

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SCUOLA DI PERFEZIONAMENTO
PER LE FORZE DI POLIZIA



Periodico trimestrale
di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza

Anno 2020, n. 2-3

Comitato d'onore

Prefetto FRANCO GABRIELLI, Capo della Polizia – Direttore Generale della Pubblica Sicurezza - Gen. C.A. GIOVANNI NISTRI, Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri - Gen. C.A. GIUSEPPE ZAFARANA, Comandante Generale del Corpo della Guardia di Finanza - Pres. Dott. BERNARDO PETRALIA, Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

Comitato scientifico

Prof. PAOLO BARGIACCHI - Prof. ENZO CANNIZZARO - Prof. MAURO CATENACCI - Dott.ssa NERIS CIMINI - Col. G. di F. t.ST ORIOL DE LUCA - Prof. ANTONIO FIORELLA - Prof. BRUNO FRATTASI - Prof. STEFANO GAMBACURTA - Proc. NICOLA GRATTERI - Prof. ALESSANDRA GUIDI - Primo Dir. P. di S. PIER FRANCESCO IOVINO - Cons. ANTONIO LAUDATI - Col. CC MICHELE LIPPIELLO - Prof. MARIO MORCELLINI - Cons. CARLO MOSCA - Prof. RANIERI RAZZANTE - Cons. VITO TENORE - Prof. UMBERTO TRIULZI.

Comitato di Redazione

Prof. PAOLO BARGIACCHI - Prof.ssa MIHAELA GAVRILA - Prof. MASSIMILIANO MASUCCI - Gen. B. G. di F. GUSTAVO FERRONE - Dir. Sup. P. di S. ROSARIA D'ERRICO - Col. CC t.SFP PAOLO ZITO - V. Q. P. di S. MARCO RAGUSA - Ten. Col. G. di F. ALESSANDRO GIACOMETTO - Dir. Agg. P.P. SALVATORE PEDE.

Direttore responsabile

Gen. D. CC GIUSEPPE LA GALA.

Segreteria di Redazione

Ten. Col. G. di F. ALESSANDRO GIACOMETTO - V. ISP. P.P. GIULIANO PANICCIA - ASS. C. C. P. di S. MARIA LORETTA PASSERINI.

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SCUOLA DI PERFEZIONAMENTO
PER LE FORZE DI POLIZIA

Periodico trimestrale
di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza

Anno 2020, n. 2-3

SOMMARIO

<i>Editoriale</i> – a cura del Gen. D. CC Giuseppe La Gala	<i>pag.</i>	5
Parte I – <i>Interventi</i>	»	9
Intervento di commiato del Direttore <i>pro-tempore</i> della Scuola di Pefezionamento per le Forze di Polizia	»	11
Parte II – <i>Articoli e Saggi</i>	»	21
Ezio Antonio Giacalone - <i>Origini e fondamenti dell'intelligence penitenziario</i>	»	23
Parte III – <i>Voci dall'Aula</i>	»	59
Ilaria Lomartire - <i>La legge 5 febbraio 1992, n. 104: profili di applicazione nelle forze di polizia</i>	»	61
Parte IV – <i>Documenti, Normativa e Giurisprudenza di interesse</i>	»	145
Rodolfo Santovito - <i>L'uso consapevole degli strumenti social e riflessi disciplinari</i>	»	147
Parte V – <i>Segnalazioni bibliografiche</i>	»	183
Karen Nuvoli - <i>L'evoluzione dei conflitti tra sicurezza, culture e complessità</i> , recensione al testo di Mary Kaldor, <i>Global security cultures</i> , Polity Press, Cambridge, UK, 2018, pp. 224	»	185

Editoriale

a cura del Gen. D. CC Giuseppe La Gala
*Direttore della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia
e Direttore responsabile della Rivista trimestrale dell'Istituto*



Il Gen. D. CC Giuseppe La Gala

In qualità di nuovo Direttore della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia, ho assunto congiuntamente anche l'incarico di Direttore responsabile di questo prestigioso periodico trimestrale di dottrina, legislazione e giurisprudenza che, sin dal 1987, tratta tematiche di tipo giuridico nell'ottica della sicurezza quale valore fondante della vita libera e democratica della comunità nazionale ed internazionale.

È mio desiderio rivolgere un deferente saluto e ringraziamento al Ministro dell'interno, al Capo della Polizia - Direttore generale della pubblica sicurezza e al Comandante dell'Arma dei Carabinieri

per la fiducia accordatami nell'affidarmi tali importanti incarichi. Altrettanto deferente è l'espressione del sincero sentimento di gratitudine che mi lega anche ai miei illustri predecessori che si sono succeduti alla direzione di questo prestigioso istituto, la cui sapiente attività ha consentito di raggiungere gli elevati standard qualitativi odierni dell'offerta formativa.

Questo particolare momento storico e sociale è segnato indelebilmente dalla pandemia del COVID-19, che ha modificato – ed anzi, stravolto – le nostre abitudini socio-culturali, il nostro modo di lavorare e di rapportarci con gli altri e, in definitiva, tutta la nostra quotidianità. Sono momenti particolari, di sicura difficoltà, che hanno profondamente mutato anche l'attività delle forze di polizia e degli altri organismi di *law enforcement*, conducendo l'intero comparto a nuove riflessioni sui temi della sicurezza.

Gli operatori di polizia hanno dovuto affrontare nuove sfide, rimodulare il proprio *modus operandi*, ripensare quelli che sino a qualche mese fa erano stati i propri tradizionali campi d'azione, concentrando la propria attività sulla sicurezza sanitaria dei luoghi di assembramento e lavoro, sulla verifica del rispetto del “distanziamento sociale”, sulle nuove opportunità che la crisi economica indotta dalla pandemia ha offerto alla criminalità organizzata.

Per effetto degli argomenti trattati – che spaziano dalla dottrina giuridica generale alle tematiche professionali di più stretta attualità per le forze di polizia – la Rivista trimestrale si è guadagnata, negli anni, un preminente ruolo nel dibattito culturale sia negli ambienti accademici che tra gli operatori delle agenzie di sicurezza nel senso più ampio del termine, dando un sostanziale contributo al rinnovamento dell'agire e del pensiero sui temi della sicurezza, sempre privilegiando l'ottica del coordinamento interforze, da coniugare ineludibilmente con un sempre più stretto coordinamento inter-istituzionale. Date queste già solide premesse – peraltro testimoniate dall'iscrizione del periodico nell'elenco A.N.V.U.R. delle riviste scientifiche di area giuridica – è mio intendimento sviluppare ancora di più e meglio la vocazione culturale a tutto campo della Rivista, aprendola ulteriormente al mondo accademico, professionale ed istituzionale: a questo proposito, mi sento di rivolgere un invito a tutti i lettori a proporre eventuali collaborazioni alla stesura del periodico, in modo da arricchire il più possibile – e rendere multiforme – il già ampio dibattito non soltanto professionale, ma anche culturale, sui temi della sicurezza.

In questo senso – e con il connesso obiettivo di attrarre il più possibile l'attenzione dei potenziali lettori – va considerata la novità di pubblicare online la Rivista, proprio a partire da questo primo numero del mio mandato, quale passo iniziale, semplice ma significativo, verso un più efficace uso delle tecnologie per una più ampia partecipazione al dibattito culturale e il più generale rinnovamento del sito web dell'Istituto <https://scuolainterforze.interno.gov.it>.

Per le note difficoltà contingenti dei mesi scorsi, questa edizione della Rivista raccoglie i numeri 2 e 3 del 2020, alla cui lettura mi pregio di introdurvi.

La prima parte di questo numero è dedicata al saluto di commiato del mio predecessore, il Generale di Divisione della Guardia di Finanza Giuseppe Bottillo, che contiene un dettagliato riepilogo delle più significative

attività didattiche e conferenziali organizzate dalla Scuola nel corso dell'anno accademico 2019/2020.

Nella Parte II (*Articoli e Saggi*) riportiamo il contributo del Dirigente di Polizia penitenziaria Dott. Ezio Antonio Giacalone, Comandante della “Scuola superiore dell'esecuzione penale”, dal titolo “*Origini e fondamenti dell'intelligence penitenziario*”, nel quale sono analizzate le caratteristiche, basilari e peculiari, dell'attività informativa condotta in ambito penitenziario.

Dopo una rapida disamina del fenomeno delle prison gangs statunitensi, l'autore si sofferma sull'esperienza italiana dell'*intelligence* penitenziario, partendo dalla nascita della struttura “Sicurpena” – avvenuta nella seconda metà degli anni '70 per contrastare il terrorismo all'interno delle carceri – ed arrivando alla successiva istituzione della Polizia penitenziaria e delle sue articolazioni specializzate (NIC - Nucleo Investigativo Centrale e GOM - Gruppo Operativo Mobile), che consentono di implementare le attività di *intelligence* penitenziario facendole confluire armonicamente nel sistema multi-agenzia della sicurezza nazionale.

Nella Parte III (*Voci dall'Aula*) la Dottoressa Ilaria Lomartire – Vice Questore della Polizia di Stato, già frequentatore del XXXIV corso di Alta formazione presso questa Scuola – presenta un lavoro dal titolo “*La legge 5 febbraio 1992, n. 104: profili di applicazione nelle forze di polizia*”, effettuando una ricostruzione sistematica delle agevolazioni previste per i lavoratori dipendenti – con particolare attenzione a quelli del comparto sicurezza e difesa – che prestano assistenza ai disabili in condizione di gravità (permessi, congedi straordinari, limiti al trasferimento, ecc.) e delle numerose situazioni di possibile conflitto d'interesse tra l'esigenza, di rilevanza costituzionale, di assistenza della persona disabile e il perseguimento dell'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Nella parte IV (*Documenti, Normativa e Giurisprudenza di interesse*) il Colonnello dell'Arma dei Carabinieri Rodolfo Santovito, frequentatore del XXXV corso di Alta formazione, affronta la tematica di estrema attualità e d'interesse – anche nell'ottica del più generale dibattito ormai stabilmente presente nella società civile – de “*L'uso consapevole degli strumenti social e riflessi disciplinari*”, evidenziando come l'estrema rapidità con cui i nuovi strumenti di comunicazione si sono endemicamente diffusi, e continuano ad evolversi, non abbia favorito la formazione di un’“etica digitale”, intesa quale insieme di valori cui ancorarne l'uso.

Dall'analisi condotta emerge un quadro assai ampio e complesso che, oltre a definire il perimetro entro cui il cittadino-operatore di polizia può legittimamente fruire dei *social*, individua le possibili azioni che le Amministrazioni devono perseguire per traguardare un modello virtuoso e indirizzare correttamente i comportamenti e le coscienze dei propri collaboratori.

Nell'ultima parte V (*Segnalazioni bibliografiche*) viene proposta la recensione redatta dalla Dott.ssa Karen Nuvoli – dottoranda di ricerca presso l'Università “Sapienza” di Roma – del testo di Mary Kaldor dal titolo “*Global security cultures*”. Il lavoro, in particolare, approfondisce il tema de “*L'evoluzione dei conflitti tra sicurezza, culture e complessità*”.

Nel testo di cui trattasi la rinomata studiosa di guerra e sicurezza introduce il concetto di *Culture della sicurezza* per spiegare i motivi per i quali rimaniamo bloccati in particolari percorsi verso la sicurezza che non ci portano a nessun risultato.

La scrittrice, partendo dal fondamentale interrogativo sul perché le nazioni continuino a combattersi nonostante sia evidente che le guerre non siano di per sé sufficienti per il mantenimento della stabilità, procede ad un'analisi di quattro tipi principali di cultura della sicurezza globale, che si trovano in competizione tra loro: la geo-politica, le nuove guerre, la pace liberale e la guerra al terrore. Indaga inoltre su come potremmo identificare contraddizioni, dilemmi ed esperimenti in tali culture della sicurezza contemporanee, che potrebbero in definitiva aprire nuove strade per salvaguardare la civiltà nel futuro.

PARTE I
Interventi

Intervento di commiato del Direttore *pro-tempore* della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia

di Giuseppe Bottillo*

A conclusione dell'anno accademico della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia è tradizione, ma anche dovere e privilegio, che il Direttore rassegni sinteticamente le attività formative condotte nell'anno, secondo le linee condivise dai vertici delle quattro forze di polizia e dal corpo docente.

Quest'anno, funestato a livello planetario dal famigerato Covid-19, non potranno tenersi la cerimonia di conclusione e la consegna dei diplomi, master e distintivi alla presenza delle massime cariche della Repubblica, delle autorità diplomatiche, del corpo docente, dei familiari e dei tanti che seguono con sincera passione le nostre forze di polizia. Tale impedimento è motivo di grande dispiacere.

Proprio per questo, sento ancor più l'onere ed il privilegio di illustrare, comunque, brevemente, quanto è stato fatto alla Scuola di Via di Priscilla, perché le attività formative che hanno riguardato soprattutto il XXXV corso di Alta formazione sono proseguite con modalità "a distanza" grazie alle tecnologie digitali.

Dei cosiddetti corsi di secondo livello programmati, e cioè 10, è stato possibile svolgerne 6, mentre gli altri purtroppo siamo stati costretti a rinviarli.

Altrettanto, nostro malgrado, è avvenuto per tutti i corsi in programma presso la Scuola Internazionale di Caserta e CEPOL a partire dall'11 marzo.

È appena il caso di evidenziare che, per quanto efficace sotto il profilo "didattico", la modalità a distanza della fruizione di lezioni e conferenze priva i frequentatori di quella che è l'essenza, il plusvalore e oserei dire financo la ragion d'essere della Scuola di Perfezionamento per le Forze di

(*) Generale di Divisione della Guardia di Finanza, Direttore della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia dal 14 gennaio 2019 al 7 giugno 2020.

Polizia: la frequentazione in presenza, per circa nove mesi, la residenzialità, la vita in comune dei dirigenti e ufficiali superiori delle forze di polizia, le visite istituzionali, i viaggi di istruzione all'estero, costituiscono l'*humus* vitale del coordinamento.

La “contaminazione” di conoscenze, mi sia consentito il termine, lo scambio personale di esperienze, il quotidiano confronto professionale e umano, la comune alta formazione nelle stesse aule e con i medesimi docenti, realizzano le fertili basi per un effettivo coordinamento, formativo prima ed operativo poi. Ed è il modello di formazione migliore in assoluto perché le differenti radici possano costituire le lenti focali e formare l'ottica diversa attraverso cui individuare, distinguere, prevenire e contrastare ogni fenomeno potenzialmente lesivo della Pubblica Sicurezza, in qualsiasi modo sia declinabile e declinata, secondo una comune visione e sulla base di un concreto e condiviso coordinamento.

Purtroppo dall'11 marzo in poi, tale modello ha dovuto sfumarsi in attività didattica a distanza, certo non per ragioni ascrivibili a nessuno se non alla pandemia e alle prioritarie connesse esigenze sanitarie.

Tanto doverosamente premesso, il corso di Alta formazione quest'anno ha visto la partecipazione di 24 frequentatori di cui 20 funzionari/ufficiali delle nostre forze di polizia e 4 colleghi stranieri.

Esso costituisce l'iter formativo di eccellenza di questa Scuola – quello che storicamente la identifica in ambito nazionale ed internazionale – ed al quale è affidato il compito di attuare, attraverso la comune formazione della dirigenza delle forze di polizia, le finalità stabilite dalla legge 121 del 1981, che individua nel modello organizzativo incentrato sul coordinamento delle stesse uno dei pilastri del complessivo sistema della sicurezza del Paese.

Anche quest'anno quattro sono state le macro-aree tematiche oggetto di approfondimento interdisciplinare affidato ad eminenti docenti universitari, a magistrati ed esperti di settore: il coordinamento delle forze di polizia ed il contrasto al crimine organizzato ed al terrorismo; la cooperazione internazionale; le scienze sociali ed economiche nonché il management pubblico, sulle quali i frequentatori sono stati chiamati a sviluppare tesi di gruppo e individuali, discusse in sede di esame finale.

Al pari dei precedenti corsi, anche il XXXV ha frequentato il Master universitario di II livello in “sicurezza, coordinamento interforze e cooperazione internazionale”, attivato a seguito di apposita convenzione tra

la “Sapienza” Università di Roma e il Dipartimento della pubblica sicurezza, quest’anno, orientato all’analisi dei fenomeni criminali complessi, con particolare attenzione a quelli emergenti correlati alle opportunità offerte dagli sviluppi tecnologici e del ruolo delle forze di polizia nella comunicazione globale, con specifici *focus* sulle realtà francese, brasiliana, cinese e peruviana, attraverso il contributo dei frequentatori provenienti da quei Paesi.

Facendosi ricorso come ricordato in premessa alla formazione “a distanza”, che ha consentito di preservare, grazie alla modalità interattiva, elevati standard scientifici della didattica e, al contempo, proponendo comunque un costruttivo confronto tra i frequentatori, il corso è stato portato sino a conclusione, conseguendosi in modo pieno tutti i *target* stabiliti per quest’anno accademico.

Caratterizzati da profili fortemente innovativi, tali obiettivi sono stati delineati, per la prima volta, con il prezioso, diretto contributo del mondo accademico, delle strutture centrali delle forze di polizia e di esperti, all’esito di un’ articolata riflessione promossa da questa Scuola, per sua natura primigenia – direi, culturalmente e istituzionalmente – vocata alla ricerca della sintesi tra le differenze, di nuove strade, di nuove prospettive didattiche per la trasmissione di nuovi saperi necessari alla dirigenza delle forze di polizia per sviluppare le competenze professionali che consentano di interpretare con approccio proattivo la complessità del tempo che viviamo ed ogni futura sfida sul fronte della sicurezza. “Imparare ad imparare è stato il principio cardine e ispiratore”.

In particolare, è stata:

- significativamente potenziata la proiezione europea ed internazionale dell’offerta formativa nella ormai acquisita consapevolezza che la cooperazione internazionale di polizia costituisce presupposto inderogabile per la realizzazione di un’efficace azione di contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo;

- studiata in ogni sua manifestazione la ricaduta sul piano economico-finanziario delle fenomenologie delittuose, incrementando gli insegnamenti in materia di supporto informativo nei processi decisionali relativi agli scenari criminali complessi, individuando e valorizzando i più aggiornati strumenti e metodi elaborati dalla moderna analisi criminale, tattica e strategica, raccordando l’aspetto dottrinale alla prassi sperimentale, alla luce dei risultati ottenuti in materia dalla ricerca scientifica internazionale,

rivisitata in chiave di polizia ed adeguata alla peculiare realtà del nostro Paese;

– condotta, avvalendosi dell’elevato *background* professionale dei frequentatori, attività di ricerca e sperimentazione interdisciplinare di gruppo, direttamente connessa all’orizzonte prospettico della missione delle forze di polizia, approfondendo argomenti che presentano aspetti attuali, prevedibili o potenziali di criticità tecnico-giuridico-operativa sui quali è stata concentrata, in funzione propositiva, l’analisi e lo studio.

Per quanto attiene ai corsi di Coordinamento interforze e cooperazione internazionale, a fronte dei quattro programmati è stato possibile realizzare solo due edizioni che hanno visto la partecipazione, complessivamente, di 45 funzionari/ufficiali delle forze di polizia italiane, tra cui, in qualità di uditori, 3 funzionari di polizie locali, in ragione del rilievo progressivamente assunto dalle stesse nel quadro della sicurezza urbana.

Come anticipato, l’emergenza sanitaria in atto ha comportato il rinvio di tali corsi e con esso la sperimentazione di un innovativo *pattern* che uniformerà la struttura dell’attività didattica degli stessi agli altri percorsi didattici, consentendo di elevarne il livello formativo.

Dal 14 ottobre 2019 al 14 febbraio 2020 si sono tenuti, inoltre, 2 corsi di Analisi criminale, dei quali uno di I livello e uno di II livello, in luogo dei 4 programmati, che hanno interessato 46 funzionari/ufficiali delle forze di polizia. Il 21° corso di Analisi criminale di II livello, in particolare, ha visto per la prima volta la partecipazione attiva in qualità di decisori i frequentatori del XXXV corso di Alta formazione.

Introdotti nel 2001, tali attività didattiche, concepite alla stregua di laboratori sperimentali del coordinamento, assolvono l’importante compito di diffondere tra i quadri delle forze di polizia la conoscenza e la consapevolezza dell’importanza dell’analisi di contesto e di scenario quale strumento di ausilio, ormai irrinunciabile, nell’elaborazione di mirate strategie, soprattutto preventive, di contrasto, anche di tipo patrimoniale, alle fenomenologie criminali complesse e di efficiente impiego delle risorse disponibili.

Particolare successo ha riscosso il tradizionale convegno annuale degli analisti, quest’anno, dal titolo “Le sfide di Polizia negli scenari del domani. La leadership di polizia tra decisione e complessità”, tenutosi presso questo istituto il 12 febbraio u.s. ed al quale hanno preso parte figure di primo piano del mondo accademico ed esperti di settore, che ha confermato

la centralità assunta dallo strumento dell'analisi nell'interpretazione della complessità che ormai connota i nuovi fenomeni criminali e la realtà nella quale sono chiamate ad operare le forze di polizia.

D'intesa con la Direzione centrale per i servizi antidroga, la Direzione centrale della polizia criminale e l'Ufficio coordinamento e pianificazione forze di polizia, come da programmazione, si è regolarmente svolta la terza edizione del corso di "Esperto per la sicurezza", recentemente istituito ed al quale hanno partecipato 9 frequentatori, finalizzato al perfezionamento tecnico-professionale dei funzionari/ufficiali destinati a ricoprire l'importante incarico di Esperti per la sicurezza del Dipartimento della pubblica sicurezza presso le Rappresentanze diplomatiche italiane all'estero.

Con la collaborazione della Società italiana per l'organizzazione internazionale, con la quale è stato siglato un protocollo d'intesa, si è regolarmente svolto il corso per Candidature di funzionari italiani presso agenzie UE ed organismi internazionali, che costituisce un innovativo ciclo formativo, realizzato per corrispondere efficacemente all'esigenza strategica nazionale di preparare e candidare funzionari/ufficiali a concorsi banditi da agenzie UE ed organismi internazionali.

Prioritario obiettivo del corso è l'acquisizione da parte del candidato prescelto dalla propria Amministrazione dell'*expertise* – non appartenente al bagaglio professionale ordinario di un funzionario/ufficiale di polizia – necessaria al superamento delle prove concorsuali.

Il percorso didattico in disamina, in questa sua prima edizione, rivolto alla formazione di candidati a posizioni intermedie di possibile interesse italiano e che ha visto la partecipazione di 22 frequentatori appartenenti alle quattro forze di polizia, ha pienamente conseguito l'obiettivo formativo prefissato, come ampiamente confermato dai discenti e dai docenti intervenuti, i quali hanno unanimemente considerato l'innovativa iniziativa come il primo, concreto, intervento strutturale funzionale ad un'organica strategia "internazionalista" delle forze di polizia.

Intensa è stata l'attività sviluppata in ambito europeo da questa Scuola di Perfezionamento attraverso l'Unità CEPOL, alla quale è affidato l'importante compito della comune formazione di funzionari e ufficiali delle forze di polizia dell'Unione europea.

Nel periodo di riferimento sono stati portati a compimento 3 corsi residenziali, organizzati con il contributo dell'Università "Sapienza" di Ro-

ma, della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, delle forze di polizia italiane, dell'University of the West of England, Eurojust, Europol e UNODC, in materia di social network analysis e lotta al finanziamento del terrorismo nonché 3 visite-studio relative a progetti CEPOL e Euromed Police IV a beneficio di delegazioni delle forze di polizia libanesi, giordane, di altri Paesi del Medio Oriente e del Nord Africa, che hanno interessato 124 frequentatori, rinviando ulteriori iniziative, già in avanzata fase di realizzazione.

I nuovi indirizzi formativi, strategicamente orientati ad una sempre più spiccata dimensione sovranazionale dell'azione di polizia, trovano concreta attuazione nell'attività didattica che si tiene presso la dipendente Scuola Internazionale di Alta Formazione per la Prevenzione ed il Contrasto al Crimine Organizzato di Caserta.

La Scuola di Caserta è ormai unanimemente riconosciuta a livello internazionale quale polo formativo di eccellenza nel settore della prevenzione e contrasto al crimine organizzato ed al terrorismo, con particolare riguardo agli strumenti di aggressione e di recupero all'economia legale dei patrimoni illecitamente acquisiti.

Frutto di una felice ed originale intuizione del Dipartimento della pubblica sicurezza – non esiste, infatti, alcun istituto simile al mondo – la Scuola di Caserta nasce dall'avvertita esigenza di diffondere, su scala sovranazionale, la conoscenza dei fenomeni di criminalità organizzata di cui all'estero non sempre si ha adeguata consapevolezza:

- utilizzando quale parametro formativo la grande esperienza maturata nel settore dal nostro Paese;
- favorendo l'adozione di procedure e tecniche di indagine omogenee nonché lo sviluppo di capacità di analisi applicate al campo delle attività investigative;
- potenziando l'utilizzo di strumenti di cooperazione internazionale;
- promuovendo l'attività di studio finalizzata all'individuazione di proposte legislative che possano trovare applicazione nell'ambito degli altri ordinamenti giuridici, nel presupposto che un'efficace lotta ad una criminalità organizzata, ormai globalizzata, non possa prescindere da una consapevolezza, altrettanto diffusa, della gravità del relativo impatto sugli assetti socio-economici ed istituzionali dei Paesi, valutazione quanto mai necessaria per l'adozione di legislazioni effettivamente orientate al contrasto

di tali fenomeni e di una reale volontà di collaborazione internazionale.

I relativi programmi didattici sono sviluppati in aderenza al profilo internazionale dei frequentatori e agli obiettivi perseguiti dalla Convenzione di Palermo e relativi protocolli aggiuntivi, della quale nel prossimo mese di dicembre nel capoluogo siciliano sarà celebrato il ventennale della firma.

A fronte dei 12 corsi programmati, è stato possibile concluderne 8, ai quali hanno preso parte 182 frequentatori, di cui 90 stranieri provenienti da oltre 50 Paesi.

Al fine di dimensionare l'imponente lavoro sviluppato dalla Scuola di Caserta, si consideri che, dalla sua istituzione, ha formato 1.170 ufficiali di polizia, di cui 705 stranieri provenienti da 91 Paesi. Ringrazio, in questa circostanza, il Direttore della Scuola Ten. Col. Massimo Labartino, per la sua disponibilità e "visione" formativa.

A conferma del prestigio raggiunto da questa Scuola, mi piace richiamare la partecipazione, mai registratasi in precedenza, alla cerimonia di inaugurazione di questo anno accademico del Presidente della Repubblica, la cui presenza costituisce il più alto riconoscimento istituzionale del grande lavoro svolto in questi 35 anni.

In ambito internazionale, l'interesse che suscita questa Scuola, unico esempio in Europa di istituto formativo interforze, è testimoniato dalle visite del Direttore esecutivo di CEPOL Detlef Schröder e del Sottosegretario per il coordinamento, la formazione ed il percorso professionale del Ministero della sicurezza argentino Dott. Alberto Fohrig, delle delegazioni dell'Università nazionale della pubblica sicurezza di Pechino e della Polizia civile e della Polizia militare di San Paolo (Brasile) nonché dall'individuazione di questa sede per la prima riunione del network degli Ufficiali di collegamento stranieri in Italia.

Il tradizionale dialogo ed apertura di questa Scuola verso le altre istituzioni ed il mondo accademico, economico e culturale si sono tradotti in un ciclo di conferenze, tavole rotonde e convegni tenuti da illustri personalità, aperti anche agli uffici e reparti centrali e territoriali delle forze di polizia, purtroppo, per le ragioni già esplicitate, solo parzialmente concluso.

Ricordo, in particolare, quelli in tema di:

– *blockchain*, organizzato d'intesa con l'Accademia del notariato, con l'intento di approfondire i risvolti che l'utilizzo di tale particolare stru-

mento potrebbe determinare nel nostro sistema giuridico-economico, con specifici *focus* sulle cautele per arginare l'uso disinvolto e malizioso della tecnologia, sul *cyber*-terrorismo, riciclaggio on line e, in generale, sui reati sul *dark web*;

- prevenzione e contrasto alle mafie e narco-mafie, con la partecipazione del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e del Procuratore della Repubblica di Roma, che hanno consentito di tracciare un quadro di conoscenza di alto livello tecnico-scientifico dei nuovi modelli di delinquenza mafiosa e dell'evoluzione della criminalità organizzata;

- contrasto al terrorismo, in collaborazione con il Dipartimento di scienze politiche dell'Università LUISS Guido Carli, con la partecipazione di studenti di quell'Ateneo. A quest'ultimo, alla Sapienza e all'Università Tor Vergata, con le quali ormai da anni questa Scuola collabora e da cui trae una parte significativa del proprio corpo docente, va riconosciuto il merito di aver avviato quel processo culturale di affrancamento della tematica della sicurezza dalla sua dimensione "poliziesca" – spesso oggetto di pregiudizi e luoghi comuni negativi – conferendole dignità accademica e facendone materia di studio e riflessione nelle aule universitarie;

e con il ricorso alla didattica a distanza:

- comunicazione istituzionale da parte degli organi di polizia, che riveste ormai, anche in considerazione dell'incessante sviluppo tecnologico, un ruolo fondamentale nel rapporto con i cittadini, con la partecipazione di noti professionisti del settore;

- anticorruzione, con interventi, tra gli altri, del Presidente f.f. dell'ANAC;

- analisi degli scenari geopolitici internazionali, con l'intervento del Direttore della rivista italiana di geopolitica "Limes";

- cooperazione internazionale di giustizia e di polizia, a cura del Procuratore della Repubblica di Catanzaro.

Nel complesso, l'attività formativa sviluppata in questo particolare anno accademico ha interessato 545 frequentatori, di cui 212 provenienti da forze di polizia di altri Paesi, coinvolgendo circa 500 docenti.

Rilevanti sono stati, infine, i risultati sul fronte logistico-strumentale.

Altresì, sono stati portati a conclusione importanti progettualità straordinarie che hanno riguardato una serie di interventi di carattere strutturale ed impiantistico finalizzati alla ristrutturazione dell'immobile, assoggettato sotto l'aspetto architettonico a vincolo della Soprintendenza, alla riqualifi-

cazione di diversi ambienti, alla messa in sicurezza e adeguamento dei luoghi di lavoro alle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 81/2008, che si sommano all'attività di ordinaria manutenzione di un compendio di complessa ed impegnativa gestione.

Migliorata ancora la funzionalità operativa degli ambienti di lavoro con l'ammodernamento del mobilio, dell'arredo e degli apparati informatici nonché la sicurezza dell'intera struttura.

È in fase di completamento un rilevante intervento di riqualificazione dei locali adibiti a sala benessere e completato l'ammodernamento delle attrezzature ginniche in dotazione alla palestra.

Nonostante il *lockdown* che ha paralizzato negli ultimi mesi il nostro Paese, molto è stato fatto e quanto rinviato verrà prontamente attivato e portato a compimento non appena la situazione sanitaria consentirà di tornare, finalmente, alla normalità.

Nulla di grande è stato compiuto al mondo senza passione. E lo diceva un filosofo come Hegel che tanto ha interrogato l'essere e il tempo.

Proprio per la loro passione e le loro capacità professionali intendo ringraziare tutto il personale della Scuola. A ciascuno di loro, singolarmente, il mio più sentito ringraziamento per il contributo offerto con senso del dovere e intelligente partecipazione.

Un grazie, in particolare, desidero rivolgere ai miei più stretti collaboratori, il Gen. B. Antonio Bacile e la Dott.ssa Rosaria D'Errico, che non hanno mai lesinato pazienza, dedizione, iniziativa, idee e soluzioni brillanti, autorevolezza e spirito di abnegazione, lealtà cristallina. Alle loro capacità di motivare al meglio ufficiali, dirigenti e personale tutto delle rispettive Direzioni davvero il mio più sentito grazie.

Un sincero bravi a tutto il personale dell'Unità nazionale CEPOL e alla D.ssa Capolupo che lo dirige.

Un grazie convinto anche al personale della mensa e del bar che ci hanno aiutato al meglio nei momenti di pausa.

Ancora grazie alla D.ssa Stefanini ed al personale che si è alternato in infermeria, soprattutto in questo periodo così difficile.

Un grazie riconoscente alla mia Segreteria. A cominciare dal Ten. Col. Masciarelli. Mi hanno costantemente supportato e talvolta sopportato con affetto.

Infine un doveroso e deferente quanto sentito grazie alle Autorità. *In primis* al Ministro dell'interno, al Capo della Polizia e Direttore generale

della pubblica sicurezza, agli altri vertici delle forze di polizia e al Prefetto Alessandra Guidi che non mi hanno mai fatto mancare il loro supporto e le loro direttive durante tutto il mandato.

Nel congedarmi, il mio grazie affettuoso ai frequentatori del XXXV Corso. A loro va il mio auspicio e la intima convinzione che i mesi trascorsi insieme abbiano innestato efficacemente i geni del coordinamento, nella consapevolezza che esso costituisca la modalità più efficace e trasparente per servire, senza riserve, la collettività e il bene dei cittadini per cui abbiamo giurato fedeltà alla Repubblica, alla Costituzione e alle sue leggi.

Evviva il XXXV corso di Alta formazione!

PARTE II

Articoli e Saggi

Origini e fondamenti dell' *intelligence* penitenziario

di Ezio Antonio Giacalone*

Abstract

*Il presente contributo, dopo aver vagliato le origini storiche e lo sviluppo dell'attività informativa condotta in ambito penitenziario, si propone di analizzarne i fondamenti e le peculiarità. Compiuta una rapida disamina di quanto avvenuto in ambito statunitense, con particolare riguardo al fenomeno delle prison gangs, ci si sofferma sull'esperienza italiana dell' *intelligence* penitenziario, che trova le sue radici nella nascita – nell'ambito del Ministero della giustizia – della struttura “Sicurpena”, avvenuta nella seconda metà degli anni '70 per contrastare il terrorismo all'interno delle carceri. La successiva istituzione della Polizia penitenziaria e delle sue articolazioni specializzate, Nucleo investigativo centrale e Gruppo operativo mobile, ha consentito nel corso del tempo al Corpo – anche in virtù delle funzioni normativamente attribuitele di polizia amministrativa, giudiziaria e di sicurezza – di implementare le attività di *intelligence* penitenziario facendole confluire armonicamente nel sistema multi-agenzia della sicurezza nazionale. Particolare attenzione viene inoltre dedicata all'analisi delle specificità dell'istituzione carceraria, del concetto di sicurezza penitenziaria nonché degli elementi fondamentali del ciclo dell' *intelligence* penitenziario. La trattazione viene arricchita da costanti riferimenti alla realtà operativa.*

* * *

This publication, after taking into account the historical origins and the development of the information-gathering activity carried out in the field of prisons, is aimed at analyzing its relevant fundamental elements and main features. After examining what has happened in the United States, with a special reference to the phenomenon of prison gangs, the Italian experience regarding prison intelligence is taken into account. This activity is based on the “Sicurpena” structure, which was created in the second

(*) Dirigente di Polizia penitenziaria, Comandante della Scuola Superiore dell'Esecuzione Penale.

half of the 1970s in the framework of the Ministry of Justice with the purpose of countering terrorism inside prisons. The subsequent creation of the Prison Police as well as of its special units, the Central Investigation Unit and the Mobile Operational Group, allowed to Prison Police, in the course of time, to implement prison intelligence also in accordance with its functions which are provided by law in the administration, judicial and security fields. As a matter of fact, these activities were fully involved in the multi-agency system of National security. Moreover, a special focus is given to the analysis of the peculiarities of prison system, such as for example the principle of prison security as well as the fundamental elements of the whole cycle of prison intelligence activity. This publication contains also a lot of information concerning the situation at operational level.

* * *

§ 1. La nascita del carcere moderno ne segna la trasformazione da luogo in cui il reo è meramente custodito, in attesa di una sanzione (normalmente pecuniaria o corporale)¹, a struttura di correzione del criminale che sconta una pena, della durata stabilita dalla legge, per poi essere reinserito nella società. È dunque la dimensione temporale della pena ad assurgere a parametro fondamentale della sua esecuzione. Da questo momento in poi, l'istituzione penitenziaria inizia ad avvertire con sempre maggior intensità la necessità di conoscere e di documentare minuziosamente – per tutto “il tempo della pena” – ogni informazione concernente i detenuti, gli eventi che vi accadono ed i diversi aspetti di gestione delle risorse (umane e materiali) occorrenti per il suo funzionamento. D'altro canto, è interessante osservare come lo sviluppo di una simile istituzione² – in Europa databile grosso modo tra il 1750 ed il 1830 – segua di pari passo il progresso inar-

1) La prigione è stata infatti per secoli concepita esclusivamente “*ad custodiam*”, non certo “*ad poenam*”, ed anzi ogni idea di sfruttare il detenuto con il suo lavoro fu considerata dalla cultura giuridica dell'epoca un vero e proprio abuso; così, con felice sintesi, C.C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, in *Miscellanea Historiae Pontificae*, Ed. Pontificia Università gregoriana, Roma, 1991, Vol. 59, p. 89.

2) Sul punto, *ex multis*: T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1996, Cap. I; G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978, Cap. VIII; D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Il Carcere e la fabbrica*, Il Mulino, Bologna, 1977; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014.

restabile del nuovo modo di produzione industriale ed il parallelo consolidamento della sovranità dello Stato nazionale, nel cui contesto assumono sempre più consistenza e stabilità i suoi apparati di controllo territoriale, giurisdizionale e di polizia³. Sin dalle sue origini infatti, il carcere moderno, che vede nel *Panopticon* di Bentham la sua più alta teorizzazione, si connota come una struttura assolutamente caratterizzata dalla necessità di sorvegliare i ristretti – nell’arco di tutta la giornata ed in ogni spazio in cui si trovino – seppur al fine, non di rado solo enunciato, di reintegrarli nel consorzio civile.

La lettura dei numerosi regolamenti penitenziari dell’epoca può dare un’idea abbastanza concreta di quanto appena affermato. In questi atti, largo spazio è dato sia alle previsioni che scandiscono con estrema precisione la giornata tipo del detenuto, regolandone ogni singolo aspetto e movimento, sia a quelle che disciplinano le modalità – anch’esse estremamente dettagliate – con le quali il personale di vigilanza deve osservare e registrare i custoditi nonché tutto ciò che avviene, momento per momento, in ogni parte dello stabilimento. Dall’immatricolazione dei detenuti alla fruizione delle ore d’aria e di colloquio, dalla gestione del loro peculio alla descrizione particolareggiata delle infrazioni e delle conseguenti punizioni, tutto diviene pertanto oggetto di obbligatoria annotazione su specifici formulari, all’uopo predisposti dall’Amministrazione centrale⁴.

Ai nostri fini, occorre però evidenziare come – quanto meno fino alla seconda metà del XX secolo – tutta la massa di informazioni in possesso dell’istituzione carceraria sia stata raramente utilizzata in un processo che potesse definirsi propriamente di analisi. È noto peraltro che, sino agli anni ’60 circa, le diverse Amministrazioni penitenziarie si sono limitate a svolgere periodiche rilevazioni statistiche che, solo sporadicamente, sono an-

3) Per quanto concerne lo Stato sabaudo vale la pena di rammentare – con particolare riguardo all’organizzazione delle carceri e del personale penitenziario – la promulgazione nel 1817, regnante Vittorio Emanuele I, delle Regie Patenti con le quali fu approvato il “*Regolamento delle Famiglie di Giustizia*”, considerato il vero e proprio atto di fondazione dell’odierno Corpo di Polizia penitenziaria (P. BASILE – R. TURRINI VITA, *Primae Custodiae*, Ed. Ministero della giustizia - DAP, Roma, 2019). Non è un caso che esse fossero precedute, appena tre anni prima, dall’approvazione delle Regie Patenti istitutive del “*Corpo de’ Carabinieri Reali e dell’Ufficio di Direzione Generale di buon Governo*”, con compiti di garanzia dell’ordine e della sicurezza pubblica sull’intero territorio.

4) Cfr., ad es., per l’esperienza italiana, il “*Regolamento pella Nuova casa di reclusione e di lavoro di Saluzzo*” approvato da Sua Maestà, Stamperia Reale, Torino, 1828.

date oltre una rappresentazione di macro dati, da utilizzarsi per lo più per le storiche esigenze positiviste di antropologia criminale e di igiene pubblica, quando non esclusivamente per mere necessità di contabilità dello Stato. Storicamente rari risultano altresì i casi in cui le evidenze informative provenienti dal contesto carcerario siano state utilizzate per scopi più latamente di politica criminale. È solo alcuni anni dopo, attorno agli anni '70 del secolo scorso, che sui due lati dell'oceano si inizia a scorgere – seppur con diversa ampiezza e caratterizzazione – una chiara percezione della rilevanza della gestione delle informazioni in ambito penitenziario e si assiste ai primi tentativi di sistematizzarne il processo.

§ 2. Proprio in quegli anni, negli Stati Uniti, il *National institute of corrections* – agenzia governativa che, sin dalla sua istituzione, ha rappresentato una delle voci istituzionali più innovative nel campo dell'esecuzione penale⁵ – inaugura il dibattito sulla gestione delle informazioni in ambito penitenziario, incentrandolo soprattutto sugli aspetti connessi al miglioramento del *management* dei singoli istituti di pena. È datata 1982 la prima definizione⁶ di un'articolata metodologia di raccolta e analisi dei dati penitenziari che possa garantire non solo un'efficace gestione della sicurezza carceraria⁷ ma anche la risoluzione delle principali problematiche che ogni istituto di pena affronta quotidianamente, riconducibili non

5) Il *National Institute of Corrections* è l'agenzia federale del Ministero della giustizia che, dal 1974, fornisce assistenza, formazione, supporto e consulenza a tutti gli enti ed operatori che, ai diversi livelli (federale, statale e locale), si occupano di pianificare, progettare, coordinare e gestire i numerosi sistemi di esecuzione penale attualmente operanti in U.S.A. Il suo orientamento costantemente innovativo, indirizzato al miglioramento effettivo delle pratiche di settore, trae origine dalle ragioni della sua fondazione, che si rinvengono nell'opportunità di evitare che si ripetesse la disastrosa rivolta del carcere di Attica (1971) istituendo un'agenzia che – a beneficio dell'intera nazione – formulasse delle chiare “*policy recommendations*”, fornisse un'adeguata formazione ai quadri penitenziari ed elaborasse, condividendole con tutti gli attori coinvolti, concrete ed “*advanced ideas in corrections*”.

6) Si tratta del seguente manuale, la cui 1° edizione è, per l'appunto, datata 1982 e che ormai è giunto alla 3° edizione: G. ELIAS, *How to collect and analyze data: a manual for sheriffs and jail administrators*, U.S. Department of justice - National institute of corrections, Washington, 2007.

7) In termini di controllo, prevenzione e sanzione dei comportamenti violenti o comunque lesivi dell'ordine e della disciplina; gestione dei detenuti problematici e/o degli eventi critici; efficienza e sicurezza della struttura e delle traduzioni.

solo alla formulazione e sviluppo di *policy* e procedure che, nel rispetto dei diritti umani, abbiano un reale impatto sull'organizzazione ma anche alla definizione di precisi *standard* di efficienza delle diverse attività istituzionali svolte (trattamentali, psicosociali, riabilitative e sanitarie in un quadro complessivo di ordine e disciplina), con particolare riguardo all'appropriatezza dei programmi di reinserimento sociale, di gestione del sovraffollamento, di sviluppo delle risorse umane e di manutenzione della struttura. Ai nostri fini è però utile, e per molti versi logico, osservare come la concezione di specifici processi informativi – che, in ambito penitenziario, si focalizzino sulla prevenzione ed il contrasto alla criminalità (soprattutto se organizzata) ovvero, più in generale, sulla sicurezza degli istituti di pena quale *species* della più vasta dimensione della sicurezza pubblica – sia dovuta all'attività di organismi eminentemente di polizia esterni al carcere, i quali, proprio negli anni '70, pressati dalla necessità di fronteggiare alcuni fenomeni criminali complessi sul territorio di riferimento, comprendono per primi che, per raggiungere tale scopo, è imprescindibile analizzare approfonditamente anche le dinamiche delinquenziali interne alle carceri ed i relativi processi osmotici con il “mondo esterno”.

Negli U.S.A. ciò emerge in modo tangibile quando, nelle grandi metropoli, si sviluppano in modo massiccio le *gang* urbane, composte principalmente su base etnica ed impegnate nel controllo violento del territorio (ed anche delle carceri), prevalentemente per ragioni di traffico e spaccio di stupefacenti. È dunque in questa fase storica che – tanto a livello locale quanto a livello federale – le agenzie di controllo iniziano a strutturare al loro interno articolazioni deputate principalmente a svolgere attività di analisi, a supporto dell'attività operativa di contrasto alle bande. Uno dei primi esempi virtuosi in tal senso è quello del *Chicago Police Department CPD* che – dopo aver istituito, già nel 1967, la *Gang intelligence unit* – identifica nelle prigioni della propria giurisdizione uno degli ambiti più rilevanti da monitorare.

Pochi anni dopo, sono proprio i vertici dell'*Illinois Department of Corrections IDC* – anche in virtù delle molteplici interlocuzioni avute col CPD e del notevole supporto fornito dagli specialisti della sua *Gang unit* – a convincersi che il principale pericolo per l'ordine e la sicurezza dell'intero sistema penitenziario è ormai costituito dalle numerose bande che operano nelle prigioni e, conseguentemente, a decidere di istituire un servizio peni-

tenziario specializzato nella raccolta e nella sistematizzazione delle informazioni relative alle *gang* attive in carcere⁸. Nel corso degli anni, lo sviluppo di tale servizio ha quindi consentito all'IDC di creare stabili e condivisi canali di comunicazione con tutte le altre agenzie di *law enforcement* dello Stato, nonché con i Dipartimenti penitenziari degli Stati confinanti, permettendo così a tutti gli attori del sistema di attuare – in tempo reale – un efficace monitoraggio dei detenuti affiliati alle *gang*⁹ tramite un sistema informativo condiviso, che si avvale di specifici *focal point* individuati presso ogni agenzia e contempla frequenti *meeting* di coordinamento operativi¹⁰. Negli anni successivi, numerose Amministrazioni penitenziarie statali si sono ispirate all'efficace modello dell'Illinois. A livello federale, nel 1982 anche il *Federal Bureau of Prisons* BOP istituisce al suo interno una speciale *task force* interforze (*Federal disruptive group task force*), alla quale partecipano attivamente sia propri specialisti sia i rappresentanti di altre agenzie, federali¹¹ e dei singoli Stati. La *task force* – articolata in un ufficio centrale presso la Direzione generale del BOP ed in altri uffici territoriali presso le sue divisioni regionali – opera col duplice scopo di proteggere il personale del Ministero della giustizia degli Stati Uniti da minacce e attentati provenienti dall'ambito penitenziario e di assicurare altresì

8) L'attività di questo servizio si imperniò dapprima nella creazione di un'unica banca dati informatica che riunisse in sé i dati di tutti gli appartenenti alle differenti *gang* ristretti nei diversi istituti dello Stato, specificandone l'appartenenza, il ruolo rivestito, le eventuali incompatibilità nonché le attività più rilevanti: informazioni queste precedentemente in possesso solo delle singole strutture penitenziarie, ma sconosciute al Dipartimento centrale. Ultimato questo primo passaggio, il servizio si è poi concentrato su una prima analisi delle informazioni, creando una lista di affiliati (sicuri o probabili), tracciando i movimenti dei detenuti monitorati nei diversi spazi/strutture ed iniziando a evidenziare i punti di forza e debolezza delle singole *gang*, previo confronto con i diversi istituti di pena; ciò proseguì di pari passo con la formazione di personale penitenziario, a livello centrale e periferico, e con la designazione di *focal point* presso ogni prigione, al fine di mantenere un contatto continuo con il servizio centrale dell'*Illinois Department of Corrections* e, conseguentemente, la costante e precisa implementazione del *database*.

9) Ad es.: ingressi/uscite dal carcere, movimenti in altri Stati, attività rilevanti svolte all'interno del carcere (colloqui svolti, movimentazioni di danaro, ecc.) o in libertà provvisoria.

10) AA.Vv., *Management strategies in disturbances and with gangs/disruptive groups*, U.S. Department of Justice - National Institute of Corrections, Washington, 1991, p. 6.

11) Tra le quali molte agenzie deputate al contrasto della criminalità organizzata, nazionale ed internazionale, come F.B.I., D.E.A., U.S. Marshals, ecc.

l'ordinato e sicuro svolgimento delle attività istituzionali dell'agenzia, dando costante supporto in termini di *intelligence*, formazione e supporto tattico a tutte le prigioni federali che ne abbiano bisogno. Sin dalla sua istituzione è stato infatti attivato – al suo interno – un servizio di analisi che, operando costantemente con un *multy-agency approach*, si occupa principalmente di: tracciare e classificare i membri delle *gang* sulla base dei diversi livelli di pericolosità, attribuiti anche in virtù di informazioni assunte dagli organi di polizia; monitorare le condotte e controllare i contatti degli affiliati più pericolosi, sia all'interno del carcere sia con organizzazioni criminali esterne; stabilirne l'ubicazione in apposite sezioni speciali e gestirne i trasferimenti.

Oggi, più che di *prison gangs*, si parla ormai di *Security Threat Groups (STGs)*¹², cioè di gruppi che costituiscono una minaccia seria non solo per la sicurezza penitenziaria ma anche – a causa delle numerose e continue connessioni con l'ambiente esterno – per la sicurezza pubblica, a livello locale o addirittura nazionale. Per tale motivo, le attività di contrasto agli *STGs* sono sempre di più il frutto di un'attività informativa svolta a livello interforze, attraverso cioè un coordinamento continuo tra agenzie penitenziarie e organi di polizia, che vede – sin dagli anni '90 – la *Security threat intelligence unit* del *Florida department of corrections* quale organizzazione *leader* nell'identificazione, analisi e classificazione degli *STGs* e perciò divenuta un importante *hub* di scambio informativo a livello federale¹³.

§ 3. Sul versante italiano, la prima struttura specificamente deputata a svolgere attività di analisi in ambito penitenziario – l'“Ufficio per il coordinamento dei servizi di sicurezza degli istituti di prevenzione e pena” – nasce in seno al Ministero di grazia e giustizia nella seconda metà degli anni '70,

12) J.C. HOWELL - E. GRIFFITHS, *Gangs in America's communities*, Sage, Los Angeles, 2016, 16.

13) Vedasi, sul punto, le competenze e le molteplici attività info-investigative che svolge il *Bureau of State Investigations/Law Enforcement* dell'*Office of the Inspector General* del *Florida Department of Corrections* (che ha competenze sull'intero sistema dell'esecuzione penale, sia penitenziaria sia di *probation*), all'interno del quale – nel 1992 – fu istituita per l'appunto la *Security Threat Intelligence Unit*; in <http://www.dc.state.fl.us/ig/stateinv.html>.

col principale intento di contrastare l'emergenza criminale derivante da un pericoloso fenomeno associativo, seppur profondamente diverso da quello delle *gang* metropolitane statunitensi, che caratterizzava l'Italia di quegli anni: quello del terrorismo¹⁴.

L'Ufficio – più noto come *Sicurpena* – venne istituito nel 1977¹⁵, nel pieno degli anni di piombo, con una caratterizzazione tutt'affatto particolare, dato che si trattava di un'articolazione speciale dei Carabinieri (ed al cui vertice era posto un ufficiale generale dell'Arma) posta alle dipendenze funzionali del citato Dicastero. Ciò al fine di “... *ovviare alla mancanza, all'interno del Ministero [...] di una organizzazione specifica che si occupasse delle informazioni e della sicurezza delle carceri*” e di svolgere pertanto quel ruolo di prevenzione in ambito penitenziario¹⁶ che, solo alcuni anni dopo la sua istituzione, è stato assunto dalla Polizia penitenziaria. La struttura – al cui vertice fu posto il Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa¹⁷ – dovette sin dall'inizio fronteggiare diverse emergenze connesse alla sicurezza carceraria che scaturivano, principalmente, dalla gestione dei ter-

14) Anche in tal caso si conferma che – in tutti gli ordinamenti che sono stati esaminati – l'istituzione di una specifica articolazione operativa con competenze di *intelligence* penitenziario è scaturita storicamente da rilevanti esigenze investigative o di sicurezza nazionale di cui, in prima battuta, si fanno ovviamente carico gli organi di polizia, nazionali o locali; solo successivamente le Amministrazioni penitenziarie si determinano ad istituire, al loro interno, dei servizi più o meno specializzati, destinati ad affiancare (o talvolta, nei casi più virtuosi, a soppiantare) in tale specifico ambito gli altri organismi di polizia.

15) La struttura di *Sicurpena* fu istituita con Decreto interministeriale Grazia e Giustizia, Interno-Difesa del 12 maggio 1977, conosciuto anche come “Decreto Bonifacio - Lattaio - Cossiga”, dal nome dei Ministri firmatari.

16) Così S. ARDITA, *Ricatto allo Stato*, Sperling & Kupfer, Milano, 2011, p. 76

17) La nomina di Dalla Chiesa a capo di *Sicurpena* fu voluta direttamente dal governo Andreotti, anche in virtù dei molteplici successi riportati dal Generale nel contrasto al terrorismo, sin dal suo insediamento al comando della Brigata di Torino, avvenuto nel 1973. Dalla Chiesa, sviluppando peraltro quelli che erano stati i capisaldi della lotta alla mafia che aveva precedentemente condotto in Sicilia, aveva infatti organizzato – già nel maggio del 1974 e con il benestare dell'allora Ministro dell'Interno Taviani – quel Nucleo speciale di polizia giudiziaria che, dapprima istituito al solo fine di indagare sul sequestro del magistrato Sossi, si estese ben presto alle indagini sull'intera struttura delle Brigate Rosse, ottenendo significativi risultati. Anche a seguito dall'esperienza del Nucleo speciale, il Generale rafforzò ancor di più la convinzione che – esattamente come per cosa nostra in Sicilia – era necessario non solo colpire le singole manifestazioni criminali delle BR, ma occorreva contemporaneamente aggredire il fenomeno nel suo complesso, da considerare alla stregua di un'entità organizzativa a sè stante, cercando di conoscerlo in profondità ed

roristi in carcere e, più in generale, da molteplici eventi critici che mettevano a grave rischio la tenuta stessa dell'intero sistema, con particolare riferimento alle numerose rivolte iniziate nell'estate del 1976, non di rado sfociate in sequestri od omicidi, ai molti casi di evasioni di massa dagli istituti nonché all'aumento vertiginoso di episodi di minaccia, violenza o uccisione nei confronti degli operatori carcerari. Il quadro risultava inoltre fortemente aggravato dall'assoluta mancanza di un'effettiva procedura di classificazione e separazione tra detenuti comuni e detenuti appartenenti alle diverse organizzazioni criminali, nonché dall'atavica assenza di una differenziazione, in base a precisi indici di ordine e sicurezza, tra le sezioni detentive/istituti sparsi sul territorio nazionale.

È per tali motivi che – fin dalla sua istituzione – *Sicurpena* dovette attivare un massiccio flusso informativo che, provenendo dagli istituti e dalle altre articolazioni dell'Amministrazione carceraria, le consentisse rapidamente di raccogliere i dati necessari per compiere un'efficace attività di analisi; ciò avvenne sfruttando massicciamente tutti i canali esistenti, senza trascurare quelli informali¹⁸. A suo supporto, la Direzione generale degli istituti

impiegando personale appositamente selezionato e specializzato che operasse in condizioni di assoluta riservatezza, capace di effettuare colpi di mano, pedinamenti ed attività di infiltrazione. A ciò si aggiungeva la sua grandissima capacità di concepire ed implementare un'attività di analisi criminale che in Italia non era mai stata applicata prima, poiché si estendeva sia allo studio del contesto ambientale di riferimento sia a quello dei diversi *network* relazionali. Si pensi, ad es., a quanto sostenuto dall'allora Colonnello Dalla Chiesa, all'epoca comandante della Legione CC di Palermo, in occasione dell'audizione tenutasi presso la Commissione parlamentare antimafia il 28 marzo 1969, nella quale evidenziò l'importanza dell'utilizzo (e del continuo aggiornamento) delle schede personali dei mafiosi, sulle quali andavano segnalati sia i vincoli di parentela tra i diversi sodali sia quelli (non di rado più significativi!) di comparaggio, di vitale importanza per tracciarne i legami relazionali (così C.A. DALLA CHIESA, *In nome del popolo italiano*, Rizzoli, 1997, pp. 136 ss). Forte di questo importantissimo *know-how*, Dalla Chiesa assunse pertanto la direzione di *Sicurpena*, portando con sé – oltre ai peculiari metodi di analisi e contrasto alla criminalità – diversi ufficiali e sottufficiali dell'Arma che avevano strettamente collaborato con lui.

- 18) La creazione di una vera e propria rete informale di costanti punti di riferimento all'interno di ogni carcere (non di rado rappresentati dai comandanti degli Agenti di custodia o comunque da altri sottufficiali del Corpo ritenuti affidabili, anche sulla base di informazioni assunte dalle strutture territoriali dell'Arma) contribuì sicuramente a rendere ancora più efficace l'attività informativa svolta da *Sicurpena*. Sul punto – anche alla luce delle importanti evidenze emerse in sede della Commissione parlamentare d'inchiesta “Moro 2”, che ha chiuso i suoi lavori nel dicembre 2018 – si veda M.A CALABRÒ - G. FIORONI, *Moro*,

di prevenzione e pena diramò sin da subito precise istruzioni¹⁹ nei confronti degli ispettori distrettuali e dei direttori penitenziari, con le quali si raccomandava la massima collaborazione con l'Ufficio per il coordinamento dei servizi di sicurezza, agevolandone i compiti e fornendogli qualsiasi informazione concernente lo stato della sicurezza, dell'ordine e della disciplina all'interno delle carceri, nonché ogni tempestiva notizia circa le disposizioni adottate in merito. Al direttore di *Sicurpena* erano inoltre attribuite importanti facoltà che ne evidenziavano il ruolo assolutamente cruciale: ispezionare senza preavviso gli istituti, riferire al Governo su ogni aspetto di rilievo, richiedere direttamente al Guardasigilli quanto necessario per garantire l'ordine e la sicurezza, interna ed esterna, delle strutture detentive.

Il primo e più visibile esito di quest'attività di analisi²⁰ fu l'individuazione, nel giro di pochi mesi, di alcune carceri di massima sicurezza presso le quali ospitare i detenuti ritenuti più a rischio, identificati sulla base del titolo di reato (detenuti c.d. "politici" o comunque accusati o condannati per terrorismo) ovvero sulla base di dettagliati elenchi nominativi, trasmessi dalle singole Direzioni in via riservata, da cui emergesse che il ristretto – seppure in astratto annoverabile tra i "detenuti comuni" – presentava però particolari profili di pericolosità in relazione ai delitti attri-

il caso non è chiuso. La verità non detta, Ed. Lindau, Torino, 2019; di particolare interesse il resoconto delle attività svolte dal Maresciallo degli Agenti di custodia Incandela, alle (segrete) dipendenze di Dalla Chiesa.

- 19) Vedasi, ad es., la circolare del Ministero di grazia e giustizia - Direzione generale per gli istituti di prevenzione e pena - Ufficio segreteria n. 2419/4873, prot. N. 28730/5-1-3 del 12 maggio 1977, avente oggetto "Sicurezza esterna degli istituti penitenziari".
- 20) L'approfondita attività di analisi condotta dal Gen. Dalla Chiesa prese le mosse dalle dettagliatissime informazioni che, sin dal suo insediamento, *Sicurpena* acquisì dalle Direzioni degli istituti di pena della Repubblica, concernenti, in particolare: i controlli effettuati sulle persone che entrano ed escono dagli istituti penitenziari; i controlli telefonici, con ciò comprendendo informazioni sugli apparecchi abilitati all'uso all'interno delle carceri; i controlli che venivano effettuati nel perimetro esterno degli istituti da parte degli agenti di custodia; i controlli effettuati sui pacchi destinati ai detenuti; l'eventuale impiego di detenuti nelle attività lavorative interne al carcere; l'indicazione dei fornitori di generi alimentari o di altri beni/servizi (ad es. lavanderia, sopravvitto, ecc.) ammessi all'interno dell'istituto; le garanzie esistenti sul divieto di possesso di denaro da parte dei detenuti; quante e quali ispezioni venivano effettuate giornalmente alle inferriate e ai locali di uso comune (ad es. biblioteche, aule scolastiche, cortili passeggi, ecc.), specificando se l'orario e il risultato di tali ispezioni veniva annotato in apposito registro; le carenze strutturali che, potendo essere risolte con interventi in economia, potevano conseguire la sicurezza auspicata.

buitigli ovvero ai “comportamenti carcerari” assunti, con specifico riferimento a fatti di violenza ai danni di agenti ovvero a evasioni/tentativi di evasione²¹. È questo il primo caso in Italia di strutturazione di un organismo centrale di monitoraggio sulla pericolosità dei detenuti e sulle condizioni di sicurezza degli istituti di pena, dal quale – successivamente – scaturirono precise e rilevanti determinazioni operative²².

Le attività di *Sicurpena* si svilupparono con successo sino al 1995 quando – senza alcuna apparente motivazione ed a seguito del mancato rinnovo del relativo decreto interministeriale – l’Ufficio fu sciolto, cessando di operare nei primi mesi dell’anno successivo; ciò peraltro in un momento storico in cui probabilmente ce ne sarebbe stato ancor più bisogno²³. Nel 1997 fu poi gradualmente dismesso anche il dipendente servizio di vigilanza esterna – condotta dai Nuclei V.E.I.P.²⁴ dell’Arma su tutto il territorio nazionale – e le relative competenze furono assorbite dai reparti ordinari della Polizia penitenziaria presso i diversi istituti di pena, all’epoca ancora condizionati da una intrinseca debolezza operativa ed organizzativa che, tranne in alcune rare eccezioni, non gli consentiva di proiettarsi con efficacia oltre le mura del carcere.

A tale improvvisa criticità si cercò di ovviare in parte – nei soli casi però di grave e conclamato turbamento dell’ordine e della sicurezza penitenziaria – avvalendosi del supporto (pur sempre eccezionale e temporaneo) da parte delle altre forze di polizia del territorio, in virtù di specifiche determinazioni assunte volta per volta, sulla base delle contingenze del momento, da parte dei Comitati provinciali per l’ordine e la sicurezza pubblica interessati²⁵. Fu quindi trascurata quasi del tutto la dimensione informativa

21) Fonogramma riservato n. 2153/325244 del 25 giugno 1977, inviato dal Direttore generale degli istituti di prevenzione e pena a tutti gli Ispettori distrettuali dell’Amministrazione.

22) Nel giro di pochi giorni – dal 16 al 19 luglio 1977 – ben 10.000 Carabinieri furono impiegati in un’operazione che, dopo più di 2.000 traduzioni, si concluse con l’assegnazione di circa un migliaio di detenuti pericolosi presso le prime cinque super-carceri speciali, alle quali si aggiunsero – nel dicembre dello stesso anno – altri quattro istituti di massima sicurezza. Sul punto si veda: Corriere della Sera del 25 luglio 1977; Lotta Continua del 22 luglio 1977.

23) Così S. ARDITA, cit., p. 77.

24) Nuclei Carabinieri Vigilanza Esterna agli Istituti Penitenziari.

25) Sul punto, vedasi la Lettera circolare dell’Ufficio centrale detenuti e trattamento - Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria n. 543290 del 26 settembre 1997, emanata in occasione della soppressione dei Nuclei Carabinieri VEIP.

del problema e soprattutto l'approccio olistico ed inter-agenzia che negli anni precedenti si era invece rivelato un *asset* fondamentale per la sconfitta del terrorismo. L'effetto fortemente negativo che l'inopinato scioglimento di *Sicurpena* ebbe sulla sicurezza dell'intero sistema dell'esecuzione penale si tradusse pertanto nell'assenza – per alcuni anni – di uno stabile punto di riferimento specializzato nell'analisi e monitoraggio in ambito carcerario. Dovette perciò trascorrere un considerevole lasso di tempo prima che la Polizia penitenziaria – dopo una lunga fase di gestazione ed assestamento, determinato dalla necessità di dar compiutamente seguito alle previsioni della riforma del 1990²⁶ (che, identificandola quale Corpo di polizia ad ordinamento civile incardinato nel Ministero della giustizia, le attribuiva il compito istituzionale di tutelare l'ordine e la sicurezza del sistema penitenziario) – potesse finalmente iniziare ad organizzare al suo interno apposite articolazioni specializzate nelle attività in questione.

Nasce infatti solo nel 2007²⁷ la prima articolazione centrale di Polizia penitenziaria specificamente organizzata per rispondere, per lo meno in parte, a simili necessità; si tratta, come noto, del Nucleo Investigativo Centrale (NIC), servizio centrale di polizia giudiziaria istituito principalmente per coordinare, su base nazionale, le attività investigative svolte dai reparti territoriali del Corpo nonché per effettuare quelle di maggior rilevanza o delicatezza. Poiché però, nell'ordinamento italiano, l'attività di polizia giudiziaria effettuata dalla Polizia penitenziaria (così come accade per le altre forze di polizia dello Stato) da un lato è ordinariamente svolta insieme ai propri compiti istituzionali di natura “amministrativa”, connessi principalmente alla garanzia dell'ordine e della sicurezza penitenziaria²⁸ e – dall'altro – viene condotta alle esclusive dipendenze funzionali dell'Autorità giu-

26) La Polizia penitenziaria venne istituita, contestualmente allo scioglimento del Corpo militare degli agenti di custodia, con legge 15 dicembre 1990, n. 395, recante “*Ordinamento del Corpo di Polizia penitenziaria*”; con lo stesso atto fu inoltre soppressa la Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena e costituito, in suo luogo, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

27) Decreto ministeriale 14 giugno 2007, recante “*Istituzione del Nucleo investigativo centrale della Polizia penitenziaria*”.

28) Si tratta principalmente dei compiti istituzionali della Polizia penitenziaria sanciti dall'art. 5, comma 2, della legge n. 395, ampliati di recente – nella chiara prospettiva di un'evoluzione del Corpo verso una “polizia dell'esecuzione penale” – dal d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172: “2. Il Corpo di polizia penitenziaria attende ad assicurare l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale; garantisce l'ordine e tutela la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e delle strutture del Ministero della giustizia indivi-

diziaria, il decreto istitutivo del Nucleo – onde evitare il rischio di pericolose derive – si preoccupava comunque di mantenere ben distinti i due piani. Per tale motivo il comma 3 dell'art. 6 cit. d.min. riteneva opportuno esplicitare che *“ai fini di garantire l'ordine all'interno degli istituti penitenziari e di tutelarne la sicurezza, fatto salvo il segreto investigativo, il responsabile del Nucleo, con cadenza mensile, inoltra al direttore dell'Ufficio [per l'attività ispettiva e del controllo del Dipartimento Amministrazione penitenziaria] una relazione scritta nella quale, limitatamente ai fenomeni di criminalità organizzata, di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale, sono evidenziati i collegamenti delle organizzazioni criminali con l'ambito penitenziario e le eventuali articolazioni interne, utilizzando a tali fini esclusivamente provvedimenti giudiziari e atti dell'Amministrazione”*. Una simile previsione, oltre a tradire l'evidente preoccupazione – da parte dell'esecutivo – di evitare il rischio di un possibile scorretto utilizzo di informazioni acquisite nel corso di attività investigative ad opera di un servizio centrale di polizia, pur sempre amministrativamente dipendente dal DAP²⁹, mostrava però – al contempo – la consapevolezza che, per la sicurezza dell'intero sistema penitenziario (e della sicurezza pubblica più in generale), era assolutamente prioritario disciplinare con chiarezza le modalità con le quali le informazioni acquisite dall'organo di polizia giudiziaria nel corso di una attività investigativa potessero essere legittimamente veicolate all'Amministrazione di appartenenza, per i profili di stretta competenza istituzionale.

La positiva esperienza del Nucleo investigativo centrale, costellata da numerosi successi investigativi, il contemporaneo emergere sullo sce-

duate con decreto del Ministro; partecipa, anche nell'ambito di gruppi di lavoro, alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati; espleta il servizio di traduzione dei detenuti ed internati ed il servizio di piantonamento dei detenuti ed internati ricoverati in luoghi esterni di cura, secondo le modalità ed i tempi di cui all'articolo 4. Contribuisce a verificare il rispetto delle prescrizioni previste dai provvedimenti della magistratura di sorveglianza. Collabora con la magistratura di sorveglianza operando presso ogni Tribunale e Ufficio di sorveglianza; assiste il magistrato del pubblico ministero presso gli uffici di esecuzione istituiti nell'ambito delle Procure della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, nonché delle Procure generali presso le Corti di appello”.

29) L'art. 2 del d.m. 14 giugno 2007 cit. recitava infatti: *«Ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, è istituito all'interno dell'Ufficio per l'attività ispettiva e del controllo del Dipartimento, un servizio centrale di polizia giudiziaria, denominato “Nucleo investigativo centrale”»*.

nario internazionale, proprio in quegli anni, del fenomeno della radicalizzazione *jihadista* anche all'interno delle carceri e, da ultimo, la diffusa percezione – tanto a livello politico quanto tra i diversi operatori del sistema di sicurezza nazionale – della necessità che fosse costantemente svolta un'attività di analisi criminale nel contesto penitenziario, convinsero dunque il Ministero della giustizia, alcuni anni dopo, a spingersi più in là, ampliando la sfera del Nucleo in materia e conferendo – *ex novo* – ad un'altra unità specializzata della Polizia penitenziaria, il Gruppo operativo mobile³⁰, ulteriori e specifiche competenze in quest'ambito.

A tal fine, il nuovo decreto ministeriale del 2017³¹ riorganizza profondamente la struttura del Nucleo investigativo centrale – dotandolo finalmente di articolazioni operative territoriali (gli 11 Nuclei Investigativi Regionali NIR, attivi nella circoscrizione di ogni Provveditorato regionale) – e chiarisce ulteriormente gli aspetti di coordinamento tra le attività di polizia giudiziaria svolte da questo servizio centrale e quelle di competenza dell'Amministrazione penitenziaria. Non solo: accanto all'originaria (e preminente) competenza a svolgere funzioni investigative “*per fatti di reato commessi in ambito penitenziario o, comunque, direttamente collegati all'ambito penitenziario*”, il decreto conferisce altresì al NIC – in via ordinaria – il delicato mandato³² relativo all’“... *analisi dei fenomeni di criminalità organizzata, di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale*” rilevati nel predetto ambito.

Onde fugare qualsiasi dubbio in merito, si legittima infine il NIC a

30) Il Gruppo operativo mobile della Polizia penitenziaria fu istituito con decreto del Ministro della giustizia 19 febbraio 1999 a causa della “*necessità di adottare nei confronti dei detenuti appartenenti alla criminalità organizzata misure idonee a prevenire ed impedire fatti o situazioni pregiudiziali all'ordine ed alla disciplina degli istituti penitenziari, nonché alla sicurezza delle traduzioni e piantonamenti dei detenuti ed internati*”. La competenza del GOM, sin dalla sua fondazione, è stata focalizzata sulla gestione in sicurezza del regime detentivo *ex art. 41-bis OP* (art. 2 d.min. cit.) e, più in generale, dei detenuti ad elevata pericolosità, normalmente appartenenti alla criminalità organizzata o terroristica.

31) Decreto ministeriale 28 luglio 2017 recante “*Misure per la riorganizzazione delle strutture e delle funzioni del Nucleo investigativo centrale e delle sue articolazioni territoriali, in attuazione dell'articolo 11, comma 2, lettera b), del decreto del Ministro della giustizia 2 marzo 2016*”.

32) Art. 3, co. 4, d.min. ult. cit.

svolgere le attività attribuitegli anche mediante l'accesso alle banche dati in uso all'Amministrazione³³: si tratta di una previsione invero molto importante, perchè favorisce una preziosa osmosi tra le informazioni possedute dal Dipartimento e quelle che il Nucleo può acquisire per svolgere le attività di polizia giudiziaria istituzionalmente demandategli. Il sistema di passaggio informativo così delineato trova infine il punto di sintesi più rilevante nella relazione semestrale sulle attività svolte e sulle modalità di gestione delle risorse impiegate che il comandante del Nucleo presenta al capo del Dipartimento, nella quale è prevista un'apposita sezione dedicata all'analisi della natura e dell'andamento dei fenomeni di criminalità organizzata, di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale in ambito penitenziario³⁴.

Come accennato *supra*, con un ulteriore decreto ministeriale – sempre del 2017 – vengono ridefinite anche l'organizzazione e le funzioni del Gruppo operativo mobile³⁵, coordinandole in maniera più efficace con le

33) Art. 3, co. 5, d.min. ult. cit. La locuzione “*in uso*” fa presupporre un maggior ambito potenziale di acquisizione di informazioni da parte del Nucleo investigativo centrale, dato che – nello svolgimento delle attività di competenza – non deve limitarsi alle banche dati di proprietà dell'Amministrazione, potendo invece avvalersi anche delle banche dati di diversi uffici/enti/ministeri/organismi alle quali il servizio di polizia giudiziaria ovvero il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha legittimo accesso.

34) Art. 3, co. 8, d.min. ult. cit. Nella medesima relazione – al fine precipuo di salvaguardare l'esclusiva dipendenza funzionale del Nucleo centrale dall'Autorità giudiziaria – non possono ovviamente essere inseriti dati, notizie e informazioni coperti da segreto a norma del vigente codice di rito.

35) Il decreto ministeriale 28 luglio 2017, avente oggetto “*Misure per la riorganizzazione delle strutture e per la ridefinizione delle funzioni esercitate del Gruppo operativo mobile al fine della razionalizzazione ed efficientamento delle sue attribuzioni, in attuazione dell'articolo 11, comma 2, lettera a), del decreto del Ministro della giustizia 2 marzo 2016*” disciplina le funzioni del GOM, così sintetizzabili: vigilanza e osservazione dei detenuti sottoposti a regime *ex art. 41-bis* co. 2 OP e cura, in via esclusiva e nei casi disposti dal Capo del Dipartimento, delle ulteriori attività riguardanti i predetti detenuti; vigilanza e osservazione dei detenuti che collaborano con la giustizia individuati dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento in quanto ritenuti di maggiore esposizione a rischio; traduzioni e piantonamenti di detenuti ritenuti dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento ad elevato indice di pericolosità; vigilanza e osservazione di detenuti per reati di terrorismo, anche internazionale, specificamente individuati dalla citata Direzione generale, anche se ristretti in regimi diversi dal previsto dall'art. 41-*bis* co. 2 OP; ove lo disponga il Capo DAP: intervento nei casi previsti dall'art. 41-*bis* co. 1 ovvero in ogni altro caso di emergenza del sistema penitenziario.

competenze delle altre articolazioni dell'Amministrazione, centrali³⁶ e periferiche (istituti penitenziari). In materia di analisi, è da evidenziarsi che – per la prima volta – viene espressamente disciplinata in via ordinaria l'attività di scambio di informazioni tra l'Ufficio centrale del Gruppo e la Direzione generale dei detenuti e del trattamento del D.A.P. relativamente a particolari posizioni processuali e penitenziarie di detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis*, comma 2, OP oppure di ristretti, anche in regimi diversi, per reati di terrorismo, anche internazionale. Di grande rilievo pure la previsione per la quale al G.O.M. viene demandata la competenza a procedere – anche qui in via ordinaria – alla *“raccolta ed analisi di tutte le informazioni necessarie all'esercizio delle sue attribuzioni, anche avvalendosi delle banche dati del sistema informativo interforze nonché di quelle in uso presso l'Amministrazione, raccordandosi a tal fine coi competenti uffici del Dipartimento e della Direzione generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia”*.

§ 4. La breve panoramica sin qui condotta, permette di affermare come in Italia il processo informativo in ambito penitenziario sia fortemente condizionato dalla peculiarità dell'ordinamento giuridico nazionale, che attribuisce contemporaneamente al Corpo di Polizia penitenziaria – oltre alle competenze più specificamente penitenziarie³⁷ – ordinarie funzioni di polizia giudiziaria³⁸ e di pubblica sicurezza³⁹.

36) Nello specifico, il GOM si interfaccia costantemente con l'Ufficio del Capo del Dipartimento, di cui è articolazione di *staff*, e con la Direzione generale dei detenuti e del trattamento del DAP, istituzionalmente competente alla gestione dei detenuti e degli internati sul piano nazionale.

37) Tra le quali spiccano – in virtù dei compiti istituzionali estremamente qualificanti attribuiti alla Polizia penitenziaria dalla riforma del 1990 (richiamati *supra*, alla nota 28) – la vigilanza e l'osservazione del detenuto nonché la partecipazione, anche nell'ambito di gruppi di lavoro, alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei ristretti. Ci si riferisce, in particolare, alla stabile partecipazione di qualificati rappresentanti del Corpo al gruppo di osservazione e trattamento, all'equipe di osservazione, alla commissione locale per il lavoro penitenziario nonché alle altre equipe multi-professionali istituite per prevenire il disagio e/o l'autolesionismo dei detenuti o comunque per affrontare altre tematiche rilevanti per l'organizzazione degli istituti penitenziari ovvero la gestione dei molteplici aspetti della vita dei ristretti.

38) Le funzioni di polizia giudiziaria, già storicamente assegnate al Corpo in precedenza, sono attualmente attribuite – in via ordinaria e permanente – dal d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 443,

Invero, tale previsione è in piena sintonia con la scelta fatta dal Costituente nei riguardi di tutte le forze di polizia dello Stato, quando intese dare attuazione all'art. 109 della legge fondamentale evitando di istituire uno specifico organismo nazionale di polizia giudiziaria, che avrebbe quindi privato di una simile funzione i Corpi di polizia dello Stato storicamente pre-esistenti; si decise infatti di mantenere il modello nazionale, consolidatosi nel corso dei secoli, che – lasciando in capo ai diversi Corpi tutti i compiti istituzionali precedentemente attribuitigli (e, in taluni casi, addirittura ampliandoli e rafforzandoli) – manteneva integre le funzioni di polizia giudiziaria che avevano ordinariamente esercitato, senza soluzione di continuità, nel corso della loro storia. La stessa cosa avvenne per l'allora Corpo degli agenti di custodia, ai cui appartenenti il codice di rito riconosceva le funzioni di polizia giudiziaria, peraltro senza alcuna limitazione *ratione loci o materiae*; tale caratteristica, mantenuta sino ad oggi della Polizia penitenziaria, costituisce peraltro ancora un *unicum* nello scenario europeo ed internazionale delle agenzie dell'esecuzione penale.

Sul più concreto piano del processo di analisi ne discende che, in ambito penitenziario, anche il ruolo del decisore o – meglio – dei decisori⁴⁰ assume una sua peculiarità. L'attuale assetto della Polizia penitenziaria –

recante “Ordinamento del personale di Polizia penitenziaria”, al personale dei ruoli non direttivi (agenti-assistenti; sovrintendenti; ispettori) e dal d.lgs. 1 maggio 2000, n. 146, al personale direttivo e dirigenziale della carriera dei funzionari del Corpo. È appena il caso di osservare come, già dal tenore letterale della citata normativa, le qualifiche di agente ed ufficiale di polizia giudiziaria rivestite dal personale di Polizia penitenziaria non soffrano di alcuna limitazione spazio-temporale ovvero funzionale. Tale affermazione è altresì confermata dal vigente codice di rito, che annovera tra gli agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria a competenza generale e permanente – insieme agli altri appartenenti alle forze di polizia dello Stato ad ordinamento civile e militare – proprio il personale dei diversi ruoli del Corpo (commi 1 e 2, art. 57 c.p.p.).

39) Le funzioni di pubblica sicurezza, anch'esse attribuite in via permanente e generale al personale di Polizia penitenziaria dai d.lgs. n. 443 e 146 cit., furono in realtà riconosciute ai militari del Corpo degli agenti di custodia ben prima, sin dal 1945 (in virtù dell'art. 1, d.lgs. luogotenenziale 21 agosto 1945, n. 508), e successivamente ribadite dall'art. 16 della legge 1 aprile 1981, n. 121, recante “Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza”.

40) Nel c.d. “processo di intelligence” il decisore è quella figura di vertice (detta anche Autorità esterna o committente) che, nel contesto normativo di riferimento, comunica all'analista gli obiettivi informativi e, successivamente, riceve il prodotto finale dell'attività di analisi (di solito in forma di rapporto), necessario per poter assumere le determinazioni

che opera per l'appunto, senza alcuna soluzione di continuità, sia come soggetto dell'esecuzione penale sia come organo di polizia – fa quindi necessariamente riferimento a *diverse figure di decisori*. Da ciò ne consegue che – in quest'ambito – sussistono *molteplici tipologie di processi informativi* in cui l'Amministrazione penitenziaria è coinvolta quale decisore (finale o intermedio); tale affermazione risulterà più comprensibile dando uno sguardo alla seguente tabella di sintesi:

DECISORE	PROCESSO INFORMATIVO FINALIZZATO A:
Dipartimento / Provveditorati reg. dell'Amministrazione penitenziaria	– <i>Trasferimento individuale o collettivo di detenuti per motivi di ordine e sicurezza</i> – <i>POR - Protocollo Operativo Regionale per la sicurezza</i> – <i>Piano di difesa e sicurezza dell'istituto</i>
Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria	– <i>Emanazione di un provvedimento di sorveglianza particolare ex art. 14-bis OP</i> – <i>Provvedimenti di classificazione di detenuti in particolari circuiti (AS 1, AS 2, AS 3, custodia attenuata, ecc.)</i> – <i>Gestione di detenuti appartenenti a particolari circuiti</i> – <i>Monitoraggio di detenuti a rischio di radicalizzazione violenta / radicalizzati</i> – <i>Piani operativi di intervento nazionali</i>
Ministro della giustizia	– <i>Istruttoria per l'emanazione di un provvedimento del Ministro ex art. 41-bis OP co.1 e 2</i>

di propria competenza. In molti casi l'individuazione dell'obiettivo è oggi demandata, soprattutto per gli organi di polizia, alla normativa vigente oppure all'iniziativa dell'organo investigativo, nell'ambito delle competenze pur sempre attribuitegli dall'ordinamento giuridico. I fondamenti del processo di *intelligence* e del ciclo delle informazioni sono felicemente sintetizzati da A.M. DI PAOLO, *Elementi di intelligence e tecniche di analisi investigativa*, Laurus Robuffo, Roma, 2000, parte I, pp. 19 ss.

Ministero interno (C.A.S.A. - Comitato Analisi Strategica Antiterrorismo)	– <i>Monitoraggio di detenuti a rischio di radicalizzazione violenta / radicalizzati e conseguenti azioni</i>
Pubblico ministero	– <i>Indagini penali in ambito penitenziario o comunque connesse con il sistema dell'esecuzione penale</i> – <i>Misure di prevenzione che scaturiscono totalmente/parzialmente da ambito penitenziario</i>
Magistratura di sorveglianza	– <i>Provvedimenti concernenti le misure alternative alla detenzione (concessione, sospensione, revoca, ecc.) ovvero altri provvedimenti di competenza della giurisdizione di sorveglianza</i>

La lettura della tabella deve essere necessariamente integrata con la constatazione per la quale, nel nostro ordinamento penitenziario, la “sicurezza penitenziaria” (e dunque l’ordine e la disciplina che ne costituiscono i presupposti) trova cittadinanza solo nella misura in cui garantisce la realizzazione della finalità, costituzionalmente sancita dall’art. 27 Cost., del trattamento dei detenuti. In questo contesto la sicurezza non viene quindi considerata bene giuridico a sè stante, al contrario di quanto avviene in molti altri Stati, anche europei, in cui la difesa della società dal crimine è annoverata – beninteso accanto al principio del reinserimento del reo, ma con pari dignità – tra i fini della pena.

Poiché però ogni azione intrapresa sul piano amministrativo dall’Amministrazione penitenziaria per garantire la sicurezza penitenziaria può essere considerata legittima solo se si pone in una condizione di strumentalità rispetto alle esigenze trattamentali, emerge *a fortiori* – ed in tutta la sua importanza – la rilevanza dei poteri di “polizia dell’esecuzione penale” che lo stesso ordinamento attribuisce alla Polizia penitenziaria, quale soggetto istituzionale⁴¹ che opera non solo a garanzia della sicurezza del sistema di

41) È questo l’assetto definito – come anticipato *supra* – dagli artt. 1 e 5 della legge n. 395 cit. nonché dall’art. 16 della legge n. 121 cit.

riferimento ma che contribuisce anche al più vasto quadro della sicurezza nazionale, connotato da un assetto per sua natura multi-agenzia che vede nel Ministro dell'interno l'Autorità centrale di coordinamento⁴². In altre parole, si può affermare che – quantomeno nell'ordinamento italiano – le attività finalizzate a tutelare la sicurezza penitenziaria assumono un rilievo autonomo solo quando si inseriscono nel contesto più ampio della polizia giudiziaria ovvero della pubblica sicurezza. Ci si riferisce, ad es., alle delicate attività di monitoraggio sulla radicalizzazione violenta in carcere, poste in essere dall'Amministrazione nell'ambito del più vasto *network* del sistema della sicurezza del sistema-Paese, oppure, ancora, alle numerose indagini sulla criminalità organizzata e terroristica condotte dalla Polizia penitenziaria alle dipendenze dell'Autorità giudiziaria, spesso in stretto coordinamento con le altre forze di polizia dello Stato.

In questa sede è altresì opportuno evidenziare come il processo informativo in ambito penitenziario sia fortemente influenzato – oltre che dalle peculiarità dei diversi ordinamenti giuridici in cui opera – anche dal contesto assolutamente particolare in cui si svolge. Il carcere è infatti un luogo, *il luogo*, unico nella nostra società in cui viene legalmente rinchiuso – per un periodo più o meno lungo e contro la propria volontà – un numero considerevole di persone. In questo ambiente la percezione da parte dei detenuti delle normali coordinate spazio-temporali risulta quindi fortemente alterata, sia perché la dimensione del tempo e dell'attesa sono innaturalmente dilatate (... il tempo della pena, il tempo dell'attesa del giudizio, il tempo dell'appello...) sia perché gli spazi – forzatamente condivisi con altri individui, spesso appartenenti a gruppi disomogenei tra loro – risultano strutturalmente (ed ontologicamente) ristretti, sulla base di variabili che non di rado disattendono le stesse previsioni normative (si pensi, ad es., alla problematica ormai cronica del sovraffollamento, presente in misura diversa in quasi tutti i Paesi del mondo, oppure alla mancata separazione tra i condannati ed i giudicabili). Le dinamiche sociali che si verificano in questo contesto sono inoltre riconducibili al noto fenomeno della “prisonizzazione”⁴³, che ha pesanti riflessi non solo sul-

42) Secondo il noto modello italiano tratteggiato proprio dalla legge n. 121 cit.

43) D. CLEMMER, *La comunità carceraria*, in *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 1997; A. PIPERNO, *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in *Carcere e trattamento*, Trattato

l'identità dei detenuti e sul loro stato di salute⁴⁴, ma anche sui processi di socializzazione che coinvolgono l'intera comunità penitenziaria secondo regole largamente informali, ben rappresentate dagli studiosi delle istituzioni totali⁴⁵ e della *Social network analysis*⁴⁶. Con riguardo a tale ultimo aspetto, è interessante constatare come il carcere rappresenta indubbiamente uno dei contesti privilegiati in cui si creano le reti, i cui legami (cioè gli elementi essenziali minimi per costituire ogni rete sociale, anche la più elementare) assumono un peso ed un valore assolutamente specifico, determinato dall'unicità dell'esperienza della detenzione che – ponendo la persona reclusa in una condizione di oggettiva vulnerabilità – incide pesantemente sulla vita del detenuto e del gruppo al quale appartiene (sia esso la famiglia oppure un gruppo criminale più strutturato, ad. es. cosca, 'ndrina, gruppo *jiheadista*, ecc.).

È infatti di tutta evidenza come – in un ambiente nel quale l'identità del singolo (psicofisica, culturale, religiosa, etnica, sessuale, ecc.) è costantemente minacciata, sia dai pari sia dall'istituzione – gli elementi idonei ad opporsi a tale condizione di fragilità, generando legami stabili tra il detenuto e gli altri soggetti della comunità di riferimento, si rivelino ancor più significativi, dato che possono scaturire dalla sussistenza di rapporti criminali (pregressi, più o meno consolidati oppure che si instaurano proprio in quel frangente) o comunque dalla costante ed insopprimibile necessità di ottenere (o scambiare) risorse ed utilità atte a soddisfare i propri bisogni (o quelli dei familiari/sodali), di acquisire informazioni, di evitare danni o pericoli e così via. Vale solo la pena di aggiungere che, nel contesto carcerario, le cennate relazioni hanno ad oggetto – nella stragrande maggioranza dei casi – beni o utilità illeciti ovvero la cui acquisizione o possesso avviene con modalità illecite, se non addirittura criminali.

di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, F. Ferracuti (a cura di), Giuffrè, Milano, 1989, Vol. 11.

44) G. PONTI, *Disturbi mentali carcerari*, in *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008.

45) Si veda E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Edizioni di comunità, Torino, 2001.

46) Si veda l'innovativa opera di M. CASTIELLO, *Reti criminali. Social network analysis e criminal intelligence analysis. Tecniche di contrasto a confronto*, Aracne, Roma, 2015.

§ 5. Dal quadro appena descritto ne esce dunque rafforzata la necessità impellente – ormai comune a tutte le Amministrazioni penitenziarie del mondo – di strutturare al proprio interno articolazioni specializzate nel *prison intelligence* ed efficaci procedure informative, adeguatamente supportate da specifiche risorse umane, formative, organizzative e materiali che si dimostrino all'altezza della sfida in atto. In via preliminare, è bene chiarire che col concetto generico di “*intelligence*” possono intendersi diverse azioni, più o meno articolate, finalizzate alla ricerca di informazioni; si tratta quindi di un termine che in questa sede è considerato assolutamente “neutro”, dato che è applicabile non solo all'ambito militare o di polizia ma anche – e più spesso – al mondo del *business*, dell'informatica, del *marketing* e così via. L'*intelligence* è quindi quell'attività complessa che si sviluppa in diverse fasi e dà luogo ad un vero e proprio “ciclo”, con stadi distinti ma interconnessi tra loro, così sintetizzabili: attività di ricerca e raccolta di dati; valutazione delle fonti e delle informazioni; analisi comparativa degli elementi disponibili; formulazione di ipotesi e diffusione mirata di un documento conclusivo. L'analisi, quale parte del ciclo dell'*intelligence*, consiste dunque nello svolgimento di un ragionamento logico che interpreta i fatti⁴⁷.

Come si accennava prima, l'introduzione del *prison intelligence* in seno ad un'Amministrazione penitenziaria – proprio perchè assume a pilastro fondamentale della *governance* dell'intero sistema, transcendendo i meri aspetti della sicurezza – necessita però di un profondo ripensamento di tutta l'organizzazione, sin dalle sue fondamenta, e richiede un cambio radicale di mentalità che, partendo dai vertici, si diffonda a tutti i livelli decisionali ed operativi dell'istituzione. L'organizzazione deve infatti assumere uno stile proattivo, focalizzato più sull'analisi dei rischi che sulla gestione delle criticità quando ormai sono insorte. Solo la successiva e sistematica analisi dei dati e delle informazioni raccolte potrà però consentire lo sviluppo strutturato di efficaci strategie di prevenzione e contrasto a particolari forme di criminalità che vedono nell'ambiente carcerario uno dei loro ambienti di elezione. Si pensi, ad es., al fenomeno – da alcuni anni venuto alla ribalta in diversi Paesi occidentali – della radicalizzazione violenta: si tratta indubbiamente di un settore nel quale la condivisione delle

47) Così A.M. DI PAOLO, op. cit., p. 22 ss.

informazioni con gli altri attori del sistema – oltre a stimolare la definizione di approcci comuni al problema – rappresenta uno dei fattori decisivi di tutela della sicurezza nazionale, in termini di individuazione dei soggetti a rischio e di tracciabilità degli individui che entrano ed escono dal sistema dell'esecuzione penale⁴⁸.

Poiché il processo del *prison intelligence* non mostra – in linea teorica – rilevanti differenze col processo dell'*intelligence* di polizia, occorre approfondire in questa sede gli elementi che possano evidenziarne le caratteristiche peculiari.

Come già accennato, il primo stadio del ciclo dell'*intelligence* concerne la definizione (normalmente da parte del decisore) del *task*⁴⁹. Si tratta ovviamente di una fase di capitale importanza, dato che consiste nella formulazione dell'obiettivo dell'intero processo informativo e – pertanto – ne condiziona tutte le fasi successive. È in questo momento infatti che si avvia la pianificazione dell'intero lavoro, si fissano le priorità, si rilevano le possibili criticità e si organizzano le risorse umane e materiali sufficienti a raggiungere l'obiettivo nei tempi dati. Un aspetto particolarmente da approfondire di questo *step* riguarda non solo la quantità di risorse (umane e materiali) impiegabili ma anche la qualità di queste risorse: se sul piano del personale costituisce un sicuro vantaggio competitivo potersi avvalere di operatori adeguatamente formati (cosa non affatto scontata) – stabilmente attivi nei diversi gangli dell'Amministrazione ed inseriti, quantomeno se appartenenti ad unità specializzate di livello almeno regionale, in *network* di cooperazione multi-agenzia – sul piano delle risorse materiali è fondamentale avere a disposizione una strumentazione, soprattutto informatica e tecnologica, all'altezza del compito da svolgere (ad es. *jammer*, droni, *software* specifici, ecc.). È inoltre di cruciale importanza che le diverse articolazioni dell'Amministrazione, proprio al fine di aumentare l'efficienza e l'efficacia delle attività di *intelligence* di loro competenza, operino quo-

48) Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines for prison and probation services regarding radicalisation and violent extremism*, Committee of Ministers - C.o.E., 2 March 2016, 1249th meeting.

49) Per avere un'idea concreta dei processi informativi più rilevanti attualmente di competenza dell'Amministrazione penitenziaria italiana (che opera talvolta come decisore finale, talaltra come soggetto di un sottoprocesso più ampio, la cui competenza finale è demandata, ad es., al Ministero dell'interno o all'Autorità giudiziaria), è sufficiente richiamarsi alla precedente tabella che li individua, delineandone sinteticamente le finalità.

tidianamente sul piano dei processi informativi – a prescindere dalla definizione degli specifici *task* che verranno proposti – raccogliendo costantemente, in modo ragionato e *routinario*, tutti i dati e le informazioni utili, che saranno immediatamente utilizzabili al bisogno, ove siano stati inseriti con completezza e precisione⁵⁰.

Una simile operazione sarà però possibile nella misura in cui il vertice del sistema penitenziario si riveli consapevole del fatto che solo un efficace *prison intelligence* può assicurare la formulazione di una valida strategia di *risk management*, nella quale individuare sia le specifiche aree di rischio (che possono cioè compromettere la normale funzionalità dei processi operativi) sia le modalità di prevenzione e contrasto a tali rischi; si tratta, in sintesi, di identificare le minacce prima che si concretizzino, ovvero di contrastarle tempestivamente una volta concretizzatesi. L'adozione di una effettiva strategia di *risk management* rappresenta infine una componente fondamentale per la definizione di un efficace *decision making process* da parte dell'Amministrazione, sia a livello centrale sia a livello di singoli istituti penitenziari; in altri termini, solo il *prison intelligence* potrà contribuire a ridurre i vari elementi di incertezza presenti nel sistema, consentendo al *management* di concentrare le risorse disponibili nelle aree di maggior interesse col minor impiego possibile di risorse.

Anche lo stadio della raccolta dei dati (*collection*) è di estrema delicatezza, dato che la bontà dell'intero processo dipende non solo dalla quantità ma anche dalla qualità delle informazioni raccolte e, dunque, dalla loro affidabilità, derivante dalla validità del loro meccanismo di selezione. Anche tale fase deve tradursi in un *iter* strutturato che, tenendo presente il contesto in cui opera, sia focalizzato all'apprensione delle informazioni reperibili da tutte le possibili fonti consentite dall'ordinamento giuridico. Tra queste possono essere sinteticamente annoverate:

1) informazioni derivanti dai documenti in possesso dell'Amministrazione (registri di servizio, annotazioni e relazioni; atti giudiziari, legali,

50) A tal fine, ogni organizzazione che voglia attivare ed alimentare un processo informativo deve cercare di costituire, quanto prima, un *data warehouse*, cioè un magazzino in cui siano "custoditi" i dati estratti dalle diverse fonti, aggregati, omogeneizzati e resi consistenti. Solo dopo la costituzione di questo *data warehouse* potranno essere realizzate delle apposite sovrastrutture *software* ad uso degli analisti, cioè dei sistemi, mano a mano sempre più avanzati, di *reporting*, analisi e supporto alle decisioni - DSS (*Decision Support System*), che impieghino proficuamente i dati in possesso.

amministrativi e personali, spesso presenti nel fascicolo del detenuto). Non di rado questi documenti sono prodotti dallo stesso detenuto e depositati presso la Direzione dell'istituto; ci si riferisce, ad es., alle diverse istanze, dichiarazioni e richieste che il ristretto formalizza e presenta all'Amministrazione oppure – per il suo tramite – all'Autorità giudiziaria o ad altri enti competenti (ASL, Agenzia delle entrate, INPS, INAIL, Poste, ecc.). Si tratta, come evidente, di documenti che possono essere presenti su supporto cartaceo ovvero su supporto informatico, eventualmente inseriti in specifici *data base* interni e, ove possibile, anche esterni all'Amministrazione ma legalmente accessibili dalla stessa;

2) informazioni acquisite attraverso l'attenta osservazione dei rapporti interpersonali tra i detenuti e delle relative dinamiche di gruppo, svolta sia direttamente, dagli operatori, sia avvalendosi di specifici presidi tecnologici quali, ad es., filmati delle telecamere a circuito chiuso ovvero altri sistemi legali di tracciamento e/o registrazione/intercettazione di colloqui/conversazioni/eventi;

3) informazioni tratte dal costante rapporto che gli operatori dell'Amministrazione intrattengono con tutti gli altri *stakeholder* del sistema (operatori di altri enti che svolgono attività all'interno del carcere, come insegnanti, formatori ed assistenti sociali di enti territoriali, medici, infermieri, ecc.; volontari, visitatori, O.N.G., cooperative e mondo del privato sociale, fornitori, imprese che conducono lavorazioni all'interno del carcere, ecc.);

4) informazioni derivanti dallo scambio continuo di dati con tutte le altre agenzie di controllo istituzionalmente competenti (forze di polizia, Prefettura, ecc).

È utile sottolineare ancora una volta come il particolare contesto di “istituzione totale” nel quale si svolge l'attività di *intelligence* evidenzia il ruolo assolutamente decisivo del fattore umano (c.d. “*HUMINT*”), cioè dell'operatore che – nel corso della sua ordinaria attività quotidiana – raccoglie dati ed informazioni di rilievo, traendoli costantemente dalle relazioni che ha con i diversi soggetti coi quali viene a contatto per ragioni del suo ufficio⁵¹.

51) Come si può agevolmente constatare, l'attività di *prison intelligence* prende le mosse dalle normali attività di servizio attribuite dalla normativa ordinaria agli operatori di Polizia penitenziaria, nell'ambito dello svolgimento dei compiti istituzionali. Ci si richiama, in particolare, a quanto già evidenziato *supra* nelle note 28 e 37.

Quanto appena esposto è del tutto in linea con l'orientamento – ormai consolidato in ambito internazionale ed europeo⁵² – che considera la sicurezza penitenziaria un concetto multidimensionale, costituito da tre diversi elementi che si integrano a vicenda:

- *sicurezza fisica*, costituita dalle barriere fisiche della struttura e da altri presidi tecnologici presenti (quali, ad es., telecamere a circuito chiuso, radio, sistemi di allarme, ecc);

- *sicurezza procedurale*, costituita dall'insieme delle procedure di controllo in atto, determinate sia a livello centrale sia a livello di singolo istituto;

- *sicurezza dinamica*, che coinvolge cioè la dimensione relazionale della sicurezza penitenziaria e consiste nell'insieme delle attività istituzionali che svolge il personale penitenziario, il quale conosce in modo approfondito i detenuti coi quali si relaziona nei diversi aspetti e momenti della vita penitenziaria.

La sicurezza penitenziaria dipende pertanto, in massima misura, dalla operatività continua di uno *staff* attento che comunica – con frequenza ed in modo professionale – con i detenuti, sapendone interpretare in modo adeguato le dinamiche che li coinvolgono; si rapporta positivamente e con reciprocità con tutti gli attori che operano nella comunità penitenziaria; sa sempre cosa succede nell'istituto, attivando uno scambio informativo continuo con tutti gli operatori e, infine, fa in modo che i detenuti siano attivamente e responsabilmente impegnati in attività significative per il loro reinserimento. Questo approccio – denominato per l'appunto *sicurezza dinamica* – *“è qualitativamente migliore di quello che dipende unicamente da misure di sicurezza statiche e trae la sua forza dalla sua capacità di anticipazione, che permette di individuare in maniera precoce una minaccia per la sicurezza. Se il personale e i detenuti hanno dei contatti regolari, un membro del personale vigile e ben formato sarà più ricettivo a situazioni anomale che potrebbero costituire una minaccia per la sicurezza e sarà quindi meglio in grado di prevenirle”*⁵³.

Ai nostri fini, è utile rilevare come uno degli aspetti più significativi

52) Vedi art. 51, comma 1, delle “*Regole Penitenziarie Europee*”, sancite dalla raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in data 11 gennaio 2006.

53) “*Commento alle Regole penitenziarie europee*”, DAP - Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, Ed. Ministero della giustizia, Roma, 2007, p. 106.

della sicurezza dinamica (quando essa funziona correttamente!) consiste nell'approccio proattivo alle criticità penitenziarie, raggiungibile solo grazie ad un'efficace attività di *prison intelligence*. Da ciò discende la grande importanza che riveste tutto il personale che svolge il proprio servizio, durante l'arco delle 24 ore, a stretto contatto coi detenuti nei diversi spazi del carcere; sono infatti gli operatori in prima linea ed il *middle management* (costituito dai loro diretti supervisori) a svolgere non solo un'osservazione diretta del comportamento dei ristretti, individualmente ed in gruppo, ma anche di ascolto attivo delle situazioni più disparate (di disagio, di auto/etero lesionismo, di violenza, di assoggettamento, ecc.) che li vedono protagonisti⁵⁴. La fase di raccolta delle informazioni potrà quindi raggiungere un livello qualitativo elevato quanto più risulterà focalizzata sulla giusta valorizzazione degli operatori di *frontline*, adeguatamente formati e motivati, e su di un processo virtuoso che – avvalendosi della loro esperienza professionale – gli consenta di discernere (*screening*) e riportare agli organi competenti esclusivamente gli elementi informativi utili ad alimentare il ciclo dell'analisi, evitando i cc.dd. “falsi positivi” e l'effetto ridondanza, sempre in agguato.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, è opportuno tratteggiare sinteticamente i canali, formali ed informali, di raccolta di dati ed informazioni. In primo luogo è di fondamentale importanza la consultazione della cartella personale del detenuto (art. 26 Reg. Es.), il documento che – corredato dei dati anagrafici, delle impronte digitali, della fotografia e di ogni altro elemento necessario per la precisa identificazione della persona – lo segue durante tutto il periodo di detenzione e viene costantemente aggiornato. In essa sono inseriti, unitamente ai dati giudiziari (compresi tutti i provvedimenti di concessione e revoca di misure alternative alla detenzione nonché di modifica del titolo esecutivo), biografici e sanitari, anche le indicazioni generali e particolari del trattamento penitenziario, elaborati dall'*equipe* trattamentale, di cui fanno parte le diverse professionalità che

54) La circostanza per la quale il flusso informativo in ambito penitenziario passa per canali notevolmente diversi ed eterogenei, conferma ancora una volta l'importanza che deve essere attribuita alla sensibilità dell'operatore penitenziario, a quella sorta di sesto senso di cui deve essere dotato il personale in servizio nei padiglioni detentivi, soprattutto quando si rende conto che un qualche evento di rilievo stia per succedere oppure potrebbe essere già avvenuto.

operano in istituto, i relativi sviluppi ed i suoi risultati; oltre a ciò sono menzionati tutti i dati relativi alle ricompense conseguite, alle sanzioni disciplinari inflitte nonché all'eventuale sottoposizione al regime di sorveglianza particolare. Nella cartella personale, ovvero in altri fascicoli annessi, l'Amministrazione penitenziaria tiene altresì traccia dei dati concernenti i colloqui visivi e telefonici, degli indirizzi da cui proviene ed a cui viene inviata la corrispondenza epistolare, dei pacchi ricevuti dai familiari, degli acquisti di beni autorizzati presso l'impresa che eroga il c.d. "sopravitto", del peculio movimentato, delle quotidiane movimentazioni del soggetto sia all'interno dell'istituto (le cc.dd. "ubicazioni" nelle camere di pernottamento e nelle relative sezioni) sia all'esterno dell'istituto (visite mediche ospedaliere, piantonamenti, trasferimenti, ecc.), dei colloqui avuti con gli operatori penitenziari (direttore, educatore, personale di Polizia penitenziaria) nonché dei verbali del Consiglio di disciplina e del relativo esito. È utile evidenziare che la maggior parte di questi dati è ormai gestita su supporto informatico, grazie al *software* denominato "SIAP-AFIS".

Accanto a questa documentazione – che può definirsi personale, in quanto riguarda più o meno direttamente il detenuto o comunque coloro che hanno diretti contatti con lui (familiari, difensori, medici, ecc.) – l'Amministrazione è altresì in possesso di tutte le annotazioni e le relazioni di servizio redatte dal personale (soprattutto di Polizia penitenziaria, ma anche delle altre professionalità quali educatori, assistenti sociali, ecc.) concernenti ogni fatto di rilievo che avviene in carcere, sia esso riconducibile ad una o più persone detenute (note o ignote) oppure ad eventi/operazioni che necessitano comunque di una qualche forma di documentazione: vincolata, nel caso in cui specifiche norme o circolari lo prevedano, ovvero redatta in forma libera, negli altri casi. Non di rado queste annotazioni prendono la forma di "registri" – presenti presso i diversi uffici o posti di servizio – oppure di specifici applicativi informatici, idonei a gestire in modo più sistematico i dati riscontrati e le rilevazioni effettuate.

Ai fini della presente trattazione, grande importanza rivestono dunque quelle relazioni/annotazioni di servizio che, analizzando particolari comportamenti di singoli detenuti o gruppi, costituiscono dei veri e propri *report* validamente utilizzabili anche nell'ambito del *prison intelligence*; è, d'altro canto, lo stesso Regolamento di servizio della Polizia penitenziaria, con felice sintesi, a menzionare – tra i più rilevanti compiti che gli operatori del Corpo svolgono in via ordinaria – proprio quello di "*rilevare*

le modalità di relazione e di socialità dei detenuti [...], segnalando le condotte conseguenti ai rapporti personali osservati” nonché di “*rilevare e riferire sull’impegno nello svolgimento delle attività e sulle modalità di relazione reciproca dei detenuti e internati ammessi al lavoro e allo studio*”⁵⁵. Rientra pertanto – legittimamente – in queste attività di controllo, e più in generale nei compiti istituzionali del Corpo, l’osservazione effettuata con riguardo a tutte quelle condotte o eventi che non abbiano necessariamente una specifica e diretta rilevanza normativa⁵⁶ ma che, talvolta più di altri, sono assolutamente utili sul piano della raccolta informativa; si pensi, ad es., ai casi non rari in cui – durante normali controlli amministrativi effettuati sulla base della normativa penitenziaria – gli agenti verificano che in una camera detentiva sono stati accumulati dei beni/generi in misura maggiore rispetto al quantitativo consentito, o per il quale comunque non vi sia un titolo giustificativo⁵⁷, ovvero riscontrino la presenza, in determinate camere detentive, di particolari simboli, *poster*, scritte o testi di contenuto rilevante.

È possibile, ancora, che gli operatori osservino semplicemente la composizione e la movimentazione dei diversi gruppi che si formano nei cortili passeggi, durante le ore d’aria, oppure di quelli che decidono di fruire della c.d. “socialità in comune”; non è nemmeno raro che, dal semplice ascolto casuale di conversazioni tra detenuti, spesso negli spazi co-

55) D.P.R. 15 Febbraio 1999, n. 82, “*Regolamento di servizio del Corpo di Polizia penitenziaria*”, artt. 42 e 44.

56) Gli eventi ed i comportamenti che hanno una rilevanza normativa all’interno dell’istituto di pena sono oggetto di diretta previsione da parte dei testi normativi che disciplinano - in via principale - l’ambito penitenziario: ci si riferisce in particolare all’ordinamento penitenziario (cioè alla legge 26 luglio 1975, n. 354, “*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”; c.d. “OP”) ed al suo regolamento di esecuzione (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, “*Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*”; c.d. “Reg. Es.”). Si pensi ad es. ai comportamenti che integrano degli illeciti disciplinari, per i quali viene quindi attivata una formale procedura istruttoria, fino a giungere alla sanzione o al proscioglimento, ovvero ancora alle articolate procedure di sottoposizione di un ristretto al regime dell’isolamento, disciplinare, giudiziario o sanitario, oppure al provvedimento di sorveglianza particolare.

57) Si tratta spesso di accumulo di tabacco o sigarette, generi che – come noto - costituiscono una delle “monete di scambio” più frequenti in ambito penitenziario, indice di traffici illeciti presenti in quella struttura.

muni, possano emergere spunti interessanti di approfondimento. Succede poi di frequente che, prima o dopo l'accadimento di eventi gravi per la sicurezza penitenziaria (si tratta dei cc.dd. "eventi critici", tra i quali si possono annoverare risse, aggressioni, minacce, danneggiamenti, proteste collettive, anche violente, ma anche atti di autolesionismo o autosoppressivi, ecc.), avvengano dei fatti o si verifichino dei comportamenti "anormali", eventi che solo un operatore attento sa codificare e – talvolta – prevenire⁵⁸.

Come si vede, ogni attività di osservazione e controllo condotta in istituto dai diversi operatori potrà rivelarsi efficace ai fini dell'attivazione del processo di *intelligence* solo nel caso in cui tutte le informazioni siano adeguatamente inserite in specifici "canali operativi" che le mettano a sistema, tramite un metodo di rilevazione *standardizzato* che le possa adeguatamente processare in vista dell'elaborazione di una relazione, che è il risultato dell'attività di analisi svolta. Si tratta della nota fase, successiva a quella della raccolta, denominata collazione (*collation*), nella quale cioè tutte le informazioni raccolte vengono selezionate, analizzate, confrontate e collegate tra loro per giungere ad una loro organizzazione razionale nell'ambito di un documento conclusivo. Va dato però atto che, nel sistema italiano, permane ancor oggi la criticità organizzativa costituita dalle relazioni e dalle annotazioni di servizio "atipiche", alle quali si accennava sopra, così definite perché non rientrano automaticamente in alcuna specifica "casella" che abbia un'immediata rilevanza normativa o comunque amministrativa. Paradossalmente, infatti, le informazioni che si rinvenivano da tali documenti – pur essendo non di rado più interessanti ed approfondite di quelle provenienti da canali più formali – spesso non trovano adeguato spazio nel sistema informativo centrale dell'Amministrazione e, dopo essere state gestite solo localmente⁵⁹, vengono archiviate *de plano*, senza al-

58) Come già accennato, il rapporto quotidiano degli operatori con i detenuti – da soli o in gruppo – si rivela assolutamente fondamentale per rilevare le novità e i cambiamenti significativi che avvengono in istituto come, ad es., l'improvviso auto-isolamento di un ristretto ovvero la sua richiesta di essere separato da tutti gli altri; il suo mutare inaspettato di aspetto o abitudini; alcune parole dette all'operatore senza essere sentito dai compagni di detenzione; l'essere particolarmente agitati o euforici prima o dopo il rientro dai colloqui, dai passeggi oppure da una traduzione.

59) Molto spesso (ancor oggi!) trasposte esclusivamente su supporto cartaceo, quali ad. es. registri, annotazioni, relazioni di servizio, ecc.

cun inserimento negli appositi *database* dell'Amministrazione⁶⁰. Ciò costituisce indubbiamente un grave *vulnus* al sistema nazionale di *prison intelligence*, poiché determina una grave perdita di conoscenza da parte dell'organizzazione, difficilmente recuperabile: si tratta infatti di prezioso materiale informativo che – pur essendo stato oggetto di una qualche forma di elaborazione a livello locale ed avendo perciò sottratto all'istituzione, in misura variabile, risorse umane e materiali – non può essere spendibile nell'ambito dei processi in esame perché *ex post* non se ne conosce nemmeno l'esistenza.

È pur vero che queste difficoltà sono comuni a numerose Amministrazioni penitenziarie del mondo, poichè derivano dalla circostanza per la quale si è di fronte a dati da trattare molto eterogenei ed atipici tra loro (eventi, comportamenti, rapporti interpersonali, attività svolte, valutazioni su comportamenti individuali, ecc., di natura estremamente diversa), che possono essere resi omogenei solo a condizione che venga creato – a monte – un sistema informativo unificato di redazione, inserimento e classificazione delle relazioni di servizio, idoneo a consentire un'efficace reperibilità ed utilizzazione dei dati presenti, sulla base delle diverse esigenze informative espresse, volta per volta, dal decisore, centrale (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria/Nucleo investigativo centrale della Polizia penitenziaria), regionale (Provveditorato regionale/Nucleo investigativo regionale) e locale (Direzione/Comando del reparto di Polizia penitenziaria presso il singolo istituto).

Conclusa la fase di raccolta delle informazioni “sul terreno”, l'*iter* di progressiva raffinazione dovrà necessariamente proseguire attraverso al-

60) Vi sono pur sempre alcune lodevoli eccezioni a livello locale, nelle quali cioè il singolo istituto progetta “autonomamente” un sistema informatico “autonomo” che, in modo più o meno evoluto, si affianca (ma purtroppo non si integra!) a quelli ufficiali del DAP; in esso vengono pertanto inseriti e gestiti – dai diversi operatori di quello specifico istituto – svariati atti, annotazioni, relazioni e registrazioni d'ufficio. Resta pur sempre il fatto che le preziose informazioni contenute in questi “sistemi informatici locali” non diventano patrimonio comune a tutta l'Amministrazione e, ad es. in caso di trasferimento di detenuto ad altro istituto, non possono nemmeno essere consultati dagli operatori del carcere di nuova destinazione del ristretto. In pratica, l'informazione si perde irrimediabilmente non appena il detenuto venga trasferito, per qualsiasi ragione, presso un altro carcere ovvero, dopo la sua scarcerazione, faccia successivamente ingresso presso un altro istituto della Repubblica.

cune tappe significative. In primo luogo gli specialisti locali avranno cura di redigere dei *report* sufficientemente strutturati solo dopo aver vagliato tutte le informazioni pervenute, averle confrontate con quelle di cui sono già in possesso ed aver infine interloquito nuovamente con il *frontline* e – ove possibile, nel rispetto dell’eventuale segreto professionale – con le molteplici figure trattamentali e sanitarie operanti in ambito penitenziario – che ben conoscono per motivi istituzionali (essendo anch’esse deputate, in misura differente, all’osservazione dell’individuo) le diverse sfaccettature dei comportamenti collettivi ed individuali dei detenuti – per ottenere precisazioni, dettagli o altri dati supplementari utili ad una prima valutazione. Successivamente – in base all’assetto delle competenze di ogni singola Amministrazione penitenziaria ed al livello del decisore – i destinatari dei *report* potranno essere individuati nella Direzione del singolo istituto (se si tratta ovviamente di problemi che possono essere efficacemente affrontati a livello locale, anche alla luce della vigente normativa) oppure, negli altri casi, nelle unità – centrali o regionali – di *intelligence* appositamente costituite, alle quali spetterà, a loro volta, redigere la relazione finale, spesso elaborata all’interno di un *format* prestabilito, da destinare ai decisori di riferimento.

§ 6. Una rilevante eccezione alla criticità appena evidenziata è rappresentata dalle sofisticate attività di monitoraggio implementate dall’Amministrazione penitenziaria, già da alcuni anni, nei confronti dei detenuti a rischio di radicalizzazione violenta e che rappresentano una vera e propria eccellenza, riconosciuta anche a livello internazionale⁶¹. Ciò è – per l’appunto – diretta conseguenza di quanto si è affermato in precedenza (al §4) relativamente al rilievo che assume nel nostro ordinamento la “sicurezza penitenziaria” nel momento in cui – confluendo nel più ampio sistema della pubblica sicurezza – viene a costituire un tassello fondamentale del grande mosaico della sicurezza nazionale, finalizzato a combattere una grave minaccia allo Stato, qual è quella costituita dal terrorismo di matrice *jihadista*.

Si tratta invero di un insieme articolato di procedure che – al fine di prevenire e contrastare il rischio di radicalizzazione violenta – opera con elevati *standard* di efficienza ed efficacia perché rispetta appieno quelli che sono i principi fondamentali del *prison intelligence* appena enunciati. In questo senso, infatti:

– le procedure di monitoraggio ed i livelli di analisi da disporre nei confronti dei singoli detenuti qualificati a rischio sono stati stabiliti, in via generale, da specifiche circolari emanate dal Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, costantemente aggiornate nel corso del tempo. Ciò anche al fine di garantire la necessaria omogeneità del processo di *intelligence* su tutto il territorio nazionale e di coordinarsi costantemente con le valutazioni effettuate dalle altre forze di polizia;

– sono stati distinti con chiarezza i livelli decisionali del sistema: mentre l’istituto penitenziario è responsabile delle procedure di *screening*, il Nucleo investigativo centrale è responsabile – a livello nazionale – della procedura di classificazione ovvero declassificazione (oppure classificazione in un livello diverso) del detenuto (*assessment*);

– allo scopo di garantire la necessaria sinergia tra i diversi livelli organizzativi del Corpo ed in assenza di un Nucleo investigativo locale (stanti le competenze attualmente attribuite ai reparti di Polizia penitenziaria di stanza presso i diversi istituti), è stata creata presso ogni carcere italiano la figura del “referente locale” del NIC, attribuita ad un operatore del Corpo con idonea professionalità ed adeguata formazione (c.d. *focal point* del NIC)⁶². In questo modo si è creata un’agile e diretta linea di collegamento funzionale tra NIC, NIR e reparti territoriali;

– tutta la procedura di monitoraggio è stata informatizzata e si avvale di appositi applicativi che dialogano costantemente tra loro, formando una piattaforma in cui dati ed informazioni provenienti da fonti diverse trovano immediata connessione⁶³;

– nel corso degli anni si è sviluppata un’intensa attività di formazione rivolta al personale (soprattutto di Polizia penitenziaria) che opera nelle di-

61) Sul punto vedasi l’esauriente ed aggiornata trattazione svolta dalla *Relazione del Ministero sull’amministrazione della giustizia anno 2019, presentata in occasione dell’inaugurazione dell’Anno giudiziario 2020*, Roma, 2020, Cap. DAP, § 5, p. 587 ss.

62) *Relazione del Ministero*, cit., § 5, p. 590, nota 36.

63) Attraverso una collaborazione tra il SIP - Servizio Informatico Penitenziario del DAP ed il NIC sono stati recentemente realizzati dei pannelli che consentono la visione in tempo reale di tutte le informazioni inserite nel sistema SIAP-AFIS ed inerenti alla vita penitenziaria (relazione comportamentale redatta dal personale di Polizia penitenziaria, condotte rilevanti a livello disciplinare, relazioni dell’area trattamentale, ubicazioni, ecc.) nonché i contatti con l’esterno dei detenuti (flussi di corrispondenza epistolare, colloqui visivi e telefonici, telefonate, pacchi postali, somme di denaro inviate e/o ricevute, ecc.); così *Relazione del Ministero*, cit., §5, pp. 588 ss.

verse fasi del ciclo di *intelligence*; le iniziative in parola hanno coinvolto sia i vari livelli organizzativi in cui è articolata l'Amministrazione – centrale, regionale e periferico (DAP, NIC, PRAP, NIR ed istituti) – sia i differenti ruoli e professionalità del Dipartimento (comandanti dei NIR e dei reparti del Corpo presso gli istituti; personale che opera sia nelle sezioni detentive sia presso i diversi settori del carcere; direttori, educatori, esperti *ex art. 80 OP*, altro personale amministrativo, ecc.)⁶⁴;

– i risultati delle attività effettuate dalla Polizia penitenziaria in questo campo sono costantemente condivisi – in un'ottica di *multi-agency approach* – con la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e, qualora ci siano fatti di interesse investigativo e/o giudiziario, con l'Autorità giudiziaria nonché con il Comitato di Analisi Strategica Antiterrorismo (C.A.S.A.)⁶⁵. Questo organismo, istituito in seno alla Direzione centrale della polizia di prevenzione del Dipartimento della pubblica sicurezza, costituisce un tavolo permanente nel quale vengono condivise e valutate le informazioni sulla minaccia terroristica interna ed internazionale, al quale partecipano stabilmente – oltre al NIC della Polizia penitenziaria – tutte le altre Agenzie appartenenti al sistema della sicurezza nazionale: forze di polizia dello Stato (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza) e servizi di informazione (AIS e AISE). Il C.A.S.A. costituisce pertanto una vera e propria camera di compensazione nella quale – sotto la regia del Ministero dell'interno – si attua un continuo coordinamento informativo tra i vari attori della sicurezza nazionale, in una prospettiva olistica di integrazione fra le molteplici attività di *intelligence* antiterrorismo condotte dai diversi organismi competenti.

È dunque ragionevole ritenere che le attività di monitoraggio sulla

64) Le numerose iniziative formative che hanno avuto luogo sin dal 2010, si sono rivelate un vero *asset* per la riuscita delle attività di monitoraggio ed analisi del fenomeno della radicalizzazione violenta in ambito penitenziario anche perché - tenendo conto delle indicazioni del Unione europea e del Consiglio d'Europa - non si sono limitate a potenziare esclusivamente le capacità tecnico-operative e di polizia giudiziaria del personale di Polizia penitenziaria ma hanno anche allargato il loro spettro anche ad importanti tematiche linguistiche, sociologiche e religiose connesse alla cultura islamica, in *partnership* con altre Amministrazioni europee, prestigiose Università ed altri organismi specializzati di ricerca ed investigazione, anche internazionali. Vedasi, sul punto, *Relazione del Ministero*, cit., § 3, pp. 573 ss.

65) Istituito con d. min. interno 6 maggio 2004.

radicalizzazione appena descritte – costituendo una vera e propria *best practice* (ampiamente riconosciuta anche a livello internazionale⁶⁶) , proprio per l’impatto positivo che hanno avuto, a livello centrale e territoriale, sulla cultura del *prison intelligence* e sui relativi modelli organizzativi ed operativi – potranno in un futuro non lontano costituire l’ossatura di un sistema complessivo di analisi informativa che possa consentire all’Amministrazione di estendersi gradualmente anche ad altri ambiti di interesse istituzionale.

Bibliografia

- AA.VV., *Management strategies in disturbances and with gangs/disruptive groups*, U.S. Department of Justice - National Institute of Corrections, Washington, 1991
- ARDITA S., *Ricatto allo Stato*, Sperling & Kupfer, Milano, 2011
- BASILE P. - TURRINI VITA R., *Primae Custodiae*, Ed. Ministero della giustizia – DAP, Roma, 2019
- CALABRÒ M.A. - FIORONI G., *Moro, il caso non è chiuso. La verità non detta*, Ed. Lindau, Torino, 2019
- CASTIELLO M., *Reti criminali. Social network analysis e criminal intelligence analysis. Tecniche di contrasto a confronto*, Aracne, Roma, 2015
- CLEMMER D., *La comunità carceraria*, in *Carcere e società liberale*, Giapichelli, Torino, 1997
- Corriere della Sera, 25 luglio 1977
- COUNCIL OF EUROPE - COMMITTEE OF MINISTERS, *Guidelines for prison and probation services regarding radicalisation and violent extremism*, 2 March 2016, 1249th meeting of the Committee
- DALLA CHIESA C.A., *In nome del popolo italiano*, Rizzoli, 1997
- DI PAOLO A.M., *Elementi di intelligence e tecniche di analisi investigativa*, Laurus Robuffo, Roma, 2000
- ELIAS G., *How to collect and analyze data: a manual for sheriffs and jail*

66) Non a caso l’Amministrazione Penitenziaria italiana è tra le organizzazioni capofila del progetto “Train Training” (*Transfer Radicalisation Approaches in Training*) dell’Unione Europea, finanziato dal Justice Program (2014-2020) e finalizzato proprio allo studio e al contrasto della radicalizzazione negli istituti di pena europei.

- administrators*, U.S. Department of justice - National institute of corrections, Washington, 2007
- FORNILI C.C., *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, in *Miscellanea historiae pontificae*, Editrice Pontificia Università gregoriana, Roma, 1991
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014
- GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Edizioni di comunità, Torino 2001
- HOWELL J.C. - GRIFFITHS E., *Gangs in America's communities*, Sage, Los Angeles, 2016
- Lotta Continua, 22 luglio 1977
- MATHIESEN T., *Perché il carcere?*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1996
- MELOSSI D. - PAVARINI M., *Il Carcere e la fabbrica*, Il Mulino, Bologna, 1977
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, *Commento alle Regole penitenziarie europee*, Ed. Ministero della giustizia, Roma, 2007
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione del Ministero sull'Amministrazione della giustizia anno 2019, presentata in occasione dell'inaugurazione dell'Anno giudiziario 2020*, Roma, 2020
- PIPERNO A., *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in *Carcere e trattamento*, Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, F. Ferracuti (a cura di), Giuffrè, Milano, 1989
- PONTI G., *Disturbi mentali carcerari*, in *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008
- “*Regolamento pella Nuova casa di reclusione e di lavoro di Saluzzo*” approvato da Sua Maestà, Stamperia Reale, Torino, 1828.
- RUSCHE G. - KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978

PARTE III

Voci dall'Aula

La legge 5 febbraio 1992, n.104: profili di applicazione nelle forze di polizia

di Ilaria Lomartire*

Abstract

La legge 5 febbraio 1992, n. 104, la cui precipua finalità è quella di favorire “l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti della persona disabile su un piano più generale” è stata il risultato di un lungo percorso normativo volto a dare concreta attuazione ai principi costituzionali di solidarietà sociale (art. 2) ed uguaglianza (art. 3), ed ai dettami relativi al diritto alla salute (art. 32), all’istruzione (art. 34) ed all’assistenza sociale ed economica (art. 38), nonché a conformarsi alla legislazione internazionale ed europea, particolarmente sensibile a partire dagli anni '90 al tema della tutela della disabilità.

La legge prevede un ampio ventaglio di agevolazioni in favore delle persone disabili – volte a compensare nei limiti del possibile la loro peculiare condizione di svantaggio sociale – che vanno dalle prestazioni economiche a quelle assistenziali, dirette ed indirette, che si concretizzano cioè nella liberazione di “tempo di lavoro” delle persone cui è demandata la responsabilità di assistere il disabile (coniuge, genitori, figli, ecc.).

L’obiettivo del presente contributo è quello di tentare una ricostruzione sistematica delle agevolazioni previste in favore dei lavoratori dipendenti che prestano assistenza ai disabili in condizione di gravità (permessi l. 104 del 1992 e congedo straordinario ex art. 42, c. 5, d.lgs n. 151 del 2001, limiti al trasferimento), con particolare riguardo a quelli del comparto sicurezza e difesa.

La normativa “de quo” è stata oggetto nel corso degli anni di numerosi interventi da parte del legislatore, intesi da un lato allo sforzo di cercare un sapiente bilanciamento tra i due interessi che inevitabilmente l’applicazione della norma pone in conflitto (l’interesse di rilevanza costituzionale all’assistenza della persona disabile, e l’interesse all’efficacia,

(*) Dirigente di Polizia penitenziaria, già frequentatore del XXXIV corso di Alta formazione presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia.

efficienza ed economicità dell'azione amministrativa) e dall'altro a contrastare deprecabili e crescenti fenomeni di abuso del diritto. In tal senso fondamentale negli anni è stato il contributo, in funzione antifraudolenta, della giurisprudenza.

È facilmente intuibile come le problematiche sin qui evidenziate assumano connotati ancor più evidenti nell'ambito del comparto sicurezza e difesa in ragione della natura dei compiti che i lavoratori impegnati in questo settore sono chiamati a svolgere, e dei vincoli più stringenti che li legano alle Amministrazioni di appartenenza – soprattutto rispetto al personale militare – e che comprensibilmente giustificano una maggiore rigidità, da parte delle Amministrazioni stesse, al riconoscimento ed alla concessione dei benefici di cui trattasi.

** * **

Law No 104 of 5 February 1992, aimed at promoting “assistance, social integration and the rights of people with disabilities in more general terms” has been the result of a long legislative activity carried out to implement the constitutional principles of social solidarity (article 2) and equality (article 3), as well as the right to enjoy health care (article 32), education (article 34) and social and financial assistance (article 38). Moreover, this Law has adjusted to international and European legislation and, since the 90s, it has been focusing, in particular, on the subject concerning the protection of people with disabilities.

This Law provides for a wide range of benefits in support of people with disabilities. These benefits are aimed at improving, as far as possible, the social and economic situations of those persons. In fact, this Law includes financial and concrete measures, which are directly or indirectly provided, such as for example the possibility for people assisting persons with disabilities (husbands, wives, parents, sons and others) to enjoy some days free of duty during their working time.

The main purpose of this essay is to illustrate in detail all the benefits provided in support of salaried workers who assist people with serious disabilities (permissions under Law No 104 of 1992 and special leaves, ex article 42, c. 5, under Legislative Decree No 51 of 2001, limits to the possibility to be transferred to another seat of work), with a special focus on persons working in the defence and security departments.

In the course of the years, the relevant legislation has been amended

many times by the legislator, who, on the one hand, tried to find a good balance between the two opposing interests arising when this Law is put into practice (the interest, supported by the Constitution, to provide assistance to persons with disabilities and the interest to ensure an efficient, effective and inexpensive administrative measure) and, on the other hand, the legislator tried to counter possible cases of abuse of law. It is to be pointed out that, in the course of the years, legislation has focused on countering every kind of fraud in this field.

As a matter of fact, the underlined problems are more evident in the field of security and defence, due to the peculiar tasks that workers employed in this framework must carry out as well as due to the strict obligations they have with their administrations, especially military personnel. In relation to the above, it is easy to understand the reason why those administrations must be more severe in granting permissions and benefits to the personnel.

* * *

1. La tutela delle persone con disabilità e il diritto all'assistenza

1.1. Il diritto all'assistenza

Fino alla seconda metà dell'ottocento l'assistenza ai disabili nel nostro paese è stata considerata un fatto privato di cui si faceva carico prevalentemente la Chiesa attraverso alcune istituzioni specializzate (gli ospizi per i pellegrini, gli ospedali per gli infermi, ecc.).

La legge n. 753 del 1862 – unico riferimento normativo fino ai primi decenni del '900 in cui il disabile veniva considerato titolare di un diritto soggettivo – attribuiva la funzione assistenziale, educativa e di orientamento al lavoro, alle Opere Pie.

Lo Stato dunque non aveva alcun ruolo in merito, riservandosi esclusivamente l'onere di intervenire rispetto ad eventuali esigenze di ordine pubblico. È solo nell'immediato dopoguerra che lo Stato interviene con l'emanazione di specifici contributi normativi, indirizzati a particolari categorie di disabili:

– la l. n. 48 del 25 marzo 1917, relativa al collocamento obbligatorio per i mutilati ed invalidi di guerra;

– la l. n. 1132 del 21 agosto 1924, inerente aliquote di invalidi di guerra da assumere obbligatoriamente da parte dei datori di lavoro.

Ratio di entrambi i provvedimenti è evidentemente la volontà dello Stato di provvedere al risarcimento del danno derivante dalla partecipazione al conflitto bellico.

Anche negli anni successivi si susseguirono numerosi interventi normativi, sempre indirizzati a specifiche categorie di disabili, aventi tutti come comune denominatore la monetizzazione della limitazione funzionale quale risposta ai bisogni ed alle esigenze delle famiglie con disabili, non essendo contemplata alcuna predisposizione ed offerta di servizi a favore dell'autonomia e dell'integrazione dei soggetti disabili.

Una svolta significativa sulla materia, con particolare riguardo al riconoscimento dei diritti dei disabili, si registra con la promulgazione della Carta costituzionale.

La tutela introdotta dalla Costituzione a favore delle persone con disabilità, si rinviene essenzialmente in cinque articoli contenuti nei “Principi fondamentali” del dettato costituzionale (artt. 2 e 3) e nella Parte Prima rubricata “Diritti e doveri dei cittadini”, al Titolo II “Rapporti etico-sociali” (artt. 32 e 34) e al Titolo III “Rapporti economici” (art. 38).

Entrando nello specifico, l'art. 2 al comma 2 afferma che la Repubblica riconosce l'esistenza di un sistema di diritti inviolabili dell'individuo e ne garantisce l'effettiva realizzazione; obbliga inoltre la comunità civile all'osservanza di doveri inderogabili di solidarietà sociale, economica, politica nella direzione di un vantaggio globale. Si sottolinea, in questo modo, la responsabilità reciproca di tutti i cittadini. In tale articolo viene quindi riconosciuto e affermato il valore della persona, sia individualmente che in gruppo e la possibilità che essa possa sviluppare pienamente la propria personalità, che possa compiere le proprie scelte, facendo valere i propri diritti e adempiendo ai propri doveri.

Nella Costituzione, inoltre, il concetto di uguaglianza effettiva ottiene finalmente una configurazione giuridica chiara e completa per tutti i cittadini, “*senza distinzione di sesso, di razza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. L'art. 3 stabilisce che l'individuo disabile è su un piano di assoluta parità con la persona sana, sia per dignità sociale, sia sul piano del diritto al pieno sviluppo della propria personalità e alla effettiva partecipazione alla costruzione sociale. Tale articolo, inoltre, rende manifesta, al secondo comma, la piena consapevolezza della presenza di

ostacoli di diversa natura che devono essere rimossi in quanto limitano, nei fatti, la parità dei cittadini.

In definitiva si vuole promuovere e garantire un'uguaglianza non solo formale ma sostanziale, della quale è responsabile in primo luogo lo Stato, cui compete l'onere di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”*.

Parimenti rilevanti sono poi gli articoli 32, 34 e 38: “La Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo”...; “La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita...”; “...Gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale... Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”.

La Costituzione riconosce, quindi, la *parità di diritti al cittadino con disabilità a tutti i livelli*: in ambito scolastico, lavorativo e sociale; ed è proprio nel combinato disposto del principio di solidarietà sociale di cui agli articoli 2 e 3 e del diritto alla salute di cui all'art. 32, che trova fondamento il diritto all'assistenza.

*“L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinarica in materia ha racchiuso il diritto all'assistenza, inteso in senso lato, nell'alveo del diritto alla salute, come diritto soggettivo forte, costituzionalmente garantito, alla stregua anche del diritto all'assistenza sanitaria, superando l'anacronistico orientamento che, ascrivendo in capo al privato un mero interesse legittimo in tema di prestazioni assistenziali - sanitarie, subordinava lo stesso al potere discrezionale dell'Amministrazione”*¹.

1.2. La normativa internazionale ed europea a tutela della disabilità

La prima fonte normativa internazionale in cui possa ravvisarsi una tutela dei diritti delle persone con disabilità è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10.12.1948. Non si riferisce direttamente ai disabili, ma stabilendo all'art. 2 *“che ad ogni individuo spettano tutti i diritti senza distinzione di*

1) A. BUZZANCA, *Handicap e diritto all'assistenza*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 4.

razza, sesso e di altra condizione” si propone come una sorta di manifesto, secondo il quale i diritti essenziali dell’essere umano debbono essere assunti come il fondamento di un ordine nazionale ed internazionale legittimo².

Si fa per la prima volta espresso riferimento ai disabili con la dichiarazione dei diritti del disabile mentale, proclamata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione del 20.02.1971 n. 2856. Con questo documento si riconoscono alle persone con disabilità gli stessi diritti riconosciuti alle persone “sane”, così come i diritti specifici corrispondenti ai loro bisogni sanitari, educativi e sociali, e successivamente nella Dichiarazione dei diritti dei disabili promossa dall’ONU nel 1975.

Altra tappa fondamentale è il 1981, dichiarato dall’ONU come “anno internazionale delle persone disabili”, a cui è seguita l’adozione di un programma di azione mondiale che ha interessato il decennio 1982-1993. L’elaborazione di tale programma ha poi portato l’Assemblea generale dell’ONU – il 20.12.1993 – all’adozione delle regole standard per l’uguaglianza di opportunità delle persone con disabilità. *“Le regole standard delle Nazioni Unite per le pari opportunità si presentano quali direttive di cambiamento sociale che dovrebbero permettere a tutti i cittadini, senza eccezione, di partecipare in maniera egualitaria alla vita della società”*³.

L’ultima tappa cronologica a livello internazionale è costituita dalla fase di ratifica della Convenzione internazionale dell’ONU sulla disabilità. Il 13 dicembre 2006 l’Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la “Convenzione sui diritti delle persone con disabilità”, primo documento che richiama a livello globale l’obbligo dei Paesi membri al riconoscimento ed al rispetto dei diritti umani della persona con disabilità: diritto alla non discriminazione, diritto allo studio, all’eguale trattamento di fronte alla legge, all’accessibilità informativa ed ambientale in genere, ecc.

La Convenzione, entrata in vigore il 3 maggio del 2008, ha lo scopo di *“promuovere, proteggere, ed assicurare il pieno e paritario godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, nonché promuovere il rispetto della loro intrinseca dignità”*⁴.

2) Vgs. V. VADALÀ, *La tutela della disabilità*, Milano, 2009, pp. 47 ss.

3) A. BUZZANCA, *Handicap e diritto all’assistenza*, cit., p. 13.

4) Art. 1 Convenzione ONU sulle persone con disabilità.

Con tale Convenzione le 192 Nazioni che compongono l'Assemblea generale dell'ONU, assumono l'impegno di adottare leggi che proibiscano qualunque forma di discriminazione basata sulla disabilità, nonché di eliminare dalle proprie legislazioni ogni norma discriminatoria.

A livello comunitario un primo documento in tema di integrazione dei disabili è rappresentato dalla raccomandazione n. 1185 del 1992 del Consiglio d'Europa, nella quale si fornisce una definizione di disabilità, ossia *“una limitazione, causata da ostacoli fisici, sensoriali, sociali, culturali, giuridici o altri che impediscono alla persona disabile di partecipare alla vita familiare e della comunità in cui vive in condizioni di parità con gli altri”*. Accanto agli aspetti definitori, che hanno peraltro una notevole rilevanza, la raccomandazione in oggetto propone anche politiche di riabilitazione per le persone disabili. Successivamente, nel 1996, il Consiglio europeo ha adottato una risoluzione sulla pari opportunità dei disabili, con la quale, proprio partendo dalle regole standard delle Nazioni Unite, si definivano una serie di azioni a sostegno di questi cittadini europei.

Particolarmente rilevante è, nell'anno 2000, l'introduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., con la quale l'Unione ha espresso in forma ufficiale la propria posizione rispetto alle persone con disabilità. In particolare, l'art. 21, rubricato *“non discriminazione”*, vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore... gli *handicap*...; l'art. 26 rubricato *“inserimento dei disabili”* stabilisce che *“l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”*.

Nell'aprile del 2006 poi il Consiglio d'Europa ha adottato un piano d'azione per le persone disabili (2006 – 2015) nel quale cerca di trasferire le proprie finalità in materia di diritti umani, non discriminazione, pari opportunità, piena cittadinanza e partecipazione delle persone con disabilità. Il piano d'azione, in particolare, contiene 15 linee direttrici, tra cui la partecipazione alla vita politica, pubblica e culturale, l'educazione, l'informazione e la comunicazione, il lavoro, l'accesso agli edifici ed ai trasporti. Il Consiglio d'Europa sostiene l'implementazione del piano d'azione sulle disabilità fornendo assistenza a tutti gli Stati membri sotto forma di raccomandazioni, consigli ed informazioni qualificate.

1.3. La legge 104/1992 e la sua evoluzione

L'importanza e la portata del diritto all'assistenza è stata evocata per la prima volta nell'ordinamento interno con la l. n. 104 del 5 febbraio 1992, "*Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*" e successive modifiche, con cui si è cercato di dare attuazione concreta al diritto all'assistenza quale momento fondamentale nella politica di assistenza sociale dello Stato.

La legge 104/1992 costituisce da un lato un punto di arrivo nel modo di concepire le persone disabili⁵ ed i loro bisogni all'interno della società, dall'altro rappresenta un punto di partenza per l'attuazione di politiche più idonee a rispondere alle esigenze di piena cittadinanza ed integrazione delle persone con disabilità, ma soprattutto ha il merito di avere conferito concretezza a dei diritti che, seppur costituzionalmente riconosciuti, di fatto erano rimasti mere enunciazioni di principio.

Finalità precipua della norma in esame è dunque quella di favorire "*l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti della persona disabile su un piano più generale*"⁶.

5) Il concetto di «persona con disabilità» viene utilizzato nella Convenzione delle Nazioni unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata in Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18. A livello definitorio e terminologico, come evidenziato da circ. Dip. funz. pubbl. 6 dicembre 2010, n. 13, la soluzione migliore sarebbe quella di attenersi alle scelte compiute in sede internazionale, con la conseguenza che, anche nell'esame della disciplina contenuta nella l. n. 104 del 1992, dovrebbe farsi riferimento esclusivamente al concetto di persona con disabilità. Tuttavia, ragioni di chiarezza inducono il legislatore e gli operatori a seguire nello specifico una strada diversa che, nel rispetto del testo legislativo, utilizza la diversa espressione di «persona in situazione di *handicap*». Benché questa espressione possa ormai risultare quindi inadeguata, essa è tuttora presente nel testo della l. n. 104 del 1992 e serve ad indicare con chiarezza la situazione dei disabili nei confronti dei quali sono stati effettuati gli accertamenti ai sensi dell'art. 4 della legge stessa, ritenuti inderogabili e insostituibili dalla giurisprudenza maggioritaria in quanto «strumento specifico indicato dalla legge».

6) Vgs. nota Min. lav. 10 giugno 2008, prot. n. 25/I/0007474, risposta ad interpello n. 17. In dottrina vgs. anche D. MESITI, *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5, secondo cui lo scopo della l. n. 104 del 1992 è quello di favorire lo «sviluppo e la condizione umana dei soggetti che si trovano ad avere una delle indicate difficoltà. A ben guardare, ed in maniera più generale, l'handicap è quella condizione di svantaggio sociale determinato dalla impossibilità di conformarsi alle comuni condizioni di vita di un soggetto normale in relazione all'età, al sesso ed ai fattori socio-culturali dell'individuo, dovuta alle conseguenze che la minorazione fisica ha causato nel soggetto portatore».

Sinteticamente si possono individuare due fondamentali ambiti di intervento della norma, il primo inerente l'assistenza della persona disabile, intesa sia come assistenza sanitaria che sociale, il secondo invece comprensivo di tutti quei precetti volti a realizzare la finalità dell'inserimento e della integrazione sociale del disabile.

Nel primo ambito rientrano:

- la prevenzione e diagnosi precoce;
- la cura e la riabilitazione;

Ai fini dell'inserimento e dell'integrazione sociale la norma prevede:

- interventi di carattere socio-psico-pedagogico;
- assistenza sociale e sanitaria a domicilio;
- predisporre servizi di aiuto personale al disabile con grave limitazione dell'autonomia personale;
- assicurare l'accessibilità degli edifici pubblici e privati mediante l'eliminazione delle barriere fisiche ed architettoniche;
- garantire l'effettivo diritto allo studio e all'informazione della persona disabile anche mediante l'ausilio di specifiche dotazioni tecniche;
- tutelare lo sviluppo della persona nel suo complesso favorendo l'accesso alle strutture sportive, ricreative e sociali, l'uso dei mezzi pubblici e privati, lo svolgimento di un'attività lavorativa.

La tutela ed il sostegno del portatore di handicap sono garantiti, quindi, mediante l'erogazione di prestazioni economiche dirette, ma anche attraverso varie forme di tutela indiretta, basti pensare ai diritti riconosciuti a favore del lavoratore che assuma «il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale punto di riferimento della gestione generale dell'intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell'assistito».

L'art. 33 della l. n. 104/92 e successive modificazioni, istituisce per la prima volta nel nostro ordinamento alcune agevolazioni per i lavoratori dipendenti portatori di handicap grave e per i lavoratori dipendenti che assistono persone affette da grave handicap. Tali agevolazioni riguardano i genitori (sia naturali, adottivi o affidatari) lavoratori dipendenti, con figli portatori di *handicap* in situazione di gravità, purché non ricoverati a tempo pieno presso istituti specializzati, nonché i parenti entro il secondo grado di persone con grave *handicap* e, infine, i lavoratori disabili stessi.

Si tratta di un significativo ventaglio di agevolazioni (così sono defi-

nite dalla rubrica dell'art. 33, l. n. 104 del 1992), riconducibili alla logica della «prestazione in servizi piuttosto che di benefici monetari immediati», che fanno della legislazione italiana una delle più avanzate in Europa.

Le agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi sono state oggetto di un “*work in progress*” sia legislativo⁷, sia giurisprudenziale, inteso a contemperare il diritto costituzionalmente riconosciuto del disabile all'assistenza con le esigenze delle organizzazioni lavorative pubbliche e non, ma anche con l'esigenza di contrastare deprecabili forme di abuso di tali agevolazioni.

Tra gli interventi normativi integrativi e modificativi della l. 104/92 si segnalano:

– la l. n. 53/2000, che ha modificato ed aggiornato alcuni degli istituti relativi al sostegno della maternità e della paternità per l'assistenza a portatori di handicap estendendo la sfera delle misure di tutela previste all'art. 33 della l. 104/92. La summenzionata normativa, per la delicatezza della materia trattata e le difficoltà interpretative, è stata oggetto di specifica circolare esplicativa da parte del Dipartimento della funzione pubblica per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni:

- l'assistenza continuativa in via esclusiva prestata al familiare disabile, non convivente, deve essere interpretata nel senso che il lavoratore che intenda avvalersi di detto beneficio sia l'unico soggetto in grado di assicurare, sulla base del soddisfacimento di un criterio logistico e nell'arco temporale di riferimento, il proprio supporto nei confronti del portatore di handicap;

- il dipendente che intenda avvalersi dei benefici in questione, oltre a produrre la certificazione medica di cui all'art. 4 della l. 5.02.1992, n. 104, attestante lo stato di handicap grave di cui è affetto il familiare disabile, deve rendere una dichiarazione, anche autocertificata, con la quale attestare il possesso delle prescritte condizioni;

- ai fini del trasferimento del lavoratore dipendente nella sede dove risiede il disabile cui deve essere assicurata assistenza continuativa, non è più elemento vincolante il requisito della convivenza con il portatore di handicap;

7) In tal senso vgs. E. ROCCHINI, *Disabilità e diritto del lavoro. I congedi per i portatori di handicap ed i loro familiari alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, pp. 950 ss.

– il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, all’art 42, comma 5, che ha introdotto la possibilità per i lavoratori dipendenti impegnati nell’assistenza a disabili gravi, di poter fruire di periodi di assenza dal lavoro con diritto alla conservazione del posto e del trattamento retributivo.

Con riferimento all’azione del legislatore, giova ricordare le novità introdotte dall’art. 24, l. n. 183 del 2010 (c.d. “Collegato lavoro” 2010) e segnatamente:

- la restrizione dei soggetti legittimati a fruire dei permessi per assistere persone in situazione di *handicap* grave;
- l’eliminazione dei requisiti della convivenza e della continuità⁸ ed esclusività⁹ dell’assistenza prestata dal lavoratore;
- la ridisciplina del diritto al trasferimento;
- la previsione della decadenza nel caso di insussistenza dei requisiti per la fruizione delle agevolazioni;
- l’istituzione della banca dati presso il Dipartimento della funzione pubblica.

1.4. Il diritto all’assistenza nella pubblica amministrazione: la sentenza delle Sezioni unite n. 17461 dell’1.8.2006

Come si è detto il diritto all’assistenza, in quanto espressione del più ampio *genus* del diritto alla salute, è un diritto fondamentale dell’uomo costituzionalmente garantito ed espressione di diritti di solidarietà inviolabili.

8) Sul significato da attribuire al requisito della continuità, prima che esso fosse eliminato, vgs. circ. INPS n. 133 del 2000 secondo cui essa «consiste nell’effettiva assistenza del soggetto handicappato, per le sue necessità quotidiane, da parte del lavoratore, genitore o parente del soggetto stesso, per il quale vengono richiesti i giorni di permesso. Pertanto la continuità di assistenza non è individuabile nei casi di oggettiva lontananza delle abitazioni, lontananza da considerare non necessariamente in senso spaziale, ma anche soltanto semplicemente temporale».

9) Quanto alla esclusività, sempre secondo circ. INPS n. 133 del 2000 essa andava «intesa nel senso che il lavoratore richiedente i permessi deve essere l’unico soggetto che presta assistenza alla persona handicappata: la esclusività stessa non può perciò considerarsi realizzata quando il soggetto handicappato non convivente con il lavoratore richiedente, risulta convivere, a sua volta, in un nucleo familiare in cui sono presenti lavoratori che beneficiano dei permessi per questo stesso handicappato, ovvero soggetti non lavoratori in grado di assisterlo».

Si tratta di un diritto assoluto, la cui tutela è esperibile *erga omnes* ed al quale corrisponde un vero e proprio dovere di non ingerenza da parte di terzi.

Nonostante l'ampio riconoscimento ricevuto dalla Carta costituzionale prima e dalla legislazione ordinaria dopo con la l. 104/92, è innegabile che tale diritto si scontri con le esigenze della pubblica amministrazione tese a garantire il buon andamento dell'azione amministrativa. È del tutto evidente, difatti, come i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa possano entrare in contrasto con l'esigenza di tutela ed assistenza delle persone disabili. A fronte di tali potenziali contrasti le P.A. sono chiamate a trovare un contemperamento tra i valori sopra menzionati, tutti parimenti meritevoli di tutela.

Muovendo dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale diretta a superare l'iniziale interpretazione restrittiva resa in ordine all'art. 32 della Cost. in merito alla preminenza dei pubblici poteri rispetto al menzionato diritto alla salute, avuto riguardo anche al corollario diritto all'assistenza, la Corte di Cassazione ribadisce: *«che si è ormai guadagnato il diritto alla salute la qualifica di diritto soggettivo, fondamentale ed assoluto, e si è pure aggiunto che allo stato si individua un nocciolo duro del diritto – insopprimibile quale che siano le esigenze della collettività – imposto dallo stesso principio di solidarietà sociale che ne permette, solo a determinate condizioni, la restrizione. In tale contesto il “principio personalista” di cui all'art 2 Cost. configura la più chiara espressione, e quello della solidarietà sociale ed economica, caratterizzante il disposto dell'art. 38 Cost., fanno dunque della salute un diritto che, nel soddisfare istanze generalizzate della collettività, è diretto a tutelare – in modo efficace e paritario alle altre – le fasce deboli della cittadinanza, garantendo in tal modo pienamente i diritti del malato, considerato come “persona” prima che come paziente da assistere e curare»*¹⁰.

Con la citata pronuncia le Sezioni unite intendono confermare la natura “forte” del diritto alla salute quale diritto incomprimibile dalle esigenze della P.A. ancorando tale natura, alla quale ben può equipararsi quanto a forza e tutela il diritto all'assistenza, ai valori costituzionalmente garantiti della solidarietà sociale ed economica.

10) Corte cass. SS.UU., sent. n. 17461 del 01.08.2006.

Tale orientamento risulta ormai essere consolidato, essendosi più volte riconosciuto al diritto alla salute la dimensione di diritto assoluto e primario, ed essendo stato negato da più parti – a fronte di situazioni d’urgenza – l’esercizio di poteri discrezionali (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione, con conseguente impossibilità di ritenere legittimi atti amministrativi condizionanti il diritto alla salute nonché il diritto all’assistenza.

«Ai fini di un più completo excursus sui precedenti giurisprudenziali volti all’esigenza di assicurare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, il rispetto del diritto alla salute, ritenuto diritto “forte”, che impone una difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile (così C. Cass. SS.UU. sent. n. 5172 del 06.10.1979) è opportuno segnalare come già in passato in relazione ad interventi riguardanti l’ambiente naturale (in un settore cioè rappresentativo di valori anch’essi costituzionalmente protetti e definito di natura trasversale per le diverse competenze che lo caratterizzano) si sia giunti a negare – pur in presenza di uno stretto legame tra titolarità di interessi individuali da parte dei singoli cittadini coinvolti nei suddetti interventi e titolarità di interessi, cosiddetti diffusi, facenti capo a collettività unitariamente considerate – alla pubblica amministrazione ogni potere ablatorio tale da fare degradare il diritto alla salute ad interesse legittimo»¹¹.

Il carattere di assolutezza del diritto esaminato inteso nella sua accezione più ampia, includendovi anche il diritto all’assistenza, risulta pienamente affermato: “È sovrastante all’Amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente”.

Dunque si può affermare che nel nostro ordinamento è possibile ritrovare – a fronte di situazioni soggettive a nucleo variabile, in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all’esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi fino ad elevarli a diritti – “posizioni soggettive a nucleo rigido”, rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute ed anche al-

11) Corte cass. SS.UU., sent. n. 17461, cit.

l'assistenza, che: *“in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza ai valori primari della persona – non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicché allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata”*.

1.5. La specificità del comparto sicurezza e difesa

La «specificità» delle forze armate (e cioè Esercito, Marina militare, Aeronautica, Arma dei Carabinieri e Guardia di Finanza) e delle forze di polizia (Polizia di Stato, Polizia penitenziaria e Corpo forestale dello Stato¹²⁾) è stata sancita espressamente per la prima volta dall'art. 19, della l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. “Collegato lavoro”).

Fino all'entrata in vigore della norma summenzionata la «specificità» – pur priva di un organico riconoscimento normativo, se si esclude la permanenza del regime di diritto pubblico, affermata dall'art. 3, commi 1 e 1-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – era purtuttavia rinvenibile in alcune disposizioni disseminate nel tempo: si pensi esemplificativamente agli artt. 1, l. 23 marzo 1983, n. 78; 50, comma 5, l. 23 dicembre 2000, n. 388; 7, comma 1, l. 29 marzo 2001, n. 86; nonché 71, comma 1-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133¹³; ma il riferimento più im-

12) Il Corpo forestale dello Stato è stato sciolto con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, ed il personale assorbito nell'Arma dei Carabinieri.

13) L'art. 71, comma 1-bis, citato, come sostituito dall'art. 17, comma 23, lett. a), d.l. 1° luglio 2009, n. 78, prevede che a decorrere dalla data di entrata in vigore della disposizione, limitatamente alle assenze per malattia di cui al precedente comma 1, per il personale del comparto sicurezza e difesa, nonché del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, gli emolumenti di carattere continuativo correlati allo specifico *status* e alle peculiari condizioni di impiego di tale personale sono equiparati al trattamento economico fondamentale.

portante va fatto al d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195, istitutivo del c.d. “Comparto sicurezza”¹⁴, che ha dettato le procedure per disciplinare i contenuti del rapporto di impiego del personale delle forze di polizia e delle forze armate (ma non anche del CNVVF)¹⁵, in attuazione dell’art. 2, l. 6 marzo 1992, n. 216.

Le cause che hanno indotto a formalizzare una specificità, reperibile già in diverse disposizioni del nostro ordinamento, vanno rinvenute nella delicatezza e nell’importanza dei compiti istituzionali affidati al personale appartenente a FF.AA., FF.PP., e CNVVF, “*connotati da un ontologico rischio operativo, e sottoposti a limitazioni ed obblighi, che ne fanno dipendenti pubblici sui generis*”¹⁶.

Il riconoscimento della «specificità» ha ad oggetto il ruolo affidato a FF.AA., FF.PP. e CNVVF, nonché lo stato giuridico del personale, ed è causalmente collegato alla peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, in ragione non solo delle funzioni proprie espletate, che sono quelle di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell’ordine e della sicurezza interna ed esterna, ma anche dei peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e dei correlati impieghi in attività usuranti¹⁷. La *ratio* di tale “specialità” viene ricondotta dalla stessa dottrina alla «*massima vicinanza al nucleo autoritativo dei poteri pubblici, che ne fa il braccio ar-*

14) Cfr. M. DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1999, pp. 685 ss., secondo cui né nel d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195, né nella l. n. 216/1992, viene utilizzata l’espressione «comparto sicurezza», che si è affermata, nel «linguaggio degli “addetti ai lavori”», per contraddistinguere un’area di regolamentazione omogenea del rapporto d’impiego afferente al personale delle Amministrazioni che svolgono la propria attività nel campo della sicurezza. Pertanto ha un valore puramente convenzionale ed una funzione di praticità. Infatti, la denominazione di “comparto” può essere ricondotta esclusivamente alle aree contrattuali del pubblico impiego cui fa riferimento il d.lgs. n. 29/1993, in relazione alle procedure di contrattazione collettiva da esso disciplinate». Si segnala tuttavia l’esistenza di vari riferimenti normativi espressi al «comparto sicurezza», il primo dei quali è rinvenibile nel d.m. tesoro 8 giugno 1999, sul riassetto organizzativo dei Dipartimenti del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, che ha un ufficio specifico, che si occupa proprio della contrattazione del comparto sicurezza e delle forze armate.

15) Il CNVVF appartiene all’autonomo comparto di negoziazione «Vigili del fuoco e soccorso pubblico», istituito dal d.lgs. n. 217/2005, in attuazione della delega *sub* art. 2, comma 1, lett. a), l. 30 settembre 2004, n. 252.

16) M. DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, cit., p. 685.

17) Vgs. l. 4 novembre 2010, n. 183, art. 19.

mato dell'autorità», tanto da esigere la riconducibilità al regime pubblicistico di tutto il personale militare e di polizia¹⁸.

All'interno del comparto occorre tuttavia distinguere il personale in possesso dello *status* militare, dagli operatori delle FF.PP. ad ordinamento civile, in quanto i primi si contraddistinguono per l'assoggettamento a vincoli più pregnanti rispetto ai secondi¹⁹. Sul punto basti pensare: a) alle incompatibilità professionali, salvo i casi previsti da disposizioni speciali, con l'esercizio di un mestiere, di un'industria o di un commercio, ovvero con la carica di amministratore, consigliere, sindaco o altra consimile, retribuita o non, in società costituite a fine di lucro; b) al divieto di partecipare a riunioni e manifestazioni di partiti, associazioni, sindacati e organizzazioni politiche, nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, sindacati, organizzazioni politiche o di sostenere candidati a elezioni politiche e amministrative; c) al divieto di scioperare e di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o di aderire ad associazioni sindacali; d) ai vincoli posti al diritto di riunione, di associazione, di pubblica manifestazione del pensiero, di allontanamento dalla località di servizio e di espatrio; e) al dovere assoluto di obbedienza, nei limiti posti dalla legge e nell'ambito del rapporto di subordinazione gerarchica.

Inoltre, non esaustivamente, si segnalano, altresì, gli obblighi di impegnarsi senza riserve, anche col sacrificio della vita, per l'assolvimento dei compiti istituzionali ovvero per la salvaguardia dei valori da difendere; di tenere un comportamento irreprensibile e tale da fungere da esempio, anche fuori servizio; di conservare e migliorare conoscenze e capacità psicofisiche; di indossare l'uniforme nei tempi e nei modi prescritti; di avere un aspetto esteriore decoroso; di tutelare il segreto e mantenere il riserbo sulle questioni militari.

Esiste, quindi, per i militari, una disciplina speciale, fatta di vincoli all'esercizio dei diritti costituzionalizzati, il più delle volte riconducibili alle espressioni, sovente presenti nel codice dell'ordinamento militare

18) A. TURSI, *Categorie ed Amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. Carinci - M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 350.

19) Sulle limitazioni previste in funzione della disciplina militare ai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione vgs. A. BALDANZA, *Diritto militare e principi costituzionali*, in R. De Nictolis - V. Poli - V. Tenore (a cura di), *Commentario all'ordinamento militare*, EPC, Roma, 2010, vol. I, pp. 1 ss.

(d.lgs. n. 66/2010), «compatibilmente con le esigenze di servizio», ovvero «compatibilmente con il proprio stato»²⁰. È superfluo rammentare che il mancato rispetto di questi vincoli è assistito da un robusto apparato sanzionatorio disciplinare²¹, se non addirittura penale, previsto dal diritto penale militare²².

Con riferimento al personale delle FF.PP. a ordinamento civile, nonché del CNVVF, privo quindi dello *status* di militare, la tipicità dei compiti istituzionali giustifica il medesimo atteggiamento tenuto dal legislatore verso le FF.AA., pur con una attenuazione dei vincoli²³.

20) Esemplicativamente si consideri quanto accaduto con riferimento al temperamento tra le esigenze di assistenza al disabile (ed il connesso trasferimento di cui all'art. 33, comma 5, l. 5 febbraio 1992, n. 104), e le necessità organizzative dell'Amministrazione di appartenenza, attualmente sintetizzate per i militari nell'art. 981, comma 1, n. 2), d.lgs. n. 66/2010, ove si stabilisce che in materia di trasferimenti, al personale militare, «compatibilmente con il proprio stato», continua ad applicarsi l'art. 33, comma 5, citato. In materia la giurisprudenza amministrativa ha sancito da ultimo che nella formulazione della disposizione del 1992 ricorre una subordinazione della situazione soggettiva del dipendente alle necessità organizzative dell'Amministrazione, titolare di una potestà autoritativa, essendo riconosciuto al dipendente solo un interesse legittimo e non un diritto soggettivo; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2012 n. 1828, ove testualmente si dice «... ne consegue che la norma non configura in realtà un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì un semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede di servizio "ove possibile". Pertanto la pretesa del lavoratore che effettivamente assiste con continuità un parente handicappato alla scelta della sede di lavoro, deve trovare accoglimento solo se risulta compatibile con le specifiche esigenze funzionali della sede di appartenenza. A fronte di evenienze organizzative, spesso caratterizzate da aspetti di complessità, come nel caso delle Forze di Polizia e delle Forze Armate, all'Amministrazione può ben chiedersi di tenere in debito conto i bisogni personali e familiari dei suoi dipendenti, ma non certo di subordinare ad esse la realizzazione dei propri compiti istituzionali, ai quali invece, nel bilanciamento, deve riconoscersi priorità assoluta, in quanto preordinati a quella cura di interessi pubblici che non tollera soluzione di continuità...» (nello stesso senso vgs. Cons. Stato, sez. III, 1 febbraio 2010, n. 2428; TAR Lazio, Roma, sez. I, 28 maggio 2008 n. 5124). In dottrina, in generale, vgs. E. BOURSIER NIUTTA, *I diritti costituzionali dei militari e le loro limitazioni*, in F. BASSETTA - E. BOURSIER NIUTTA - U. CANTONI - F. FRATTAROLO, *Elementi di diritto militare - Aspetti costituzionali*, in *Rass. Arma CC*, "Quaderni", 1999, n. 1, pp. 75 ss. Successivamente, vgs. anche G. VITAGLIANO, *I fondamenti costituzionali della disciplina militare*, in *Rass. Arma CC*, 2004, n. 1.

21) Sul punto vgs. V. TENORE - M. FRISCIOTTI - V. SCAFFA, *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle forze armate e di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 2010.

22) V.D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano, 2007.

23) M. FRISCIOTTI, *La Polizia di Stato*, in F. BASSETTA - M. FRISCIOTTI, *Forze armate e polizia*, in F. Carinci - V. Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 797 ss.

2. Le agevolazioni per i lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi

2.1. Gli istituti in favore dei lavoratori che assistono un disabile

Gli istituti più noti a tutela del soggetto che presta assistenza al disabile sono:

- i tre giorni di permesso mensile retribuito e coperto da contribuzione figurativa, *ex art.* 33, c. 3, l. n. 104/1992;
- i permessi giornalieri retribuiti di due ore fino al compimento dell'ottavo anno di vita del bambino, *ex art.* 33, c. 2, l. n. 104/1992;
- il diritto al congedo di cui all'art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001;
- il diritto del dipendente a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere ed il divieto di trasferimento senza il suo consenso ad altra sede, *ex art.* 33, c. 5, l. n. 104/1992.

Si tratta di agevolazioni che operano all'interno del rapporto di lavoro, riconducibili indirettamente anche all'art. 38 Cost., in quanto favoriscono l'“assistenza sociale” in via tendenzialmente mediata orizzontale, non dallo Stato, ma direttamente dai congiunti del disabile. L'accesso ai cennati istituti è subordinato al riconoscimento in capo al soggetto assistito non solo dello stato di portatore di handicap, ai sensi dell'art. 3, l. n. 104 del 1992²⁴, ma soprattutto della c.d. “connotazione di gravità”²⁵, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, c. 3²⁶ e 33, l. n. 104 del 1992.

24) «È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che causa difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

25) Cfr. circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, p. 3, secondo cui «La condizione prioritaria ed essenziale per accedere ai permessi retribuiti è che il soggetto disabile sia in possesso della certificazione di disabilità (verbale di accertamento) con connotazione di gravità (art. 3 comma 3 della legge 104/1992)». Ancor prima, vgs. parere Avv. gen. Stato 20 settembre 2010, prot. n. 285549, in *Rass. Avv. Stato*, 2010, n. 4, pp. 164 ss.

26) “Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità”.

Il dipendente che intenda fruire di queste agevolazioni ha l'onere di presentare apposita istanza, dimostrando la sussistenza dei presupposti legittimanti attraverso idonea documentazione, ovvero apposite dichiarazioni sostitutive. In particolare, il lavoratore è tenuto a presentare il verbale della commissione medica dal quale risulti l'accertamento della situazione di *handicap grave*²⁷, nonché, se del caso, il certificato medico dal quale risulti la patologia invalidante di cui all'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, ovvero la condizione di soggetto ricoverato a tempo pieno in situazione di compatibilità.

A corredo dell'istanza, l'interessato deve presentare dichiarazione sottoscritta di responsabilità e consapevolezza dalla quale risulti che:

- presta assistenza nei confronti del disabile per il quale sono chieste le agevolazioni, ovvero per se stesso, se disabile è lo stesso lavoratore;
- si impegna a comunicare tempestivamente ogni variazione della situazione di fatto e di diritto da cui consegua la perdita delle agevolazioni²⁸, aggiornando la documentazione prodotta a supporto dell'istanza quando ciò si renda necessario, anche su richiesta del datore di lavoro.

La ratio di questa dichiarazione è riconducibile all'impegno (in *primis*) morale, oltre che (soprattutto) giuridico, assunto dal soggetto che presta assistenza al disabile, affinché le agevolazioni siano effettivamente strumento di assistenza e non siano invece strumentalizzate ad esigenze di carattere personale, visto anche l'onere che esse comportano per il datore di lavoro e l'impegno di spesa pubblica che lo Stato e la collettività sopportano per garantire l'effettiva tutela del disabile.

A sua volta, il datore di lavoro dovrà verificare le dichiarazioni rilasciate dal dipendente, monitorando periodicamente la permanenza delle condizioni di fruizione delle agevolazioni, onde rilevare eventuali situazioni che possano dar luogo a decadenza, anche ai sensi dell'art. 33, c. 7-bis, l. n. 104 del 1992, quali, ad esempio, il venir meno della situazione di *handicap grave* a seguito della visita di revisione, il decesso del disabile grave, il sopravvenuto ricovero a tempo pieno del soggetto assistito, la circostanza che due lavoratori si assentino per assistere la medesima persona in situazione di *handicap grave*. A tal fine, va sottolineato che se le verifiche do-

27) Sul procedimento di accertamento e sulle commissioni ASL vgs. A. RICCOBENE, *Accertamento e verifiche dell'handicap*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1740 ss.

28) Cfr. TAR Salerno, sez. I, 14 gennaio 2014, n. 110.

vessero far emergere situazioni non corrispondenti alle dichiarazioni rilasciate, il lavoratore sarà perseguibile anche penalmente²⁹.

2.2. I permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*

I tre giorni di permesso mensile di cui all'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, sono nelle intenzioni del legislatore un piccolo, ma importante viatico al disagio che deriva dalla necessità di assicurare assistenza ai portatori di handicap in situazione di gravità, garantendo a costoro un importante sostegno morale e materiale³⁰; tuttavia la giurisprudenza ha più volte messo in rilievo come essi costituiscano solo una mera integrazione di quell'assistenza quotidiana, pubblica o privata, esterna o familiare, di cui il disabile grave ha necessariamente bisogno³¹.

Il *favor* nei confronti del lavoratore ha condotto, altresì, la contrattazione collettiva ad interpretare la disposizione di legge, riconoscendo un "monte ore" mensile, mediante la conversione dei permessi giornalieri in permessi orari³² e prevedendo il «diritto a fruire di tre giorni di permesso

29) A tal proposito Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2011, n. 2072, in CED Cass. pen., 2011, ritiene che integri il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, la condotta di colui che attesta falsamente, in una dichiarazione sostitutiva di certificazione, *ex art. 2, l. 4 gennaio 1968 n. 15*, il diritto al riconoscimento dei permessi, *ex art. 33, legge 5 febbraio 1992 n. 104*, per accudire un familiare portatore di handicap, in realtà deceduto in epoca antecedente. La Corte ha chiarito che si tratta, infatti, di dichiarazione che costituisce presupposto indispensabile del provvedimento autorizzativo, che ha natura pubblicistica, essendo la sua adozione collegata al riconoscimento di un diritto, mentre non rileva la natura privata del rapporto di lavoro del dipendente autorizzato.

30) Questa in sintesi la ratio dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, secondo nota Min. lav. 17 giugno 2011, Prot. n. 25/II/0010049.

31) In tal senso vgs. TAR Trento, sez. I, 13 maggio 2010, n. 131. Sulla possibilità che l'assistenza del disabile grave implichi la necessaria collaborazione, eventualmente turnaria, di più persone, vgs. TAR Torino, sez. I, 4 aprile 2004, n. 589. In dottrina, ancor prima, in senso analogo vgs. R. CULTRERA, *Permessi ex art. 33 della legge n. 104/92: continuità dell'assistenza e lontananza geografica*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, pp. 272 ss.; P.A. DE SANTIS, *Sui presupposti di esclusività e continuità dei permessi parentali di cui all'art. 33, l. n. 104 del 1992*, in *Giur. merito*, 2008, pp. 2532 ss.

32) Il frazionamento orario dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, subisce dei distinguo a seconda dell'ambito lavorativo di riferimento. Infatti, l'applicazione del msg. INPS 28 giugno 2007, n. 16866 e quindi, la possibilità di avere diritto a 24 ore mensili di permesso è

mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa», ovvero frazionata. Peraltro, qualunque sia la modalità di fruizione dei permessi (oraria o giornaliera), il loro godimento consente la maturazione delle ferie senza alcun riproporzionamento³³; analogo discorso vale per la maturazione della tredicesima³⁴ (e della quattordicesima) mensilità, per la corresponsione del compenso incentivante³⁵ e per il riconoscimento del diritto al buono pasto, se i permessi dovessero essere fruiti con modalità oraria tale da non comportare l'assenza per l'intera giornata³⁶.

La fruizione dei permessi è condizionata dal mancato ricovero a tempo pieno del disabile³⁷ e, diversamente dal congedo straordinario *ex art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001*, dalla circostanza che l'assistito non sia impe-

valida solo per il lavoro privato (sul punto vgs. D. PAPA, *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, pp. 837 ss., spec. 840), mentre per il settore pubblico contrattualizzato il riproporzionamento è quello definito nella contrattazione collettiva di riferimento. Quanto al lavoro pubblico non contrattualizzato ed in particolare per quanto concerne il Comparto sicurezza e difesa non è possibile la fruizione oraria dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, essendo assente una disciplina contrattuale in tal senso.

33) Vgs. circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, cit.

34) Vgs. circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, cit., nonché msg. INPS 10 novembre 2004, n. 36370.

35) Vgs. Cass., 15 gennaio 2014, n. 688, in *Dir. & giust.*, 3 aprile 2014, secondo cui “*In tema di permessi giornalieri per i lavoratori, ai sensi dell’art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, per l’assistenza a persone portatrici di grave handicap, la norma di interpretazione autentica contenuta nell’art. 2, c. 3-ter, del d.l. 27 agosto 1993, n. 324, conv. in legge 27 ottobre 1993, n. 423, ha chiarito che tanto nel settore privato, quanto in quello pubblico, i permessi devono intendersi retribuiti, sicché anche nei giorni di fruizione spetta la corresponsione del compenso incentivante previsto dall’art. 18 della legge 9 marzo 1989, n. 88*”.

36) Vgs. circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, cit.

37) Circ. Pres. Cons. Min. 21 febbraio 2012, n. 1, e circ. INPS 6 marzo 2012, n. 32, chiariscono che per ricovero a tempo pieno si intende il ricovero per le intere 24 ore, presso strutture ospedaliere o comunque strutture pubbliche o private che assicurano assistenza sanitaria. In linea con orientamenti applicativi già emersi anche per il lavoro nel settore privato, si precisa che prescindono da tale presupposto le seguenti situazioni: interruzione del ricovero per necessità del disabile di recarsi fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite o terapie (msg. INPS 28 maggio 2010, n. 14480); ricovero a tempo pieno di un disabile in coma vigile e/o di situazione terminale; ricovero a tempo pieno di un minore in situazione di handicap grave per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare (circ. INPS 23 maggio 2007, n. 90). La ricorrenza di tali situazioni dovrà naturalmente risultare da idonea documentazione medica che il datore è tenuto a ricevere e valutare. L'interpretazione fornita da circ. Pres. Cons. Min. 21 febbraio 2012, n. 1, cit., sembra differire da quella fornita da Cass. pen., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 8435, con nota di A. FERRETTI, *Sì ai permessi retribuiti per assistere il*

gnato in attività lavorativa nella medesima giornata in cui è richiesto il permesso³⁸.

Con riferimento al campo di applicazione soggettivo, l'art. 24, della l. n. 183 del 2010 (c.d. "Collegato lavoro" 2010) ha ridefinito il ventaglio dei soggetti legittimati a fruire dei permessi, menzionando espressamente il coniuge, e limitandolo generalmente a parenti ed affini entro il secondo grado, salvo che i genitori o il coniuge della persona da assistere abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti; in tale ultima ipotesi, v'è una sorta di presunzione di impossibilità ad effettuare l'assistenza, che giustifica l'estensione della titolarità dei permessi anche ai parenti e agli affini entro il terzo grado³⁹.

Di conseguenza a partire dal 2010, l'agevolazione in questione (ma anche quella *sub* art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2000 - *infra*)⁴⁰ è riconosciuta al «*lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità [riconosciuta tale a titolo definitivo⁴¹], coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado, qualora i genitori o il coniuge della persona disabile abbiano compiuto i*

parente invalido ospite di una casa di riposo, in *Dir. & giust.*, 2013, p. 177, secondo cui non integra il reato di truffa la condotta del lavoratore dipendente che richieda di fruire dei permessi retribuiti per assistere un familiare affetto da «*handicap*» ricoverato in residenza per anziani, dichiarando che lo stesso non si trova «ricoverato a tempo pieno» (nella specie la Corte ha ritenuto che il ricovero in una casa di riposo, garantendo esclusivamente una assistenza sanitaria di base, a carattere non continuativo, non possa essere assimilato alla permanenza in una struttura di tipo ospedaliero ed ha, quindi, annullato senza rinvio la sentenza di condanna escludendo anche ogni tipo di falso).

38) Vgs. circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, cit.

39) Vgs. circ. Dip. funz. pubbl. 6 dicembre 2010, n. 13.

40) In tal senso vgs. circ. INPS 29 aprile 2008, n. 53, nonché, con riferimento al Corpo di Polizia penitenziaria, circ. DAP 26 settembre 2014, prot. GDAP 0325597.

41) Come precisato da circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45, la certificazione o verbale con cui viene riconosciuto lo stato di disabilità grave viene rilasciata da un'apposita Commissione medica ASL (art. 4, c. 1, l. n. 104 del 1992, integrata ai sensi dell'art. 20, c. 1, d.l. n. 78 del 2009, conv. in l. n. 102 del 2009) e la documentazione così formata non può essere sostituita da eventuali certificati/verbali di invalidità, anche se attestano l'invalidità totale. Nel caso in cui siano trascorsi 90 giorni (*ex* art. 2, c. 2, d.l. n. 324 del 1993, conv. in l. n. 423 del 1993), ovvero 15 giorni per le patologie oncologiche (ai sensi dell'art. 6, c. 3-*bis*, l. n. 80 del 2006), dalla data di inoltro dell'istanza di riconoscimento dell'agevolazione, e il dipendente non sia ancora in possesso della certificazione di disabilità grave, lo stesso può presentare domanda per la concessione dei permessi *ex* art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, allegando una certificazione provvisoria, rilasciata dal medico in servizio presso una strut-

sessantacinque anni di età, oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti⁴² o siano deceduti o mancanti⁴³».

La Corte costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104 come modificato dall'art. 24, comma 1, lett. a), della l. 4 novembre 2010, n. 183, per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado⁴⁴.

tura pubblica o privata equiparata alla pubblica (vgs. circ. INPS n. 32 del 2006), specialista nella patologia dalla quale è affetta la persona disabile, con validità fino alla conclusione del procedimento di accertamento. Ove all'esito del procedimento di accertamento, la Commissione medica non riconosca la condizione di disabilità grave, le assenze eventualmente effettuate dal dipendente, in via provvisoria, a titolo di permessi *ex l. n. 104 del 1992* saranno trasformate in assenze ad altro titolo, anche se la nota Min. lav. 9 agosto 2011, prot. n. 25/II/0014542, prevede la ripetizione dell'equivalente economico.

42) Sulla nozione di «patologie invalidanti» vgs. circ. INPS n. 155 del 2010 e circ. Dip. funz. pubbl. 6 dicembre 2010, n. 13, cit. che rinviava per l'individuazione all'art. 2, c. 1, lett. d), d.m. 21 luglio 2000, n. 278 (Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della l. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari), ove sono disciplinate le ipotesi per cui è possibile accordare il congedo per gravi motivi di cui all'art. 4, c. 2, della l. n. 53 del 2000. In particolare, si tratta delle: «1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche; 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali; 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario». Sulla presenza di patologie invalidanti vgs. nota Min. lav. 10 ottobre 2006, prot. n. 25/I/0004582, secondo cui tale espressione sembra necessariamente riferirsi ad una invalidità non qualificata da specifiche patologie predeterminate dalla norma e non quantificata con parametri percentuali. Con riferimento all'organo competente a riscontrare l'invalidità in esame, non può che essere la commissione medica che opera per i casi di invalidità civile.

43) Sul concetto di «mancanza» vgs. circ. INPS n. 155 del 2010, cit. e circ. Pres. Cons. Min. 6 dicembre 2010, n. 13 cit., secondo le quali è corretto ricondurvi, oltre alle situazioni di assenza naturale e giuridica in senso stretto (celibato...), anche quelle giuridicamente ad esse assimilabili, che abbiano carattere stabile e certo, quali il divorzio, la separazione legale e l'abbandono, risultanti da documentazione dell'Autorità giudiziaria o di altra pubblica autorità. In senso analogo, vgs. anche circ. INPS 6 marzo 2012, n. 32.

44) Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213 in *RIDL*, II, 2017, pp. 152 ss., con nota di A. CORDIANO, *Una nuova pronuncia di incostituzionalità della l. n. 104/1992: i confini evane-*

Per l'assistenza al figlio con *handicap* in situazione di gravità, il diritto ai permessi è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne "alternativamente"; possibilità che, viceversa, non è stata concessa negli altri casi, con l'effetto che non può essere ritenuta legittima la fruizione dei permessi ex art. 33, l. n. 104 del 1992, a mesi alterni da parte di più aventi diritto, per l'assistenza a familiari disabili in situazione di *handicap* grave⁴⁵, a meno che chi intenda assistere il disabile non presenti volta per volta istanza per ottenere il riconoscimento dell'agevolazione e a condizione che chi l'abbia prestata fino a quel momento rinunci al beneficio⁴⁶.

Ai fini della fruizione dei permessi, la giurisprudenza ha precisato che essi spettano anche quando i genitori non siano entrambi lavoratori, senza esigere che quello non lavoratore sia impossibilitato a provvedere a tale assistenza, restando altrimenti frustrato lo scopo perseguito dalla legge ove chi presta assistenza dovesse da solo provvedere all'incombenza⁴⁷.

Va poi ricordato che la concessione di permessi per l'assistenza ai familiari portatori di *handicap*, ex art. 33 c. 3, l. n. 104 del 1992, prescinde oramai dal requisito della convivenza⁴⁸.

L'eventualità che un lavoratore debba far fronte a distinte situazioni di disabilità, con necessità assistenziali parimenti meritevoli di tutela, ha posto il problema relativo al riconoscimento di più permessi in capo ad un'unica persona. Nonostante la questione sia stata già risolta positivamente

scenti della convivenza di fatto non registrata. Secondo quanto emerge dal quadro teorico normativo ricostruito dal giudice rimettente, la norma dell'art. 33, comma 3, l. 104/1992, violerebbe non solo l'art. 2 della Cost., sotto il profilo del mancato riconoscimento della rilevanza giuridica della famiglia di fatto, ma anche l'art. 3 per l'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti disabili inseriti in contesti familiari coniugali e non, dalla quale disparità deriverebbe altresì una violazione anche dell'art. 32 Cost. protetto dalla legge n. 104 *sub specie* del diritto alla tutela della salute psico-fisica del disabile grave garantita dall'assistenza prestata dai congiunti.

45) Vgs. nota Min. lav., prot. n. 25/II/0010052, risposta ad interpello n. 24 del 2011.

46) Vgs. nota Min. lav. 9 agosto 2011, prot. n. 25/II/0014542, risposta ad interpello n. 32 del 2011.

47) Cfr. Cass., 27 settembre 2012, n. 16460, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 1031, con nota di M. MORANDI, *Permessi ex art. 33 l. 104/92: spettano anche se il coniuge non lavora*; ancor prima Cass. 16 maggio 2003, n. 7701, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 646, con nota di A. FONTANA, *Una parola chiara e (si spera) definitiva in tema di permessi ai genitori di figli con handicap*.

48) Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2964; TAR Napoli, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4671.

te a livello di prassi amministrativa⁴⁹, il legislatore ha ritenuto opportuno modificare l'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, prevedendo espressamente il diritto del lavoratore di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di *handicap* grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado, qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età, oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti⁵⁰.

L'art. 24 della l. n. 183 del 2010 ha introdotto per i permessi ex l. n. 104 del 1992 il principio del c.d. "referente unico", ripreso altresì dall'art. 42, c. 5-*bis*, d.lgs. n. 151 del 2001 per il congedo biennale di assistenza, secondo cui i summenzionati benefici non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona in situazione di *handicap* grave⁵¹. Ne consegue che la fruizione dei permessi e del congedo dovranno concentrarsi in capo al medesimo legittimato e, pertanto, non sarà possibile

49) Vgs. circ. Dip. funz. pubbl. 30 ottobre 1995 n. 20; circ. INPS 31 ottobre 1996, n. 211; circ. Min. lav. n. 59 del 1996, che hanno fatto proprio il parere n. 785 del 95 del Consiglio di Stato secondo cui «la commisurazione del beneficio da parte del legislatore all'esigenza di assistenza di una persona in tali condizioni comporta che quando le persone da assistere siano più di una, debbano essere riconosciuti, pure allo stesso lavoratore, una pluralità di permessi»; «il cumulo dei benefici non potrà essere riconosciuto quando altre persone possano fornire l'assistenza o quando lo stesso lavoratore possa, per la natura dell'*handicap*, sopperire congiuntamente alle necessità assistenziali nel corso dello stesso periodo. Quando invece la presenza del lavoratore sia disgiuntamente necessaria per l'assistenza di più persone con handicap, il cumulo dei permessi deve ritenersi garantito dalla citata norma» (i.e. art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992). A sua volta nota Min. lav. 28 agosto 2006, prot. n. 25/I/0003003, ha stabilito che per riconoscere il cumulo dei permessi «appare opportuno prevedere l'onere, per il richiedente: 1) di presentare tante domande quanti sono i soggetti per i quali si chiedono i permessi; 2) di allegare alla domanda idonea certificazione relativa alla particolare natura dell'*handicap*, accompagnata da dichiarazione di responsabilità circa la sussistenza delle suddette circostanze che giustificano la necessità di assistenza disgiunta (dichiarazione da cui risulti che il richiedente non è in grado, per la natura dell'*handicap*, di fornire l'assistenza fruendo di soli 3 giorni di permesso; che nessun'altra persona può prestare assistenza all'altro soggetto handicappato; che nessun altro fruisce a sua volta di permessi per l'assistenza all'altro soggetto; che i soggetti per i quali si richiede il permesso non svolgono attività lavorativa [e quindi non hanno diritto ad usufruire a loro volta di permesso in qualità di lavoratori portatori di handicap])».

50) Vgs. l'art. 6, c. 1, lett. a), d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, che ha aggiunto l'ultimo capoverso all'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992.

51) Non è mancato in dottrina chi ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale sul principio del "referente unico". Sul punto vgs. O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei*

beneficiare del congedo per assistere una persona disabile nell'ipotesi in cui un altro lavoratore risulti autorizzato a fruire dei permessi di cui all'art. 33, c. 3, della l. n. 104 del 1992 per la stessa persona, a meno che non si tratti dei genitori del disabile, ammessi a fruirne in via alternata.

Inoltre, la mobilità geografica del fattore lavoro, in passato elemento ostativo al riconoscimento dei benefici di cui alla l. n. 104 del 1992, in ragione dei requisiti della continuità e dell'esclusività, ha determinato l'introduzione del c. 3-*bis* nell'art. 33, l. n. 104 del 1992, secondo cui il lavoratore che usufruisce dei permessi per assistere persona in situazione di *handicap* grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore⁵², attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito⁵³.

Quest'ultima novella conferma, quindi, la progressiva estensione della nozione di assistenza, da non intendere semplicemente come quella di tipo sanitario e materiale «*ma anche morale, affettiva psicologica, e come*

loro familiari in seguito alla recenti riforme, in Riv.giur.lav., I, pp. 797-801, che evidenzia come «sia le limitazioni nella scelta della persona che presta assistenza, sia l'impossibilità di dividere tra più persone i permessi appaiono misure in grado di limitare le possibilità di assistenza della persona disabile, e pertanto non sono rispondenti a quell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che incombe sullo Stato e sul datore di lavoro: a parità di costi, come si è già rilevato, è possibile una diversa ripartizione dei permessi che sia rispettosa della volontà della persona disabile da un lato e delle esigenze di ripartizione degli oneri di assistenza tra i vari familiari dall'altro. Anche sotto questo profilo, di conseguenza, si profilano dubbi di legittimità tali da giustificare una disapplicazione della norma nazionale o, quanto meno, una remissione della questione alla Corte di giustizia dell'Unione per quanto riguarda i profili di legittimità rispetto al diritto comunitario e/o alla Corte Costituzionale per quanto riguarda il rispetto delle Convenzioni Onu e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.».

52) La distanza in questione e la novella di cui all'art. 6, c. 1, lett. b), d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, che ha aggiunto il c. 3-*bis* all'art. 33, l. n. 104 del 1992, sono state utilizzate come argomento a fortiori per riconoscere il diritto al trasferimento ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, ad un poliziotto penitenziario la cui sede di servizio distava 130 chilometri dal domicilio del disabile (la figlia) (vgs. TAR Catania, sez. III, 8 aprile 2014, n. 1036).

53) Vgs. l'art. 6, c. 1, lett. b), d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, che ha aggiunto il c. 3-*bis* all'art. 33, l. n. 104 del 1992. Secondo circ. Pres. Cons. Min. 21 febbraio 2012, n. 1, il lavoratore che fruisce dei permessi dovrà provare di essersi effettivamente recato, nei giorni di fruizione degli stessi, presso la residenza del familiare da assistere, mediante l'esibizione del titolo di viaggio o altra documentazione idonea (a mero titolo di esempio, ricevuta del pedaggio autostradale, dichiarazione del medico o della struttura sanitaria presso cui la

tale possibile anche in presenza di una distanza non irragionevole tra il domicilio del disabile e quello del lavoratore»⁵⁴, con la conseguenza di contribuire a scardinare l'errata convinzione che il permesso non possa essere usufruito anche per finalità genericamente riconducibili al miglioramento, anche minimo, della vita di relazione del disabile, quali possano essere il semplice accompagnamento del disabile al cinema o al mare⁵⁵.

Il c. 3-*bis* dell'art. 33, l. n. 104 del 1992, quindi, dovrebbe determinare *ex se* la caducazione di quei provvedimenti amministrativi, ricorrenti nella gestione del rapporto di servizio del personale del comparto sicurezza, che indicano come «“termine tollerabile” di distanza, tale da non pregiudicare l'espletamento del dovere di assistere il disabile, una lontananza di 90 chilometri tra la sede richiesta ed il luogo di residenza del disabile stesso (fatte salve, ovviamente, possibilità di avvicinamento anche maggiori)»⁵⁶. Analoga riflessione può farsi per le indicazioni fornite dall'INPS in ordine al

persona disabile è stata accompagnata, biglietto del mezzo pubblico utilizzato per lo spostamento *in loco*), la cui adeguatezza verrà valutata dall'Amministrazione di riferimento, fermo restando che l'assenza non potrà essere giustificata a titolo di permesso *ex lege* n. 104 del 1992 nell'ipotesi in cui il lavoratore non riesca a produrre al datore l'idonea documentazione. Sul punto giova richiamare le analoghe previsioni dettate da circ. INPS 6 marzo 2012, n. 32, per il lavoro privato, secondo cui, «in riferimento all'onere della prova, in via del tutto residuale e nell'ipotesi dell'impossibilità o non convenienza dell'uso del mezzo pubblico, l'utilizzo del mezzo privato dovrà tener conto della necessità di munirsi di idonea documentazione comprovante l'effettiva presenza in loco», esibendosi la documentazione al datore di lavoro. Tale previsione, orientata a snidare le numerose sacche di pseudo-assistenza che minano la bontà dello strumento giuridico, può costituire una vera e propria forma di violenza psicologica nel caso di situazioni di disabilità e di assistenza reali e non strumentalizzate, poiché in quest'ultimo caso il soggetto che presta assistenza e l'assistito sembrano essere trattati alla stregua del delinquente sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di firma presso i Commissariati di P.S. per comprovare la propria presenza in città all'ora stabilita.

54) B. DI GIACOMO RUSSO, *Il Consiglio di Stato e il diritto alla sede*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2011, n. 29, in *Foro amm.* - CDS, 2011, pp. 2131 ss.

55) O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, cit., p. 785 evidenzia che «La legge, è bene ricordarlo e sottolinearlo, non stabilisce in alcun modo le finalità per le quali il permesso è attribuito, se non genericamente nelle esigenze di cura e assistenza del disabile. È questo un elemento che in futuro, alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 183/10 e dal d.lgs. n. 119/11, dovrà essere tenuto ben presente».

56) Per il personale appartenente al Corpo di Polizia penitenziaria vgs. in tal senso circ. DAP 16 maggio 2003, prot. n. 213520/2003, già censurata da TAR Lazio, sez. I-*quater*, 10 feb-

rapporto tra il concetto di lontananza e la distanza oraria tra l'abitazione del disabile e quella del lavoratore che vi presta assistenza⁵⁷.

I permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992* si cumulano con quelli *sub art. 7, l. n. 1204 del 1971*, applicandosi altresì quanto previsto dall'ultimo comma della norma testé citata e dagli artt. 7 e 8, legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Ai sensi, poi, dell'art. 42, c. 4, d.lgs. n. 151 del 2001, i riposi e i permessi, *ex art. 33, c. 4, l. n. 104 del 1992*, possono essere cumulati con il congedo parentale ordinario e con il congedo per la malattia del figlio. Inoltre, essi non risentono della fruizione di un periodo di ferie nel mese di riferimento, atteso che ciò non incide sul loro godimento, non essendo possibile né un proporzionamento degli stessi permessi in base ai giorni di ferie goduti nel medesimo mese (ovvero di altro tipo di assenze legittime...) ⁵⁸, né tanto meno il rischio che la sovrapposizione tra il giorno di ferie o riposo programmati rispetto al permesso *ex lege* n. 104 del 1992 possa determinare la perdita dei primi a vantaggio del secondo o viceversa. Infatti, la differente ratio degli istituti delle ferie, del riposo settimanale e del riposo *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*, non può che condurre alla re-

braio 2005, n. 2387, che ha annullato un provvedimento di diniego di trasferimento *ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, richiesto da un agente in servizio a Brescia per assistenza da prestare ad Aversa.

57) In effetti, l'eccessiva lontananza tra le abitazioni del soggetto che presta assistenza e del disabile è stata sovente assunta a requisito condizionante della fattispecie, tanto che con circ. INPS n. 128 del 2003, il concetto di lontananza è stato appositamente specificato, per cui se la distanza tra le due citate abitazioni è percorribile entro un'ora, si può riconoscere «il requisito di un'assistenza quotidiana che concretizza il requisito della continuità dell'assistenza, il quale assieme a quello della esclusività, dà diritto alla fruizione dei permessi in argomento».

58) Facendo seguito all'interpello n. 21 del 2011 il Ministero del lavoro, con nota 1 agosto 2012, prot. n. 37/0014188, risposta ad interpello n. 24 del 2012, ha stabilito che nelle ipotesi in cui il dipendente, nel corso del mese, fruisca di altri permessi quali ad esempio permesso sindacale, maternità, malattia, ecc., non è possibile ritenere giustificato un riproporzionamento del diritto ai permessi *ex lege* n. 104 del 1992, in quanto trattasi comunque di assenze «giustificate», riconosciute per legge come diritti spettanti al lavoratore. Infatti, «l'intento di garantire alla persona con disabilità grave una assistenza morale e materiale adeguata, anche attraverso la fruizione, da parte di colui che la assiste, dei permessi mensili di cui all'art. 33, della l. n. 104/1992, non sembra possa subire infatti una menomazione a causa della fruizione di istituti aventi funzione, natura e caratteri diversi».

cuperabilità dei giorni di congedo o di riposo settimanale eventualmente coperti da un permesso di assistenza⁵⁹.

I permessi, poi, spettano anche in relazione al rapporto di lavoro a tempo parziale, sia verticale, sia orizzontale, sebbene con riduzioni proporzionali al lavoro effettivamente svolto.

Al fine di consentire il massimo spettro temporale di assistenza a vantaggio del disabile, al lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della l. n. 104 del 1992 è accordato anche il diritto di essere esonerato a sua richiesta da prestazioni di lavoro notturno⁶⁰; in taluni casi, poi, la contrattazione collettiva prevede anche disposizioni di maggior favore: si pensi alla possibilità che il dipendente neghi il proprio consenso alla prestazione di lavoro straordinario⁶¹.

All'uopo, giova soffermarsi su due ipotesi. La prima attiene alla possibilità che il datore di lavoro richieda prestazioni di lavoro straordinario durante la giornata di fruizione del permesso *ex lege* n. 104 del 1992. La seconda riguarda il dipendente ammesso al c.d. "frazionamento orario" dei permessi per assistenza, cui siano richieste prestazioni di lavoro straordinario, a prescindere dal fatto che si sovrappongano o meno al permesso orario.

In relazione ad entrambi i casi giova segnalare il chiaro orientamento dell'Aran⁶²; con riferimento alla prima ipotesi, l'Agenzia ha evidenziato che al dipendente assente per permesso giornaliero *ex lege* n. 104 del 1992 non si può chiedere di prestare attività lavorativa straordinaria in ragione

59) Con riferimento al Corpo di Polizia penitenziaria in senso favorevole alla recuperabilità dei giorni di congedo ordinario (ferie) o di riposo settimanale, coperti dalla fruizione di permessi *ex lege* n. 104 del 1992, vgs. nota DAP 15 aprile 2008, prot. n. 0131598.

60) Vgs. gli artt. 53, c. 3, d.lgs. n. 151 del 2001 e 11, c. 2, lett. f), d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66. La disposizione è stata literalmente ripresa anche dall'art. 14, c. 1, lett. e), d.P.R. n. 170 del 2007, riferito al personale non dirigente delle forze di polizia. A margine di quest'ultima disposizione, e con riferimento ad un appartenente alla Polizia di Stato, vgs. TAR Roma, sez. I-*quater*, 5 dicembre 2013, n. 10499, che giustamente evidenzia la differenza tra il diritto alla fruizione dei permessi *ex art.* 33, c. 3, l. n. 104 del 1992 e l'esonero dal lavoro notturno. Infatti, la *ratio* ivi sottesa è diversa, consistendo nella volontà del legislatore di consentire una cura ed un'assistenza costanti e quotidiane, anche nelle ore notturne, possibili solo nell'ipotesi di coabitazione.

61) Vgs. l'Accordo quadro nazionale 2002-2005 per il personale del Corpo di Polizia penitenziaria.

62) Cfr. RAL 1594 Orientamenti Applicativi, www.aranagenzia.it.

della sospensione dell'obbligazione principale del lavoratore per tutta la giornata, pur se questi abbia prestato *ab origine* il proprio consenso allo svolgimento di lavoro straordinario. Quanto al secondo, si evidenzia che il permesso orario ai sensi dell'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992 (e della normativa contrattuale correlata) non determina alcuna sospensione della prestazione per l'intera giornata.

Di conseguenza, il datore di lavoro può richiedere al lavoratore di effettuare lavoro straordinario, ma è rimessa alla valutazione del dipendente la decisione di sottrarre tempo all'assistenza da erogare al disabile, ove mai la prestazione lavorativa si vada a sovrapporre al permesso orario. Ove, invece, il datore richieda lavoro straordinario nella giornata di permesso orario, in fasce temporale diverse da quelle durante le quali il dipendente non deve svolgere assistenza al disabile, gli obblighi discendenti dal contratto di lavoro depongono a favore dell'esecuzione della prestazione, salvo che il lavoratore non abbia esercitato il proprio diritto a non svolgere lavoro straordinario, ove contrattualmente previsto.

Una questione che merita una attenta riflessione attiene alla programmabilità delle assenze per fruizione dei permessi *ex art.* 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, fermo restando il diritto alla fruizione degli stessi e l'impossibilità che il datore di lavoro possa opporvisi. In particolare, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, specie se erogano servizi essenziali, è importante comprendere se il lavoratore avente diritto sia obbligato a fornire al datore un congruo preavviso per la fruizione del permesso, ovvero, se il lavoratore, una volta comunicata la giornata destinata alla fruizione del permesso possa spostarla ad altra data in modo unilaterale. È noto che la fruizione dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992 sia fonte di conflittualità nell'ambito delle organizzazioni complesse, atteso che in alcuni contesti l'aliquota di lavoratori ammessi a tale agevolazione supera anche il 20% del totale della forza lavoro disponibile⁶³, con l'effetto di sovraccaricare i restanti dipendenti. Proprio per cercare di contemperare i plurimi interessi in campo

63) Sul punto, a titolo meramente esemplificativo, si riportano i dati relativi alla presenza del personale in servizio presso gli istituti penitenziari della Puglia e della Basilicata e quello che fruisce delle agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3, l. 104/1992 alla data del 6 maggio c.a.: Casa circondariale di Bari 239 unità e 53 beneficiari, Casa circondariale di Brindisi 99 unità e 27 beneficiari, Casa circondariale di Foggia 250 unità e 79 beneficiari, Casa circondariale di Lecce 594 unità e 146 beneficiari, Casa circondariale di Lucera 80 unità e 18 beneficiari, Casa circondariale di Matera e sezione distaccata di Altamura 143 beneficiari

(buon andamento dell'attività imprenditoriale o amministrativa, diritto all'assistenza da parte del disabile) il Ministero del lavoro ha previsto che il datore di lavoro possa richiedere una programmazione dei permessi, verosimilmente a cadenza settimanale o mensile, laddove il lavoratore che assiste il disabile sia in grado di individuare preventivamente le giornate di assenza e purché tale programmazione non comprometta il diritto del disabile ad una effettiva assistenza. Analoghi principi dovrebbero osservarsi in ordine alla modificabilità delle giornate di assistenza già programmate, fermo restando che improcrastinabili esigenze di assistenza e quindi di tutela del disabile, non possono che prevalere sulle esigenze imprenditoriali⁶⁴.

Nell'ambito degli istituti contemplati dalla norma in esame a tutela del soggetto che presti assistenza al disabile, occorre altresì far cenno ai permessi giornalieri retribuiti di due ore, previsti dal comma 2, in favore della lavoratrice madre, o del padre, anche adottivi, in alternativa al prolungamento dell'astensione facoltativa, fino ai dodici anni⁶⁵ di età del bambino.

2.3. Il congedo di cui all'art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001

Il congedo biennale *ex art. 42, c. 5 ss., d.lgs. n. 151 del 2001*, è fondamentale per l'assistenza ai disabili in condizione di gravità, consentendo la conservazione del posto di lavoro e del correlato apporto reddituale in

e 49 beneficiari, Casa circondariale di Melfi 129 unità e 30 beneficiari, Casa circondariale di Potenza 85 unità e 19 beneficiari, Casa circondariale di San Severo 33 unità e 13 beneficiari, Casa circondariale di Taranto 251 unità e 51 beneficiari, Casa circondariale di Trani 198 unità e 51 beneficiari, Casa di reclusione di Turi 70 unità e 27 beneficiari.

64) Vgs. nota Min. lav. 6 luglio 2010, prot. n. 25/I/0011635, risposta ad interpello n. 31 del 2010. Con successiva nota Min. lav. 27 gennaio 2012, prot. n. 37/0001571, risposta ad interpello n. 1 del 2012, il Ministero del lavoro ha ripreso l'interpello n. 31 del 2010, evidenziando, però, che il presidio di beni costituzionalmente tutelati, quali la salvaguardia della vita e della sicurezza in mare, da parte dei datori di lavoro nel caso di specie (aziende concessionarie esclusive dei rimorchiatori di guardia richiesti dall'Autorità marittima per motivi di sicurezza), rende assolutamente necessaria la programmazione dei permessi anche a cadenza mensile, temperando la disciplina in favore delle esigenze datoriali. Analogo principio, si ritiene vada esteso a tutti i servizi pubblici essenziali, ivi comprese, ad esempio, le forze di polizia ed armate.

65) Questo tipo di congedo costituisce una *species* del più ampio *genus* del congedo parentale ordinario e pertanto deve considerarsi applicabile anche a questo istituto il prolungamento fino al dodicesimo anno di età del bambino previsto dal d.lgs. n. 80 del 15 giugno 2015.

concomitanza di impegnative attività di cura ed accudimento del disabile da parte di chi ne gode. Tale istituto è volto, quindi, a favorire l'assistenza al disabile grave in ambito familiare e ad assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza, al fine di evitare lacune nella tutela della salute psico-fisica dello stesso, e ciò a prescindere dall'età e dalla condizione di figlio di quest'ultimo.

Presupposto per la concessione del beneficio *de quo* è che la situazione di handicap del congiunto da assistere sia stata accertata ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Con riferimento al campo di applicazione soggettivo, l'art. 42, c. 5, riconosce il diritto a fruire del congedo di cui all'art. 4, c. 2, l. n. 53/2000, a favore del lavoratore dipendente, coniuge convivente con soggetto portatore di handicap in situazione di gravità, accertata *ex art.* 4, c. 1, l. n. 104 del 1992.

Il congedo va richiesto almeno sessanta giorni prima dalla data di inizio ed al pari dei permessi *ex l.* n. 104 del 1992, è inibita al datore ogni possibilità di differirne⁶⁶, ostacolarne o negarne la fruizione, anche ove dovessero sussistere difficoltà di ordine economico-contabile⁶⁷. Invero, con il richiamo all'art. 4, c. 2, l. n. 53 del 2000, da parte dell'art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, non si intende assorbire la prima fattispecie nella seconda, ovvero integrare i requisiti dell'una nell'altra, trattandosi di istituti sostanzialmente diversi, tanto che la giurisprudenza accorda il diritto alla cumulabilità dei due tipi di congedo, trattandosi appunto di fattispecie diverse, caratterizzate da specifiche finalità di tutela, senza che possa configurarsi abrogazione per antinomia giuridica⁶⁸. Sostanzialmente, il coniuge che sia lavoratore dipendente, pubblico o privato, può richiedere, per gravi e do-

66) Contro ogni possibilità di differimento della fruizione del congedo, nel caso in cui il lavoratore presenti nei termini la propria istanza, vgs. TAR Roma, sez. I-*quater*, 30 luglio 2009, n. 7981, secondo cui la ratio del termine di sessanta giorni è funzionale proprio a consentire al datore di lavoro di adottare le dovute soluzioni organizzative.

67) Infatti, Corte conti reg. Lombardia, sez. contr., 18 luglio 2011, n. 463, in *Riv. Corte conti*, 2011, 3-4, 140, ha affermato che i vincoli di spesa che, in materia di personale, un ente pubblico è tenuto ad osservare non sono idonei a degradare il diritto del dipendente pubblico alla concessione di un congedo retribuito per l'assistenza di un minore disabile, in presenza dei presupposti della normativa giuslavoristica di settore, con la conseguenza che l'ente interessato è tenuto ad adottare le soluzioni organizzative necessarie ad assicurare sia il diritto del dipendente, sia il rispetto dei vincoli di spesa per il personale.

68) Vgs. Trib. Milano 14 febbraio 2006, in *Riv. crit. dir. lav.* 2006, p. 953.

cumentati motivi familiari, fra i quali le patologie individuate ai sensi dell'art. 4, c. 4, l. n. 53 del 2000, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni.

Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa, mentre non pare potersi ostacolare la fruizione del beneficio ove il soggetto assistito a sua volta espleti attività lavorativa⁶⁹. Il congedo di cui all'art. 4, in quanto privo di contribuzione, non è computato nell'anzianità di servizio, né ai fini previdenziali; il lavoratore può procedere al riscatto, ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria.

Tornando al congedo *ex art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001*, la giurisprudenza costituzionale⁷⁰ ne ha allargato il campo di applicazione soggettivo ad altri parenti, riconoscendo però il diritto al congedo in via prioritaria al coniuge convivente⁷¹, rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma

69) Dal punto di vista letterale la fruizione del beneficio non è espressamente condizionata all'assenza di attività lavorativa da parte del disabile. A tal riguardo, però, vgs. circ. INPS 15 marzo 2001, n. 64, pt. 3, che invece esclude il beneficio qualora la persona disabile da assistere «presti, a sua volta attività lavorativa nel periodo di godimento del congedo». A sua volta l'Inpdap nulla ha previsto nelle proprie circolari applicative. La questione sembra essere stata definitivamente risolta dal Ministero del lavoro che con circ. 6 luglio 2010, prot. n. 25/I/0011633, risposta ad interpello n. 30 del 2010, invita a valutare caso per caso le questioni, sebbene non ritenga conforme «allo spirito della normativa porre, a priori, un limite alla fruizione del congedo da parte di colui che assiste il familiare disabile». Una prassi simile contrasterebbe, da un lato, con i principi enunciati nella l. n. 104 del 1992, che intende promuovere la piena integrazione del disabile nel mondo del lavoro e l'adozione delle misure atte a favorirla, dall'altro lato, con le finalità della l. n. 68 del 1999, in materia di collocamento mirato.

Infatti, l'assistenza si può sostanziare in attività collaterali ed ausiliarie rispetto al concreto svolgimento dell'attività lavorativa da parte del disabile, quali l'accompagnamento da e verso il luogo di lavoro, ovvero attività di assistenza che non necessariamente richiede la presenza del disabile, ma che risulta di supporto per il medesimo (ad esempio prenotazione e ritiro di esami clinici). Di conseguenza, il Ministero del lavoro ritiene che, alla luce dell'attuale normativa, il diritto alla fruizione del congedo *de quo* da parte del familiare non può essere escluso, a priori, nei casi in cui il disabile svolga, per il medesimo periodo, attività lavorativa o di inserimento lavorativo. Anche circ. DAP 26 settembre 2013, prot. GDAP 0325597, ha recepito le indicazioni ministeriali poc'anzi citate.

70) Corte. cost. 3 luglio 2013, n. 203.

71) Vgs. Corte cost. 8 maggio 2007, in quanto ai sensi dell'art. 433 c.c., il coniuge è il primo soggetto tenuto all'adempimento degli obblighi di assistenza morale e materiale del proprio consorte.

(ovvero dalla stessa giurisprudenza costituzionale)⁷². Infatti, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente di soggetto portatore di handicap grave (ma non nel caso in cui il coniuge convivente sia semplicemente ultrasessantacinquenne⁷³) hanno diritto al c.d. “congedo biennale”, nell’ordine, il padre o la madre anche adottivi del disabile, ovvero uno dei figli conviventi⁷⁴, oppure uno dei fratelli o sorelle conviventi, o ancora il parente o l’affine entro il terzo grado sempre convivente.

Poiché l’ordine dei soggetti possibili beneficiari è stato indicato direttamente ed espressamente dalla legge, la quale ha altresì stabilito le condizioni in cui si può “scorrere” in favore del legittimato di ordine succes-

72) Secondo circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 1, poiché l’ordine dei soggetti possibili beneficiari è stato indicato direttamente ed espressamente dalla legge, la quale ha pure stabilito le condizioni in cui si può “scorrere” in favore del legittimato di ordine successivo, tale ordine non si ritiene derogabile. Pertanto, per l’individuazione dei legittimati non pare possibile accogliere dichiarazioni di rinuncia alla fruizione al fine di far “scattare” la legittimazione del soggetto successivo, né dare rilievo a situazioni di fatto o di diritto che non siano state esplicitamente considerate dalla norma (come, ad esempio, la circostanza che il coniuge convivente sia lavoratore autonomo o imprenditore).

73) Nota Min. lav. 21 dicembre 2012, prot. 37/0024252, ha confermato la tassatività delle ipotesi previste sub art. 42, c. 5 ss., d.lgs. n. 151 del 2000, negando la possibilità di ammettere al beneficio del congedo per assistenza nei confronti di uno dei due genitori il figlio che lamenti semplicemente la condizione ottuagenaria dell’altro genitore. Sul punto non si possono che condividere le riflessioni di V. TONDI DELLA MURA, *Diritto al congedo straordinario per l’assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in *Giur. cost.*, 2005, 2002, secondo cui «Non sono infrequenti, infatti, i casi in cui una persona in età senile si dimostri oggettivamente incapace a sopportare il gravoso impegno psico-fisico necessario ad assistere un portatore di handicap grave, pur essendo per il resto sufficientemente abile ed autonoma». Inoltre, non sono rare le ipotesi in cui l’impossibilità soggettiva a prestare assistenza derivi dai pessimi rapporti tra coniugi o tra genitori e figli, rendendosi quanto mai opportuno l’inserimento di una «clausola di gradimento» da parte dell’assistito, ovvero del tutore di esso in caso di soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno. Di conseguenza, appare assolutamente ragionevole l’estensione della fruizione del congedo straordinario ai parenti collocati in gradi successivi rispetto agli aventi diritto nel caso in cui questi ultimi abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, specie nel caso in cui l’handicap del congiunto bisognoso sia di tipo psichico. In giurisprudenza vgs. TAR Lombardia, sez. I, 16 gennaio 2014, n. 82, che ha rigettato la richiesta di congedo ex art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, formulata da parte del fratello del disabile, la cui madre aveva 72 anni e risultava invalida al 50%, in virtù della compatibilità tra le patologie invalidanti e l’assistenza che la madre avrebbe potuto prestare al figlio disabile.

74) Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19, in *Dir. rel. ind.*, 2009, II, p. 413.

sivo, tale ordine è da ritenersi inderogabile. Pertanto, per l'individuazione dei legittimati non sembra possibile accogliere dichiarazioni di rinuncia alla fruizione al fine di far "scattare" la legittimazione del soggetto successivo, né dare rilievo a situazioni di fatto o di diritto che non siano state esplicitamente considerate nella norma (come ad esempio, la circostanza che il coniuge convivente sia lavoratore autonomo o imprenditore)⁷⁵.

Come facilmente rilevabile, a differenza di quanto allo stato previsto in materia di fruizione di permessi *ex lege* n. 104 del 1992, il congedo biennale, *ex art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001*, prevede il requisito della convivenza tra assistito ed assistente (tranne che per i genitori, rispetto ai figli)⁷⁶, quale condizione cui è subordinata la concessione del beneficio, la cui sussistenza può essere verificata attivando controlli tramite le diramazioni territoriali degli organi istituzionalmente preposti al controllo del territorio, nell'ambito di un ordinario rapporto di collaborazione tra gli uffici pubblici⁷⁷.

La motivazione del requisito della convivenza, non più richiesto per la diversa fattispecie dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, è da rinvenire

75) Vgs. circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 1

76) Così circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 1, cit. Sul requisito della convivenza per il congedo straordinario di cui all'art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2000 vgs. msg. INPS 2 settembre 2009, n. 19583 secondo cui, attingendo alla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. 26 gennaio 2009, n. 19, cit.), «per convivenza si deve far riferimento, in via esclusiva, alla residenza, luogo in cui la persona ha la dimora abituale, ai sensi dell'art. 43 c.c., non potendo ritenersi conciliabile con la predetta necessità la condizione di domicilio, né la mera elezione di domicilio speciale previsto per determinati atti o affari dall'art. 47 c.c.». All'indirizzo interpretativo dell'INPS ha fatto seguito quello del Ministero del lavoro (circ. Min. lav. 18 febbraio 2010, prot. n. 3884), addivenuto ad una corretta interpretazione del concetto di convivenza, a volte confuso con quello di coabitazione. Al fine di venire incontro all'esigenza di tutela delle persone disabili, il requisito della convivenza previsto nella norma si intende soddisfatto anche nel caso in cui la dimora abituale del dipendente e della persona in situazione di handicap grave siano nello stesso stabile (appartamenti distinti nell'ambito dello stesso numero civico) ma non nello stesso interno.

77) Vgs. TAR Palermo, sez. I, 27 giugno 2011, n. 1213. A sua volta, circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 2, precisa che il requisito della convivenza è provato mediante la produzione di dichiarazioni sostitutive, rese ai sensi degli artt. 46 e 47, d.P.R. n. 445 del 2000, dalle quali risulti la concomitanza della residenza anagrafica e della convivenza, ossia della coabitazione (art. 4, d.P.R. n. 223 del 1989). Inoltre, a tutela delle persone disabili, il requisito della convivenza previsto nella norma si intende soddisfatto anche nel caso in cui la dimora abituale del dipendente e della persona in situazione di handicap grave siano

nella necessità di contemperare gli interessi costituzionali ed economici in campo, operando altresì una minima selezione dei soggetti ammessi all'agevolazione⁷⁸; infatti, l'eventuale eliminazione del citato requisito amplierebbe sensibilmente il numero dei beneficiari, ferma restando la possibilità di accedere alla stessa semplicemente spostando la residenza (e quindi precostituendo il requisito della convivenza) presso il disabile, come spesso avveniva per i permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*, prima della novella.

Il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001 estende anche al congedo in esame il principio del "referente unico" già introdotto dall'art. 24 della l. n. 183 del 2010 per i permessi *ex lege* n. 104 del 1992. Infatti la norma stabilisce che il congedo straordinario di cui all'art. 42 citato ed i permessi di cui all'art. 33 della l. n. 104 non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona in situazione di *handicap* grave. Ne consegue che in base alla legge, la fruizione dei permessi e del congedo dovranno concentrarsi in capo al medesimo legittimato

nello stesso stabile (appartamenti distinti nell'ambito dello stesso numero civico) ma non nello stesso interno. Sempre al fine di agevolare l'assistenza della persona disabile, il requisito della convivenza potrà ritenersi soddisfatto anche nei casi in cui sia attestata, mediante la dovuta dichiarazione sostitutiva, la dimora temporanea, ossia l'iscrizione nello schedario della popolazione temporanea di cui all'art. 32, d.P.R. n. 223 del 1989, pur risultando diversa la dimora abituale (residenza) del dipendente o del disabile. Le Amministrazioni disporranno per gli usuali controlli al fine di verificare la veridicità delle dichiarazioni (art. 71, d.P.R. n. 445 del 2000). In merito vgs. TAR Trieste, 9 gennaio 2014, n. 3, secondo cui «la residenza anagrafica, pur potendo essere sintomatica della convivenza tra il soggetto bisognoso di assistenza e il familiare che tale assistenza presta, non esaurisce di per sé le possibilità di comprovare la convivenza». Ed infatti, il giudice amministrativo ha ritenuto indici validi di convivenza: 1) la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale il lavoratore dichiara di convivere, anche temporaneamente, col disabile; 2) gli accertamenti tesi a verificare la sussistenza o meno della dichiarata effettiva convivenza di fatto tra disabile e lavoratore; 3) l'indicazione della residenza del disabile quale indirizzo di reperibilità durante le assenze per malattia dal posto di lavoro; 4) eventuali richieste di accesso del servizio di continuità assistenziale all'indirizzo del disabile effettuate da quest'ultimo luogo, in orario notturno. Da ultimo sul requisito della convivenza, con riferimento al Corpo di Polizia penitenziaria, vgs. circ. DAP 26 settembre 2014, prot. GDAP 0325597, cit., secondo cui «qualora non vi sia coincidenza tra risultanze anagrafiche del dipendente e luogo in cui questi dimori abitualmente (...) viene meno la condizione che integra la previsione di legge e la domanda va rigettata.

78) Vgs. G. DE SIMONE, *I confini giuslavoristici dell'assistenza familiare alla persona gravemente disabile*, nota a Corte cost. 30 gennaio 2009, n. 19, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pp. 844-845.

e, pertanto, non sarà possibile beneficiare del congedo per assistere una persona disabile nell'ipotesi in cui un altro lavoratore risulti autorizzato a fruire dei permessi di cui all'art. 33, comma 3, della l. n. 104 del 1992 per la stessa persona. Fanno eccezione a questa regola i genitori, anche adottivi, del minore in situazione di *handicap* grave, i quali possono fruire delle prerogative in maniera alternata anche nell'arco dello stesso mese.

Ai sensi dell'art. 42, c. 5-*bis*, d.lgs. n. 151 del 2001, il congedo fruito non può superare la durata complessiva di due anni, continuativi o frazionati, per ciascuna persona portatrice di handicap e nell'arco della vita lavorativa. Ciò lascia ipotizzare che ove un singolo lavoratore dovesse prestare assistenza a più disabili in condizione di gravità, comunque con lui conviventi, sarebbe ammissibile la fruizione del congedo per due bienni distinti riferibili ai due diversi disabili. Invero sia la giurisprudenza⁷⁹ che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, attingendo ad un orientamento dell'INPS⁸⁰, sono di avviso diverso, fornendo un'interpretazione secondo cui ciascun lavoratore dipendente può fruire nell'arco della vita lavorativa di un periodo massimo di congedo straordinario di due anni a prescindere dal motivo per cui il congedo è fruito.

Il beneficio può essere fruito anche per periodi frazionati, anche se non inferiori alla giornata intera. Non è ammesso quindi il frazionamento ad ore. Nel periodo di fruizione del congedo biennale in parola si computano anche i giorni festivi (quindi anche le domeniche nonché i festivi infrasettimanali) ricadenti nel periodo stesso. Ne discende che, in caso di godimento frazionato del congedo straordinario *de quo*, tra un periodo e l'altro di fruizione è necessario – perché nel congedo non si computino anche le festività nonché il sabato – che ci sia una effettiva ripresa dell'attività lavorativa del dipendente. Così per esempio, in caso di orario di servizio articolato su cinque giorni lavorativi, è necessario, ove il dipendente abbia chiesto di fruire per l'intera settimana del congedo *de quo*, che il lunedì successivo o, comunque, la prima giornata lavorativa successiva, presti normalmente servizio, se non vuole che nel periodo di congedo straordinario fruito siano computati anche il sabato, la domenica e gli altri giorni festivi eventualmente ricadenti nel periodo di assenza⁸¹.

79) Vgs. TAR Napoli, sez. VII, 4 novembre 2013, n. 4900.

80) Vgs. circ. INPS n. 64 del 2011 e circ. INPS 6 marzo 2012, n. 32, cit.

81) Cfr. circ. DAP 26.09.2014 prot. n. 0325597, cit.

Al pari dei permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*, il congedo è riconosciuto a condizione che la persona da assistere non sia ricoverata a tempo pieno, salvo che sia richiesta dai sanitari la presenza del soggetto che presta assistenza. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, i diritti sono riconosciuti ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente⁸².

Il congedo *ex art. 42, c. 5* è cumulabile con i permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*: quindi, se in un mese il soggetto che fornisce assistenza chiede un periodo di congedo *ex art. 42, c. 5*, potrebbe essere ammesso a fruire dei tre giorni di permesso c.d. "104" nella parte del mese non coperta dal congedo poiché, a differenza delle ferie, i permessi di assistenza non subiscono un riproporzionamento⁸³.

Durante il congedo, il richiedente ha diritto a percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, con riferimento alle voci fisse e continuative del trattamento, e il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa⁸⁴.

I soggetti che, in ragione dell'assistenza ad un disabile convivente in condizione di gravità, usufruiscono del congedo biennale per un periodo continuativo non superiore a sei mesi, hanno diritto ad usufruire di permessi non retribuiti in misura pari al numero dei giorni di congedo ordinario che avrebbero maturato nello stesso arco di tempo lavorativo, senza riconoscimento del diritto a contribuzione figurativa, si ritiene a compensazione delle ferie non maturate⁸⁵; ed infatti, il periodo di fruizione del congedo di assistenza non rileva ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto e, di conseguenza, l'indennità non è assoggettata alla contribuzione Tfs/Tfr⁸⁶.

La disposizione nulla espressamente dice a proposito del computo del congedo nell'anzianità di servizio, sebbene l'*art. 42, c. 5-quinquies*, stabilisca che per quanto non espressamente previsto dai *c. 5, 5-bis, 5-ter* e *5-quater* si applicano le disposizioni dell'*art. 4, c. 2, legge 8 marzo 2000*,

82) Vgs. l'*art. 42, c. 5-ter*, d.lgs n. 151 del 2001.

83) Vgs. circ. Pres. Cons. Min. 3 febbraio 2012, n. 1, cit. che ha superato la preclusione contenuta nella precedente circ. Dip. funz. pubbl. n. 3 del 2010.

84) Vgs. circ. Inpdap 10 gennaio 2002, n. 2.

85) Vgs. l'*art. 42, c. 5-quater*, d.lgs. n. 151 del 2001.

86) Così circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 1, cit.

n. 53, ove si prevede a sua volta il non computo del congedo nell'anzianità di servizio⁸⁷. Di orientamento contrario la giurisprudenza di merito che, attingendo a quella comunitaria, ha computato anche il periodo di aspettativa senza retribuzione usufruito ai sensi dell'art. 4, c. 2, l. n. 53 del 2000, al fine di accudire un parente affetto da grave disabilità, nell'anzianità di servizio⁸⁸. Il Consiglio di Stato con parere 28 novembre 2012 n. 8190/12, ha confermato quanto espresso dal Dipartimento della funzione pubblica nella circolare 3 febbraio 2012, n. 1, e cioè che *“la validità dei periodi ai fini del calcolo dell'anzianità riguarda la loro commutabilità ai fini del raggiungimento del diritto alla pensione, essendo coperti da contribuzione figurativa, ma non sembra poter raggiungere l'equivalenza al servizio effettivo da prendere in considerazione ai fini della progressione in carriera”*.

2.4. Le prerogative relative alla sede di servizio

La tutela del disabile non è affidata solo agli istituti che consentono la fruizione di periodi di assenza dal lavoro con conservazione del posto e del trattamento retributivo (permessi *ex art.* 33, l. n. 104 del 1992, ovvero congedo straordinario *ex art.* 42, c. 5, d.lgs. n. 151 del 2001), ma è assicurata anche da altre «prestazioni in servizi», che esigono uno sforzo significativo da parte di tutti gli attori coinvolti [famiglia *in primis*, ma anche servizio pubblico e datori di lavoro], secondo una logica di welfare integrato tra lavoro e solidarietà sociale. Si fa riferimento al diritto del dipendente a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della per-

87) La tesi del non computo è stata fatta propria anche da circ. Dip. funz. pubbl. 15 gennaio 2013, prot. n. 0002285 ed ancor prima da circ. Pres. Cons. Min. 3 febbraio 2012, n. 1, cit. Nello stesso senso, poi, vgs. Cons. Stato, parere, 28 novembre 2012, n. 8190.

88) Vgs. Trib. Pavia 19 settembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 770, che nel caso di specie ha disapplicato l'art. 4, c. 2, l. n. 53 del 2000, per contrasto con la direttiva CE 2000/78, come interpretata dalla Corte di giustizia nella sentenza “Coleman” (CGCE 17 luglio 2008, causa C-303/06, con nota di D. VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, pp. 849 ss.), in forza della quale il divieto di discriminazione per ragioni di disabilità si applica non solo al disabile stesso, ma anche a colui che presta in suo favore la parte essenziale delle cure.

sona da assistere ed al divieto di trasferimento ad altra sede senza il suo consenso, *ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*.

La tutela del soggetto disabile grave, resa possibile soprattutto grazie all'introduzione nel nostro ordinamento della l. n. 104 del 1992, si realizza agevolandone l'assistenza anche attraverso l'avvicinamento geografico del lavoratore che lo assiste, assegnando a quest'ultimo una sede di servizio nel comune di residenza del portatore di handicap grave o in quello più vicino disponibile, ovvero riconoscendo alla persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità il diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede, senza il suo consenso.

La prima forma di tutela, *ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, si sostanzia nel diritto del lavoratore che assiste il disabile a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere, e non più «del lavoratore», come accadeva prima del Collegato lavoro 2010 (l. n. 183 del 2010)⁸⁹. Proprio grazie a quest'ultimo provvedimento – ed in particolare all'art. 24, c. 1, lett. b), l. n. 183 del 2010 – il requisito della convivenza del disabile con chi presta assistenza, necessario per veder riconosciuto il diritto al trasferimento, è stato abrogato, nonostante, una parte della giurisprudenza continui a richiederlo⁹⁰.

L'istituto del trasferimento del lavoratore per assistenza a disabile grave ha generato un notevole contenzioso per la naturale resistenza dei datori di lavoro pubblici ad accordare i provvedimenti di trasferimento⁹¹ e ad intervenire sulle procedure ordinarie di mobilità del personale, nono-

89) Le novità della l. n. 183 del 2010, in materia di trasferimento *ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, consistono nell'eliminazione dei requisiti della convivenza, della continuità ed esclusività dell'assistenza prestata dal lavoratore, nella rivisitazione della disciplina del diritto al trasferimento, nella previsione della decadenza nel caso di insussistenza dei requisiti per la fruizione delle agevolazioni e nell'istituzione della banca dati presso il Dipartimento della funzione pubblica, su cui vgs. circ. Dip. funz. pubbl. 6 dicembre 2010, n. 13, cit.

90) In tal senso vgs. TAR Campobasso, sez. I, 29 gennaio 2013, n. 7, secondo cui «*Continuità assistenziale vuol dire che il pubblico dipendente, che chiede il trasferimento ai sensi dell'art. 33 comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104, deve costituire, per la persona bisognosa, una presenza continua ed effettiva nella comune coabitazione, e non può limitarsi ad un generico aiuto alla famiglia*».

91) Paradigmatico è il caso deciso da TAR Roma, sez. I-quater, 5 ottobre 2012, n. 8317. Infatti, nonostante una prima sentenza favorevole (TAR Roma, sez. I-quater, 24 ottobre

stante l'orientamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, favorevole a non penalizzare il disabile e chi lo assiste⁹².

Peraltro, la fattispecie ha una applicazione estremamente diffusa nel lavoro pubblico (quasi patologica nelle forze di polizia e nelle forze armate, come si vedrà nel prosieguo), piuttosto che in quello privato, in quanto l'articolazione capillare sul territorio del datore di lavoro pubblico rende tendenzialmente percorribile la soluzione *sub art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, per quei lavoratori chiamati a fronteggiare problematiche esigenze di cura di familiari disabili, «*alternativa quasi ontologicamente preclusa alla stragrande maggioranza dei lavoratori privati*»⁹³. Occorre evidenziare che a fronte dell'eliminazione dei requisiti della continuità e dell'esclusività

2011, n. 8136), con la quale l'organo giurisdizionale riconosceva ad un poliziotto penitenziario il diritto al trasferimento *ex art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992*, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria «equivocando il significato del rinvio operato dalla sentenza n. 8136 del 2011 agli ulteriori atti dell'Amministrazione, non ha affatto circoscritto il proprio oggetto ad una ponderazione degli interessi sottesi alla domanda, evidenziando le eventuali ragioni ostative all'accoglimento, ma si è risolto in un'indebita censura in diritto rispetto alle statuizioni del Tribunale. Vi si è affermato, infatti, che il requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza continua ad essere richiesto dalla legge e che il percorso argomentativo seguito dal Tribunale, anche con riguardo alla carenza di organico sopra rilevata, è "errato" e "sorprendente". È del tutto evidente che l'Amministrazione, sotto le spoglie di un riesame della fattispecie, ha invece reiterato l'atto già annullato in sede giurisdizionale, esorbitando dalle proprie attribuzioni e violando, in una con il giudicato, il principio di separazione tra i poteri dello Stato, che verrebbe compromesso ove fosse consentito al potere esecutivo di porre nel nulla i provvedimenti giurisdizionali, omettendo di darvi applicazione». Il giudice amministrativo, ordinando all'Amministrazione di riesaminare la questione nei termini indicati nella prima decisione, si spinge oltre prescrivendo che «Il riesame andrà inoltre affidato a funzionario, con qualifica dirigenziale, diverso dal direttore... *omissis*... atteso che quest'ultimo, sottoscrivendo l'atto nullo, si è rilevato del tutto inidoneo al compito. In caso di ulteriore inadempienza, su istanza di parte verrà nominato un commissario *ad acta* e gli atti saranno trasmessi alla Procura contabile, per accertare eventuali responsabilità personali del dirigente coinvolto nella fattispecie».

92) Vgs. circ. Pres. Cons. Min. 6 dicembre 2010, n. 13, cit. secondo cui il diritto al trasferimento può essere mitigato solo in presenza di circostanze oggettive impeditive, come ad esempio la mancanza di posto corrispondente nella dotazione organica di sede, mentre non può essere subordinato a valutazioni discrezionali o di opportunità dell'Amministrazione.

93) Così L. CALAFÀ, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, nota a Cass., SS.UU., 7 marzo 2008, n. 7945, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, pp. 890 ss.

dell'assistenza, espressamente abrogati da parte del c.d. "Collegato lavoro" 2010, l'interpretazione da parte dei giudici non sempre è stata uniforme⁹⁴, anche se si registra oramai la prevalenza di un orientamento più aderente alla nuova disposizione⁹⁵.

Il bilanciamento di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, come quello a prestare assistenza ai portatori di handicap, e le esigenze organizzative e funzionali connesse al servizio/lavoro da svolgere, particolarmente avvertite nel lavoro pubblico, specie non contrattualizzato, ha indotto la giurisprudenza a valorizzare l'inciso «*ove possibile*», ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, affermando che il trasferimento in sede prossima richiesto dal dipendente che assiste il disabile può essere legittimamente ne-

94) In giurisprudenza, legittima il rigetto della richiesta di trasferimento avanzata da chi presta assistenza al disabile per l'assenza degli abrogati requisiti di continuità ed esclusività TAR Napoli, sez. VI, 7 novembre 2013, n. 4986 (relativo ad un appartenente alla Polizia di Stato), secondo cui «*Il requisito dell'esclusività dell'assistenza, benché non contenuto nella lettera dell'art. 33, l. 5 febbraio 1992 n. 104, è sicuramente desumibile dalla sua ratio, che non è quella di assegnare dei benefici ai soggetti che hanno un parente portatore di handicap, ma quella di garantire a quest'ultimo un'assistenza*». Lo stesso organo giudiziario (TAR Napoli, sez. VI, 24 luglio 2014, n. 4189), sembra ancora fondare le proprie decisioni sull'applicazione del principio di esclusività, negando il trasferimento ex art. 33, c. 5, l. n. 104, in ragione della presenza a breve distanza dalla residenza dell'assistito (14 km) «*di altri parenti (fratello e sorella di 47 e 45 anni, dei quali il ricorrente non ha fatto menzione nella propria richiesta) in grado di prendersi cura della disabile e soddisfare le esigenze di tutela della medesima*». Nello stesso senso Cass., sez. lav., 18 luglio 2013, n. 17588, in *Dir. & giust.*, 18 luglio 2013; TAR Napoli, sez. VI, 4 luglio 2013, n. 3490; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2834; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3273, ivi, 2012, 1203. Da ultimo si segnala Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4200, secondo cui «*Quando poi risulta che la persona portatrice di handicap ha altri familiari in loco e che il richiedente non ha in precedenza prestato attività di assistenza nei suoi confronti, la p.a. può legittimamente respingere l'istanza di trasferimento*».

95) In tal senso vgs. TAR Roma, sez. II, 23 luglio 2014, n. 8054; TAR Roma, sez. I-*quater*, 19 giugno 2014, n. 6495; TAR Bologna, sez. I, 17 aprile 2014, n. 434; TAR Brescia, sez. I, 9 aprile 2014, n. 361; TAR Roma, sez. I, 2 agosto 2013, n. 7816; TAR Milano, sez. IV, 29 maggio 2013, n. 1414, ivi, 1458; TAR Bologna, sez. I, 10 maggio 2013, n. 360, ivi, 1503; TAR Aosta, sez. I, 13 febbraio 2013, n. 7, ivi, 408; Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2013, n. 518; TAR Roma, sez. I-*quater*, 9 novembre 2012, n. 9210; TAR Reggio Calabria, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 636; TAR Roma, sez. I-*quater*, 5 ottobre 2012, n. 8317, cit.; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1293; TAR Roma, sez. I, 7 ottobre 2011, n. 7818, ivi, III, 65.

gato non solo per circostanze oggettivamente impeditive (come la mancanza del posto in organico)⁹⁶, ma anche per valutazioni discrezionali o di opportunità, purché supportate da adeguata motivazione, ove sussistano specifici interessi preponderanti rispetto alla garanzia dell'assistenza cui è finalizzato il reclamato trasferimento⁹⁷.

Invero, secondo parte della giurisprudenza sovente il beneficio in questione viene strumentalizzato per aggirare le lunghe procedure di mobilità (solitamente relative alla direttrice Nord-Sud, in ragione dell'appartenenza alle regioni meridionali della gran parte degli interessati)⁹⁸, scavalcando

96) L'assenza di posto in organico legittima sovente il rigetto della richiesta di trasferimento ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992. Con riferimento al personale militare vgs. TAR Bari, sez. II, 8 ottobre 2010, n. 3545; quanto al personale del Corpo di Polizia penitenziaria vgs. TAR Napoli, sez. VII, 20 giugno 2014, n. 3452 (che ha riconosciuto il diritto al trasferimento per disponibilità di posti in organico); TAR Roma, sez. I-*quater*, 27 settembre 2013, nn. 8478 e 8479; TAR Catania, sez. III, 18 marzo 2013, n. 807; TAR Roma, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 12886; per la Guardia di Finanza vgs. TAR Bari, sez. I, 22 giugno 2006, n. 2507. Più recentemente, con riferimento al personale degli U.N.E.P., vgs. TAR Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1813, che ha negato il trasferimento per assenza di posti liberi nell'organico della sede richiesta. Un altro interessante filone giurisprudenziale, poi, ha riconosciuto il diritto al trasferimento se la carenza di organico dovesse riguardare sia la sede di servizio del dipendente, sia quella più vicina al domicilio del disabile, richiesta dal congiunto che deve prestarvi assistenza, a prescindere dalla circostanza che quella di partenza abbia maggiore o minore carenza di personale rispetto a quella richiesta. In tal senso vgs. TAR Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2014 (ord.), nn. 1957 e 1958 (inerente personale del ruolo agenti e assistenti della Polizia di Stato). A sua volta, TAR Roma, sez. I-*quater*, 5 ottobre 2012, n. 8317, cit., inerente il giudizio di ottemperanza di una sentenza favorevole al trasferimento ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, di un poliziotto penitenziario, ha implicitamente dato credito alla tesi che impone la verifica del "requisito" della vacanza nella pianta organica, quale condizione per detto trasferimento, avendo accertato l'assenza di posti in organico non solo nel giudizio di merito (TAR Roma, sez. I-*quater*, 24 ottobre 2011, n. 8136, cit.), ma anche in quello di ottemperanza.

97) Vgs. TAR Catania, sez. III, 18 marzo 2013, n. 807. Valorizza l'inciso in questione anche TAR Reggio Calabria, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 636, ivi, 2012, 3356. Con riferimento al trasferimento di un militare (finanziere) per l'assistenza a persona disabile TAR Catania, sez. III, 31 agosto 2012, n. 2045, precisa che l'Amministrazione deve disporre il trasferimento «ove possibile». Se non dovesse ritenere di poter accogliere la domanda, proprio al fine di bilanciare gli interessi in gioco, in considerazione della finalità di tutela del portatore di handicap dell'art. 33, l. n. 104 del 1992, deve adeguatamente motivare in ordine alle ragioni ostative al movimento di sede richiesto.

98) Vgs. circ. DAP 14 novembre 2014, prot. n. 0389935, cit., che in proposito parla di «localizzata origine del personale» che intende beneficiare delle agevolazioni in materia di trasferimento.

così gli altri dipendenti collocati in posizione utile⁹⁹. Si tratta di quell'orientamento che ha sottolineato l'esistenza di consueti e ripetuti abusi del diritto, connessi al ricorso a tale istituto, con richiamo a situazioni di assistenza soggettivamente o oggettivamente inesistenti o drammatizzate¹⁰⁰, che la giurisprudenza di merito tende ad accertare con notevole rigore¹⁰¹.

L'inciso «ove possibile» ha influito anche sulla corretta qualificazione giuridica del beneficio. Alla tesi favorevole al riconoscimento di un vero diritto soggettivo di precedenza nel «trasferimento a richiesta del lavoratore» che assiste con effettiva continuità un parente disabile¹⁰², si contrappone un orientamento della giustizia amministrativa che lo qualifica quale inte-

99) Sull'esigenza di impedire un uso strumentale e opportunistico della normativa a tutela dei disabili gravi, accertando in concreto l'effettiva necessità del trasferimento del lavoratore ai fini dell'assistenza del familiare disabile, vgs. Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4200 (relativa al trasferimento richiesto da un poliziotto penitenziario dalla Casa circondariale di Milano San Vittore a quella di Matera), nonché Cons. Stato, sez. III, (ord.) 7 ottobre 2012, n. 4300 e Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2010, n. 8527. Per la giurisprudenza amministrativa di primo grado vgs. TAR Torino, sez. I, 19 marzo 2014, n. 465; TAR Firenze, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 274; TAR Napoli, sez. VI, 26 settembre 2013, n. 4424; TAR Aosta, sez. I, 13 febbraio 2013, n. 7, cit.; TAR Torino, sez. I, ordinanza 23 novembre 2012, n. 624. Stigmatizza l'uso «eventualmente opportunistico della normativa» in materia anche circ. DAP 14 novembre 2014, prot. n. 0389935 che non a caso, parla di «localizzata origine del personale» che intende beneficiare delle agevolazioni in materia di trasferimento.

100) Vgs. Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 852.

101) Vgs. TAR Napoli, sez. VI, 26 settembre 2013, n. 4424, cit.

102) Per la qualificazione giuridica della fattispecie in questione come «diritto soggettivo, per quanto condizionato e limitato, che non arriva ad acquisire la valenza di diritto potestativo utilizzabile laddove la posizione del datore di lavoro sia qualificabile di mera soggezione alle scelte altrui» vgs. L. CALAFÀ, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, cit., p. 893; B. DI GIACOMO RUSSO, *Il Consiglio di Stato e il diritto alla sede*, cit., 4.; O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, cit., pp. 780 ss. In giurisprudenza, vgs. Cass., sez. un., 7 marzo 2008, n. 7945, cit.; ancor prima Cass. 29 agosto 2002, n. 12692, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 764, con nota di S. BRUZZONE, *Il trasferimento del familiare di persona con handicap solo «ove possibile»*, nonché Cons. Stato, parere, 26 settembre 2000, n. 1623, in www.giustizia-amministrativa.it. Più recentemente vgs. Cass., sez. lav., 18 dicembre 2013, n. 28320, in *Diritto e giustizia online*, 20 dicembre 2013. Parla di diritto al trasferimento, sebbene riferito alle c.d. «prime assegnazioni» (infra), TAR Roma, sez. I, 8 maggio 2012, n. 4126. In posizione mediana, Cass., sez. lav., 5 settembre 2011, n. 18223, in *Dir. & giust.*, 9 settembre 2011 («diritto che non può essere esercitato in modo assoluto»).

resse legittimo a scegliere la propria sede di servizio, ove possibile, cioè compatibilmente con le necessità e le obiettive realtà organizzative ed operative datoriali¹⁰³. L'istituto del "trasferimento a richiesta del lavoratore", ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, viene sovente attivato solo dopo l'insorgenza della condizione invalidante del portatore di *handicap*.

Se per i permessi di assistenza va segnalata la novità rappresentata dal c. 3-*bis* dell'art. 33, l. n. 104/1992, in materia di trasferimenti non v'è analoga disposizione. Ciò ha determinato un paradosso applicativo della norma. Infatti, il diniego del trasferimento a richiesta del lavoratore è stato sistematicamente validato dalla giurisprudenza, non solo in ragione dell'assenza dei requisiti di continuità ed esclusività, ma anche per l'eccessiva distanza tra il luogo ove si trovava l'assistito e quello in cui prestava lavoro il familiare, ritenuto fattore ostativo ad una costante organizzazione e supervisione delle cure necessarie, delle buone condizioni di vita e delle relazioni affettive del disabile.

Dunque, il principio che sembra governare la mobilità geografica a richiesta dei lavoratori che prestano assistenza a soggetti portatori di *handicap* con gravità è il seguente: meno lontana è la sede di lavoro di chi presta assistenza rispetto al domicilio del disabile, più possibilità vi sono di veder accolta la richiesta di trasferimento¹⁰⁴.

Alla luce di questa considerazione si potrebbe ritenere che il trasferi-

103) Vgs. Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2013, n. 4569 (che parla di interesse protetto di tipo pretensivo); TAR Napoli, sez. VI, 24 luglio 2014, nn. 4189 e 4179; TAR Milano, sez. I, 27 marzo 2014, n. 451; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3168; TAR Napoli, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 4435; TAR Torino, sez. I, 3 agosto 2012, n. 972, ivi, 2207; TAR Ancona, sez. I, 9 marzo 2012, n. 189, ivi, 781; TAR Campobasso, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 824, ivi, 2011, 4002; TAR Bari, sez. II, 12 ottobre 2011, n. 1511, ivi, 3236; Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8527, cit.; TAR Salerno, sez. I, 20 settembre 2006, n. 1412, in *Giur. merito*, 2006, 2533; Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 565. *Contra* Trib. Bologna, sez. lav., 11 giugno 2012, n. 464, in *Banca dati DeJure*, secondo cui l'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, accorda al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo al trasferimento, rispondendo così ad una reale esigenza di tutela della persona affetta da grave disabilità e che necessita di assistenza continua, potendo così ottenerla con la presenza continua di un prossimo congiunto.

104) In tal senso vgs. TAR Roma, sez. I-*quater*, 24 gennaio 2014, n. 924, che ha ordinato al Commissario *ad acta*, già nominato nella precedente fase contenziosa, di disporre il trasferimento del ricorrente dalla Casa circondariale di Messina, all'Ospedale psichiatrico giudiziario di Barcellona Pozzo di Gotto, distanti tra loro poco più di 40 Km. In senso

mento sia un *posterius* rispetto ai permessi, nel senso che il dipendente potrà dimostrare attraverso la fruizione di quest'ultima agevolazione¹⁰⁵, di altre assenze dal servizio a vario titolo, ovvero di provvedimenti che determinino un avvicinamento temporaneo, la fondatezza della condizione di assistenza legittimante il trasferimento, nonché lo svolgimento di un'attività assistenziale prestata con modalità costanti, ripetute nel tempo e, nel loro complesso, sufficienti a garantire le esigenze di tutela della persona portatrice di *handicap*¹⁰⁶, fermo restando che appare pacifica la circostanza che il lavoratore avente interesse al trasferimento non potrà mai essere l'unico soggetto a prestare concretamente assistenza al disabile, dandosi per acquisito, sia in dottrina¹⁰⁷, sia in giurisprudenza¹⁰⁸, il principio dell'assistenza c.d. "turnaria", pena la reintroduzione materiale dell'abrogato principio di esclusività.

esattamente contrario, però, si segnala un recente orientamento reso dal TAR di Napoli che ha rigettato le istanze di trasferimento, *ex art.* 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, di alcuni appartenenti alla Polizia di Stato rispettivamente da Napoli a Benevento e da Napoli a Salerno, anche in ragione della breve distanza tra la sede di servizio e il luogo di residenza del disabile (85 km nel primo caso e 55 km nel secondo) (v. TAR Napoli, sez. VI, 24 luglio 2014, nn. 4189 e 4179). Sempre in senso negativo vgs. anche TAR Lecce, sez. II, 14 marzo 2014, n. 764, inerente il rigetto di una richiesta di trasferimento sempre *ex lege* n. 104 del 1992 di un finanziere dalla Tenenza di Manduria ad uno dei reparti della città di Lecce, distanti poco meno di 50 Km.

- 105) Ed infatti, Trib. Milano, 4 maggio 2004, ha evidenziato che i permessi mensili retribuiti, *ex lege* n. 104 per 1992, competono ai lavoratori che assistono familiari portatori di handicap, anche nell'ipotesi in cui il lavoratore risulti residente a centinaia di chilometri di distanza dal luogo in cui si trova il familiare.
- 106) Vgs. TAR, Roma, sez. I, 6 luglio 2012, n. 6162. Vgs. anche TAR Milano, sez. III, 14 luglio 2011, n. 1885, *ivi*, 2011, 2228, secondo cui per fruire dei benefici previsti dalla l. n. 104 del 1992, l'assistenza che il lavoratore deve prestare nei confronti del familiare portatore di *handicap* non deve essere necessariamente quotidiana, purché assuma i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze della persona disabile. Il beneficio, quindi, può essere riconosciuto in favore di quei lavoratori che, pur risiedendo o lavorando in luoghi distanti da quello della persona con grave disabilità, offrano alla stessa un'assistenza sistematica ed adeguata, dovendosi intendere come tale una cura della persona disabile avente cadenza regolare e periodica idonea a soddisfarne gli effettivi bisogni materiali e morali. *Contra*, TAR Roma, sez. I, 4 marzo 2011, n. 2001, che nega il diritto al trasferimento per l'eccessiva distanza tra sede di lavoro del familiare che presta assistenza al disabile; TAR Roma, sez. I, 16 luglio 2009, n. 7034, *ivi*, 2009, 2119.
- 107) Vgs. R. CULTRERA, *Permessi ex art. 33 della legge n. 104/92: continuità dell'assistenza e lontananza geografica*, cit. pp. 272 ss.; P.A. DE SANTIS, *Sui presupposti di esclusività e continuità dei permessi parentali di cui all'art. 33, l. n. 104 del 1992*, cit. pp. 2532 ss.
- 108) Vgs. TAR Torino, sez. I, 4 aprile 2004, n. 589; vgs. TAR Trento, sez. I, 13 maggio 2010, n. 131.

Ciò, però, non vuol dire che l'istituto dei permessi *ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992*, e quello del trasferimento a richiesta, ai sensi del successivo comma 5, debbano essere necessariamente utilizzati dal medesimo lavoratore. Infatti, è ben possibile (anzi auspicabile) che in presenza di più familiari disponibili all'assistenza, ed al fine dell'ottimizzazione di questa, qualcuno possa attingere al primo istituto e qualcun altro al secondo, così ripartendosi gli oneri tra più persone e, a cascata, riversandoli su più datori di lavoro¹⁰⁹.

A tali profili, poi, si aggiunge quello relativo alla preesistenza della situazione assistenziale, richiesto da una parte consistente della giurisprudenza¹¹⁰, che determina una negazione delle tutele nelle situazioni di assistenza sopravvenute all'assunzione in servizio. In sintesi, la giurisprudenza ha ridotto la tutela dei disabili divenuti tali dopo l'assunzione del soggetto che presta assistenza, e l'ha ampliata a vantaggio di quelli che già fruissero di assistenza prima dell'assunzione, estendendo il raggio di azione dell'*art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, alle c.d. "prime assegnazioni" dei lavoratori in grado di dimostrare di assistere il disabile da prima della costituzione del rapporto di impiego¹¹¹, anche quando il bando di concorso preveda che i vincitori debbano essere assegnati nella sede di prima destinazione per al-

109) Sul punto vgs. O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, cit., p. 814, secondo cui "opinando diversamente, non solo si finisce con l'addossare a un solo lavoratore tutti gli obblighi di cura, ma si fanno anche gravare su un unico datore di lavoro tutti gli obblighi di collaborazione necessari".

110) Vgs. TAR Roma, sez. I-bis, 2 luglio 2014, n. 6965; TAR Parma, sez. I, 13 giugno 2014, n. 59; TAR Roma, sez. I, 15 maggio 2013, n. 4880; Cons. Stato, sez. I, 31 gennaio 2012, n. 4103 e Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3759, ivi, 2011, 2086, secondo cui le *ll. n. 104 del 1992* e *n. 53 del 2000*, tutelano le situazioni di assistenza a congiunti disabili già esistenti la cui interruzione crei pregiudizio allo stato di fatto favorevole al diversamente abile, con la conseguenza che le esigenze di assistenza successivamente determinatesi non sono ricomprese nella previsione legislativa, risultando influente che il pubblico dipendente aspiri al trasferimento proprio al fine di poter instaurare un rapporto di assistenza continuativa. Ancor prima vgs. TAR Roma, sez. I, 7 marzo 2011, n. 2033 e Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 923; Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8530; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4115.

111) Vgs. TAR Napoli, sez. VI, 4 luglio 2013, n. 3490, cit. In senso parzialmente contrario, si segnala una recente decisione che ha dichiarato l'illegittimità di un provvedimento di rigetto di trasferimento *ex lege 104 del 1992*, richiesto da un funzionario del Corpo della Polizia penitenziaria, nonostante l'accertamento dello stato dell'handicap dell'assistito da parte della competente Commissione sia avvenuto in una data corrispondente al pieno

meno cinque anni e che non possano richiedere ed ottenere di essere trasferiti o comunque comandati a prestare servizio in regione diversa da quella alla quale sono stati assegnati.

Sul principio della preesistenza della situazione assistenziale si segnalano alcuni adeguamenti ermeneutici, nel senso che la richiesta di trasferimento va valutata alla stregua del riscontro di puntuali elementi indiziari, quali la verosimiglianza e/o la credibilità di una continuativa prestazione assistenziale in ragione della distanza intercorrente fra la sede di servizio e il luogo di residenza del congiunto¹¹².

Interessante, poi, è la ricaduta che potrebbe avere sull'istituto l'art. 33, c. 7-bis, l. n. 104 del 1992. Infatti, la disposizione prevede che, ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore comunque decade dai diritti di cui all'art. 33, qualora il datore di lavoro o l'INPS, specie a seguito delle verifiche straordinarie introdotte per contrastare il deprecabile fenomeno dei falsi invalidi, accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. La disposizione potrebbe legittimare i datori di lavoro a revocare/annullare il provvedimento di trasferimento del lavoratore, una volta venute meno le condizioni previste dalla norma per la legittima fruizione dei medesimi diritti, ad esempio a causa della morte del soggetto assistito, ovvero del venir meno dello stato di portatore di *handicap* in situazione di gravità; tale interpretazione non è condivisa da quell'orientamento giurisprudenziale che riconosce al lavoratore non solo il diritto al trasferimento definitivo da una sede all'altra¹¹³, ma un più ampio diritto alla sede, che include, oltre al diritto di trasferirsi, il diritto di

svolgimento del corso di formazione per la nomina a Vice Commissario del Ruolo direttivo ordinario, a cui il predetto partecipava, di fatto ammettendo la c.d. "assistenza pro futuro", visto che l'assistito è diventato tale dopo l'inizio del corso in questione (cfr. TAR Bologna, sez. I, 17 aprile 2014, n. 434).

112) Vgs. TAR Roma, sez. I, 6 luglio 2012, n. 6162.

113) Secondo TAR Salerno, sez. I, 14 gennaio 2014, n. 110, relativa alla procedura di trasferimento di un poliziotto penitenziario dalla sede ove era stato trasferito ai sensi dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, a quella da cui proveniva, «Non ha alcuna incidenza sulla natura definitiva del provvedimento adottato «il generico “obbligo del dipendente di comunicare tempestivamente qualsiasi mutamento delle condizioni che sono alla base dell'adozione del presente atto”, che, al più, indica, in tal evenienza, un'eventuale rivalutazione della posizione del destinatario ma senza previsione di alcuna conseguenza immediata e diretta, quale l'automatica riassegnazione alla sede precedente».

rimanere nella sede già assegnata, nonché quello di rendere stabile e definitiva una sede precedentemente assegnata in via provvisoria¹¹⁴.

2.5. Il diritto del lavoratore che assiste il disabile alla scelta della sede di lavoro

Altra forma di tutela è rappresentata dalla non trasferibilità ad altra sede di lavoro del dipendente che presta assistenza a familiare disabile, previsto sempre dall'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, salvo consenso dello stesso lavoratore.

A tal riguardo è stato precisato che è illegittimo, in mancanza di consenso dell'interessato, il trasferimento (e conseguentemente l'eventuale licenziamento motivato dal rifiuto)¹¹⁵ anche nel caso in cui la disabilità non si configuri come grave, essendo tale inamovibilità giustificata dalla cura e dall'assistenza al familiare disabile, salvo che il datore di lavoro non provi l'esistenza di specifiche esigenze effettive, urgenti e insuscettibili di essere diversamente soddisfatte¹¹⁶, quali quelle, ad esempio, derivanti da una incompatibilità ambientale del dipendente che presti assistenza¹¹⁷, ovvero della soppressione del posto.

114) TAR Milano, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 504; Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3759; Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 29; TAR Roma, sez. I, 5 ottobre 2006, n. 9932; TAR Roma, sez. I, 19 luglio 2006, n. 6036, ivi, 2485; TAR Roma, sez. I, 12 giugno 2006, n. 4482, ivi, 2050.

115) Cass., sez. lav., 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 86, con nota di M. PALLINI, *L'utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*

116) Vgs. Cass., sez. lav., 7 giugno 2012, n. 9201, in *Foro it.*, 2012, I, 2349, che interpreta l'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, alla luce dell'art. 3, c. 2, Cost. e dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con l. n. 18 del 2009. Merita di essere citata a tal riguardo Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2003, n. 2346, che ha dichiarato legittimo il trasferimento ad altra sede, senza consenso, di militari appartenenti al Corpo della Guardia di Finanza, che già si trovino nella condizione di assistere un familiare handicappato, ex art. 33, l. n. 104 del 1992, in forza di una decisione sorretta da una congrua motivazione che dia conto della preminenza delle predette esigenze di servizio rispetto a quelle dell'ambito familiare dell'interessato.

117) Secondo Cass., sez. un., 9 luglio 2009 n. 16102, in *LG*, 2009, p. 1243, con nota di F. LIMENA, *Il trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*; in *Mass. giur. lav.*, 2009, pp. 918 ss., con nota di A. D'ANDREA, *Trasferimento per*

Giova, inoltre, far notare che la collocazione dell'inciso «ove possibile» *sub* art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, impedisce la sua utilizzabilità con riferimento al divieto di trasferimento del lavoratore senza il consenso del medesimo, rendendo questo istituto “più protettivo” rispetto al “diritto” del lavoratore di scegliere la sede di lavoro¹¹⁸.

Garanzie analoghe a quelle previste dall'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, sono state introdotte dall'art. 4, c. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114 (c.d. “riforma Madia”), che ha modificato radicalmente l'art. 30, d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165, consentendo alle pubbliche amministrazioni contrattualizzate di ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti a una qualifica corrispondente e in servizio presso altre Amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'Amministrazione di appartenenza.

I dipendenti in questione possono essere trasferiti all'interno della stessa Amministrazione o, previo accordo tra le Amministrazioni interessate, in altra Amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune, ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede

*incompatibilità ambientale del familiare del disabile: non occorre il consenso in caso di incompatibilità ambientale o soppressione del posto; con nota di M. DI FRANCESCO, Cumulabilità del permesso giornaliero in caso di più figli con handicap grave, in Dir. relaz. ind., 2010, pp. 783 ss.: «In materia di assistenza alle persone handicappate, alla luce di una interpretazione dell'art. 33, comma 5, l. 5 febbraio 1992 n. 104, orientata alla complessiva considerazione dei principi e dei valori costituzionali coinvolti (come delineati, in particolare, dalla Corte cost. con le sentenze n. 406 del 1992 e n. 325 del 1996), il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente od un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, se, da un lato, non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda ovvero della p.a., non è, invece, attuabile ove sia accertata – in base ad una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale – l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro». Più recentemente in tal senso vgs. Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1073, in *Redazione Giuffrè*; Cass., sez. lav., 5 novembre 2013, in *Giust. civ. - Mass.*, 2013; TAR Campobasso, sez. I, 17 febbraio 2012, n. 34, in *Foro amm. - TAR*, 2012, 520; TAR Salerno, sez. I, 19 gennaio 2012, n. 62, in www.giustizia-amministrativa.it; ancor prima vgs. TAR Bolzano, 13 dicembre 2006, n. 444, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 3806.*

118) In tal senso D. MESITI, *L'handicap e il divieto di trasferimento del lavoratore*, nota a Cass. 7 giugno 2012, n. 9201, in *LG*, 2013, p. 512.

cui sono adibiti, essendo irrilevante la presenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ai sensi dell'art. 30, c. 2, ult. cpv., d.lgs. n. 165 del 2001, ai dipendenti che prestino assistenza a familiare disabile in condizione di gravità, ex art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, i passaggi diretti di personale tra Amministrazioni diverse poc'anzi illustrati possono realizzarsi solo con il consenso degli stessi alla prestazione della propria attività lavorativa in un'altra sede.

2.6. Le prerogative del comparto sicurezza e difesa

Il diritto al trasferimento a richiesta, di cui all'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, per gli appartenenti al comparto sicurezza è stato talora messo in dubbio, per via dell'inciso «ove possibile», che ha indotto in alcuni casi a considerare inapplicabile l'art. 33, c. 5, alle forze armate e alle forze di polizia. Infatti, in quest'ultimo settore parte della giurisprudenza, facendo leva sul principio di specificità di cui all'art. 19, l. n. 183 del 2010, ha in un primo momento negato l'applicabilità dei trasferimenti ex art. 33, l. n. 104 del 1992¹¹⁹.

L'orientamento in questione, in via di progressivo abbandono¹²⁰, ha anteposto gli obblighi derivanti dal servizio al diritto di assistenza, condizionando la fruizione delle agevolazioni in materia alla adozione di appositi provvedimenti legislativi finalizzati a definire lo statuto del personale delle FF.AA., delle FF.PP. e del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco (questi ultimi appartenenti al comparto soccorso pubblico), alla luce dei peculiari compiti da questi svolti¹²¹.

119) Vgs. TAR Aosta, sez. I, 16 maggio 2013, n. 33. In dottrina vgs. D. MESITI, *L'handicap e il divieto di trasferimento del lavoratore*, cit., p. 508.

120) Per il riconoscimento delle agevolazioni anche al personale del Comparto sicurezza e difesa, nonché Soccorso pubblico, attesa anche la programmaticità dell'art. 19, l. n. 183 del 2010, vgs. Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2012, n. 4047; Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4291; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2012, n. 5378; TAR Reggio Calabria, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 636; TAR Torino, sez. I, 25 gennaio 2013, n. 105; TAR Milano, sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 527; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3168; TAR Toscana, sez. I, 1 agosto 2013, n. 1206.

121) Così Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 66, in *Foro it.*, 2012, III, 65; TAR Firenze, sez. I, 15 febbraio 2012, n. 327; vgs. anche TAR Napoli, sez. VI, 21 maggio 2012, n.

Connessa alle specifiche funzioni assolte dagli appartenenti alle forze armate è l'inapplicabilità dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, al personale volontario in ferma prefissata, in ragione dell'esiguità temporale del rapporto di impiego, che *ex se* non può tollerare la possibilità di trasferimento in altra sede rispetto a quella ordinariamente contemplata dall'impiego del militare per un lasso di tempo comunque contenuto, onde evitare riflessi negativi sulle esigenze operative delle forze armate e sulle conseguenti necessità formative del personale volontario agli effetti del possibile transito nel servizio permanente effettivo¹²². Di conseguenza, l'Amministrazione militare consente l'applicazione dei benefici al solo personale in servizio permanente effettivo (c.d. "s.p.e."), ossia legato all'Amministrazione da un rapporto a tempo indeterminato.

Va segnalato comunque un ripensamento da parte della giurisprudenza in materia di agevolazioni *ex art.* 33, l. n. 104 del 1992, onde evitare ingiustificate discriminazioni determinate dall'appartenenza del lavoratore beneficiario ad una FF.AA. o FF.PP.¹²³, riconoscendosi i diritti di assistenza ai disabili (permessi, trasferimenti a richiesta...) anche a favore dei lavoratori del comparto sicurezza.

La mobilità geografica del personale appartenente alle FF.AA. e alle FF.PP., quando avviene in forza di una procedura volontaria ordinaria, soddisfa *in primis* l'interesse pubblico a ricoprire posizioni organiche vacanti (e disponibili), accordando contestualmente rilievo anche alle esigenze personali del dipendente. Alla procedura ordinaria volontaria si affiancano, poi, quelle straordinarie (volontarie e non), alle quali la giurisprudenza at-

2352, a sua volta riformata da Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 1005, che ha annullato il provvedimento con il quale il Comando generale della Guardia di Finanza aveva rigettato la richiesta di trasferimento formulata, ai sensi dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, da un finanziere per motivi di assistenza familiare.

122) Vgs. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2011, n. 4232.

123) Sull'applicazione dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992 al Corpo di Polizia penitenziaria vgs. TAR Milano, sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 504; ancor prima vgs. TAR Toscana, sez. I, 22 gennaio 2014, n. 133; TAR Napoli, sez. VI, 4 luglio 2013, n. 3490; TAR Milano, sez. IV, 29 maggio 2013, n. 1414, cit., e TAR Aosta, sez. I, 16 maggio 2013, n. 33; TAR Roma, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 252, ivi, 109; TAR Reggio Calabria, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 636, ivi, 2012, 10, 3356; per la Polizia di Stato vgs. Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1293, in *Foro it.*, 2012, III, 191; quanto alla Guardia di Finanza vgs. Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 1005, in *Foro it.*, 2013, III, 201.

tribuisce valenza autonoma rispetto alla prima e tra le quali rientra a pieno titolo anche quella ai sensi dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992¹²⁴, in ragione dei differenti effetti e finalità che intende perseguire, ferma restando la rilevanza – riconosciuta dagli organi giurisdizionali – della situazione e delle («imperscrutabili»)¹²⁵ esigenze di servizio¹²⁶ dell'organico della sede cedente rispetto a quelle indicate dal lavoratore¹²⁷, bilanciando, così, gli interessi in campo.

Il contemperamento del diritto alla assistenza con le necessità orga-

124) Vgs. TAR Bologna, sez. I, 20 marzo 2014, n. 285.

125) Così TAR Roma, sez. II-ter, 12 giugno 2014, n. 6278.

126) Sul punto vgs. TAR Roma, sez. II, 23 luglio 2014, n. 8054, secondo cui le «esigenze di servizio» della sede cedente non devono essere generiche e apodittiche, e tali sono quelle opposte dalla pubblica amministrazione che «si limita a segnalare l'eccedenza di personale nella sede di richiesta, senza peraltro alcun riferimento a dati numerici e/o funzionali e/o organizzativi, in una logica quindi di puro sbarramento».

127) Infatti, il diritto di scelta della sede non può trasformarsi nell'obbligo della pubblica amministrazione di coprire un posto vacante (Cass., sez. lav., 25 gennaio 2006, n. 1396; Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2003, n. 2346), ma, come giustamente rammenta L. CALAFÀ, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, cit., «i posti in organico non devono essere solo vacanti, ma anche disponibili». Tale precisazione è importante poiché l'Amministrazione potrebbe avere una pluralità di vacanze in organico nella zona ove dovrebbe essere assegnato il dipendente, ma avere interesse a coprirne una piuttosto che un'altra, senza comunque recare danno al soggetto fruitore dell'agevolazione di cui all'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992. L'interesse alla copertura di determinate sedi, piuttosto che altre, però, non deve condurre alla frustrazione del diritto alla corretta applicazione dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, come sembra emergere dalla lettura di TAR Torino, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 1054, relativa ad un appartenente al Corpo forestale dello Stato. Infatti, nel caso di specie il trasferimento è stato negato in ragione delle vacanze di organico nella sede di appartenenza, che non possono essere facilmente coperte al di fuori delle ordinarie procedure di trasferimento, con la conseguenza che il beneficio del trasferimento può essere ragionevolmente chiesto all'Amministrazione solo quando la situazione dell'organico di destinazione sia, a livello locale o provinciale, pari o peggiore rispetto a quello della sede di provenienza, e non nel caso contrario. Leggermente differente la valutazione fatta da TAR Roma, sez. I-quater, 30 aprile 2014 (ord.), nn. 1957 e 1958 (inerente personale del ruolo agenti e assistenti della Polizia di Stato) che hanno riconosciuto il diritto al trasferimento in presenza di carenza di organico in entrambe le sedi, a prescindere dalla circostanza che la sede di partenza avesse maggiore o minore carenza di personale rispetto a quella richiesta. Con riferimento, invece, al Corpo di Polizia penitenziaria, ritengono essenziale che siano comparate le esigenze delle due sedi TAR Milano, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 472, TAR Roma, sez. I-quater, 24 gennaio 2014 (ord.), n. 369, 10 gennaio 2014, n. 306 e 27

nizzative della pubblica amministrazione non deve risolversi con il sacrificio di uno dei due valori in campo, ragion per cui va apprezzata quella giurisprudenza capace di assicurare un sapiente bilanciamento delle posizioni giuridiche contrapposte; da un lato, negandosi il diritto al trasferimento alla sede richiesta dal lavoratore per assenza di posto in organico; dall'altro lato, ordinando all'Amministrazione di trasferire il ricorrente alla sede con posti vacanti corrispondenti alla qualifica del lavoratore più vicina al luogo di residenza del disabile¹²⁸.

Come si può notare nell'opera di equo bilanciamento, affidata sostan-

settembre 2013, n. 8483; a sua volta TAR Torino, sez. I, 19 marzo 2014, n. 464, 3 aprile 2014, n. 560 e 23 maggio 2014, n. 935, hanno evidenziato che il beneficio del trasferimento di cui all'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992 non costituisce un diritto assoluto e deve essere valutata la sua compatibilità con le esigenze organizzative e del servizio, con la conseguenza di legittimare il rigetto del trasferimento richiesto dal dipendente, quando le sedi interessate al trasferimento abbiano entrambe carenza di organico, senza alcuna valutazione comparativa in ordine a quale delle due sia più o meno deficitaria. La necessità del bilanciamento è stata ritenuta necessaria anche dalla circ. DAP 28 dicembre 2012, prot. n. 0457451, §17, che impone la «valutazione delle esigenze funzionali del reparto d'appartenenza nonché del reparto di cui alla sede di gradimento», per cui l'Amministrazione è sempre obbligata a valutare anche la disponibilità di organico (amministrato) presso la suddetta sede di gradimento e ad effettuare un bilanciamento globale sulle proprie necessità organizzative (su cui vgs. TAR Trieste, sez. I, 2 luglio 2014, n. 347). Quanto alla giurisprudenza amministrativa di secondo grado, Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2014, n. 624, ha ritenuto legittimo un provvedimento di diniego per (supposta) assenza di posti in organico presso gli istituti penitenziari di Palermo, giustificato in base alla determinazione delle piante organiche del Corpo di Polizia penitenziaria, di cui al d.m. 18 novembre 2001, abrogate dal d.m. 22 marzo 2013. Del pari TAR Roma, sez. I-*quater*, 21 marzo 2014, n. 3131, in quanto «le previsioni recate con il d.m. 22 marzo 2013 non sono ancora operative in mancanza del provvedimento del Capo del Dipartimento con cui, in concertazione con le OO.SS. di categoria, si stabiliranno le previsioni organiche relative alle singole sedi presenti nella Regione Lombardia». Effettivamente, quest'ultima decisione sembra aver colto nel segno, visto che la determinazione degli organici regionali e dei singoli istituti è stata ufficializzata solo con provvedimenti del Capo del Dipartimento del 27 giugno 2014.

- 128) Cfr. TAR Bologna, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 101, con riferimento ad un poliziotto penitenziario che aveva richiesto il trasferimento alla Casa circondariale di Orvieto, negato dall'Amministrazione penitenziaria per assenza di posti in organico, a sua volta condannata dal giudice amministrativo «a valutare se sussistono posti vacanti corrispondenti alla qualifica della ricorrente in tutte le sedi circondariali più vicine al domicilio della persona da assistere che la ricorrente richiederà e, comunque, procedere al trasferimento presso la sede di Orvieto per la copertura del primo posto che si renderà vacante».

zionalmente all'interpretazione amministrativa e giurisprudenziale della locuzione «ove possibile»¹²⁹, diviene oggetto di valutazione la disponibilità di posti (*recte* la carenza d'organico) con riferimento alla qualifica rivestita dal lavoratore che presta assistenza e che richieda il trasferimento, tanto che ove sussista per la qualifica rivestita la disponibilità di posti nella sede richiesta, la necessità di assicurare l'apporto assistenziale alla persona in condizione di *handicap* si configura prevalente e prioritaria (oltretutto derogatoria alla regole ordinarie di mutamento del luogo di servizio), rispetto ai trasferimenti da effettuarsi secondo gli interpelli periodici a livello nazionale, volti a soddisfare, di massima, le esigenze di rientro nella sede di origine in base all'anzianità di servizio maturata¹³⁰.

Un organico saturo, invece, impedisce il trasferimento *ex lege* n. 104, escludendosi, quindi, trasferimenti in sovrannumero rispetto all'organico previsto¹³¹, possibili solo nel caso di assegnazione temporanea per gravissimi motivi *ex art. 7, d.P.R. n. 254 del 1999*¹³².

Il Consiglio di Stato intervenuto sulla materia in sede consultiva¹³³, ha ritenuto che le uniche due esigenze che l'Amministrazione è tenuta a valutare nel procedimento in parola, e dunque gli unici parametri entro i quali l'Amministrazione è tenuta a muoversi, sono:

129) Sul punto si rinvia alle risposte date dal Consiglio di Stato in sede consultiva, sia allo Stato Maggiore della Difesa (parere n. 896 del 14 marzo 2014), sia al Ministero dell'economia e finanze - Comando generale della Guardia di Finanza (parere n. 897 del 14 marzo 2014), di cui dà conto la circ. DAP 14 novembre 2014, prot. n. 0389935, e nelle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto che le uniche due esigenze che l'Amministrazione è tenuta a valutare nel procedimento di trasferimento sono quelle organizzative ed operative dell'Amministrazione di appartenenza, nonché l'effettiva necessità del trasferimento del lavoratore ai fini dell'assistenza del familiare disabile, al fine di impedire un uso strumentale, improprio ed eventualmente opportunistico della normativa a tutela dei disabili gravi (cfr. anche Cons. Stato, sez. III, ord. 27 ottobre 2012, n. 4300, cit.).

130) Vgs. Cons. Stato, sez. III, 1 agosto 2014, n. 4085.

131) Cfr. TAR Roma, sez. II-ter, 6 marzo 2014, n. 2639, nonché TAR Potenza, sez. I, 31 luglio 2014, n. 529. In dottrina, vgs. B. DI GIACOMO RUSSO, *Il Consiglio di stato e il diritto alla sede*, cit., pp. 2131 ss., che esclude la possibilità di «dar luogo ad un trasferimento in posizione soprannumeraria, dovendo sussistere la vacanza del posto nella sede in cui il lavoratore aspira ad essere trasferito».

132) Cfr. TAR Potenza, sez. I, 31 luglio 2014, n. 529.

133) Vgs. risposte date dal Cons. Stato, sia allo Stato Maggiore della Difesa (Parere 14 marzo 2014, n. 286), sia al Ministero dell'economia e finanze - Comando generale della Guardia di Finanza (Parere 14 marzo 2014, n. 897).

- le esigenze organizzative ed operative dell’Amministrazione di appartenenza, rispetto alle quali il trasferimento deve risultare “possibile”;
- l’effettiva necessità del trasferimento del lavoratore ai fini dell’assistenza del familiare disabile, al fine di impedire un uso strumentale, improprio ed eventualmente opportunistico della normativa a tutela dei disabili gravi.

Un’altra questione che dà adito ad ampio contenzioso attiene alla supposta temporaneità del trasferimento ex l. n. 104 del 1992 fino alla permanenza delle esigenze straordinarie, rispetto alla stabilità della mobilità volontaria ordinaria. In sintesi, il dipendente trasferito ai sensi dell’art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, sarebbe esposto all’attivazione della procedura di ritrasferimento alla sede di origine, ove dovessero venir meno le esigenze che hanno indotto l’Amministrazione ad accogliere la sua istanza di mobilità straordinaria (es. miglioramento della patologia, ricovero in strutture sanitarie, presenza di familiari che accudiscono il disabile, morte dello stesso)¹³⁴.

Così facendo l’istituto del trasferimento, connotato secondo parte della giurisprudenza dal crisma della definitività¹³⁵, verrebbe ad essere caratterizzato, invece, da un’evidente precarietà/temporaneità, esponendo, secondo alcuna dottrina¹³⁶ l’Amministrazione procedente all’azione civile contro la discriminazione nei confronti delle persone con disabilità, ex artt. 3, l. n. 67 del 2006 e 28, d.lgs. n. 150 del 2011.

La tesi della temporaneità del trasferimento straordinario viene ricondotta al c. 5, dell’art. 33, della l. n. 104 del 1992, dal successivo c. 7-bis, ivi prevedendosi la decadenza dai diritti di cui all’art. 33, qualora il datore

134) Così, espressamente, TAR Venezia, sez. I, 4 agosto 2014, n. 1156, e 16 aprile 2014, n. 508; la tesi è sostenuta anche da TAR Lecce, sez. II, 13 giugno 2014, n. 1460, che ha dichiarato in parte irricevibile e in parte inammissibile il ricorso tardivamente presentato dall’aviere coinvolto.

135) Vgs. TAR Salerno, sez. I, 14 gennaio 2014, n. 110, e 23 maggio 2014, n. 979, in relazione ad alcuni appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria, destinatari di provvedimenti di ritrasferimento alla originaria sede cedente, in ragione della morte del soggetto assistito; ancor prima vgs. TAR Lecce, sez. III, n. 1942/2012, 7 maggio 2009, n. 980 e 21 maggio 2009, n. 1226. Contra, per la temporaneità del trasferimento, vgs. TAR Roma, sez. I-quater, 21 febbraio 2014, n. 2117, che riconosce il diritto alla partecipazione alle procedure di mobilità ordinaria a domanda ad un funzionario di Polizia penitenziaria, già trasferito ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992.

136) Sul punto cfr. N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, pp. 931 ss.

di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti; orbene, tra i diritti riconosciuti dall'art. 33, l. n. 104 del 1992, v'è quello sub c. 5, relativo alla scelta, ove possibile, della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere, con divieto di trasferimento ad altra sede senza il consenso dello stesso lavoratore. La suesposta interpretazione potrebbe essere viziata, poiché il diritto dal quale si dovrebbe decadere non dovrebbe essere quello al trasferimento, ma quello alla scelta della sede, teoricamente esercitato e quindi "consumato"¹³⁷.

Non è mancato chi ha fatto rilevare come la tesi della temporaneità del trasferimento *ex lege* 104/92 potrebbe contrastare con i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento¹³⁸, tenendo conto del fatto che si correrebbe il rischio di incidere su situazioni oramai consolidate da anni. La procedura di "ritrasferimento", a seguito del venir meno delle condizioni richieste dall'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, altro non sarebbe che l'effetto della revoca del provvedimento originario, da cui potrebbe conseguire un trasferimento d'ufficio.

Quest'ultimo provvedimento necessita di espressa motivazione, dovendo essere palesate le ragioni d'interesse pubblico ed organizzativo (non potendo semplicemente consistere nel decesso del soggetto assistito), che inducono l'Amministrazione a rimuovere il dipendente dalla sede di servizio ove è stato *illo tempore* trasferito, a maggior ragione se tra i due provvedimenti dovesse decorrere un apprezzabile lasso di tempo¹³⁹. Va reputato illegittimo, quindi, l'automatismo della revoca del trasferimento, posto alla base di molte procedure di ritrasferimento, ove si omette il bilanciamento tra il sacrificio dell'interesse privato del dipendente e quello pubblico dell'Amministrazione ad eseguire il nuovo provvedimento di trasferimento, nonché le conseguenze erariali connesse a quest'ultimo atto (i.e. il pagamento dell'indennità per trasferimento d'ufficio)¹⁴⁰.

137) Vgs. V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in *LG*, 12, 2014, p. 1062.

138) Esplicitamente vgs. TAR Salerno, sez I, 14 gennaio 2014, n. 110

139) Vgs. TAR Salerno, sez. I, 14 gennaio 2014, n. 110, in relazione ad un appartenente al Corpo di Polizia penitenziaria; ancor prima vgs. TAR Lecce, sez. III, n. 1942/2012.

140) Vgs. ancora TAR Salerno, sez. I, 14 gennaio 2014, n. 110, che per l'effetto ha annullato la circ. DAP 28 dicembre 2012, prot. n. 0457451, pt. 22, nella parte in cui stabilisce che «Nel caso di cessazione dei presupposti, l'Amministrazione avvierà d'ufficio le procedure di revoca del trasferimento».

Sulla questione della temporaneità ha assunto ormai una posizione univoca il Consiglio di Stato, secondo cui: *“il trasferimento ex art 33 comma 5 l. 104/92 è disposto a vantaggio e nell’interesse esclusivo non dell’Amministrazione ovvero del richiedente, ma del disabile: il movimento dunque ha natura strumentale ed è intimamente connesso con la persona dell’assistito. Conseguenza che il decesso del disabile svuota ab interno la funzione stessa del provvedimento, irrimediabilmente privato della propria costitutiva ragione d’essere, e, dunque, impone all’Amministrazione la revoca del movimento a suo tempo disposto: l’interesse pubblico all’ottimale allocazione del personale, non più compresso dal concorrente interesse alla cura del disabile e di rilievo parimenti pubblico in virtù della qualificazione normativa recata la legge 104, torna infatti a riprendersi pienamente. A dispetto del nomen iuris, la revoca in esame non presenta tratti di discrezionalità: si tratta, di contro, di un atto doveroso nell’an e vincolato nel quomodo, d’indole decadenziale, con cui l’Amministrazione, sulla scorta del venir meno dell’unico presupposto fattuale posto a fondamento di una precedente determinazione di mobilità che, altrimenti, non sarebbe stata assunta, ricostituisce lo status quo ante, non essendovi più alcun motivo per continuare a mortificare l’interesse pubblico all’ottimale allocazione del personale ed in concorrente interesse individuale degli altri dipendenti allo scrutinio, in condizioni di parità, delle proprie istanze di trasferimento”*¹⁴¹. Parimenti il Consiglio di Stato, in merito all’introduzione del comma 7-bis intervenuta per mezzo dell’articolo 24, comma 1 lettera c), della legge 183/2010, stabilisce altresì che *“il testo della novella legi-*

141) Cons. Stato 6 novembre 2017, n. 5125 in riforma alla sentenza TAR Lombardia, n. 2225 del 25 novembre 2016. Nello stesso senso vgs. Cons. Stato 26 febbraio 2016, ord. n. 653, ove l’alto consesso ha stabilito che: *“il trasferimento in questione riguardò solo tale assistenza e, quindi, il profilo della relativa durata fu così conformato, onde la revoca non fa che accertare il mero esaurimento di tal presupposto e ripristinare la stato quo ante, senza che la circolare invocata o altri atti di organizzazione debbano dire alcunché sul punto”*. Ancora, il Cons. Stato 13 novembre 2017, n. 5206, nel respingere l’appello proposto di controparte, avverso la revoca dell’assegnazione per cessazione dei requisiti nei confronti di altro appartenente alla Polizia penitenziaria, stabilisce che *“la norma è perentoria nel legare i diritti previsti per il citato art. 3 al venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti, tanto da ipotizzare una possibile rilevanza disciplinare nella condotta del lavoratore che non comunichi detta circostanza mutata, tale perentoria dizione della norma impone che al verificarsi di un mutamento delle condizioni, la fruizione del diritto venga meno, salva la via even-*

slativa... contiene una espressione (“decade”) tesa all’evidenza a disciplinare un rapporto di durata; ciò implica che tale norma si applichi ai trasferimenti disposti sotto l’usbergo delle disposizioni precedenti”¹⁴².

Rispetto alla prospettiva della temporaneità del provvedimento di trasferimento ai sensi della l. 104/1992, non si comprende quale sorte sia riservata al dipendente da ritrasferire nel caso in cui questi sia stato assegnato alla sede più vicina alla residenza del disabile in occasione di c.d. “prima assegnazione”, ovvero ove la sede di provenienza non abbia più alcuna vacanza organica, o addirittura sia stata soppressa. Infatti, nella prima ipotesi la sede di servizio alla quale ritrasferire il dipendente, per effetto del verificarsi delle condizioni di cui all’art. 33, c. 7-bis, l. n. 104 del 1992, corrisponde alla scuola di formazione presso cui è stato effettuato il corso propedeutico all’impiego.

Al fine di evitare disfunzionali impieghi di personale, alcune Amministrazioni, piuttosto che assegnare il dipendente direttamente alla prima sede di servizio ai sensi del comma 5, art. 33 l. 104/92, hanno risolto il problema formando la graduatoria del corso di formazione con successiva pri-

tuale di adottare un nuovo provvedimento (diverso dal primo) nell’emergere diversi ulteriori elementi che danno diritto alla fruizione di analogo beneficio. Nel caso di specie la condizione legittimante il trasferimento disposto presso... omissis... riposava nella necessità di assistere la... omissis... di questi; l’avvenuto venir meno di tal condizione a cagione del decesso del predetto congiunto fa venir meno il diritto alla fruizione del beneficio. Il detto beneficio, legittimamente è stato revocato dall’Amministrazione... la pretesa dell’appellante secondo cui il trasferimento era definitivo e non risentiva dei mutamenti incidenti sulla situazione legittimante (necessità di assistere il congiunto) al medesimo sotteso, è totalmente inaccoglibile, e non meno quella di proseguire in detta condizione sulla scorta di nuove necessità...”. Nello stesso senso più di recente ved. Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 2019 sent. n. 1113; Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2018 sent. n. 5550; Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2018 sent. n. 29.

- 142) Con sentenza n. 2888 del 3 maggio 2019 il Consiglio di Stato ha ribadito come la provvisorietà e strumentalità funzionale all’assistenza della persona bisognevole siano aspetti “costitutivi” e “genetici” del trasferimento disposto ex art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 “e dunque prescindono da quanto affermato dal sopravvenuto comma 7-bis dell’art. 33 che, pertanto, non può che avere valenza chiarificativa ed interpretativa, ma non innovativa, delle disposizioni previgenti. Ciò comporta che la cessazione dell’espletamento della prestazione lavorativa nella sede individuata dal provvedimento emanato ex art. 33, comma 5, non consegue affatto ad una (più rigida) novellazione normativa, ma è, al contrario, un effetto prodotto dalla natura stessa del provvedimento, anche se emanato prima dell’entrata in vigore della nuova disposizione (e ciò a prescindere da quanto previsto, anche in senso diverso, da eventuali circolari delle amministrazioni)”.

ma assegnazione del personale secondo l'ordine finale della graduatoria stessa, e solo successivamente trasferendo il dipendente *ex lege* n. 104 del 1992. In tal modo, l'eventuale verificarsi dell'ipotesi di cui al c. 7-*bis* citato non si risolve nel rientro alla scuola di formazione del dipendente decaduto dai diritti di cui all'art. 33, l. n. 104¹⁴³. Nel caso in cui, invece, la sede di servizio sia soppressa o non ci sia più vacanza organica, è probabile che la decadenza dalle agevolazioni per l'assistenza ai disabili gravi induca il datore di lavoro a stabilizzare il dipendente, non potendo trasferirlo in posizione soprannumeraria nella sede con organico completo, ovvero ad altra sede con trasferimento d'ufficio per intuibili motivi contabili.

È innegabile, tuttavia, che la situazione complessiva meriterebbe una normativa dirimente di rango primario, finalizzata alla riduzione del notevole contenzioso che caratterizza la materia ed in grado di dare certezze, ma anche trasparenza, sull'esercizio dei diritti di cui alla l. n. 104 del 1992, evitando di affidare alla prassi la soluzione di questioni così spinose¹⁴⁴, che inevitabilmente finiscono per essere risolte innanzi alla giustizia amministrativa¹⁴⁵.

Va da sé, quindi, che per i militari è innegabile l'esigenza di un contemperamento delle esigenze di assistenza al disabile (specie in relazione

143) Sul punto vgs. Comando generale della Guardia di Finanza, Testo Unico sulla mobilità del personale dei ruoli ispettori, sovrintendenti, appuntati, finanzieri, prot. n. 379389, 12 gennaio 2017: *“Ad ogni modo, eventuali richieste volte ad ottenere l'applicazione dei benefici previsti dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, considerata la natura temporanea di tale previsione agevolativa, potranno essere formalizzate esclusivamente una volta giunti al reparto di assegnazione”*.

144) Sul punto vgs. circ. DAP 26 luglio 2006, prot. GDAP-0253970 secondo cui: «Ciò premesso, si tratta ora di individuare i criteri guida in base ai quali ancorare l'attività dell'Amministrazione nell'esercizio del potere di revoca del trasferimento *de quo*. Fra le varie soluzioni possibili l'Amministrazione, tenuto conto dei vari interessi contrapposti, ha individuato i seguenti criteri: nel caso di cessazione dei presupposti entro 5 anni dall'inizio del trasferimento *ex lege* 104/1992 l'Amministrazione provvederà a revocare lo stesso e ad assegnare il dipendente interessato alla sede di provenienza. Per tale periodo l'Amministrazione considererà indisponibile il posto lasciato libero dal dipendente nella sede di partenza. Decorso il periodo di 5 anni dall'inizio del trasferimento *ex lege* 104/1992, l'Amministrazione tramuterà lo stesso in trasferimento definitivo, previo accertamento della effettività del rapporto di assistenza per tutto il periodo».

145) V. LAMONACA, *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, cit., p. 1063.

al trasferimento di cui all'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992) con le necessità organizzative della forza armata di appartenenza, sintetizzate sub art. 981, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 66 del 2010, ove si stabilisce che in materia di trasferimenti, al personale militare, «compatibilmente con il proprio stato»¹⁴⁶, continua ad applicarsi l'art. 33, c. 5, l. n. 104¹⁴⁷. La disposizione del codice dell'ordinamento militare, decisamente stringata, è stata recentemente modificata dall'art. 6, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 28 gennaio 2014, n. 8, ivi prevedendosi l'applicazione dell'art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, «nel limite» per il personale di Esercito italiano, Marina militare, Aeronautica militare e Arma dei Carabinieri, delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado, vacanti nella sede di richiesta destinazione.

Dunque, la novella del 2014 ha giuridificato il principio giurisprudenziale che collega il trasferimento alla vacanza organica nella sede ove il militare ambisce ad essere trasferito, slegando tale diritto da qualsivoglia condizionamento relativo alla situazione organica della sede presso cui il personale è allo stato in servizio.

La nuova formulazione dell'art. 981, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 66 del 2010, avendo introdotto formalmente il principio della preesistenza della vacanza organica, non sembra lasciare spazio alla tesi della temporaneità del trasferimento straordinario *ex lege* n. 104 del 1992, impedita proprio dalla tesi del bilanciamento degli interessi in campo. Infatti, se il militare ambisce alla sede più vicina al domicilio del disabile e questa dovesse avere organico saturo, il diritto all'assistenza potrà essere esercitato trasferendo

146) Un esempio di contemperamento delle esigenze del dipendente connesse all'assistenza al disabile con quelle della forza armata di appartenenza è reperibile in TAR Bolzano, 9 aprile 2014, n. 94, che ha rigettato il ricorso del militare in virtù dell'elevatissima specializzazione posseduta che «non consente una surrogazione con personale di altri incarichi».

147) Prima che l'art. 981, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 66 del 2010, fosse emendato dall'art. 6, c. 1, lett. e), d.lgs. 28 gennaio 2014, n. 8, la giurisprudenza amministrativa aveva rinvenuto una subordinazione della situazione soggettiva del dipendente alle necessità organizzative dell'Amministrazione, titolare di una potestà autoritativa, essendo riconosciuto al dipendente solo un interesse legittimo e non un diritto soggettivo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 febbraio 2010, n. 2428; TAR Lazio, Roma, sez. I, 28 maggio 2008 n. 5124). In dottrina, vgs. E. BOURSIER NIUTTA, *I diritti costituzionali dei militari e le loro limitazioni*, cit., pp. 75 ss.; successivamente, vgs. anche G. VITAGLIANO, *I fondamenti costituzionali della disciplina militare*, cit.

il dipendente alla sede con organico vacante immediatamente più vicina al domicilio del disabile¹⁴⁸, con evidente sacrificio della posizione giuridica del portatore di handicap, non apparendo congruo che a tale *deminutio* si aggiunga anche l'eventuale temporaneità del trasferimento¹⁴⁹.

Interessante è anche il divieto di impiego del personale che presta assistenza in operazioni in ambito internazionale o in attività addestrative propedeutiche alle stesse. Infatti, da un lato, la previsione mette al riparo da incombenze operative di rilievo i militari oberati da compiti di assistenza; dall'altro lato, però, il legislatore ha evitato che possano strumentalizzarsi situazioni di assistenza da parte di chi prima richieda il trasferimento *ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992*, e poi decida di partire all'estero, non tanto o solo per amor patrio, quanto perché attirato dalle cospicue indennità connesse all'impiego operativo in ambito internazionale. La formulazione della norma, infatti, vieta in assoluto l'utilizzazione di questi militari in scenari internazionali, impedendo che possano essere avallate anche richieste provenienti dagli stessi interessati.

3. L'abuso del diritto

3.1. L'abuso del diritto nel rapporto di lavoro

Costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui le parti di un rapporto obbligatorio devono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.), e che tanto la formazione quanto l'interpretazione e l'esecuzione dei contratti devono avvenire secondo buona fede (artt. 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.). Nelle intenzioni del legislatore, i principi della buona fede e della correttezza erano intesi come “*requisiti etici della condotta delle parti di ogni rapporto obbligatorio*”¹⁵⁰, ossia come “*criteri di reciprocità, finalizzati in sostanza, a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione*”¹⁵¹.

148) Vgs. TAR Milano, sez. I, 5 dicembre 2013, n. 1334.

149) Vgs. TAR Bologna, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 101.

150) In questi termini Cass. 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, 10, p. 1810.

151) Cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, p. 345.

Le regole della correttezza e della buona fede rientrano nella categoria delle c.d. “clausole generali” intendendosi per tali quelle clausole dal contenuto elastico, che non impongono cioè un comportamento a contenuto prestabilito, bensì necessitano per loro stessa natura, di essere specificate nell’applicazione del caso concreto, attraverso una tipizzazione giurisprudenziale del loro contenuto. L’assunzione di tali concetti da parte del legislatore viene usualmente ricondotta all’esigenza di garantire una certa flessibilità dell’ordinamento giuridico onde consentire una maggiore adattabilità di esso alle circostanze concrete del caso da stabilirsi di volta in volta. Si può affermare che nell’applicazione pratica le clausole generali di correttezza e di buona fede forniscano i criteri di orientamento teleologico della condotta nelle relazioni di diritto privato.

«Il dovere generale di correttezza e buona fede contrattuale ha, come quello ancor più generale di correttezza tra debitore e creditore, la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: la legge, per analitica che sia, non può prevedere tutte le situazioni; non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l’una in danno dell’altra. La legge prevede solo le situazioni più frequenti, sventa gli abusi più ricorrenti: molti comportamenti sfuggirebbero alle pur fitte maglie della legge, se si dovesse considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio (“la legge non lo impone dunque posso non farlo”). Il principio generale della correttezza e della buona fede consente di identificare altri divieti e altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge; realizza, come si dice, “la chiusura” del sistema legislativo, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale»¹⁵².

Il principio della buona fede oggettiva codifica dunque una regola etica di lealtà della condotta che, anche alla luce del dovere di solidarietà costituzionale, deve ritenersi operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell’ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti alla formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto, quanto più in generale in tutte le reazioni intersoggettive giuridicamente rilevanti¹⁵³.

152) F. GALGANO, *Diritto commerciale - Le obbligazioni e i contratti*, volume II, 1993, p. 488.

153) Cass. 31 maggio 2010, n. 13208; Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476.

Criterio rivelatore della violazione di tale imperativa regola di condotta è quello dell'abuso del diritto da intendersi – in prima approssimazione – come esercizio di un diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico. L'abuso del diritto va dunque, individuato nel comportamento di un soggetto che esercita i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto, per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati: la figura concerne, cioè, le ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integra gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, deve ritenersi illecito sulla base di alcuni criteri di valutazione.

L'abuso del diritto, così inteso, è connotato in sintesi dai seguenti elementi costitutivi:

- la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
- la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extra-giuridico;
- la circostanza che a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

A differenza che in altri ordinamenti giuridici contemporanei ove l'abuso del diritto è stato espressamente codificato (Svizzera, Germania, Spagna), in altri invece, tra cui il nostro, ha conservato lo *status* di creazione dottrinale. L'assenza nel nostro codice di una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto (circostanza che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto), non ha impedito ad una giurisprudenza attenta ai doveri di buona fede e correttezza, di sanzionare con l'illegittimità condotte di esercizio abusivo o fraudolento di diritti.

I giudici di legittimità sono giunti ad affermare perentoriamente che *“nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo reale o di credito”*¹⁵⁴. In questa nuova luce, l'abuso del diritto è con-

¹⁵⁴) Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482.

cepito – nella teorizzazione fattane dalla giurisprudenza della Suprema Corte – come un’alterazione giuridicamente rilevante del fattore causale nell’esercizio di un diritto: si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti¹⁵⁵.

Il divieto di abuso del diritto diviene in definitiva – nell’applicazione pratica – uno dei criteri di selezione con cui esaminare e valutare tanto i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata (quivi operando come criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva nella fase di esecuzione del contratto), quanto – e più in generale – le condotte che i soggetti adottano nelle loro più svariate relazioni di diritto privato. L’abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea dunque l’utilizzazione alterata dello schema del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore.

Si è detto che correttezza e buona fede impongono a ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell’interesse di controparte e che esse come tali costituiscono il filtro necessario per impedire che l’esercizio della discrezionalità di ciascuna delle parti del rapporto possa sfociare in una discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno della controparte. Si è detto altresì come i principi di buona fede e correttezza originariamente nati per regolamentare i rapporti tra le parti di un contratto principalmente di natura patrimoniale, siano stati progressivamente ritenuti dalla giurisprudenza estendibili a tutte le relazioni tra privati. Non fanno dunque eccezione i rapporti di lavoro.

Il diritto del lavoro si è storicamente contraddistinto come diritto di protezione del contraente debole e dunque come strumento di tutela del lavoratore nei confronti della discrezionalità della parte datoriale. Dunque tradizionalmente gli obblighi di correttezza e buona fede nell’ambito del rapporto di lavoro venivano intesi principalmente come limiti al diritto di libertà di iniziativa economica – costituzionalmente riconosciuto all’art. 41

155) Cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

– del datore di lavoro. Gli obblighi del lavoratore di correttezza e fedeltà trovano invece fondamento normativo nell'art. 2015 c.c. relativo all'“obbligo di fedeltà” nei confronti del datore di lavoro.

Ai sensi dell'art. 2015 c.c. (Obbligo di fedeltà) “*il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”.

In base ad una rigorosa interpretazione della disposizione codicistica, l'obbligo di fedeltà – pur nelle differenti ipotesi formalmente previste dalla norma – atterrebbe comunque al divieto per il lavoratore di svolgere attività concorrenziale con il proprio datore di lavoro, e ciò di per sé o anche attraverso la divulgazione di quelle notizie “*attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa*”.

Tuttavia, in relazione al prevalente orientamento giurisprudenziale, l'obbligo di fedeltà è venuto progressivamente ad assumere un contenuto più ampio di quello desumibile dal testo della norma, essendo stato ricollegato ai generali principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. : “*L'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. e, pertanto, impone al lavoratore di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore di lavoro, astenendosi da qualsiasi atto idoneo a nuocergli anche potenzialmente*”¹⁵⁶.

In questo senso l'art. 2105 c.c. è stato fatto rientrare nell'ambito delle c.d. “norme elastiche” e di quelle rientranti nella nozione di “clausola generale”, cioè quelle norme il cui contenuto, come già accennato, necessita di essere definito ed integrato in sede interpretativa. Alla luce della lettura coordinata degli artt. 1175, 1375, 2105 c.c., la giurisprudenza di legittimità ha così ritenuto violati i doveri di correttezza, buona fede e fedeltà verso il datore di lavoro nei comportamenti del lavoratore subordinato il quale “*abbia tenuto una condotta che, per la natura e per le sue possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa del datore di lavoro o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o*

156) Cass. 26 agosto 2003, n. 12489, in *Not. giur. lav.*, 2004, n. 2, p. 180.

*sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto di lavoro*¹⁵⁷.

Tra le attività ritenute contrarie a buona fede e dunque violative dell'obbligo di fedeltà, si segnala l'eseguire altra attività lavorativa ed extralavorativa, durante lo stato di malattia, *“laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione, oltre ad essere dimostrativa dell'inidoneità dello stato di malattia ad impedire comunque l'espletamento di un'attività ludica o lavorativa”*¹⁵⁸.

Parimenti, in materia di rapporto di lavoro, la Suprema Corte ha ricondotto espressamente alla fattispecie dell'abuso dei diritti potestativi l'ipotesi dei cc.dd. “congedi parentali fittizi”, ossia dei congedi parentali utilizzati per finalità diverse da quelli per le quali la legge ne prevede – a determinate condizioni – la fruizione.

3.2. L'uso improprio dei permessi

La giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla tematica dell'abuso del diritto con riferimento all'uso improprio delle prestazioni assistenziali da parte dei lavoratori, assumendo nel tempo un orientamento di particolare rigore. Benché la casistica più nutrita riguardi principalmente la tematica dei licenziamenti disciplinari intimati a causa dell'utilizzo di permessi *ex art. 33, l. n. 104 del 1992*, per finalità diverse da quelle della cura del disabile, mentre le decisioni riguardanti l'utilizzo non corretto del congedo straordinario *ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001* sono piuttosto esigue, è evidente che per identità di *ratio* o analogia *iuris*, gli orientamenti che si sono formati sulla prima fattispecie sono applicabili anche alla seconda.

Tra i precedenti della giurisprudenza che hanno approfondito la materia, occorre segnalare alcuni provvedimenti particolarmente significativi.

157) Cass. 1 febbraio 2008, n. 2474; Cass. 1 giugno 1988, n. 3719.

158) Cass. 21 aprile 2009, n. 9474, in *Mass. giur. lav.*, 2009, n. 7, p. 516.

Il primo è senz'altro la sentenza di cassazione del 4 marzo 2014, n. 4984¹⁵⁹ in cui la Corte ha affermato come l'abuso del diritto da parte del dipendente per motivi di svago, oltre a configurare una condotta contraria a buona fede nei confronti del datore di lavoro, determina sia un'indebita percezione dell'indennità nei confronti dell'ente previdenziale che eroga il trattamento economico, sia uno sviamento dell'intervento assistenziale dalle finalità sue proprie, rendendo peraltro legittimo il recesso.

Ancora, con sentenza del 30 aprile 2015, n. 8784¹⁶⁰ la Suprema Corte ha statuito che la condotta del prestatore, il quale abusa del diritto utilizzando il permesso per partecipare ad una "serata danzante" configura un "disvalore sociale" che contrasta con il minimo etico preteso dal lavoratore, non solo per gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, ma anche per quelli che sono connaturati all'appartenenza ad una comunità. Afferma in merito sempre la sopra citata sentenza del 2015 che vi è una duplice valenza negativa che incide sul vincolo fiduciario del rapporto di lavoro. Ciò perché l'abuso del diritto da parte del lavoratore che utilizza impropriamente il beneficio assistenziale viene scaricato, per un verso, sull'intera collettività, la quale ne sopporta il costo tramite l'ente previdenziale che rimborsa il permesso al datore di lavoro; per altro verso, sia sul datore di lavoro che deve organizzare diversamente il lavoro, sia sui colleghi del dipendente che lo devono sostituire. Il tutto pertanto incide in maniera irreparabile sull'elemento fiduciario del datore, che pone in dubbio la futura correttezza dell'adempimento del prestatore rispetto agli obblighi assunti.

Da ultimo si richiama la sentenza della Suprema Corte del 13 settembre 2016 n. 17968 secondo cui il comportamento del prestatore di lavoro subordinato, che in relazione al permesso *ex l. n. 104 del 1992*, art. 33, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso del diritto, giacché tale condotta si palesa nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto dal dipendente ed integra, nei confronti dell'ente di pre-

159) Vgs. E. BALLETTI, *Controllo "occulto" e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *GI*, n. 11, 2014, pp. 2515 ss, che ha trattato il caso di un lavoratore il quale aveva utilizzato i permessi *ex lege* 104 del 1992 per partire in vacanza con degli amici per un lungo fine settimana.

160) In *Foro it.* n. 6, 1, 2015, p. 1944.

videnza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale¹⁶¹.

Secondo la giurisprudenza, dunque, l'uso improprio degli stessi va punito con maggiore intransigenza in quanto tale violazione, in un certo senso, va a spezzare non solo il legame di fiducia sotteso al rapporto di lavoro stesso, ma anche quello con tutta la comunità che si sobbarca il costo complessivo che rende effettiva la tutela.

In quest'ultima pronuncia in particolare la Corte esclude l'orientamento secondo il quale non sussisterebbe l'obbligo di una coincidenza temporale tra la fruizione dei permessi e l'assistenza al disabile¹⁶² fondata sull'assunto che la *ratio* della norma debba ravvisarsi in una funzione non direttamente strumentale, ma compensativa delle cure ed incombenze prestate in momenti temporali diversi dalla fruizione del permesso. In altri termini la norma intenderebbe sgravare parzialmente il lavoratore da una porzione della sua obbligazione sul lavoro per compensare il tempo libero personale che impegna nel prestare attività di assistenza al disabile e dunque recuperare, attraverso il riposo, le energie spese per l'assistenza in tempi diversi da quelli per cui il permesso è stato richiesto dal datore di lavoro.

161) Ved A.M. MINERVINI, *L'uso improprio dei permessi ex l. n. 104 del 1992 giustifica il licenziamento*, in *LG*, 2016, pp. 975 ss.

162) Nel caso esaminato dalla Corte la ricorrente denunciava violazione e falsa applicazione della l. n. 104 del 1992, art. 33, comma 3, prima modificato dalla l. n. 53 del 2000, art. 19, come sostituito dalla l. n. 183 del 2010, art. 24, comma 1, lett. a) e, da ultimo ulteriormente modificato dal d.lgs n. 119 del 2011, art. 6, comma 1, lett. a) laddove la Corte d'appello aveva a suo dire "erroneamente ritenuto" che l'attività di assistenza al disabile dovesse essere prestata in coincidenza temporale con la fruizione dei permessi accordati dal datore di lavoro. La ricorrente fonda il motivo del ricorso sul presupposto che se la tale requisito fosse stato richiesto, il legislatore lo avrebbe espressamente previsto, mentre né la l. n. 53 del 2000, che ha abolito il requisito della convivenza, né la l. 183 del 2010 che ha eliminato il requisito della continuità dell'assistenza prestata al disabile, introducendo il principio del c.d. "referente unico", hanno imposto un obbligo di contemporaneità della prestazione di assistenza al disabile con la fruizione dei permessi. A supporto del predetto orientamento viene richiamata altresì la circolare 13/2000 del Dipartimento della funzione pubblica, che, nell'individuare nell'unico referente per ciascun disabile il soggetto che assume il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale punto di riferimento della gestione generale dell'intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell'assistito, ha delineato un ruolo di responsabilità nella gestione e coordinamento dell'assistenza al disabile, ma non ha prescritto che tale ruolo debba essere assolto in coincidenza temporale con l'assistenza dei permessi.

Dissentendo da tale interpretazione, la Suprema Corte evidenzia come la *ratio* della norma di cui alla l. 104/1992, art. 33 emerge dalla lettura stessa del testo normativo. Il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa spetta al “*lavoratore dipendente... che assiste persona con handicap in situazione di gravità...*”. Tale essendo la *ratio* del benefici, e data la mancanza di specificazioni ulteriori da parte del legislatore, l’assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l’esigenza per il cui soddisfacimento il diritto è riconosciuto, ossia l’assistenza al disabile.

Nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l’assistenza al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro e assistenza al disabile manchi del tutto, non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto.

I permessi devono essere fruiti, dunque, in coerenza con la loro funzione, in difetto di tale nesso causale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, devono ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell’Ente assicurativo.

Ma v’è di più, secondo la Corte l’uso improprio del permesso può integrare, secondo le circostanze del caso, una grave violazione intenzionale degli obblighi gravanti sul lavoratore, idonea a giustificare anche il licenziamento. Rispetto a questa valutazione la sentenza ha ricordato che la nozione di giusta causa di licenziamento delinea un modello generico, che deve essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione anche di fattori esterni alla coscienza generale. In particolare nel caso di specie nel giudizio di merito si è correttamente valorizzato, ai fini della valutazione della gravità della condotta del lavoratore, il carattere sistematico e la preordinazione da parte di quest’ultimo nell’utilizzo improprio dei permessi. Perciò è corretto affermare che ai fini della sussistenza degli estremi della giusta causa di licenziamento, oltre all’accertamento dell’avvenuto

sviamento della funzione di assistenza al familiare del disabile, rilevi l'intensità dell'elemento psicologico rispetto all'uso improprio dei permessi.

La pronuncia sopra esaminata ha indubbiamente il merito di aver trovato un giusto bilanciamento tra gli interessi in campo ravvisando l'abuso sistematico ed intenzionale del diritto, e dunque la giusta causa di licenziamento, nell'assenza di qualsivoglia nesso causale tra assistenza al disabile ed assenza dal lavoro. La predetta interpretazione appare preferibile rispetto ad alcune pronunce, anch'esse recenti, della giurisprudenza di legittimità, che ha stigmatizzato il comportamento del lavoratore che presta un'assistenza irregolare e ridotta in termini di durata della propria permanenza presso l'abitazione del familiare da assistere¹⁶³.

Non si può fare a meno di osservare come un'esegesi troppo rigida, che pretenda che il lavoratore occupi l'intero arco temporale della giornata alla persona di cui si prende cura appare illogica, in quanto la *ratio* insita nella tutela del portatore di handicap, non è tanto l'entità del periodo temporale che si dedica al medesimo, ma la qualità dell'assistenza che si presta in termini di effettività. D'altra parte non vi è alcuna norma che preveda una soglia minima di assistenza al di sotto della quale non si può scendere.

Occorre dunque trovare soluzioni razionali che presuppongano valutazioni di buon senso rispetto al caso concreto. Altrimenti si rischia di non interpretare correttamente la finalità dell'istituto, riconducendo alla ipotesi di abuso del diritto condotte irrilevanti o non così sproporzionate rispetto alla prestazione assistenziale; così come accade quando la stessa è comunque assolta, anche se con un tempo minore rispetto a quello riferito all'orario di lavoro contrattuale, purché ciò non infici del tutto la prestazione assistenziale tanto da non renderla effettiva. Tuttavia, anche volendo aderire alla tesi che l'assistenza deve essere continua ed esclusiva, di certo non si può pretendere che essa si espleti ininterrottamente per l'intera giornata¹⁶⁴.

Coerentemente con questa visione, la Suprema Corte in una recente pronuncia relativa al tema dell'abuso del diritto da parte di un lavoratore

163) Cass. 6.5.2016, n. 9217, in *RFI*, 2016, voce lavoro (rapporto), n. 1026, ove è stato accertato l'abuso del diritto perché una lavoratrice titolare di permessi *ex lege* 104 del 1992 non aveva svolto alcuna attività assistenziale per oltre due terzi del tempo previsto, nonché, in senso conforme, Cass. 22.3.2016, n. 5574, in *RIDL*, 2016, II, p. 747, con riferimento all'abuso del permesso *ex l.* n. 104 del 1992 utilizzato solo per il 17,5% del tempo totale concesso.

164) Cfr. Cass. 31.1.2017, n. 2600, in *RFI*, 2017, voce *Invalidi civili e di guerra*, n. 19.

ammesso a fruire del congedo straordinario ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001 ha affermato che non può “*ritenersi che l’assistenza che legittima il beneficio del congedo straordinario possa intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, quali la cura dei propri interessi personali e familiari, oltre alle ordinarie necessità di recupero delle energie psico-fisiche, sempre che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile*”¹⁶⁵. D’altra parte un’interpretazione differente, che richiedesse un’assistenza ininterrotta al portatore di *handicap*, si risolverebbe, come è stato giustamente osservato, in una “*compressione del tutto ingiustificata della libertà del lavoratore*”¹⁶⁶.

In tema di uso improprio dei permessi occorre rilevare come siano piuttosto scarse le misure previste dal legislatore per contrastare il fenomeno. Sul punto si segnala la disposizione di cui all’art. 7-*bis* dell’art. 33, l. n. 104 del 1992, secondo cui va pronunciata la decadenza del diritto del lavoratore ai benefici nel caso in cui vengano accertati l’insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti.

Per l’effetto sono, oggi, oggetto di controllo:

– la validità della certificazione attestante l’*handicap* con connotazione di gravità;

165) Cass. 5.12.2017, n. 29062, in *RGL*, 2018, II, pp. 135 ss., con nota di M. SALVAGNI, *Licenziamento disciplinare e congedo straordinario per l’assistenza del disabile* ed anche in *LG*, 2018, 8-9, pp. 811 ss., con nota di D. GAROFALO, *I congedi per l’assistenza ai figli e per la cura dei disabili: la funzionalizzazione dei diritti*. Il caso di specie concerne un licenziamento disciplinare irrogato a un lavoratore che aveva richiesto un congedo straordinario ai sensi dell’art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, per assistere la madre in condizione di *handicap* grave. Nel corso di tale periodo di congedo, il datore di lavoro contestava al dipendente, a seguito di indagine investigativa, che durante alcune giornate nelle ore diurne, non era stato visto a casa della madre ma presso la propria abitazione. A fronte di tali addebiti il lavoratore rendeva le proprie giustificazioni sostenendo di avere prestato assistenza notturna alla madre, portando a supporto di tale assunto una certificazione medica specialistica che attestava la tendenza della propria madre alla fuga. Ciò rendeva necessario per il lavoratore restare sveglio la notte al fine di evitare possibili fughe già verificatesi in passato.

166) Cfr. Trib. Roma, ord. del 4.10.2017.

- il grado di parentela eventualmente autocertificato;
- l'assenza di ricovero;
- la non contemporanea fruizione dei permessi da parte di altri lavoratori per l'assistenza alla medesima persona con disabilità.

Dal punto di vista della responsabilità penale, la giurisprudenza ha ipotizzato la riconducibilità al reato di truffa della condotta del dipendente che utilizzi tali agevolazioni per attività diverse dall'assistenza al disabile¹⁶⁷.

Ancora in tema di controlli un cenno merita la previsione di cui all'art. 24, comma 4, l. 183 del 2010 relativa alla istituzione ed alla gestione presso il Dipartimento della funzione pubblica, di una banca dati informatica per la raccolta e la gestione dei dati relativi alla fruizione dei permessi. La banca dati è finalizzata al monitoraggio ed al controllo sul legittimo utilizzo dei permessi accordati ai pubblici dipendenti che ne fruiscono in quanto persone disabili, o per assistere altra persona in situazione di *handicap* grave. Le Amministrazioni pubbliche¹⁶⁸ devono comunicare al Dipartimento della funzione pubblica i dati relativi ai dipendenti che fruiscono dei permessi per sé stessi e/o per l'assistenza a persone disabili previsti dall'art. 33, commi 2 e 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, nonché il grado di parentela o di affinità che lega la persona in situazione di *handicap* grave al dipendente che fruisce dei permessi; se il rapporto di parentela o di affinità è di terzo grado, occorre indicare altresì le motivazioni che legittimano la fruizione dei permessi.

3.3. Legittimità dei controlli occulti

Altra questione dibattuta in dottrina e giurisprudenza attiene al tema dei controlli volti ad accertare l'abuso del diritto con riferimento ai benefici

167) Vgs. Trib. Pisa, 4 marzo 2011, n. 258, in *Riv. pen.*, 2011, p. 687, secondo cui costituisce condotta truffaldina utilizzare i permessi retribuiti, chiesti ed ottenuti ai sensi all'art. 33, l. n. 104 del 1992, non per assistere il familiare disabile (unica ragione questa per cui si concede il beneficio in esame), ma per attività personali proprie del lavoratore che ne usufruisce (nel caso di specie l'imputata ha utilizzato i giorni di permesso retribuito – ottenuti per l'assistenza ad uno stretto parente disabile – per effettuare un viaggio di piacere. Il giudice di merito, in motivazione, ha contraddetto la tesi difensiva secondo cui i permessi retribuiti ai sensi dell'art. 33 citato possono essere utilizzati dal lavoratore anche per il recupero delle energie psicofisiche spese per il costante lavoro di cura ed assistenza al disabile).

168) Le Amministrazioni tenute alla comunicazione sono tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni.

concessi ai lavoratori per assicurare assistenza ai disabili che, se da un lato risultano strumentali all'esercizio del potere direttivo¹⁶⁹, dall'altro incontrano gli argini posti dal Titolo I dello Statuto dei lavoratori a tutela della libertà e dignità del lavoratore.

Dalla disciplina contenuta nella legge 20 maggio 1970 n. 300 non è ravvisabile un generale divieto dei controlli occulti¹⁷⁰, in quanto l'art. 2 – che limita l'impiego delle guardie giurate alla mera tutela del patrimonio aziendale – e l'art. 3 – che impone la pubblicità dei nominativi e delle mansioni dei soggetti preposti alla vigilanza sull'attività lavorativa – “*non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti, quale nella specie, un'agenzia investigativa, per accertare eventuali mancanze dei dipendenti e tutelare i propri interessi*”¹⁷¹.

Alla luce di ciò dottrina e giurisprudenza hanno elaborato, nel corso degli anni, alcuni criteri per distinguere i controlli legittimi da quelli che non lo sono. Innanzitutto, secondo un orientamento ormai consolidato, il datore di lavoro può ricorrere a tali controlli solo se siano “difensivi”, cioè volti alla verifica della commissione di illeciti da parte del lavoratore e non riguardanti lo svolgimento della prestazione. Oggetto del controllo occulto non può essere né “*l'adempimento, né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera*”¹⁷², ma la commissione di “*violazioni di obbligazioni extracontrattuali penalmente rilevanti*”¹⁷³.

Secondo altro orientamento il controllo è lecito allorquando il datore di lavoro semplicemente intenda verificare la correttezza, sotto il profilo dell'effettività, della richiesta dei permessi di lavoro per l'assistenza al parente disabile¹⁷⁴.

Come è stato osservato in dottrina¹⁷⁵, in base a tale criterio la verifica

169) Vgs. E. COSTANZO, *Statuto dei lavoratori: commentario sistematico alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè; Milano, 1971, p. 38.

170) Vgs. sul punto A. BELLAVISTA, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III, p. 541.

171) In tal senso vgs. Cass. 31.10.2013, n. 24580; Cass. 14.02.2011, n. 3590; Cass. 07.06.2003, n. 9167; Cass. 18.02.1997, n. 1455.

172) Cass. n. 9167/2003, cit.; vgs. anche Cass. 09.06.2011, n. 12568; Cass. 25.06.2009, n. 14950; Cass. 09.07.2008, n. 18821.

173) Cass. 23.06.2011, n. 13789.

174) Cass. 06.05.2016, n. 9217.

175) L. NOGLER, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, I, p. 111.

di legittimità del controllo – e, di conseguenza, l'utilizzabilità delle prove così raccolte – sarebbe possibile solo *ex post*, ossia se viene accertato che il lavoratore ha commesso il fatto illecito. Solo in quel caso l'esercizio del potere di controllo è legittimo; se viceversa, viene provata la non imputabilità del danno patrimoniale al lavoratore, allora l'esercizio del potere di controllo viene considerato illegittimo. In riferimento a tale obiezione alcune sentenze hanno evidenziato come l'attivazione dei controlli non presupponga necessariamente illeciti già commessi, ma sia sufficiente “*il sospetto o anche la mera ipotesi che tali illeciti siano in corso di esecuzione*”¹⁷⁶.

La particolare finalità dei benefici concessi e l'esigenza di contemperare l'esercizio del diritto da parte del lavoratore con le esigenze organizzative aziendali legittimano dunque il datore di lavoro a procedere al controllo del lavoratore anche tramite agenzia investigativa.

Alla luce dei rischi insiti nell'esercizio di tali controlli e nell'ottica di un corretto bilanciamento tra gli interessi da tutelare, emerge il principio dell'*extrema ratio*: i controlli occulti sono legittimi solo quando siano inevitabili per l'accertamento di condotte illecite del lavoratore¹⁷⁷ e rispettino il principio di proporzionalità e/o adeguatezza tra il mezzo adoperato e la finalità dell'accertamento¹⁷⁸.

Alla luce delle teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza, occorre rilevare che l'attività di controllo volta ad accertare se il lavoratore impieghi il tempo sottratto all'attività lavorativa per svolgere effettivamente attività di assistenza al disabile (sia che si tratti dei permessi *ex art.33*, comma 3, l. 104 del 1992, sia che si tratti del congedo straordinario) evidentemente non può avere ad oggetto la prestazione lavorativa, essendo effettuato al di fuori dell'orario di lavoro ed in fase di sospensione dell'obbligazione principale di rendere la prestazione lavorativa, e dunque non contrasta con gli artt. 2 e 3 della l. n. 300 del 1970¹⁷⁹. Inoltre, il mandato del datore di lavoro all'agenzia investigativa non ha uno scopo meramente esplorativo, ma scaturisce da un ragionevole sospetto.

Per la verifica dell'abuso dei permessi per l'assistenza dei disabili

176) Cass. n. 18821/2008 cit.; vgs. anche Cass. n. 3590/2011, cit.

177) Vgs. Trib. Milano 28.04.209; Trib. Varese 03.07.2013.

178) Cfr P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 135.

179) Cass. 04.03.2014, n. 4984 in *RLG*, 2014, II, pp. 444 ss., con nota di M. RUSSO, *Abuso dei permessi per assistenza disabili e controlli occulti*.

non sembrano sussistere valide alternative al pedinamento del lavoratore da parte di agenti investigativi: il controllo occulto si configura pertanto come *extrema ratio*, giustificata, a prescindere dall'entità patrimoniale del danno arrecato, da un fatto illecito talmente grave da incrinare inevitabilmente il vincolo fiduciario. E dalla legittimità dei controlli esercitati deriva l'utilizzabilità in giudizio delle prove in tal modo acquisite.

Analogamente, consolidata giurisprudenza, sulla prassi delle malattie finalizzate allo svolgimento di altra attività lavorativa o al godimento di ferie non autorizzate, conferma che il datore di lavoro non incorre in alcuna violazione dello Statuto dei lavoratori se viene casualmente a conoscenza di avvenimenti in grado di far dubitare dell'esistenza o della gravità della malattia denunciata ed affida ad agenzie investigative l'incarico di accertare i fatti e di raccogliere le prove¹⁸⁰. Sul punto attenta dottrina ha osservato che sebbene la summenzionata giurisprudenza si sia espressa con riferimento al lavoro privato, non si può escludere che la possibilità di visite ispettive da parte dell'Amministrazione di appartenenza possa essere ragionevolmente estesa anche al lavoro pubblico. *“La possibilità di verifiche ispettive interne da parte della P.A. in aggiunta ai controlli previsti ex lege sui lavoratori in malattia tramite gli organi a ciò deputati, ci sembra desumibile per parallelismo con il lavoro privato, da corretti indirizzi giurisprudenziali, secondo cui il ricorso da parte del datore di lavoro a un'agenzia di investigazioni private incaricata di eseguire controlli circa la condotta tenuta dal lavoratore durante l'assenza per malattia, in nessun modo appare diretto ad eludere la previsione dell'art. 15 della l. n. 300 del 1970, che riserva ai servizi competenti l'attività ispettiva circa la sussistenza dello stato di malattia dei lavoratori ai soli fini della verifica della regolare fruizione della relativa indennità, senza precludere, pertanto, l'effettuazione di indagini private da parte del datore di lavoro”*¹⁸¹.

Conclusioni

La legge 5 febbraio 1992, n. 104 assolve una funzione sociale essenziale nel nostro ordinamento, in quanto tesa a favorire l'assistenza privata

180) Cass. 03.05.2001, n. 6236; Cass. 14.04.1987, n. 3704.

181) V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 326.

(in ambito familiare) al disabile in un contesto sociale ed economico, come quello attuale, in cui il welfare pubblico ha abdicato al proprio ruolo.

Tuttavia, sin dalla sua entrata in vigore, la norma si è scontrata con la difficoltà di contemperare il diritto all'assistenza con il diritto al corretto ed efficiente funzionamento delle organizzazioni lavorative, sia pubbliche che private, ma soprattutto con un deprecabile uso fraudolento dei benefici in essa previsti da parte di chi approfitta della titolarità dei diritti riconosciuti dalla norma per farne un uso distorto a proprio vantaggio.

Il conflitto tra le esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico o privato e quelle assistenziali del lavoratore, quanto il frequente abuso del diritto, hanno dato luogo nel corso degli anni ad un ampio contenzioso.

Queste le ragioni che hanno indotto il legislatore a intervenire ripetutamente sulla norma al fine di applicare alcuni correttivi intesi a meglio bilanciare gli interessi coinvolti e ridurre le occasioni di uso distorto della stessa. Tuttavia, a fronte degli sforzi profusi, la costruzione normativa "*de quo*" è lungi da potersi considerare soddisfacente.

Con l'unica eccezione della novella attinente alla restrizione dei soggetti legittimati a fruire dei benefici, introdotta dal c.d. "Collegato lavoro", sembra che le modifiche intervenute nel tempo abbiano progressivamente allargato le maglie della legge favorendone un uso distorto, anziché contrastarlo. Il riferimento, in particolare, è all'eliminazione dei requisiti della convivenza e dell'esclusività, soprattutto riguardo alla concessione dei benefici *ex art. 33, comma 3 della l. n. 104 del 1992*.

Se il lavoratore autorizzato a fruire dei permessi non è convivente con il disabile per assistere il quale gli è stata riconosciuta la titolarità del diritto summenzionato, si deve ragionevolmente presumere che il disabile sia autosufficiente, ovvero conviva con altra persona; in entrambi i casi è evidente che i tre giorni di permesso mensili, lungi dall'essere funzionali ad assicurare un'assistenza quotidiana, dovrebbero essere piuttosto utilizzati per adempimenti ulteriori come visite mediche o prestazioni sanitarie in genere, per le quali il legislatore ben avrebbe potuto richiedere la produzione di documentazione giustificativa da parte del beneficiario. Né sorprende in alcun modo a tale mancanza la previsione secondo cui il familiare che assiste un disabile che vive a più di 150 km di distanza, debba presentare documentazione giustificativa dalla quale risulti che i giorni in cui ha fruito dei permessi si è effettivamente recato presso il luogo di residenza dell'assistito.

Lo stesso dicasi per l'eliminazione del requisito dell'esclusività. Non è più necessario che il lavoratore che richiede di poter accedere ai benefici dimostri di essere l'unico in grado di prestare assistenza al disabile, dovendosi limitare a presentare una dichiarazione dalla quale risulti di essere la persona dalla quale il disabile desidera essere assistito.

Parimenti poco lungimirante appare l'introduzione della figura del "referente unico". Concentrare tutti i benefici (permessi *ex art.* 33, comma 3, l. 104 del 1992 e congedo *ex art.* 42, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001) in capo ad un unico lavoratore vuol dire non solo gravare sulla stessa persona rispetto all'onere dell'assistenza, ma soprattutto gravare sulla medesima organizzazione lavorativa.

Non stupisce dunque che una normativa che lascia margini così ampi ai titolari dei benefici possa facilmente essere aggirata da chi intende farne un uso fraudolento. Di contro, scarse sono le disposizioni inerenti i controlli. Il legislatore si è limitato ad introdurre nell'art. 33, con il comma 7-*bis*, una specifica disposizione per rafforzare la possibilità di effettuare controlli sulle condizioni richieste per la legittima fruizione dei permessi, ma evidentemente anche di tutti gli altri benefici derivanti dall'applicazione della normativa a tutela dei disabili, e la decadenza del lavoratore dai benefici stessi qualora, a seguito dei predetti controlli, dovesse venire accertata l'insussistenza o il venir meno delle condizioni suddette.

In quest'ottica non può che vedersi favorevolmente la posizione della giurisprudenza, che ha ritenuto legittimo il ricorso alla collaborazione di agenzie investigative per verificare la violazione delle clausole generali di buona fede e correttezza del dipendente, in quanto non finalizzata ad accertare il mero inadempimento dell'obbligazione lavorativa, ma l'utilizzo improprio dei permessi *ex art.* 33, l. n. 104 del 1992, al di fuori dell'orario di lavoro. Una soluzione che potrebbe facilmente trovare applicazione nelle forze di polizia, che già dispongono di organi investigativi al loro interno.

Sempre in tema di controlli, da ultimo va fatto un cenno alla banca dati informatica istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica dalla legge 4 novembre, n. 183, art. 24. Le ricerche effettuate per la stesura del presente elaborato hanno messo in evidenza come i dati inseriti nel sistema dalle Amministrazioni tenute all'adempimento non vengano di fatto né letti né processati. Peraltro, il mero inserimento dei dati personali dei soggetti autorizzati a fruire dei benefici non fornisce di per sé alcun elemento conoscitivo utile. Sarebbe auspicabile, pertanto, implementare la banca dati, pre-

vedendo che accanto al numero e ai dati personali dei fruitori venisse inserita anche la dotazione organica di ciascuna unità organizzativa, al fine di accertare se il rapporto tra i due valori (dotazione organica e numero dei beneficiari dei permessi) sia compatibile con una organizzazione del servizio efficiente e funzionale al raggiungimento delle finalità istituzionali. Ancora più utile sarebbe prevedere anche l'inserimento dei giorni in cui sono richiesti i permessi *ex art. 33, comma 3, l. 104/92*. Con ogni probabilità emergerebbe il dato di un ricorrente utilizzo nei giorni festivi o prefestivi.

Bibliografia

- BACHELET V., *Disciplina militare ed ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962
- BALDANZA A., *Diritto militare e principi costituzionali*, in R. De Nictolis - V. Poli - V. Tenore (a cura di), *Commentario all'ordinamento militare*, Roma, 2010, vol. I
- BALLETTI E., *Controllo "occulto" e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *GI*, n. 11, 2014
- BELLAVISTA A., *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III
- BONARDI O., *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2011
- BOURSIER NIUTTA E., *I diritti costituzionali dei militari e le loro limitazioni*, in F. BASSETTA - E. BOURSIER NIUTTA - U. CANTONI - F. FRATTAROLO, *Elementi di diritto militare - Aspetti costituzionali*, in *Rass. Arma CC*, "Quaderni", 1999, n. 1
- BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, Giuffrè, Milano, 2007
- BRUZZI N., *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013
- BRUZZONE S., *Il trasferimento del familiare di persona con handicap solo «ove possibile»*, in *Mass. giur. lav.*, 2002
- BUZZANCA A., *Handicap e diritto all'assistenza*, Giuffrè, 2009
- CALAFÀ L., *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II
- COSTANZO E., *Statuto dei lavoratori: commentario sistematico alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè, Milano, 1971

- CULTRERA R., *Permessi ex art. 33 della legge n. 104/92: continuità dell'assistenza e lontananza geografica*, in Riv. giur. lav., 2008, II
- D'ANDREA A., *Trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare del disabile: non occorre il consenso in caso di incompatibilità ambientale o soppressione del posto*, in Mass. giur. lav., 2009
- DE SANTIS P.A., *Sui presupposti di esclusività e continuità dei permessi parentali di cui all'art. 33, l. n. 104 del 1992*, in Giur. merito, 2008
- DE SIMONE G., *I confini giuslavoristici dell'assistenza familiare alla persona gravemente disabile*, in Riv. it. dir. lav., 2009
- DI FRANCESCO M., *Cumulabilità del permesso giornaliero in caso di più figli con handicap grave*, in Dir. relaz. ind., 2010
- DI GIACOMO RUSSO B., *Il Consiglio di stato e il diritto alla sede*, in Foro amm. - CDS, 2011
- DI ROLLO M., *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, in Lav. pubbl. amm., 1999
- FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010
- FERRETTI F., *Sì ai permessi retribuiti per assistere il parente invalido ospite di una casa di riposo*, in Dir. & giust., 2013
- FONTANA A., *Una parola chiara e (si spera) definitiva in tema di permessi ai genitori di figli con handicap*, in Mass. giur. lav., 2003
- FRISCIOTTI M., *La Polizia di Stato*, in F. BASSETTA - M. FRISCIOTTI, *Forze armate e polizia*, in F. Carinci - V. Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007
- GALGANO F., *Diritto Commerciale - Le obbligazioni e i contratti*, volume II, 1993
- GAROFALO D., *I congedi per l'assistenza ai figli e per la cura dei disabili: la funzionalizzazione dei diritti*, in LG, 8-9, 2018
- ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979
- LAMONACA V., *Le agevolazioni ed i limiti al trasferimento dei lavoratori che prestano assistenza ai disabili gravi*, in LG, 12, 2014
- LIMENA F., *Il trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*, in LG, 2009
- MESITI D., *Handicap, cecità e sordità*, Giuffrè, Milano, 2013
- MESITI D., *L'handicap e il divieto di trasferimento del lavoratore*, in LG, 2013

- MINERVINI A.M., *L'uso improprio dei permessi ex l. n. 104 del 1992 giustifica il licenziamento*, in *LG*, 2016
- MORANDI M., *Permessi ex art. 33 l. 104/92: spettano anche se il coniuge non lavora*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012
- NOGLER L., *sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998
- PALLINI M., *L'utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2012
- PAPA D., *Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2011
- POZZI A., *Il contenzioso lavoristico delle carriere non privatizzate innanzi al giudice amministrativo: principio di specialità, discrezionalità tecnica, risarcimento del danno, pregiudizialità amministrativa, colpa dell'Amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007
- PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1/2004, pp. 25-60
- RICCOBENE A., *Accertamento e verifiche dell'handicap*, in *Resp. civ. prev.*, 2013
- ROCCHINI E., *Disabilità e diritto del lavoro. I congedi per i portatori di handicap ed i loro familiari alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *Lav. prev. oggi*, 2011
- SALVAGNI M., *Licenziamento disciplinare e congedo straordinario per l'assistenza del disabile*, in *RGL*, 2018, II
- TENORE V. - FRISCIOTTI M. - SCAFFA V., *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle forze armate e di polizia*, Laurus Rubuffo, Roma, 2010
- TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017
- TONDI DELLA MURA V., *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in *Giur. cost.*, 2005
- TURSI A., *Categorie ed Amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. Carinci - M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000
- VADALÀ V., *La tutela della disabilità*, Giuffrè, Milano, 2009
- VENTURI D., *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione*

diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman, in *Dir. rel. ind.*, 2008
VERNA G., *Caratteristiche e specificità della "condizione militare"*, in *Rass. Arma CC*, 2004, suppl. al n. 3
VITAGLIANO G., *I fondamenti costituzionali della disciplina militare*, in *Rass. Arma CC*, 2004, n. 1

Circolari

Circ. Dip. funz. pubbl. 30 ottobre 1995, n. 20
Circ. INPS 31 ottobre 1996, n. 211
Circ. Min. lav. 30 aprile 1996, n. 59
Circ. INPS n. 17 luglio 2000, n. 133
Circ. Inpdap 10 gennaio 2002, n. 2
Circ. INPS 11 luglio 2003, n. 128
Circ. DAP 16 maggio 2003, prot. n. 213520/2003
Msg. INPS 10 novembre 2004, n. 36370
Circ. DAP 26 luglio 2006, prot. GDAP – 0253970
Nota Min. lav. 10 ottobre 2006, prot. n. 25/I/0004582
Circ. INPS 3 marzo 2006, n. 32
Nota Min. lav. 8 gennaio 2007, prot. n. 25/I/0000226
Msg. INPS 28 giugno 2007, n. 16866
Nota DAP 15 aprile 2008, prot. n. 0131598
Circ. INPS 29 aprile 2008, n. 53
Nota Min. lav. 10 giugno 2008, prot. n. 25/I/0007474
Msg. INPS 2 settembre 2009, n. 19583
Circ. Min. lav. 18 febbraio 2010, prot. n. 3884
Nota Min. lav. 6 luglio 2010, prot. n. 25/I/0011635
Parere Avv. gen. Stato 20 settembre 2010, prot. n. 285549, in *Rass. Avv. Stato*, 2010, n. 4
Circ. INPS 3 dicembre 2010, n. 155
Circ. Dip. funz. pubbl. 6 dicembre 2010, n. 13
Circ. INPS 1 marzo 2011, n. 45
Nota Min. lav., prot. n. 25/II/0010052
Nota Min. lav. 17 giugno 2011, prot. n. 25/II/0010049
Nota Min. lav. 9 agosto 2011, prot. n. 25/II/0014542

Nota Min. lav. 27 gennaio 2012, prot. n. 37/0001571
Circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 1
Circ. Dip. funz. pubbl. 3 febbraio 2012, n. 2
Circ. Pres. Cons. Min. 21 febbraio 2012, n. 1
Circ. INPS 6 marzo 2012, n. 32
Nota Min. lav. 1 agosto 2012, prot. n. 37/0014188
Nota Min. lav. 21 dicembre 2012, prot. 37/0024252
Circ. DAP 28 dicembre 2012, prot. n. 0457451
Circ. Dip. funz. pubbl. 15 gennaio 2013, prot. n. 0002285
Circ. DAP 26 settembre 2014, prot. GDAP 0325597
Circ. DAP 14 novembre 2014, prot. n. 0389935
Testo Unico sulla mobilità del personale dei ruoli ispettori, sovrintendenti,
appuntati, finanziari del Comando generale della Guardia di Finanza,
prot. n. 379389, 12 gennaio 2017

PARTE IV

*Documenti, Normativa
e Giurisprudenza di interesse*

L'uso consapevole degli strumenti *social* e riflessi disciplinari

di Rodolfo Santovito*

Abstract

Grazie alla velocità della rete, alla semplicità di utilizzo dei suoi strumenti e alla potenza del messaggio on-line, in grado di raggiungere in tempo reale una platea sterminata di individui in ogni parte del pianeta, i social network sono progressivamente entrati nel nostro vivere quotidiano, sino a divenire una modalità ineludibile di comunicazione, una nuova tendenza di socializzazione, tanto per la dimensione privata quanto per quella pubblica.

Tuttavia, proprio la estrema rapidità con cui tali nuovi strumenti si sono endemicamente diffusi, e continuano ad evolversi, non ha favorito la formazione di una “etica digitale”, intesa quale insieme di valori cui ancorarne l’uso. Si sono, così, creati spazi di ambiguità e incertezza circa il disvalore di eventuali condotte social improprie, anche laddove commesse dall’appartenente alle forze di polizia, specie con riferimento ai casi in cui emerga, anche indirettamente, la sua particolare qualifica.

Il presente lavoro, pertanto, si rivolge ai social network, intesi quale moderna modalità espressiva della libertà di pensiero, allo scopo di evidenziare le insidie e le conseguenze derivanti da un uso non corretto, concentrando l’analisi sui doveri dell’appartenente alle forze di polizia e sulle responsabilità disciplinari discendenti da condotte improprie.

Ne risulta un quadro assai ampio e complesso che, oltre a definire il perimetro entro cui il cittadino-poliziotto può legittimamente fruire dei social, individua le possibili azioni che le Amministrazioni devono perseguire per traguardare un modello virtuoso e indirizzare correttamente, prima che i comportamenti dei propri collaboratori, auspicabilmente le loro coscienze.

* * *

(*) Colonnello dell’Arma dei Carabinieri, già frequentatore del XXXV corso di Alta formazione presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia.

Social networking has gradually entered our daily lives. The quickness of the network, the simple use of its instruments, as well as the power of its messages, that can reach anyone all over the world in real time, have made of social networking an essential means of communication as well as a new way to socialize, both in the public and in the private sphere.

However, the increasing dissemination of these new instruments and their extremely rapid and endemic nature, have not encouraged the development of a “digital ethics”, that is to say the moral management of human implication in digital world. As a result of the lack of ethics in the digital world, ambiguities and uncertainties have emerged regarding some inappropriate behaviours within the social network, even when those behaviours are adopted by members of the Police Forces, especially when their particular position becomes evident, even indirectly.

This book, therefore, is addressed to social networks, which represent the modern vehicle for freely expressing one's thoughts; it has the purpose to highlight the hidden dangers and the consequences deriving from any improper use of social networks. The analysis focuses on the duties of police officers as well as on their responsibility, calling for disciplinary action in case of inappropriate behaviours.

In this wide and complicated context, it should be necessary to regulate, according to the principles of legality, the use of social media by police officers, who are citizens as the other people. At the same time, the Administrations should find the way to establish a ‘virtuous circle’ model, serving as a good example for the behaviour of its collaborators, but first of all, let's hope it, for their consciences.

* * *

1. Premessa

Come è stato efficacemente rimarcato¹ in tema di *social network* “la normalità [...] con cui queste forme di comunicazione e di socializzazione

1) Cfr. A. ASNAGHI, *Il licenziamento ai tempi di Facebook: rilevanza disciplinare dell'uso dei social network*, in www.eclavoro.it, 26 settembre 2018. Il significativo passaggio è stato ripreso con altrettanta efficacia da V. Tenore in *Uso consapevole dei social media da parte*

entrano nel quotidiano, spesso fanno tuttavia il paio con un loro uso scriberiato o inopportuno o, quantomeno, privo di buon senso e razionalità. Alcuni fattori ricorrenti nelle dinamiche di utilizzo e approccio dei social concorrono a tale cortocircuito mentale:

– la ricerca dell’approvazione sociale (virtuale) a qualunque costo, del piacere a riscuotere consensi, con relativa perdita del senso critico e della dimensione reale dell’esistenza;

– l’assoluta eterogeneità dei contenuti e delle opinioni: si può credere di poter dire tutto e discettare di tutto, rapportarsi con tutti, annullare distanze (sociali e culturali) che invece realmente esistono e ingannarsi sulle reali capacità personali di comprensione e di dibattito;

– la forma di immediatezza e velocità delle risposte e delle azioni, che da un lato determinano un uso dell’intelletto inversamente proporzionale alla rapidità delle stesse e, dall’altro, richiedono talvolta un bisogno di superconnessione quasi in tempo reale”.

L’esponenziale utilizzo della rete, e delle sue innovative modalità di comunicazione telematica, e il falso senso di intimità/anonimato che essa genera negli utenti, sta favorendo la pubblicazione sul *web* di una enorme quantità di dati personali, notizie, fotografie e/o filmati anche da parte dei pubblici dipendenti (afferenti al proprio lavoro o, addirittura, ai propri colleghi) che, anche quando originati in circuiti relazionali “chiusi”, costituiscono materiale informativo immediatamente disponibile a una platea indeterminata di soggetti².

È, infatti, estremamente arduo distinguere i casi in cui la comunicazione telematica è diretta a uno o più destinatari ben determinati (come nella chiara ipotesi di una *e-mail*), consentendo all’utente di confidare sulla segretezza e riservatezza garantite dall’art. 15 Cost., da quelli in cui, invece, si realizza una diffusione di informazioni³ a un pubblico indeterminato. Ciò in quanto la distinzione tra i due ambiti (c.d. “*one to one*” e “*one to many*”)

degli appartenenti alle Forze armate e di Polizia, in Rassegna dell’Arma dei Carabinieri, IV, 2019, pp. 33-86.

2) I quali, a loro volta, possono riutilizzarlo e/o diffonderlo ulteriormente senza alcun vincolo o limite, anche in ragione della odierna, capillare diffusione di dispositivi individuali che consentono una iperconnettività alla rete.

3) Da intendersi, in senso ampio, come qualsiasi dato cognitivo estrapolabile da un documento (scritto, grafico o fotografico, cinematografico, audio) reso accessibile in rete.

dipende non solo dalla volontà soggettiva di chi comunica ma anche (e soprattutto) dal mezzo tecnico utilizzato.

La rete, invero, è per sua stessa natura un veicolo di diffusione potenzialmente illimitato, poiché in grado di amplificare la comunicazione e l'interscambio sociale ben oltre l'ambito dei soggetti eventualmente ammessi nella cerchia di amici e conoscenti autorizzati ad accedere ai contenuti di un determinato utente.

Per questo la pubblicazione di un messaggio offensivo nei confronti di terzi, ad esempio tramite un profilo personale di *Facebook*, assume chiaro rilievo disciplinare, trattandosi di un comportamento idoneo a rendere percepibile l'offesa a una pluralità indefinita di utenti della rete, indipendentemente dalla considerazione della sua percezione da parte dello stesso destinatario⁴. Conseguentemente la più o meno ampia diffusività di una frase o di un contenuto diffamatorio rileva per la giurisprudenza solo per valutare la gravità dei fatti in sede di applicazione del principio di proporzionalità punitiva, dal momento che la lesione dei valori è ritenuta conseguenza diretta della improvvida esternazione telematica. Persino le condivisioni di altrui affermazioni offensive o minatorie possono configurare un illecito, quanto meno disciplinare: si pensi, oltre ai casi più intuitivi dei *like*⁵, ai richiami in una propria pagina *Facebook* di affermazioni offensive di terzi.

4) Cfr. Cass. S.U., 31 luglio 2017, n. 18987, in *www.dirittoegiustizia.it*, 1° agosto 2017, con nota di S. MENDICINO, *Anche al magistrato non si riconosce la scarsa rilevanza dell'illecito disciplinare se consegue ad un reato* e, a titolo di esempio, la pronuncia n. 20/2018 della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura [sul caso del magistrato che, in violazione di norme di legge – correttezza, equilibrio e riserbo ai sensi di cui all'art. 4, co. 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006 – e deontologiche, aveva postato un messaggio offensivo sul proprio profilo *Facebook* dei confronti del Sindaco della città ove esercitava funzioni giudiziarie requirenti].

5) Non mancano casi in cui la rilevanza disciplinare attribuita al *like* di un dipendente (nel caso un agente penitenziario) su un articolo postato su *Facebook* che riportava notizie critiche su un evento suicidiario accaduto all'interno di un luogo di lavoro, sia stata ampiamente confermata in sede contenziosa. Nel senso cfr. TAR Lombardia, ord. n. 246/2016, il quale ha ritenuto che «l'aggiunta del commento "Mi piace" ad una notizia pubblicata sul sito Facebook, che può comportare un danno all'immagine dell'Amministrazione, assume rilevanza disciplinare... la mancanza di un tempestivo recesso dal giudizio espresso, dopo che esso era stato seguito da altri giudizi inequivocabilmente riprovevoli, esclude che la condotta possa considerarsi irrilevante».

2. Gli strumenti *social* e la pubblica amministrazione

La potenziale e assai diffusa conoscibilità di quanto reso disponibile sulla rete, più o meno consapevolmente, e l'uso malevolo che ad essa può accompagnarsi⁶, è dunque il fattore che meglio qualifica il maggiore pericolo derivante da un uso meno accorto dei *social network*, a nulla rilevando, da un lato, l'atto di pubblicazione delle informazioni in sé e dall'altro, come già detto, l'effettivo numero di soggetti che risulti in concreto aver captato l'informazione.

Dal momento che i *social media*⁷ possono a buon diritto ritenersi strumenti di lavoro che consentono alla pubblica amministrazione di raggiungere obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità⁸ dell'azione e del servizio reso, il tema delle esternazioni *social* del pubblico dipendente, e delle correlate implicazioni sul piano delle responsabilità ai vari livelli (penale⁹,

6) A titolo di esempio, si consideri la pratica del *doxxing* (o *doxing*) che consiste nel cercare, e spesso diffondere pubblicamente *on-line*, informazioni personali (tipo nome e cognome, indirizzo, recapito telefonico, ecc.) o altri dati sensibili riguardanti una persona, di solito con intento malevolo.

Si tratta di un atto lesivo che può sfociare in ulteriori, gravi attività quali:

– *sextorsion*, che consiste nella pratica con cui soggetti, avvalendosi di un falso profilo personale, rintracciano/adescano una vittima sui *social network* per ottenerne immagini private, di solito compromettenti, minacciando di pubblicarle successivamente;

– *online shaming*, ovvero la pubblicazione, da parte di soggetti con falsa identità, di informazioni compromettenti al fine di ridicolizzare, screditare o vessare la vittima (persona fisica/giuridica).

7) Con il termine *social media* si indicano, in via generale, tecnologie e pratiche adottate in rete per condividere contenuti testuali, immagini, audio e video.

8) Come ben delineato nel vademecum *Pubblica amministrazione e social media*, realizzato da Formez PA nell'ambito delle attività finalizzate alla elaborazione delle *Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni*, previste dalla direttiva n. 8 del 26 novembre 2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. Sul tema, cfr. L. SCARCELLA, *I social network e la Pubblica Amministrazione: un rapporto difficile*, in www.ninjamrketting.it, 18 aprile 2017; F. DI COSTANZO, *Facebook, Twitter e Instagram: rivoluzione social per la burocrazia*, in www.corrierecomunicazioni.it, 5 maggio 2017.

9) Si pensi, ad es. alle ipotesi di cui all'art. 615-bis c.p. “*Interferenze illecite nella vita privata*”, art. 617-septies c.p. “*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*”, art. 612-ter c.p. “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”, art. 594 c.p. “*Ingiuria*”, art. 595 c.p. “*Diffamazione*” ovvero, per altro verso, le sanzioni previste dal c.d. “*Codice della privacy*” quali: art. 167 “*Trattamento illecito di dati*”, art. 167-bis “*Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala*”, art. 291

civile¹⁰, disciplinare), sia nei confronti del datore di lavoro sia verso terzi, viene in particolare rilievo con riferimento agli appartenenti alle forze di polizia, tenuti a garantire il “*buon andamento della Pubblica Amministrazione*” (art. 97 Cost.) e a servire con “*onore e disciplina*” (art. 54 Cost.) l’Amministrazione - datore e le istituzioni, e la cui delicata funzione, fortemente intrisa di legalità ed etica, caratterizzandosi per una inevitabile commistione tra sfera privata e ruolo istituzionale, impone l’adozione di particolari cautele e limiti¹¹.

È di intuitiva evidenza, infatti, che per un qualsiasi cittadino, ciò che pensa, ciò che dice e ciò che fa un appartenente a una forza di polizia identifica pienamente, e indiscutibilmente, il pensiero e l’azione di quest’ultima.

c.p. “*Vilipendio alla nazione italiana*” e 292 c.p. “*Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato*”. Sul punto è bene considerare che, sebbene l’uso di profili con nomi diversi dal proprio, di per sé, non sia vietato e non configuri uno specifico illecito, la loro creazione e utilizzo può integrare alcuni reati, tra tutti la “*Sostituzione di persona*” (punibile con la reclusione fino a un anno, ai sensi dell’art. 494 c.p.), ove si ricorra a generalità, dati, identità o foto altrui. Secondo la giurisprudenza, il dolo specifico del delitto - consistente nel procurare a sé o ad altri un vantaggio, patrimoniale o non, oppure di arrecare ad altri un danno - deve ritenersi integrato nell’ipotesi di utilizzo del profilo al fine di intrattenere rapporti con altre persone, ovvero per il soddisfacimento di una propria vanità (costituente vantaggio non patrimoniale), o ancora al fine di ledere l’immagine e la dignità della persona offesa, apparentemente titolare del profilo creato dal reo (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. 23 aprile 2014, n. 25774).

- 10) Al fine di ristorare l’Amministrazione, come si dirà, per il danno indebitamente patito in termini di lesione all’immagine e al prestigio istituzionale, sia a seguito di costituzione di parte civile nel corso di un eventuale processo penale, sia nell’ambito di specifico procedimento amministrativo-contabile. Al riguardo, giova rilevare che l’eventuale offesa all’onore, sebbene non integri più il reato di “*Ingiuria*” previsto dall’art. 594 c.p. (abrogato dal d.lgs. n. 7 del 2016), può comunque essere oggetto di azione risarcitoria in sede civile.
- 11) Lo stesso Presidente della Repubblica, in un intervento tenuto il 5 aprile 2019 presso la Scuola superiore della magistratura (disponibile su www.quirinale.it) ha rimarcato la necessità di una maggiore attenzione alla sobrietà nei comportamenti in generale, e nelle esternazioni mediatiche in particolare, nella consapevolezza che gli strumenti *social* “*se non amministrati con prudenza e discrezione, possono vulnerare il riserbo che deve contraddistinguere l’azione dei magistrati e offuscare la credibilità e il prestigio della funzione giudiziaria*” e non devono incidere sulle decisioni in quanto la magistratura “*non deve mai farsi suggestionare dalla pressione che può derivare dal clamore mediatico alimentato intorno ai processi, poiché le sue decisioni non devono rispondere alla opinione corrente – né alla correnti di opinione – ma soltanto alla legge [...] nel nostro sistema costituzionale la magistratura non è composta da giudici o pubblici ministeri elettivi e neppure ovviamente da giudici o p.m. con l’obiettivo di essere eletti*”.

Pertanto, se da un lato agli appartenenti alle forze di polizia è certamente riconosciuta la libertà di espressione del pensiero, al pari degli altri consociati, dall'altro ad essi è richiesta, sia nel ricorso a forme di manifestazione tradizionali sia nell'uso anche occasionale dei *social*, l'adozione di una condotta improntata a riservatezza, continenza e imparzialità, al fine di ponderare sempre le informazioni o opinioni che si intende rendere¹². Ogni appartenente alle forze di polizia gode, quindi, presso l'opinione pubblica, di una considerazione sociale, culturale e istituzionale connaturata alla funzione svolta che lo caratterizza, in via continuativa, come appartenente all'Amministrazione della pubblica sicurezza. Ne deriva che la sua immagine di appartenente alle forze dell'ordine è prevalente rispetto a quella di privato cittadino, il che rende necessario un maggiore riserbo e una particolare cautela nell'esprimere, anche via *web*, opinioni, valutazioni anche di taglio critico, specie in ordine ai fatti che interessano l'opinione pubblica.

Il particolare *status* giuridico rivestito da tutti gli appartenenti alle forze di polizia richiede, in estrema sintesi, un comportamento sempre ineccepibile ed esemplare, financo nella partecipazione a discussioni sui *social forum on line*, sempre ispirato a equilibrio, prudenza, ponderatezza, rispetto delle altrui opinioni e ai doveri afferenti al grado e alla funzione svolta¹³, nella considerazione che esso può concretamente contribuire a consolidare

12) Sullo specifico punto rileva anche considerare che, secondo la giurisprudenza, l'emersione del particolare *status* fuori della piattaforma *internet* utilizzata impone al soggetto particolare riservatezza “*attesa la facile percezione all'esterno, del potenziale contesto al quale sono riconducibili le informazioni fornite, nonché l'individuazione dei soggetti coinvolti*” (cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 16 aprile 2014, n. 16712). L'assoggettamento dell'appartenente alle forze di polizia a un regime giudico peculiare, in considerazione dei delicati compiti istituzionali, rispetto alla generalità dei cittadini e anche degli altri pubblici dipendenti, è chiaramente argomentato dall'Avvocatura generale dello Stato nel parere n. 44192/2016, sez. IV.

13) In merito, è opportuno rammentare che, per giurisprudenza della Corte di cassazione, è di rilevanza penale anche il comportamento omissivo dell'amministratore di un *blog* che, presa cognizione della pubblicazione di contenuti obiettivamente denigratori da parte di terzi, non si attivi tempestivamente a rimuoverli, così facendoli propri (cfr. Corte cass., sent. n. 12546 del 20 marzo 2019 che, tra l'altro, ha evidenziato che se da un lato “*l'amministratore di un blog può rispondere dei contenuti denigratori pubblicati sul suo diario da terzi quando, presa cognizione della lesività di tali contenuti, li mantenga consapevolmente*” dall'altro è esclusa la sua responsabilità “*quando questi, reso edotto dell'offensività della pubblicazione, decide di intervenire prontamente a rimuovere il post offensivo*”).

e promuovere, anche indirettamente, l'immagine della propria Amministrazione.

3. Gli strumenti *social* e le forze di polizia

L'utilizzo dei *social* dell'appartenente delle forze di polizia deve essere ispirato, quindi, oltre che ai limiti formali di cui si è detto, anche ai principi deontologici che connotano la missione di una categoria davvero peculiare di dipendenti pubblici, posta al servizio della Nazione, delle Istituzioni democratiche e dei cittadini, per la tutela dell'esercizio delle libertà e dei diritti, e il controllo sull'osservanza delle leggi, dei regolamenti e dei provvedimenti delle Autorità. Esso, pertanto, non può in alcun modo ritenersi mezzo per eludere le norme che disciplinano la manifestazione del pensiero, ad iniziare da quelle che informano gli ambiti disciplinari.

La questione merita una premessa metodologica. Dottrina e giurisprudenza convergono sul fatto che anche le condotte extralavorative di un dipendente pubblico (ma lo stesso vale per i dipendenti privati e i pubblici professionisti) possono assumere valenza disciplinare ove abbiano una ricaduta lavoristica, anche in punto di lesione dell'immagine datoriale o del decoro e dignità dello stesso dipendente¹⁴. Ancora una volta, dunque, l'uso infelice dei *social* del pubblico dipendente, anche in contesti privati e nei casi in cui sia dovuto a mera superficialità o esibizionismo (e non alla volontà di danneggiare terzi), può ben assumere valenza disciplinare, a maggior ragione se commesso in ufficio/orario di ufficio e/o con uso non istituzionale di strumenti di lavoro (*personal computer*, *smartphone*, *tablet*, cellulari), o accompagnato da una esternazione della particolare qualifica dell'autore, tale da renderlo riconoscibile quale "uomo delle istituzioni" e non "cittadino qualsiasi" (attraverso l'uso della divisa, la spendita del *no-*

14) Cfr. V. TENORE, *Studio del procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017, 122 ss.; V. TENORE, *Condotte extralavorative del personale delle Forze di Polizia: rilevanza ai fini disciplinari e del trasferimento per incompatibilità ambientale*, in *Riv. Trim. Scuola Perfez. Forze di Polizia*, 2012, fasc. 1-2, 33; ID., *Procedimento amministrativo e trattamento dei dati personali*, in R. De Nictolis - V. Poli - V. Tenore (a cura di), *Commentario all'ordinamento militare*, vol. VII, Epc, Roma, 2010, 38; ID. (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità: civile, disciplinare, penale e amministrativo-contabile*, Giuffrè, Milano, 2016, 325.

men dell'Amministrazione o la sua riconoscibilità attraverso altri indici identificativi), circostanze che, evidentemente, aggravano la rilevanza (anche penale) della condotta.

E tale inevitabile “momento pubblicistico” non va dimenticato neanche dai pubblici dipendenti sindacalisti (oggi ammessi anche nelle forze armate e forze di polizia a ordinamento militare a seguito della nota pronuncia costituzionale n. 120 dell'aprile 2018¹⁵), i quali, sebbene protetti nella libertà di critica datoriale da una largheggiante giurisprudenza di legittimità nell'impiego privato, devono pur sempre interpretare il loro delicato ruolo con “*onore e disciplina*” evitando critiche con fraseggio inadeguato o diffamatorio/denigratorio dell'immagine della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari¹⁶.

La stessa Suprema Corte di cassazione ha recentemente sancito (cfr.

15) Con la citata pronuncia, in sintesi, anche il mondo militare si è aperto alla tutela sindacale dei diritti. Sulla base delle prime indicazioni della Consulta, e alla luce dei successivi interventi del Ministero della difesa, oggi le Associazioni Professionali a Carattere Sindacale tra Militari (c.d. APCSM) devono essere composte dal solo personale militare in servizio o in ausiliaria e possono costituirsi, previo assenso del Ministro della difesa (per le forze armate) o del Ministro dell'economia e finanze (per il Corpo della Guardia di Finanza), solo se dagli atti statutari emerge il rispetto di determinati precetti, tra cui: il divieto di sciopero e adesione a sigle sindacali esistenti, l'esclusione dalle materie di competenza di quelle già sottratte alla Rappresentanza militare, l'estraneità alle competizioni politiche, l'elettività delle cariche interne e l'assenza di fini di lucro. Tali sodalizi, al momento e sino all'adozione di una normativa *ad hoc*, possono relazionarsi su temi generali delle materie di competenza, con le sole specifiche unità organizzative individuate a livello centrale (per l'Arma l'Ufficio relazioni sindacali e rappresentanza militare).

16) Al riguardo, è interessante considerare che TAR Lazio n. 5566/2013 (su legittime esternazioni telematiche di un sindacalista dell'Amministrazione penitenziaria) ha ritenuto “*che non sono quindi sanzionabili scritti o dichiarazioni, anche se pubbliche, che non abbiano alterato la realtà dei fatti, che rientrino nell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero o, quanto meno, di critica, e che non evidenzino uno specifico intento denigratorio ma che, al contrario, si dimensionino nell'ambito di legittime contestazioni di modalità di organizzazione del lavoro, a fini di tutela sindacale o di proselitismo. Ora, osserva il collegio come, nel caso di specie, lo scritto contestato contenga contestazioni e lagnanze in ordine alle modalità di organizzazione dell'ufficio, sia pure con un tono complessivamente colloquiale, colorito e pungente; e che la qualifica del suo autore, il suo ruolo sindacale, e conseguentemente la natura sindacale della contestazione, benché lo scritto non sia apparso nel sito ufficiale del sindacato ma in un blog personale del dipendente, e poi anche in una bacheca sindacale, appaiono in maniera incontestabile sia dalla nota a margine, sia dallo stesso testo, a conclusione del quale si legge un chiaro ri-*”

sent. n. 35988 del 13 agosto 2019) che il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero trova un limite insuperabile laddove sussistano esigenze di tutela e decoro del prestigio delle istituzioni.

ferimento alle iniziative sindacali in corso e all'aspirazione al superamento dei problemi denunciati, attraverso proprio l'attività sindacale".

È stato, dunque, più volte ribadito il principio secondo cui il dipendente-rappresentante sindacale si trova in posizione paritetica con il datore di lavoro quando esercita il suo diritto di critica in tale qualità. Egli, infatti, quale lavoratore subordinato, è soggetto allo stesso vincolo di subordinazione degli altri dipendenti, mentre, in relazione all'attività di sindacalista, si pone su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché detta attività, espressione di una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost., in quanto diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo. Conseguenza che la contestazione dell'autorità e della supremazia del datore di lavoro, in quanto caratteristica della dialettica sindacale, ove posta in essere dal lavoratore sindacalista, sempreché inerisca all'attività di patronato sindacale, non può essere sanzionata disciplinarmente.

Con riguardo ai rappresentanti sindacali militari, in attesa del citato intervento del Legislatore, la delicata questione è ancora "aperta" e, al momento, ha trovato soluzione solo in via interpretativa, consentendosi, in estrema sintesi, ai rappresentanti titolari di cariche direttive nelle APCSM, il rilascio di comunicati e dichiarazioni con le stesse prerogative e limiti attualmente riconosciuti alla Rappresentanza militare. Ciò sul presupposto che:

- la normativa vigente (artt. 1272 e 1478 COM e art. 882, co. 3, 5 e 6 TUOM), disciplina il rilascio di comunicati e dichiarazioni alla stampa al solo organo centrale della Rappresentanza militare, peraltro nella sua collegialità (escludendo tale facoltà in capo ai singoli delegati), entro un preciso perimetro normativo circoscritto alle materie di competenza, e sempre nei limiti discendenti dallo *status* di militare (doveri attinenti al giuramento e al grado, senso di responsabilità e consapevole partecipazione, contegno anche fuori dal servizio a salvaguardia del prestigio istituzionale secondo le previsioni degli artt. 712, 713, 717, 722 e 732 TUOM);

- il rilascio di comunicati e dichiarazioni del lavoratore/sindacalista, concernenti la sfera di competenza del sodalizio rappresentato, è annoverabile tra le minime attività tipicamente sindacali di cui sia la Consulta (con la nota sentenza n. 120 del 2018), sia il Consiglio di Stato (in un parere reso il 14 novembre 2018), ne hanno sostanzialmente ammesso l'esercizio nell'attuale fase c.d. "transitoria" (ovvero sino alla emanazione di una disciplina normativa *ad hoc*), fermo restando il limite della "*correttezza formale*" al diritto di critica, dettato "*dall'esigenza, costituzionalmente assicurata, di tutela della persona umana*", come indicato dalla giurisprudenza di settore (da ultimo, cfr. Cass. civ., sez. lav., sent. 10 luglio 2018, n. 18176);

- una eventuale esclusione da tale facoltà apparirebbe del tutto illogica e decontestualizzata, esponendo le Amministrazioni a inevitabile contenzioso.

Tuttavia, riguardo all'esercizio del diritto di critica in cui può sfociare la trattazione di informazioni pertinenti al servizio, è d'uopo segnalare che:

- il TAR Sicilia, sez. I, nella sentenza del 24 luglio 2014, n. 2025, ha sostenuto che

4. Il Codice di comportamento

Il tema oggetto della presente trattazione è, quindi, da un lato estremamente cruciale e delicato, dal momento che in tali evenienze non emerge solo la posizione del singolo dipendente o il suo rapporto di lavoro con il datore - pubblica amministrazione, ma è la stessa identità istituzionale ad essere messa in discussione¹⁷, e dall'altro particolarmente attuale per via dell'introduzione per i lavoratori pubblici di un codice di comportamento (adottato con il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62)¹⁸ che, imponendo maggiore attenzione alle esternazioni in generale, dunque anche via *social*¹⁹, ha stimolato la diramazione di mirate circolari interne e/o l'organizzazione di

esso deve porsi entro i consueti canoni costituzionali, riconducibili al rispetto della *continenza*, ossia: del linguaggio appropriato, corretto, sereno e obiettivo; della *pertinenza*, quale esistenza di un pubblico interesse alla conoscenza e alla divulgazione del fatto o dell'opinione; della *veridicità*, cioè della corrispondenza tra i fatti riferiti e accaduti o, quanto meno, della rigorosa e diligente verifica dell'attendibilità dei fatti narrati e riferiti. Detti canoni, indubbiamente, assumono una specifica caratterizzazione nel caso in cui vengono in rilievo le esigenze di garanzia dell'immagine dell'Istituzione e, correlativamente, dei doveri di fedeltà e rettitudine dei dipendenti;

– il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza 27 aprile 2005, n. 1949, ha osservato che oltre a trovare un limite nelle norme penali, esso debba essere esercitato con modalità tali da non travalicare i principi di *correttezza* espressamente stabiliti dalla normativa in materia disciplinare, non potendosi ammettere che la finalità di critica costituisca causa di giustificazione di ogni tipo di infrazione alle regole di comportamento stabilite e da applicarsi in un certo ambito considerato.

Pertanto, l'esercizio del diritto di critica, che si inserisce nel quadro delle garanzie di cui all'art. 21 Cost., trova un proprio limite specifico nella necessità che le espressioni mosse, in relazione al costume sociale e alle modalità espressive comunemente usate, non integrino una lesione penalmente rilevante di altre posizioni giuridiche pure tutelate dall'ordinamento, come invece avviene ove sia configurabile il reato di diffamazione.

17) Né, per completezza, può ritenersi che, a seguito della c.d. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, la pubblica amministrazione non persegua più interessi pubblici esterni al contratto, in quanto ogni scelta gestionale di un dirigente pubblico (anche in materia disciplinare per critiche mosse dal lavoratore), sebbene espressa con poteri privatistici, rimane sempre ispirata al principio costituzionale di buon andamento e imparzialità, nonché al rispetto di tutte le leggi, anche diverse dal codice civile e dalle norme lavoristiche private (estese dal datore pubblico), ad essa dirette/applicabili.

18) E recepito dalle singole Amministrazioni in un codice aziendale più mirato e dettagliato, ai sensi dell'art. 54, co. 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 1, co. 2, del citato d.P.R. n. 62 del 2013.

19) Nel senso dispongono le seguenti norme del cit. codice di comportamento: l'art. 12, co. 2 nella parte in cui recita che "... il dipendente si astiene da dichiarazioni pubbliche of-

momenti formativi a cura delle forze di polizia, al dichiarato scopo di prevenire le sempre più frequenti “cadute di stile” per via telematica (se non veri e propri illeciti) del personale e non certamente per impedire l’esercizio di un diritto.

Per tratteggiare organicamente la questione, deve preliminarmente considerarsi che la libertà di pensiero²⁰, scolpita dall’art. 21 Cost. (e rinvenibile nell’art. 1 statuto lav.), nel cui alveo si inquadra certamente la manifestazione tramite *social* (a nulla rilevando, per l’ampia dizione costituzionale, la particolare natura dello strumento utilizzato), pur annoverabile tra i diritti inviolabili dell’uomo garantiti dall’art. 2 Cost., non può ritenersi incondizionata²¹, potendo essere legittimamente perimetrata dai limiti indicati da altre disposizioni costituzionali di pari rango, e fissati da una vasta

fensive nei confronti dell’Amministrazione”; l’art. 3, co. 3 “... Il dipendente non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti e nuocere agli interessi o all’immagine della Pubblica Amministrazione”; l’art. 10 “Nei rapporti privati, comprese le relazioni extralavorative con pubblici ufficiali nell’esercizio delle loro funzioni, il dipendente non sfrutta, né menziona la posizione che ricopre nell’Amministrazione per ottenere utilità che non gli spettino e non assume nessun altro comportamento che possa nuocere all’immagine dell’Amministrazione”. A detti obblighi si affianca quello della correttezza nei confronti dei colleghi e di terzi, in contesti pubblici e privati.

- 20) Secondo l’art. 21 Cost. “*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione [...]*”. La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 recita all’art. 19 “*Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione [...]*”. Mentre l’art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (ratificata dall’Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848) ribadisce che “*Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera [...]*”. Anche la citata Convenzione si preoccupa, dunque, di elencare gli interessi la cui salvaguardia può giustificare una limitazione della libertà di espressione, tra cui la protezione della reputazione o dei diritti altrui, nonché l’esigenza di impedire la divulgazione di informazioni riservate o di garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario.
- 21) Come ben chiariscono i basilari riferimenti deontologici e i pronunciamenti della magistratura e degli organi disciplinari dell’Ordine dei giornalisti. Sul tema, cfr. V. TENORE (a cura di), *Il giornalista e le sue quattro responsabilità*, 2 ss. Sul punto è utile richiamare la sentenza costituzionale 8 giugno 1981, n. 100 secondo cui “*per quanto concerne la libertà di manifestazione del pensiero non è dubbio che essa rientri tra quelle fondamentali protette dalla nostra Costituzione ma è del pari certo che essa, per la generalità dei cittadini, non è senza limiti, purché questi siano posti dalla legge e trovino fondamento in*

e monolitica giurisprudenza (civile, penale, amministrativa e lavoristica) oltre che da norme settoriali e regolamenti interni. Si pensi all'*onore* (da intendersi, come rimarcato dalla Consulta con sent. n. 86 del 1974, sia come dignità personale, sia come reputazione che come diritto all'identità personale), al *rispetto delle Istituzioni e del datore di lavoro*, alla *riservatezza*²² e ai *segreti* di varia natura²³, al *buon costume* (unico espressamente previsto dalla Costituzione per tutte le manifestazioni di pensiero nell'accezione penalistica di "*pubblica decenza*" e di "*pudore sessuale*").

Analoga considerazione va estesa alle previsioni degli artt. 3 e 15 Cost., essendo indubitabile che anche la libertà di corrispondenza, ma ancor prima il principio di uguaglianza, possono subire limitazioni in casi particolari che, lungi dallo snaturarne il contenuto di diritti assoluti, fondamentali e inalienabili del nostro ordinamento, ne rafforzano invece la *ratio*. Del resto, corollario del principio di uguaglianza è il più generale principio di ragionevolezza, alla luce del quale la legge deve regolare allo stesso modo situazioni simili e in modo diverso situazioni differenti, con la conseguenza che le "disparità" di trattamento trovano piena giustificazione nella chiara diversità delle situazioni disciplinate.

Non si tratta di considerazioni suggestive o ardite, né di sterili ricostruzioni dottrinali, ove si consideri che il concetto di "limite" è insito nel concetto stesso di "diritto". Per questo l'esercizio della libertà di pensiero (ma anche di cronaca, di critica, di satira), non cagionerà mai un danno ingiusto a terzi e sarà pienamente legittimo, laddove non travalichi i limiti

precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta costituzionale". La stessa giurisprudenza ha respinto le censure di illegittimità costituzionale degli artt. 15 e 21 Cost. (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, parere 27 maggio 2003, n. 1208) riconoscendo legittima la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero dei militari su argomenti di carattere riservato.

22) Primo fra i diritti c.d. "impliciti", ovvero ulteriori al "*buon costume*", non testualmente desumibile dalla Costituzione ma riconducibile ai diritti fondamentali dell'art. 2. Sul tema, cfr. R. MESSINETTI, *I limiti e il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero*, in M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, Giuffrè, Milano, 2016, 5.

23) Posti a tutela di interessi pubblicistici (Patria, giustizia, sicurezza pubblica), come il segreto di Stato (artt. 256, 261 e 262 c.p., espressivi dell'art. 52 Cost. e del connesso dovere di difesa della Patria), il segreto d'ufficio (art. 326 c.p., espressivo del dovere di fedeltà di cui all'art. 54 Cost.), il segreto istruttorio-investigativo (artt. 114, 115 e 329 c.p.), o di tipo privatistico, quale il segreto industriale e professionale (art. 622 c.p. e art. 200 c.p.p.).

posti dall'ordinamento a tutela degli interessi altrui di pari rango. In altri termini, la realtà virtuale del mondo della comunicazione e dei *media* non può e non deve, nella sua concreta "rappresentazione", stravolgere il mondo reale e recare pregiudizio a posizioni giuridiche riconducibili ai soggetti che lo popolano.

Purtuttavia, nel peculiare universo *social* si è assistito a un fenomeno di progressiva trasformazione degli individui da meri fruitori di contenuti - forniti dai *media*/comunicatori c.d. "tradizionali" quali radio, stampa, televisione ma anche politici, giornalisti, studiosi e scrittori - a veri e propri editori di sé stessi (verso una galassia amplissima di altre fonti emittenti, tutte interagenti in tempo reale), con la conseguenza di un esponenziale aumento del rischio di esternazioni offensive di altri valori, financo costituzionali.

5. L'uso dei *social* tra manifestazione del pensiero ed esigenze di tutela

Tra le funzionalità di tali moderne piattaforme vi è la possibilità di condivisione (da cui l'omonima denominazione), di contenuti anche multimediali (quali immagini, file video e audio), di comunicazioni intercorse tra utenti ovvero di pagine personali.

Tale opzione determina inevitabilmente, quand'anche si utilizzino profili c.d. *chiusi* o *chat private* (necessari, secondo una giurisprudenza prevalente²⁴ ad assimilare le comunicazioni *on line* alla corrispondenza privata), il rischio di una diffusione involontaria e indiscriminata di quanto

24) Sul tema cfr. C.E. GUARNACCIA, *La prima giurisprudenza sul rapporto tra pubblico impiego e social media*, in *Informatica e diritto*, 2017, fascicolo 1-2, 367. Anche Cass., 27 aprile 2018, n. 10280, riconosce che l'uso della rete e dei *social media* abbia "la potenziale capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, posto che il rapporto interpersonale, proprio per il mezzo utilizzato, assume un profilo allargato [...] ai fini di una costante socializzazione" e sia, pertanto, idoneo "a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica", integrando pertanto – qualora siano identificabili, anche per *relationem*, i soggetti destinatari del commento – il reato di diffamazione (art. 595 c.p.), più grave di quello dell'ingiuria prevista (art. 594 c.p.) in quanto attuato "comunicando a più persone". Resta del tutto isolata la recente sentenza Cass., sez. lav., 10 settembre 2018, n. 21965 secondo

pubblicato o comunque reso disponibile, anche momentaneamente. A ciò si aggiunga la difficoltà di rimuovere dal *web* in modo definitivo *post*, *tweet*, *like*, fotografie ovvero video, dal momento che la cancellazione degli *account* dei *social network* o l'eliminazione, seppure tempestiva, dei contenuti ritenuti inappropriati non escludono, infatti, la loro eventuale riproposizione da parte di utenti esterni (ad es. tramite *screenshot* o salvataggi di pagine *web*), a riprova della tendenziale inamovibilità delle informazioni una volta inserite in rete.

Ora, mentre il distinguo tra strumenti aperti o chiusi²⁵ appare di interesse della magistratura ordinaria e amministrativa, è innegabile che la diffusione di un messaggio offensivo o denigratorio – tale da suscitare imbarazzo istituzionale e cagionare disdoro all'Amministrazione di appartenenza – abbia rilevanza disciplinare, indipendentemente dal fatto che abbia coinvolto un numero determinato o illimitato di persone (aspetto che, come

la quale una *chat* su *Facebook* composta unicamente da iscritti a una specifica sigla sindacale deve considerarsi alla stregua di un luogo digitale di dibattito e scambio di opinioni chiuso all'esterno e utilizzabile solo dai membri ammessi, con la discutibile conseguenza che le conversazioni ivi tenute costituirebbero esercizio del diritto costituzionalmente protetto alla libertà e alla segretezza di corrispondenza (art. 15 Cost.), la quale ricomprende “ogni forma di comunicazione, incluso lo scambio di opinioni e discussioni tramite i mezzi informatici resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia”.

- 25) Come noto, sul *social Facebook* possono essere creati dagli iscritti diversi tipi di gruppo: *pubblici*, *chiusi* e *segreti*, in relazione alle impostazioni di *privacy* fornite dalla piattaforma. Il gruppo *pubblico* può essere visualizzato, conoscendone il nome, da chiunque e tutti gli iscritti a *Facebook* possono accedere ai contenuti pubblicati sulla relativa bacheca e, previa iscrizione, contribuire ai medesimi. Il gruppo *chiuso* può essere visualizzato da chiunque ma l'accesso ai contenuti e la partecipazione sono riservati ai soli membri e l'iscrizione può avvenire su invito dell'amministratore o dei partecipanti nonché, previa richiesta dell'interessato, su autorizzazione dell'amministratore. Il gruppo *segreto* può essere, invece, visualizzato dai soli aderenti e l'iscrizione può avvenire esclusivamente su invito dell'amministratore o dei partecipanti che sono gli unici ad accedere e contribuire ai contenuti. La pubblicità della comunicazione ovvero la destinazione ad un numero indeterminato di destinatari è valorizzata dalla giurisprudenza penale quale aggravante della diffamazione in caso di messaggi offensivi postati (cfr. Cass. pen., sez. prima, 22 gennaio 2014, n. 16712; sez. quinta, 13 luglio 2015, n. 8328. L'aggravante è stata peraltro riconosciuta a prescindere dalle opzioni di condivisione prescelte dal titolare del profilo, suscitando perplessità in dottrina. Sul punto, cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *La diffamazione a mezzo Facebook*, in *www.medialaws.eu*, 25 febbraio 2013; D. PETRINI, *Diffamazione on line: offesa recata con “altro mezzo di pubblicità” o col mezzo della stampa?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1485) o trasmessi via *e-mail* con modalità *forward* (cfr. Cass. pen., sez. quinta, 6 aprile 2011, n. 29221).

si è già detto, rileva solo ai fini della valutazione della gravità della condotta e del grado di potenzialità lesiva all'immagine dell'Istituzione di appartenenza dell'autore). La riservatezza della comunicazione, peraltro, non esclude la diffamazione (per la cui configurabilità è sufficiente la consapevolezza di aver pronunciato una frase lesiva dell'altrui reputazione e che la stessa venga a conoscenza di più persone), che ha sempre risvolti disciplinari evidenti.

La circostanza che ogni dato in rete rischia di essere sottratto al controllo di chi lo ha originato (non essendo sufficiente la sua cancellazione dalla *chat* e/o dal profilo originario), infine, comporta che qualsiasi azione compiuta sui *social* e *app di messaggistica* è come se avvenisse in un luogo pubblico, e quindi, in ragione della possibilità di una sua virale diffusione, è idonea ad essere fortemente lesiva di diritti altrui e/o dell'immagine e del prestigio dell'Amministrazione di appartenenza²⁶.

Ma non è tutto. La permeabilità dei dati veicolati attraverso i *social* e le *app di messaggistica* può anche favorire mirate attività di raccolta, selezione e uso improprio da parte di malintenzionati, mentre una ricerca sistematica su profili di più appartenenti alle forze di polizia, laddove alimentati con superficialità, può disvelare informazioni di natura sensibile (incarichi ricoperti, attività svolte, ecc.), attinenti alla propria persona e al proprio *entourage* familiare (generalità, residenza, ecc.), e facilitare even-

26) Anche per la Corte d'appello di Torino (cfr. sent. 17 maggio 2017, n. 599, confermata da Cass. sez. lav., ord. 12 novembre 2018, n. 28878) i *social* sono considerati luoghi pubblici e non serve privatizzare il profilo rendendolo visibile solo a una cerchia ristretta di utenti, per renderne riservati i contenuti. In sostanza, quanto viene pubblicato *on-line*, se rilevante per il giudizio, può essere valutato dal giudice, a meno che non sia stato acquisito in maniera illecita, ad esempio forzando le *password* di accesso. Non vi sarebbe, pertanto, differenza fra profilo pubblico e privato, perché anche un profilo privato ben può essere rilanciato e diffuso da ciascuno dei contatti dell'utente, rendendo potenzialmente illimitato il numero dei destinatari dei messaggi pubblicati. Nel senso della irrilevanza della natura aperta o meno della pagina, milita anche copiosa giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Ascoli Piceno, 19 novembre 2013; App. Torino, 15 maggio 2014; Trib. Milano, 1 agosto 2014; Trib. Ivrea, 28 gennaio 2015; Trib. Bergamo, 24 dicembre 2015; Trib. Avellino, 17 febbraio 2016; TAR Lombardia, Milano, sez. terza, 3 marzo 2016; Trib. Bergamo, 14 settembre 2016; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. prima, 12 dicembre 2016; App. Potenza, 14 marzo 2017; Trib. Milano, 29 novembre 2017) tutta relativa a *post* e/o foto pubblicati su bacheche *Facebook* personali o di gruppo (per altri *social*, cfr. Trib. Busto Arsizio, 20 febbraio 2018, relativa ad un commento postato su *Twitter*).

tuali progettualità offensive anche di natura terroristica (nel caso, ad esempio, di unità impiegate in teatro d'operazioni), ovvero l'adozione di specifiche precauzioni per sfuggire/eludere le investigazioni o vanificare l'efficacia delle attività di prevenzione. Considerato, inoltre, che il dominio cibernetico costituisce uno spazio privilegiato per attività ostili di diversa matrice, non può escludersi che la condivisione di dati anche non classificati e/o apparentemente privi di interesse, ma sensibili, possa favorire rielaborazioni e analisi, fornendo un vantaggio informativo in danno della sicurezza cibernetica dello Stato e delle Istituzioni preposte alla tutela degli interessi pubblici.

6. Social e forze di polizia: dalla tutela della *privacy* alla sicurezza

Un corretto uso dei *social network* e delle applicazioni di messaggistica presuppone, quindi, innanzitutto la consapevolezza che il *web* non costituisce una “zona franca” rispetto alle possibili responsabilità penali e civili che conseguono da condotte illecite e/o improprie, nonché alle violazioni degli obblighi derivanti dalle previsioni dei rispettivi ordinamenti disciplinari.

D'altra parte, tutti gli utenti di *social network* e/o di applicazioni di messaggistica istantanea, nell'aderire ai relativi servizi, ne accettano automaticamente le connesse implicazioni in tema di *privacy*²⁷ sotto un duplice profilo rappresentato, da un lato, dalla possibile violazione della relativa normativa a tutela di terzi e, dall'altro, dal rischio, a totale carico dell'interessato, che finanche informazioni non immediatamente disponibili nel proprio profilo (comprese l'identità anagrafica e altre concernenti la sfera personale e familiare) possano essere indirettamente ricavate, o involontariamente svelate, dai contenuti multimediali pubblicati, ovvero da commenti postati da altri utenti.

27) La normativa sulla *privacy* impone stringenti limiti nonché divieti e prevede gravi responsabilità anche di ordine patrimoniale (cfr. d.lgs. n. 193 del 2003 integrato con le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 101 del 2018 recante “*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*”).

Ora, una seria valutazione dei rischi connaturati con le caratteristiche delle piattaforme di condivisione, in sistema con i doveri e gli obblighi connessi con il particolare *status*²⁸ e le qualifiche²⁹ proprie degli appartenenti alle forze di polizia, impone di ritenere che i *social* e le applicazioni di messaggistica istantanea non possono essere considerati uno strumento di comunicazione sicuro e, pertanto, non possano essere utilizzati per la trattazione, a qualsiasi titolo, di questioni riconducibili al servizio o a qualsiasi titolo riservate. Ne consegue che né la comunicazione tra singoli utenti, né la costituzione di *gruppi* e/o *chat* tra appartenenti alle forze di polizia (anche se del medesimo reparto) sono una modalità legittima per scambiare informazioni d'ufficio, fatta salva l'eccezione rappresentata dall'oggettivo ricorrere di un comprovato stato di necessità o dell'urgente adempimento di un dovere³⁰, da comunicare tempestivamente al Comandante di reparto o, in caso di indisponibilità, al primo superiore sulla linea gerarchica³¹.

Parimenti, sussiste il divieto di diffondere contenuti (testi, immagini, video o audio) relativi alle attività di servizio in genere (siano esse operative o amministrative), o comunque riferibili allo stato di approntamento ed efficienza delle unità, alla sicurezza del personale, delle armi, dei mezzi o ad aree riservate delle infrastrutture adibite a sedi di servizio, anche se contenute in circolari e altre disposizioni a carattere *interno* diramate a tutto il

28) Normativamente declinato nel concetto di *specificità* dall'art. 19 della legge n. 183 del 2010.

29) Agenti e ufficiali di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza.

30) Tale eccezione non comprende, in alcun caso, le informazioni di natura classificata (segretissimo, segreto, riservatissimo e riservato) e non classificate controllate, per la cui trattazione resta comunque ferma la rigorosa osservanza delle relative disposizioni. Al riguardo, non può essere sottaciuto che la configurazione e/o l'attività di gruppi di utenti sui *social* o su altre piattaforme informatiche, ove sistematica e organizzata, in tutto o in parte tra appartenenti alle forze di polizia a ordinamento militare che trattino anche questioni di servizio o attinenti al servizio, possa riunire condizioni e caratteristiche tali da ricadere nella disciplina rivolta all'associazionismo, stabilita dal codice dell'ordinamento militare. Pur essendo, infatti, pienamente legittima la partecipazione a tale tipologia di sodalizi, non può certo ritenersi che essa sia una circostanza idonea ad esimere i suoi partecipanti dal rispetto dei vincoli che il particolare *status* impone loro.

31) A tal fine l'Arma dei Carabinieri ha in corso di sviluppo un sistema centralizzato di messaggistica istantanea dedicato alle comunicazioni di servizio tra militari e con le centrali operative.

personale e/o disponibili nelle varie aree *intranet* istituzionali. Si tratta, infatti, di dati sensibili (la cui comunicazione, così come l'ulteriore diffusione, può configurare un reato)³² che devono rimanere sempre riservati a garanzia dell'efficacia del servizio e, quindi, della sicurezza di operatori e cittadini.

A ciò si aggiunge l'obbligo del segreto delle indagini sancito nell'art. 329 c.p.p., che impone all'appartenente delle forze di polizia di mantenere l'assoluto riserbo sugli argomenti che ad esse si riferiscono, comunque conosciuti. Foto, filmati e file audio realizzati nel corso delle attività operative costituiscono, infatti, documentazione utile alla ricostruzione degli eventi e, come tali, devono essere rimessi all'Autorità giudiziaria a corredo degli atti, senza possibilità di trasmetterli a soggetti che non abbiano titolo a conoscerli in relazione alla specifica attività di servizio, sebbene appartenenti alle forze di polizia (salvo espressa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria).

7. Social e forze di polizia: ulteriori aspetti critici connessi con l'uso improprio

Ulteriori aspetti potenzialmente critici riguardano le circostanze, le modalità e le finalità di utilizzo dei *social network* e applicazioni di messaggistica istantanea.

In primo luogo, rileva che lo svolgimento di qualsiasi attività di servizio, specie in ambiente esterno, richiede la massima concentrazione affinché non venga compromessa la soglia di vigile attenzione indispensabile per cogliere tempestivamente tutto ciò che accade nelle vicinanze, valutarne rapidamente le implicazioni e, se del caso, intervenire con la reattività necessaria e con le procedure operative più appropriate, allo scopo di ridurre al minimo qualsiasi fattore anche di potenziale rischio per gli operanti. Per questo non può che ritenersi vietato il prolungato o compulsivo utilizzo di *smartphone* o altri dispositivi di connettività mobile per comunicazioni pri-

32) Ad esempio, in relazione alle previsioni di legge in materia di disciplina per la tutela del segreto militare e d'ufficio (cfr. le condotte di cui al Libro II, Titolo I, Capo II del c.p.m.p. e l'art. 326 c.p.).

vate, in qualsiasi modo intrattenute (voce, messaggi, ecc.), tanto più se si è alla guida di mezzi³³, salvo situazioni contingenti di particolare e comprovata urgenza o necessità, trattandosi di una condotta percepita dalla collettività quale chiaro sintomo di scarsa professionalità dell'operatore di polizia, incompatibile (e quindi preclusa) con lo svolgimento delle attività di controllo del territorio.

In secondo luogo, deve stigmatizzarsi una sempre più crescente prassi che registra, sull'onda della suggestione recata dalla pervasività del messaggio *social*, il ricorso alle piattaforme di condivisione per aggirare e/o violare le disposizioni regolamentari dei rispettivi ordinamenti (oltre che di legge) che disciplinano le relazioni tra colleghi di qualsiasi grado, le quali peraltro devono essere improntate all'osservanza dei reciproci doveri di rispetto, correttezza e lealtà. Tali doveri regolano i rapporti di ciascun appartenente alle forze di polizia nei confronti dell'Amministrazione di riferimento talché, anche nel caso di eventuali controversie o contenziosi, le modalità di interlocuzione, e i relativi contenuti, devono essere sempre quelle previste dalle norme e dai regolamenti vigenti³⁴. Ciò vale, evidentemente, anche nel caso di interventi su *blog* e riviste *on line* – assimilabili, a tutti gli effetti, al rilascio di dichiarazioni pubbliche o di vere e proprie interviste – che, come noto, ove concernenti il servizio o fatti ad esso attinenti, necessitano sempre della preventiva autorizzazione dell'Amministrazione.

Gli appartenenti alle forze di polizia, indipendentemente da funzione e grado, non devono perciò utilizzare i *social* come mezzo per rappresentare alla scala gerarchica questioni di servizio ovvero di carattere privato, perché violerebbero le disposizioni che disciplinano tale specifica facoltà. Anche con riferimento alle relazioni con i superiori, così come con i parigrado o i subordinati, lo speciale *status* rivestito comporta, infatti, l'osservanza di precise regole e procedure³⁵ che non ammettono deroghe surrettizie.

Sempre in tema di modalità di utilizzo dei mezzi di comunicazione,

33) L'eccezione prevista dall'art. 173 del C.d.S. per gli appartenenti alle forze di polizia è connessa, infatti, esclusivamente con il soddisfacimento di esigenze operative.

34) In tali casi, peraltro, la condotta potrebbe essere anche idonea a configurare uno o più reati tra quelli previsti dal Libro II, Titolo III, Capi II e III, del c.p.m.p.

35) Si pensi, ad esempio, a un'istanza per conferire con il Ministro di riferimento o con il proprio Vertice, a quesiti indirizzati alle Organizzazioni centrali o ai diversi livelli della linea gerarchica, a una comunicazione di fatti aventi riflessi sul servizio, ecc.

va considerato il divieto generale di impiegare le denominazioni, gli emblemi e i marchi delle Amministrazioni (c.d. “DEM”), salvo sia intervenuta esplicita autorizzazione alla luce della particolare tutela giuridica (anche di rilievo penale e civile per quanto concerne i profili di risarcimento del danno) ad essi riconosciuta³⁶.

In definitiva, qualsiasi comportamento tenuto in rete, anche ove riconducibile a relazioni amicali o affettive, deve rispondere a rigorosi canoni di compatibilità con lo *status* e con le peculiarità connesse con le attribuzioni di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza³⁷ tipiche dell'appartenente alle forze di polizia. I doveri da essi discendenti, infatti, non vengono mai meno nella vita privata, compresa la sua dimensione *digitale*, anche in ragione del regime di pubblicità che investe potenzialmente ogni condotta tenuta su qualsivoglia strumento di comunicazione offerto dalla rete.

36) Stabilita, per le forze armate, dall'art. 300 COM e dal discendente d.m. 25 luglio 2012, n. 162 e, per il Corpo della Guardia di Finanza, dall'art. 2, co. 28, della legge 31 dicembre 2009, n. 191.

37) Con particolare riferimento alle forze armate (comprese le forze di polizia a ordinamento militare), nell'uso dei *social* sono applicabili le previsioni di cui all'art. 1350 COM.

Nello specifico rileva, in modo particolare, l'osservanza dei precetti connessi con:

a. il giuramento prestato e il grado rivestito (rispettivamente, artt. 712 e 713 TUOM) che impongono al militare l'adozione di particolari cautele nella vita privata e, più in generale, nello spiegamento della propria personalità;

b. il rispetto della via gerarchica nelle relazioni di servizio e disciplinari (art. 715 TUOM) che impone al militare, qualora non diversamente autorizzato, di riferire esclusivamente al superiore diretto eventuali problematiche connesse col servizio;

c. il divieto di utilizzo arbitrario dell'uniforme in contesti privati (art. 720 TUOM) o di utilizzo di distintivi o indumenti caratteristici dell'uniforme in abiti civili (art. 746 TUOM);

d. il dovere al riserbo professionale (art. 722 TUOM), “abito mentale” che si acquisisce solo attraverso un intimo convincimento e l'esercizio quotidiano;

e. l'obbligo di tenere una condotta esemplare (in ogni circostanza e contesto), astenendosi dal compiere azioni non confacenti alla dignità e al decoro (art. 732 TUOM e n. 423 R.G.A.);

f. il dovere di manifestare correttamente il pensiero (che, quando si riferisce ad argomenti a carattere riservato di interesse militare o di servizio, presuppone l'aver richiesto e ottenuto l'autorizzazione di cui all'art. 1472 COM), anche per quanto non strettamente attinente al servizio, ma comunque riferibile alla condizione di appartenente alla compagine militare;

g. il dovere per le forze armate di mantenersi al di fuori dalle competizioni politiche (art. 1483 COM).

8. La regolamentazione nelle forze di polizia

Tale significativo numero di adesioni di appartenenti alle forze di polizia a *social network* e applicazioni di messaggistica istantanea, e la crescente casistica di condotte critiche³⁸ nel relativo utilizzo - talvolta dolose e consapevolmente volute, ma più spesso meramente colpose e dovute a impulsività, reattività e scarsa ponderazione - e la parallela pubblicazione del noto Codice di comportamento³⁹, hanno indotto le forze armate e quelle di polizia a una riflessione tesa a rielaborare/adequare, in modo organico e alla luce delle nuove opportunità, le disposizioni emanate nel tempo sul delicato tema della espressione del pensiero nelle sue varie declinazioni, così da favorirne la conoscenza e la convinta osservanza da parte del personale amministrato⁴⁰ anche rispetto a tali più moderne tecnologie.

Ne deriva che le eventuali, inopportune esternazioni sui *social*, pur se connotate da innovative modalità della condotta non puntualmente rinvenibili negli ordinamenti disciplinari, assumono piena rilevanza e possono essere legittimamente sanzionate sulla base delle clausole dei rispettivi or-

38) In merito cfr. Cass., sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752 che ha ribadito la necessaria valutazione, alla stregua dei principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), del canone di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ., che rende recessiva la normativa sulla tutela del *whistleblowing* (art. 54-bis del d.lgs. n. 165 del 2001) a fronte di critiche al datore espresse in esposti-denunce infondati, inviati a vari organi amministrativi da un dipendente. Parimenti, in altro precedente del 2013, la Cassazione (sez. lav., 6 novembre 2013, n. 24989) ha ritenuto che le affermazioni lesive del decoro e della reputazione di un istituto scolastico nel suo complesso, e direttamente del suo commissario straordinario da parte di un insegnante, integrano una violazione dei doveri fondamentali ed elementari di fedeltà e correttezza che gravano su un lavoratore, in quanto non possono essere in alcun modo ricondotti a una legittima critica anche dell'operato del datore di lavoro.

39) Per le forze armate e di polizia (oltre che per i magistrati e per le restanti carriere non privatizzate), il citato d.P.R. n. 62 del 2013 non è direttamente applicabile, sebbene i suoi precetti, sulla base dell'art. 2, co. 2, costituiscono in ogni caso “... *principi di comportamento per le restanti categorie di personale di cui all'articolo 3 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001, in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti*”.

40) Tra le iniziative adottate, si segnala la presentazione, il 15 giugno 2017, presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia, alla presenza dei vertici delle forze armate e della Polizia di Stato, del progetto “*L'uso consapevole dei social network*”, nel corso del quale è stato proiettato il video “*Siamo quello che postiamo*”, esemplificativo della casistica più ricorrente degli interventi inopportuni in cui si può incorrere.

dinamenti, le quali ultime sono tutte ispirate ad una quanto mai opportuna “tipizzazione attenuata” delle condotte vietate, che consente di sussumere nella loro portata applicativa una assai variegata e ampia gamma di comportamenti (non vertendosi in questa sede in materia penale)⁴¹.

La situazione per dette Istituzioni, declinata attraverso disposizioni e atti interni distinti, è ispirata ai comuni principi e approcci suindicati e può essere così schematizzata:

– per l’Arma dei Carabinieri⁴², il tema è organicamente trattato nella circolare n. 27/28-1-2016 del 12 novembre 2019 (che compendia, abrogandole, ben sette circolari emanate in materia sin dal 2011)⁴³ avente ad oggetto “*Uso consapevole di social network e applicazioni di messaggistica*”, con

41) Sulla tipizzazione c.d. “debole” e sulla opportunità/funzionalità di clausole di ampio respiro nella normativa disciplinare, cfr. V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., 208 ss. Al riguardo, rileva, inoltre, che secondo Corte cost. 8 giugno 1981, n. 100 “*non appare pertinente il richiamo all’art. 25, co. 2, Cost. Tale norma, infatti, interpretata nel necessario collegamento con il primo comma dello stesso articolo, si riferisce, come è generalmente ritenuto, solo alla materia penale e non è di conseguenza estensibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all’attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità*”. Saggiunge la Consulta che (cfr. sent. 191 del 1970 e altre ivi citate) “*esso si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie ma, in talune ipotesi, con l’uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l’abbia o meno violato. È stato inoltre ritenuto (sent. 188 del 1975) che le fattispecie criminose, cosiddette a forma libera, che richiamano, cioè con locuzioni generiche ma di ovvia comprensione concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall’interprete, sono pienamente compatibili con il principio di legalità. Tali criteri interpretativi enunciati per fattispecie criminose, appaiono maggiormente validi nella materia disciplinare sia per la minore reazione sociale all’illecito disciplinare rispetto a quello penale e per la minore incidenza di esso sulle posizioni soggettive dell’interessato sia perché è più ampia, rispetto alle singole ipotesi di reato, la possibilità di comportamenti lesivi dei valori tutelati*”.

42) Sul regime disciplinare nelle forze armate, cfr. V. TENORE - V. SCAFFA - M. FRISCIOTTI, op. cit.; A. SIMONCELLI, *Personale militare*, Tomo III, *Disciplina, diritti, bande musicali e gruppi sportivi*, in R. De Nictolis - V. Poli - V. Tenore (a cura di), op. cit., 183; E. BOURSIERS NIUTTA - A. ESPOSITO, *Elementi di diritto disciplinare militare*, Laurus Robuffo, Roma, 2002; A. SIMONCELLI, *Disciplina*, in V. Poli - V. Tenore (a cura di), *L’ordinamento militare*, Giuffrè, Milano, 2006. Sull’etica del personale militare vds. C. BETTINI, *La formazione etica nel processo educativo*, Poligrafico Accademia navale, Livorno, 2008.

43) Si tratta, in particolare, delle circolari: n. 1104/43-1-1994 di prot. del 19 dicembre 2011 del Comando generale - SM - Ufficio operazioni; n. 40/8-1-2013 di prot. del 26 novembre 2013 del Comando generale - SM - Ufficio legislazione; n. 1104/43-8-1-1994 di prot. del

cui viene preliminarmente ribadita la rilevanza pubblica che, inevitabilmente, assumono determinati comportamenti tenuti tramite questi innovativi mezzi di comunicazione, richiamando l'adozione di opportune cautele nell'uso di dette piattaforme, nella considerazione che il *web* non esclude, di per sé, possibili responsabilità penali, civili e disciplinari che conseguono a condotte improprie essendo elevato il rischio di una diffusione involontaria e indiscriminata di quanto pubblicato o comunque reso disponibile, anche solo momentaneamente.

Il documento prosegue evidenziando che *“qualsiasi azione compiuta sui social e app di messaggistica non è mai - a dispetto di diffuse ingannevoli percezioni - virtuale ma, piuttosto, è come se avvenisse in un luogo pubblico, per di più straordinariamente affollato, ed è quindi idonea ad essere, proprio in ragione della possibilità di una sua reale diffusione, fortemente lesiva di diritti altrui e/o dell'immagine e del prestigio dell'Amministrazione di appartenenza”*.

Gli appartenenti all'Arma, quindi, sono chiamati ad ispirare qualsivoglia condotta (manifestazione del pensiero, pubblicazione di immagini, rapporti affettivi, amicizie, ecc.) a quella sobrietà e compostezza che costituiscono, per norma oltre che per secolare tradizione, irrinunciabile riferimento nello stile di vita di ciascun Carabiniere, come peraltro sancito dalle norme del codice dell'ordinamento militare e dal relativo Testo unico delle disposizioni regolamentari (art. 1472 COM sulla corretta manifestazione del pensiero, art. 772 TUOM sul principio del riserbo professionale e art. 732 TUOM per le regole sul contegno).

Una particolare valenza è attribuita alla necessità di prevedere mirati momenti formativi, specie per le nuove generazioni, in linea con le prescrizioni dell'art. 13 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione digitale) che impone l'attuazione di politiche di reclutamento e formazione del personale tese alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, assicurando tempestivi e puntuali

23 agosto 2014 del Comando generale - SM - Ufficio operazioni; n. 27/16-1-2017 di prot. del 28 luglio 2017 del Comando generale - SM - Ufficio legislazione; n. 1104/43-15-1994 di prot. del 19 marzo 2018 del Comando generale - SM - Ufficio operazioni; n. 1104/43-19-1994 di prot. del 18 settembre 2018 del Comando generale - SM - Ufficio operazioni; n. 1280/54-2-1987 di prot. del 29 novembre 2018 del Comando generale - SM - Ufficio operazioni.

accertamenti in tutti i casi in cui la condotta tenuta dal dipendente integri potenziali violazioni disciplinari o di legge, che devono essere perseguite con il dovuto rigore;

– per la Polizia di Stato, che è intervenuta in materia, da ultimo, con circolare del 24 ottobre 2019, la rilevanza disciplinare di un uso non consoni dei *social* è data dalla violazione dei doveri di fedeltà correttezza, lealtà, imparzialità e riserbo (su notizie la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio alla sicurezza dello Stato, oltre che a quella individuale e, più in particolare, dei colleghi) espressamente indicati dal regolamento di servizio (artt. 12 a 15, nonché art. 34 del d.P.R. n. 782 del 1985) e dal Testo unico sugli impiegati civili dello Stato (d.P.R. n. 3 del 1957, in quanto applicabile).

Anche fuori dal servizio, l'appartenente alla Polizia di Stato è ammonito ad attenersi ai suoi doveri generali e particolari, permanendo il vincolo funzionale con l'Amministrazione e, quindi, tutti gli obblighi derivanti dalle qualifiche di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza rivestite, la cui violazione comporta l'applicazione delle sanzioni disciplinari di cui al d.P.R. n. 737 del 1981⁴⁴;

– per il Corpo della Guardia di Finanza, cui sono applicabili, sul piano disciplinare, le medesime norme sopra richiamate per l'Arma dei Carabinieri (d.lgs. n. 66 del 2010 e d.P.R. n. 90 del 2010), il riferimento è alle circolari n. 355927/11 del 30 novembre 2011, n. 87260/14 del 25 marzo 2015 e, più recentemente, alla n. 236173/19 del 14 agosto 2019. Le stesse stabiliscono che ogni appartenente deve *“evitare la divulgazione di notizie attinenti al servizio che, anche se insignificanti, possono costituire materiale informativo e anche nella vita privata e quando la sua figura non è immediatamente riconducibile alle Forze o ai Corpi armati dello Stato, astenersi da comportamenti che possano condizionarne l'esercizio delle funzioni ovvero, in qualunque modo, recare pregiudizio all'immagine dell'Amministrazione”* talché *“i contenuti versati in rete dovranno risultare rispettosi delle disposizioni attinenti al riserbo sulle questioni militari e di servizio, alla pubblica manifestazione del pensiero e al contegno nella vita privata, evitando esternazioni che, anche senza recare direttamente all'im-*

44) Sul tema cfr. V. TENORE - V. SCAFFA - M. FRISCIOTTI, *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle forze armate e di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 2010.

magine del Corpo, possano ingenerare strumentalizzazioni e sfavorevoli generalizzazioni ovvero condizionare il militare nell'esercizio delle proprie funzioni. A ogni modo occorrerà che la condivisione di contenuti e l'esternazione di commenti siano attentamente ponderate, valutandone di volta in volta l'opportunità in maniera equilibrata e avveduta. Ciò si rende tanto più necessario in ragione dell'eterogeneità della platea degli interlocutori (peraltro in tali contesti non sempre individuabili a priori sotto il profilo soggettivo e numerico) e della possibilità, comunque, di originare fraintendimenti, interpretazioni arbitrarie o polemiche”;

– per il personale (privatizzato e non) dell'Amministrazione penitenziaria, la materia è disciplinata dalla circolare DAP n. 3660/6110 del 20 febbraio 2015 (seguita dalla nota 5 febbraio 2018, n. 0042341) che, richiamando gli obblighi comportamentali più generalmente imposti dal cit. d.P.R. n. 62 del 2013, dall'art. 10, co. 2, del d.P.R. n. 82 del 1999 (per cui *“il personale, anche fuori servizio, deve mantenere una condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni”*) e dalla raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dell'11 gennaio 2006 sulle Regole penitenziarie europee, ha rimarcato la crescente diffusione dei *social* e le enormi possibilità che tali strumenti offrono a tutti gli utenti di poter esprimere opinioni, commenti a fatti, critiche e proposte. La circolare ha, tuttavia, rammentato che *“il diritto di manifestazione del pensiero e di critica, in costanza del rapporto di lavoro, soggiace a determinati limiti, esplicitazioni di valori di fedeltà, di riservatezza ed adesione ai valori ed alla missione istituzionale dell'Amministrazione”* attinenti alla continenza verbale/formale⁴⁵, rifuggendo dall'uso di espressioni diffamatorie o denigratorie⁴⁶, nonché di epiteti ingiuriosi⁴⁷ (nel senso che non si deve mai tra-

45) Attenuabili solo in relazione alla necessità di esprimere le proprie opinioni e la propria personale interpretazione dei fatti, anche con espressioni astrattamente offensive e soggettivamente sgradite alla persona cui sono riferite.

Nel senso, cfr. Cass., sez. lav., n. 996 del 2017, cit.; 22 gennaio 1996, n. 465, in *Foro italiano*, 1996, I, 493; 2 giugno 1997, n. 5947, in *Repertorio foro italiano*, 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 101. In altri termini, il lavoratore, nell'esercizio del diritto di critica è tenuto al rispetto dei principi di cosiddetta continenza sostanziale e formale. Il primo consiste nel rispetto della verità, o meglio della veridicità dei fatti criticati. La critica, infatti, per sua natura non può essere soggetta al canone della verità oggettiva, perché è sempre espressione di un'opinione e di un'interpretazione necessariamente soggettiva di fatti e comportamenti. Il secondo principio, invece, impone che le opinioni, anche se aspra-

scendere nella mera denigrazione personale, nemmeno in forma satirica⁴⁸⁾, nonché sostanziale.

Anche per l'Amministrazione penitenziaria, dunque, le esternazioni inopportune (cartacee, verbali ma anche telematiche), possono configurare un illecito disciplinare ai sensi degli artt. 3-6 del d.lgs. n. 449 del 1992⁴⁹⁾.

mente polemiche, siano sempre espresse misuratamente e calibrate a parametri di correttezza e civiltà desumibili dalle fondamentali regole del vivere civile. Il diritto di critica deve dunque essere esercitato attraverso forme linguistiche che, sebbene sgradite alla persona cui sono riferite, non risultino gratuitamente offensive, volgari o denigratorie (tra le molte, cfr. Cass., sez. lav., n. 996 del 2017, cit.; n. 16000 del 2009, cit.; 21 settembre 2005, n. 18570, in *Argomenti diritto lavoro*, 2006, 289, con nota di M.G. GRECO, *Diritto di critica e rapporto di lavoro*). Per la giurisprudenza di merito “è giustificato il licenziamento intimato per giusta causa al lavoratore che abbia postato su Facebook frasi offensive coinvolgenti i colleghi e il datore di lavoro non integrando nel caso di specie reazione legittima ad una provocazione posta in essere dal datore di lavoro o dai colleghi” (cfr. Trib. Ivrea 28 gennaio 2015).

46) Cfr. Cass., sez. lav., 22 agosto 1997, n. 7884, in *Diritto lavoro*, 1998, II, 166, con nota di L. INNOCENZI, *Lesione dell'immagine del datore di lavoro e giusta causa di licenziamento*; 16 maggio 1998, n. 4952, in *Massimario giurisprudenza lavoro*, 1998, 663, con nota di L. FAILLA, *Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa di posizione della Corte di cassazione*; 24 settembre 2003, n. 14179; 17 dicembre 2003, n. 19350, in *Repertorio foro italiano*, 2003, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1129; 14 giugno 2004, n. 11220, in *Massimario giurisprudenza lavoro*, 2004, 813, con nota di V. NUZZO, *Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia*; n. 29008/2008, cit.; 29 novembre 2016, n. 24260, in *Argomenti diritto lavoro*, 2017, 420, con nota di F. FONTANA, *Diritto di critica del lavoratore e licenziamento per giusta causa*.

47) Cfr. Cass., sez. lav., 29 aprile 2004, n. 8254, in *Repertorio foro italiano*, 2004, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1627; 21 marzo 2016, n. 5523, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 683, con nota di S. IACOBUCCI, *Il confine tra “conversazione tra colleghi” e uso di “epiteti ingiuriosi” nella giurisprudenza di legittimità*.

48) Cfr. Cass., sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091, in *Rivista italiana diritto lavoro*, 2002, II, 258, con nota di L. MERLINI, *Attività di volantinaggio e ricorso alla satira nell'esercizio della libertà di critica del sindacato*; e n. 18570/2005.

49) Ci si riferisce, in particolare, alle fattispecie previste: all'art. 3 (pena pecuniaria) “*le parzialità manifeste, i modi inurbani, gli abusi di autorità coi dipendenti o coi detenuti o gli internati, i motteggi e le ingiurie rivolti a questi ultimi*” [art. 3, co. 2, lett. r)] “*la infedeltà in servizio manifestata col rivelare ad estranei o a detenuti o internati fatti relativi al servizio stesso o riguardanti i processi in corso, o coll'occultare le mancanze dei detenuti o internati o coll'asportare dall'ufficio documenti o copie di qualsiasi natura*” [art. 3, co. 2, lett. u)]; all'art. 4 (deplorazione) “*le indebite osservazioni in servizio, il censurare l'operato dei superiori, il seminare malcontento fra i colleghi*” [art. 4, co. 1, lett. n)]; all'art. 5 (sospensione dal servizio) “*denigrazione dell'Amministrazione o dei superiori*” [art. 5, co. 3, lett. g)]; all'art. 6 (destituzione) “*per atti che rivelino mancanza del senso dell'onore*”

9. Una possibile casistica

Alla luce delle considerazioni che precedono, devono pertanto ritenersi censurabili per il personale delle forze di polizia, sotto plurimi profili – e senza possibilità di invocare, quale esimente, l’aver taciuto/nascosto il proprio particolare *status*⁵⁰ – le condotte di seguito indicate. Le stesse, in ogni caso, anche alla luce dei diffusi richiami al tema della “tassatività affievolita” degli ordinamenti disciplinari, non devono né possono considerarsi esaustive della più ampia, potenziale casistica. Si tratta, in particolare:

- della trattazione, a qualsiasi titolo, di questioni di servizio, informazioni d’ufficio o a carattere riservato;
- della partecipazione attiva a *pagine tematiche* che si qualificano per orientamento ideologico, per posizioni discriminatorie riferibili alla sfera sessuale, ovvero a convinzioni religiose e a motivazioni etniche o razziali;
- della divulgazione di notizie o immagini, di dati personali, indirizzi, preferenze, abitudini ecc., riferiti a soggetti terzi, quando non giustificata da inderogabili esigenze di servizio;
- del prolungato o compulsivo utilizzo di *smartphone* o altri dispositivi di connettività mobile per comunicazioni private, in qualsiasi modo intrattenute (voce, messaggi, ecc.), salvo situazioni contingenti di particolare e comprovata urgenza o necessità;
- della diffusione di contenuti (testi, immagini, video o audio) relativi ad attività di servizio (operative o amministrative), allo stato di approntamento ed efficienza delle unità, alla sicurezza del personale, delle armi, dei mezzi e ad aree riservate delle infrastrutture adibite a sedi di servizio;
- della trasmissione a soggetti diversi dall’Autorità giudiziaria di foto, filmati e file audio realizzati nel corso di attività di servizio e pertinenti ad attività di polizia giudiziaria;

o del senso morale” [art. 6, co. 2, lett. a)] “*per atti che siano in grave contrasto con i doveri assunti con il giuramento*” [art. 6, co. 2, lett. b)] “*per dolosa violazione dei doveri, che abbia arrecato grave pregiudizio allo Stato, all’Amministrazione penitenziaria, ad enti pubblici o a privati*” [art. 6, co. 2, lett. d)].

50) Nella non residua considerazione che lo *status* di appartenente alle forze di polizia, anche quando non dichiarato esplicitamente, è potenzialmente noto a più persone, sia per conoscenza diretta dell’interessato sia per sua riconoscibilità indiretta, ovvero desumibile da variegati riferimenti biografici.

- del ricorso ai *social* per interloquire, a qualsiasi titolo, con l'Amministrazione, ovvero per rappresentare alla scala gerarchica sia questioni di servizio (anche se di natura controversa o contenziosa), sia di carattere privato;
- del rilascio su *blog* e riviste *on line* di interventi su temi concernenti il servizio o fatti ad esso assimilabili, in assenza delle preventive, prescritte autorizzazioni.

10. I possibili rimedi: il ruolo del Comandante

Posta l'imprescindibile esigenza di un rigoroso rispetto di tali precetti, a garanzia dell'efficienza del servizio, della sicurezza di cittadini e operatori, nonché della immagine delle forze di polizia, appare fondamentale perseguire con tenacia una diffusa sensibilizzazione di tutto il personale circa le possibili implicazioni (sul piano della responsabilità civile e/o penale, oltreché disciplinare) che conseguono dall'uso improprio delle *piattaforme di condivisione*.

In tale prospettiva, un ruolo fondamentale è affidato, ancora una volta, alla sapiente e convinta azione della linea gerarchica incaricata di prevenire, orientare, sostenere, ed eventualmente correggere, le condotte irregolari dei propri collaboratori. I Comandanti ai vari livelli, infatti, dovranno impegnarsi direttamente e frontalmente nei confronti del proprio personale per:

- ribadire in ogni favorevole occasione il contenuto delle disposizioni vigenti in materia, evidenziando i rischi che l'uso non corretto dei *social network* può comportare, in particolare, per un appartenente alle forze di polizia;
- trattare approfonditamente, e con carattere di continuità, la materia nel contesto dei corsi di formazione o di aggiornamento presso le strutture addestrative (valendosi della figura del "responsabile per la transizione digitale", prevista dall'art. 17 del Codice dell'Amministrazione digitale, sia dell'ufficio procedimenti disciplinari, oltre che della Scuola nazionale dell'amministrazione, che da anni ha in catalogo corsi su Etica e procedimenti disciplinari aperti anche a queste nuove forme di illiceità telematica), per evitare che il dialogo tramite *social* possa essere erroneamente assimilato alla ordinaria pratica comunicativa e porti, quindi, a non considerare i

pericoli e le insidie proprie, invece, di esternazioni idonee a lasciare segni indelebili e durevoli nel tempo e nello spazio virtuale.

Tale incessante azione dovrà essere rivolta, soprattutto, alle nuove generazioni che, in quanto “geneticamente telematiche”, corrono maggiormente il rischio di non aver chiara la distinzione tra comunicazioni personali e *social* dimenticando che, oltre ai rispettivi contenuti, è la particolarità dello strumento utilizzato più che le intenzioni dell’autore dello scritto, a far assumere all’affermazione, alla critica, alla foto, al filmato, una potenziale valenza giuridica: disciplinare, civile o penale.

11. Conclusioni

Tutto quanto detto non deve essere ritenuto frutto di un atteggiamento ostracista, teso a inneggiare forme di limitazione della libertà di ordinaria aggregazione e, soprattutto, della nuova modalità espressiva della libertà di pensiero (anche nella *species* del diritto di critica), degli appartenenti alle forze di polizia, sempreché connotata da pacatezza dei contenuti (o anche garbatamente ironici, umoristici), e correttamente contestualizzata.

Affinché la comunicazione dell’operatore di polizia possa essere a ciò orientata, è necessario, tuttavia, che le Amministrazioni recuperino virtuosi modelli comportamentali e consolidino principi etici nei contesti lavorativi come in quelli personali, per dotare da un lato il personale degli strumenti di conoscenza utili a comprendere la distinzione tra le regole della vita reale e quelle, parimenti insidiose, della dimensione *online* e, dall’altro, attenuare almeno in parte la deriva sociale che si manifesta anche attraverso un incontrollato e acritico attivismo telematico, icasticamente attribuito a una dilagante “*legione di imbecilli*”, dal semiotico e filosofo Umberto Eco nel corso di una prolusione tenuta a Torino, il 10 giugno 2015, in occasione del conferimento di una laurea *honoris causa*.

In conclusione, ogni appartenente alle forze di polizia deve considerarsi ambasciatore della propria Amministrazione ed essere consapevole che, con il proprio agire, contribuisce a costruirne l’immagine, nel bene e nel male. Per questo motivo tali operatori, pur godendo del diritto alla libertà di manifestazione del proprio pensiero, devono acquisire l’abitudine al riserbo, evitando di rendere note, all’esterno delle opportune sedi e contesti istituzionali, anche laddove agisca nelle vesti di privato cittadino, in-

formazioni o notizie anche solo attinenti al servizio. Non è in discussione, quindi, l'accesso a *internet* e la fruizione di tutti i servizi offerti dalla rete (*social network* compresi), quanto piuttosto la imperativa necessità di tenere un atteggiamento sempre maturo e responsabile nell'esercizio di tali facoltà. Anche in tali contesti, infatti, l'appartenente alle forze di polizia non dovrà mai dimenticare chi è e, soprattutto, cosa ha l'orgoglio e l'altissimo privilegio di rappresentare.

Bibliografia

- ABRUZZO G., *Codice dell'informazione*, Roma, Centro di documentazione giornalistica, 2001
- AMBROSIO E., *La riforma delle funzioni disciplinari dell'Ordine dei giornalisti un anno dopo: prime considerazioni*, in www.rivistatigor.scfor.units.it, 2014
- ASNAGHI A., *Il licenziamento ai tempi di Facebook: rilevanza disciplinare dell'uso dei social network*, in www.eclavoro.it, 26 settembre 2018
- BALDASSARRE A., *In materia di limiti al diritto di cronaca*, in *Giurisprudenza italiana*, 1972, 1
- COSTANZO P., *Stampa (Libertà di)*, in *Digesto pubblico*, 1999, XIV
- DE LUCA A., *Diritto di critica del lavoratore*, in *Lavoro giuridico*, 2008, 983
- DE NARDI S., *La libertà di espressione dei magistrati*, Jovene, Napoli, 2008
- DE NUNZIO W., *Libertà di manifestazione del pensiero e deontologia professionale del magistrato*, in *Documenti giustizia*, 1998
- DESSI O., *Il diritto di critica del lavoratore*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, I, 395
- DI COSTANZO F., *Facebook, Twitter e Instagram: rivoluzione social per la burocrazia*, in www.corrierecomunicazioni.it, 5 maggio 2017
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988
- DI STASI S., *Potere disciplinare e diritto di critica del lavoratore: illegittimità del recesso se il datore non mantiene la promessa data*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, 659
- EMILIANI S.P., *Potere disciplinare e protezione dei dati personali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, 637

- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958
- FABRIS A., *Etica della comunicazione*, Carocci, Roma, 2006
- FANTACCHIOTTI M. e altri, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Giuffrè, Milano, 2010, 110 ss.
- FAUSTINI G. (a cura di), *Il sistema dell'informazione e la deontologia*, Roma, Ordine dei giornalisti, 1993
- FEROLA L., *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul web*, in *Diritto informazione e informatica*, 2012, 1001
- FIATA E., *Limiti al diritto di critica del lavoratore e controllo di legittimità (nota a Cass., sez. lav., 19 gennaio 2019 n. 1379)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 614
- FIMIANI P. - FRESA M., *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Giappichelli, Torino, 2013
- FOIS S., *Giornalisti (ordine dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1969, XVIII
- FRESA M., *La parola dei magistrati tra libertà di espressione, obblighi di segreto e dovere di riserbo*, in www.giustiziainsieme.it, 31 marzo 2019
- FUZIO R., *Le dichiarazioni dei magistrati agli organi di informazione: limiti e rilevanza disciplinare*, in *Foro italiano*, 2007, V, 69
- G. CONSO, *Libertà di stampa e cronaca giudiziaria*, in *Rivista penale*, 1968, I, 667
- GARDINI G. - LALLI P. (a cura di), *Per un'etica dell'informazione e della comunicazione. Giornalismo, radiotelevisione, new media, comunicazione pubblica*, Angeli, Milano, 2009
- GIORGINO F., *Giornalismo e società*, Firenze, Mondadori Università, 2017
- GOZZINI G., *Storia del giornalismo*, B. Mondadori, Milano, 2000
- GRECO M.G., *Diritto di critica e rapporto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 293
- GREPPI P. - BRIGAGLIA A. (a cura di), *Effetti collaterali. La pubblicità e l'etica*, Milano, Associazione italiana pubblicitari professionisti, 2007
- GRISOLIA F., *A proposito di esternazioni dei magistrati e controllo disciplinare*, in *Questione giustizia*, 2002, 1237
- GRISOLIA G., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*, Cedam, Padova, 1994
- GROSSI B., *Etica del giornalismo*, in A. Fabris (a cura di), *Guida alle etiche della comunicazione*, Ets, Pisa, 2004
- GUARNACCIA C.E., *La prima giurisprudenza sul rapporto tra pubblico im-*

- piego e social media*, in *Informatica e Diritto*, fascicolo 1-2, 2017, 367
- Intervento del Capo dello Stato in occasione della inaugurazione dell'anno formativo 2019 presso la Scuola superiore della magistratura, Villa Castelpulci di Scandicci (Firenze), 5 aprile 2019, su www.quirinale.it
- LEPRI S., *Professione giornalista*, Etas, Milano, 1991
- POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, Padova, 1995
- MAINARDI S., *La responsabilità disciplinare*, in F. Carinci - L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del lavoro*, 2004
- MALAVENDA C. - MELZI D'ERIL C. - VIGEVANI G.E., *Le regole dei giornalisti. Istruzioni per un mestiere pericoloso*, il Mulino, Bologna, 2012
- MANETTI M., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. Nania - P. Riodola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001
- MARTURANO A., *Etica dei media*, Angeli, Milano, 2000
- MAZZOTTA O., *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *Foro italiano*, 1986, I, 1878
- MEDICI M. - PROIETTI D. (a cura di), *Il linguaggio del giornalismo*, Mursia, Milano, 1992
- MEUCCI M., *Private vicende riprovevoli ed elemento fiduciario nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 884, 1986
- MISCIONE M., *I comportamenti privati rilevanti per il lavoro nella rete senza tempi e spazi*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 521
- MORRESI E., *Etica della notizia*, Casagrande, Bellinzona, 2004
- PACE A. - MANETTI M., *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, Roma: Società editrice del Foro italiano, 2006, 40
- PACE A. - PETRANGELI F., *Diritto di cronaca e di critica*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V, 2002, 303
- PAJNO A., *Giornalisti e pubblicisti (Disciplina professionale. Rapporto di lavoro e previdenza sociale)*, in *Digesto pubblico*, 1991, VII, 175
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, 627 ss.
- PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 5
- PALADIN L., *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. Paladin (a cura di), *La libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, 9

- PAPA V., *Lavoro e dissenso. Il diritto di critica del lavoratore e i suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 805
- PAPUZZI A., *Manuale del giornalista*, Donzelli, Roma, 1993
- PAPUZZI A., *Professione giornalista. Le tecniche, i media, le regole*, Donzelli, Roma, 2010
- PAPUZZI A. - MAGONE A., *Il giornalismo morale*, Celid, Torino, 2001
- PARTIPILO M. (a cura di), *Manuale del consigliere*, Centro di documentazione giornalistica, Roma, 2014
- PARTIPILO M., *Le notizie e la persona*, Cacucci, Bari, 2005
- PARTIPILO M. - FALCONE V. (a cura di), *Le regole del giornalista*, Centro di documentazione giornalistica, Roma, 2009
- PEDRAZZA M.G., *Giornalismo e Costituzione*, Cedam, Padova, 1988
- PERLINGIERI P. - DI RAIMO R., *Art. 21*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 1997, 114
- PERON S., *La verità della notizia tra veritas e aletheia*, in *Responsabilità civile e prevenzione*, 2006, 1289
- PERRINO M., *Il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare e la recidiva*, in S. Mainardi (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, Torino, 2012, 191
- PETRINI D., *Diffamazione on line: offesa recata con "altro mezzo di pubblicità" o col mezzo della stampa?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1485
- PISANI C., *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004
- PIZZONIA D., *Licenziamento e vita privata del lavoratore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1612
- RAZZANTE R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2013
- ROCCHETTI P., *Diritto di critica del lavoratore, suoi limiti ed esercizio, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale. Commento alle sentenze n. 996/17 e n. 4125/2017 della sezione lavoro della Cassazione*, in www.questionegiustizia.it, 17 maggio 2017
- ROZO SORDINI P.E., *Le libertà di espressione nell'era digitale: disciplina internazionale e problematiche*, in www.ispionline.it, 17 ottobre 2013
- PERON S., *La diffamazione tramite mass-media*, Cedam, Padova, 2006
- SCANDELETTI P., *Etica e deontologie dei comunicatori*, Luiss university press, Roma, 2005
- SCARCELLA L., *I social network e la Pubblica Amministrazione: un rap-*

- porto difficile, in *www.ninjamrketiing.it*, 18 aprile 2017
- SIMONCELLI L., *Disciplina*, in V. Poli - V. Tenore (a cura di), *L'ordinamento militare*, Giuffrè, Milano, 2006
- SINI C., *Moralità e amoralità dell'etica nel comunicare*, in I. Rizzi (a cura di), *Etica e comunicazione*, Banca Europa, Milano, 1997
- SPOLVERATO G. - MARCHESAN F., *Controlli sul lavoro e privacy. Controlli difensivi, controlli leciti e rispetto della privacy*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, fasc. 15, 3
- STELLA R., *Media ed etica*, Donzelli, Roma, 2008
- TENORE V. (a cura di), *Il giornalista e le sue quattro responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2018
- TENORE V. (a cura di), *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Epc, Roma, 2010
- TENORE V., *Condotte extralavorative del personale delle Forze di Polizia: rilevanza ai fini disciplinari e del trasferimento per incompatibilità ambientale*, in *Rivista Trimestrale della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia*, 2012, fasc. 1-2, 33
- TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017, 122 ss.
- TENORE V., *Uso consapevole dei social media da parte degli appartenenti alle Forze armate e di Polizia*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, IV, 2019, pp. 33-86
- TENORE V. - SCAFFA V. - FRISCIOTTI M., *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle forze armate e di polizia*, Laurus Robuffo, Roma, 2010
- VALENTI V., *Diritto di critica del lavoratore: tra obbligo di fedeltà e dovere di verità*, in *Rivista di giurisprudenza del lavoro*, 2016, II, 502
- VALLE C., *Esercizio del potere disciplinare e processo penale*, in S. Mainardi (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, Torino, 2012, 438
- VALLEBONA A., *Lavoro e vita privata*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1999, 1554
- VECA G., *Osservazioni in merito al diritto di critica del dipendente e rapporto di lavoro subordinato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, 453
- ZENO V.Z., *Alcune ragioni per sopprimere la libertà di stampa*, Laterza, Bari, 1995

PARTE V

Segnalazioni bibliografiche

L'evoluzione dei conflitti tra sicurezza, culture e complessità, recensione al testo di Mary Kaldor, *Global security cultures*, Polity Press, Cambridge, UK, 2018, pp. 224

di Karen Nuvoli*

Introduzione

Global Security Cultures, è un testo che può aiutare a comprendere per quale motivo i conflitti e le guerre tra le nazioni continuino a diffondersi nonostante la consapevolezza che tali pratiche non siano di per sé sufficienti per il mantenimento della stabilità. Questo libro è stato scritto dalla studiosa Mary Kaldor, professoressa di governance globale e direttrice dell'Unità di ricerca sul conflitto e sulla società civile presso la *London School of Economics*. L'autrice esplora ed approfondisce la concezione delle nuove guerre per rispondere a ciò che essa stessa definisce "gap della sicurezza", ovvero: «nonostante milioni di persone vivano in condizioni di profonda insicurezza, l'apparato di sicurezza in gran parte costituito da forze militari non affronta questa preoccupazione e peggiora le loro condizioni» (pag. 6). L'intuizione centrale del testo risiede nel superare tale gap interpretativo mediante l'analisi di quattro differenti tipologie di cultura della sicurezza. L'autrice introduce dunque il concetto di "*Security cultures*" quale filo rosso nell'interpretazione della sicurezza e della cultura nell'era globale. A tal proposito, ogni forma di cultura della sicurezza comprende diversi aspetti tra loro interconnessi, quali: narrazioni, regole, strumenti e pratiche, che si inseriscono in determinate dinamiche di potere. Kaldor sottolinea che esistono quattro modelli ideali per determinare i confini tra cultura e sicurezza, ma nessuno di essi coglie efficacemente la realtà profonda dell'insicurezza odierna. *In primis*, ricorda la cultura geopolitica che conferisce estrema importanza alle relazioni con le grandi potenze ed è in gran parte residuo della Guerra Fredda; segue la cultura delle nuove guerre in cui la società civile

(*) Dottoranda di ricerca presso l'Università "Sapienza" di Roma e Aix-Marseille Université.

e i cittadini diventano gli obiettivi di una guerra progettata per arricchire i belligeranti; la cultura della pace liberale frutto prima di tutto di principi umanitari e infine la guerra al terrore, ovvero una guerra che mette seriamente a rischio il concetto stesso di sicurezza.

1. Sicurezza, cultura, complessità

Il testo ha il merito di affrontare in maniera ricca e dettagliata il tema della guerra e delle sue strategie attraverso una disanima del concetto di sicurezza. A tal proposito, gli studi internazionali in tale ambito sottolineano che il termine sicurezza è venuto in sostituzione di altri termini – quali guerra, difesa o strategia – solamente a partire dal 1945. Nonostante questa attenzione, il termine risulta ancora oggi difficile da definire. Di quale sicurezza si parla? Della sicurezza “oggettiva”, ovvero la protezione delle minacce effettive, o della sicurezza “soggettiva”, ovvero la protezione di una minaccia percepita? (Wolfers, 1952). Nel periodo della Guerra Fredda, il termine sicurezza veniva utilizzato in riferimento alla sicurezza nazionale, e l’attacco armato da parte di una nazione o nemico rappresentava la principale minaccia. Progressivamente gli studiosi iniziarono a considerare alcuni elementi nuovi quali: la sicurezza umana, regionale o planetaria, così come la sicurezza dalle minacce non militari. Una riflessione interessante è stata elaborata da Kirk e Luckham. A tal proposito, gli autori riconoscono l’esistenza di due aspetti o dimensioni compresenti nel concetto di sicurezza: il lato dell’offerta e quello della domanda. Il primo è definito come: «un processo di ordinamento politico e sociale stabilito e mantenuto attraverso discorsi autorevoli e pratiche di potere, che include ma non si limita alla forza militare organizzata. Il secondo come un diritto degli esseri umani alla protezione dalla violenza e altri rischi esistenziali» (Kirk – Luckham, 2013). Esistono dunque differenti modi per definire e mettere in pratica la sicurezza, ed essi possono essere influenzati dai timori di una minaccia, dal panico morale o ancora da costruzioni di insicurezza legate all’etnia. Tutto ciò si riflette in specifici discorsi e pratiche sulla sicurezza, quella che Wolfers definisce la versione soggettiva della sicurezza. In contrasto con questa visione piuttosto individualistica, il concetto di cultura della sicurezza è qui utilizzato per far riferimento a pratiche di sicurezza frutto di relazioni sociali, culturali, geopolitiche, ecc. La cultura della si-

curezza, si basa sulla sicurezza funzionale piuttosto che spaziale o geografica; vale a dire che utilizza come parametro di misura la comunità stessa caratterizzata da idee e pratiche condivise, ovvero un processo di ordinamento politico che ruota intorno al controllo della violenza ed al diritto alla protezione dalla violenza. È rilevante sottolineare che per cultura della sicurezza non si intende un concetto statico. Esso è sempre costruito e ci aiuta a comprendere perché determinate pratiche si siano normalizzate anche se contrarie alla logica dominante. Studiare la “cultura della sicurezza”, significa dunque comprendere quali sono i limiti e le possibili aperture che potrebbero consentire un cambiamento negli obiettivi e nelle pratiche della sicurezza.

2. Forme ideali di cultura della sicurezza

Il lavoro dell'autrice fin qui descritto è funzionale a proporre una panoramica dei quattro “tipi ideali” di cultura della sicurezza osservabili nel panorama globale. Gli esempi proposti ci aiutano a delineare i confini tra le varie culture e comprenderne le differenze. Ogni cultura coinvolge un insieme specifico di elementi, quali: narrazioni, indicatori, regole, strumenti, tattiche, forme di finanziamento e infrastrutture. Le varie componenti sono a loro volta collegate a specifiche norme e idee. Nella misura in cui queste componenti sono più o meno allineate tra loro, possono generare una configurazione relativamente stabile di cultura, oppure determinare l'insuccesso della cultura preesistente a causa di una mancata armonizzazione tra obiettivi e pratiche. Per analizzare le logiche associate a specifiche culture della sicurezza, occorre *in primis* considerare i diversi meccanismi di riproduzione delle componenti specifiche di una determinata cultura, ovvero valutare la relazione tra obiettivi e pratiche. Così, ad esempio, le narrazioni si determinano attraverso le relazioni tra esperti, dibattiti pubblici, interessi burocratici o politici, mentre gli strumenti, a seconda della cultura specifica, sono riprodotti attraverso il rapporto tra aziende e commercianti di armi, ministeri e forze armate. L'evoluzione di una cultura specifica dipende dalla co-evoluzione di queste diverse componenti e dalla misura in cui questo processo è relativamente armonioso. Per definizione, le componenti non possono mai adattarsi perfettamente perché altrimenti non ci sarebbe insicurezza. Questo è il paradosso per cui le pratiche di sicurezza

creano di per sé insicurezza. Studiare le relazioni tra gli elementi ed il modo in cui essi vengono riprodotti, consente di analizzare le diverse logiche inerenti ad ogni specifica cultura nonché le tendenze all'*escalation* e alla persistenza (Tabella n. 1).

Tabella 1: Components of security cultures

	Narratives	Indicators	Rules	Tools	Tactics	Finance	Infrastructure
Geo-Politics	Deter major war	Levels of Armament and Defence Spending	Self-defence and IHL	Regular military forces, advanced weapons systems	Deterrence	Taxation	Arms industry, military base
New Wars	Establish identity based political authority	Discrimination against particular identity based groups	None, occasionally warped version of Shari'ia	Networks of state non-state actors, IEDs, suicide bombers, small arms	Violence against civilians	Outside sponsors or war-related and/or criminal activities	Global networks
Liberal peace	Global Stability	Numbers of conflicts	Emergence of post-bellum law, peace agreement	International agencies, peace-keeping forces, NGOs, private security contractors	Peace agreements, peace-keeping, state-building	International public funding plus voluntary contributions	Global co-operation, transportation etc.
War on Terror	Defeat terrorists militarily	Terrorist incidents	Stretching of IHL and notion of self-defence	Intelligence agencies, private security contractors, drones	Extensive surveillance and targeted killing	US government, public borrowing	Satellites, defence industry, network of spies.

Ideal type 1: Geopolitics

La prima tipologia di cultura della sicurezza è la geopolitica. Con tale termine si intende «l'organizzazione politica dello spazio e come quest'ultima è concepita, rappresentata ed utilizzata nel dibattito politico» (pag. 28). Questa cultura della sicurezza si focalizza sulla contestazione del po-

tere e i suoi strumenti dominanti, è caratterizzata dal dispiegamento delle forze, dall'uso della forza militare e dall'attribuzione di sanzioni economiche. Gli obiettivi perseguiti da questa tipologia di cultura sono: la sicurezza nazionale, la protezione del territorio nazionale, il mantenimento delle sfere di influenza e l'accesso ai beni comuni e alle risorse energetiche. Il mantenimento degli equilibri geopolitici giustifica l'acquisizione di armi nucleari e l'acquisizione di aerei sofisticati.

Ideal type 2: New Wars

La seconda tipologia presentata è quella delle nuove guerre. Con essa si fa riferimento a quelle guerre nate a seguito dei conflitti civili del periodo della Guerra Fredda. La distinzione tra confini interni ed esterni viene meno, così come quella tra pubblico e privato. La cultura delle nuove guerre determina il passaggio dalla lotta geopolitica centralizzata e binaria a forme contemporanee di violenza politica. I mezzi funzionali al raggiungimento degli obiettivi comprendono principalmente armamenti di basso livello, quali IED ed armi di piccolo calibro. L'azione è funzionale al controllo politico attraverso la violenza, principalmente diretta verso i civili ed i monumenti culturali. Il finanziamento dei gruppi armati dipende dall'aiuto esterno e dai ricavi delle loro azioni criminose quali saccheggi, prese di ostaggi o sequestri. Si tratta in questo caso di una infrastruttura globale, le reti sono integrate e basate sul coinvolgimento condiviso in altre attività criminali. Le nuove guerre sono associate a forme frammentate, decentralizzate e spesso esclusive di autorità politica; esse possono essere informali o ibride come nel caso dello Stato Islamico.

Ideal type 3: Liberal Peace

L'attività della cooperazione internazionale post-guerra fredda e le proteste pubbliche per le crisi umanitarie derivanti dalle nuove guerre, in particolare Bosnia e Ruanda, hanno determinato l'emergere della cultura della pace liberale. Essa è descritta come «la combinazione di idee, organizzazioni, persone e pratiche interconnesse. È frutto di un processo continuo di adattamento» (pag. 99). La differenza tra questa cultura della sicurezza e le due precedenti risiede nella preoccupazione centrale per la stabilità piuttosto che per la sconfitta dei nemici. In tal senso, l'autrice sottolinea che la sicurezza si ottiene attraverso la stabilità piuttosto che attraverso la sconfitta di un nemico, e per stabilità si intende la stabilità col-

lettiva piuttosto che individuale. L'obiettivo in simili contesti sarà la sicurezza nazionale, regionale o globale. Come nelle altre culture, si fa uso delle forze militari ma solo a fronte della protezione o di un intervento umanitario. La cultura della pace liberale coinvolge dunque anche una nuova serie di attori: agenzie internazionali, truppe di mantenimento della pace, appaltatori privati, ONG, quello che Duffield chiama un "complesso strategico" (Duffield, 2006) ovvero un grado di integrazione tra personale militare e civile. La cultura liberale della sicurezza della pace è legata a specifiche istituzioni internazionali o regionali (*United Nations, the European Union, African Union, OSCE*) che operano attraverso il coinvolgimento degli Stati e degli attori privati. Kaldor conclude questo capitolo ricordando che «le contraddizioni ricorrenti della pace liberale offrono quella che probabilmente è l'unica apertura verso una cultura della sicurezza globale più efficace» (pag. 119).

Ideal type 4: War on Terror

L'ultima tipologia presentata è la cultura della guerra al terrore. Essa enfatizza il linguaggio dei nemici e l'idea di sicurezza basata sulla guerra. Nel mondo contemporaneo la guerra al terrorismo è sorta in risposta a ciò che è stata definita "minaccia asimmetrica", ovvero insurrezioni e violenza operate in gran parte da attori non statali. La strategia impiegata da tali attori è finalizzata alla conquista del potere politico mediante la diffusione progressiva di un clima di terrore. Si tratta di attori che si oppongono conflittualmente agli stati industrializzati che condividono la responsabilità della sicurezza e della pace internazionale. Questo emergente clima di insicurezza non solo ha determinato una nuova serie di pratiche finalizzate a combinare l'attività delle agenzie di intelligence e le forze militari, ma ha giustificato il largo uso di nuove tecnologie per la sorveglianza di massa. In tal senso, «la guerra al terrorismo è un enorme fallimento, questo fenomeno stimola e giustifica semplicemente una maggiore spesa per le attività di lotta e contrasto al terrorismo» (pag. 141).

Conclusioni

Il quadro teorico proposto da Mary Kaldor, rappresenta un utile strumento per comprendere i percorsi di studio e di ricerca sinora intrapresi nel

campo della sicurezza. Il primo passo da compiere per osservare il panorama della sicurezza globale è definire la cultura della sicurezza in termini di idee e modi di fare piuttosto che ridurla a scelte funzionali all'identità o al territorio. Essa è la combinazione di obiettivi (norme e idee sulla sicurezza) e pratiche (strumenti, tattiche, infrastrutture) co-costitutivi e legati ad una specifica forma di autorità politica. È importante sottolineare che si tratta di un concetto socialmente costruito e continuamente riprodotto. Analizzando i metodi di riproduzione, possiamo indagare quali specifici percorsi di sicurezza sono stati intrapresi e quali possibili aperture o chiusure ad approcci alternativi saranno possibili. Il contributo risulta particolarmente interessante nella misura in cui suggerisce che è il modo in cui affrontiamo la competizione tra queste culture a determinare profonde conseguenze su tutti quegli aspetti che riguardano la vita sociale. L'analisi di Kaldor potrebbe essere letta come una formulazione di due affermazioni provocatorie in grado di ispirare ulteriori riflessioni e ricerche. *In primis*, la cultura della pace liberale risulta meglio attrezzata per affrontare la realtà dell'insicurezza, ma fino ad oggi è rimasta troppo legata ai concetti tradizionali e geopolitici della guerra e alle considerazioni territoriali. A tal proposito, l'autrice sottolinea che il fallimento della pace liberale in Bosnia-Erzegovina è stato causato principalmente da errori riconducibili alla ripartizione del territorio tra i gruppi etnici. Il processo di negoziazione ha effettivamente rafforzato (se non aiutato a creare) divisioni etniche attribuendo rilevanza a tali gruppi e ciò ha incentivato, più che dissuaso, atrocità e violenze interetniche. La seconda riflessione fa riferimento alla cultura della guerra al terrore la quale, secondo l'autrice, non ha fatto altro che auto-alimentarsi. La violenza subita ha giustificato il ricorso alla violenza, di conseguenza la strategia antiterrorismo ha fatto largo uso di appaltatori privati, incursioni delle forze speciali e "assassini" tramite droni. Questi mezzi causano instabilità, guidano il reclutamento di ribelli e terroristi e, in modo indiretto, creano effettivamente le minacce che giustificano l'uso della violenza. Infine l'autrice ricorda che le quattro culture della sicurezza presentate sono diventate, nel corso del tempo, sempre più bio-politiche piuttosto che geopolitiche: vale a dire che si preoccupano più del controllo sulla popolazione che sul territorio e tale deviazione non può che contribuire a creare instabilità.

Bibliografia

- DUFFIELD M., *Global governance and the new wars: the merging of development and security*, 2nd edition, Zed Books, London, 2014
- KALDOR M., *Global security cultures*, Polity Press, Cambridge, UK, 2018
- LUCKHAM R. - KIRK T., *The two faces of security in hybrid political orders: a framework for analysis and research*, Stability - International Journal of Security and Development, 2013
- WOLFERS A., "National security" as an ambiguous symbol, Political Science Quarterly, 67, 1952

AVVERTENZE

La rivista è inviata gratuitamente alle Amministrazioni, Comandi e Uffici delle Forze di polizia e a tutti gli enti interessati all'attività delle Forze di polizia, con riferimento particolare ai temi del coordinamento «interforze» e della cooperazione internazionale di polizia.

I manoscritti e le pubblicazioni da recensire devono essere inviati alla Segreteria di redazione, possibilmente in duplice copia, e senza obbligo di restituzione.

È facoltà della Direzione pubblicare i manoscritti e recensire le pubblicazioni.

La riproduzione totale o parziale degli articoli pubblicati su questa rivista è ammessa, previa comunicazione alla Direzione, purché accompagnata dalla citazione della fonte.

Direzione, Redazione e Segreteria: Piazza di Priscilla, 6
00199 Roma - Tel. 06/46524260 - 06/46524034

Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 33 del 22 febbraio 2018
(già registrato al n. 282 del 5 maggio 1992 e al n. 274 dell'8 maggio 1987)

Iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione
n. 31195 del 19 marzo 2018

