



*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

IL LAVORO PENITENZIARIO E I DIRITTI DEL DETENUTO LAVORATORE*

**Premio Giovani Studiosi – Premio Tesi di Laurea “Marco Biagi” edizione 2006*

di **GIULIANA VANACORE**

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. LE ORIGINI STORICHE DEL LAVORO PENITENZIARIO IN FORMA SISTEMATICA – 3. EVOLUZIONE LEGISLATIVA DELLA DISCIPLINA – 4. LE FORME DI LAVORO PENITENZIARIO E I MECCANISMI DI ACCESSO ALLO STESSO – 5. IL CARATTERE OBBLIGATORIO DEL LAVORO PENITENZIARIO – 6. LA DISCIPLINA RELATIVA AGLI IMPUTATI DETENUTI – 7. I DIRITTI DEL DETENUTO LAVORATORE – 7/A. I DIRITTI SINDACALI – 7/B. LA RETRIBUZIONE – 7/C. LA DURATA DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA E IL DIRITTO ALLE FERIE DEL DETENUTO LAVORATORE – 8. LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Working paper n. 22/2006

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

Premessa

Il lavoro penitenziario è un tema tanto complesso quanto troppo spesso dimenticato.

La complessità dell'argomento è naturale conseguenza dell'intrecciarsi, a fianco di quelle considerazioni di stampo giuridico che costituiranno l'oggetto di questo studio, di importanti valutazioni di natura sociologica ed economica che, data la brevità della trattazione che segue, non avremo purtroppo modo di approfondireⁱ. Basterà soltanto ricordare, a esemplificazione della laboriosità della materia in esame, quanto il lavoro penitenziario riproduca e amplifichi tutte quelle contraddizioni e difficoltà nelle quali si dibatte l'annosa questione delle pene alternative al carcere e, prima ancora, della funzione stessa della pena.

Tema, dicevamo, troppo spesso dimenticato.

È soltanto a partire dai primi anni '70, infatti, che la dottrina giuslavoristaⁱⁱ si è avvicinata alla materia del lavoro penitenziario e al connesso riconoscimento dei diritti civili nascenti in capo a coloro che svolgono un'attività lavorativa in stato di detenzione, questioni fino ad allora relegate ad una visione esclusivamente penale e penitenziaria, tesa soltanto alla salvaguardia dell'istanza punitiva e alla tutela della collettività nei confronti del reo.

Ed è appunto la compresenza di queste opposte prospettive (di sicurezza e di custodia da una lato, di tutela dei diritti del detenuto lavoratore dall'altro) a caratterizzare la materia oggetto del nostro studio: "Il problema peculiare del lavoro penitenziario, inteso come lavoro caratterizzato soggettivamente dalla condizione di detenuto prestatore di lavoro, è quello del continuo intersecarsi tra situazioni giuridiche nascenti dal rapporto di lavoro e istanza punitiva dello Statoⁱⁱⁱ".

2) Le origini storiche del lavoro penitenziario in forma sistematica

Ai fini di una corretta ed esaustiva analisi della materia, procediamo con il delineare, seppur brevemente, il quadro storico, politico ed economico che condusse alla moderna affermazione del lavoro penitenziario in **forma sistematica**.

L'origine storica del lavoro penitenziario è strettamente correlata all'affermazione della pena detentiva nella sua forma di privazione della libertà personale.

Ma se la genesi delle moderne istituzioni penitenziarie può essere ascritta all'epoca dell'Illuminismo, con l'abbandono delle pene corporali e il ridotto ricorso alla pena capitale, l'affermarsi e l'organizzazione sistematica del lavoro penitenziario devono essere collocate in epoca ancora precedente: la *workhouse*, ovvero la "casa" di reclusione, internamento e lavoro (da non confondersi con la mera "casa di custodia", vale a dire con il carcere preventivo, *ad custodiendum*, dove veniva recluso l'imputato in attesa del processo), nasce infatti in Inghilterra, alla fine del 1500, per poi raggiungere il suo apice in Olanda, agli inizi del 1600.

La *workhouse* inglese e la *rasp huis* olandese rappresentarono le strutture in cui, per la prima volta, si affiancarono esigenze punitive dello Stato ad istanze rieducative nei confronti del recluso, nell'intento di recuperare a fini produttivi il reo e nel ripudio dell'adozione di sistemi punitivi contrari al comune sentire della cittadinanza: attraverso la forzata trasmissione dell'etica del lavoro propria della cultura calvinista, la comunità protestante coniugava l'ambivalenza della pretesa punitiva e retributiva dello Stato con l'esigenza di recupero del reo.

Al di là del riferimento alla tipologia di popolazione internata^{iv} e ai motivi

storici che condussero all'affermazione del lavoro penitenziario in chiave moderna, quel che in questa sede, seppur rapidamente, interessa evidenziare, è la lettura economico-politica avanzata da Rusche e Kirchheimer^v in relazione alla funzione espressa, soprattutto nella loro fase iniziale, da queste primordiali istituzioni segreganti: la *workhouse* inglese e la *rasp huis* olandese operarono una **c.d. funzione calmieratrice** del costo della manodopera nel mercato libero. In presenza di un aumento della domanda e di una diminuzione dell'offerta di lavoro, ossia in una situazione di crescita del costo del lavoro libero, l'attività prestata dalla popolazione internata divenne il fulcro economico di un più ampio ciclo produttivo: il bassissimo apporto di capitali necessario per l'acquisto di macchinari e per il mantenimento dei reclusi^{vi}, fecero di gran lunga preferire (sia all'amministrazione statale che agli imprenditori privati) l'impiego e la produzione della manodopera internata rispetto all'utilizzo della manodopera libera^{vii}. Ma con l'avvento della Rivoluzione Industriale e l'introduzione dei macchinari in ogni tipologia di lavoro produttivo, il lavoro carcerario si fece obsoleto e arretrato; la stessa funzione calmieratrice venne meno: la crescente industrializzazione dei meccanismi di produzione del lavoro libero, contrapposta al mancato apporto di capitali necessari per lo sviluppo tecnologico del lavoro penitenziario, fecero di quest'ultimo un'attività scarsamente concorrenziale e remunerativa, a tal punto che lo stesso non poteva essere condotto se non nella prospettiva di forti perdite economiche.

3) **Evoluzione
legislativa
disciplina della**

A partire dal primo regolamento penitenziario del Regno d'Italia (1862), passando per il codice penale Zanardelli del 1889, fino ad arrivare al regolamento penitenziario del 1931, il lavoro in carcere risultò tratteggiato in termini strettamente **afflittivi**; recependo in norma quanto già stabilito dal codice penale del 1889, il regolamento del 1931 sancì il principio generale secondo cui le pene restrittive della libertà personale dovessero essere scontate con l'obbligo del lavoro: il lavoro penitenziario veniva pertanto considerato come un **naturale e necessario completamento della pena**, come parte integrante della sanzione penale^{viii}. Il lavoro non poteva che essere obbligatorio; il rifiuto di lavorare da parte del detenuto non veniva tollerato, in quanto ciò avrebbe rappresentato motivo di disordine e di indisciplina all'interno nell'intero istituto. Da cui la previsione delle numerose punizioni (artt. 161 – 165 reg. pen.) indirizzate a colui che non avesse osservato compiutamente e regolarmente l'obbligo del lavoro; punizioni che partivano dal semplice ammonimento personale, fino ad arrivare al vero e proprio isolamento in cella. In quanto sottratto, in ogni suo aspetto, alla disponibilità del detenuto, il lavoro diveniva un «obbligo» ma, almeno nell'opinione prevalente^{ix}, non un «diritto». All'art. 1 del reg. pen. del 1931 fu inoltre stabilito che l'obbligo di prestare attività lavorativa dovesse gravare non soltanto su coloro condannati a scontare una qualche pena detentiva, ma anche sui soggetti in custodia preventiva che non fossero in grado di mantenersi con mezzi propri. Questa specifica imposizione del lavoro indirizzata agli **imputati** incapaci di mantenersi con mezzi autonomi (obbligo di prestare attività lavorativa che si attenerà in mera facoltà, non soltanto subordinata alla richiesta dell'interessato ma anche al consenso dell'autorità giudiziaria, con il successivo regolamento del 1975) si faceva discendere dalla necessità di pagare allo Stato, in caso di condanna processuale, le spese sostenute per il mantenimento dell'imputato in carcere; a neutralizzare l'obbligo generale del lavoro non concorreva, dunque, l'applicazione del principio generale di presunzione di non colpevolezza (e quindi della stessa impossibilità di presumere un bisogno di

rieducazione attraverso la disciplina del lavoro obbligatorio), bensì, al contrario, ad operare era la semplice previsione dell'obbligo di indennizzare lo Stato in caso di eventuale sentenza sfavorevole: "Allo Stato, in sostanza, non premeva la sorte dell'imputato detenuto, ma interessava unicamente non chiudere in perdita la partita economica con lui". In relazione, infine, all'organizzazione e alle modalità di svolgimento del lavoro stesso, il regolamento citato introdusse una primordiale distinzione normativa tra attività lavorativa da svolgersi all'interno o all'esterno dell'istituto penitenziario, ripartizione poi ampiamente elaborata e completata nella successiva riforma del 1975. Ma ciò che contraddistinse l'ordinamento penitenziario del 1975 (legge 26 luglio 1975 n. 354) e il successivo regolamento di attuazione (D.P.R. 431 del 1976^{xi}), fu soprattutto il rovesciamento del modo di intendere e qualificare il lavoro carcerario: pur ribadendo l'obbligatorietà del lavoro dei detenuti la nuova disciplina svestì il lavoro del suo carattere sanzionatorio, facendolo divenire, invece, l'elemento cardine del **trattamento rieducativo** (art. 15, c. 1, O.P.). Il lavoro, non più tratteggiato come fattore di sofferenza ulteriore ai fini dell'espiazione della pena, diviene strumento finalizzato alla rieducazione e al reinserimento sociale^{xii} del condannato secondo la logica ispiratrice contenuta nell'art. 27 della Cost.. Con la perdita di ogni connotazione afflittiva e l'espressa indicazione secondo cui l'organizzazione e i metodi di lavoro penitenziario debbano riflettere quelli del lavoro nella società libera (art. 20, c. 5), viene di fatto operato un importante passo in avanti nel **superamento della distinzione tra lavoratore non detenuto e detenuto lavoratore**. La riforma del 1975, se da un lato ebbe l'enorme pregio di segnare lo storico passaggio dal concetto di lavoro carcerario in funzione strettamente punitiva a quello di lavoro carcerario inteso come elemento cardine di un più generale trattamento rieducativo, tuttavia non riuscì mai a realizzare compiutamente gli obiettivi prefissati sulla carta: il divario tra il testo di legge e le strutture operative, materiali e personali necessarie per darvi attuazione fu, infatti, enorme. Non fu quindi un caso se, già all'indomani dell'approvazione della riforma, ebbe inizio un acceso dibattito che sfociò, dieci anni dopo, nella c.d. legge Gozzini (legge 10 ottobre 1986, n. 663) e nella legge 28 febbraio 1987 n. 56 ("Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro"). Lo scopo auspicato dai compilatori di queste nuove discipline fu quello di eliminare i nodi problematici rimasti aperti con la normativa del 1975, soprattutto in materia di lavoro all'esterno (in riferimento al quale venne introdotta una fase di controllo giurisdizionale nel procedimento che regolava l'ammissione al lavoro del detenuto) e di retribuzione (venne abolita la trattenuta dei tre decimi sulla mercede da versarsi alla Cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime dei delitti, a sua volta abolita con legge 21 ottobre 1978 n. 641). L'art. 6 della riforma del 1986 sostituì completamente l'originario art. 21 (modalità di lavoro) della legge n. 354/1975, che fu così diversamente e significativamente intitolato «lavoro all'esterno», a indicare la disciplina del lavoro svolto da detenuti e internati al di fuori dell'istituto penitenziario. Venendo a mancare ogni disposizione specifica in tema di modalità di svolgimento del lavoro carcerario, divenne conseguenza naturale che la regolamentazione del lavoro intramurario dovesse essere rinvenuta interamente nell'art. 20 O.P., anch'esso riformato dall'art. 5 della legge Gozzini.

A ribadire e sottolineare il fine rieducativo intrinseco nella nuova qualificazione del lavoro penitenziario successivo alla riforma del 1975, è quindi intervenuta la legge n. 296 del 1993, mirata, in particolare, a incentivare la qualificazione professionale della forza lavoro detenuta (così da consentirle di stare il più possibile al passo con l'evoluzione tecnologica nel frattempo intervenuta nel mercato del lavoro libero) attraverso l'apertura al carcere ad

imprese private, incaricate, a fianco di aziende pubbliche, di tenere corsi di formazione professionale e di organizzare direttamente il lavoro penitenziario. Particolarmente sentita fu la necessità di avviare una stretta collaborazione tra le varie istituzioni competenti – governo, parlamento, regioni, enti locali e, non per ultimo, il sindacato – affinché queste si facessero carico delle problematiche dei lavoratori detenuti agevolando il più possibile il ritorno in carcere del lavoro produttivo e delle imprese private. Con il novellato c. 1 dell'art. 20 O.P., fu consentito l'ingresso in carcere ad aziende pubbliche e private, superando così la scelta compiuta dal legislatore del 1975 che aveva optato per la configurazione di un rapporto di lavoro sempre e soltanto intercorrente tra l'amministrazione ed il detenuto o internato^{xiii}. Alla già citata distinzione tra lavoro interno e lavoro esterno, si affiancò, pertanto, quella tra lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria e lavoro alle dipendenze di imprese esterne, ripartizione poi cristallizzatasi con il D.P.R. n. 230 del 2000^{xiv} (che ha sostituito l'originario regolamento di attuazione dell'ordinamento penitenziario, il D.P.R. 431 del 1976) e, soprattutto, con la c.d. legge Smuraglia (legge 22 giugno 2000 n. 193), disciplina con cui il legislatore ha recepito in norma l'ampio bagaglio di indicazioni provenienti da quei larghi settori del privato sociale (associazionismo, volontariato, ecc.) da anni impegnati, con interventi di sostegno di varia natura, nella complessa realtà carceraria. Al fine di favorire lo sviluppo del lavoro penitenziario, la legge n. 193/2000 ha guardato in direzione delle cooperative sociali. Da un lato aggiungendo alla definizione di «persone svantaggiate», già contemplate dall'art. 4 della legge 8 novembre 1991 n. 1991 ("Disciplina delle cooperative sociali"), il riferimento a "persone detenute o internate negli istituti penitenziari"^{xv} e, dall'altro, predisponendo un piano di sgravi sulle aliquote contributive in riferimento alle retribuzioni corrisposte dalle cooperative sociali ai soggetti in questione. Con la previsione di agevolazioni contributive alle imprese pubbliche o private che "organizzino attività produttive o di servizi, all'interno degli istituti penitenziari, impiegando persone detenute o internate" (art. 2), è stato di fatto aggirato il limite allo sviluppo dell'esperienza cooperativistica in carcere rappresentato dall'impossibilità giuridica di qualificare come sociali, ai sensi dell'art. 1 della legge 381 del 1991, le cooperative operanti in carcere e composte da soli detenuti impegnati in attività inframurarie. Sotto questo profilo il legislatore ha cercato di ridurre, se non interamente di colmare, la debolezza intrinseca nella disciplina del lavoro dei detenuti rispetto a quella del lavoro libero, consentendo e favorendo la privatizzazione dei servizi e delle attività produttive in senso proprio, situazioni tradizionalmente attribuite alla diretta gestione dell'amministrazione penitenziaria. L'iter cronologico in materia di lavoro carcerario si è fermato, di fatto, al 2000; gli interventi normativi successivi risultano di scarso rilievo o di semplice specificazione della normativa precedente. In tal senso si collocano, in particolare, il D.M. 9 novembre 2001 ("Sgravi contributivi a favore delle cooperative sociali relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone detenute o internate negli istituti penitenziari") e il D.M. 25 febbraio 2002 n. 87 ("Regolamento recante sgravi fiscali alle imprese che assumono lavoratori detenuti").

4) Le forme di lavoro penitenziario e i meccanismi di accesso allo stesso

E' possibile classificare le forme di lavoro penitenziario e le modalità di esecuzione dello stesso, in due grandi categorie (*genus*), in cui il luogo di svolgimento della prestazione funziona da elemento qualificante:

1) lavoro inframurario, termine con cui è indicata ogni attività lavorativa svolta dai detenuti all'interno dell'istituzione carceraria;

2) lavoro extramurario, a indicare le attività svolte dal detenuto lavoratore all'esterno delle mura del penitenziario^{xvi}.

Ciascuno dei due *genus* presenta proprie sottocategorie (*species*).

In particolare, all'interno del primo *genus*, quello del lavoro inframurario, si opera una distinzione in *species* correlata ad un doppio fattore distintivo: da un lato la differente figura del datore di lavoro con cui si viene a rapportare il lavoratore detenuto, dall'altro il carattere più o meno produttivo dell'attività prestata. La classificazione operata è tra lavoro inframurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria e lavoro inframurario alle dipendenze di terzi. Il **lavoro inframurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria** è anche detto dei **c.d. lavori domestici**, in quanto strutturato in tutta una serie di attività, per lo più improduttive, che contribuiscono a far funzionare l'apparato carcerario mediante la produzione di servizi destinati all'istituzione stessa (si pensi, ad esempio, al servizio di cucina per detenuti e per operatori penitenziari o al servizio di pulizia dei locali comuni).

A caratterizzare questa *species* di lavoro inframurario è l'assenza di quella trilateralità di rapporti (tra detenuto lavoratore, amministrazione penitenziaria e datore di lavoro) che individuiamo, invece, in tutte le altre forme di lavoro penitenziario. Nell'ipotesi in esame, infatti, manca del tutto la figura di un datore distinta da quella dell'amministrazione penitenziaria, cosicché la stessa fondamentale distinzione tra nesso punitivo e nesso di lavoro, appare molto più difficile da individuare nei suoi esatti contorni. Viene pertanto a delinearsi un **rapporto di lavoro del tutto speciale**, in cui esigenze rieducative del condannato risultano strettamente collegate ad elementi appartenenti alla normale disciplina del lavoro subordinato (o autonomo)^{xvii}. Il **lavoro inframurario alle dipendenze di terzi**, invece, è anche detto delle **c.d. lavorazioni**, così da porre l'accento sul carattere produttivo (si pensi alla produzione di coperte, o al confezionamento del vestiario e della biancheria per gli agenti di custodia e per i detenuti, o, ancora, ad attività di falegnameria) di tali attività, organizzate su base industriale e modellate sul prototipo di quelle proprie dell'ambiente libero. Con riferimento, infine, ai meccanismi di accesso all'intero *genus* lavoro inframurario, occorre anzitutto evidenziare come con una serie di opportuni interventi legislativi siano state abbandonate quelle prerogative discrezionali, prima riconosciute alla direzione carceraria, che consentivano di utilizzare l'assegnazione al lavoro interno in un'ottica, nel migliore dei casi, premiale. Mentre in origine^{xviii} la disciplina penitenziaria si limitava a prevedere che, ai fini dell'assegnazione del detenuto al lavoro, la direzione dovesse tener conto dei desideri di questo, delle sue attitudini e delle sue condizioni economiche e familiari, l'attuale formulazione della norma indica non soltanto i criteri di priorità (art. 49 reg. esec. O.P.) da utilizzare nell'assegnazione al lavoro, ma fissa altresì tutta una serie di procedure necessarie a tipizzare un vero e proprio sistema di collocamento per l'intero *genus* lavoro inframurario: da un lato con la previsione di graduatorie fissate in due apposite liste, una generica e l'altra per mestiere, graduatorie per le quali è istituita una commissione *ad hoc* (art. 47, c. 8, reg. esec. O.P.) incaricata di redigerle, dall'altro con la specificazione che la stessa direzione dell'istituto provvedi ad elencare, in un'apposita tabella, quali e quanti sono i posti di lavoro disponibili all'interno di ogni singolo penitenziario. La tabella, che può essere modificata secondo il variare della situazione interna al carcere, è approvata, assieme al piano annuale di lavoro redatto dalla direzione dell'istituto, dal provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria, sentita la commissione regionale per il lavoro penitenziario (art. 25 *bis* c. 6 O.P.). Resta fermo il principio secondo cui, ai fini dell'assegnazione al lavoro inframurario, influiranno, oltre al tipo di lavorazione concretamente disponibile, anche il

comportamento tenuto dal detenuto durante il periodo di detenzione (art. 49 reg. esec. O.P.). Passando all'analisi del secondo *genus* di lavoro penitenziario, la distinzione da operare è tra lavoro all'esterno secondo la nozione di cui all'art. 21 O.P. e lavoro extramurario in regime di semilibertà. La disciplina di riferimento della *species lavoro all'esterno ex art. 21 O.P.* è rinvenibile, appunto, nell'art. 21 della legge n. 354/1975 (profondamente novellato dalla legge n. 663/1986) e nell'art. 48 reg. esec. O.P.^{xix}. In primo luogo emerge come, nella stesura originaria della norma, l'art. 21 sia stato dettato unicamente per disciplinare il lavoro all'esterno inteso come **semplice variabile del lavoro penitenziario**, ovvero come un qualcosa che dovesse unicamente riguardare le modalità di svolgimento dello stesso^{xx}; pertanto nessun tratto della sua organizzazione si traduceva in una modifica di fatto del regime detentivo del detenuto lavoratore, al quale non venivano concessi né possibilità di movimento né spazi di libertà autonomi invece preclusi agli altri internati. Coerentemente con questa impostazione, tra le possibili attività a cui destinare i lavoratori detenuti, la legge indicava soltanto le lavorazioni presso aziende agricole o industriali, tralasciando volutamente gli impieghi commerciali che mal si conciliavano con la situazione di isolamento coatto che doveva continuare a caratterizzare la condizione del detenuto (si pensi alla differenza di condizioni che intercorre tra lavorazioni agricole, per lo più costituite in zone recintate, o lavorazioni industriali, dove anche i lavoratori liberi sono sottoposti a un controllo costante sulla loro presenza, e un impiego commerciale, ad esempio, in un negozio, sempre a diretto e continuo contatto con le persone esterne). Negli stessi termini si poneva l'originaria previsione legislativa (venuta meno con la riforma Gozzini) che prevedeva l'obbligo di scortare i detenuti negli spostamenti all'esterno del penitenziario^{xxi}; con l'attuale formulazione, invece, l'assegnazione al lavoro senza scorta è divenuta regola generale, essendo prevista soltanto la possibilità, in via residuale, di mantenere la stessa per motivi di sicurezza e dietro la preventiva autorizzazione del Magistrato di sorveglianza. Con l'accesso al lavoro extramurario il detenuto è ammesso a svolgere un'attività che, attuandosi al di fuori delle mura carcerarie e comportando l'immissione in una normale organizzazione produttiva alle dipendenze di un normale imprenditore, si differenzia dal lavoro libero essenzialmente e soltanto in ragione della particolare condizione soggettiva del prestatore d'opera. Il legame giuridico si instaura tra lo stesso lavoratore e l'impresa, la quale assume, perciò, la posizione di datore di lavoro con tutti gli oneri relativi connessi^{xxii}. In riferimento, poi, ai meccanismi di accesso al lavoro extramurario *ex art. 21 O.P.*, l'originaria previsione normativa di cui all'art. 46 reg. esec. O.P.^{xxiii} stabiliva che spettasse alla stessa amministrazione penitenziaria l'iniziativa di individuare, anche attraverso i locali uffici pubblici del lavoro, le aziende ritenute «idonee» a collaborare al trattamento penitenziario e disposte ad offrire adeguati posti di lavoro. Rispetto al collocamento ordinario il procedimento era praticamente inverso: l'azienda, infatti, anziché richiedere personale agli uffici del lavoro selezionando tra gli iscritti alle liste di collocamento, si dichiarava disponibile, su preventiva richiesta della direzione penitenziaria e d'intesa con essa, ad offrire ad uno o più detenuti un posto di lavoro adeguato al trattamento penitenziario. Con l'attuale formulazione della norma (art. 48 D.P.R. 230/2000) l'assegnazione al lavoro extramurario è disposta, quando ne è prevista la possibilità nel programma di trattamento, con provvedimento discrezionale opportunamente motivato (mediante la specificazione degli elementi concreti in base ai quali è stato esercitato il potere discrezionale e l'indicazione delle indagini svolte nell'istruzione della pratica) del direttore dell'istituto, provvedimento che diviene esecutivo dopo l'approvazione (si parla di "autorizzazione" se il riferimento è agli

imputati) del Magistrato di sorveglianza (art. 21, c. 4, O.P.)^{xxiv}. La circostanza che il provvedimento di ammissione al lavoro extramurario sia adottato da un organo giurisdizionale, ha presto determinato delle conseguenze sul piano della qualificazione del decreto in termini di mero atto amministrativo o di atto giurisdizionale. La Corte di Cassazione, in particolare, si è sempre pronunciata nel senso di ribadire la natura amministrativa del provvedimento del Magistrato^{xxv}, argomentando che si tratta di un atto privo di autonomia dispositiva, che si inserisce all'interno di un procedimento amministrativo; per le stesse ragioni la stessa Corte ne ha sempre escluso l'impugnabilità sotto il profilo del ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*, "non potendosi la materia, riservata all'autorità carceraria, farsi rientrare in quella relativa alla libertà personale"^{xxvi}. Va tuttavia registrato l'opposto orientamento espresso in materia, dal T.A.R. del Piemonte, secondo il quale "il decreto del Magistrato di sorveglianza che nega l'ammissione al lavoro esterno incide sulle modalità di esecuzione della pena detentiva attinenti alla libertà personale, e deve pertanto essere considerato un provvedimento giurisdizionale e non un mero atto amministrativo: avverso il decreto in questione non è proponibile ricorso alla giurisdizione amministrativa, ma soltanto l'impugnazione ai sensi dell'art. 111 Cost."^{xxvii}. Per completezza d'analisi occorre osservare come una parte minoritaria della dottrina abbia ravvisato nella soluzione del T.A.R., circa la natura giurisdizionale del provvedimento di ammissione al lavoro extramurario e la sua non assoggettabilità al controllo del giudice amministrativo, una decisione condivisibile purché rapportata al tipo di posizione soggettiva fatta valere in giudizio: punto nodale della questione, infatti, è stabilire se, in materia di ammissione al lavoro esterno, il detenuto vanta un diritto soggettivo o un interesse legittimo. Muovendo da una lettura del dettato costituzionale che faccia ritenere configurabile anche in capo al cittadino detenuto il «diritto al lavoro» (penitenziario) *ex art. 4 Cost.*, e valutando il decreto di ammissione al lavoro extramurario in termini di modificazione dell'originaria pena detentiva (ossia di trasformazione dello *status libertatis*), la posizione giuridica soggettiva del detenuto appare più come diritto che come un semplice interesse^{xxviii}. Infine, per il collocamento del lavoro extramurario *ex art. 21 O.P.*, è prevista semplicemente l'applicazione della disciplina generale sul collocamento ordinario e l'intervento di un organo autonomo (commissione circoscrizionale per l'impiego) incaricato di mediare tra le aspettative e le domande della popolazione carceraria da una lato, e il mercato del lavoro esterno dall'altro. Ai detenuti e agli internati è data la facoltà di iscriversi nelle liste di collocamento, atteso che tale iscrizione è *condicio sine qua non* per essere ammessi al lavoro penitenziario; finché permane lo stato di detenzione, tali soggetti sono inoltre esonerati dalla conferma dello stato di disoccupazione^{xxix}. Attraverso il **lavoro extramurario in regime di semilibertà** al condannato o internato viene concesso di trascorrere parte della giornata fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale (art. 48, c. 1, O.P.); la caratteristica peculiare della misura in esame, dunque, è connessa all'accostamento, nell'arco di una stessa giornata, di un periodo di detenzione ad un periodo di attività libera, così da consentire l'attuazione di una modalità di esecuzione della pena detentiva particolarmente favorevole al condannato. Destinatari della misura risultano soltanto i condannati a pena detentiva e gli internati; gli imputati (anche se si trovano in stato di detenzione) vengono dunque esclusi, in conseguenza della semplice impossibilità di ipotizzare un qualsiasi trattamento rieducativo in soggetti ancora in attesa di giudizio e su cui grava il beneficio del principio di presunzione di non colpevolezza. Come a dire che la necessità che sia già trascorso un periodo di carcerazione utile a valutare

la personalità del condannato e i progressi compiuti nel corso del trattamento penitenziario, costituisce un requisito imprescindibile per l'ammissione del soggetto al regime di semilibertà. Competente a concedere la misura è il Tribunale di sorveglianza; l'ammissione al lavoro extramurario in regime di semilibertà viene disposta tenendo conto sia dei progressi compiuti dal detenuto nel corso del trattamento, che della sussistenza di reali condizioni atte a un graduale reinserimento del soggetto nella società.

Al riguardo ci si è chiesti, in particolare, se la sussistenza di un'attività lavorativa costituisca o meno *condicio sine qua non* per l'ammissione al regime di semilibertà. Secondo parte della dottrina, per evitare che, in conseguenza di motivi da lui indipendenti, un soggetto risulti pregiudicato dalla mancata ammissione alla misura, si deve ritenere che le attività risocializzanti indicate dal legislatore non debbano necessariamente consistere in attività lavorative^{xxx}; al contrario, invece, la restante parte della dottrina^{xxxi} e la stessa giurisprudenza, in più occasioni hanno evidenziato come la sussistenza di una concreta prospettiva di lavoro costituisca un presupposto necessario e imprescindibile per la stessa ammissione al regime di semilibertà. Resta ferma, tuttavia, una considerazione da fare: nell'accertamento dell'esistenza di attività lavorative a cui il detenuto possa dedicarsi se ammesso alla semilibertà, il Tribunale di sorveglianza non potrà valutare le prospettive future di tali attività in termini di certezza e absolutezza, dovendo bensì procedere mediante una valutazione di tipo prognostico. Ciò significa quindi che, per esempio, nessun ostacolo potrà essere frapposto alla concessione della misura in presenza di un contratto di lavoro a tempo determinato (ovviamente di durata significativa) o parziale, purché il programma di trattamento interamente considerato disegni, per le restanti ore della giornata, altre attività comunque risocializzanti o utili al reinserimento sociale del detenuto. Allo stesso modo non è indicato in nessuna norma che il lavoro correlato alla semilibertà debba essere necessariamente a tempo indeterminato: si tratta soltanto di operare una valutazione in termini di adeguatezza ai fini del reinserimento sociale e una valutazione della personalità del detenuto in rapporto a quello specifico tipo di lavoro. A differenza dei c.d. lavori domestici, le cui descritte peculiarità hanno portato dottrina e giurisprudenza a configurare un rapporto di lavoro del tutto speciale, la natura giuridica del *genus* lavoro extramurario non desta particolari difficoltà interpretative. Lo stesso, infatti, è facilmente riconducibile al prototipo legale di cui all'art. 2094 c.c., con la conseguenza che la disciplina applicabile risulterà quella legale con i soli limiti derivanti dallo stato di privazione della libertà personale del prestatore d'opera.

La ricostruzione prospettata gode, per altro, dell'avallo della Corte Costituzionale, la quale, nella sentenza n. 1087 del 1988, ha affermato che, nell'ipotesi di lavoro extramurario, "il rapporto che si instaura è disciplinato negli elementi essenziali dal diritto comune^{xxxii}".

5) Il carattere obbligatorio del lavoro penitenziario

Premesso che nel vigente sistema penitenziario il trattamento è venuto progressivamente perdendo il tradizionale carattere di imposizione attecchendosi invece alla stregua di «un'offerta di interventi» rivolto alla popolazione carceraria, procediamo con l'analizzare il persistente connotato dell'obbligatorietà (art. 20, c. 3, O.P.) che ancora caratterizza il lavoro penitenziario inteso come elemento cardine del trattamento rieducativo. Il carattere obbligatorio del lavoro penitenziario, sebbene circoscritto alle categorie di soggetti indicati espressamente dalla norma (condannati e sottoposti alle misure di sicurezza

della colonia agricola e della casa di lavoro), fa sorgere questioni in merito alla **natura giuridica** dello stesso: il lavoro in carcere, così come disciplinato dal legislatore, deve essere considerato come un «diritto» del detenuto o come un «obbligo» dello stesso? Su tale questione e sul fondamento del connotato dell'obbligatorietà, in dottrina si registrano da anni opinioni diverse e in parte contrastanti.

Da più parti, in particolare, si sostiene che dalla dizione della norma derivi la configurabilità, nel medesimo tempo, sia di un vero e proprio diritto all'assegnazione del lavoro che di un obbligo allo svolgimento dello stesso: "In un certo senso, nell'ambito della c.d. comunità carceraria, trova piena realizzazione il principio posto nell'art. 4 Cost., quello del privato al diritto al lavoro, e il dovere del medesimo di esplicare un'attività nel contempo individualmente e socialmente utile^{xxxiii}".

Il connotato dell'obbligatorietà, alla luce del principio costituzionale, viene dunque interpretato nel senso di non qualificare il lavoro come conseguenza della pena, ma come una forma di esecuzione della stessa in funzione rieducativa del detenuto^{xxxiv}. Ma, "mentre nella normativa costituzionale il lavoro diventa l'oggetto di un dovere privo di rilevante coercibilità, nella legge penitenziaria il lavoro del detenuto si rappresenta come un obbligo inequivocabilmente sanzionato", anche se solo a livello di sanzioni di natura disciplinare^{xxxv}, a sottolineare che, nonostante l'*escamotage* legislativo, la natura afflittiva-espiativa del lavoro carcerario ne esce confermata (l'art. 77 reg. esec. O.P., prevede infatti che siano inflitte sanzioni disciplinari ai detenuti che si sono resi responsabili di volontario inadempimento degli obblighi lavorativi). Secondo un diverso e ulteriore orientamento, invece, l'obbligo del lavoro deriva dalla "speciale importanza che il lavoro assume nel quadro delle finalità di rieducazione a sostegno della pena"; al lavoro viene infatti riconosciuta "una capacità di promozione del soggetto, per così dire, oggettiva o de-ideologizzata che ne fa il cardine insopprimibile di qualsiasi tecnica di reinserimento sociale^{xxxvi}".

Il dato dell'obbligatorietà implica l'emergere del correlato problema relativo alla sussistenza, o meno, di un «**diritto al lavoro**» da parte del detenuto. Mentre una parte della dottrina sostiene che l'esistenza di tale diritto in capo al detenuto lavoratore debba ritenersi esclusa in quanto le locuzioni utilizzate dal legislatore ("è assicurato il lavoro salvo i casi di impossibilità" *ex* art. 15, c. 2, O.P., ed "è favorita in ogni modo la destinazione al lavoro" *ex* art. 20, c. 1, O.P.), stemperano l'ipotetico corrispondente obbligo dell'amministrazione penitenziaria, di fornire lavoro al condannato, in una mera disposizione di principio^{xxxvii}, un diverso orientamento dottrinario afferma invece che pur non potendosi parlare di un vero e proprio diritto al lavoro da parte del detenuto, dovrebbe tuttavia riconoscersi la sussistenza di uno specifico interesse allo svolgimento della prestazione^{xxxviii}.

6) La disciplina relativa agli imputati detenuti

Il legislatore, ai commi 1 e 3 dell'art. 15 O.P., opera un'opportuna distinzione tra condannati ed imputati in rapporto all'incidenza, nelle rispettive sfere personali, degli elementi del trattamento penitenziario.

In proposito non sembrano sussistere dubbi circa la possibilità di configurare, in capo ai detenuti condannati, un vero e proprio «diritto al trattamento» inteso quale aspetto di un più generale «diritto alla rieducazione»: come a dire che, in assenza di un loro atteggiamento contrario, gli organi dell'amministrazione penitenziaria saranno obbligati a svolgere nei confronti di

tali detenuti le attività di trattamento rieducativo previste dalla legge, ovviamente entro i limiti imposti dal rispetto della loro personalità. Riguardo agli imputati, invece, anche a voler parlare della sussistenza di un «diritto al trattamento», questo deve tuttavia assumere connotati assolutamente diversi da quelli riferibili ai condannati, in conseguenza del particolare status che caratterizza i detenuti in attesa di giudizio e in riferimento alla differente posizione assunta dagli organi penitenziari nei loro confronti. Escludendo a priori la possibilità di configurare interventi collegati alla logica della «rieducazione» (interventi che verrebbero a porsi in contrasto col principio della presunzione di non colpevolezza), la situazione degli imputati di fronte al trattamento penitenziario si delinea allora come diritto di fruire delle offerte rivolte a sostegno dei loro «interessi umani, culturali e professionali» (art. 1, c. 1, reg. esec. O.P.), nonché, qualora tali soggetti lo richiedano, nel diritto ad essere ammessi a partecipare alle attività educative, culturali e lavorative svolte ed organi. L'ordinamento penitenziario non statuisce alcuna obbligatorietà riferita ai soggetti in attesa di giudizio, a differenza invece di quanto previsto nel precedente regolamento penitenziario in cui si distingueva tra imputati abbienti e imputati non abbienti: solo coloro che non provvedevano a mantenersi con i mezzi propri, erano infatti tenuti a prestare lavoro carcerario (art. 1, r.d. 18 giugno 1931 n. 787).

Secondo le disposizioni contenute nell'attuale disciplina, di fronte alla richiesta di lavoro avanzata dall'imputato, resta salvo il dovere, in capo all'amministrazione penitenziaria, di attivarsi mediante la messa a disposizione delle corrispondenti opportunità lavorative; a tale incombenza l'amministrazione può sottrarsi solo se, da un lato, siamo in presenza della sussistenza di «giustificati motivi» o solo se, dall'altro, l'autorità giudiziaria che procede, per fini evidentemente connessi alle finalità giudiziarie, impartisca una specifica e contraria disposizione proibitiva (tale ultima ipotesi è difficilmente configurabile: potrebbe riguardare, ad esempio, la preoccupazione relativa ad un imputato che richieda di lavorare in attività informatiche, il quale si teme possa servirsi del suo lavoro per comunicare con l'esterno). Nel confrontare la formula legislativa «salvo giustificati motivi» relativa agli imputati (art. 15, c. 3, O.P.) con la corrispondente «salvo casi di impossibilità» relativa ai condannati e agli internati (art. 15, c. 2., O.P.), si evince come il dovere gravante in capo all'amministrazione penitenziaria di attivarsi mediante l'offerta di adeguati posti di lavoro, venga configurato in maniera più intensa riguardo agli internati e ai condannati rispetto a quanto lo sia nei confronti degli imputati. In tal senso, in dottrina, è stato opportunamente precisato che l'impossibilità di cui sopra deve essere riferita a difficoltà oggettive e insormontabili, mentre il giustificato motivo può anche risiedere in circostanze diverse da difficoltà oggettive, potendo riferirsi a valutazioni particolari eventualmente attinenti al singolo soggetto.

1) I diritti del detenuto lavoratore

Una volta che il rapporto di lavoro penitenziario è stato assegnato ed è instaurato, si tratta di verificare quali diritti nascenti in capo al lavoratore libero possano essere riconosciuti anche al lavoratore detenuto^{xxxix}.

Mentre in riferimento al rapporto di lavoro extramurario la dottrina è unanime nel ritenere adeguabili tutti gli istituti della disciplina *standard*^{xl}, in relazione al lavoro inframurario le posizioni variano decisamente tra chi vorrebbe applicabili soltanto le garanzie lavoristiche espressamente richiamate dall'ordinamento (in applicazione del principio secondo cui il legislatore *ubi voluit dixit*)^{xli} e chi, invece, opterebbe per una tutela estensiva delle norme che, anche

se non espressamente richiamate, appaiono comunque conciliabili con le peculiari modalità di svolgimento del lavoro penitenziario^{xlii}.

7.a) I diritti sindacali

La distinzione da operare è tra lavoro inframurario ed extramurario.

Nella prima ipotesi e in riferimento, in particolare, al diritto di associazione sindacale, non pare ravvisabile nello status di detenuto alcun limite all'iscrizione ad associazioni sindacali già esistenti. L'unico ostacolo, al massimo, potrebbe essere determinato dalla circostanza che l'organizzazione sindacale a cui il soggetto si rivolge ponga statuari vincoli all'accettazione dell'iscrizione, vincoli correlati, ad esempio, all'incensuratezza o al più generico concetto di buona condotta morale e civile dei richiedenti l'ingresso nell'associazione. Allo stesso modo nulla vieta che gli stessi detenuti costituiscano organizzazioni sindacali associandosi tra di loro, in applicazione del principio costituzionale sulla libertà di associazione sindacale.

Rimanendo nel genus lavoro inframurario e in riferimento alla possibilità di riconoscere la sussistenza del diritto di sciopero in capo al detenuto lavoratore, in dottrina si registrano opinioni difformi: da un lato vi è chi sostiene che questo debba essere riconosciuto anche ai detenuti che lavorano all'interno del carcere, non sussistendo, al riguardo, alcuna incompatibilità con lo stato di detenzione, mentre dall'altro vi è chi ritiene impossibile il ricorso allo stesso, sia perché in contrasto con l'obbligatorietà del lavoro, sia per ragioni di ordine e sicurezza del penitenziario.

Senza dubbio, invece, il diritto di scioperare deve essere riconosciuto, indistintamente, in capo a tutti gli internati e detenuti ammessi a svolgere attività lavorativa extramuraria, in quanto l'unica differenza intercorrente tra lavoro penitenziario all'esterno e lavoro libero, risiede nella particolare condizione soggettiva del prestatore d'opera, condizione che non può tuttavia incidere sul piano delle relazioni tra detenuto lavoratore e impresa datrice di lavoro.

In particolare, nell'ipotesi in cui il detenuto lavoratore aderisca ad uno sciopero, il soggetto in regime di semilibertà sarà tenuto ad informare la direzione dell'istituto (e ottenere così una modifica del programma di trattamento penitenziario), mentre per il condannato ammesso al lavoro all'esterno ex art. 21 O.P. l'astensione dal lavoro si tradurrà nella permanenza in istituto, fatta salva, ovviamente, la possibilità di chiedere un eventuale permesso (premio) per coltivare personali interessi di lavoro, quali, ad esempio, la partecipazione a manifestazioni o assemblee indette in occasione dello sciopero.

7.b) La retribuzione

La questione relativa alla retribuzione spettante al lavoratore detenuto, assieme a quella concernente il diritto alle ferie, è stata più volte oggetto sia di dibattiti dottrinali che di vagli costituzionali.

Partendo dal dato letterale della norma (art. 20, c. 2, O.P.) secondo cui il lavoro penitenziario deve essere "retribuito", cerchiamo di delineare, seppur brevemente, l'evoluzione legislativa intervenuta in materia e il quadro degli interventi operati da dottrina e giurisprudenza.

L'intenzione originaria del legislatore del 1975 è stata quella di disciplinare, all'interno della retribuzione, due diversi livelli di compenso: la remunerazione, corrispondente alla parte del corrispettivo economico effettivamente goduta dal detenuto lavoratore (corrispettivo opportunamente decurtato di una o più quote), e la mercede, intendendo con la stessa l'intero

compenso spettante al lavoratore per la prestazione effettuata (fissato per ciascuna giornata di lavoro a seconda della categoria di riferimento).

Stando all'originaria previsione normativa, la citata differenza tra remunerazione e mercede perdeva di significato nell'ipotesi di compenso versato a lavoratori internati; nel caso di imputati e condannati, invece, operava un meccanismo di decurtazione che riduceva la remunerazione a una cifra pari ai sette decimi della mercede. La differenza dei tre decimi confluiva nella Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto^{xliii}, mentre quella relativa al compenso degli imputati veniva accantonata e versata all'avente diritto in caso di proscioglimento o di assoluzione, o alla Cassa sopra menzionata nell'ipotesi di condanna.

Con la riforma operata dalla legge n. 663 del 1986 la disposizione relativa alla decurtazione dei tre decimi da far confluire nella citata Cassa è stata infine soppressa; di

conseguenza è venuta meno anche la distinzione intercorrente tra mercede e remunerazione (per cui, ad oggi, entrambe le espressioni assumono il medesimo significato di intero controvalore economico della prestazione lavorativa).

A venire meno, tuttavia, non è stata la differenza intercorrente tra salario ordinario e mercede, stante la permanenza di una possibile compressione della retribuzione per il lavoro carcerario fino a due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro, secondo la procedura di una commissione *ad hoc* incaricata in tal senso (art. 22, c. 1, O.P.). Ma se con la legge del 1975 (che risultava su questo punto in coerenza con l'orientamento del legislatore del 1930) la decurtazione della retribuzione (fino a un massimo dei due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro) veniva collegata alla convinzione che il lavoro del detenuto dovesse considerarsi comunque inferiore per qualità e quantità a quella del lavoro libero, il mantenimento della stessa disposizione, nell'assetto attuale, perde però di significato. Da cui le numerose critiche sollevate in dottrina (in particolare si è detto come la sopra descritta differenziazione non trovi nessun fondamento, anzi contribuisca soltanto ad incrementare i motivi di discriminazione rispetto al lavoro libero); è, infatti, auspicato di molti che la commissione interpreti tale norma nel senso di portare a coincidenza le due retribuzioni, limitando la riduzione di un terzo solo ai casi in cui la stessa sia giustificata da deficienze sul piano tecnico e produttivo^{xliiv}.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge Gozzini con cui è stata novellata la disciplina in questione, la **Corte Costituzionale**, in due occasioni, si è pronunciata in materia con sentenze particolarmente significative. Chiamati a decidere, oltre che sulla costituzionalità^{xlv} della trattenuta dei tre decimi (art. 23 O.P.), sulla compatibilità costituzionale della normativa che consente che ai detenuti lavoratori sia corrisposto un compenso inferiore ai livelli salariali previsti dai contratti collettivi di lavoro (art. 22 O.P.), con la **sentenza n. 1087/1988**^{xlvi} i giudici della Consulta giunsero ad una prima soluzione di compromesso^{xlvii}: da un lato, infatti, non ravvisarono nell'art. 22 O.P. alcuna violazione dei precetti costituzionali, mentre dall'altro, pur ritenendo insussistente una violazione dell'art. 3 Cost. in ragione di una differenza non solo tipologica ma anche ontologica tra lavoro carcerario interno ed esterno che renderebbe ragionevole e giustificata una disparità di trattamento economico, tuttavia non esclusero l'operatività delle garanzie costituzionali in materia di retribuzione anche al lavoro penitenziario. In pratica la Corte ritenne applicabile la disciplina dell'art. 22 O.P. (decurtazione fino a un massimo dei due terzi) soltanto al lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria (c.d. lavori domestici), rileggendo la norma citata nel senso di riallacciare gli *standard* atti a fissare la remunerazione del lavoro intramurario ai principi di proporzionalità e sufficienza

dell'art. 36 della Cost.. Ritenendo giustificata una diversità di trattamento economico soltanto con riferimento ai c.d. lavori domestici, la Corte ha di fatto stabilito che la disciplina di cui all'art. 22 O.P. non può invece ritenersi applicabile ai soggetti che svolgono lavoro extramurario (detto rapporto, infatti, risulta disciplinato dal diritto comune), ai quali verrà corrisposta una retribuzione pari a quella prevista dai contratti collettivi di lavoro^{xlviii}.

A risolvere definitivamente la questione concernente la legittimità costituzionale dell'art. 23 O.P., è intervenuta la successiva pronuncia **n. 49 del 1992**^{xlix}; con il venir meno del vincolo di solidarietà tra autori e vittime del reato a seguito della soppressione della Cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime del delitto, e con la conseguente scomparsa della destinazione delle somme trattenute al soddisfacimento di interessi generali, è venuta alla luce una ingiustificata disparità di trattamento tra i detenuti e gli altri cittadini che ha reso immotivate le trattenute effettuate sulla remunerazione dei detenuti lavoratori. Con la sentenza citata la Corte ha ritenuto che, "essendosi sostituiti alla Cassa enti portatori di interessi plurimi, sono venuti meno la specifica destinazione delle trattenute di cui trattasi al soddisfacimento dei bisogni delle vittime delle azioni delittuose e il vincolo di solidarietà tra detenuti e vittime dei delitti, sicché le trattenute sono dirette a soddisfare finalità di beneficenza pubblica. E siccome il relativo onere deve gravare sull'intera collettività e non solo sui detenuti che lavorano, sussiste violazione del richiamato art. 3 Cost., ponendosi un'irrazionale ingiustificata discriminazione tra i detti detenuti e gli altri cittadini".

In seguito a tale pronuncia è sorto in capo ai detenuti lavoratori il diritto ad ottenere il pagamento dei tre decimi della mercede, a suo tempo non corrisposti e versati alla Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto e, dopo la sua abrogazione, alle Regioni ed agli enti locali.

7.c) La durata della prestazione lavorativa e il diritto alle ferie del detenuto lavoratore;

Il penultimo comma dell'art. 20 O.P., in ordine allo svolgimento del rapporto di lavoro, stabilisce significativamente che "la durata della prestazione lavorativa non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in tema di lavoro" e che, "alla stregua di tali leggi, ai detenuti lavoratori è garantito il diritto al riposo festivo e alla tutela assicurativa e previdenziale".

Va tuttavia precisato come la disciplina in esame, benché inserita nell'art. 20 O.P., ossia all'interno di una norma dedicata al genus lavoro inframurario, si applichi unanimemente anche nelle ipotesi di svolgimento di lavoro extramurario. In dottrina si sono al lungo levate voci critiche riguardo al silenzio adottato dal legislatore in materia di diritto alle ferie del detenuto lavoratore; inspiegabile appariva in tal senso il richiamo al "diritto al riposo festivo" contenuto nell'art. 20 O.P. e non anche quello, nonostante l'identità di ratio dei due istituti, al riposo annuale, tanto più considerando che "il diritto alle ferie è riconosciuto dal testo costituzionale come irrinunciabile per il prestatore di lavoro, in quanto strumento per il recupero delle sue energie fisiche e morali" e che "l'ordinamento penitenziario prevede uno strumento premiale specifico come i permessi premio (di durata non superiore a quindici giorni ogni volta e per complessivi quarantacinque giorni per ogni anno di espiazione della pena) per coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro, che ben possono essere coordinati con la fruizione delle ferie". La Corte Costituzionale, dopo una serie di interventi precursori, ha definitivamente dissipato ogni possibile dubbio con la sentenza 22 maggio 2001, n. 158 con cui ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 20, pen. c., O.P. 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. La Corte ha infatti sancito che la specificità propria del rapporto di lavoro penitenziario, la cui regolamentazione può conoscere delle varianti e deroghe rispetto a quella del rapporto di lavoro ordinario in ragione di esigenze organizzative, disciplinari e di sicurezza proprie dell'ambiente carcerario, "non vale ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato". Il diritto al riposo annuale, in particolare, integra una di quelle posizioni soggettive che non possono in nessun modo essere negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione .

La stessa Costituzione, del resto, sancisce che la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 c. 1) e che a qualunque lavoratore debba essere riconosciuto il diritto irrinunciabile alle ferie annuali retribuite (art. 36 c. 3), garanzie queste che valgono ad assicurare il soddisfacimento delle primarie esigenze del lavoratore tra cui, in primis, la reintegrazione delle energie psicofisiche a cui sottende il diritto al riposo .

È ovvio, ha concluso la Corte, che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportino che le concrete modalità (di forma e di tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nel penitenziario, dovranno essere rese compatibili con lo stato di detenzione, diversificandosi a seconda che il lavoro sia intramurario (alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o di terzi) oppure si svolga all'esterno o in regime di semilibertà; diversificazioni che spetterà al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare. Anche se la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 20, pen. c., O.P., ha fatto esclusivo riferimento al detenuto che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, si è concordi nel ritenere che la decisione debba essere estesa, a meno di non voler incorrere in evidenti violazioni del principio di ragionevolezza, alla generalità dei detenuti e internati che assumano la veste di lavoratori subordinati. La precisazione, secondo alcuni , rileva, in particolare, con riferimento a coloro che effettuano prestazioni alle dipendenze di imprese pubbliche, o private, o di cooperative sociali operanti all'interno del carcere: in seguito alla sentenza in esame, infatti, il costo del lavoro per le imprese e le cooperative sociali nel contesto intramurario è destinato ad aumentare, a discapito di un'evidente collisione con la recente legge n. 193 del 2000 che, proprio al fine di incentivare l'offerta di lavoro intramoenia da parte di soggetti diversi dall'amministrazione penitenziaria, ha stabilito a loro favore la riduzione delle aliquote relative alla contribuzione per l'assicurazione previdenziale e assistenziale.

La sentenza della Corte non ha però chiarito se in luogo delle ferie annuali non godute, il datore di lavoro possa corrispondere al detenuto lavoratore la relativa indennità sostitutiva. La circostanza che la pronuncia in esame non operi alcun riferimento a quest'ultima, secondo parte della dottrina sembra confermare in modo inequivocabile l'idea che il diritto alle ferie e la relativa indennità sostitutiva debbano essere considerati come assolutamente intercambiabili; secondo un diverso e contrario orientamento , invece, l'omesso riferimento all'indennità induce a ritenere che la Corte, nel dare per scontato il carattere irrinunciabile delle ferie, abbia di fatto voluto affermare che il corrispettivo economico per il mancato godimento del riposo annuale potrà trovare giustificazione solamente quando venga accertato a posteriori che sia stato violato il diritto alle ferie del detenuto lavoratore, ovvero quando si verifichi una risoluzione non programmata del rapporto di lavoro intercorrente con lo stesso prima che il periodo di riposo annuale sia stato goduto . Riguardo alle affermazioni contenute nella citata sentenza e alla portata innovatrice della stessa, in dottrina si è discusso e scritto

8) La cessazione del rapporto di lavoro

molto . In particolare è stato evidenziato come dalla pronuncia in esame sia emersa una sempre più forte equiparazione sostanziale del lavoro carcerario con quello proprio dell'ambiente libero, non soltanto ribadendo ma andando addirittura oltre l'orientamento espresso dalla stessa Corte Cost. nella fondamentale sentenza n. 1087 del 1988.

Il tema della cessazione del rapporto di lavoro, analogamente a quello della sua costituzione, rappresenta un punto di necessaria interferenza tra la disciplina privatistica e quella

penale. Detta peculiarità e i risvolti problematici ad essa correlati, ci inducono a procedere nell'esposizione dell'argomento, ai fini di una semplificazione dello stesso, secondo una trattazione suddivisa per forme di lavoro penitenziario.

In ambito di lavoro intramurario alle dipendenze dell'amministrazione (c.d. lavori domestici), le nozioni giulavoristiche di giusta causa e giustificato motivo di recesso non possono ritenersi applicabili in considerazione del semplice fatto che l'ordinamento penitenziario ha stabilito una disciplina *ad hoc* per l'allontanamento dal posto di lavoro del detenuto (c.d. esclusione dalle attività lavorative): con provvedimento adottato dalla direzione dell'istituto, sentito il parere dei gruppi di osservazione, il detenuto o l'internato è escluso dall'attività lavorativa in presenza di fatti o comportamenti commessi durante il lavoro dai quali emerga un sostanziale rifiuto di adempiere i compiti e i doveri lavorativi assegnati (art. 53 reg. esec. O.P.). Rispetto alla previgente disciplinaⁱⁱ in cui erano contemplate due ipotesi di esclusione dall'attività lavorativa («sostanziale rifiuto dell'adempimento dei suoi compiti» e «mancanza di rendimento»), il legislatore ha giustamente modificato la disposizione, limitando l'operatività dell'istituto al solo caso citato "e abbandonando l'equivoca formula della mancanza di rendimento che si prestava facilmente ad abusi interpretativiⁱⁱⁱ".

Dal confronto, però, di parte della precedente formulazione («sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti») con l'unica ipotesi attualmente disciplinata nella norma («sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti e dei suoi doveri»), emerge come, pur restando ferma la qualificazione del rifiuto in termini di «sostanziale» (cosicché, per legittimare un provvedimento così grave quale la rimozione dal lavoro del detenuto lavoratore, diviene necessario che il rifiuto del detenuto di prestare attività lavorativa si riferisca al nucleo essenziale dei compiti assegnati e non a semplici elementi di dettaglio), il legislatore abbia tuttavia aggiunto il riferimento ai «doveri (lavorativi)»: ciò implica, secondo autorevole dottrinaⁱⁱⁱⁱ, la trasformazione della previsione normativa verso un generico e sfumato collegamento tra l'adempimento degli obblighi lavorativi e l'applicazione delle sanzioni disciplinari da parte dell'amministrazione penitenziaria.

D'altro canto, l'art. 77 del reg. esec. O.P., nell'elencare i comportamenti passibili di sanzione disciplinare, prevede, al n. 3, il «volontario inadempimento degli obblighi lavorativi» che "certamente è espressione ben diversa dal sostanziale rifiuto nell'adempimento dei compiti e dei doveri lavorativi, risultando connotata da un elemento soggettivo molto marcato". Il sistema configurato dal legislatore, in altri termini, legittima una doppia ipotesi di esclusione dall'attività lavorativa: da un lato, in astratto, per motivi attinenti al rapporto di lavoro, colpendo l'atteggiamento del detenuto che non lavora, o lavora poco e malamente, e privandolo di quell'elemento del trattamento per il quale si è dimostrato immeritevole o inadatto (art. 53), ma dall'altro, soprattutto, in concreto, legittimando allontanamenti dal posto di lavoro dettati

esclusivamente dalla volontà di sanzionare sotto il profilo disciplinare (art. 77) comportamenti che nulla hanno a che fare con lo svolgimento dell'attività lavorativa^{iv}. In riferimento, invece, al lavoro inframurario alle dipendenze di terzi, la sussistenza di un comune rapporto di lavoro tra l'imprenditore che gestisce le lavorazioni e il prestatore d'opera detenuto, non esclude l'applicabilità delle nozioni giuslavoristiche della giusta causa e del giustificato motivo, quali circostanze fondanti un legittimo recesso; il datore di lavoro risulterà pertanto vincolato dalla disciplina lavoristica, potendo intimare il licenziamento solo per giusta causa o giustificato motivo di recesso, per iscritto e con comunicazione dei motivi, ove richiesto dal prestatore d'opera, secondo le previsioni dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966. Naturalmente, in concreto le fattispecie di giusta causa e giustificato motivo potranno assumere caratteristiche particolari in relazione alla qualità del lavoratore e al luogo ove si svolge la prestazione, ma la valutazione della legittimità del recesso intimato al lavoratore detenuto andrà operata secondo i parametri elaborati dalla dottrina e giurisprudenza lavoristica^v. Una volta che è stato validamente intimato il recesso da parte del datore di lavoro, la direzione dell'istituto dovrà semplicemente limitarsi a prendere atto del venir meno della posizione lavorativa. Guardando, infine, all'intero *genus* lavoro extramurario, la dottrina è concorde nel ritenere applicabili le norme relative al divieto di licenziamento del detenuto lavoratore se non per giusta causa o giustificato motivo di recesso. Alcune problematiche possono tuttavia emergere in ragione delle possibili conseguenze che la perdita dell'attività lavorativa determina sull'ammissione al regime di semilibertà o al lavoro all'esterno.

In riferimento al regime di semilibertà, al di là delle considerazioni già espresse circa la valutazione dell'attività lavorativa in termini di requisito necessario o eventuale per l'ammissione alla misura, occorre ribadire che l'ordinamento penitenziario prevede espressamente, all'art. 51, che la semilibertà possa essere revocata solo nella circostanza in cui "il soggetto non si appalesi idoneo al trattamento"; non è pertanto ravvisabile alcun espresso automatismo legislativo tra la perdita dell'attività lavorativa, in sé considerata, e la revoca della misura alternativa.

Riguardo al lavoro esterno *ex art. 21 O.P.*, invece, non esiste alcuna norma che disciplini le condizioni di revoca, che sono soltanto rimesse alla valutazione discrezionale della direzione dell'istituto in considerazione degli esiti del programma di trattamento personalizzato; la stessa revoca, in applicazione delle disposizioni di cui all'art. art. 48, c. 15, reg. esec. O.P., diviene esecutiva soltanto dopo l'approvazione del Magistrato di sorveglianza.

Un ringraziamento particolare al Prof. Alberto Nicolai.

ⁱ Sulla "funzione insostituibile del lavoro (penitenziario) quale strumento di integrazione sociale", si rimanda, in particolare, a PAVARINI M., *Prison work rivisitato. Note teoriche sulle politiche penitenziarie nella post modernità*, in *In-out: alla ricerca delle buone prassi. Formazione e lavoro nel carcere del 2000*, a cura di GRANDE M. e SERENARI M. A., Franco Angeli, Milano, 2002, pp. 7 – 31.

ⁱⁱ PERA G., *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, pp. 53 – 78; ROMAGNOLI U., *Il lavoro nella riforma carceraria*, in *Carcere e società*, a cura di CAPPELLETTO M. e LOMBROSO A., Marsilio editore, Venezia, 1976, pp. 92 – 106; CANOSA R., *Il lavoro dei detenuti*, in *Carcere e società*, a cura di CAPPELLETTO M. e LOMBROSO A., Marsilio editore, Venezia, 1976, pp. 111 e ss..

ⁱⁱⁱ Cfr. VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, Giuffrè editore, Milano, 2001, p. XV.

^{iv} La tipologia di popolazione reclusa era ampiamente variegata: venivano internati, indistintamente, mendicanti, vagabondi, poveri, oziosi (tutti ricompresi all'interno di una stessa categoria di persone, in applicazione del principio secondo cui la povertà dovesse considerarsi un delitto ed il fine delle istituzioni internanti dovesse essere l'apprendimento della disciplina del lavoro), a fianco di autori di piccoli reati (per i soggetti che si macchiavano di reati maggiori perdurava, invece, l'applicazione dei classici rimedi: una qualche pena corporale, l'esilio, la gogna, o, più semplicemente, la morte), prodighi e buoni a nulla (al crescere del prestigio e della buona reputazione delle istituzioni segreganti, gli stessi cittadini, di propria iniziativa, presero a rinchiodervi parenti prodighi e figli buoni a nulla), prostitute, etc..

"L'internamento", per citare Foucault, divenne "una strana repubblica del bene imposta con la forza a tutti quelli sospettati di appartenere al male".

^v Vedi RUSCHE G. e KIRCHHEIMER O., *op. cit.*; nel dibattito si inserì anche FOUCAULT M., con *Sorvegliare e punire* e la sua teoria della punizione come disciplina.

^{vi} I macchinari risultavano, di fatto, inesistenti, a fronte di un'attività lavorativa decisamente massacrante. Si pensi, soltanto per fare un esempio, che le case di reclusione e lavoro olandesi furono comunemente conosciute col nome di *rasp huis* in quanto la fondamentale attività lavorativa che vi si praticava consisteva nel grattugiare con una sega a più lame un particolare tipo di legno, durissimo, fino ad ottenerne una polvere da cui i tintori avrebbero poi estratto il pigmento per la tintura dei filati. Il lavoro, orrendamente e inutilmente faticoso (lo stesso processo poteva essere attuato con la macina di un mulino, nel modo comunemente usato da chi impiegava lavoro libero: ma si capisce bene che differenza di costi di investimento intercorra tra l'acquisto di una sega e l'acquisto di un mulino!), si diceva particolarmente adatto per gli oziosi e i pigri, i quali, spesso, lavoravano sino a rompersi letteralmente la schiena.

In riferimento, poi, al salario corrisposto ai lavoratori detenuti, il regolamento delle case di reclusione disponeva espressamente che si tenesse conto del valore dell'opera e si consegnasse loro un quarto di esso. I bassi salari risultavano così doppiamente utili: oltre che economicamente convenienti per l'imprenditore investitore, rendevano particolarmente oppressivo il processo lavorativo, preparando le masse segregate all'obbedienza e all'arrendevolezza una volta terminata la pena e uscite dall'istituto (c.d principio della *less eligibility*: il livello di esistenza garantito dalle istituzioni carcerarie doveva risultare ampiamente inferiore a quello della fascia sociale operaia più bassa, in modo tale che il lavoro peggio pagato risultasse comunque preferibile (*eligible*) alla condizione carceraria; tutto ciò al duplice scopo di costringere al lavoro e di salvaguardare la deterrenza della pena).

^{vii} La teoria trova un suo punto di forza se confrontata con la situazione europea della seconda metà del '500 e della prima metà del '600, ossia in quella fase storica caratterizzata da un forte declino demografico e da un aumento di rigidità della forza lavoro. Rusche e Kirchheimer muovono, infatti, da un ragionamento storico di fondo: il carcere, inteso come strumento portante di controllo sociale, nasce col sistema di produzione capitalistica, adempiendo alla funzione precisa di far apprendere coattivamente, alle masse di ex contadini ormai trasformate in proletariato, la disciplina del salario. E' conseguenza diretta che esso si sia strutturato, soprattutto in relazione alla modalità di sfruttamento del lavoro della manodopera detenuta, sul modello produttivo allora dominante: originariamente la manifattura, in seguito la fabbrica. Si rimanda a RUSCHE G. e KIRCHHEIMER O., *op. cit.*, pp. 71 – 110 e a PAVARINI M., appendice all'edizione italiana di *Pena e struttura sociale*, pp. 341 – 365.

^{viii} I commentatori dell'epoca si affrettarono a chiarire che, mentre il lavoro in tutte le sue forme doveva essere considerato come un «dovere sociale», il lavoro in carcere si traduceva, in conseguenza dello stato di detenzione, in un vero e proprio «dovere giuridico», sanzionato da gravi e precise previsioni disciplinari.

^{ix} "Non si tratta di un vero e proprio diritto, e la parola «diritto» va usata solo per sottolineare l'importanza che, nel sistema carcerario, deve avere il lavoro". Vedi ERRA C., *Lavoro penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1973, p. 567.

^x Cfr. FASSONE E., *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI V., Bologna, Zanichelli, 1981, p. 158.

^{xi} Nella trattazione a seguire la legge 354 del 1975 e il relativo il regolamento di attuazione (D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431 poi sostituito dal D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230), saranno rispettivamente indicati con la sigla «O.P.», acronimo di «ordinamento penitenziario», e con l'abbreviazione «reg. esec. O.P.».

^{xii} Sulla complessa tematica della rieducazione e della risocializzazione del detenuto, vedi AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, Padova, 1964 e DOLCINI E., *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 469 e ss.; Dolcini osserva, in particolare, come "la nozione stessa di rieducazione si presta ad essere variamente intesa, assumendo una gamma di risultati che spaziano, senza soluzione di continuità, da un massimo ad un minimo di contenuti morali, e da accezioni arricchite e interiorizzate ad altre scarnificate e proiettate verso l'esterno, per cui non sembra eccessivo affermare che dietro lo schermo della rieducazione può riproporsi quasi integralmente il dibattito tra dottrine preventive e dottrine retributive della pena".

^{xiii} L'originaria decisione del legislatore del 1975 era stata una conseguenza necessaria del "divieto di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro" introdotto dalla legge 23 ottobre 1960 n. 1369. In sintonia con l'esigenza di rimuovere ingiustificate disparità di trattamento tra lavoratori liberi e lavoratori detenuti, la legge n. 354 del 1975 aveva infatti vietato l'appalto di manodopera, da parte dell'amministrazione penitenziaria, ad imprese private, appalto che concretizzava una sostanziale intermediazione del lavoro espressamente vietata nel mercato libero ma ancora tollerata nell'ambito carcerario. In tal senso era stata appunto introdotta la disciplina che sanciva l'obbligo, per le direzioni degli istituti, di organizzare e gestire direttamente il lavoro all'interno o all'esterno del carcere. In argomento si rimanda a BETTINI M. N., *Lavoro carcerario*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 2.

^{xiv} Il D.P.R. n. 230 del 2000 costituisce una completa revisione delle norme di esecuzione della legge n. 354 del 1975, revisione che si è resa necessaria in conseguenza delle intervenute riforme legislative e dell'evoluzione sostanziale che ha interessato la struttura dell'amministrazione penitenziaria e le correlate esigenze trattamentali del detenuto.

^{xv} L'art. 4 della legge n. 381 del 1991, infatti, non comprendeva nell'elenco della categorie di «persone svantaggiate» i comuni detenuti, ma soltanto coloro che erano ammessi alle misure alternative alla detenzione. Con la nuova formulazione della legge Smuraglia la categoria si è allargata fino a ricomprendere "le persone detenute o internate negli istituti penitenziari" e "i condannati e gli internati ammessi al lavoro all'esterno".

^{xvi} Come già evidenziato nel paragrafo precedente, la distinzione normativa tra lavoro da svolgere all'interno o all'esterno del carcere era già rinvenibile nel regolamento penitenziario del 1931: mentre il lavoro inframurario era strutturato in modo tale da consentire anche a coloro che fossero sottoposti al regime di isolamento diurno di svolgere un'attività lavorativa, il lavoro extramurario era organizzato in case di lavoro o colonie mobili dove i reclusi venivano impiegati in lavorazioni agricole o nel compimento di opere di bonifica e dissodamento dei terreni.

^{xvii} Sulla *specialità* dei lavori domestici, vedi, in giurisprudenza, Cass., sez. lav., 19 luglio 1991 n. 8055 in *Foro it.*, 1991, p. 2354: "L'attività di lavoro svolta dal condannato all'interno della struttura carceraria, è da qualificarsi come inerente ad un rapporto di lavoro subordinato; [...] trattasi evidentemente di una disciplina speciale, coerente peraltro con il regime nel quale soltanto può e deve trovare applicazione, ma di una disciplina che non può impedire di configurare come lavoro subordinato lo svolgimento di attività lavorativa da parte del condannato o dell'internato alle dipendenze dell'istituto penitenziario, con la conseguenza che le controversie relative sono assoggettate al rito del lavoro, siccome di competenza per materia del giudice del lavoro".

^{xviii} Il riferimento è alla disciplina precedente alla modifica dell'art. 20, c. 1, O.P., modifica intervenuta con la legge 12 agosto 1993 n. 296.

^{xix} Il richiamo, ovviamente, è al D.P.R. 230 del 2000.

^{xx} Significativamente, infatti, la rubrica dell'art. 21 nel testo originario del 1975 era intitolata, molto semplicemente, «modalità di lavoro».

^{xxi} In quali conseguenze deleterie, dal punto di vista pratico, si traducesse una simile disposizione, possiamo facilmente immaginarlo.

In particolare, secondo CESARI N., *Il lavoro all'esterno: un'intuizione o una svista del legislatore?*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1984, p. 263, "la scorta, oltre alla difficoltà (e spesso all'impossibilità) materiale di reperirla, era scarsamente utile, e mal rispondeva a quel rapporto di fiducia che la direzione penitenziaria aveva instaurato con il detenuto ammesso al lavoro esterno".

^{xxii} Lo stesso discorso sembra dover valere anche nelle ipotesi in cui il lavoratore presti l'attività presso imprese esterne che assumono in appalto lavori di costruzione, di restauro o di manutenzione degli uffici penitenziari, e che si svolgono, dunque, all'interno delle mura dell'istituto. Ciò che conta, infatti, è il rapporto di lavoro intercorrente tra individuo e impresa, indipendentemente dalla sede materiale in cui si svolge la prestazione.

^{xxiii} Il richiamo è all'originario regolamento di esecuzione, il D.P.R. 431 del 1976.

^{xxiv} La disciplina configura un doppio intervento del Magistrato di sorveglianza: l'approvazione *ex ante* del programma di trattamento penitenziario comprensivo della possibilità di essere ammessi al lavoro esterno (art. 48 O.P.), situazione attraverso cui il Magistrato effettua un controllo di mera legittimità, e l'approvazione del provvedimento di ammissione al lavoro extramurario (art. 21 O.P.) con cui il Magistrato è chiamato a compiere un vero e proprio esame nel merito circa le modalità di ammissione e di svolgimento dell'attività prestata.

^{xxv} Cass. 2 maggio 1989 in *Giust. Pen.*, 1990/II, p. 83; Cass. 23 giugno 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1994/III, p. 8.

^{xxvi} Cass. 23 giugno 1993, *cit.*

^{xxvii} T.A.R. Piemonte, 16 marzo 1990, n. 115, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1047.

^{xxviii} In argomento vedi TASSONE S., *Decreto di ammissione al lavoro all'esterno e difetto di giurisdizione amministrativa: verso una rivalutazione delle funzioni del Magistrato di sorveglianza*, in *Riv. Ital. Dir. Proc. Pen.*, 1991, pp. 1050 e ss..

^{xxix} Viene pertanto fissato il principio teorico della compatibilità tra l'iscrizione e lo stato di detenzione, superando al contempo i problemi pratici nascenti dalla particolare condizione soggettiva del lavoratore. Per i detenuti, infatti, gli effetti nascenti dallo stato di disoccupazione (ovvero la permanenza nelle liste di collocamento e il mantenimento del diritto all'indennità di disoccupazione), si originano in conseguenza della segnalazione periodica dello stato di detenzione che la direzione dell'istituto è tenuta a fare su richiesta dello stesso interessato. Ciò significa che non solo il detenuto può iscriversi alle liste durante la detenzione, ma anche che, se era già iscritto prima dell'inizio dello stato di carcerazione, ha facoltà di mantenere tale iscrizione per tutta la durata della pena.

^{xxx} In argomento vedi D'ONOFRIO M. e SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 237 e PAVARINI M., *Regime di semilibertà*, in AA.VV., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, a cura di GUZZALOCA B., Utet, Torino, 2002, p. 150.

A ribadire che non costituisce un presupposto necessario la circostanza che le attività dirette alla risocializzazione del condannato si esplicino esclusivamente in prestazioni lavorative, Pavarini precisa che è sufficiente ed "essenziale che tali attività assorbano la sfera comportamentale del condannato o dell'internato, per il tempo di dimissione dall'istituto, in senso utile e conferente al riadattamento alla normale e corretta vita di relazione."

^{xxxii} In proposito vedi VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 64.

A differenza dell'art. 48 O.P. ("regime di semilibertà") in cui lo svolgimento di attività lavorative (ovvero istruttive o comunque utili al reinserimento sociale, secondo la formula utilizzata dal legislatore) è richiesto dalla legge per l'ammissione al regime di semilibertà, l'art. 47 O.P. ("affidamento in prova al servizio sociale") non richiede espressamente, come presupposto per la concessione della misura, la sussistenza di un'attività lavorativa, limitandosi soltanto a prevedere, nei confronti del condannato, l'adozione di prescrizioni che contribuiscano "alla rieducazione del reo e assicurino la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati" (c. 2).

^{xxxiii} Corte Cost., 30 novembre 1988 n. 1087, in *Dir. Lav.*, 1989, p. 241.

^{xxxiii} PERA G., *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, p. 65.

In senso radicalmente opposto, contrario ad una riconducibilità del lavoro carcerario nell'alveo dell'art. 4 Cost., si sostanzia, invece, la posizione di PAVARINI M., *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1976, p. 269: "L'affermazione della natura medicinale rieducativa del lavoro, sfugge all'equivoco, altrimenti possibile, di una concezione armonizzabile con l'art. 4 della Costituzione; mentre, più correttamente, le ragioni e l'origine storica di questa concezione vanno individuate in quella ormai non più insospettabile continuità interpretativa con la concezione fascista del momento penitenziario, con una concezione, quindi, ancora essenzialmente «afflittiva-espiativa» della pena".

^{xxxiv} BETTINI M. N., *Ferie e parità di trattamento dei detenuti*, nota a Corte Cost., 22 maggio 2001, n. 158, in *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2001, p. 1228.

^{xxxv} TRANCHINA G., *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI V., Bologna, Zanichelli, 1981, p. 151.

^{xxxvi} FASSONE E., *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI V., Bologna, Zanichelli, 1981, pp. 163 – 164.

^{xxxvii} PERA G., *Il lavoro dei detenuti nel progetto di riforma*, op. cit., p. 107. Pera evidenzia la differente formulazione della norma contenuta nel disegno di legge dell'ordinamento penitenziario decaduto con la fine della legislatura (c.d. progetto Gonnella), rispetto a quella realmente confluita nella normativa del 1975. Mentre la formula contenuta nel disegno di legge ("ai fini della rieducazione del condannato e dell'internato è assicurato il lavoro") configurava un vero e proprio diritto al lavoro da parte del detenuto, con l'effetto di presupporre conseguenze giurisdizionali nell'ipotesi in cui il lavoro non avesse corso per fatto dell'amministrazione, al contrario gli artt. 15 e 20 dell'attuale legislazione portano a escludere la sussistenza di un diritto al lavoro, e a concludere soltanto per la configurabilità di una direttiva di principio da realizzarsi nei limiti della possibilità e con valutazioni latamente discrezionali.

^{xxxviii} GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 34.

In riferimento alla connotazione del lavoro carcerario secondo i diversi modelli interpretativi adottati in dottrina e giurisprudenza, PAVARINI M., *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, cit., p. 270, sintetizza efficacemente per punti:

- *Il lavoro come «bene in sé»*: prescindendo da ogni problema connesso all'organizzazione del lavoro, si procede valorizzando con dati «ottimistici» le dimensioni del lavoro carcerario;
- *Il lavoro come premio*: il modello fa leva su "uno dei più tristi e obsoleti luoghi comuni" che hanno accompagnato i discorsi dei giuristi sul lavoro carcerario, ovvero che il lavoro è "se non altro" un diversivo alla monotonia della vita carceraria;
- *Il lavoro come diritto-dovere*: con l'implicito paradosso secondo cui il detenuto lavoratore non solo verte nell'impossibilità di contestare il lavoro che gli è stato imposto, ma non possiede inoltre alcun mezzo per pretendere di essere impiegato in qualche attività lavorativa nell'ipotesi inversa di ozio forzato;
- *Il lavoro come mezzo terapeutico*, "soprattutto – vaneggia la Corte (Costituzionale) – se praticato all'aperto!".

^{xxxix} Si tratta cioè di verificare la sussumibilità, o meno, del lavoro penitenziario nello schema normativo di cui all'art. 2094 c.c.

^{xl} Al detenuto ammesso al lavoro extramurario sarà applicabile, allo stesso modo in cui è applicato agli altri dipendenti, il contratto collettivo vigente all'interno dell'azienda presso cui è occupato, così come, in riferimento al diritto alle mansioni e alla qualifica contrattuale, l'equiparabilità con la normativa standard comporterà l'applicabilità della regola ex art. 2103 c.c. sul divieto di assegnazione a mansioni inferiori e sulla promozione automatica, in caso di svolgimento di mansioni superiori, rispetto al livello di inquadramento. Inoltre, per quanto concerne l'eventuale trasferimento del lavoratore detenuto da un'unità produttiva ad un'altra, sotto il profilo privatistico i poteri del datore di lavoro non differiranno affatto da quelli esercitabili nei confronti di qualunque altro suo dipendente: ciò significa che, ai fini di detto trasferimento, occorrerà la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, così come richiesto dal legislatore.

Nell'ipotesi in cui venga modificato il luogo di svolgimento della prestazione, dal punto di vista penitenziario si tratterà di predisporre la variazione del programma di trattamento per individuare il nuovo percorso utile a raggiungere il luogo di lavoro, variazione che avverrà sia sulla base della comunicazione effettuata dal datore di lavoro che sulla base dell'attività istruttoria, qualora questa sia ritenuta necessaria, del Magistrato di sorveglianza, in caso di detenuto semilibero, o del direttore dell'istituto, in caso di soggetto ammesso al lavoro esterno.

Circa l'applicazione generale della disciplina legale, restano salve quelle eccezioni che mal si concilierebbero con lo *status* di detenuto ammesso al regime di semilibertà o di lavoro all'esterno *ex art.* 21 O.P. (si pensi, ad esempio, all'espletamento del lavoro notturno).

^{xii} Benché l'art. 14 della legge 20 maggio n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) garantisca a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, sulla estensione di tale diritto – il cui esercizio non dovrebbe poter provocare turbamenti – anche a chi svolga prestazioni lavorative in carcere, la legge penitenziaria nulla dice, lasciando intendere di averne voluto la esclusione. Questa illazione, del resto, riceve conferma dalla constatazione che la disciplina del lavoro nella legge penitenziaria è articolata secondo la regola per la quale il legislatore *ubi vult dicit*: basti pensare alle norme sulla durata delle prestazioni lavorative, sulla tutela assicurativa e previdenziale, sugli assegni familiari ed in genere sugli aspetti di garanzia, che sebbene di generale applicazione in campo lavoristico, sono fatti oggetto di previsione specifica per quanto riguarda il lavoro del detenuto* (TRANCHINA G., *op. cit.*, p. 154).

^{xiii} Cfr. VIDIRI G., *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, in *Giustizia penale*, 1986, p. 56 e FASSONE E., *op. cit.*, pp. 162 – 163, il quale include, accanto agli altri tratti essenziali del lavoro penitenziario (obbligatorietà; non afflittività; remuneratività; attitudine alla promozione del soggetto), anche la sua omogeneità rispetto al lavoro libero.

^{xiii} L'idea di istituire una Cassa per la riparazione dei danni da reato, che si riallacciava alle legislazioni criminali preunitarie (la leopoldina del 1786 e quella borbonica del 1819), non trovò attuazione negli ordinamenti dell'Italia unita nonostante il favore dimostrato dalla dottrina. Un grave scoglio fu rappresentato dalla concezione, comune agli studiosi di indirizzo positivista, di un obbligo di risarcimento gravante sullo Stato per aver mancato di vigilare nella prevenzione dei reati (c.d. responsabilità *in vigilando*). Va tuttavia precisato come il concetto di Cassa confluito nell'attuale ordinamento penitenziario non risulti fondato sulla responsabilità preventiva dello Stato ma su motivazioni di natura solidaristica.

Accolta con particolare fervore da una parte della dottrina la Cassa ebbe, però, esistenza breve: già con la legge 21 ottobre 1978 n. 641 venne soppressa e i relativi proventi attribuiti al Ministero del tesoro, il quale, a sua volta, provvedeva a ripartirli tra province e comuni avuto riguardo alle relative popolazioni e superficie.

^{xiv} Si controverte se la riduzione fino ai due terzi si debba applicare a tutti le forme di lavoro penitenziario o meno. La maggior parte della dottrina condivide la teoria che limita la riduzione fino ad un terzo delle tariffe sindacali al solo lavoro prestato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, e senza che possa essere quindi esteso a quello prestato per imprese pubbliche o private. Se così non fosse si realizzerebbe innanzitutto una disparità di trattamento fra i lavoratori liberi ed i detenuti che prestano lavoro presso tali soggetti, ed in secondo luogo si avrebbe un arricchimento ingiustificato per l'amministrazione penitenziaria, che si vedrebbe versare dall'impresa esterna l'intero compenso spettante al lavoratore, dovendo poi operare la riduzione di un terzo e trattenendo la differenza senza alcun titolo.

Dall'altro vi è chi ritiene che la differenziazione non solo non trovi fondamento nei dati normativi, ma contrasti anche con il principio di ragionevolezza, in quanto capace di realizzare una disparità di trattamento fra quanti prestano lavoro all'interno dello stabilimento alle dipendenze dell'amministrazione e quanti invece in favore di imprese pubbliche o private all'interno o all'esterno dell'istituto penitenziario.

^{xiv} Ovviamente in riferimento alle trattenute effettuate anteriormente al 1986.

^{xvi} Sent. cit.

^{xvii} BARBERA M., *Lavoro carcerario*, in *Digesto*, VIII, Torino, 1992., p. 222. Della stessa opinione è VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 35: "Si tratta, come è evidente, di una soluzione poco convincente e contraddittoria con le premesse da cui muove, dal momento che l'affermazione dell'esistenza in capo al detenuto di un diritto tutelabile *ex art.* 36 Cost. avanti al giudice ordinario dovrebbe portare all'esclusione di un potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria nella determinazione della mercede che, per rispondere ai requisiti di proporzionalità e sufficienza richiesti dalla Corte, non potrebbe che essere parametrata ai minimi contrattuali stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale".

^{xviii} In senso critico in merito alla posizione assunta dalla Corte, si è espressa buona parte della dottrina. In particolare vedi GALLI G., «Mercede» e «remunerazione» del lavoro del detenuto, nota a Corte Cost., 13 dicembre 1998, n. 1087, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988/I, pp. 5298 – 5311 e ARBIA S., *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: "Ma le discriminazioni più gravi attengono alla insussistenza di situazioni oggettivamente differenziate nell'attività lavorativa svolta all'esterno del luogo di detenzione ed in quella svolta alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, dovendosi ritenere soltanto una differenziazione per quanto concerne i soggetti datori mentre non si rivengono diversificazioni in ordine alla qualità dei prestatori e alla causa-funzione del lavoro non libero".

^{xix} Corte Cost., 18 febbraio 1992 n. 49, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993/II, p. 16.

Per un commento della sentenza in esame, si rimanda a: GALLI G., *Sulla retribuzione del lavoro dei detenuti*, nota a Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 503 – 505; GALLI G., *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; MARRA L., *Lavoro carcerario ed equa retribuzione*, nota a Corte Cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1993, pp. 16 – 17.

ⁱ La dottrina è concorde nel ritenere inapplicabili al lavoro intramurario i principi sulla giusta causa o sul giustificato motivo di recesso; vedi VIDIRI G., *op. cit.*, p. 57; GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 2000, p. 230; VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, *op. cit.*, p. 50.

ⁱⁱ Art. 50 D.P.R. n. 431 del 1976.

ⁱⁱⁱ VITALI M., *Il lavoro penitenziario*, *op. cit.*, p. 29. In ragione della configurazione della natura giuridica delle c.d. lavori domestici in termini di «specialità» rispetto al lavoro libero, propria dell'orientamento maggioritario della dottrina, l'attuale formulazione della norma, osserva la Vitali, "evidenzia l'equivoco di fondo che permea tutta la disciplina del lavoro intramurario,

dal momento che in essa viene descritto un comportamento che, immediatamente, richiama alla mente il concetto civilistico di insubordinazione, riscontrabile in tutta la contrattazione collettiva come causa di licenziamento per giusta causa del lavoratore, e la nozione di inesatto adempimento della prestazione lavorativa, quale tipica causa di risoluzione del contratto a prestazioni sinallagmaticheⁱⁱⁱ.

ⁱⁱⁱ Vedi VITALI M., *Il lavoro penitenziario, op. cit.*, pp. 30 – 33.

^{iv} VITALI M. *Il lavoro penitenziario, op. cit.*, p. 31. A conferma dell'ambiguità latente in materia, e a sostegno della tesi secondo la quale i casi di rimozione dal lavoro carcerario avvengono, in larga misura, per motivi disciplinari indipendenti dal comportamento tenuto dal detenuto sul posto di lavoro, l'autrice riporta il caso di un detenuto presso la Casa Circondariale di Sassari che era stato rimosso dal suo posto di idraulico in conseguenza di un rapporto inviato alla Procura della Repubblica per oltraggio nei confronti di un agente di custodia, commesso durante la permanenza all'aria aperta, ovvero al di fuori dell'orario di lavoro (Mag. Sorv. Sassari 26 gennaio 1980, in *Lavoro 80*, 1982, p. 279). L'episodio riportato, incalza la Vitali, è doppiamente paradigmatico in considerazione del fatto che non esistono rilevazioni statistiche su questo fenomeno, il quale emerge solo raramente e solo se e in quanto l'interessato reagisca al provvedimento illegittimo della direzione reclamandolo davanti al Magistrato di sorveglianza.

^{lv} Più complessa appare la questione con riferimento al caso in cui il detenuto presti la propria attività lavorativa nell'ambito di una cooperativa come socio lavoratore, dal momento che la giurisprudenza appare consolidata nell'escludere, laddove non sia ravvisabile alcuna utilizzazione fraudolenta dello schema cooperativistico, la riconducibilità alla fattispecie del lavoro subordinato delle prestazioni di un socio di cooperativa: di conseguenza la cooperativa non incontrerà i vincoli sopra delineati in materia di recesso individuale, e resterà applicabile la normativa di diritto comune in materia di esclusione del socio dalla società cooperativa.