lunghi.

Per quanto riguarda le pensioni, al danno contributivo causato dall'esiguità dei contributi versati per il lavoro penitenziario, si aggiungono i limiti della normativa per l'accesso degli stranieri alla previdenza e all'assistenza sociale. Inoltre, uno straniero difficilmente riesce a cumulare i periodi di lavoro svolti in carcerazioni diverse. Numerosi detenuti stranieri, sprovvisti di documenti, ad ogni ingresso in carcere dichiarano delle generalità diverse, nella speranza che le autorità non risalcano ai precedenti reati. In altri casi, invece, il loro nome viene trascritto in maniera errata nei verbali di arresto, per difficoltà nella translitterazione dalla lingua di origine all'italiano. In entrambi i casi il risultato è che il detenuto viene registrato ed assegnato al lavoro ogni volta con un *alias* ed un codice fiscale diverso, di conseguenza anche i contributi pensionistici sono versati con nomi differenti.

⁹⁰ Per l'elenco degli stati convenzionati si rimanda alla nota numero 54.

⁹¹ G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, cit., p. 302.

Nel caso in cui il detenuto straniero fosse prima dell'arresto in carcere irregolare o titolare di PDS di breve durata, salvo rare eccezioni, dopo la scarcerazione verrà rimpatriato oppure resterà irregolarmente sul territorio. In caso di rimpatrio non è prevista la liquidazione dei contributi versati durante la carcerazione per la pensione contro la vecchiaia, ma l'ex-detenuto rimpatriato potrà goderne al compimento del sessantacinquesimo anno di età nel proprio paese d'origine (art. 8 della l. 189/2002). In ogni caso si tenga presente che lo straniero detenuto di solito ha una posizione contributiva frammentata e legata a plurime false identità che potrebbe chiarire mentre è ancora detenuto denunciando la sua vera generalità, ma non una volta che sarà stato rimpatriato.

Vi è poi un altro aspetto che merita di essere evidenziato. Mentre i detenuti italiani in mancanza dei contributi necessari per la pensione di vecchiaia possono ripiegare sull'assegno sociale, gli stranieri, invece, che compiano in carcere i 65 anni di età e siano in possesso dei requisiti di reddito necessari per l'assegno sociale, non possono richiederlo se non hanno almeno 10 anni di residenza regolare in Italia.

Diverso è, invece, il caso in cui lo straniero prima dell'arresto fosse stato titolare di un PDS CE. Come si è visto, questo gli sarà revocato con la condanna, ma all'uscita potrà ottenere un PDS di altro tipo che gli potrebbe consentire, nel caso in cui continui a svolgere attività lavorativa, di utilizzare realmente i contributi previdenziali versati durante la detenzione.

Per quanto riguarda, invece, il diritto dei detenuti stranieri alle prestazioni da invalidità, secondo quanto stabilito originariamente dall'art. 80 della L. 388/2000 gli stranieri non possono accedere alle prestazioni economiche da invalidità civile di natura assistenziale, dal momento che queste richiedono che lo straniero sia titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata (PDS CE). La Corte Costituzionale, dopo una serie di sentenze (Corte Cost. 29-30 luglio 2008, n. 306, e 23 gennaio 2009, n. 11) che ponevano alcuni problemi interpretativi⁹², ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 80 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità del PDS CE la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Corte Cost. sentenza 28 maggio 2010, n. 187).

Nessun dubbio sussiste, invece, circa il diritto dei detenuti

⁹² Caputo, *Carcere e diritti sociali*, cit., pp. 179-185.

stranieri non comunitari ad ottenere le prestazioni di invalidità di tipo previdenziale (assegno ordinario invalidità e pensione invalidità) dal momento che queste hanno base contributiva e, pertanto, non rientrano in ogni caso nell'ambito di applicazione dell'art. 80. Inoltre, esse non prevedono alcuna clausola di residenza. Tali prestazioni sono, però, inaccessibili di fatto a causa dell'esiguità dei contributi previdenziali da lavoro penitenziario.

12. Stranieri e welfare penitenziario

Dalla disamina appena effettuata sull'accesso alla previdenza e all'assistenza sociale dei detenuti stranieri, si possono trarre alcune considerazioni conclusive. Si è sostenuto che la reclusione opera un livellamento dei diversi status legali dei migranti. Prima della detenzione, infatti, ad essi è riconosciuto un livello di inclusione entro il *welfare* che può variare anche in funzione del tipo di titolo di soggiorno posseduto. Durante la detenzione, invece, il loro *status* viene degradato a quello di "straniero detenuto regolarmente soggiornante" a causa delle norme che prevedono la revoca dei titoli di soggiorno in caso di condanna penale⁹³. In quanto detenuti, essi godranno di tutti i diritti previsti dall'ordinamento penitenziario, incluso quello al lavoro e all'inserimento entro il sistema assicurativo previdenziale (art. 27 Cost. e artt. 1 e 20 ord. penit.). Pertanto, essi saranno legittimati a richiedere prestazioni previdenziali, come le indennità di disoccupazione gli assegni familiari, e quelle assistenziali alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale 187/2010. Solo nel caso in cui la detenzione si protragga per lunghi periodi essi potranno accedere anche a quelle prestazioni di assistenza sociale per le quali la legge richiede la permanenza non episodica sul territorio, come ad esempio l'assegno sociale che può esser concesso dopo 10 anni di residenza.

Il carcere conferisce ai detenuti stranieri che prima delle detenzione erano sprovvisti di titolo di soggiorno, uno *status* di regolarità che consente loro l'inserimento entro il sistema di protezione sociale. L'istituzione penitenziaria rappresenta, dunque, la principale agenzia pubblica attraverso la quale gli stranieri irregolari possono accedere al *welfare*. Si tratta, però, di un meccanismo che consente un'inclusione sociale parziale e

⁹³ Artt. 4 e 5 T.U. sull'immigrazione per i titolari di PDS, art. 9 T.U. sull'immigrazione per i titolari di PDS CE, artt. 13 e 18 D.lgs 251/2007 per rifugiati e titolari protezione sussidiaria.

temporanea. Il *welfare* penale ha caratteristiche che lo rendono diverso dal *welfare* sociale, nonostante la formale equipollenza. Entrambi fanno conseguire l'elargizione di alcuni benefici economici allo svolgimento di un'attività lavorativa, ma la peculiarità del lavoro penitenziario li rende inevitabilmente diversi. Si è visto, infatti, come il carcere non permetta ai detenuti un accesso paritario alle tutele previdenziali, se non a quelle che hanno una natura più marcatamente assistenziale, come ad esempio l'indennità con requisiti ridotti che, nella realtà carceraria, ha la sola funzione di alleviare lo stato di indigenza dei detenuti. Quello penale è, dunque, un *welfare* povero e di natura meramente assistenziale.

Il *welfare* penale, oltre a non offrire prestazioni equivalenti a quelle del *welfare* sociale, non tratta i suoi utenti in maniera paritaria. Esso differenzia i detenuti lavoranti dai non lavoranti, i lavoratori a *full time* da quelli a *part-time*, quelli addetti a mansioni qualificate da quelli addetti ai servizi domestici. In questo meccanismo di distribuzione del lavoro gli stranieri tendono ad essere svantaggiati e, anche a causa dei limiti posti dalla normativa sull'accesso degli stranieri alle tutele sociali, sono mantenuti ai margini del *welfare* penale.

In ogni caso l'inclusione degli stranieri detenuti entro il sistema di protezione sociale nazionale è temporaneo. Esso dura solo per il periodo della detenzione in carcere e cessa con la scarcerazione, poiché nella gran parte dei casi lo straniero non sarà in grado di ottenere un valido titolo di soggiorno. Alla scarcerazione gli stranieri non potranno usufruire dei contributi previdenziali versati durante la carcerazione, nonostante l'amministrazione abbia pagato per loro l'assicurazione contro la vecchiaia e contro la disoccupazione involontaria. Al contrario di quanto avviene per i detenuti italiani, per i quali la carcerazione comporta solo una compressione temporanea dei diritti previdenziali, dovuta alla mancanza di lavoro in carcere e all'esiguità dei contributi, che cesserà al momento della scarcerazione, quando potranno far valere il periodo della detenzione ai fini del computo dello stato di disoccupazione, godere dei contributi previdenziali versati a fini pensionistici o ripiegare sull'assegno sociale, richiedere l'indennità ordinaria di disoccupazione e, infine, ottenere gli ANF non richiesti durante la detenzione.

13. Considerazioni conclusive

L'esclusione dal mercato del lavoro e la disoccupazione

coattiva costituiscono effetti collaterali della condanna penale le cui conseguenze possono perdurare anche dopo la scarcerazione. Come si è visto, infatti, la carenza di posti di lavoro penitenziario e l'esiguità delle retribuzioni sono causa di un danno contributivo per i detenuti. Quelli esclusi dal lavoro penitenziario, che costituiscono circa i 4/5 del totale, sono privati della possibilità di accantonare quei contributi necessari per usufruire delle assicurazioni previdenziali che garantiscono protezione contro rischi sociali comuni come la vecchiaia, la malattia o la povertà. Il mancato versamento dei contributi, se protratto nel tempo, può causare in taluni casi un'esclusione sociale irreversibile. Si prenda ad esempio il caso della pensione di anzianità, essa presuppone una quantità tale di contributi che se un individuo dovesse interromperne il versamento anche solo per pochi anni, potrebbe forse non riuscire mai a maturare un'adeguata anzianità contributiva e si vedrebbe costretto a rinunciare e a ripiegare sulla più modesta pensione sociale. Tale fenomeno è frutto di una tacita accettazione dell'idea che la detenzione in carcere comporti un'esclusione o un accesso ridotto al welfare. Alla privazione della libertà personale, limitata nel tempo e circoscritta da tassative prescrizioni normative, si aggiunge un sottile ed imponderabile dispositivo di esclusione sociale in cui effetti sono spesso imprevedibili.

Per quella minoranza di detenuti che hanno accesso al lavoro, invece, il danno contributivo prende la forma di una discriminazione causata dal diverso trattamento retributivo riservato al lavoro penitenziario. Infatti, un detenuto per avere diritto alle medesime prestazioni previdenziali di un cittadino libero, assunto sulla base dello stesso contratto nazionale, deve lavorare il doppio delle ore, come nel caso dell'indennità di disoccupazione o della pensione di vecchiaia, o addirittura il triplo, come in quello degli assegni per il nucleo familiare. Tale discriminazione sarebbe giustificata, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 1087/ 1988, dal fatto che il lavoro penitenziario è da considerarsi parte del trattamento volto "al riadattamento del detenuto alla vita sociale, all'acquisto o lo sviluppo dell'abitudine al lavoro e della qualificazione professionale che valgono ad agevolare il reinserimento nella vita sociale". La compressione del diritto ad un trattamento retributivo congruo, previsto dall'art. 36 della Costituzione, sarebbe dunque bilanciata, secondo il ragionamento della Corte, dalla predisposizione nei penitenziari di una serie di attività lavorative e formative volte al reinserimento sociale e lavorativo dei condannati.

Non si può fare a meno di notare che nella realtà il lavoro

penitenziario non presenta le caratteristiche necessarie per assolvere al nobile compito che la Suprema Corte gli attribuisce. Bisogna, infatti, tenere conto di un contesto nel quale, per stessa ammissione dell'amministrazione penitenziaria, il trattamento penitenziario consiste in "una serie di attività trattamentali rivolte alla popolazione detenuta nel suo insieme, attività che spesso assumono il senso di un 'intrattenimento. [...] La differenza che passa tra le attività di intrattenimento ed il trattamento individualizzato, è che le prime – di cui non si nega ovviamente la validità e la rilevanza nella difficile gestione della complessità del carcere - servono sostanzialmente a riempire dei tempi altrimenti vuoti, a smorzare le tensioni, a rendere occupato un tempo "inoccupato", a garantire spazi di socialità, avendo presumibilmente anche una positiva ricaduta di significato sui singoli detenuti"⁹⁴. Come si è visto, la ricerca empirica condotta nell'ambito del progetto di ricerca *Crime repression costs in context*⁹⁵, che sta alla base del presente articolo, ha evidenziato che le norme dell'ordinamento penitenziario che rispondono alla *ratio* di finalizzare il lavoro penitenziario allo sviluppo dell'attitudine al lavoro e della qualificazione professionale, come ad esempio quelle contenute nell'art. 20, siano nei fatti inapplicabili. Tali constatazioni fanno dunque venir meno quella giustificazione addotta dalla Corte per legittimare il diverso trattamento retributivo e contributivo dei detenuti lavoratori. Giustificazione che appare ancor più infondata se si tiene presente che la riduzione del salario dei detenuti rispetto agli *standards* contrattuali comuni va, come si è visto, ben al di sotto dei limiti consentiti dall'ordinamento essendo ferma ai contratti nazionali di categoria del 1993.

⁹⁴ Circolare Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Direzione Generale dei detenuti e del trattamento, Ufficio IV "Osservazione e trattamento intramurale", Prot. GDAP-0394105-2003.

⁹⁵ Vedi *supra* nota 17.

GIURISPRUDENZA

Magistrato di sorveglianza di Cuneo – dec. 11 gennaio 2010 – est. Falcone – cond. X.Y.

Ritenuta l'ammissibilità del reclamo ex art. 35 e rilevati il mancato rispetto dello spazio minimo vitale all'interno della cella, così come definito dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, e l'insufficienza delle ore di permanenza all'aperto per i detenuti sottoposti al regime c.d. di alta sicurezza, si ordina all'amministrazione penitenziaria di adottare i provvedimenti opportuni per adeguare le condizioni detentive agli standard definiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

(artt. 35, 69 l. 26 luglio 1975, n. 354)

UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI CUNEO

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Premesso

Che xxxxx, ristretto presso la Casa di Reclusione di Saluzzo, in data xxxxx, ha proposto reclamo, a norma dell'art. 35 dell'Ordinamento lamentando la violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo, come applicato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo conseguente alla condizione di sovraffollamento dell'Istituto penitenziario ove è ristretto, richiamando la sentenza del 16 luglio 2009 emessa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Sulejmanovic/Italia- ricorso n. 22635/03) richiedendo di essere

allocato in una cella sufficientemente areata ed illuminata con luce naturale, in cui possa godere di un proprio spazio individuale di almeno sette metri quadrati, con servizi igienici separati e tali da poterne usufruirne al riparo dagli sguardi degli altri detenuti, e di essere autorizzato a permanere fuori dalla propria camera detentiva per almeno otto ore al giorno, potendo usufruire delle aree di socialità, del cortile del carcere e di qualunque altro spazio che non costringa la permanenza forzata in cella.

Acquisite le note del 29.09.09 e dell'8.10.09 della Direzione della Casa di Reclusione di Saluzzo e la relazione di servizio del 22.09.09 e la nota del Direttore del 25.09.09 allegate;

Osserva quanto segue

Il reclamo generico previsto dall'art. 35 O.P. è lo strumento con il quale il detenuto può attivare i poteri attribuiti in via generale al Magistrato di sorveglianza dall'art. 69 O.P. commi II e V ultima parte.

Dette norme stabiliscono che il Magistrato di sorveglianza "esercita la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità della legge e dei regolamenti" e "impartisce nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati".

La questione prospettata dal detenuto richiama l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo impone allo Stato di assicurarsi che le condizioni detentive di ogni detenuto siano compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente assicurate.

La recente sentenza resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul caso Sulejmanovic/Italia ha condannato il Governo italiano per violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, imponendogli di indennizzare una persona detenuta per un periodo di tempo in condizioni tali da ledere il rispetto dell'umanità nel trattamento penitenziario dei detenuti.

Come ha ricordato la Corte, ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione, « Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della

Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente permette di riparare solo in parte alle conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa. »

La giurisprudenza europea richiama le direttive emanate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), secondo cui ciascun detenuto dovrebbe poter trascorrere almeno otto ore al giorno fuori della cella e che lo spazio disponibile per ciascun detenuto nelle celle dovrebbe essere di 7 mq, con una distanza di 2 metri tra le pareti e di 2,50 metri tra il pavimento e il soffitto.

Tali parametri vanno ponderati – secondo la Corte Europea – con altri aspetti delle condizioni detentive. Tra di essi figurano la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base.

Ad avviso della Direzione Penitenziaria di Saluzzo la presenza di tali fattori connessi alla stessa modalità di gestione delle specifiche condizioni dei singoli detenuti consente di rendere il limite minimo inderogabile quello dei tre metri quadrati a persona individuato dalla Corte come standard minimo di vivibilità anche in condizione di sovraffollamento, e non quello dei 7 metri quadrati richiamato nel reclamo.

Nel caso di specie, invero, il detenuto, ristretto in sezione "Alta Sicurezza" risulta avere a disposizione una camera detentiva di 9,35 metri quadrati circa, condivisa con un altro detenuto, in condizioni di capienza massima tollerabile, con una disponibilità a persona di 4,75 metri quadrati circa.

Le ore di permanenza fuori dalla cella sono stabilite in cinque ore giornaliere per i detenuti nel settore "Alta Sicurezza", come indicato nella circolare D.A.P. n. 3359/5809 del 21.04.1993, nelle quali non vengono conteggiati i tempi di utilizzo delle docce e dei locali adibiti a lavatoi.

Per quanto riguarda invece i detenuti in regime ordinario, vige il sistema a celle aperte, dalla ore 8,30 alle ore 19,00, con una chiusura temporanea per motivi tecnici dalle ore 11,30 alle ore 12,30 e dalle ore 15,30 alle ore 16,00, per complessive nove ore trascorse all'aperto.

Nel caso del detenuto ristretto in Sezione "Alta Sicurezza", si rileva sia il mancato rispetto del limite di disponibilità di metri quadrati per ciascun detenuto indicato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (7 metri quadrati a fronte di una disponibilità di 4,75

metri quadrati circa in condizione di sovraffollamento relativa alla capienza massima tollerabile), che rendono le condizioni di vita del detenuto non tollerabili, sia l'insufficienza delle cinque ore giornaliere trascorse all'aperto, non rispettandosi in condizione di sovraffollamento carcerario nessuna delle due condizioni principali contenute nelle raccomandazioni del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti richiamate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

P.Q.M.

Visti e applicati gli artt. 35 e 69 O.P.,

ACCOGLIE il reclamo proposto da xxxxx.

MANDA alla Direzione della Casa di Reclusione di Saluzzo, al Provveditorato Regionale per l'Amministrazione Penitenziaria per il Piemonte e la Valle d'Aosta, al Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria – Ministero della Giustizia, in Roma per l'adozione dei provvedimenti ritenuti necessari e più opportuni per l'adeguamento alla presente decisione.

Manda alla Cancelleria per le comunicazione di rito.

Cuneo, 12 gennaio 2010

Il Magistrato di Sorveglianza
Dott. Pier Marco Salassa

**PRIMI EFFETTI DELLA DECISIONE DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
SULEJMANOVIC CONTRO ITALIA**

LAURA CESARIS

All'indomani della emanazione della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo Sulejmanovic contro Italia¹ è sorta immediata la domanda in merito a quale sarebbe stato l'impatto sulla realtà carceraria a fronte del numero sempre più elevato di detenuti presenti negli istituti penitenziari italiani (a fine aprile 2010 erano circa 67.445). Infatti, come è noto, con questa sentenza è stata ritenuta integrata la violazione dell'art. 3 Cedu in relazione ad una detenzione sofferta da un cittadino bosniaco in una cella di 16,20 metri quadrati condivisa con altre cinque persone, con la possibilità di godere dell'ora d'aria per sole quattro ore e mezza al giorno. La Corte prende in esame la disciplina contenuta nell'ordinamento penitenziario italiano, in particolare la previsione dell'art. 6 relativa alle caratteristiche degli edifici penitenziari e delle celle, che è diretta a garantire condizioni di vita rispettose della dignità della persona, e le disposizioni del regolamento di esecuzione, secondo cui i «locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura, aerati, riscaldati ove lo condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale (art.6 reg. esec.)». Questa specificazione mira, allo stesso modo, a garantire condizioni di vita degne di una persona, impedendo il ricorso a luoghi di detenzione, che per le loro caratteristiche siano tali da concretare situazioni lesive dei diritti della persona². Queste disposizioni si ritrovano nelle Regole penitenziarie europee (2006/2), secondo cui i locali di detenzione, in particolare quelli destinati al pernottamento, devono

¹ Corte eur. dir. uomo 16 luglio- 16 novembre 2009, Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03, che ha preso in esame il ricorso di un cittadino bosniaco, il quale era stato recluso nell'istituto di Roma-Rebibbia in una cella di 16,20 m² con altri 5 detenuti per 4 mesi (e per circa due mesi con 6), avendo così a disposizione 2,70 m² circa e potendo uscire dalla cella solo per 4 ore e trenta minuti.

² Luoghi privi di finestre o con finestre schermate sono, quindi, ad esempio banditi dal sistema. In realtà per impedire comunicazioni visive o per garantire l'incolumità dei detenuti si provvede spesso a dotare le finestre di schermature (c.d. bocche di lupo), che comunque non possono impedire il passaggio d'aria.

avere caratteristiche tali da rispettare la dignità delle persone e della vita privata, garantendo le condizioni igieniche e sanitarie minime indispensabili. La Corte ha citato proprio queste nonché i parametri elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, secondo cui dovrebbe essere garantito a ciascun recluso altresì uno spazio minimo di almeno 7 metri quadrati, e a cui ha fatto spesso riferimento per l'accertamento della eventuale violazione dell'art. 3 Cedu, ritenendo che una detenzione sofferta in simili condizioni integri i trattamenti disumani e degradanti vietati dallo stesso art. 3 Cedu.

Quel che più rileva nella decisione è ancora una volta l'affermazione del rispetto della dignità delle persone, qualunque siano i reati commessi, e il dovere, correlato, per lo Stato di impedire modalità esecutive, che eccedano il livello inevitabile di sofferenza insito nella privazione stessa della libertà, venendo ad incidere sulla salute e sul benessere delle persone recluse. L'art. 3, infatti, impone agli Stati non solo di garantire condizioni di detenzione compatibili con il rispetto della dignità umana, ma anche di vigilare perché siano rispettate sempre e ovunque, pur tenuto conto delle esigenze connesse alla detenzione stessa³. Questo è un profilo particolarmente importante per la valutazione della sussistenza della violazione, come viene sottolineato anche nella opinione concorde allegata alla decisione stessa, e al quale forse si sarebbe dovuta dedicare maggiore attenzione, perché il disinteresse e l'inerzia dello Stato nei confronti delle condizioni detentive degli istituti penitenziari è parimenti colpevole e riprovevole e cade sotto la scure dei giudici di Strasburgo.

La Corte, pur riconoscendo di non essere in grado di quantificare lo spazio minimo vitale, sottolinea che in questa operazione entrano in gioco molti fattori, tra cui, da un lato, la durata della privazione della libertà, le condizioni fisiche e psichiche del detenuto, il sesso, l'età, e, dall'altro le modalità concrete dell'esecuzione, quali ad esempio l'aerazione e la illuminazione della cella, il riscaldamento, l'accesso riservato ai servizi igienici, la possibilità di avvalersi di cure mediche di base, la possibilità di godere di ore d'aria. E fra questi elementi non vi è dubbio che il sovraffollamento occupi uno spazio importante sotto il profilo dell'art. 3, venendo ad assumere risalto autonomo⁴. Pur tuttavia vi sono situazioni nelle quali la

³ Cfr. Corte eur. dir. uomo 26 ottobre 2000, Kudła c. Polonia, n° 30210/96, § 92 s.

⁴ Corte eur. dir. uomo 15 luglio 2002- 15 ottobre, Kalachnikov c. Russia, n. 47095/99, § 93 ss.

carezza di spazio è così macroscopica da costituire di per sé un trattamento disumano e degradante, come quando si disponga di uno spazio inferiore a tre metri quadrati (quello di cui godeva il ricorrente nel caso specifico all'esame della Corte)⁵.

Con questa decisione la Corte sembra voler riaffermare il valore assoluto del principio espresso nell'art. 3 Cedu e soprattutto mira ad accrescere la tutela contro trattamenti inumani e degradanti. Si tratta ancora una volta di un severo monito rivolto agli Stati, e nella specie all'Italia, affinché si adoperino per evitare situazioni di degrado nelle carceri e in tutti i luoghi di detenzione: il sovraffollamento non può e non deve costituire un alibi per tollerare condizioni di vita disumane ed indegne di un Paese che si dichiara civile.

Assicurare uno spazio minimo vitale (individuato dalla Corte in tre metri quadrati) è certo apprezzabile e fondamentale, ma non è sufficiente, a mio avviso, perché sia rispettata la dignità di una persona. Anzi, si potrebbe verificare il rischio che l'amministrazione penitenziaria provveda nel senso indicato dalla Corte, cioè riesca a consentire quello spazio minimo di tre metri quadrati indicato dalla Corte, senza, tuttavia, contestualmente garantire condizioni all'interno degli istituti penitenziari degne di una persona e in linea con quanto affermato nell'ordinamento penitenziario, nelle Regole penitenziarie europee e nei Rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Come ben ha sottolineato la Corte europea, anche le modalità di esecuzione rilevano nel rendere una detenzione contraria al principio espresso nell'art.3 Cedu così che – lo si ribadisce – assicurare solo lo spazio minimo di tre metri quadri non metterebbe al riparo dalle censure della Corte.

Il decreto del magistrato di sorveglianza di Cuneo sopra riportato cerca di dare attuazione alla decisione dei giudici di Strasburgo, a fronte di un reclamo con cui un detenuto sottoposto al regime detentivo differenziato definito di "alta sicurezza" chiedeva di essere collocato in una cella più ampia di quella assegnatagli (in cui aveva a disposizione circa 4,75 metri quadri) e soprattutto chiedeva di poter godere di un numero di ore d'aria maggiore di quello previsto per il regime di "alta sicurezza"⁶. Nel

⁵ Cfr. tra le molte Corte eur. dir. uomo, 12 marzo 2009, A. Makarov c. Russie, n.15217/07; Corte eur. dir. uomo 6 dicembre 2007 Lind c. Russie, 25664/05; Corte eur. dir. uomo 22 ottobre 2009-22 gennaio 2010, Orłowski c. Polonia, n. 17885/04).

⁶ A partire dagli anni novanta l'amministrazione penitenziaria ha adottato circuiti differenziati volti a garantire elevati livelli di sicurezza: il circuito "ad elevato indice di vigilanza" (EIV), destinato a detenuti per delitti di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine democratico, nonché a coloro che fossero stati sottoposti al regime differenziato *ex art.41-bis* comma 2 ord. penit. e a cui fosse stato revocato tale

provvedimento in esame si fa riferimento ai parametri individuati/elaborati dal Comitato per la prevenzione della tortura e utilizzati in generale dalla Corte europea⁷, parametri che comunque devono essere valutati unitamente ad altri fattori, quali il numero di ore d'aria, l'aerazione e l'illuminazione, la presenza di servizi igienici separati, specie se vi sia sovraffollamento, come già si è ricordato.

Sulla base della constatazione che la permanenza nella cella e l'assegnazione al regime differenziato non assicurava né lo spazio minimo indicato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura né le altre condizioni cui si è fatto cenno, il magistrato di sorveglianza ha ordinato alla amministrazione penitenziaria di adottare i provvedimenti ritenuti necessari e opportuni per ottemperare al decreto.

Come si può facilmente constatare, la decisione va al di là di quanto affermato dalla Corte europea, imponendo il rispetto dei parametri del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, cioè dello spazio minimo vitale, e soprattutto un numero di ore di permanenza all'aperto più ampio, proprio perché ci si trova in una situazione di sovraffollamento.

Se è pur vero che, secondo quanto affermato di recente dalla Corte costituzionale con la sentenza 266/2009⁸, il magistrato di sorveglianza impartisce prescrizioni od ordini «il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue», ci si chiede tuttavia in che modo si possa porre rimedio alla situazione denunciata, soprattutto sotto il profilo dello "spazio minimo": la capienza dichiarata dall'Amministrazione penitenziaria di 44000 circa posti risulta ampiamente saturata a fronte del dato di 67445 detenuti. Il "piano carceri" già varato nel 2009 e riproposto nel gennaio del

regime; ed il circuito "alta sicurezza", che è stato tradizionalmente destinato a detenuti e internati appartenenti alla criminalità organizzata e individuati sulla base del mero titolo detentivo. Con circolare n. 3619/2009 i due circuiti sono stati unificati nel nuovo circuito "alta sicurezza", a sua volta suddiviso in vari sottocircuiti. Il circuito prevede "la rigorosa separazione dagli altri detenuti di quelli in esso inseriti, l'uso di strutture sicure dal punto di vista edilizio e, quanto più possibile, dal punto di vista degli apparati e dispositivi elettronici e meccanici, il massimo della sicurezza dal punto di vista della gestione soprattutto per quanto riguarda la sorveglianza". Tutte le attività penitenziarie (come i passeggi, i colloqui, i momenti di socialità, le attività scolastiche, di formazione professionale, lavorative, religiose, ricreative, sportive) devono svolgersi all'interno della sezione intesa come l'insieme della zona strettamente detentiva e di quella direttamente connessa.

⁷ Corte eur. dir. uomo 15 luglio 2002- 15 ottobre, Kalachnikov c. Russia, n. 47095/99, § 97.

⁸ Cfr. Corte cost. 8 ottobre 2009, n. 266.

2010 prevede la costruzione entro la fine del 2012 di nuovi istituti o l'ampliamento di quelli già esistenti per arrivare ad una capienza di 80000 posti.

Il rischio allora è che nel frattempo i detenuti vengano trasferiti da un carcere all'altro, a seconda che provvedimenti come quello in esame siano o meno adottati, così che la soluzione del problema viene solo rinviata o demandata ad altri, con l'unica certezza (questa sì) che il numero dei detenuti non è certo destinato a diminuire. Gli interventi normativi, specie di questi ultimi due anni, hanno infatti innalzato i limiti edittali per molte ipotesi delittuose e hanno introdotto nuove fattispecie penali, prevedendo quindi quale unica risposta quella detentiva.

La soluzione del problema non sta tanto nella costruzione di nuove carceri (pur necessarie ma non sufficienti) quanto piuttosto in scelte di politica criminale che abbandonino l'impostazione carcerocentrica. Ma una tale soluzione non appare certo vicina.

La sensazione davvero amara è che vi sia, da un lato, quasi una sorta di resa di fronte ad una situazione sempre più drammatica e dall'altro che quel *surplus* di afflittività che ne deriva sia considerato come connaturato alla esecuzione stessa della pena. Il pregio allora della decisione in esame è quello di richiamare l'attenzione sulla situazione drammatica delle carceri e di rivolgere un monito forte, più ancora che un ordine, alla amministrazione penitenziaria perché provveda a garantire quegli *standard* minimi già indicati dalla legge penitenziaria del 1975, ribaditi nel regolamento del 2000, riaffermati nelle regole minime penitenziarie ed ora imposti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Anche se è preoccupante e sconcertante che si renda necessario un provvedimento giurisdizionale per garantire ciò che la legge penitenziaria indica come condizioni minime essenziali di vita all'interno degli istituti.



RECENSIONE
A CURA DI GIUSEPPE DI GENNARO

Valerio Lucarelli
Vorrei che il futuro fosse oggi.
Nuclei Armati Proletari
Ribellione, rivolta, lotta armata
Ed. L'ancora s.r.l., 2010

“Nella sfilza di libri dedicati alla lotta armata nessuno ha mai avvertito la necessità di raccontare la vicenda dei NAP”.

Così scrive Valerio Lucarelli nel ‘preludio’ al suo libro.

Eppure la storia dei NAP non può essere ignorata se si vuole avere un quadro completo delle turbolenze sociali e dei movimenti terroristici che hanno percorso gli anni ‘70.

Portare alla luce e alla memoria la vicenda dei Nuclei Armati Proletari, conoscerne e comprenderne le motivazioni, le ambizioni e le gesta sono, poi, di assoluta importanza per i teorici e i pratici del sistema penitenziario e per chiunque rivolga al carcere e ai carcerati la sua attenzione.

Infatti nella pleora dei movimenti, generati o rinvigoriti dalle sommosse del ‘68, che con diverse modalità e tensioni perseguivano il sogno della sovversione, i Nuclei Armati Proletari si ritagliarono un loro spazio. Messe al bando le elucubrazioni politiche e le filosofie astratte che caratterizzarono altri movimenti i NAP, pur mantenendo contatti con gli ideologi di Lotta Continua e con gli affiliati alle Brigate Rosse, scelsero, in autonomia, il loro terreno di battaglia e gli obiettivi da raggiungere: il carcere e la liberazione dei dannati della terra, la rivolta degli infimi, gettati al margine della società, contro il potere che li opprime.

Quindi non strategie di lungo raggio e durata ma una guerra immediata contro i gestori dell’oppressione con la meta di abbattere, oggi e non domani, le mura del carcere e dei manicomi giudiziari.

Consapevoli o ignari i nappisti traducevano in azione gli insegnamenti di Ervin Goffman che aveva individuato nelle istituzioni totali l’espressione concreta dell’ingiustizia del potere.

L’ispirazione del movimento sorge nel carcere, l’esperienza carceraria istruisce e motiva i primi proletari militanti dei NAP a cui si aggiungono, poi, anche alcuni figli apostati della borghesia.

L’impulso ad agire, reso ardente dalla rabbia del sopruso, li

spinge a compiere azioni audaci per l'autofinanziamento e per colpire il sistema carcerario.

Si susseguono risultati alterni ma in una guerra disperata contro un nemico imbattibile essi lasciano sul campo uno dopo l'altro il meglio del loro sparuto esercito. Con il passare del tempo e con l'indebolimento della struttura il loro sogno si scolora e si dissolve nella realtà.

Valerio Lucarelli, con intelligenza e impegno, ha saputo ricostruire in tutto il suo tormentato procedere la storia dei NAP. Lo ha fatto con serietà di metodo conducendo una indagine che si è avvalsa di una importante documentazione, che egli ha accuratamente rintracciato, ma, soprattutto, della viva testimonianza dei sopravvissuti protagonisti di questa storia.

La lettura del testo è affascinante e, al tempo stesso, conturbante. Chi legge senza pregiudizi avverte imperiose le domande: Dove erano la verità e la giustizia? Da una sola parte? Di chi le colpe? Tutte da una sola parte?

Le vicende narrate sono ormai storia, esse appartengono al passato. Ma le riflessioni che questa storia suggerisce appartengono al nostro presente e al nostro futuro.

Non c'è dubbio, quale che sia il giudizio che può darsi sui Nuclei Armati Proletari, che la loro storia ci lascia un insegnamento che, se onestamente appreso, può agevolare l'avvicinamento ad un futuro migliore.



RECENSIONE
A CURA DI LUCA MORGANTE

Angela Giannetto, Nunzio Cosentino,
*La violenza che uccide. Per una comprensione della psiche e
dell'internamento del folle-reo. Presentazione di Antonio Vitolo.
Post fazione di Adriano Zamperin,*
Aracne editrice. Roma, 2010

«La violenza non è figlia dell'immediato, imprevedibile,
sconvolgente presente.

La violenza non è un incidente di percorso, un rumore improvviso
che deflagra, stridendo con una quotidianità spesso monocromatica
costellata di sequenze e azioni dal sapore indefinito e rassicurante.
La violenza non è un'eccezione e neanche un frutto del caso.
Nonostante ciò spesso essa stupisce e scandalizza»¹.



L'origine e l'espressione della "psiche violenta", ma anche
la genesi, il quadro normativo, i rilievi di incostituzionalità e
le proposte di riforma della misura di sicurezza del ricovero
in ospedale psichiatrico giudiziario sono alcuni degli ambiti di
riflessione e ricerca condotta dagli Autori in un articolato lavoro *La
violenza che uccide. Per una comprensione della psiche dell'internamento
del folle-reo*. Un contributo interessante elaborato da due "addetti ai
lavori" impegnati sia sul campo della ricerca teorica che nella prima
linea come operatori presso un ospedale psichiatrico giudiziario,
una delle sei strutture manicomiali presenti in Italia (Barcellona
Pozzo di Gotto, Aversa, Napoli, Montelupo Fiorentino, Reggio
Emilia e Castiglione delle Stiviere), ospitanti circa 1.500 internati,
strutture sopravvissute alla legge n. 180 del 13 maggio 1978 ("Legge
Basaglia") e al passaggio delle sanità penitenziaria al sistema
sanitario nazionale. Angela Giannetto, psicologa di formazione
analitica junghiana, è dottore di ricerca presso la cattedra di
criminologia dell'università degli studi di Messina, dove insegna al
master di criminologia, è inoltre docente a contratto di psicologia
generale presso l'università degli studi di Enna e di psicologia



¹ A. GIANNETTO – N. COSENTINO, Ivi, p. 29.



sociale presso l'ateneo di Messina. Nunzio Cosentino è dottore di ricerca e cultore della materia in criminologia presso l'università di Messina e docente a contratto presso la facoltà di scienze politiche dell'ateneo peloritano.

Il volume si compone di sei densi capitoli, dei quali i primi tre – i più impegnativi sul piano della riflessione teorica - esplorano e approfondiscono alcune caratteristiche dei soggetti che manifestano condotte violente, prendendo in esame quel processo evolutivo che costituisce l'origine di tali configurazioni psichiche, «la dimensione degli affetti dominata prevalentemente da rabbia, odio e vendicatività, il riverbero di essi nell'azione violenta, l'assetto onnipotente del Sé»². Prendendo le distanze da ogni tendenza alla semplificazione e ad ogni forma di “riduzionismo etiologico” e in sintonia con le linee di sviluppo della criminologia contemporanea, gli Autori attingono a diversi ambiti disciplinari nel tentativo di avvicinarsi ad una comprensione pluridimensionale dei fenomeni connessi alla devianza, al crimine, ai meccanismi di potere e controllo sociale. Particolarmente ricca e composita, dunque la bibliografia cui gli autori fanno riferimento, che spazia dal racconto di Kafka *Primo dolore*³, nel quale viene assunta la figura dell'*equilibrista* come uno dei tanti suoi personaggi che sono l'emblema della solitudine, dell'anomalia, della marginalità, ai classici della sociologia⁴ e della psicoanalisi⁵, sino ad arrivare agli studi e alle riflessioni più recenti⁶, sull'esplorazione della personalità di soggetti autori di omicidio che «hanno tentato di individuare le caratteristiche psicologiche degli stessi, riconducendo tali tratti a quadri clinici conosciuti»⁷. In particolare, ricordano opportunamente gli Autori, il disturbo antisociale di personalità, così come viene individuato e definito dal *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition, Text Revision*, risulterebbe essere l'assetto psicopatologico più diffuso tra chi ha commesso un crimine violento, senza che questo implichi l'obbligo di costringere la complessità di ognuno di tali soggetti all'interno della stessa rigida cornice diagnostica.

² Ivi, introduzione, p. 23.

³ F. KAFKA, *Il messaggio dell'imperatore*, Adelphi, Milano, 1981.

⁴ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1961.

⁵ M. KLEIN, *Il nostro mondo adulto e altri saggi*, Martinelli, Firenze, 1972.

⁶ cfr. per esempio gli interessanti riferimenti a: G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano 2000; R.D. HARE, *La psicopatia. Valutazione diagnostica e ricerca empirica*, edizione italiana a cura di V. Caretti e A. Schimmenti, Astrolabio, Roma 2009; A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Cortina, Milano, 2009.

⁷ Ivi, p. 39.

Gli Autori tengono poi a precisare che, nell'identificazione diagnostica del quadro psicopatologico caratterizzante i soggetti protagonisti di reati particolarmente violenti, i comportamenti devianti valutati come pericolosi e dannosi per la società sono riscontrabili non solo in coloro che presentano un disturbo antisociale di personalità ma anche nei soggetti psicopatici. Ci si domanda allora che cosa differenzi la psicopatia dal disturbo antisociale di personalità.

Giannetto e Cosentino affrontano il problema, rifacendosi in particolare agli studi di Robert Hare⁸, sostenendo che tratto «caratteristico della psicopatia è innanzitutto una totale mancanza di empatia, di sensibilità nei confronti degli altri, l'incapacità di instaurare rapporti interpersonali affettivamente significativi, in quanto privi di profondità e di autenticità emotiva, l'assenza di inibizioni (che potrebbe essere scambiata talvolta per coraggio, ma è un tratto che si avvicina di più all'avventatezza, ad un deficit nella percezione del rischio), l'assenza di coscienza morale, di senso di rammarico e di colpa. Si tratta di individui che esercitano una particolare fascinazione sugli altri, ma i cui crimini sono spesso così efferati da suscitare orrore e repulsione.

La freddezza e l'indifferenza dello psicopatico impressiona soprattutto in relazione al suo modo di commettere delitti anche molto violenti senza alcun riguardo per il dolore e la sofferenza inferta alle vittime. Non si tratta però mai di delitti d'impeto, ma di azioni distruttive quasi casuali, in quanto non proiettate nel futuro, ma che insorgono nell'attimo presente di fronte alla percezione di una "buona opportunità" da cogliere subito nell'immediatezza dell'«hic et nunc»⁹.

Si osserva che in questa, peraltro attenta e puntuale, ricognizione condotta dagli Autori su "l'origine e le espressioni della psiche violenta" nell'ambito delle più recenti ricerche in chiave psicoanalitica ma anche psico-sociale, non è presente alcun cenno alla *General Strain Theory*, uno degli apporti teorici più interessanti, dovuto a Robert Agnew, professore di sociologia della delinquenza alla Emory University di Atlanta, che attualmente sta destando una notevole attenzione nella comunità scientifica internazionale¹⁰. Un riferimento a questo nuovo e non trascurabile

⁸ R.D. HARE, *La psicopatia. Valutazione diagnostica e ricerca empirica*, cfr. nota precedente.

⁹ Ivi, p. 41.

¹⁰ R. AGNEW, *Why Do Criminal Offend. A General Theory of Crime and Delinquency*, Oxford University Press, Usa, 2007.

paradigma interpretativo della devianza avrebbe fornito maggiore completezza all'*excursus* presentato dagli Autori.

Ma forse, come sostiene Antonio Vitolo nella *Prefazione*¹¹, il volume raggiunge il suo livello più cospicuo e originale nel capitolo quarto (*Quando la violenza è chiamata follia: storie di internati*) in cui vengono riportate storie e ricostruzioni psicobiografiche di tre internati autori di delitti memorabili e quindi, indicati con nomi di "fantasia", *Mattia il menhir*, *Giacomo matricida per droga*, *Tobia l'architetto mancato*, e la non menzione dell'Ospedale psichiatrico Giudiziario ospitante, nel tentativo di tutelarne la *privacy*.

Viene dunque in questa parte presentata ai lettori una ricerca di tipo qualitativo su tre internati autori del reato di omicidio. Con loro sono stati condotti dei colloqui psicologici, procedendo anche alla raccolta di dati significativi dalle cartelle personali riferite sia all'area pedagogico-trattamentale che a quella medico-psichiatrica, senza trascurare di raccogliere informazioni rilevanti acquisite attraverso il confronto con gli altri operatori istituzionali che avevano in carico i singoli casi. Questa metodica ha consentito agli Autori di raggiungere un approfondimento psicobiografico, privilegiando il punto di vista criminologico-clinico e utilizzando, quindi, anche teorie e strumenti psicoanalitici, indispensabile a cogliere significati e valenze dell'azione violenta.

Dall'attenta ricostruzione della trama esistenziale di uomini che hanno improvvisamente ucciso, gli Autori deducono e mettono in evidenza come l'ὕβρις per eccellenza, quella omicidiaria, non sia, per quanto tragico, un evento *semplicemente anomalo e dissonante*, bensì parte della storia di vita di chi l'ha commessa, «rappresentando una realizzazione drammatica di scenari intrapsichici imperniati su nodi complessuali particolarmente dolorosi e su stratificazioni di tipo psicopatologico»¹².

Un'altra considerazione presente nella quarta parte del volume che si ritiene qui di mettere in evidenza, è quella relativa allo iato esistente fra la descrizione che l'autore del reato fa di sé e della propria storia e la descrizione "ufficiale" costruita dalle istituzioni e dai *mass-media*. Questa differenza non è di poco rilievo per chi conduce indagini in ambito criminologico e sottolinea la necessità di condurre analisi psicologiche e ricostruzioni biografiche sui singoli casi che consentano di approssimarsi ad un'adeguata comprensione delle tensioni criminali presenti negli attori di reati violenti. In questo modo il «reato violento ricondotto così al

¹¹ Ivi, p. 13.

¹² Ivi, p. 130.

reo come “persona totale” e come parte di un contesto sociale e identitario, cessa di essere solo una ricostruzione mediatica, che è poi il ricettacolo delle proiezioni collettive e l’amplificatore delle angosce che attraversano la società contemporanea»¹³.

Gli ultimi due capitoli (il quinto e il sesto) dell’interessante lavoro svolto da Giannetto e Cosentino affrontano il tema del “destino” dei cosiddetti “folli-rei”. Gli autori ricordano come una delle aporie insite nel sistema legale del nostro Paese sia quella che tenta di risolvere il dilemma circa la capacità d’intendere e di volere, dunque l’imputabilità, di chi commette gravi reati come l’omicidio. Come sappiamo, chi, sulla base di valutazioni peritali, viene riconosciuto infermo per vizio totale di mente, viene automaticamente prosciolto dall’accusa del reato imputatogli, stabilendo un’equazione, in una prospettiva ancora pienamente lombrosiana, tra reato e malattia.

Il problema è che questa “etichetta diagnostica” applicata all’omicida riconosciuto incapace di intendere e di volere finisce in molti casi non ad orientare percorsi di approfondimento del caso, di conoscenza delle motivazioni individuali e socio-ambientali che hanno determinato l’azione violenta, ma a delineare il profilo di una pena meramente retributiva, con gli incerti limiti temporali propri della misura di sicurezza, determinata nel minimo ma non nel massimo.

Il destino del folle-reo sarà quello di essere espulso dal circuito penitenziario ordinario, per essere “dirottato” nell’ospedale psichiatrico giudiziario, istituzione denominata sino alla legge di riforma dell’ordinamento penitenziario del 1975, “manicomio criminale”, nata nel 1876 presso l’antica casa penale per invalidi di Aversa, con un semplice atto amministrativo, per volontà dell’allora direttore generale degli Istituti di prevenzione e pena, Martino Beltrani-Scalia, con l’intenzione di colmare il ritardo legislativo in materia di istituzione di manicomi per delinquenti folli¹⁴. Il mandato istituzionale dell’ospedale psichiatrico sarebbe quello di fornire cure specialistiche, elaborando poi un trattamento riabilitativo e contenitivo finalizzato ad evitare la reiterazione dell’evento-reato ed ad assicurare al suo autore gli interventi terapeutici e riabilitativi necessari al superamento di quella condizione di “pericolosità sociale” che ne aveva richiesto l’internamento. Gli Autori si chiedono, retoricamente, quanto di questa intenzionalità

¹³ Ivi, p. 131.

¹⁴ Cfr. A. BORZACCHIELLO, *La grande riforma. Breve storia dell’irrisolta questione carceraria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Nuova serie, a. IX, n. 2-3. p. 119.

terapeutica si traduca poi in reali ed efficaci prassi che vadano oltre la mera contenzione. Di fatto, molto spesso, l'unica esigenza cui si cerca di far fronte è quella del contenimento e della "difesa sociale".

Altro problema cruciale affrontato nel volume in esame è quella della durata dei periodi di internamento non sempre correlata alla gravità del fatto-reato. La legge, infatti, stabilisce che il minimo periodo di internamento nell'ospedale psichiatrico giudiziario è tanto più lungo (2, 5 o 10 anni) quanto più grave è stato il fatto-reato, mentre il periodo massimo è indeterminato, non essendo corrispondente alla gravità del reato commesso, quanto alla «capacità contrattuale sociale» dell'internato.

Questo può comportare, anche se oggi meno frequentemente di un tempo, che la mancata previsione legale del periodo massimo dell'internamento, produca la permanenza di alcuni soggetti anche per decine di anni (i cosiddetti "ergastoli bianchi"), a volte a fronte di reati bagatellari, penalizzando proprio i soggetti socialmente più deboli e indifesi, privi di validi aiuti e riferimenti affettivi, familiari, economici. Protratte permanenze "a tempo indeterminato" conducevano inevitabilmente ad ulteriori gravi deterioramenti del quadro psichico generale, eliminando in questo modo la sia pur minima possibilità di una favorevole restituzione del soggetto ad una accettabile vita di relazione e alla società libera.

Perlomeno a partire dalla seconda metà degli '70 del secolo scorso, molte sono state le proposte, non solo a livello legislativo, in tema di riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari e numerose sono state le decisioni della Corte costituzionale¹⁵ che hanno mitigato le derive di una norma giuridica basata sulla nozione, ampiamente da rivedere sia nell'impostazione teorica che nelle sue applicazioni pratiche, di pericolosità sociale. Di fatto, la realtà è rimasta a tutt'oggi invariata nella sua drammaticità, come ha messo anche in evidenza la recente relazione a cura della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale (sopralluoghi effettuati nei sei ospedali psichiatrici giudiziari tra giugno e luglio 2010), dalla quale emerge una situazione di generale degrado, con la significativa eccezione di Castiglione delle Stiviere, che si configura come struttura essenzialmente sanitaria e dove una

¹⁵ Sulla questione della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario cfr. ad es.: Corte cost., sentenza del 18 luglio 2003, n. 253, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (*Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale.

convenzione stipulata tra l'azienda ospedaliera "Carlo Poma" di Mantova ed il Ministero della Giustizia sembra aver dato risultati incoraggianti.

L'apprezzabile lavoro di Giannetto e Cosentino si conclude ripercorrendo le tappe che hanno segnato i tentativi di riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari; vengono ricordati gli episodi eclatanti degli anni '70 che scossero fortemente l'opinione pubblica, i suicidi nel 1978 dei due direttori di Aversa e Napoli S. Efremo, le spinte abolizioniste e le speranze in gran parte frustrate successive alla legge n. 180 del 1978, gli aspetti contraddittori del progetto di legge governativo del 12 ottobre 1979, le proposte "alternative" provenienti dal mondo accademico, dal volontariato più consapevole, dalle istruzioni locali più sensibili, sino ad arrivare al recente passaggio della sanità penitenziaria al sistema sanitario nazionale (DPCM 1 aprile 2008), con il quale sembrano aprirsi nuovi possibili interventi e percorsi per il superamento, o almeno sostanziale mutamento, degli ospedali psichiatrici.

In particolare ci si sofferma sull'impegno della Regione Toscana, dove negli ultimi anni si sono registrati avanzati livelli di dibattito in parte confluiti nella Deliberazione della Giunta Regionale n. 693 dell'8 settembre 2008, atto costitutivo del "Centro regionale di coordinamento per la salute in carcere". Ma i ritardi relativi ai trasferimenti di risorse destinate alla sanità penitenziaria dal Ministero dell'Economia alle Regioni, le difficoltà e incomprensioni in sede di Conferenza unificata, le resistenze corporative e culturali presenti anche in consistenti settori degli stessi operatori sanitari, non lasciano intravedere una transizione rapida e risolutiva. Eppure è proprio sul ruolo che gli Enti locali saranno in grado di interpretare nel prossimo futuro che si giocheranno – a parere di chi scrive – le concrete possibilità di creare e gestire strutture autenticamente impegnate nella cura e nella riabilitazione degli internati.

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

La collaborazione è aperta agli studiosi ed esperti di ogni indirizzo e Paese. Sulla pubblicazione di scritti e contributi originali (forniti su supporto informatico in Word e copia cartacea conforme) che, anche se non pubblicati, non saranno restituiti, decide il Comitato di Direzione.

I contributi dovranno contenere nell'ordine: Titolo; Nome (per esteso) e Cognome degli Autori; Qualifica e/o Ente di appartenenza; Sommario comprensivo dei titoli dei paragrafi; Testo con note; Bibliografia.

Per finalità interne alla Redazione, si invitano inoltre gli Autori a fornire un recapito telefonico, postale e di posta elettronica.

N.B. Per la compilazione degli articoli, delle note e dei riassunti si consiglia di attenersi alle seguenti norme:

a) le indicazioni bibliografiche nelle note comprenderanno, nell'ordine suggerito e separate da virgole, le seguenti informazioni:

Autore (Iniziale del nome + Cognome), Titolo ed eventuale Sottotitolo (in corsivo), Luogo di edizione, Casa editrice, Anno di pubblicazione, Pagina/e di riferimento.

Es. : T. Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 66

b) Per opere citate in una nota non immediatamente precedente sarà ripetuto il Cognome dell'Autore e il titolo, seguiti dall'abbreviazione "cit." in tondo, e dal nuovo riferimento alla pagina.

Es. : Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., pp. 68-80

c) Se di un Autore è citata sempre la stessa opera, si può ripetere solo il Cognome seguito dall'abbreviazione "*op. cit.*" in corsivo, che sostituisce anche il titolo.

Es.: Padovani, *op. cit.*, p. 70

d) Se un'opera è stata citata nella nota appena precedente, tutti i dati bibliografici che rimangono inalterati possono essere sostituiti dall'abbreviazione "*ibid.*" in corsivo, seguita dai nuovi riferimenti (pagina/e, volume, etc.).

e) Le citazioni di articoli da riviste porteranno in corsivo sia il titolo dell'articolo sia della testata, separati dalla dizione "in" e seguiti dai dati identificativi del fascicolo. La stessa formula si adatterà per la citazione di testi pubblicati in volumi collettivi, per i quali si eviterà - ovunque possibile - l'indicazione AA.VV. (Autori Vari).

Es.: S. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, X, 2-2006

f) Per la Bibliografia finale si seguirà lo stesso criterio di citazione descritto sub a), ordinando l'elenco per l'ordine alfabetico dei Cognomi e citando i Nomi possibilmente per esteso.

Inoltre:

Le parole straniere saranno in corsivo; si userà il segno " " (doppi apici) sia per le citazioni, sia per termini di particolare evidenza.

Eventuali note esplicative o discorsive saranno poste a piè di pagina.

La lunghezza consigliata degli elaborati corrisponde a circa 25 cartelle dattiloscritte (30 righe x 70 caratteri).

La Rassegna penitenziaria e criminologica è consultabile in internet all'indirizzo www.rassegnapenitenziaria.it

Finito di stampare nel marzo 2012

Stampa a cura del



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna