

2008

4

Rivista trimestrale di diritto pubblico

ISSN 0557-1464

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)



L'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FUNZIONI DI ORDINE: IL CASO DELLE CARCERI *

ELISA D'ALTERIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'esperienza italiana: l'ex Casa lavoro di Castel-franco. — 3. Il sistema penitenziario italiano e i limiti all'esternalizzazione carceraria'. — 4. Lo sviluppo delle «carceri private» statunitensi. — 5. L'esternalizzazione delle carceri inglesi: l'equilibrio tra logiche di mercato e limiti normativi. — 6. L'esternalizzazione delle carceri francesi: un esempio di partenariato settoriale. — 7. Cause, tipologie, dimensioni e limiti delle «esternalizzazioni penitenziarie». — 8. I problemi dell'«esternalizzazione carceraria».

1. Nella nota opera *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione* di Michel Foucault ⁽¹⁾, l'evoluzione dei sistemi punitivi moderni è sintetizzata nell'individuazione di quattro fasi fondamentali: supplizio, punizione, disciplina, prigioni. La prigione è, dunque, considerata lo stadio conclusivo dell'evoluzione degli strumenti punitivi e, nella forma del *Panopticon di Bentham* ⁽²⁾, rappresenterebbe «il sistema ideale di punizione moderna». In linea con i movimenti di contestazione e critica socio-politica degli anni Sessanta-Settanta, Foucault ritiene che la prigione sia «un'istituzione sovrana che tutto egemonizza nella società moderna»; questo produrrebbe, inoltre, «una società pan-ottica», il cui funzionamento si basa sulla creazione di «carriere disciplinari» e sulla continua necessità di delinquenza ⁽³⁾. Ma che cosa

(*) Ringrazio i professori Sabino Cassese, Bernardo Giorgio Mattarella e Giulio Napolitano per i commenti alle precedenti versioni di questo scritto.

⁽¹⁾ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris, 1975 (trad. it., *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione*, Torino, 1993).

⁽²⁾ 'Panopticon' è il carcere ideale progettato nel 1791 da Jeremy Bentham (1748-1832). L'idea alla base del 'Panopticon' («che fa vedere tutto») è quella che, grazie alla forma radiocentrica dell'edificio e ad opportuni accorgimenti architettonici e tecnologici, un unico guardiano può controllare tutti i prigionieri in ogni momento.

⁽³⁾ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 266 ss. Nell'esaminare la costruzione

succede se un tale strumento punitivo è affidato alla gestione di imprese private? Si può immaginare che la risposta del filosofo francese non sarebbe stata, di certo, 'rassicurante'.

L'esternalizzazione di funzioni in materia penitenziaria è un fenomeno di recente emersione. A riguardo, si parla di 'prigioni private', indicando, in questo modo, la natura dei soggetti gestori degli istituti carcerari. L'origine di una tale prassi è riconducibile all'esperienza statunitense della prima metà degli anni Ottanta (4), che si è presto diffusa anche in Canada, Inghilterra, Australia, Germania, Francia, per citare solo alcuni esempi. Anche in Italia esistono casi di esternalizzazione di attività in materia penitenziaria, ma hanno connotazioni ben diverse dalle esperienze degli altri Paesi (5).

Il problema del conferimento a privati di funzioni penitenziarie assume una diversa configurazione a seconda dell'ordinamento giuridico considerato. Nei Paesi anglosassoni il fenomeno è molto diffuso ed esistono numerosi studi (6). Diversamente, nei Paesi dell'Europa

della prigione come mezzo centrale della punizione criminale, Foucault afferma che la prigione è divenuta parte di un più ampio 'sistema carcerario'. Tale istituto, infatti, appartiene ad una rete più vasta, comprendente scuole, istituzioni militari, ospedali, fabbriche, che formano una c.d. «società pan-ottica». Il sistema impone, dunque, «carriere disciplinari» per chi accetta di rimanere nei «giusti binari», che gli sono stati assegnati. Il funzionamento del meccanismo è controllato dall'autorità scientifica della medicina, psicologia e criminologia. È altrettanto fondamentale il principio che il sistema «non può fare a meno di produrre delinquenti». La delinquenza, infatti, si produrrebbe quando la micro-criminalità sociale non è più tollerata. Questo meccanismo crea una classe di 'delinquenti' specializzati, che agiscono quali surrogati della polizia nella sorveglianza della società.

(4) Il ricorso all'esternalizzazione ha origine nell'ambito dell'amministrazione Reagan. Con l'avvento dell'amministrazione Bush (senior), il progetto viene interrotto e riorganizzato in modo decentrato presso le singole amministrazioni. Il programma diviene discrezionale così come la revisione delle attività di natura imprenditoriale, definite dalla Circolare A-76. Nel primo round della National Review del Vicepresidente Gore (amministrazione Clinton), il ricorso all'esternalizzazione risulta abbastanza limitato, a differenza del secondo round, dove si rivaluta tale prassi soprattutto in ragione dell'obiettivo del risparmio.

(5) Relativamente all'ordinamento italiano, nella XIV legislatura ci sono state forti spinte verso l'adozione di un sistema analogo a quello statunitense, ma senza risultati effettivi (si v. la c.d. legge 'Finì-Giovanardi', 21 febbraio 2006, n. 49).

(6) La letteratura anglosassone in materia di sistema penitenziario ed esternalizzazione delle carceri è molto ampia. Di seguito, si segnalano alcune opere. Nel libro di R.W. HARDING, *Private Prisons and Public Accountability*, Buckingham, 1997, si affronta il problema della responsabilità dei privati gestori di carceri e del contributo dell'esternalizzazione carceraria al miglioramento del sistema pubblico penitenziario.

continentale si ricorre all'esternalizzazione di carceri in pochi casi, sebbene in alcuni ordinamenti, come quello francese, tale pratica si stia, recentemente, sviluppando, soprattutto in ragione dell'applicazione in questo settore dello strumento del partenariato (7). In Italia,

Riflessioni simili sono contenute anche nel libro di D. SHICOR, *Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns*, London, 1995. Nell'opera *Private Prisons and the Public Interest*, a cura di D.C. McDonald, New Brunswick, 1990, si esamina una serie di profili di diritto pubblico in rapporto all'esternalizzazione di carceri. Molto interessante è lo studio di A.T. MOORE, *Private Prisons: Quality Corrections at a Low Cost*, Los Angeles, 1998, dove il ricorso a privati nel settore penitenziario è analizzato con particolare riferimento al conseguimento di risparmi. Un'analisi estremamente dettagliata è contenuta nell'opera *Private Prisons in the United States: An Assessment of Current Practice*, a cura di D.C. McDonald-E. Fournier-E. Russel-M. Einhorn-S. Crawford, Boston, 1998, disponibile sul sito www.abtassoc.com/reports/priv-report.pdf, dove sono raccolti i contributi di più autori sul problema dello sviluppo delle 'carceri private' statunitensi. Più generale è l'opera di C.H. LOGAN, *Private Prisons: Con and Pros*, New York-Oxford, 1990, dove sono esaminati benefici e svantaggi dell'affidamento a privati della gestione di istituti carcerari. Nell'opera, invece, di L. CHADWICK-R. SHOOK-T. SIGLER, *Constitutional issues in correctional administration*, Durham, 2000, si analizza l'amministrazione penitenziaria americana, prendendo in considerazione l'evoluzione dei diritti dei detenuti anche in rapporto allo sviluppo delle 'carceri private'. Si v., inoltre, R.D. KING-M. MAGUIRE, *Prisons in Context*, Oxford, 1994, sulle carceri private inglesi; A. COYLE, *Managing Prisons in a Time of Change*, London, 2002, che esamina i profili gestionali dell'amministrazione penitenziaria inglese anche in rapporto al ricorso a privati; M. BOSWORTH, *The U.S. Federal Prison System*, Thousand Oaks, 2002, dove l'a. esamina il sistema delle prigioni federali americane e i problemi della loro capienza, attraverso l'analisi di dati statistici. Interessante è anche il libro di M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, dove l'a. afferma il fallimento delle 'carceri private' statunitensi, soprattutto in rapporto alla tutela dei diritti della personalità e dignità dei detenuti.

(7) Anche nella letteratura francese vi sono molte opere dedicate all'analisi del sistema penitenziario e dell'esternalizzazione nel settore carcerario: si v., in particolare, C. VEIL-D. LHUILIER, *La prison en changement*, Ramonville-Saint Agne, 2000, che propone una riflessione sui possibili cambiamenti del sistema penitenziario, anche attraverso il ricorso a privati; M. ZINGONI-FERNANDEZ-N. GIOVANNINI, *La detention en isolement dans les prisons europeennes: les regimes speciaux de detention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au Royaume Uni*, Bruxelles, 2004, dove sono analizzati gli ordinamenti penitenziari francese, inglese, italiano e spagnolo in rapporto al problema della tutela dei diritti fondamentali; J.P. CERE, *Panorama européen de la prison*, Paris, 2002, dove il sistema penitenziario francese è posto a confronto con i sistemi penitenziari di altri Paesi europei; J.M. THIEBAUD, *Prison et justice: mode d'emploi pour les detenus et leurs familles: petite encyclopedie pratique a l'usage des justiciables*, Paris, 2000, che esamina le diverse problematiche che caratterizzano il sistema penitenziario francese, tra le quali il sovraffollamento e la carenza di strutture.

invece, la prassi dell'esternalizzazione in materia carceraria è molto limitata e circoscritta, prevalentemente, alla gestione di alcuni servizi strumentali ⁽⁸⁾.

Le ragioni di interesse per una tale problematica riguardano sia l'attualità del tema ⁽⁹⁾, sia le rilevanti implicazioni giuridiche dell'affidamento a privati dell'esercizio di funzioni connesse alla manifestazione di sovranità statale. L'organizzazione e gestione delle carceri costituisce, infatti, una rilevante funzione pubblica: in particolare, l'amministrazione penitenziaria rientra nella più ampia funzione dell'amministrazione della giustizia, a sua volta, parte delle 'funzioni di ordine' ⁽¹⁰⁾. La scienza giuridica riconosce che «le funzioni di ordine esprimono di regola la sovranità dello Stato, per cui non sarebbe configurabile per l'esercizio di esse una concorrente competenza di autorità non facenti parte dell'apparato statale»; si aggiunge, altresì, che «(...) l'intervento dello Stato in tutte queste ipotesi esprime un potere sovrano, che ha facoltà di limitare la libertà dei singoli per l'attuazione di un servizio di interesse collettivo» ⁽¹¹⁾. La garanzia dell'ordine rappresenta, quindi, uno dei fini principali della nascita dei poteri pubblici, in quanto ragione del passaggio 'dallo stato di natura allo stato civile' ⁽¹²⁾. Per tali motivi, queste funzioni sono da sempre oggetto di 'monopolio' dello Stato. L'affidamento a privati di tali potestà solleva, pertanto, evidenti profili critici.

Queste brevi indicazioni suggeriscono l'articolazione e il metodo della ricerca. Si prende le mosse dallo studio di un caso (par. 2). Si è scelto il caso dell'ex Casa lavoro di Castelfranco, trattandosi del primo

⁽⁸⁾ La letteratura italiana sull'esternalizzazione di carceri esamina, prevalentemente, le esperienze straniere. A riguardo, si possono segnalare, in particolare, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., e l'opera, di taglio politico, di M. D'ERAMO, *Lo sciamano in elicottero*, Milano, 1999, dove si critica duramente lo sviluppo delle 'carceri private', principalmente nei Paesi anglosassoni. Non esistono, invece, opere che analizzano casi di esternalizzazione di servizi strumentali all'interno delle carceri italiane.

⁽⁹⁾ Si v. i recenti dati riportati in *Carceri in appalto*, in *Internazionale*, n. 679, 9 febbraio 2007, dove emerge l'estesa dimensione del fenomeno.

⁽¹⁰⁾ Così, C. MEOLI, *Le funzioni di ordine*, in *Diritto amministrativo speciale*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2005, 1 ss. Le funzioni di ordine consistono nella tutela dell'ordine e della pubblica sicurezza, nella gestione dei rapporti con Paesi stranieri, nella difesa, nell'amministrazione della giustizia e dei giudici. Si tratta di funzioni conservative e destinate alla generalità dei cittadini.

⁽¹¹⁾ C. MEOLI, *Le funzioni di ordine*, cit., 1.

⁽¹²⁾ Questa è la nota tesi di T. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651.

esperimento di esternalizzazione di parte della gestione carceraria nell'ordinamento italiano. Tale esperienza, oggetto di numerosi dibattiti e polemiche ⁽¹³⁾, solleva rilevanti questioni giuridiche, che riguardano i caratteri principali e le ragioni dell'esternalizzazione, la natura delle attività esternalizzate, le modalità di affidamento, l'applicazione di sistemi di controllo, il riconoscimento di forme di responsabilità in capo ai gestori privati, l'esistenza di vantaggi in termini di risparmio e *know how*. L'analisi del caso è completata dal successivo esame del sistema penitenziario italiano, in rapporto alla prassi dell'esternalizzazione (par. 3). Nei paragrafi successivi si analizza, invece, l'esperienza di altri tre ordinamenti: quello statunitense, dove vi sono stati i primi esperimenti di esternalizzazione di carceri (par. 4); quello britannico, che si distingue per una regolamentazione piuttosto efficace e completa di tale prassi (par. 5); quello francese, dove il settore carcerario è uno degli ambiti maggiormente interessati dal ricorso al modello del partenariato pubblico-privato (par. 6). Per ogni ordinamento si considera il diverso contesto politico-ideologico alla base delle scelte di esternalizzazione in materia carceraria e, pertanto, le ragioni per le quali l'ordinamento ricorre a privati in tale settore, la previsione di limiti normativi all'esternalizzazione, le caratteristiche dei privati affidatari, le principali linee di tendenza. A queste analisi degli ordinamenti fa seguito un'analisi trasversale, che racchiude i risultati della comparazione, delineando cause, tipologie, dimensioni e limiti delle esternalizzazioni in materia penitenziaria (par. 7). Nelle conclusioni si lascia spazio ad una serie di considerazioni più generali, sollevando alcuni spunti di riflessione (par. 8).

2. L'ex Casa lavoro di Castelfranco Emilia è una struttura costituita da un'azienda agricola di ventitre ettari, nella provincia di Modena, dipendente originariamente dal carcere di Rimini. Nel 2001, nell'ambito del progetto *Equal*, finanziato dalla Comunità europea ⁽¹⁴⁾, il direttore dell'istituto di Castelfranco presenta al Dipartimento amministrazione penitenziaria il progetto di ampliamento e trasformazione della struttura

⁽¹³⁾ Sul caso della Casa lavoro di Castelfranco Emilia sono stati scritti numerosi articoli di giornale, ma non esiste un'analisi giuridica dell'esperienza di esternalizzazione. Per una raccolta dei principali articoli, tratti dai più noti quotidiani nazionali, si consulti www.ristretti.it.

⁽¹⁴⁾ Si tratta del Progetto «Equal-incentivi per il lavoro di soggetti appartenenti a categorie svantaggiate», pari a circa cinque miliardi di lire.

in istituto di reclusione per tossicodipendenti. Tale progetto è realizzato in collaborazione con la comunità di San Patrignano, alla quale verrebbe devoluta buona parte della gestione del nuovo istituto. La proposta viene accolta dall'amministrazione⁽¹⁵⁾ ed è prevista l'erogazione di circa quindici miliardi di lire per l'attuazione di un protocollo d'intesa tra il Ministero della giustizia e la regione Emilia-Romagna, relativo al recupero e alla destinazione della casa di lavoro alla «custodia attenuata» per i tossicodipendenti⁽¹⁶⁾. Con un decreto del Ministro della giustizia del 3 febbraio 2004, l'istituto è trasformato in casa di reclusione destinata alla custodia attenuata di detenuti tossicodipendenti, con annessa la sezione di casa di lavoro. Si tratta, dunque, di una struttura più dignitosa del carcere, destinata a persone sottoposte a misure di sicurezza, in particolare a soggetti affetti da tossicodipendenza, che hanno commesso reati proprio a causa della loro condizione e per i quali non è prevista l'assegnazione alla comunità⁽¹⁷⁾. Chi è ammesso al programma deve lavorare la terra e compiere una serie di attività agricole e artigianali legate, spesso, a progetti di distribuzione commerciale.

La partecipazione della comunità di San Patrignano al progetto si basa su un'intesa di *partnership* con il provveditore regionale dell'Amministrazione penitenziaria dell'Emilia-Romagna. Tale intesa prevede l'affidamento ad una cooperativa della comunità religiosa di alcune attività di gestione dell'istituto e trattamento dei detenuti. La direzione e controllo dell'istituto continuano ad essere gestiti dall'amministrazione pubblica penitenziaria, attraverso, principalmente, la figura del direttore, in qualità di responsabile esecutivo. L'attività di vigilanza rimane alla polizia penitenziaria.

La scelta dell'amministrazione di rivolgersi ad un soggetto privato per la gestione della struttura si lega, in parte, alla volontà di speri-

⁽¹⁵⁾ Si noti che, inizialmente, il Dipartimento amministrazione penitenziaria emette un parere negativo sul progetto.

⁽¹⁶⁾ La più datata legge 'Iervolino-Vassalli' (l. 26 giugno 1990, n. 162), all'art. 95, prevede che «la pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi»; si stabilisce, inoltre, che con decreto del Ministro della giustizia si proceda «all'acquisizione di case mandamentali e alla loro destinazione per i tossicodipendenti condannati con sentenza anche non definitiva».

⁽¹⁷⁾ Sul trattamento carcerario delle persone affette da tossicodipendenza si v. *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale*, a cura di A. Lovati, Milano, 1988.

mentare nuove forme organizzative che migliorino la qualità dei servizi penitenziari, dall'altra, alla vocazione solidaristica del privato (una comunità religiosa), che si ritiene predisposto allo svolgimento di certe attività.

Per quanto riguarda le modalità di affidamento, l'intesa di *partnership* prevede l'assegnazione diretta delle suddette attività alla cooperativa religiosa, senza lo svolgimento di alcuna gara⁽¹⁸⁾. Questa scelta alimenta una forte discussione politica. Alcuni operatori privati, esclusi dall'affidamento, contestano, infatti, la mancata adozione di un bando di concorso aperto a tutti gli operatori del settore sociale e l'assenza di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei caratteri del progetto, del legame con il territorio, delle esperienze acquisite in questo campo e delle idee concrete da realizzare. Questi operatori lamentano, quindi, la violazione dei principi della concorrenza, che vigono in materia di esternalizzazioni. C'è chi, inoltre, sottolinea la necessità di offrire opportunità, ai fini dell'affidamento, a tutti i soggetti del settore sociale (comunità religiose, organizzazioni di volontariato, associazioni *non profit*)⁽¹⁹⁾.

Si deve, comunque, notare che nell'ordinamento italiano non esistono norme che prevedono l'esternalizzazione di attività di gestione delle carceri⁽²⁰⁾. Allo stesso tempo, sono, però, ammesse diverse forme di collaborazione da parte di soggetti del settore sociale, attraverso attività di sostegno, soprattutto nel campo della rieducazione dei detenuti⁽²¹⁾. A riguardo, proprio la Giunta regionale dell'Emilia-Romagna ha concluso un protocollo d'intesa con il Ministero di grazia e giustizia per il coordinamento degli interventi rivolti ai minori imputati di reato e agli adulti sottoposti a misure penali

⁽¹⁸⁾ Per approfondimenti, si v. i *reportage* di J. MELETTI, *Carcere per tossicodipendenti, è gestito anche da San Patrignano*, in *La Repubblica*, marzo 2005.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, si v. l'intervista a Livia Turco, nel 2002 ex Ministro della sanità, dal titolo *Schiaffo al mondo delle comunità*, in *La Nazione*, 28 dicembre 2002.

⁽²⁰⁾ Nella legge finanziaria per l'anno 2001 (l. 23 dicembre 2000, n. 388), è prevista la possibilità, in materia di edilizia penitenziaria, di far ricorso a privati ai fini del finanziamento, progettazione e costruzione degli istituti carcerari, come nel modello inglese del *project financing*. In questo caso, pertanto, l'oggetto dell'esternalizzazione non corrisponde all'attività di gestione carceraria, alla quale non si fa, infatti, alcun riferimento nelle norme, ma al finanziamento e alla realizzazione delle strutture. Sul punto, si rinvia al successivo par. 3.

⁽²¹⁾ A riguardo, si segnala l'organizzazione della periodica 'Conferenza nazionale volontariato giustizia', che riunisce centinaia di associazioni e cooperative del settore sociale, che operano in supporto alle amministrazioni degli istituti di pena.

restrittive della libertà, prevedendo un ruolo principale delle associazioni di volontariato (22). Tuttavia, nel caso di Castelfranco, il ruolo svolto dalla cooperativa della comunità di San Patrignano non è di semplice supporto e va ben oltre le previsioni del protocollo d'intesa. In realtà, l'accordo di *partnership* comporta un rapporto di collaborazione attiva tra amministrazione e privato, dove, inoltre, quest'ultimo percepisce appositi sussidi pubblici. In questo senso, si tratta di una esternalizzazione di attività pubbliche a tutti gli effetti, che richiederebbe l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica e delle regole *antitrust*. Il caso ha, comunque, una natura abbastanza controversa, che alimenta numerosi dibattiti politici, soprattutto da parte di coloro che sostengono la tesi della non applicazione delle procedure ad evidenza pubblica (23).

L'inaugurazione e primo funzionamento del nuovo istituto a custodia attenuata — Icat (con sezione casa di lavoro) — risale al 21 marzo 2005 (24). La capienza della struttura è di centosessantadue persone. Attualmente, si contano cinquantasette internati (25) e otto condannati; l'ottanta per cento è tossicodipendente (26). I detenuti sono impiegati, prevalentemente, nella gestione delle aree verdi. In

(22) Si v. la deliberazione della Giunta regionale dell'Emilia-Romagna del 10 marzo 1998, n. 279.

(23) In particolare, si ritiene che la permanenza di un 'presidio pubblico' nella gestione di alcune attività penitenziarie, come la direzione e il controllo dell'istituto, escluderebbe che l'affidamento dei restanti compiti determini una esternalizzazione-privatizzazione. Inoltre, l'affidamento a soggetti del settore sociale, e non ad imprese, giustificerebbe la non applicazione della disciplina della concorrenza, trattandosi di enti che operano per fini volontaristici e non di lucro. Si v. G. STENICO, *Le verità nascoste a proposito della struttura di Castelfranco*, 2005, pubblicato su www.ristretti.it e J. MELETTI, *Carcere per tossicodipendenti, è gestito anche da San Patrignano*, cit.

(24) Si noti che nello stesso periodo è presentato in Parlamento il disegno della legge 'Finì-Giovanardi' sulle droghe (l. n. 49/2006).

(25) Gli internati sono persone condannate ad una misura di sicurezza per non imputabilità (restrizione in ospedali psichiatrici giudiziari), o come pena accessoria alla reclusione in carcere. In quest'ultimo caso, dopo aver scontato la pena carceraria, tali soggetti trascorrono, presso case di lavoro o colonie agricole, un ulteriore lasso di tempo di restrizione relativamente indefinito, poiché dichiarati in sentenza delinquenti abituali, professionali o per tendenza. Si parla di 'ergastolo bianco', perché tale misura ha la durata minima della pena, ma non è previsto un termine certo. Quando scade il periodo della durata minima (anche di quattro anni), l'autorità giudiziaria valuta se l'internato ha dato segnali a favore del reinserimento, altrimenti viene applicata una nuova misura di sicurezza.

(26) I dati sono aggiornati al marzo 2007.

termini strettamente giuridici è da notare che l'istituto è di titolarità dello Stato ed è finanziato con denaro pubblico (tanto da essere definito una «comunità terapeutica di Stato»). Non esistono, tuttavia, specifici sistemi di controllo e forme di responsabilità in capo ai privati gestori. Oltre, infatti, alle verifiche di natura strettamente economico-contabile e al controllo e direzione amministrativa, esercitata soprattutto dal direttore dell'istituto, non esistono strumenti ad hoc ai fini del controllo gestionale da parte del settore pubblico. A questo si aggiungono alcuni problemi di organizzazione, relativi alle cure e assistenza medica. In particolare, la certificazione dello stato di tossicodipendenza è effettuata dal personale esterno del Sert (27), alle dipendenze delle asl e delle regioni, in sinergia con comunità private esterne (28). Tali operatori, peraltro, non garantiscono una presenza costante. Pertanto, si rilevano problemi di controllo sull'attività non solo dei privati gestori, ma anche degli operatori del Sert, che, a loro volta, dovrebbero essere controllati dai privati stessi, in qualità di responsabili di alcune attività di gestione dell'istituto.

Nonostante si tratti di un caso isolato, l'esperienza di esternalizzazione della gestione dell'istituto di Castelfranco registra risultati complessivamente positivi. Dal punto di vista economico, i costi di gestione di un'associazione *non profit* sono più contenuti rispetto ai costi di una qualsiasi impresa. Le modalità della conduzione 'familiare' e dell'apporto solidaristico (si noti che nella comunità sono impiegati numerosi volontari) sono, infatti, molto convenienti. Allo stesso tempo, i detenuti svolgono alcune attività lavorative (agricoltura e artigianato), che costituiscono un ulteriore sostegno al mantenimento della comunità. Anche per quanto riguarda la qualità delle attività esternalizzate e il *know how* dei privati gestori, si registrano risultati

(27) I Sert («Servizi tossico-alcoldipendenze») sono servizi pubblici del Sistema Sanitario Nazionale dedicati alla cura, prevenzione e riabilitazione dei tossico o alcolodipendenti. Per un elenco dei Sert presenti sul territorio nazionale si v. www.ministerosalute.it/imgs/C_17_pubblicazioni_433_allegato.pdf#search=%22servizi%20per%20le%20tossicodipendenze%22.

(28) L'art. 96, comma 3, della legge 'Iervolino-Vassalli' prevede che: «le unità sanitarie locali, d'intesa con gli istituti di prevenzione e pena e in collaborazione con i servizi sanitari interni dei medesimi istituti, provvedono alla cura e alla riabilitazione dei detenuti tossicodipendenti o alcoolisti». Con il d.P.R. n. 230/1999 le Asl, inoltre, si occupano della medicina penitenziaria interna in relazione alla cura dei reclusi tossicodipendenti. Per questa ragione, nell'istituto di Castelfranco Emilia è previsto l'intervento del Sert, al quale si accompagna anche l'intervento di soggetti privati.

positivi, relativi al buon livello dei servizi resi all'interno dell'istituto e alla qualità della vita dei detenuti, ai quali è concesso molto tempo all'aria aperta, sfruttando l'impiego degli spazi verdi circostanti. Il successo della struttura di Castelfranco è, inoltre, testimoniato dalla previsione di nuovi progetti, come il progetto «I.R.I.S.-Insieme per il recupero sociale», da attuare all'interno dell'istituto, a favore della popolazione detenuta tossicodipendente ⁽²⁹⁾.

Accanto ai risultati positivi, l'esperienza dell'istituto di Castelfranco mostra anche alcuni rischi. In particolare, tali rischi riguardano l'attività di certificazione della tossicodipendenza, che, sebbene svolta dal Sert in sinergia con alcune organizzazioni del settore sociale, potrebbe vedere la partecipazione anche di aziende private. La legge 'Fini-Giovanardi' ⁽³⁰⁾ prevede, infatti, che i privati («strutture private accreditate») possono svolgere attività di certificazione della tossicodipendenza. La partecipazione di tali soggetti a queste attività è ormai presente in quasi tutte le carceri italiane. A riguardo, si ipotizza, tuttavia, il pericolo dello sviluppo di un «mercato terapeutico», dove emergerebbe un conflitto di interessi tra il diritto alla salute dell'interessato e la sua libertà. In altre parole, i privati, ispirati alla logica del profitto e molto meno a quella della tutela della salute, hanno tutto l'interesse a riscontrare la sussistenza di una tossicodipendenza, in modo da poter continuare a svolgere la propria attività. Così, si creano situazioni paradossali nelle quali, da una parte, il Sert non certifica lo stato di dipendenza da droghe leggere (quindi il tribunale non concede la misura alternativa), anche perché non si dispone di programmi terapeutici per la dipendenza da tali sostanze; dall'altra, il privato, che ha interesse a prendersi in carico il maggior numero possibile di tossicodipendenti, certifica tale condizione ⁽³¹⁾.

Dall'analisi del caso si possono trarre alcune prime indicazioni generali sulle esternalizzazioni in materia penitenziaria nell'ordinamento italiano. In primo luogo, l'esternalizzazione di attività di gestione di istituti carcerari non è prevista da specifiche norme; tuttavia,

⁽²⁹⁾ Si v. il documento *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2007: relazione del Ministero - Dipartimento amministrazione penitenziaria*, «Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2006, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria», reperibile su www.giustizia.it.

⁽³⁰⁾ L. n. 49/2006.

⁽³¹⁾ Ciò è realmente accaduto per alcuni detenuti del carcere di Milano, come riportato in un'intervista del senatore C. Grossi del 19 marzo 2007. Per approfondimenti, si consulti il sito [web www.ristretti.it](http://web.wwww.ristretti.it).

l'ordinamento prevede forme di collaborazione nel settore penitenziario da parte di organizzazioni o associazioni di volontariato relativamente all'assistenza dei detenuti.

In secondo luogo, l'affidamento delle attività avviene senza gara, attraverso una semplice intesa di partnership. Il privato affidatario è una cooperativa senza finalità di lucro operante in ambito sociale.

Infine, l'oggetto dell'esternalizzazione consiste in alcune attività di gestione dell'istituto e di trattamento dei detenuti, ma non riguarda la direzione, il controllo e la vigilanza della struttura, che rimangono sotto la diretta gestione dell'amministrazione pubblica.

3. L'ordinamento penitenziario italiano è disciplinato dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni ⁽³²⁾. L'art. 117, comma 2, lett. g) della Costituzione (ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali) prevede la competenza normativa esclusiva dello Stato in tale ambito, per quanto attiene ai profili organizzativi; la lett. l) (giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa), per quanto attiene agli aspetti sostanziali relativi al trattamento dei detenuti; la lett. h) (ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale), per quanto concerne le finalità perseguite dall'amministrazione penitenziaria nel suo complesso. Relativamente alla disciplina del lavoro e tutela della salute dei detenuti si riconosce, invece, una competenza legislativa concorrente delle regioni. Le funzioni amministrative sono esercitate, prevalentemente, dalle regioni, ad esclusione delle attività nel settore dell'edilizia penitenziaria ⁽³³⁾. L'esecuzione delle pene e l'organizzazione delle risorse per realizzarla è di competenza del Ministero della giustizia.

Complessivamente, l'organizzazione si articola in una struttura

⁽³²⁾ La legge del 1975 riforma una precedente legge del 1931 (già revisionata in parte nel 1951). Tra le modifiche successive di maggior rilievo, si v. la l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. 'legge Gozzini'), a sua volta modificata dal dl. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, e, successivamente dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356; si segnala, inoltre, la l. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. 'legge Simeone-Saraceni'). Si v., infine, anche il d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che si ispira alle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* dell'Onu (1955) e alle *Regole penitenziarie europee* del Consiglio d'Europa del 1987.

⁽³³⁾ Si v. l'art. 93, d.lg. 31 marzo 1998, n. 112, che sottrae al processo di decentramento delle funzioni amministrative proprio l'edilizia penitenziaria.

centrale, ossia il Dipartimento amministrazione penitenziaria⁽³⁴⁾, un'organizzazione periferica c.d. 'intermedia', costituita da provveditori regionali, e un'organizzazione periferica, composta dagli istituti penitenziari e dai centri sociali per adulti. La struttura centrale esercita poteri di indirizzo sulle amministrazioni periferiche intermedie, mentre queste sono competenti per gli affari di rilevanza circoscrizionale. Negli istituti penitenziari operano sia il personale dell'amministrazione penitenziaria, che si occupa delle attività amministrative e contabili, sia il Corpo di polizia penitenziaria, che svolge attività di vigilanza⁽³⁵⁾.

Da questo breve quadro ricostruttivo delle competenze e dell'organizzazione si evince chiaramente il ruolo esclusivo del soggetto pubblico in materia penitenziaria. In quale modo, pertanto, la prassi dell'esternalizzazione 'fa ingresso' nella gestione di questo settore?

La causa originaria della necessità del ricorso a privati in ambito penitenziario consiste, innanzitutto, nel sovraffollamento degli istituti di pena. Originariamente, negli anni Ottanta, si risponde a tale problema attraverso leggi e programmi di 'depenalizzazione' e 'decarcerizzazione': con la l. 24 novembre 1981, n. 689, alcuni reati di minore entità sono trasformati in meri illeciti amministrativi⁽³⁶⁾; con la legge 'Gozzini' del 1986 si dota l'ordinamento penitenziario di nuovi strumenti di reinserimento sociale volti ad una sempre maggiore decarce-

⁽³⁴⁾ Per approfondimenti sull'articolazione interna del Dipartimento amministrazione penitenziaria si v. www.giustizia.it/ministero/struttura/dipartimenti/dip_?amã?penitenz.htm.

⁽³⁵⁾ Per un'analisi approfondita del sistema penitenziario italiano si v. C. BRUNETTI-M. ZICONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005; M. CANEPA-S. MERLO-A. MARCHESELLI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004; V. GIAMMUSSO, *Gli istituti penitenziari*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, pt. spec., t. I, Milano, 2003, 481 ss. Si segnalano, inoltre, G. GIOSTRA-V. GREVI-F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*², Padova, 2006; L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di esecuzione penitenziaria. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2003; A. MUSCHITIELLO-E. NEVE, *Dei delitti e delle pene, servizio sociale e giustizia*, Milano, 2003.

⁽³⁶⁾ Tale legge stabilisce che, in linea generale, non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro tutte le violazioni per le quali era prima prevista la sola pena della multa o dell'ammenda; si fissano, inoltre, i principi generali che disciplinano l'illecito amministrativo. La stessa *ratio* caratterizza altre successive normative: si v. la c.d. legge 'Gozzini', n. 663/1986, che privilegia la logica della decarcerizzazione; la legge 'Simeone-Saraceni', n. 165/1998, che esclude l'ingresso nel circuito carcerario ai soggetti tossicodipendenti, con pene non superiori ai quattro anni di detenzione, che siano sottoposti o intendano seguire un trattamento terapeutico.

rizzazione⁽³⁷⁾. Si ritiene che, in generale, la depenalizzazione rappresenti una forma di applicazione del principio di sussidiarietà vigente nel diritto penale⁽³⁸⁾, attraverso la quale si soddisfa l'esigenza di adeguamento della legge penale ordinaria alle premesse costituzionali. La 'costituzionalizzazione' del diritto penale persegue «l'obiettivo di generalizzare il consenso sociale sui beni giuridici essenziali di rilevanza costituzionale; essa, pertanto, tende ad una riduzione dell'ambito di tutela pertinente al diritto penale e a una riduzione del campo di utilizzazione di leggi penali, ristretto ai beni giuridici fondamentali»⁽³⁹⁾. In tal senso, l'ordinamento italiano non rappresenta un 'terreno fertile' per lo sviluppo di politiche di repressione criminale⁽⁴⁰⁾. Tuttavia, negli anni Novanta, le stragi mafiose determinano la necessità di irrigidire il sistema penale: ciò avviene attraverso la previsione di pene più severe, la creazione di nuove fattispecie di reato, l'introduzione di norme procedurali più efficaci⁽⁴¹⁾.

Nonostante non si assista, quindi, ad un'affermazione massiccia di politiche repressive, ma, al contrario, all'adozione di leggi e programmi di depenalizzazione e decarcerizzazione, anche negli anni Novanta si registra un costante aumento della popolazione carceraria. Si conta che nel 1980 i detenuti sono circa diecimila, nel 1990 aumentano a circa venticinquemila, attualmente sfiorano la soglia dei sessantamila⁽⁴²⁾.

⁽³⁷⁾ La legge 'Gozzini' amplia le possibilità di uscita temporanea dei detenuti dagli istituti penitenziari, con modifiche alla disciplina del lavoro esterno e della semilibertà e con l'introduzione dei permessi premio; vengono, inoltre, aumentate le ipotesi di esenzione dall'esecuzione penitenziaria.

⁽³⁸⁾ Secondo tale principio, l'opzione penale si impone soltanto quando i provvedimenti statali o risultano 'impotenti' o abbiano già fallito e si renda, pertanto, necessario il passaggio ai modi della politica criminale. Sul punto, si v. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, 20, 21.

⁽³⁹⁾ Così, F. RAMACCI, *op. ult. cit.*, 21.

⁽⁴⁰⁾ Si pensi anche alla disciplina dei procedimenti speciali, che permette notevoli sconti di pena. Sul punto, si v. G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, 563 ss.

⁽⁴¹⁾ Si noti che in tempi più recenti anche la disciplina repressiva nei confronti dei reati di stampo mafioso presenta lievi temperamenti: si v. la l. 23 dicembre 2002, n. 279 («Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis, Ordinamento Penitenziario»). Con questo intervento, il legislatore elimina l'assoluta preclusione, prevista per gli autori dei delitti commessi con finalità di terrorismo, di associazione mafiosa (art. 416-bis c.p.) e di associazione ai fini di spaccio di stupefacenti (art. 74 T.u. Stup.), di accedere, salvo il caso di efficace collaborazione, alle misure alternative al carcere, di essere assegnati al lavoro all'esterno o di beneficiare di permessi premio.

⁽⁴²⁾ Un aggiornamento periodico sulla crescita della popolazione detenuta è

Ma quali sono le ragioni di una tale crescita? Da una parte, c'è chi ritiene che, sebbene in misura ridotta rispetto ai Paesi anglosassoni, la c.d. politica della «tolleranza zero»⁽⁴³⁾ produca alcuni frutti anche nel sistema italiano, soprattutto attraverso l'adozione di programmi repressivi più severi per immigrati e tossicodipendenti. Dall'altra, si deve rilevare la forte inefficienza del sistema dell'amministrazione della giustizia, soprattutto in relazione all'eccessiva durata dei processi⁽⁴⁴⁾. Inoltre, si ritiene che incide in tal senso anche l'esistenza di un «doppio binario» punitivo, nell'ambito del quale si segnala il crescente ricorso all'applicazione delle misure di sicurezza detentive⁽⁴⁵⁾.

Nella quattordicesima legislatura si adotta una riforma per rispondere al vertiginoso aumento della popolazione carceraria⁽⁴⁶⁾. In particolare, il programma promuove la creazione di seimila nuovi posti per detenuti a breve-medio termine, in particolare in Lombardia e in Friuli-Venezia Giulia⁽⁴⁷⁾. Si tratta di un piano straordinario, che

contenuto nei *Rapporti mensili sulla popolazione detenuta*, pubblicati sul sito web del Ministero della giustizia (Dipartimento amministrazione penitenziaria).

⁽⁴³⁾ Sulla c.d. politica della «tolleranza zero» si rinvia al successivo par. 4.

⁽⁴⁴⁾ Nel documento del Dipartimento amministrazione penitenziaria, *Popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria*, 2007, risulta che, al 30 settembre 2006, la percentuale di detenuti imputati in carcere (64,8%) è nettamente superiore alla percentuale dei detenuti condannati (41,8%).

⁽⁴⁵⁾ Per «binario punitivo» s'intende la previsione disgiunta di pene e misure di sicurezza, così come disciplinata dal codice Rocco. Su questi temi, si v. sempre F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 565 ss.

⁽⁴⁶⁾ A tal fine, nel 2003 si adotta il c.d. «Indultino» (l. 1° agosto 2003, n. 207, *Sospensione condizionale dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni*). Questa legge, comunemente nota come «legge svuota carceri», arricchisce il già vasto panorama delle misure alternative al carcere, disciplinate dall'ordinamento penitenziario. Si introduce una sorta di «nuovo affidamento in prova ai servizi sociali», la cui applicazione è rimessa alla valutazione discrezionale del magistrato di sorveglianza. Nonostante l'adozione di tale «indultino» e del successivo provvedimento di indulto (l. 29 luglio 2006, n. 241), alcuni dati Ansa dell'ottobre 2007 rivelano che la situazione delle carceri non è, comunque, cambiata. Gli istituti di pena risultano, infatti, ancora sovraffollati.

⁽⁴⁷⁾ Nella materia dell'edilizia penitenziaria le competenze sono ripartite tra il Ministero delle infrastrutture e il Ministero della giustizia; il primo è competente per la realizzazione dei nuovi istituti penitenziari (progetto, appalto, esecuzione, collaudo dei lavori), con finanziamenti previsti dalla legge e gestiti direttamente dal Ministero, sulla base di un programma deliberato congiuntamente con il Ministero della giustizia, nonché per gli interventi di ristrutturazione di strutture esistenti. Al Ministero della giustizia competono, invece, la manutenzione ordinaria e straordinaria, l'effettuazione in materia di edilizia penitenziaria e la progettazione in caso di urgenza.

prevede la costruzione di nuovi istituti di pena a Varese e a Pordenone, oltre alla ristrutturazione di Milano Bollate⁽⁴⁸⁾. Si noti che anche in passato la spesa penitenziaria registrava cifre piuttosto significative: nel corso di trenta anni, dal primo piano ordinario di edilizia penitenziaria del 1971 alla legge finanziaria per il 2001⁽⁴⁹⁾, sono stati investiti più di cinque mila miliardi di lire. Tali finanziamenti risultano destinati, in parte, alla costruzione di nuove carceri, dall'altra, alla ristrutturazione delle preesistenti⁽⁵⁰⁾. Lo strumento finanziario utilizzato è quello della locazione finanziaria o *leasing*⁽⁵¹⁾. Il ricorso a tale strumento è consentito dalla legge finanziaria per il 2001, che introduce la possibilità che l'amministrazione penitenziaria, per l'acquisizione di nuovi istituti di pena, faccia uso della locazione finanziaria, permuta e finanza di progetto (*project financing*)⁽⁵²⁾. Ipotesi che di fatto inseriscono il capitale privato nella gestione e nella valorizzazione dell'investimento pubblico⁽⁵³⁾. Si ritiene, pertanto, che sia questa la modalità attraverso la quale la prassi dell'esternalizzazione «fa ingresso» nella disciplina del sistema penitenziario⁽⁵⁴⁾. Il ricorso a privati riguarda, infatti, il finanziamento, la progettazione e la costruzione degli istituti carcerari.

Nel maggio del 2003 il Consiglio di amministrazione della «Patri-

⁽⁴⁸⁾ La spesa per ciascuna operazione è rispettivamente di quarantatre, trentadue e diciassette milioni di euro.

⁽⁴⁹⁾ L. n. 388/2000.

⁽⁵⁰⁾ Si pensi, ad esempio, al vasto programma di edilizia penitenziaria predisposto nel gennaio del 2001 dal «Comitato paritetico di edilizia penitenziaria», che prevede la costruzione di ventidue nuove carceri. Con il successivo decreto del Ministro della giustizia del 30 gennaio 2001, si dispone la dismissione di ventuno carceri, incaricando il direttore del Dipartimento amministrazione penitenziaria di promuovere le intese necessarie con le regioni o con gli enti locali interessati, per reperire le aree per la localizzazione dei nuovi istituti penitenziari da costruire in sostituzione di quelli dismessi. Tale programma di edilizia penitenziaria è previsto anche nella finanziaria 2001-2003, dove sono stanziati ottocentotrenta miliardi di lire.

⁽⁵¹⁾ Si noti che il *leasing* prevede il pagamento di un canone mensile e l'opzione di acquisto finale del bene.

⁽⁵²⁾ Si v. l'art. 145, comma 34, lett. c) della l. n. 388/2000.

⁽⁵³⁾ La «finanza di progetto» prevede, infatti, che il privato partecipa, insieme al capitale pubblico, alla realizzazione di un'opera di interesse collettivo, traendone i relativi profitti in quota parte. In particolare, il privato mantiene la gestione dell'opera per tutti gli anni necessari a recuperare i capitali investiti e i relativi interessi.

⁽⁵⁴⁾ Così, P. BONATELLI, *It's business, baby! Investimenti ed espansione nel sistema penitenziario*, in *Inchiesta sulle carceri italiane*, a cura di S. Anastasia-P. Gonnella, Roma, 2002, 147.

monio dello Stato S.p.A.», società controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze e nata allo scopo di gestire il processo di dismissione del patrimonio pubblico, delibera la costituzione di una nuova società per la realizzazione dei piani di edilizia penitenziaria⁽⁵⁵⁾. L'attività è affidata alla *Dike Aedifica* S.p.A., società per la realizzazione dei programmi di edilizia carceraria, controllata dalla Patrimonio S.p.A.⁽⁵⁶⁾. Il Consiglio di amministrazione di tale società è formato dai rappresentanti dei Ministeri della giustizia e dell'economia e della stessa Patrimonio S.p.A. Negli obiettivi dell'attività della *Dike Aedifica* emerge la finalità «di contribuire allo sviluppo del sistema carcerario utilizzando l'edilizia penitenziaria storica quale leva di finanziamento per le infrastrutture carcerarie moderne, riducendo così anche gli oneri a carico della finanza pubblica». In altre parole, si prevede che lo Stato venda parte del proprio patrimonio immobiliare (e relativi terreni edificabili) per affittare (e poi, eventualmente, rilevare) nuovi istituti di pena. Pertanto, l'attività della società consiste nella dismissione, nel cambiamento d'uso e nella vendita delle carceri⁽⁵⁷⁾. L'operazione, sin da subito, riceve numerose critiche. In particolare, si lamenta che il *leasing* è molto più oneroso della semplice acquisizione di un bene immobile o della contrazione di un normale mutuo⁽⁵⁸⁾. Non sarebbe, quindi, uno strumento che migliora l'efficienza, e, oltretutto, non diminuirebbe i costi⁽⁵⁹⁾. Inoltre, si ritiene, in

⁽⁵⁵⁾ Si noti che l'art. 145, comma 34, l. n. 388/2000 prevede anche la dismissione degli istituti penitenziari ritenuti strutturalmente non idonei alla funzione propria, promuovendo intese con le regioni o con gli enti locali interessati, per attuare le dismissioni e reperire le aree per la localizzazione di nuovi istituti.

⁽⁵⁶⁾ Si noti che per la dismissione del patrimonio immobiliare pubblico si stabilisce che l'affidamento avvenga con asta pubblica: «L'espletamento delle aste avviene in due fasi: la prima mediante offerte segrete in aumento di almeno l'uno per cento rispetto al prezzo di base d'asta, la seconda mediante offerte segrete incrementative, riservata ai soggetti che hanno presentato le due migliori offerte. Il prezzo di base d'asta degli immobili è determinato dall'Agenzia del territorio; in tal modo sono garantite competenza e trasparenza nell'applicazione del metodo di valutazione». Per maggiori approfondimenti, si consulti www.patrimoniodellostato.it.

⁽⁵⁷⁾ Nel 2005 la *Dike* ha conferito alla Patrimonio S.p.A. undici istituti (Casale Monferrato, Novi Ligure, Mondovì, Elusone, Ferrara, Frosinone, Avigliano, Velletri, Pinerolo, Susa e Verona).

⁽⁵⁸⁾ In realtà, si nota che sussisterebbe un vantaggio finanziario: il *leasing* consente, infatti, di iscrivere in conto corrente spese che altrimenti andrebbero iscritte in conto capitale, simulando così minori uscite.

⁽⁵⁹⁾ A riguardo, rileva l'esperienza del carcere di Pordenone, per il quale, inizialmente, si prevede un finanziamento ordinario pari a circa venti miliardi di lire;

generale, che costruire nuove carceri per risolvere il problema del sovraffollamento non sia la soluzione più idonea. In Europa si rileva, infatti, che i programmi di costruzione di nuovi istituti hanno come effetto l'aumento della popolazione detenuta di concerto con la crescita della capienza penitenziaria.

Il ricorso a privati non riguarda soltanto il finanziamento e le attività del settore dell'edilizia penitenziaria. Nella prassi esistono, infatti, casi di esternalizzazione di alcune attività all'interno del carcere, soprattutto per quanto riguarda la rieducazione dei detenuti⁽⁶⁰⁾. A riguardo, è prevista la possibilità dell'impiego di figure professionali esterne, sia sulla base di rapporti non continuativi, sia attraverso incarichi, che possono essere conferiti a esperti in criminologia clinica, psicologia, pedagogia, ecc.⁽⁶¹⁾. A tal fine, il Ministero della giustizia elabora appositi elenchi di professionisti ritenuti idonei e autorizza il conferimento degli incarichi da parte dei singoli istituti. Nel caso dell'istituto di Castelfranco l'oggetto dell'esternalizzazione è ancora più ampio, riguardando attività di gestione carceraria. Questa forma di esternalizzazione, della quale, come si è già detto, non esiste alcuna disciplina normativa (le norme riguardano, infatti, solo il ricorso a privati nel settore dell'edilizia carceraria e il supporto di associazioni di volontariato nell'attività di assistenza), è assunta come modello per alcune proposte, relative ad uno stabilimento in Puglia e all'ex casa mandamentale di Legnano.

Si deve, comunque, rilevare che nel sistema italiano esistono forti limiti alle esternalizzazioni⁽⁶²⁾. In generale, si ritiene che il ricorso a

con il *leasing*, invece, la stima prevista è di 32,5 milioni di euro (circa il triplo), per un carcere dalla capienza di un centinaio di detenuti.

⁽⁶⁰⁾ Si v. G. CALDERAIO-A. MELI, *Planimetria dell'universo carcerario. Agenti di polizia penitenziaria, educatori, assistenti sociali, psicologi, medici amministrativi, tra competenze e processi comunicativi*, in *Scuola e carcere. Educazione, organizzazione e processi comunicativi*, a cura di R. Mancuso, Milano, 2001, 212 ss.

⁽⁶¹⁾ Si noti che i medici di guardia del Servizio Integrativo di Assistenza Sanitaria (SIAS), i medici specialisti e gli infermieri sono liberi professionisti. Anche le *Regole penitenziarie europee* del 1987 [Raccomandazione n. R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa] prevedono la possibilità di ricorrere a personale esterno attraverso la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato. Sempre nello stesso testo si afferma, comunque, che il personale penitenziario deve essere costituito, di regola, da impiegati pubblici.

⁽⁶²⁾ Il tema dei limiti delle esternalizzazioni è oggetto di trattazione in molte opere della scienza giuridica italiana del settore. A riguardo, si segnalano alcuni testi recenti, che costituiscono la letteratura generale di riferimento in materia di esterna-

privati deve essere espressamente previsto dalla legge ⁽⁶³⁾. Esistono anche casi nei quali le norme primarie si limitano ad autorizzare o

lizzazioni. Si v. *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, a cura di L. Fiorentino-B.G. Mattarella, Rimini, 2007; IRPA, *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2007; *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, Quaderni di Astrid, 2007; G. NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 4, 2006, 663 ss.; Id., *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006, 299 ss.; D. CEPIKU, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2006; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; *I luoghi delle amministrazioni*, a cura di A. Mari, Roma, 2005; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2002, 170 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000. All'indicazione di queste opere bisogna aggiungere la segnalazione di alcuni studi svolti dal Dipartimento della funzione pubblica: Progetto finalizzato *Esternalizzazione delle funzioni amministrative*, Roma, settembre 2001; *Guida all'esternalizzazione di servizi e attività strumentali nella Pubblica Amministrazione*, 2003; *Esternalizzazione di attività e servizi nella Pubblica Amministrazione*, 2003; *Rapporto Esternalizzazione: governare tramite contratti*, 2005; *L'esternalizzazione come scelta strategica*, 2005-2006. Si cfr. anche il Rapporto ISTAT, *Le esternalizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, in *Statistiche delle amministrazioni pubbliche - Anno 2003*, 2005. Per quanto riguarda le opere meno recenti, si v. F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 2 ss.; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, 167 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 345 ss.; Id., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 17 ss. Infine, si segnalano alcune opere più antiche, che rappresentano la 'tradizione storico-scientifica' in materia di esternalizzazioni: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, II, p. III, Milano, 1920 (2^a ed. 1935), 380 ss.; dello stesso a., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955 e *Corso di diritto amministrativo*, III, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, 1946, 301 ss.; O. RANELLETTI, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXXIII, 1941, I, 26 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'amministrazione pubblica e la sua attività*, Milano, 1950, 124 ss.; dello stesso a., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 686 ss. e *Diritto amministrativo*, 1^a ed., Milano, 1970, 123 ss.; 168 ss.; e 3^a ed., 1993, I, 69 ss.

⁽⁶³⁾ Sul punto, esiste un dibattito circa la possibilità di ricorrere a privati anche in ipotesi non previste dalla legge. In questi casi, ogni scelta sarebbe in concreto rimessa all'apparato pubblico. Tuttavia, è opinione diffusa che l'osservanza del principio di legalità richiede che qualunque mutamento dell'ordine delle competenze, predeterminato a livello normativo, sia autorizzato dalla legge. In questo senso, si esprime anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. I, 14 novembre 2004, n. 7556).

'facoltizzare' il ricorso a privati per l'esercizio di potestà amministrative, lasciando ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni, ma si tratta di eccezioni ⁽⁶⁴⁾. Alcune leggi finanziarie, come quelle per il 1998 e per il 2002 ⁽⁶⁵⁾, prevedono che le amministrazioni possono esternalizzare attività non essenziali (*no core*) e che l'esternalizzazione di servizi deve essere funzionale al conseguimento di economie di gestione. Limiti molto rigidi sono riconosciuti, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte dei conti, che afferma che l'affidamento all'esterno di attività pubbliche può avvenire solo in caso di effettivo risparmio di costi e qualora non vengano delegati veri e propri poteri amministrativi ⁽⁶⁶⁾. Un orientamento diverso emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ammette l'esternalizzazione di funzioni pubbliche, a condizione che ciò sia oggetto di una previsione di legge ⁽⁶⁷⁾. M

► Per quanto riguarda i limiti specificamente riconducibili al settore penitenziario, l'ordinamento esclude la possibilità di esternalizzare le carceri, assegnando ai privati l'intera gestione. L'attuale legislazione impone, infatti, la gestione pubblica delle carceri per ciò che riguarda la sicurezza, i programmi trattamentali (si v. i percorsi di reinserimento sociale di detenuti) e l'attività di traduzione ⁽⁶⁸⁾. Più esattamente, le guardie, la direzione e gli operatori civili (educatori, assistenti sociali, psicologi) devono essere dipendenti del Ministero e quindi pub-

A riguardo, si v. G. NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, cit., 672 ss.

⁽⁶⁴⁾ Previsioni di questo tipo sono, ad esempio, contenute nel d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in materia di conferimento a privati di poteri espropriativi.

⁽⁶⁵⁾ Si v. l'art. 44 della l. 27 dicembre 1997, n. 449, e i già citati artt. 24 e 29 della l. 28 dicembre 2001, n. 448. Sul punto, L. FIORENTINO, *Esternalizzazioni: lo stato dell'arte*, in *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, cit., 34.

⁽⁶⁶⁾ C. conti, delibera n. 26/2003. Si v. anche C. conti, delibera 15 febbraio 2005, n. 6/CONTR/05, *Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1 commi 11 e 42)*.

⁽⁶⁷⁾ «Rientra nella scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati, che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto», *C. cost. ord. n. 157/2001*.

⁽⁶⁸⁾ Si v. la l. 15 novembre 1996, n. 579, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 settembre 1996, n. 479, recante provvedimenti urgenti per il personale dell'amministrazione penitenziaria, per il servizio di traduzione dei detenuti e per l'accelerazione delle modalità di conclusione degli appalti relativi agli edifici giudiziari nelle regioni Sicilia e Calabria*.

blici ⁽⁶⁹⁾. Ma è evidente come il coinvolgimento di operatori privati del settore sociale nella gestione degli istituti a «custodia attenuata» (come la struttura di Castelfranco) ⁽⁷⁰⁾, soprattutto per l'esercizio delle attività di rieducazione, tenda a superare i limiti sia 'generalisti' sia 'specifici' delle esternalizzazioni. Il ricorso a tali organizzazioni *non profit* ⁽⁷¹⁾ avviene, infatti, in assenza di apposite previsioni di legge ⁽⁷²⁾ e riguarda vere e proprie funzioni pubbliche (rieducazione dei detenuti, gestione dell'istituto). Ci sono casi nei quali il ricorso a privati riguarda anche l'attività dell'assistenza a detenuti stranieri o senza domicilio, ai quali sono applicate misure alternative ⁽⁷³⁾. Se non si ha, infatti, né domicilio né familiari con possibilità di accoglienza, non si può usufruire di permessi-premio, né di altre misure alternative come l'«affidamento al servizio sociale»; inoltre, le detenute madri con figli di età inferiore a tre anni, che secondo la legge potrebbero ottenere la detenzione domiciliare fino al compimento del terzo anno della prole, sono costrette a vivere con i loro figli in prigione (esistono appositi «asili nido carcerari»), non avendo un domicilio esterno al carcere disposto ad accoglierle. I privati offrono, dunque, a tali persone una sede dove vivere in alternativa al carcere.

I casi di esternalizzazione nel settore penitenziario, ad esclusione di quelli nel campo dell'edilizia, hanno, quindi, un connotato particolare: l'affidatario dell'attività non è un classico operatore privato/impresa, ma un ente con finalità non lucrative ⁽⁷⁴⁾. Non esistono,

⁽⁶⁹⁾ Si v. il decreto del Ministero della salute e Ministero della giustizia, 10 aprile 2002, *Individuazione del personale operante negli istituti penitenziari, nei settori della prevenzione e della assistenza ai detenuti e agli internati tossicodipendenti*.

⁽⁷⁰⁾ Si tratta di carceri per detenuti con condanne lievi e in genere tossicodipendenti: si v. le comunità di recupero, i centri di permanenza temporanea per gli stranieri (CPT), le case di lavoro, ecc.

⁽⁷¹⁾ Tra le organizzazioni maggiormente coinvolte nello svolgimento di attività rieducative negli istituti carcerari, si segnalano la Caritas, la Croce Rossa e la Confraternita della Misericordia.

⁽⁷²⁾ Vi possono essere, in alcuni casi, appositi protocolli d'intesa del Ministero della giustizia, ma non si tratta di atti normativi. Nel caso, poi, dell'istituto di Castelfranco, l'affidamento delle attività alla cooperativa di San Patrignano è avvenuto sulla base di un semplice accordo. Sul punto, si rinvia al precedente par. 2.

⁽⁷³⁾ Tale fenomeno si sta ampliando negli ultimi anni, passando dalle quattro mila presenze dei primi anni Novanta ai quasi cinquantamila attuali.

⁽⁷⁴⁾ A riguardo, si v. l'art. 17 della legge sull'ordinamento penitenziario, dove si ammette la partecipazione di privati (che non siano imprese) all'attività di rieducazione dei detenuti: «Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa. La finalità

infatti, esperienze di affidamento a imprese di funzioni penitenziarie. Un caso a parte è quello dell'esternalizzazione dell'attività di certificazione della tossicodipendenza ad aziende private del settore sanitario, rispetto al quale si segnalano numerosi rischi ⁽⁷⁵⁾. Un ulteriore caso riguarda, invece, l'esternalizzazione del servizio mensa ad alcune ditte esterne e la proposta di estendere tale gestione anche ad altri servizi dello stesso genere (come la lavanderia) ⁽⁷⁶⁾. Si esclude, comunque, il ricorso a questi operatori economici per l'esercizio di vere e proprie funzioni (come la gestione del carcere, la rieducazione dei carcerati, la formazione del personale). Con riferimento, ad esempio, all'attività di formazione del personale, la relativa gestione è svolta dal Dipartimento amministrazione penitenziaria, che promuove, periodicamente, corsi di formazione per lo svolgimento di diversi ruoli e compiti all'interno degli istituti di pena ⁽⁷⁷⁾. Diversa è la possibilità delle imprese private di impiegare i detenuti come lavoratori ⁽⁷⁸⁾. In questo caso ciò che viene esternalizzato è il lavoro carcerario, che invece di svolgersi per conto dell'amministrazione penitenziaria è svolto per conto di aziende private. Questo tipo di prestazione è sottoposto ad una disciplina particolare ⁽⁷⁹⁾.

del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa. Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera. Le persone indicate nel comma precedente operano sotto il controllo del direttore».

⁽⁷⁵⁾ Si rinvia al precedente par. 2.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto, si v. il rapporto elaborato dall'osservatorio sulle lavanderie industriali, consultabile su http://www.eblinazionale.it/download/Primo_?Rapporto_?Stampa_?20%20giu.pdf.

⁽⁷⁷⁾ A riguardo, si v. il documento contenente gli «Esiti formazione anno 2006» del Dipartimento amministrazione penitenziaria, pubblicato sul sito web del Ministero della giustizia.

⁽⁷⁸⁾ All'art. 20 della legge sull'ordinamento penitenziario si prevede che: «Le amministrazioni penitenziarie, centrali e periferiche, stipulano apposite convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire a detenuti o internati opportunità di lavoro. Le convenzioni disciplinano l'oggetto e le condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa, la formazione e il trattamento retributivo, senza oneri a carico della finanza pubblica».

⁽⁷⁹⁾ Sul lavoro carcerario in generale si v. la l. 28 febbraio 1987, n. 56, *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*, che modifica la precedente legge «Gozzini»

Attualmente, il ricorso a privati in materia di edilizia penitenziaria è oggetto di numerose critiche. Non risultano, infatti, ancora raggiunti gli obiettivi posti dai precedenti programmi di riorganizzazione e ristrutturazione del settore penitenziario, soprattutto con riferimento alla costruzione di nuove carceri. Nel citato documento *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2007: relazione del Ministero - Dipartimento amministrazione penitenziaria* (80) si mette in luce l'inefficacia del meccanismo della dismissione in concerto con l'applicazione dei nuovi strumenti finanziari (81); in particolare, si individuano i limiti del *project financing* (82). Inoltre, si registra l'inoperatività della Società *Dike Aedifica* «a causa dell'insufficiente disponibilità di risorse provenienti dall'alienazione di un numero molto ridotto di immobili» (83).

in tema di lavoro dei detenuti. Si v. anche il d.lg. 23 dicembre 1997, n. 469, *Conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro*. Con riferimento all'impiego di detenuti da parte delle imprese, si v. il decreto del Ministero della giustizia 25 febbraio 2002, n. 87, *Regolamento recante sgravi fiscali alle imprese che assumono lavoratori detenuti*.

(80) Si rinvia alla nt. 29.

(81) Nella relazione si legge: «La progressiva contrazione delle risorse finanziarie messe a disposizione impone oggi una programmazione mirata all'esecuzione di interventi laddove risultino più evidenti condizioni di degrado e di pericolosità, ovvero gravi carenze anche sotto il profilo della sicurezza. L'attività di rinnovamento delle strutture attraverso la costruzione di nuovi istituti, a cura e con fondi del Ministero delle Infrastrutture, è stata riavviata (...). La citata legge finanziaria 2001, con l'art. 145, comma 34, ha disposto l'individuazione degli istituti da dismettere in quanto ritenuti strutturalmente non idonei alla funzione propria, autorizzando contestualmente l'applicazione di nuovi strumenti finanziari (locazione finanziaria, *project financing*, permuta) per la realizzazione di nuovi istituti (...). Per la maggior parte di tali istituti, tuttavia, non è stato possibile finanziare la costruzione delle nuove strutture, stante l'insufficienza delle risorse disponibili (...).»

(82) Nella stessa relazione si riporta che: «Sono pervenute alcune proposte per la realizzazione di nuovi istituti in *project financing*, che tuttavia sono risultate impraticabili in quanto non sostenibili per la parte finanziaria a carico dello Stato. Tale strumento finanziario, infatti, prevede fundamentalmente la possibilità che il realizzatore privato dell'opera recuperi il capitale investito attraverso la gestione del servizio o dei servizi dalla stessa offerti, sempre che tale gestione produca redditi. Tuttavia, nel caso di un istituto penitenziario si è accertato che i servizi appaltabili al privato sono marginali e, comunque, insufficienti a produrre redditi di gestione tali da consentire il rientro dei cospicui capitali investiti. In pratica, l'operazione si dimostra fattibile qualora lo Stato partecipi al finanziamento dell'opera nella fase di costruzione con un cospicuo contributo finanziario pari al 60-70% del costo di costruzione e, in fase di funzionamento, con una rata annuale mediamente di 4-5 milioni di euro, per un periodo determinato in 30 anni per piccoli penitenziari ed in 40 anni per quelli grandi.»

(83) L'intero testo riporta: «Ai sensi dell'art. 6, comma 1-bis, della predetta legge,

Tuttavia, nella legge finanziaria per il 2008 (84), all'art. 2, commi 276-288, si prevede un piano straordinario di edilizia penitenziaria, con una spesa di venti milioni di euro per il biennio 2008-2009 e di trenta milioni di euro per il 2010, per fronteggiare l'emergenza penitenziaria tramite un adeguamento delle infrastrutture o la realizzazione di nuovi edifici.

Si registrano, invece, risultati positivi, in termini di risparmio, per quanto riguarda il ricorso alle convenzioni Consip (art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488), ai fini dell'acquisto di alcuni beni e servizi relativi al mantenimento dei detenuti (85). In tal senso, l'esternalizzazione nel settore penitenziario ha per oggetto sempre più servizi di natura strumentale e sempre meno funzioni.

4. L'attuale configurazione del sistema penitenziario statunitense ha le proprie fondamenta in alcune correnti politiche e ideologiche dell'inizio degli anni Ottanta (86). In tale periodo, New York diviene la c.d. «fucina della nuova ragione penale». Nello stesso contesto si

con decreto ministeriale 30 settembre 2003 sono stati individuati gli istituti la cui dismissione può avvenire mediante il ricorso allo strumento della permuta. Sono state avviate le procedure di alienazione delle strutture penitenziarie già dismesse. Tali procedure sono gestite dall'Agenzia del Demanio, attraverso la Società Patrimonio dello Stato s.p.a., trattandosi di strutture di pertinenza del patrimonio statale concesse in uso governativo all'Amministrazione, mentre la realizzazione delle nuove opere è prevista a cura della Società *Dike Aedifica*, appositamente costituita. Premesso che non si è formalmente a conoscenza delle attività eventualmente svolte (fatto salvo un decreto di trasferimento di alcuni beni immobili statali alla Patrimonio s.p.a. del 17 febbraio 2004), risulterebbe ad oggi non avviata l'attività della *Dike* medesima, a causa dell'insufficiente disponibilità di risorse provenienti dall'alienazione di un numero molto ridotto di immobili».

(84) L. 24 dicembre 2007, n. 244.

(85) Sempre nel documento «Inaugurazione dell'anno giudiziario 2007: relazione del Ministero - Dipartimento amministrazione penitenziaria» si legge che: «L'utilizzo delle convenzioni stipulate dalla Consip ha consentito di poter effettivamente conseguire, in linea con le finalità perseguite dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, una significativa riduzione delle spese sostenute per l'acquisto di automezzi per il servizio di noleggio a lungo termine di autoveicoli senza conducente, nonché l'acquisto di carburante».

(86) Sul punto, si v. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, 1999, 12 ss. (trad. it., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000). Sul sistema penitenziario statunitense si v., in particolare, *Federal Bureau of Prisons, Legal Resource Guide to the Federal Bureau of Prisons*, 2008, che contiene un'analisi aggiornata del sistema penitenziario americano in rapporto all'attività del *Bureau*, consultabile su <http://www.bop.gov/news/publication->

affermano le teorie del *Manhattan Institute*, strettamente connesse alle finalità della politica dell'amministrazione Reagan in materia di *welfare* ⁽⁸⁷⁾. In particolare, rileva la c.d. teoria del 'vetro rotto', formulata nel 1982 da J.Q. Wilson e G. Kelling in un articolo pubblicato nella rivista *Atlantic Monthly*. Tale teoria sostiene che per far rifluire le grandi patologie criminali è necessario, in primo luogo, rispondere rigidamente ai piccoli reati ⁽⁸⁸⁾. Tali correnti incentivano lo sviluppo della politica della «tolleranza zero» ⁽⁸⁹⁾. Ciò determina il forte aumento del numero delle carcerazioni ⁽⁹⁰⁾ e l'allargamento dell'apparato poliziesco, organizzato secondo processi di *re-engineering*, «gestione per obiettivi» e «centri di profitto» ⁽⁹¹⁾. Si afferma l'ideologia dello «Stato paternalista e punitivo» ⁽⁹²⁾, dove le spese penitenziarie rappresentano per la società un investimento ponderato e redditizio. In generale, si ritiene che la carcerazione rappresenta il mezzo di gran lunga più efficace per impedire ai criminali di nuocere e che la giustizia non si deve preoccupare delle ragioni che spingono a commettere un crimine, ma limitarsi a punire ⁽⁹³⁾. Tale modello si diffonde anche in

s.jsp. Più datate, invece, sono le pubblicazioni contenute nella rivista *Federal Prisons Journal* (1989-1994), consultabile sempre su <http://www.bop.gov/news/publications.jsp>.

⁽⁸⁷⁾ Si v., in particolare, l'opera *Losing Ground* di Charles Murray (1984), che si ritiene rappresenti la «bibbia della crociata contro lo Stato assistenziale intrapresa da Ronald Reagan». Tale opera individua nell'eccessiva generosità delle politiche di sostegno ai gruppi svantaggiati la causa dell'incremento della povertà negli Stati Uniti.

⁽⁸⁸⁾ In particolare, l'amministrazione Reagan inaugura una vera e propria guerra al commercio e consumo di droghe (c.d. *war on drug*). Tale 'guerra' viene portata avanti anche dalle successive amministrazioni Bush (sia *senior* sia *junior*). Si puniscono, inoltre, severamente anche altri reati come, ad esempio, lo spargimento di rifiuti, gli insulti, il graffitismo, il vandalismo.

⁽⁸⁹⁾ Tale politica riguarderebbe, in particolare, la persecuzione delle minoranze etniche, soprattutto afro-americane, innescando violente forme di razzismo.

⁽⁹⁰⁾ A riguardo, si calcola che l'afflusso nei luoghi di detenzione della città di New York è passato da 106.900 nel 1993 a 133.300 nel 1997, mentre dieci anni prima superava di poco gli ottantacinquemila. Si ritiene che il numero di detenuti più elevato deriva dalla *war on drug*: nel 1989 gli arresti per droga ammontano a 1.361.700, dei quali oltre ottocentomila per semplice possesso di sostanze stupefacenti.

⁽⁹¹⁾ L'applicazione della logica imprenditoriale nel sistema della polizia è riconducibile all'opera di William Bretton.

⁽⁹²⁾ Si v. alcune opere di Lawrence Mead: in particolare, *From Welfare to Work Lessons from America*, London, 1997; *Beyond Entitlement. The Social Obligations of Citizenship*, New York, 1986, 13 ss.; *The New Paternalism Supervisory Approaches to Poverty*, Washington, 1997, 21 e 22.

⁽⁹³⁾ In tal senso, rilevano le nuove legislazioni anti-crimine, come il *Mandatory Minimum Sentence*, la pena minima obbligatoria e le norme che restringono la possi-

Inghilterra, Svezia, Olanda, Belgio, Spagna e Francia. Gli anni Ottanta sono, dunque, lo scenario dell'affermazione negli Usa del c.d. «Stato penitenziario» ⁽⁹⁴⁾: mentre, infatti, negli anni Settanta la demografia penitenziaria risulta orientata al ribasso, tanto che nel 1975 il numero dei detenuti scende a trecentottanta mila unità ⁽⁹⁵⁾, nel decennio successivo la curva della popolazione carceraria cresce vertiginosamente. Nel 1985 le persone incarcerate sono settecentoquaranta mila, nel 1995 più di un milione, superando il tetto dei due milioni nel 1998, in forza di un tasso di crescita annua valutabile intorno all'otto per cento. Si arriva a calcolare che la popolazione carceraria complessiva degli Stati Uniti costituirebbe, per numero di abitanti, la quarta città del Paese. L'apparato carcerario americano, dunque, si rafforza, articolandosi in un numero di prigioni urbane o di contea, statali e federali, sempre più elevato ⁽⁹⁶⁾. L'aumento della popolazione carceraria americana, negli ultimi quindici anni, non ha precedenti in nessuna società democratica, soprattutto in relazione all'andamento decrescente della criminalità ⁽⁹⁷⁾. Tale Paese si colloca al primo posto fra gli Stati avanzati per il tasso di carcerazione, che risulta fra le sei e le dodici volte superiore a quello degli Stati membri dell'Unione europea ⁽⁹⁸⁾. Fra il 1979 e il 1990 le spese penitenziarie crescono del trecentoventicinque per cento per i costi di funzionamento e del

bilità di riduzione della pena, che portano gli Stati Uniti, tra gli anni Ottanta e primi Novanta, a triplicare la popolazione carceraria.

⁽⁹⁴⁾ Così, L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 12 ss.

⁽⁹⁵⁾ In quel periodo, si sviluppa un forte dibattito sulla 'decarcerazione' e sulle pene sostitutive, che prevedono la reclusione soltanto per «casi pericolosi». In tale contesto, si giunge a parlare persino di «crepuscolo dell'istituzione carceraria». Si v. A. *Nation without Prisons*, a cura di D. Dodge, Lexington, 1975; N. MORRIS, *The Future of imprisonment*, Chicago, 1974.

⁽⁹⁶⁾ La struttura del sistema penitenziario riflette la natura federale degli Usa e i vari livelli di *government*. Vi sono, pertanto, prigioni federali (nettamente minoritarie e relative a reati federali), prigioni degli Stati e, infine, istituti dipendenti da autorità locali, detti *jails* per distinguerli dalle *prisons* statali e federali.

⁽⁹⁷⁾ Si ritiene, infatti, che la sovrappopolazione carceraria non è tanto dovuta all'aumento della delinquenza quanto a un irrigidimento della giustizia penale, come si deduce dall'aumento della durata media di detenzione. Si v., ad esempio, la politica del «three strikes and you're out», secondo la quale il colpevole di tre infrazioni minori del codice penale, in caso di recidiva, viene punito con la massima pena.

⁽⁹⁸⁾ Solo la Russia, il cui tasso di carcerazione è raddoppiato dopo il crollo dell'impero sovietico, attestandosi a settecentocinquanta mila, è oggi in grado di contendere agli Stati Uniti il titolo di «campione del mondo della detenzione».

seicentododici per cento per l'edilizia carceraria⁽⁹⁹⁾. Le strategie politiche volte a favorire l'espansione del settore penale non sono solo espressione della politica del Partito repubblicano. Negli anni più recenti, anche sotto l'amministrazione Clinton, si costruiscono duecentotredici prigioni nuove; nello stesso periodo, il personale impiegato nei soli istituti di pena federali e statali passa da duecentosessantaquattro mila a trecentoquarantasette mila. Nel 1993 il settore penitenziario conta più di seicento mila addetti, proponendosi come il «terzo datore di lavoro», subito dopo la *General Motors* e la catena internazionale di supermercati *Wal-Mart*. L'incremento di *budget* e personale del comparto carcerario è reso possibile dal parallelo decremento dei trasferimenti a favore dell'assistenza sociale, della sanità e dell'educazione⁽¹⁰⁰⁾. Inoltre, si tende a trasferire parte degli oneri della detenzione al carcerato stesso e alla sua famiglia, oltre a ricavare profitto dal lavoro dequalificato all'interno delle prigioni⁽¹⁰¹⁾.

In tale contesto si sviluppa ben presto un processo di «esternalizzazione della reclusione»⁽¹⁰²⁾. L'apparato pubblico non riesce, infatti,

⁽⁹⁹⁾ A partire dal 1992 la California, lo Stato di New York, il Texas e la Florida stanziavano più di un miliardo di dollari per le spese carcerarie.

⁽¹⁰⁰⁾ Di conseguenza, mentre i crediti stanziati per il settore penitenziario fra il 1979 e il 1989 aumentano del novantacinque per cento, il *budget* degli ospedali stagna e i finanziamenti per la scuola pubblica e per l'assistenza sociale diminuiscono, rispettivamente, del due e del quarantuno per cento. Per esempio, nell'arco di un decennio lo Stato di New York ha aumentato le proprie spese carcerarie del settantasei per cento, mentre i fondi destinati all'insegnamento universitario sono diminuiti del ventinove per cento. In tal senso, si ritiene che negli anni Ottanta-Novanta negli Usa si sia assistito al passaggio dallo «Stato assistenziale» allo «Stato penitenziario»; così, v. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 12 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Quest'ultimo aspetto rappresenta un punto piuttosto delicato. Si evidenzia, in particolare, come, ad esempio, grandi imprese come *Microsoft*, *T.W.A. Boeing* e *Konika* sfruttano, in ampia misura, il lavoro carcerario. Si v. B. WESTWERN-K. BECKETT, *How Unregulated is the US Labour Market? The Penal System as a Labour Market Institution*, in *American Journal of Sociology*, n. 104, 1999, 1135 ss.

⁽¹⁰²⁾ Esiste una vasta letteratura sull'esternalizzazione delle carceri nel sistema statunitense. In parte, si rinvia alle indicazioni contenute nella nt. 6. Il tema è affrontato in termini generali anche in J.M. BEERMANN, *The Reach of Administrative Law in the United States*, in *The Province of Administrative Law*, a cura di M. Taggart, Oxford, 1997 e in J. FREEMAN, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, in *Adm. LR.*, n. 52, 2000, 841 ss. Per trattazioni più specifiche si v., invece, A.L. JAMES-A.K. BOTTOMLEY-A. LIEBLING-E. CLARE, *Privatising Prisons: Rhetoric and Reality*, London, 1997 e una serie di saggi pubblicati sul sito web del *Federal Bureau of Prisons* (http://www.bop.gov/news/research_reports.jsp): si segnalano, in particolare, S.D. CAMP-G.G. GAES-W.G. SAYLOR, *The Performance of Privately Operated Prisons: A*

a gestire da solo il forte aumento della popolazione carceraria e ha, dunque, bisogno dell'intervento privato⁽¹⁰³⁾. Nel 1983 si assiste all'affermazione di prime «imprese private della detenzione», che ormai gestiscono buona parte della popolazione carceraria. Si conta una crescita annua del quarantacinque per cento, che manifesta la tendenza ulteriore a triplicare il proprio volume di affari, raggiungendo un totale di trecentocinquanta mila detenuti⁽¹⁰⁴⁾. Diciassette aziende

Review of Research, in *Private Prisons in the United States*, cit., 1 ss.; S.D. CAMP-G.G. GAES, *Private Prisons in the United States, 1999: An Assessment of Growth, Performance, Custody Standards, and Training Requirements*, 2000; M. BOSWORTH, *The U.S. Federal Prison System*, cit.; S.D. CAMP-G.G. GAES, *Growth and Quality of U.S. Private Prisons: Evidence from a National Survey*, in *Criminology & Public Policy*, 2002; A. VOLOKH, *A Tale of Two Systems: Cost, Quality, and Accountability in Private Prisons*, in *Harvard LR*, 2002; S.D. CAMP-G.G. GAES-W.G. SAYLOR, *Quality of Prison Operations in the Federal Sector: A Comparison with a Private Prison*, in *Punishment & Society*, 2002; J. NELSON, *Competition in Corrections: Comparing Public and Private Sector Operations*, Report of the CNA Corporation, 2005; S.D. CAMP-D.M. DAGGETT, *Quality of Operations at Private and Public Prisons: Using Trends in Inmate Misconduct to Compare Prisons*, in *Justice Research and Policy*, 2005.

⁽¹⁰³⁾ Anche sulla prassi dell'esternalizzazione in generale esiste una vastissima letteratura. Innanzitutto, si deve rilevare che gli Usa occupano il secondo posto della classifica OECD sull'esternalizzazione di attività pubbliche da parte dei Paesi occidentali (OECD, *The Use of Market Mechanisms to Provide Government Services*, in *Modernising Government: The Way Forward*, Paris, OECD, 2005). La disciplina normativa delle esternalizzazioni è contenuta nella Circolare A-76 del 1966, emendata, a più riprese, nel 1967, 1979, 1983 e 1999. Nel novembre 2002, l'*Office of Management and Budget* (OMB) ha apportato alcune modifiche alla Circolare A-76 (*Office of MGMT. & Budget, Executive Office of the President*, Circular No. A-76, revised, *Performance of Commercial Activities*, 2003, 68 Fed. Reg. 32, 134, May 29, 2003, su www.whitehouse.gov/omb/circulars/a076/a76_?rev2003.pdf); si v. anche *Office of MGMT. & Budget, Executive Office of the President, Fair Act Inventory User's Guide*, 2003, disponibile su www.whitehouse.gov/omb/procurement/fair/2003usersguide.html). Alcune tra le opere più note in materia sono: A.C. AMAN JR., *Administrative Law for a New Century*, in *The Province of Administrative Law*, cit., 90 ss.; J. FREEMAN, *The Contracting State*, in *Florida State University Law Review*, n. 28, 2000, 155; G.E. METZGER, *Privatization as Delegation*, in *Columbia Law Review*, n. 103, 2003, 1371; S.A. SHAPIRO, *Outsourcing Government Regulation*, in *Duke Law Journal*, n. 53, 2003, 389; A. ANCARANI, *The Impact of Public Firms Commercialisation on Purchasing Management*, in *Journal of Public Procurement*, n. 3, 2003, 357; S.L. SCHOONER, *Competitive Sourcing Policy: More Sail than Rudder*, in *Public Contract Law Journal*, n. 33, 2004, 263; D. GUTTMAN, *Governance by Contract: Constitutional Visions; Time to Reflection and Choice*, in *Public Contract Law Journal*, n. 33, 2004, 321; D.M. WALKER, *The Future of Competitive Sourcing*, in *Public Contract Law Journal*, n. 33, 2004, 304.

⁽¹⁰⁴⁾ Si noti che il mercato delle carceri appare molto 'attraente' per i gruppi privati tanto più che la popolazione carceraria cresce continuamente.

gestiscono complessivamente centocinquanta istituti, in alcuni casi assumendo la gestione di penitenziari già esistenti, ai quali forniscono il personale di sorveglianza e servizio; in altri, l'azienda offre la gamma completa di beni e servizi necessari alla detenzione (105). Pertanto, non esistono particolari limiti all'esternalizzazione. Si affidano, indifferente-mente, attività di gestione dell'istituto, direzione, sorveglianza, rieducazione dei detenuti, formazione del personale carcerario, beni e servizi strumentali.

Per quanto riguarda i privati affidatari, si tratta prevalentemente di imprese carcerarie quotate in borsa, che costituiscono una vera e propria «industria carceraria» (106). Il mercato finanziario legato alle prigioni si aggira, infatti, intorno ai quattro miliardi di dollari. Ogni anno, l'*American Correctional Association*, organismo semiprivato che promuove il settore, riunisce professionisti e imprenditori della carcerazione in occasione di una «fiera della prigione» della durata di cinque giorni (107). In particolare, si rileva che alcuni Stati, come il Texas e il Tennessee, consegnano buona parte dei loro detenuti a istituti di reclusione privati e subappaltano ad aziende specializzate la gestione amministrativa dei destinatari dell'assistenza sociale. Si assiste così alla genesi di un «complesso carcerario industriale» o «complesso commerciale-carcerario assistenziale». La struttura industriale privata nel settore delle carceri ha una caratteristica oligopolistica. Sono, infatti, due le dominatrici del mercato: la *Correctional Corporation of America* (Cca) e la *Wackenhut Corrections Corporation*. Insieme controllano oltre la metà delle operazioni e gestiscono una trentina di carceri di minima e media sicurezza. Il resto del mercato è nelle mani di piccole

(105) Si tratta della progettazione architettonica, finanziamento, costruzione, esercizio, amministrazione, assicurazione, personale, reclutamento, trasporto dei carcerati provenienti da altre giurisdizioni. Sulla gestione privata delle carceri statunitensi sono interessanti i dati contenuti nel *Private Adult Correctional Facility Census*, 12^a ed., Centre for Studies Criminology and Law, University of Florida, Gainesville, 1999. Si noti che la costruzione di nuove carceri è anche un rilevante strumento di pianificazione del territorio. Le zone rurali in declino hanno interesse a ottenere la costruzione di un carcere, in quanto ciò porta impieghi stabili, commerci ed entrate fiscali regolari.

(106) Si tratta, in particolare, della *Corrections Corporations of America*, *Correctional Service Corporation*, *Securicor*, *Wackenhut*. Si aggiunga, inoltre, che le imprese private operanti nel settore sviluppano ambiti di specializzazione: la *Esmor Correctional Services*, per esempio, offre una decina di campi di detenzione per immigrati illegali.

(107) A tale fiera partecipano, ogni anno, circa più di seicentocinquanta aziende.

compagnie con interessi legati alle realtà locali (108). La *Wackenhut*, fondata nel 1954, è storicamente la prima società ad occuparsi di carceri. Considerata la più grande e la più nota, tale società è anche quella che, più delle altre, diversifica i suoi investimenti (109). La *Correctional Corporation of America* è sul mercato da molto meno tempo e non può definirsi un impero al pari della *Wackenhut*, ma è considerata la pioniera nella costruzione e nell'amministrazione degli istituti di pena privati, che rappresentano il suo unico campo di azione. Costituita nel 1983 dagli stessi fondatori del *Kentucky Fried Chicken* (una catena di *fast food*), la Cca è la società leader nel settore carcerario, gestendo più di ventuno istituti di pena con oltre sei mila detenuti negli Usa, e avendo numerosi contratti anche in Gran Bretagna e in Australia.

Attualmente, si registra un forte aumento delle pratiche di esternalizzazione delle attività penitenziarie (110). Il successo e la crescita di una tale prassi sono testimoniati da recenti statistiche, che rivelano che nei prossimi cinque anni la percentuale del mercato della detenzione in mani private negli Usa crescerà più del doppio (111). Si aggiunga, inoltre, che a seguito degli attentati dell'11 settembre l'incarcerazione si è estesa a migliaia di cittadini di origine araba, detenuti spesso a tempo indeterminato. Si noti, altresì, che la rigida politica di repressione alimenta il ricorso a privati, creando una specie di «circolo vizioso». Le leggi determinano un crescente numero di reati e intensificazione delle pene, che alimentano l'espansione del sistema penale e la crescita della popolazione dentro il carcere. A sua volta, la

(108) Queste piccole società locali, di norma, vendono carceri a piccole comunità rurali costantemente alla ricerca di mezzi e metodi per sanare i propri bilanci.

(109) La *Wackenhut* è, infatti, leader anche nei sistemi di sicurezza per aeroporti, centrali nucleari e impianti energetici. Attualmente, tale società amministra circa 5.500 detenuti in undici carceri in cinque Stati americani e registra utili superiori ai settecento milioni di dollari; infine, gestisce due istituti di media sicurezza in Australia e conduce affari anche in Sud America, Europa e Asia.

(110) Sul punto, si v., J. NELSON, *Competition in Corrections: Comparing Public and Private Sector Operations*, cit., disponibile su http://www.bop.gov/news/research_reports.jsp. Il testo ha una serie di appendici, dove sono riportate numerose tabelle dei costi relativi alla gestione delle carceri private. Dalla lettura dei dati si ricava un crescente ricorso all'esternalizzazione delle attività penitenziarie.

(111) Tuttavia, si segnalano anche alcuni dati di senso contrario: ad esempio, l'amministrazione Bush, nel 2004, ha speso duecentotrentotto milioni di dollari per i programmi di reinserimento e settecento milioni per potenziare le *Federal Prison Industries*.

proliferazione di nuove agenzie e istituzioni crea una vasta organizzazione, che da un lato cattura molti più 'pesci piccoli' nel sistema della giustizia penale; dall'altro, gli individui che entrano nel sistema restano intrappolati in una rete di controllo, per cui si trovano a transitare da un'agenzia all'altra. Tale processo è chiamato 'transcarcerazione' e produce come risultato il passaggio dei detenuti da agenzia ad agenzia, invece che dalle agenzie alla società esterna (112). L'esternalizzazione ricopre un ruolo centrale in questo processo sia per lo sviluppo di carceri private, sia per l'incremento di misure alternative e di nuove pratiche manageriali più rigorose nei confronti delle infrazioni.

5. Nel sistema inglese, il ricorso all'esternalizzazione della costruzione e gestione di carceri ha le stesse origini politico-ideologiche dell'esternalizzazione di attività penitenziarie nel sistema statunitense. Tali origini si legano alla diffusione, a cura principalmente dell'*Adam Smith Institute* (ASI), del *Centre for Policy Studies* e dell'*Institute of Economic Affairs* (IEA) sia delle idee economiche e sociali neoliberiste, sia delle tesi punitive concepite negli Stati Uniti (113), introdotte nel Regno Unito da John Major, rafforzate da Margaret Thatcher e poi riprese da Tony Blair. Fin dal 1989, l'IEA promuove numerosi incontri e dibattiti sull'opera di Charles Murray (114), affermando la necessità della riduzione dello 'Stato assistenziale'. Rilevante è anche il contributo di Lawrence Mead, che sostiene che lo Stato deve sia evitare di aiutare i più poveri, sia imporre loro l'obbligo di lavorare (c.d. 'obbligo di cittadinanza'). In tal senso, si assiste alla trasformazione della politica del *welfare* in politica del *workfare* (115). Tra gli anni Ottanta e Novanta si diffondono nel Regno Unito l'idea dello «Stato paternalista e punitivo», nonché la c.d. politica della «tolleranza zero», che è fatta propria anche dal governo Blair. Alla logica del «meno Stato» si accompagna, quindi, l'«ethos punitivo». È in tale contesto che viene adottata la legge sul crimine (*Crime and Disorder Act*), approvata dal

(112) A riguardo, si segnala un paradosso: il legislatore introduce le misure alternative sul territorio con la volontà di evitare il carcere agli autori di reati lievi, causando, invece, il risultato contrario. Questa proliferazione crea, infatti, una rete allargata e più integrata, che incoraggia un processo di 'transcarcerazione' piuttosto che di 'decarcerazione'.

(113) Si v. il precedente par. 4.

(114) Si rinvia, ancora una volta, al precedente par. 4.

(115) L. MEAD, *Beyond Entitlement. The Social Obligations of Citizenship*, cit.; Id. (a cura di), *From Welfare to Work Lessons from America*, cit.

Parlamento a maggioranza neolaburista nel 1998. Si ritiene che essa rappresenti la legge più repressiva del dopoguerra (116).

L'affermazione di una tale politica punitiva comporta, inevitabilmente, un forte aumento delle carcerazioni e la conseguenziale difficoltà per l'amministrazione penitenziaria (*Prison Service*) di sostenere una tale situazione (117). Questo consente a grandi imprese, inizialmente americane, di presentare i vantaggi della gestione privata delle carceri (118). Già nei primi anni Novanta sono istituite in Inghilterra carceri private, testimoniando dunque il successo, anche nel sistema inglese, della politica della c.d. «carcerazione a scopo di lucro» (119). Al fenomeno contribuisce, in particolar modo, l'ASI, che già nel 1984 evidenzia l'opportunità di esternalizzare la gestione delle carceri, argomentando che ciò «would overcome both the spiralling costs of the prison system and the shortage of places by using innovative managerial and technological methods and by concentrating resources on capital investment rather than increased labour costs» (120). Tra il 1990-1991 il *Prison Service* avvia la politica di esternalizzazione delle carceri e nel 1991 una compagnia privata europea, la *Group 4*, vince l'appalto per la prima prigione sottoposta ad esternalizzazione (121). Poco tempo dopo, il *Prison Service* adotta il *Project Quantum*, che prevede il più ampio trasferimento di attività penitenziarie al settore privato (sono coinvolte ben centotrenta carceri in Inghilterra e nel Galles). Lo strumento principale usato ai fini dell'esternalizzazione

(116) Così L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 11.

(117) Si conta che dopo l'avvento dei neolaburisti la popolazione carceraria è cresciuta al ritmo di mille persone in più al mese, ossia con un tasso superiore a quello degli anni di Margaret Thatcher, per raggiungere la cifra record di quasi sessantasette mila detenuti nella primavera del 1998. Più esattamente, si registrano centotrentacinque detenuti ogni centomila abitanti. Il budget destinato alle prigioni, in un periodo di stagnazione della spesa sociale, è aumentato di centodieci milioni di sterline.

(118) Sul punto, si cfr. S. NATHAN, *Prison Privatisation in the United Kingdom*, in *Capitalist Punishment: Prison Privatisation and Human Rights*, a cura di A. Coyle-A. Campbell-R. Neufeld, London, 2003.

(119) Dagli anni Novanta ad oggi si calcola che i detenuti degli istituti di pena privati sono passati da duecento a cinquemila.

(120) L'ASI, in un rapporto del 1987, auspica la fine del 'monopolio pubblico' nell'ambito dei servizi carcerari.

(121) Sul sistema penitenziario ed esternalizzazione delle carceri inglesi si v. P.A. McDERMOTT, *Prison law*, Dublin, 2000; R.W. HARDING, *Private prisons and public accountability*, cit.; D. SHICOR, *Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns*, cit.; R.D. KING-M. MAGUIRE, *Prisons in Context*, cit.; A. COYLE, *Managing prisons in a time of change*, cit. Si rinvia, inoltre, alla nt. 6.

delle attività penitenziarie è la *Private Finance Initiative* ⁽¹²²⁾. Si sviluppano persino *Private immigration prisons* ⁽¹²³⁾. L'Inghilterra è, dunque, il Paese in Europa che esternalizza in maggior misura il proprio sistema penitenziario (a livello globale, è secondo solo rispetto agli Stati Uniti). Oltre all'esternalizzazione della gestione delle prigioni, si esternalizzano anche altre attività e servizi affini al settore penitenziario: corsi di formazione e reclutamento di guardie, servizi di scorta dei detenuti, di *monitoring elettronico*, ecc. Per queste ragioni, si ritiene che «the UK currently represents the second-largest private prison market in the world» ⁽¹²⁴⁾. I motivi principali alla base del ricorso ai privati sono sia la carenza di strutture e risorse rispetto al forte aumento delle carcerazioni, sia la necessità della riduzione dei costi del settore penitenziario (da ottenere attraverso una diminuzione del personale e una razionalizzazione della struttura direttiva) ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²²⁾ Tale modello si afferma (insieme alla *Public private partnership*) soprattutto nei settori delle opere pubbliche, dell'edilizia economica e popolare, della sicurezza delle comunità locali, della difesa ambientale, dell'igiene, della lotta alla povertà. Si tratta dello strumento giuridico principale alla base dei processi di esternalizzazione nell'ordinamento inglese. Si noti che l'Inghilterra occupa il primo posto nella predetta classifica OECD sull'esternalizzazione di attività pubbliche da parte dei Paesi occidentali. Le normative più importanti in materia sono: il *Local Government Planning and Land Act* del 1980; l'*Using the Private Sector in Central Government* del 1983; il *Local Government Act* del 1988; il Libro Bianco *Competing for Quality* del 1991-1994; il Libro Bianco *Modernising Government* e sperimentazioni pilota del 1997-1999; l'attuazione delle sperimentazioni pilota nel 2000-2006. Sul punto, si v. *L'outsourcing nella Pubblica Amministrazione: il caso inglese*, a cura di C. Lacava, *I Quaderni dell'Innovazione*, Ministero dell'economia e delle finanze, Roma, 2002, 11 ss. e 119 ss.; D. СЕРИКУ, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche*, cit., 126 ss.

⁽¹²³⁾ Si v. l'*Immigration and Asylum Act* 1999, che stabilisce che «the Secretary of State [for the Home Department] may enter into a contract with another person for the provision or running (or the provision and running) by him, or (if the contract so provides) for the running by sub-contractors of his, of any detention centre or part of a detention centre». Sul punto, si v. C. BACON, *The Evolution of Immigration Detention in the UK: The Involvement of Private Prison Companies, Refugee Studies Centre Working Paper No. 27*, September 2005; B. MOLENAAR-R. NEUFELD, *The Use of Privatised Detention Centres for Asylum Seekers in Australia and the UK*, in *Capitalist Punishment; Prison Privatisation and Human Rights*, cit.

⁽¹²⁴⁾ Così, *Detention Profiteers*, agosto 2007, consultabile su <http://noborders.org.uk/Articles/DetentionProfiteers>.

⁽¹²⁵⁾ A riguardo, si v. l'intervista all'allora direttore Generale del *British Prison Service*, in *The Guardian*, 1995.

Tuttavia, recenti stime dimostrano il mancato conseguimento di risparmi effettivi ⁽¹²⁶⁾.

I limiti giuridici dell'affidamento a privati della costruzione e gestione delle carceri sono previsti e disciplinati a livello normativo dal *Criminal Justice Act* 1991 ⁽¹²⁷⁾, § 84-92, e successive modificazioni. Nel testo della legge si fa espressamente riferimento alle «contracted out prisons» e si riporta una serie di definizioni ⁽¹²⁸⁾. Si stabilisce che ogni *contracted out prison* abbia, al posto del governatore statale, un direttore del carcere e del personale e un *controller*, ossia un funzionario pubblico appositamente nominato dal *Secretary of State*, che svolge un'attività di controllo sulla gestione privata. L'individuazione sia del direttore sia del *controller* è contenuta nel contratto e approvata dal *Secretary of State*. Il direttore non può svolgere alcuna attività di interrogatorio nei confronti dei detenuti, né può adottare misure restrittive nei loro confronti, ad esclusione dei *cases of urgency*; può, comunque, ricorrere all'uso 'ragionevole' della forza *where necessary* ⁽¹²⁹⁾. Il controllore deve svolgere un'attività di supervisione sia nei

⁽¹²⁶⁾ La Divisione *Research Development and Statistics* dell'*Home Office*, il Ministero degli interni britannico, ha pubblicato nel 2000 la «Ricerca sui costi e attività comparati delle prigioni private e quelle pubbliche nel periodo 1998/1999», a cura di I. Park, dalla quale emerge che le prigioni private non producono significativi risparmi rispetto alle prigioni pubbliche.

⁽¹²⁷⁾ Nell'ordinamento inglese, *Criminal Justice Acts* è la denominazione generale usata per gli atti del Parlamento che creano leggi ed ordini nel Paese. Sono, invece, definiti *Criminal Justice Bills* gli atti che ancora non sono divenuti legge. In letteratura, si v. R. HARDING, *Private Prisons and Public Accountability*, cit.; R.D. KING-M. MAGUIRE, *Prisons in Context*, cit.; D. SHICOR, *Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns*, cit.; R. MORGAN, *Imprisonment: Current Concerns and a Brief History since 1945*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, a cura di M. Maguire-R. Morgan-R. Reiner, Oxford, 1994.

⁽¹²⁸⁾ Il par. 84 stabilisce che: «'Contracting out of certain prisons': (1) The Secretary of State may enter into a contract with another person for the running by him of any prison which— (a) is established after the commencement of this section; and (b) is for the confinement of remand prisoners, that is to say, persons charged with offences who are remanded in or committed to custody pending their trial, or persons committed to custody on their conviction who have not been sentenced for their offences; and while such a contract is in force, the prison to which it relates shall be run subject to and in accordance with sections 85 and 86 below, the 1952 Act (as modified by section 87 below) and prison rules. (2) In this Part— 'contracted out prison' means a prison as respects which such a contract is for the time being in force; 'the contractor', in relation to such a prison, means the person who has contracted to run it».

⁽¹²⁹⁾ Si v. il par. 85: «'Officers of contracted out prisons': (1) Instead of a governor, every contracted out prison shall have (a) a director, who shall be a prisoner

confronti del direttore, sia nei confronti del personale gestito da quest'ultimo (*prisoner custody officers*) ⁽¹³⁰⁾; inoltre, può irrogare sanzioni disciplinari ai carcerati. Nei casi nei quali, durante la gestione in *outsourcing*, il direttore perda il controllo del carcere o di parte di questo e sia messa a repentaglio la sicurezza di persone o cose, il *Secretary of State* «may appoint a Crown servant to act as governor of the prison for the period» ⁽¹³¹⁾.

custody officer appointed by the contractor and specially approved for the purposes of this section by the Secretary of State; and (b) a controller, who shall be a Crown servant appointed by the Secretary of State; and every officer of such a prison who performs custodial duties shall be a prisoner custody officer who is authorized to perform such duties. (2) Subject to subsection (3) below, the director shall have such functions as are conferred on him by the 1952 Act (as modified by section 87 below) or as may be conferred on him by prison rules. (3) The director shall not (a) inquire into a disciplinary charge laid against a prisoner, conduct the hearing of such a charge or make, remit or mitigate an award in respect of such a charge; or (b) except in cases of urgency, order the removal of a prisoner from association with other prisoners, the temporary confinement of a prisoner in a special cell or the application to a prisoner of any other special control or restraint. (4) The controller shall have such functions as may be conferred on him by prison rules and shall be under a duty (a) to keep under review, and report to the Secretary of State on, the running of the prison by or on behalf of the director; and (b) to investigate, and report to the Secretary of State on, any allegations made against prisoner custody officers performing custodial duties at the prison. (5) The contractor shall be under a duty to do all that he reasonably can (whether by giving directions to the officers of the prison or otherwise) to facilitate the exercise by the controller of all such functions as are mentioned in or conferred by subsection (4) above.

⁽¹³⁰⁾ Si v. sempre il par. 85. Nel par. 86 sono riportati i poteri e compiti del personale contrattualizzato: «Powers and duties of prisoner custody officers employed at contracted out prisons»: (1) A prisoner custody officer performing custodial duties at a contracted out prison shall have the following powers, namely— (a) to search in accordance with prison rules any prisoner who is confined in the prison; and (b) to search any other person who is in or is seeking to enter the prison, and any article in the possession of such a person. (2) The powers conferred by subsection (1)(b) above to search a person shall not be construed as authorizing a prisoner custody officer to require a person to remove any of his clothing other than an outer coat, jacket or gloves. (3) A prisoner custody officer performing custodial duties at a contracted out prison shall have the following duties as respects prisoners confined in the prison, namely— (a) to prevent their escape from lawful custody; (b) to prevent, or detect and report on, the commission or attempted commission by them of other unlawful acts; (c) to ensure good order and discipline on their part; and (d) to attend to their wellbeing. (4) The powers conferred by subsection (1) above, and the powers arising by virtue of subsection (3) above, shall include power to use reasonable force where necessary».

⁽¹³¹⁾ Durante tale periodo, «(a) all the functions which would otherwise be

I privati affidatari sono, dunque, grandi imprese (molte di origine americana), che oramai costituiscono un mercato in espansione. Tra le società più importanti e con la maggiore fetta di mercato si segnala la Group 4, di origine europea. Questo dimostra come anche in Europa (e non solo negli Usa) si assiste alla formazione di un 'mercato di attività carcerarie-penitenziarie'. || ←

Gli elementi che consentono di individuare nel modello inglese un buon equilibrio tra logiche di mercato e limiti normativi all'esternalizzazione delle carceri sono soprattutto due e riguardano, rispettivamente, la previsione di garanzie in capo ai detenuti e l'attuazione di rigorosi sistemi di controllo da parte del settore pubblico. Attraverso, infatti, questi due elementi l'affidamento all'esterno di attività pubbliche è equilibrato dalla previsione di tutele e da un ruolo significativo dell'amministrazione pubblica. Relativamente al primo aspetto, si deve notare che il *Criminal Justice Act* non prevede garanzie in capo ai carcerati. Tale normativa si limita, infatti, a prevedere che i poteri disciplinari nel carcere non possono essere esercitati da privati, ma solo dal controller, in qualità di rappresentante dello Stato. In tal senso, «mentre i privati non dispongono direttamente dei poteri disciplinari di punizione, lo Stato mantiene il suo monopolio di imposizione» ⁽¹³²⁾. Tuttavia, il sistema inglese prevede che ai reclusi nelle carceri pubbliche e private è consentito presentare reclami all'Ombudsman e ai comitati visitatori. Si ritiene che i carcerati possono invocare la *Citizen's Charter* nei casi di «cattiva amministrazione», che legittimerebbe l'*Ombudsman* a effettuare una segnalazione per indennizzo. Il problema si pone in quanto i carcerati non potrebbero agire in sede giurisdizionale per richiedere, sulla base del diritto privato, l'adempimento contrattuale o il risarcimento del danno, qualora siano violati i parametri inerenti ai servizi carcerari da parte dei gestori privati. Ci si domanda, dunque, se risulta applicabile, in questi casi, il diritto pubblico; ma la scienza giuridica risponde, in buona parte,

exercisable by the director or the controller shall be exercisable by the governor; (b) the contractor shall do all that he reasonably can to facilitate the exercise by the governor of those functions; and (c) the officers of the prison shall comply with any directions given by the governor in the exercise of those functions» (par. 88). Questo periodo termina sulla base di una valutazione del *Secretary of State*.

⁽¹³²⁾ Si v. V.T. PROSSER, *L'utilizzazione dei contratti per riorganizzare i servizi pubblici, in I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, 256 ss.

negativamente ⁽¹³³⁾. Il problema delle regole applicabili ai privati gestori di carceri si pone anche rispetto alle norme dell'*Human Rights Act* (HRA) del 1998 ⁽¹³⁴⁾, che offre importanti garanzie di valore assoluto, riconoscibili, in generale, anche a soggetti in stato di detenzione. Ai fini dell'applicazione di tali garanzie, per la giurisprudenza è necessario verificare se il privato gestore agisca come autorità pubblica, ossia eserciti una pubblica funzione. Ci sono diverse difficoltà a riguardo: in particolare, non è chiaro se nei casi di esternalizzazione sia applicabile il diritto pubblico e, anche laddove l'affidamento abbia ad oggetto una vera e propria funzione, la stessa giurisprudenza è restrittiva nel definire il privato gestore un' 'autorità pubblica' e, quindi, ammettere l'applicazione del HRA e del *judicial review*. Al contrario, alcuni studiosi affermano che l'applicazione di tali garanzie dovrebbe dipendere dalla natura dell'attività affidata al privato: se si tratta di una funzione pubblica, si deve, dunque, applicare il diritto pubblico e riconoscere, in capo ai privati, una *public responsibility* ⁽¹³⁵⁾.

Riguardo, invece, all'attività di controllo pubblico sulla gestione privata, il *Criminal Justice Act* contiene importanti disposizioni. In particolare, si prevede il ruolo di un apposito *controller*, nominato dall'autorità statale, e avente la qualifica di pubblico funzionario, che supervisiona l'attività del direttore e del suo personale. In questo modo, l'autorità pubblica mantiene sempre un legame con lo svolgimento della funzione esternalizzata. A ciò si aggiunge l'opera di supervisione generale da parte di diversi uffici, quali il *Prison Ombudsman*, il *Prison Service* e lo *HM Chief Inspector of Prisons*. Il funzionamento di tale sistema è dimostrato da alcuni dati: il numero delle multe applicate alle imprese per inadempimenti contrattuali è

⁽¹³³⁾ Si cfr. P. BIRKINSHAW, *Contratti governativi e governo per contratto: una prospettiva inglese. Parte prima. Il retroterra: una cultura di mancanza di regole giuridiche*, in *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, cit., 180 e 181.

⁽¹³⁴⁾ Si v. P. CRAIG, *Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review*, in *The Law Quarterly Review*, 2002, 551 ss. Si cfr., inoltre, P. BIRKINSHAW, *Contratti governativi e governo per contratto: una prospettiva inglese*, cit., 180 e 181. In questo testo, l'a. considera anche l'applicabilità dell'*Human Rights Act* del 1998: sebbene la maggior parte della scienza giuridica escluda l'applicazione di tale normativa nei casi di esternalizzazione, si ritiene comunque che una sua applicazione è possibile qualora i soggetti privati siano affidatari di compiti di interesse pubblico. La tesi negativa è presente, invece, in J. SCHEIB, *Administrative Agreements: Should They Be in the Shadows of the Administrative Procedure Act?*, in *Adm. LR*, v. 55, n. 3, 2003, 477.

⁽¹³⁵⁾ Così, P. CRAIG, *Contracting Out, the Human Rights Act*, cit., 556 ss. ←

andato diminuendo nel corso degli anni e poche di esse sono direttamente relazionate alle condizioni di vita dei detenuti ⁽¹³⁶⁾. Inoltre, sono stati pubblicati vari rapporti che offrono buone valutazioni sullo stato delle carceri gestite privatamente ⁽¹³⁷⁾. La politica dell'amministrazione è, in generale, quella di esplorare ogni possibilità affinché nuove prigioni possano essere finanziate e costruite dal settore pubblico; qualora sia preferibile il ricorso a privati, lo Stato deve, comunque, fornire i servizi di supporto logistico e ricoprire il ruolo di vigilanza e di custodia. Sotto questo punto di vista, la gestione delle carceri private inglesi rappresenta una *best practice*. ↓

6. La Francia si può certamente annoverare tra i Paesi 'importatori' della politica repressiva di origine statunitense ⁽¹³⁸⁾. In particolare, sotto il governo di Lionel Jospin, l'amministrazione francese accoglie di buon grado i programmi, attuati dai sindaci delle più grandi

⁽¹³⁶⁾ Ad esempio, tra il 1997 e il 1998, la società *Group 4* riceve multe per più di duecento mila sterline per oltre settecento inadempimenti contrattuali, dei quali solo quarantaquattro sono riferiti a insuccessi nel fornire condizioni di vita favorevoli per i detenuti.

⁽¹³⁷⁾ A tale proposito, è interessante analizzare l'andamento di uno degli obiettivi dichiarati nella *Relazione annuale* del HM Prison Service - aprile 1999/marzo 2000», ossia quello di assicurare che i reclusi trascorrono almeno ventiquattro ore alla settimana in attività utili. Secondo tale relazione, questo obiettivo non è stato raggiunto, dato che la media settimanale delle attività utili è stata di 23.2 ore. Nella già citata ricerca del Ministero degli interni inglese si precisa, però, che le prigioni gestite privatamente hanno fornito più attività utili e più ore fuori dalla cella che le corrispettive prigioni pubbliche. Inoltre, il 13 luglio 2000 l'Ispettorato delle prigioni inglese ha pubblicato il rapporto di una breve visita non annunciata al carcere di Buckley Hall (gestito dall'impresa *Group 4*), dove l'istituto è descritto come «una prigione decisamente buona» e che ha intrapreso numerose iniziative innovative in differenti aree di intervento. Dati non particolarmente positivi sono, invece, riportati nella «Relazione di una ispezione completa, 22-26 novembre 1999», pubblicata nell'aprile 2000, relativa al carcere di Lowdham Grange (una prigione di cinquecento posti per maschi adulti, aperta nel febbraio 1998 e finanziata, costruita e gestita dall'impresa *Premier Prison Service Ltd.*) e nel documento *Valutazione del Centro di Recupero Medway* (Hagell A., Hazel N. e Shaw C., pubblicato nel 2000 dall'Home Office), relativo al Centro di Recupero per minorenni recidivi (12-14 anni), gestito da soggetti privati.

⁽¹³⁸⁾ Sul punto, si v. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 22 ss. Si noti che l'influenza del sistema repressivo e penitenziario statunitense sul sistema francese è un fenomeno antico. A riguardo, è noto lo studio di Alexis de Tocqueville che scrive con G. de Beaumont il *Système pénitentiaire aux Etats Unis et de son application en France; suivi d'une appendice sur les colonies pénales, et de notes statistiques*, in *Ouvres complètes*, Paris, 1984.

metropoli americane, di repressione estesa anche ai reati minori ⁽¹³⁹⁾. In tale contesto si afferma, inoltre, l'ideologia della c.d. «tolleranza zero», che è diffusa principalmente dall'opera di Julien Damon ⁽¹⁴⁰⁾ e di Sophie Body-Gendrot ⁽¹⁴¹⁾. Già dalla metà degli anni Settanta si assiste ad un primo irrigidimento dell'ordine pubblico francese, testimoniato dal forte aumento della popolazione carceraria. Il tasso di carcerazione, che all'entrata all'Eliseo di V. Giscard D'Estaing si attesta sui cinquanta detenuti ogni cento mila abitanti, passa a quota cinquantuno al momento della successione di F. Mitterrand, per salire ancora a novantacinque al momento dell'elezione di J. Chirac ⁽¹⁴²⁾. Ad influire su tale crescita è non solo l'aumento della repressione e, dunque, del numero dei carcerati, ma anche l'allungamento dei periodi di detenzione ⁽¹⁴³⁾. Inoltre, c'è chi ritiene che l'espansione della popolazione carceraria sarebbe alimentata dalla 'dualizzazione' dell'attività penale, nel senso che tale attività sembra avere lo scopo di fornire lavoro (quello carcerario) a chi, diversamente, rappresente-

⁽¹³⁹⁾ Si noti che nella relazione della missione ufficiale sulle «Réponses à la délinquance des mineurs», adottata dall'amministrazione Jospin, si ritiene che la politica statunitense del coprifuoco, imposto agli adolescenti nelle città americane, rappresenterebbe «uno strumento efficace per l'ordine pubblico». In tal senso, le decisioni dei funzionari francesi fungono da 'cassa di risonanza' dei provvedimenti dei sindaci americani.

⁽¹⁴⁰⁾ Si v. J. DAMON, recensione a W. Bratton, P. Knobler, *Turnaround. How America's Top Cop Reversed the Crime Epidemic*, in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n. 34, 1998, 263 ss. In tale opera, l'a. presenta favorevolmente il *pamphlet* di W. Bretton sulla c.d. 'tolleranza zero'.

⁽¹⁴¹⁾ L'opera di quest'ultima autrice è un'analisi della delinquenza urbana francese alla luce dell'esperienza statunitense: come negli Stati Uniti, si ritiene che è nelle zone più povere che si concentra il più alto tasso di criminalità; pertanto, è necessario adottare un «trattamento penale della miseria» e colpire duramente tali aree. Agli aiuti e al sostentamento delle classi più povere si sostituisce la repressione. Lo sviluppo della logica dello 'Stato punitivo' si affianca, dunque, ad una graduale riduzione dello 'Stato sociale'. S. BODY-GENDROT, *Les villes face à l'insécurité. Des ghettos américains aux banlieues françaises*, Paris, 1998. Si cfr. anche L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 16. Si v., inoltre, il 'Piano Juppé' sul ridimensionamento dello Stato sociale del dicembre del 1995. Va, però, sottolineato che in Francia, diversamente dall'esperienza statunitense, il ruolo dello Stato sociale rimane sempre molto rilevante, anche se certamente ridotto rispetto al passato.

⁽¹⁴²⁾ Solo le grazie presidenziali del 1981 e del 1988 e le amnistie straordinarie legate all'arrivo al Ministero della giustizia di R. Badinter e al bicentenario della Rivoluzione arrestano momentaneamente tale tendenza.

⁽¹⁴³⁾ P. TOURNIER, *La population des prisons est-elle condamnée à croître?*, in *Sociétés et représentations*, 3 novembre 1996, 321 ss.

rebbe solo un peso per la società (immigrati e giovani delle classi subalterne) ⁽¹⁴⁴⁾. In tal senso, la ristrutturazione dell'economia penale sostiene quella dell'economia salariale, in quanto la prigione è chiamata a svolgere la funzione di limite e sfogo del nuovo mercato del lavoro dequalificato ⁽¹⁴⁵⁾.

Come nei Paesi anglosassoni ⁽¹⁴⁶⁾, il forte aumento della popolazione carceraria determina in Francia l'esigenza di ricorrere ai privati, attraverso l'esternalizzazione della gestione delle prigioni ⁽¹⁴⁷⁾. Nei tempi recenti si conta che la popolazione carceraria francese supera la soglia di novanta mila detenuti per quarantotto mila posti ⁽¹⁴⁸⁾. A questo si aggiunge il riscontro nelle carceri di pessime condizioni igieniche, oltre alla carenza di attività di formazione e di lavoro ⁽¹⁴⁹⁾. Per queste ragioni, già a partire dalla fine degli anni Ottanta, alla luce dell'esempio americano, è adottata la *loi* n. 87-432 del 23 giugno 1987,

⁽¹⁴⁴⁾ Si cfr. T. GODEFROY, *Mutation de l'emploi et recomposition pénale*, Paris, 1998, 16 e 17.

⁽¹⁴⁵⁾ L'opera di G. RUSCHE-O. KIRCHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1984 (ed. or. 1939), evidenzia la stretta correlazione fra il deterioramento del mercato del lavoro e la crescita della popolazione carceraria. Ne risulta, a parità di reato, una tendenza alla galera 'facile' per coloro che hanno una posizione marginale nel mercato del lavoro. Inoltre, l'assenza o debolezza delle politiche di inserimento professionale del detenuto contribuiscono ad allungare i periodi di carcerazione. Si stima che la metà degli individui incarcerati in Francia nel corso del 1998 ha un'istruzione limitata al livello primario e che più di un terzo risulta disoccupato al momento dell'arresto. Sul punto, si v. anche P. TOURNIER, *La délinquance des étrangers en France. Analyse des statistiques pénales*, in *Delit d'immigration/Immigration Delinquency*, Commission européenne, Bruxelles, 1996, 158.

⁽¹⁴⁶⁾ Si rinvia ai precedenti par. 4 e 5.

⁽¹⁴⁷⁾ Sul sistema penitenziario ed esternalizzazione delle carceri francesi si v. C. NILS, *L'Industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, 2003; J.M. THIEBAUD, *Prison et justice: mode d'emploi pour les détenus et leurs familles: petite encyclopédie pratique à l'usage des justiciables*, cit.; C. VEIL-D. LHULLIER, *La prison en changement*, cit.; J.P. CERE, *Droit disciplinaire en prison*, Paris, 2001; ID., *Panorama européen de la prison*, cit.; M. ZIGONI-FERNANDEZ-N. GIOVANNINI, *La détention en isolement dans les prisons européennes: les régimes spéciaux de détention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au Royaume Uni*, cit.; L. WACQUANT, *Punir les pauvres: Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marsiglia, 2004. Si rinvia alla nt. 7.

⁽¹⁴⁸⁾ Tale dato è considerato un *record* assoluto, mai raggiunto dall'epoca della liberazione della Francia.

⁽¹⁴⁹⁾ Si cfr. Observatoire international des prisons, *Les conditions de détention en France. Rapport 2003*, Parigi, 2003.

detta *loi Chalandon* ⁽¹⁵⁰⁾, che ammette per la prima volta l'affidamento a privati, con procedura concorsuale, di funzioni penitenziarie ⁽¹⁵¹⁾. Nella stessa legge sono, però, previsti alcuni limiti all'esternalizzazione: non si possono, infatti, affidare a privati la direzione e sorveglianza dell'istituto carcerario ⁽¹⁵²⁾, che, di regola, permangono sotto la gestione di un funzionario pubblico, a meno che non vi sia un'apposita autorizzazione del *Conseil d'Etat* ⁽¹⁵³⁾. Ad ulteriore fondamento della generale esclusione delle suddette attività dall'oggetto dell'esternalizzazione, vi è la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, che nega, in linea di principio, la possibilità di esternalizzare le attività di sorveglianza sull'esercizio delle funzioni da parte dei privati ⁽¹⁵⁴⁾.

La tendenza ad esternalizzare le funzioni penitenziarie è viva anche nei periodi e governi successivi all'amministrazione Chalandon. Ad esempio, nel 1994, si decide di affidare alla 'gestione mista' ventuno carceri; i privati affidatari sono i gruppi societari *Eiffage Construction* e *Bouygues*. Nel 2000, si destinano dieci miliardi di euro per la costruzione di nuovi istituti penitenziari; nel 2002, viene affidato il servizio di ristorazione di ventisette prigionieri al gruppo *Suez-Lyonnaise*. Tra il 2001 e il 2004, i governi sia di sinistra sia di destra

⁽¹⁵⁰⁾ Si noti che tale legge si pone in deroga agli artt. 7 e 18 della l. n. 85-704, in quanto prevede l'esternalizzazione della progettazione, costruzione e gestione delle carceri in modo unitario.

⁽¹⁵¹⁾ Già in tale periodo si registra la costruzione di venticinque 'carceri private' e ventuno a gestione mista.

⁽¹⁵²⁾ Si noti che tali attività sono considerate *fonctions régaliennes*.

⁽¹⁵³⁾ Art. 2, *loi* 87-432: «L'Etat peut confier à une personne de droit public ou privé ou à un groupement de personnes de droit public ou privé une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires. L'exécution de cette mission résulte d'une convention passe entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'Etat. Cette personne ou ce groupement de personnes sont désignés à l'issue d'un appel offres avec concours. Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé selon une habilitation définie par décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre de l'appel d'offres avec concours prévu à l'alinéa précédent». Sul punto, J.L. MESTRE, *Historique du recours à l'initiative privée en matière pénitentiaire*, in *Les prison dites privées*, Actes du colloqui organisé à Aix-en-Provence, 23-24 giugno 1987, Paris, 1987.

⁽¹⁵⁴⁾ Si cfr. P. LIGNIERES-R. LAZAR, *Les contrats complexes dans la sécurité et la justice*, in *Contrats publics - l'actualité de la commande et des contrats publics*, n. 34, 2004, 65.

elaborano numerosi programmi per la costruzione di nuove carceri private ⁽¹⁵⁵⁾.

L'affidamento di attività pubbliche a privati nell'ordinamento francese avviene, principalmente, mediante ~~contratti di~~ partenariato pubblico-privato (Ppp) ⁽¹⁵⁶⁾. Il settore penitenziario rappresenta il campo di elezione di tale disciplina. Questo modello di partenariato

⁽¹⁵⁵⁾ Ad esempio, nel 2004, il Ministro della giustizia, Dominique Perben, ha pubblicato alcuni bandi di concorso rivolti a società private per la costruzione di trenta penitenziari entro l'anno 2007 e 13.200 nuovi posti. Le società private *Eiffage* (ex-*Fougerolles*) e *Bouygues* hanno partecipato alla gara. Anche la cosiddetta 'foresteria' (alimentazione, lavanderia) è oggetto di esternalizzazione.

⁽¹⁵⁶⁾ Sul partenariato pubblico-privato in generale si v., innanzitutto, il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Com/2004/0327 def., Commissione europea, che stabilisce alcune regole comuni della materia. In letteratura, si v., tra tutti, M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dell'IISA, pubblicato su http://www.iisa.it/documenti/atti%20firenze%2028.01.05/Sandulli_PPP_?iisa_?BUP.pdf; M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, «Seminario Comitato 4P», Roma, 27 settembre 2005; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006. La scienza giuridica individua quattro fasi principali dell'evoluzione degli strumenti di esternalizzazione nel sistema francese: la rigida distinzione tra concessioni (*délégation de service publique*) e appalti pubblici (si v. il *Code des marchés publics*, adottato con decreto 7 marzo 2001, n. 2001-210, e poi modificato nel 2004 e nel 2006), che caratterizza il sistema amministrativo fino alla fine degli anni Novanta; il tentativo fallimentare delle amministrazioni locali di superare la suddetta distinzione; l'adozione di nuove figure contrattuali ispirate ai modelli inglesi; l'incidenza di questi nuovi modelli contrattuali sulla storica distinzione tra concessioni e appalti (si v. l'*Ordonnance* n. 559/2004 del 17 giugno 2004, adottata dal governo in applicazione della *loi* n. 591/2003 del 2 luglio 2003, in materia di semplificazione amministrativa). Con l'*Ordonnance* n. 559/2004 il governo istituzionalizza nel suo ordinamento una terza figura di *contrats administratifs*, che si aggiunge alle figure dei *marchés publics* e delle *délégations de service public* nell'ambito della categoria più generale dei *contrats de commande publique*. Si tratta, più esattamente, del *contract de partenariat*, che comporta l'affidamento di una *mission global* al *partner* privato, relativa alla progettazione, costruzione, finanziamento, gestione di infrastrutture ed effettuazione di altre prestazioni necessarie all'attività esternalizzata. Come nell'analogia disciplina inglese, è possibile un prefinanziamento dell'opera da parte dell'operatore economico, che verrà poi remunerato gradualmente, anche in relazione ai risultati conseguiti. In letteratura, il tema dell'esternalizzazione è oggetto di studio soprattutto negli ultimi tempi: si v. in particolare, P. LIGNIERES-L. BABIN, *L'externalisation: au coeur des préoccupations de l'Etat*, in *Droit administratif*, 2002, 37 ss.; J.D. DREYFUS, *L'externalisation éléments de droit public*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 2002, 1214 ss.; P. LIGNIERES, *Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir*, *Discus-*

precede l'adozione della stessa normativa generale sul contratto di partenariato pubblico-privato (*Ordonnance* n. 2004-559)⁽¹⁵⁷⁾. La legge di riferimento è la *loi* del 9 settembre 2002⁽¹⁵⁸⁾, che apporta modifiche alla precedente legge del 1987⁽¹⁵⁹⁾. Le principali novità riguardano le modalità di scelta degli affidatari privati, la previsione di 'contratti globali' e l'esternalizzazione delle funzioni di direzione e sorveglianza. La vecchia disciplina stabilisce che: «l'exécution de cette mission résulte d'une convention passée entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'Etat»; pertanto, è prevista la stipula di un contratto tra lo Stato e l'ente (pubblico o privato) sulla base di un capitolato d'oneri approvato con apposito decreto. La nuova disciplina, invece, non fa più riferimento a tale decreto e prevede che la designazione del privato sia sottoposta alle procedure previste dal *Code des marchés publics*; tuttavia, nel caso di 'contratti globali' si deroga all'art. 10 del codice⁽¹⁶⁰⁾. In quest'ultimo caso trova, dunque, applicazione il parte-

sion Paper per il seminario *Droit Administratif Comperé, Européen et Global*, Parigi, 14 marzo 2007.

⁽¹⁵⁷⁾ Sul punto, si v. M. CERRITELLI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento francese*, in *Riv. amm. app.*, 2006, 3 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Si tratta della c.d. legge 'Perben' di orientamento e di programmazione della giustizia (LOPJ).

⁽¹⁵⁹⁾ In particolare, la nuova legge, all'art. 3, modifica il vecchio art. 2, stabilendo che: «l'article 2 de la loi no 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire est ainsi rédigé: Art. 2. - Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, l'Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires. L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global. Les marchés passés par l'Etat pour l'exécution de cette mission ne peuvent comporter de stipulations relevant des conventions mentionnées aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales. Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa».

⁽¹⁶⁰⁾ Tale norma impone, in via generale, il *jugement lot par lot*, riducendo la possibilità del *jugement global* a casi eccezionali.

nariato pubblico-privato⁽¹⁶¹⁾. Più esattamente, tale legge pone le basi per la creazione di un apposito modello di partenariato settoriale, riservato al campo della giustizia e della sicurezza. In questo senso, il sistema carcerario offre un esempio eccellente di applicazione di tale modello contrattuale⁽¹⁶²⁾. In particolare, il *service public* si occupa di fissare le norme sull'incarcerazione e regola il flusso di entrata ed uscita dei detenuti; il *service privé* provvede ai problemi di carattere più strettamente gestionale in vista di una maggiore valorizzazione del sistema⁽¹⁶³⁾. In altre parole, l'operatore pubblico controlla la corretta applicazione della pena, l'operatore privato si preoccupa, invece, dell'aspetto logistico-gestionale⁽¹⁶⁴⁾. Il sistema del partenariato, compor-

⁽¹⁶¹⁾ Si noti che tali norme, che ammettono l'esternalizzazione delle attività di ideazione, costruzione, organizzazione, gestione e manutenzione dell'immobile, derogano agli artt. 7 e 18 della l. n. 85-704, che impongono l'affidamento separato delle attività di costruzione, manutenzione e *maîtrise d'oeuvre*. Inoltre, l'art. 2 di tale legge prevede che le funzioni di ideazione generale dell'opera e di supervisione della sua realizzazione non possono essere delegate da parte del committente. In generale, si ritiene che le disposizioni del 2002 determinano un ritorno al «marché d'entreprise de travaux publics» (МЕТР), vietato dagli artt. 10 e 94 del Codice degli appalti pubblici. Secondo il *Conseil d'Etat*, tale modello comporta una poco trasparente gestione dell'appalto, in ragione della sua natura complessa, determinando una serie di limiti al controllo di legalità e, in particolare, al principio della libera concorrenza, a danno, soprattutto, di piccole e medie imprese, che difficilmente potrebbero, infatti, fornire in modo unitario l'insieme delle varie attività. A riguardo, si lamenta, dunque, la violazione di alcuni principi costituzionali, in particolare, dell'art. 14 della Dichiarazione del 1789. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel* esclude la violazione di tali principi, ammettendo la sussistenza di validi fondamenti alla base delle deroghe previste dalle leggi del 2002. Tale Corte ritiene, infatti, che la previsione dell'appalto globale (*jugement global*) si fonda sulle necessità della coesione funzionale delle attività, economicità del programma globale e migliore perseguimento dell'interesse generale. Anche la previsione della possibilità del prefinanziamento delle opere costruite da parte del privato per soddisfare le esigenze dei settori della giustizia, polizia nazionale e gendarmeria su demanio pubblico, così come disposta sempre dalle leggi del 2002, derogherebbe all'art. 34-7 del codice del demanio dello Stato (1994). Questa norma esclude, infatti, contratti di *credit-bail* per il titolare del diritto di occupazione, che agisce per la realizzazione d'opere, costruzione ed installazione di immobili, relativi alla gestione di servizi pubblici, su demanio dello Stato. Ancora una volta, il *Conseil constitutionnel* afferma, a differenza della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, che tali deroghe non violano principi costituzionali.

⁽¹⁶²⁾ Si v. il progetto di rinnovamento del carcere di Santé Cette, la cui attività è oggetto di esternalizzazione attraverso il sistema del partenariato.

⁽¹⁶³⁾ Ai privati sono di solito affidate le attività di manutenzione, ristorazione, gestione delle celle, lavanderia, trasporto detenuti, formazione professionale, ecc.

⁽¹⁶⁴⁾ La gestione privata riguarda anche una serie di attività volte al migliora-

tando l'affidamento al privato di un complesso di attività, evita allo Stato la necessità di concludere migliaia di microappalti. In questo modo, tale sistema persegue più efficientemente l'interesse generale⁽¹⁶⁵⁾. Infine, le funzioni di direzione e sorveglianza possono essere esternalizzate alle condizioni previste da un apposito atto pubblico e affidate a soggetti scelti sulla base del capitolato d'appalto convenuto con l'affidatario principale.

I privati affidatari sono, generalmente, grandi imprese. Si noti, inoltre, che con la legge del 1987, oltre all'esternalizzazione della funzione penitenziaria, si stabilisce che il lavoro carcerario non rappresenta più parte della pena, ma un diritto del detenuto. Pertanto, i detenuti possono ottenere un guadagno dalla prestazione lavorativa svolta in carcere⁽¹⁶⁶⁾. Questo determina la formazione di un mercato che si lega strettamente a quello delle esternalizzazioni⁽¹⁶⁷⁾. Si tratta, infatti, di una serie di imprese concessionarie, che rappresentano i maggiori datori di lavori del mondo penitenziario⁽¹⁶⁸⁾.

mento della vita carceraria: si v., ad esempio, il c.d. *prix de journée* per l'intrattenimento, o la *cantine*, che è una sorta di piccolo centro commerciale interno al carcere.

⁽¹⁶⁵⁾ Sul punto, si v. le varie questioni di costituzionalità sollevate in ragione di una presunta violazione ad opera dell'art. 3 della l. del 9 settembre 2002 di alcuni principi costituzionali, quali quello del controllo di legalità e della libertà di concorrenza. Tali questioni sono tutte rigettate dal *Conseil constitutionnel*.

⁽¹⁶⁶⁾ Attraverso tale guadagno i detenuti possono sostenere alcuni costi relativi alla loro vigenza in carcere (si pensi all'acquisto di un televisore, di un frigorifero, di riviste, ecc.). Sul punto, si v. S. VATANT, *Il lavoro nelle carceri della Francia*, in *Le Monde Diplomatique*, 16 giugno 2003.

⁽¹⁶⁷⁾ Più esattamente, si prevedono due tipi di datori di lavoro. Da un lato, la *Regie*, ente industriale degli istituti penitenziari (*SEP-RIEF, Service de l'Emploi Pénitentiaire*), struttura pubblica (economica) dello Stato, le cui attività sono principalmente rivolte alla produzione industriale di qualità. Dall'altro lato, le imprese private esterne, firmatarie di un contratto di 'concessione', sottoscritto con uno o più istituti penitenziari.

⁽¹⁶⁸⁾ Nel 2001 il quarantaquattro per cento dei lavoratori è impiegato da tali imprese, contro il trenta per cento impiegato per il servizio generale e il cinque per cento per il RIEP; il resto si divide tra la formazione professionale remunerata e il lavoro all'esterno. L'autorizzazione per lavorare è sottoposta a un 'via libera' amministrativo. Il nuovo detenuto, appena arrivato in carcere, deve presentare la propria domanda di lavoro. A seconda degli istituti carcerari, la decisione di destinare a un posto di lavoro un detenuto è presa dal direttore del carcere, o dal sorvegliante che si occupa del lavoro o, più di recente, da una commissione di verifica, che riunisce la direzione e i rappresentanti del polo medico-psicologico, socio-educativo e giudiziario. In ragione delle poche tutele riconosciute ai detenuti lavoratori, si propongono, tuttavia, una serie di modifiche a tale sistema. In particolare, si propone l'eliminazione delle attività

La linea di tendenza principale è quella dello sviluppo delle prassi di esternalizzazione in materia carceraria⁽¹⁶⁹⁾. A riguardo, uno studio dedicato proprio al *service public pénitentiaire* analizza l'evoluzione dell'amministrazione penitenziaria in rapporto al ricorso all'esternalizzazione, riscontrando importanti benefici, soprattutto in termini di quantità dei servizi (ma non dei costi)⁽¹⁷⁰⁾. Un punto di forza di tali prassi consiste nella previsione, a livello normativo, di una rigida attività di controllo sulla gestione privata della funzione penitenziaria. Come evidenziato, tale controllo spetta ad un funzionario pubblico ed è svolto secondo determinati parametri. Rispetto al sistema inglese, si può, altresì, notare che si tratta di un controllo ancora più forte. Mentre, infatti, in Gran Bretagna la direzione dell'istituto carcerario esternalizzato può essere affidata ad un privato, nel sistema francese ciò è subordinato ad un'apposita autorizzazione amministrativa. Da tali dati si può ricavare che l'esternalizzazione delle carceri francesi tende a mantenere una dose di partecipazione del settore pubblico alla gestione carceraria che bilancia il ruolo dei privati. In questo senso, tale modello è definito un modello 'misto'.

7. L'analisi dei quattro ordinamenti rivela numerose analogie; pertanto, è possibile sistemare i dati in rapporto ad alcune categorie concettuali comuni (cause, oggetto, dimensioni, limiti), in modo da ricostruire un quadro generale del fenomeno.

Le cause del ricorso a privati in ambito penitenziario sono il sovraffollamento degli istituti di pena, l'influenza dello sviluppo dell'esternalizzazione anche in altri settori pubblici, la possibilità del

private a vantaggio di impieghi a servizio dello Stato e della collettività (informatizzazione di archivi nazionali, restauro del patrimonio, produzione industriale o intellettuale che risponda a mercati pubblici); la creazione di un ente di diritto pubblico per il lavoro, in occasione della prossima scomparsa del RIEP; l'inglobamento parziale o totale del lavoro penitenziario in strutture di lavoro protetto, come le imprese di inserimento o il «Centro di Aiuto attraverso il Lavoro» (CAT). Il progetto di legge provvisorio di Mary Lise Lebranchy (Ministro della giustizia del governo di Lionel Jospin), che contiene significative innovazioni in termini di diritto del lavoro, è passato, tuttavia, nel dimenticatoio. La legge 'Perben', di orientamento e di programmazione della giustizia, invece, non tocca minimamente la questione.

⁽¹⁶⁹⁾ Si v. L. DUMOULIN-T. DELPEUCH, *La justice émerge d'une rhétorique de l'usager*, in *Quelle modernisation des services publics?*, a cura di P. Warin, Paris, 1997, 103 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Si v. E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, 1998.

conseguimento di maggiori risparmi, l'inefficacia dei programmi di depenalizzazione e decarcerizzazione. Non tutte queste cause sono comuni ai quattro ordinamenti in esame; tra queste, solo la causa della crescita della demografia penitenziaria caratterizza, infatti, tutte e quattro le esperienze ⁽¹⁷¹⁾. Si noti, tuttavia, che l'aumento della popolazione carceraria dipende, a sua volta, da ragioni differenti a seconda dell'ordinamento considerato. In generale, queste ragioni sono lo sviluppo della politica della 'tolleranza zero' e la sua importazione in vari ordinamenti ⁽¹⁷²⁾, le inefficienze del sistema giudiziario ⁽¹⁷³⁾, l'irrigidimento del sistema penale ⁽¹⁷⁴⁾, la c.d. 'dualizzazione' dell'attività penale ⁽¹⁷⁵⁾. Per quanto riguarda le ulteriori cause del ricorso a privati

⁽¹⁷¹⁾ Dalla metà degli anni Ottanta in poi la demografia penitenziaria dei quattro Paesi esaminati cresce vertiginosamente. In Italia si registra un aumento della popolazione più che proporzionale: dal 1980 al 1990 l'aumento è pari a circa quindicimila detenuti, mentre dal 1990 al 2000 supera i trenta mila. Negli Usa si rileva un tasso di crescita annua di circa l'otto per cento. In Inghilterra, nei soli anni Novanta, si raggiunge una popolazione carceraria di quasi settantamila detenuti. In Francia si supera la soglia dei novantamila detenuti a fronte di quarantottomila posti. Si rinvia, rispettivamente, ai paragrafi precedenti (3, 4, 5, 6).

⁽¹⁷²⁾ La dottrina e la relativa politica della 'tolleranza zero' ha origine negli Stati Uniti (si v. il par. 4), ma caratterizza anche gli ordinamenti inglese e francese (si v. i par. 5 e 6). A riguardo, si parla di una «mondializzazione della tolleranza zero». Persino in Italia tale «moda repressiva» avrebbe caratterizzato alcuni provvedimenti della fine degli anni Novanta, come la criminalizzazione di alcuni illeciti e l'accrescimento dei poteri di polizia. Per maggiori approfondimenti, si v. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., 22 ss.

⁽¹⁷³⁾ L'inefficienza del sistema giudiziario, in particolare la lunghezza dei processi, è la causa principale dell'aumento della popolazione carceraria in Italia (si v. Dipartimento amministrazione penitenziaria, *Popolazione detenuta e risorse dell'amministrazione penitenziaria*, cit.; si rinvia al par. 3). Naturalmente, si tratta di una causa che caratterizza la crescita del numero di detenuti anche negli altri ordinamenti considerati, sebbene, soprattutto negli ordinamenti statunitensi e inglesi, le cause principali siano riconducibili allo sviluppo di massicce politiche repressive, che non si sono, invece, affermate in Italia.

⁽¹⁷⁴⁾ L'irrigidimento del sistema penale può essere inteso sia come penalizzazione di illeciti minori, sia come aumento dei limiti edittali delle pene. La prima forma riguarda, in modo particolare, l'esperienza anglosassone, che si caratterizza, sin dagli anni Ottanta, per l'adozione di politiche di criminalizzazione di illeciti minori (si ricordi la politica del «three strikes and you're out» negli Usa). Questa tendenza si collega strettamente all'influenza della dottrina della 'tolleranza zero'. La seconda forma riguarda, invece, l'esperienza italiana, dove si adottano provvedimenti di irrigidimento del sistema penale, sebbene strettamente connessi a reati molto gravi. Su quest'ultimo punto si rinvia al par. 3.

⁽¹⁷⁵⁾ La 'dualizzazione' dell'attività penale caratterizza soprattutto l'esperienza

in ambito penitenziario, si deve rilevare che negli Stati Uniti e in Inghilterra concorre anche il significativo sviluppo delle esternalizzazioni già in altri settori pubblici ⁽¹⁷⁶⁾. Questo evidenzia la propensione generale di tali ordinamenti al ricorso a privati per la gestione di attività pubbliche, testimoniata, oltretutto, da numerosi studi, tra gli ultimi quello dell'Oecd, che collocano questi Paesi ai primi due posti nelle classifiche sul livello di sviluppo delle prassi di *outsourcing* nella sfera pubblica ⁽¹⁷⁷⁾. A questo si aggiunge, almeno per quanto riguarda l'esperienza britannica, la necessità di conseguire maggiori risparmi nel settore penitenziario, che si ritiene siano raggiungibili attraverso il ricorso a privati ⁽¹⁷⁸⁾. Diversamente, in Italia si decide, dapprima, di affrontare il problema del sovraffollamento delle carceri attraverso programmi di depenalizzazione e decarcerizzazione; solo a fronte dell'inefficacia di tali piani, sono poi previste, a livello normativo, forme di esternalizzazione nel campo dell'edilizia penitenziaria ⁽¹⁷⁹⁾.

Relativamente all'oggetto delle esternalizzazioni nel settore penitenziario, è possibile, proprio in base al tipo di attività affidata ai privati, ricostruire alcune tipologie della prassi, creando una sorta di 'modellizzazione' del fenomeno. A riguardo, si può distinguere tra esternalizzazione dell'edilizia penitenziaria, della rieducazione e assistenza sociale dei detenuti, del personale penitenziario e della relativa formazione, del lavoro carcerario, della gestione amministrativa e

francese e consiste nel ricorso a politiche repressive per uno scopo sia di ordine pubblico sia sociale (ossia fornire lavoro, quello carcerario, a chi, diversamente, rappresenterebbe solo un peso per la società). La 'dualizzazione' dell'attività penale incide, pertanto, sull'intensità delle politiche repressive, influenzando l'aumento della popolazione dei detenuti solo indirettamente. Si v. T. GODEFROY, *Mutation de l'emploi et recomposition pénale*, cit.; G. RUSCHE-O. KIRCHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit.; P. TOURNIER, *La délinquance des étrangers en France. Analyse des statistiques pénales*, cit., 158.

⁽¹⁷⁶⁾ Negli Usa, ad esempio, i settori interessati da programmi di esternalizzazione sono: veterani, tesoro, trasporti, sicurezza sociale, gestione del personale, aeronautica e spazio, fondazione scientifica nazionale, lavoro, giustizia, interni, casa e sviluppo urbano, salute, servizi generali, protezione civile, protezione ambiente, energia, istruzione, difesa, commercio, agricoltura, cooperazione estera. L'elenco dei vari settori è tratto da D. CEPRIKU, *L'esternalizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, cit., 141.

⁽¹⁷⁷⁾ Si v. OECD, *The Use of Market Mechanisms to Provide Government Services*, in *Modernising Government: The Way Forward*, cit.

⁽¹⁷⁸⁾ Si rinvia al par. 5.

⁽¹⁷⁹⁾ La legge che prevede, per la prima volta in Italia, il ricorso a privati nell'edilizia penitenziaria è la legge finanziaria per il 2001. Sul punto, si rinvia al par. 3.

direzione degli istituti di pena, dei servizi strumentali, della vigilanza ⁽¹⁸⁰⁾. La maggior parte delle attività indicate corrispondono a vere e proprie funzioni pubbliche ⁽¹⁸¹⁾. Queste diverse tipologie di esternalizzazione possono essere attuate l'una indipendentemente dall'altra: in altre parole, ci possono essere carceri che esternalizzano la gestione e l'amministrazione ma non la vigilanza; altri istituti che esternalizzano, invece, anche la vigilanza; altre carceri ancora che affidano all'esterno soltanto i servizi strumentali, ecc. Si noti, inoltre, che non tutte le tipologie di esternalizzazione trovano applicazione nei quattro ordinamenti considerati. Ad esempio, la formazione del personale carcerario e la vigilanza sono oggetto di un'effettiva esternalizzazione solo negli Stati Uniti. Per quanto concerne, invece, la direzione e gestione amministrativa degli istituti carcerari, queste attività pos-

⁽¹⁸⁰⁾ L'esternalizzazione delle opere di edilizia penitenziaria avviene, prevalentemente, attraverso gli strumenti del *project financing* e del partenariato pubblico-privato; tale forma di esternalizzazione prevede l'affidamento a privati del finanziamento, ideazione e costruzione degli istituti carcerari. La rieducazione e assistenza sociale dei detenuti è una delle attività più delicate oggetto di esternalizzazione; di regola, l'affidamento avviene nei confronti di organizzazioni di volontariato, sebbene, soprattutto nelle carceri americane, questo compito sia svolto dalla stessa impresa privata che ha in cura la gestione del carcere. Anche il personale può essere reclutato tra gli stessi operatori privati: o si tratta della forza lavoro dell'impresa a cui è affidata la gestione del carcere o l'amministrazione affida determinati incarichi, a tempo determinato, a consulenti o professionisti esterni (educatori, psicologi ecc.). La formazione del personale può essere gestita da un'impresa, predisposta all'organizzazione di appositi corsi (così come avviene negli Usa, in ambito militare, per quanto riguarda la preparazione di persone addette alle attività di interrogatorio dei prigionieri; sul punto si v. l'esempio della scuola privata di «Camp Delta»). Il lavoro dei detenuti, invece, può essere esternalizzato, nel senso di essere 'venduto' a imprese private; a riguardo, nei quattro ordinamenti esistono apposite normative che regolano il fenomeno. Quando l'oggetto dell'esternalizzazione è la gestione amministrativa e la direzione dell'istituto si parla, di regola, di 'carcere privato', così confondendo l'esternalizzazione per una vera e propria privatizzazione. L'esternalizzazione dei servizi strumentali riguarda l'acquisto all'esterno di beni e servizi per il carcere (per esempio, i servizi di mensa, lavanderia, ecc. ...). Infine, la vigilanza della struttura carceraria può essere affidata o al personale della stessa impresa a cui si esternalizza la gestione del carcere o ad apposite guardie private.

⁽¹⁸¹⁾ Relativamente alla definizione di 'funzione', la scienza giuridica evidenzia la distinzione tra 'funzione pubblica' e 'servizio pubblico', ritenendo che con il primo termine si indica un'attività autoritativa ed esclusiva della P.A.; mentre il secondo termine può essere inteso o in senso soggettivo, per indicare «quelle attività che non sono funzione (...), in quanto vengano assunte da una Pubblica Amministrazione», o in senso oggettivo, per indicare «attività che non siano funzione, che sono di interesse pubblico». Così, S. CASSESE, *Le basi di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 123.

sono essere esternalizzate nei sistemi statunitense, inglese e francese, sebbene in quest'ultimo sia necessaria una previa e apposita autorizzazione amministrativa. In Italia, esiste il caso isolato dell'istituto di Castelfranco, dove alla cooperativa religiosa è affidata parte della gestione e amministrazione dell'istituto, ma non la direzione della struttura ⁽¹⁸²⁾. Le restanti attività dell'edilizia penitenziaria, della rieducazione e assistenza sociale dei detenuti, dell'assunzione di personale penitenziario, del lavoro carcerario, dei servizi strumentali, possono essere esternalizzate in tutti e quattro i sistemi.

Per quanto riguarda le dimensioni delle «esternalizzazioni penitenziarie», si possono prendere in considerazione sia i settori nei quali si registra la quantità maggiore di processi di esternalizzazione, sia i tipi di soggetti privati coinvolti da tale prassi. Relativamente al primo aspetto, i settori nei quali si registra il maggior numero di esternalizzazioni sono l'edilizia penitenziaria, l'assistenza sociale dei detenuti, il lavoro carcerario, i servizi strumentali. In tutti e quattro gli ordinamenti esaminati queste attività sono spesso affidate a privati. Si tratta, inoltre, delle forme di esternalizzazione per le quali sono previste norme *ad hoc* ⁽¹⁸³⁾. Negli Stati Uniti esistono esempi di carceri, nelle quali tutte le attività penitenziarie, ad esclusione della regolazione e del controllo, sono esternalizzate ⁽¹⁸⁴⁾; in queste ipotesi, l'«esternalizzazione penitenziaria» raggiunge il suo massimo grado di estensione. Con riferimento al secondo aspetto, l'affidamento di attività peniten-

⁽¹⁸²⁾ Su questi ultimi aspetti si rinvia ai precedenti paragrafi.

⁽¹⁸³⁾ Ad esempio, in Italia, relativamente all'edilizia penitenziaria bisogna considerare la legge finanziaria per il 2001; per la rieducazione e assistenza sociale dei detenuti, l'art. 80 della legge sull'ordinamento penitenziario; per il lavoro carcerario, si rinvia alle norme indicate nella nt. 79; per i servizi strumentali si applicano le norme generali contenute nelle leggi finanziarie in materia di acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. Negli ordinamenti inglese e francese esistono normative generali che riguardano il ricorso a privati nel settore penitenziario (si v. il *Criminal Justice Act* e la legge francese del 2002). Negli Usa la disciplina delle 'carceri private' è prevista negli *statutes* o *penal codes* dei singoli Stati; interessante è l'elenco riportato nel sito *web* dell'«American Federation of State, County and Municipal Employees», dove si indica per ogni Stato se l'esternalizzazione delle carceri è ammessa oppure no (complessivamente, tale prassi risulta ammessa in tutti gli Stati, sebbene in alcuni non vi sia un espresso riferimento; l'unica eccezione alla tendenza generale è lo Stato di New York, dove l'esternalizzazione delle carceri è espressamente non autorizzata).

⁽¹⁸⁴⁾ La prima 'prigione privata' è stata 'San Quentin prison' in California. Per un elenco delle 'carceri private' gestite dalla *Corrections Corporation of America* (CCA) si consulti il sito *web* <http://www.correctionscorp.com/facilities/>. Si tratta di sessantacinque strutture con circa settantaduemila detenuti complessivamente.

ziarie può avvenire nei confronti di grandi società e gruppi industriali sia nazionali sia sovranazionali, imprese di piccole e medie dimensioni, organizzazioni di volontariato, comunità religiose. Si tratta, quindi, di un mercato piuttosto eterogeneo. Nei Paesi anglosassoni si sono persino sviluppate vere e proprie «imprese carcerarie»; al contrario, negli altri Paesi, specialmente in Italia, i privati ai quali sono esternalizzate funzioni penitenziarie svolgono la propria attività in diversi tipi di mercato ⁽¹⁸⁵⁾.

Per quanto riguarda, infine, i limiti delle esternalizzazioni nel settore penitenziario, esistono diversi parametri da prendere in considerazione. Ci sono, infatti, limiti normativi, giurisprudenziali, economico-finanziari, ideologici. I limiti normativi, a loro volta, si possono distinguere in 'generali' e 'specifici': i primi consistono nelle norme che riguardano la materia delle esternalizzazioni in generale; i secondi corrispondono, invece, alle norme concernenti il ricorso a privati nel settore penitenziario ⁽¹⁸⁶⁾. Negli Stati Uniti, in Inghilterra e in Francia vi sono norme generali sulle esternalizzazioni: si tratta, rispettivamente, della Circolare A-76, del *Deregulation and Contracting Out Act* (1994), dell'*Ordonnance* n. 2004-559. Questi atti individuano le attività esternalizzabili, ponendo alcuni confini ⁽¹⁸⁷⁾. Diversamente, in Italia

⁽¹⁸⁵⁾ Tra le grandi imprese 'carcerarie' si ricorda la *Correctional Corporation of America*. In Italia, l'esternalizzazione di attività penitenziarie ad imprese riguarda soltanto i servizi strumentali; si tratta, di regola, di consorzi che erogano i propri servizi anche ad altre strutture pubbliche diverse dalle carceri. Per tutti gli altri casi di esternalizzazione di attività penitenziarie nell'ordinamento italiano, l'affidamento è rivolto solo a soggetti del settore sociale. Sul punto, si rinvia al par. 3.

⁽¹⁸⁶⁾ Il contenuto dei limiti è già stato esaminato nei precedenti paragrafi, ai quali si rinvia.

⁽¹⁸⁷⁾ Per quanto riguarda il sistema statunitense, la Circolare A-76 distingue le attività «a rilevanza imprenditoriale» (esternalizzabili) da funzioni «intrinsecamente pubbliche», alle quali la normativa non si applica; si esclude l'esternalizzazione di «attività che richiedano l'esercizio della discrezionalità nell'applicazione dell'autorità pubblica o nei giudizi di valore nelle decisioni della pubblica amministrazione», sicché l'amministrazione federale non può affidare all'esterno il settore della giustizia penale, quello delle forze armate e i poteri della polizia. Per l'ordinamento inglese, la § 71 del *Deregulation and Contracting Out Act* esclude dall'applicazione della legge stessa le funzioni in relazione alle quali: «(a) its exercise would constitute the exercise of jurisdiction of any court or of any tribunal which exercises the judicial power of the State; or (b) its exercise, or a failure to exercise it, would necessarily interfere with or otherwise affect the liberty of any individual; or (c) it is a power or right of entry, search or seizure into or of any property; or (d) it is a power or duty to make subordinate legislation». Infine, nell'ordinamento francese la disciplina sul partenariato

non esiste una normativa generale di riferimento; pertanto, i limiti alle esternalizzazioni sono tratti dalle norme delle varie leggi finanziarie e dalle interpretazioni giurisprudenziali ⁽¹⁸⁸⁾. Sempre negli Stati Uniti, Inghilterra e Francia esistono norme specifiche sul settore penitenziario, che prevedono e regolano espressamente il ricorso a privati (si v., rispettivamente, i *penal/criminal statutes* o *codes* dei singoli Stati americani o i *Prison Acts* a livello federale, il *Criminal Justice Act*, la *loi* del 9 settembre 2002 di orientamento e programmazione della giustizia). In Italia, al contrario, la legge sull'ordinamento penitenziario non contiene norme che fanno riferimento all'affidamento esterno di attività carcerarie. Questa mancanza di chiari limiti sia 'generali' sia 'specifici' si traduce in una forte restrizione del ricorso alle esternalizzazioni in tale settore, soprattutto per quanto riguarda l'affidamento della direzione e gestione amministrativa degli istituti carcerari, espressamente previsto, invece, negli altri ordinamenti ⁽¹⁸⁹⁾. A livello giurisprudenziale, sono soprattutto i giudici italiani e francesi ad aver individuato una serie di limiti alle esternalizzazioni: in modo particolare, rilevano le decisioni della Corte dei conti italiana ⁽¹⁹⁰⁾ e del *Conseil constitutionnel* francese ⁽¹⁹¹⁾. Dal punto di vista economico-finanziario, i vincoli al ricorso all'esternalizzazione riguardano la copertura finanziaria e derivano dalle previsioni delle leggi di bilancio.

del 2004 riguarda tutti i settori dell'amministrazione e prevede che: la decisione di assegnare il contratto deve essere motivata dall'amministrazione; il contenuto del contratto deve riguardare più servizi; il pagamento va erogato in rate annuali e può includere premi; la procedura di assegnazione deve essere, di regola, quella del dialogo competitivo. Inoltre, tale disciplina s'ispira ai principi di certezza, chiarezza e controllo.

⁽¹⁸⁸⁾ Si rinvia al par. 3.

⁽¹⁸⁹⁾ Le forme di esternalizzazione espressamente previste dalle norme italiane sono, come già evidenziato, quelle relative alla rieducazione dei detenuti, al personale, al lavoro carcerario, all'edilizia penitenziaria e ai servizi strumentali. Si rinvia alla nt. 183.

⁽¹⁹⁰⁾ Si v. le delibere n. 26/2003 e n. 6/2005. Sul punto, si rinvia al par. 3.

⁽¹⁹¹⁾ Sentenza del 26 giugno 2003, n. 2003-473. Tale decisione riguarda la materia dei *contrats de partenariat* e sottolinea la rilevanza della previsione di particolari misure per garantire l'eguaglianza davanti al *commande publique*, con riguardo specialmente alle piccole e medie imprese, nonché la limitazione dell'utilizzo della figura stessa ai casi di peculiare complessità delle caratteristiche tecnico-funzionali, economico-finanziarie e giuridico-amministrative dell'intervento progettato, o di particolare urgenza di questo. Riguardo ai limiti di natura nozionistica, la stessa sentenza, escludendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge di semplificazione del 2003, afferma che tale norma «ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté».

Per quanto concerne, infine, i 'limiti ideologici', questi caratterizzano principalmente l'ordinamento dei due Paesi dell'Europa continentale. Sia in Italia sia in Francia esiste, infatti, da tempo un lungo dibattito scientifico sull'affidamento a privati di potestà amministrative, che manifesta una serie di preoccupazioni circa le conseguenze di una tale prassi sull'estensione della sfera pubblica e sull'esercizio della sovranità interna statale ⁽¹⁹²⁾.

8. Il tema dell'affidamento a privati di attività penitenziarie pone rilevanti questioni di natura sia economico-gestionale sia giuridica. Il primo ordine di questioni attiene ai problemi del controllo e del «rapporto qualità/prezzo»; le maggiori problematiche giuridiche riguardano, invece, la tutela dei diritti dei detenuti e l'affidamento a privati di funzioni strettamente connesse alla sovranità statale.

Il problema del controllo interessa prevalentemente i sistemi italiano e statunitense. In questi ordinamenti, infatti, si segnalano alcune lacune normative, a differenza dei sistemi inglese e francese che prevedono apposite misure. Ad esempio, il *Criminal Justice Act* del 1991 richiede l'esistenza di un controllore statale, che esercita sia poteri sanzionatori sia funzioni di vigilanza e detiene la responsabilità dell'irrogazione di pene ai prigionieri ⁽¹⁹³⁾. In Francia esistono misure simili, basate su una ragionata spartizione tra pubblico e privato delle attività penitenziarie ⁽¹⁹⁴⁾. In Italia e negli Stati Uniti, invece, le leggi non prevedono specifici mezzi di controllo. Tuttavia, nel caso italiano, si ritiene che una tale lacuna non presenti particolari profili di problematicità, non essendoci ipotesi di esternalizzazione della gestione delle

⁽¹⁹²⁾ In Italia tale dibattito prende le mosse dalle opere di Guido Zanobini fino ad arrivare ai più recenti studi di Sabino Cassese (*La crisi dello Stato*, cit.), Marco Mazzamuto (*La riduzione della sfera pubblica*, cit.), Andrea Maltoni (*Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit.). In Francia la scienza giuridica distingue tra *activités non déléguables* e le *activités externalisables*; sul punto, si v. L. BABIN-P. LIGNIERES, *L'externalisation: au coeur des préoccupations de l'Etat*, cit., 37 ss.; P. LIGNIERES, *Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir*, cit.; P. COSSALTER, *Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens, Discussion Paper* per il seminario «Droit Administratif Comperé, Européen et Global», Parigi, 14 marzo 2007; C. MARMUSE, *Les enjeux de l'externalisation*, in *Les enjeux de l'externalisation*, P.A., n. 147, 9 dicembre 1998, 3 ss.; A. PETROVIC e a., *Externalisation: une mode indémodable*, in *Management & Finance*, n. 121, 2000, 17 ss.

⁽¹⁹³⁾ Si rinvia al par. 5.

⁽¹⁹⁴⁾ Si rinvia al par. 6.

carceri, ad esclusione del caso di Castelfranco, che rappresenta, però, un'eccezione alla tendenza principale. Al contrario, l'ordinamento statunitense ammette diffusamente l'esternalizzazione di funzioni fondamentali, quali la direzione e gestione del carcere, la prevenzione, l'irrogazione di pene, la rieducazione dei condannati ⁽¹⁹⁵⁾. L'affidamento a privati di compiti così rilevanti pone, pertanto, seri problemi di controllo: chi garantisce che la prevenzione non si trasformi in una rigida repressione, in ragione dell'interesse economico dei privati ad incrementare il numero dei detenuti? Chi verifica che l'irrogazione di pene non si traduca nell'applicazione di torture o misure disumane? Chi controlla che la rieducazione dei condannati si ispiri a principi e valori socialmente condivisi e tutelati dall'ordinamento ⁽¹⁹⁶⁾? Una soluzione al problema del controllo potrebbe consistere nel subordinare l'esternalizzazione al riconoscimento in capo all'amministrazione della responsabilità sull'esercizio delle funzioni da esternalizzare; questo indurrebbe il settore pubblico ad adottare adeguati strumenti di monitoraggio sia sulla qualità delle prestazioni, sia sul rispetto dei diritti dei detenuti ⁽¹⁹⁷⁾. C'è chi, invece, propone di prevedere forme di partecipazione dei cittadini al processo decisionale e gestionale dei privati, relativo all'attività carceraria. In questo modo, si renderebbe l'attività dei gestori più trasparente ⁽¹⁹⁸⁾. Un'altra soluzione, favorita dalla giurisprudenza, è quella di configurare i gestori privati dei penitenziari nei termini di *state actors*, in quanto tali tenuti a osservare le medesime regole dell'amministrazione ⁽¹⁹⁹⁾; la responsabilità è, così,

⁽¹⁹⁵⁾ Sul punto, si v. *Private Prisons in the United States*, cit.

⁽¹⁹⁶⁾ Su tali questioni, si cfr. A.C. AMAN JR., *Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 12, 2005, 511 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Si cfr. sempre *Private Prisons in the United States*, cit.

⁽¹⁹⁸⁾ Si v. A.C. AMAN JR., *Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights*, cit., 511 ss.

⁽¹⁹⁹⁾ Si v. la decisione con cui la *Supreme Court* statunitense afferma che un medico privato, che fornisce contrattualmente le proprie cure a carcerati, è, nello svolgimento del servizio, un funzionario pubblico [*West v. Atkins*, 487 U.S. 42 (1988)]. In generale, la Corte suprema stabilisce che i soggetti privati sono considerabili come attori pubblici, sottoposti a determinati obblighi nei confronti di terzi, se ricorrono tre condizioni: devono godere di sostegni pubblici; devono svolgere funzioni tradizionalmente esercitate dallo Stato; il danno cagionato deve essere caratterizzato dal ruolo dell'attività amministrativa [*Edmonson v. Leesville Concrete Company*, 500 U.S. 614 (1991)].

riconosciuta direttamente in capo ai privati ⁽²⁰⁰⁾. L'impressione principale è, comunque, che l'esternalizzazione di certe attività tende a favorire il 'rimballo' di responsabilità fra attori pubblici e privati. Inoltre, le suddette soluzioni non risolvono altre questioni, relative alla garanzia della sicurezza nei confronti della società civile. Ad esempio, è punibile il detenuto che evade da un carcere privato, se una tale condotta non è prevista dalla legge, che punisce l'evasione da prigioni sotto il controllo statale o federale, ma non da prigioni private ⁽²⁰¹⁾?

Per quanto riguarda il problema del rapporto «qualità-prezzo», emergono risultati non pienamente positivi. Relativamente ai costi, si lamenta, soprattutto nei Paesi anglosassoni, l'inesistenza di prove sul risparmio di denaro pubblico attraverso l'esternalizzazione delle carceri. Uno studio del Ministero dell'interno britannico ⁽²⁰²⁾ riporta che, in media, le prigioni gestite privatamente forniscono un risparmio del tredici per cento per quanto riguarda il rapporto costo/detenuto, ma non è rilevato alcun risparmio in relazione ai costi per «posti certificati» ⁽²⁰³⁾ e per «posti disponibili» ⁽²⁰⁴⁾. Le stesse conclusioni sono

⁽²⁰⁰⁾ A riguardo, si v. J.M. BEERMANN, *The Reach of Administrative Law in the United States*, cit., 171 ss.; D.M. WALKER, *The Future of Competitive Sourcing*, cit., 304 ss.; P. CRAIG, *Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review*, cit., 556 ss.

⁽²⁰¹⁾ Tale quesito sorge da un fatto realmente accaduto. La polizia di Huston viene informata della fuga di due uomini dall'istituto privato di pena vicino al capoluogo. Il centro è noto alle autorità per essere uno degli istituti in cui sono 'posteggiati' gli immigrati clandestini in attesa di rimpatrio. I due evasi non sono clandestini, ma due detenuti che fanno parte di un gruppo di duecentoquaranta uomini provenienti dall'Oregon, tutti accusati di violenze sessuali e di cui le autorità locali ignorano la presenza in zona. Alle proteste dell'amministrazione cittadina la portavoce della compagnia, la 'Cca', replica asserendo che la società non è tenuta legalmente a comunicare alla polizia l'arrivo di detenuti provenienti da un altro Stato e che non è loro compito cercare di catturarli. Rintracciati i detenuti, la polizia scopre di non poterli arrestare. Non è, infatti, considerato un crimine nello Stato del Texas l'evasione da un carcere privato. Alla fine, i due detenuti sono comunque arrestati, poiché durante l'evasione commettono il furto di una vettura. Alla luce di tali antefatti, il Texas ha, di recente, provveduto a modificare la propria legge.

⁽²⁰²⁾ Si v. la già citata *Review of Comparative costs and performance of privately and publicly operated prisons 1998-1999*, a cura di I. Park, Research Development and Statistic Directorate, Home Office, 23 marzo 2000.

⁽²⁰³⁾ Si tratta del numero totale di posti che la prigione è autorizzata a fornire.

⁽²⁰⁴⁾ Si fa riferimento al numero totale dei posti, esclusi quelli temporaneamente indisponibili. Nel testo si riporta, inoltre, che: «Per due delle misurazioni, costi per posti certificati e per posti disponibili, la differenza tra i costi delle prigioni private e quelle pubbliche si è ridotto in forma consistente su base annuale tra il 1994/95 ed il 1997/98.

formulate dalle autorità statunitensi: in particolare, il *General Accounting* rileva la mancanza di chiarezza circa il risparmio conseguito attraverso il ricorso a privati ⁽²⁰⁵⁾. Riguardo, invece, alla qualità delle attività, Stati Uniti e Gran Bretagna registrano risultati divergenti. Nel sistema statunitense si contesta l'inadeguato livello dei servizi e lo scarso interesse del privato gestore all'adozione di metodi efficaci ai fini della riabilitazione dei detenuti. Il basso grado di qualità della vita carceraria è, inoltre, testimoniato dall'elevato numero di suicidi registrati negli istituti di pena privati: l'Osservatorio internazionale conta che negli ultimi anni, negli Usa, c'è stato un aumento dei suicidi dei detenuti del 17,3 per cento ⁽²⁰⁶⁾. Diversamente, nel sistema inglese la qualità dei servizi risulta abbastanza elevata, anche in ragione di un controllo più severo delle autorità pubbliche sull'operato dei privati gestori. Sulla stessa linea, si pongono le esperienze francese ed italiana: soprattutto in quest'ultima, la gestione privata dell'istituto di Castelfranco si caratterizza per l'uso di metodi rieducativi nuovi ed efficaci, per la creazione di un contesto di tipo 'familiare', per la possibilità di sfruttare spazi aperti e di stare a contatto con l'ambiente.

La problematica più delicata in materia di esternalizzazioni di attività penitenziarie riguarda, certamente, la tutela dei diritti dei

Le prigioni private hanno offerto un risparmio limitato o risparmio zero sulla base di queste misurazioni nel 1997/98. Tale risultato è continuato nel 1998/99, dove le prigioni gestite privatamente hanno offerto un risparmio dell'1% sul costo per posti disponibili e risparmio zero per posti certificati. Per quanto riguarda il risparmio prendendo in conto il rapporto costo/detenuto, la differenza tra le prigioni private e quelle pubbliche si è attestata sul 13%, continuando la tendenza sostanzialmente stabile fin dal 1994/95. Senza considerare la prigione di Doncaster (che rappresenta la principale fonte di risparmio offerto dalle prigioni private), il 9% di risparmio sul rapporto costo/detenuto offerto dalle carceri private nel 1997/98 è continuato nel 1998/99. Prendendo in considerazione le misurazioni per posti certificati e posti disponibili, tuttavia, le prigioni gestite privatamente sono state 2-3% più costose che quelle pubbliche».

⁽²⁰⁵⁾ Si v. il *Prison Privatisation Report International*, n. 37, settembre-ottobre 2000.

⁽²⁰⁶⁾ A riguardo, si consultino alcuni siti web di osservatori internazionali sulle carceri: www.ub.es/ospdh, OSPDH - «Osservatori del sistema penal i els drets humans» (Osservatorio sul sistema penale e sui diritti umani dell'Università di Barcellona); www.oip.org, «Observatoire international de prison» (Organizzazione che si occupa di diritti e monitoraggio delle carceri); www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/home.html, «International Centre for Prison Studies» - ICPS (Centro Internazionale per gli studi carcerari); www.prisonobservatory.org (Osservatorio europeo sull'esecuzione penale e le condizioni di detenzione).

detenuti ⁽²⁰⁷⁾. Tale questione si pone, in particolare, nei casi nei quali l'esternalizzazione ha ad oggetto la gestione e direzione dell'istituto carcerario, nonché la rieducazione dei detenuti. Quale interesse hanno i privati gestori a garantire il rispetto dei diritti della popolazione detenuta? In realtà, nessuno. Sono molteplici, infatti, le situazioni di conflitto tra gli interessi del privato e i diritti del detenuto ⁽²⁰⁸⁾. In primo luogo, i detenuti sono considerati come veri e propri 'clienti'; pertanto, è evidente l'interesse dei gestori affinché essi rimangano il più possibile nel carcere. A questo si aggiunge che molte imprese carcerarie, soprattutto americane, sono quotate in borsa e ricavano il successo dei propri titoli azionari dal numero dei detenuti gestiti. Questi interessi stridono apertamente con la tutela dei diritti alla rieducazione, recupero e reintegrazione sociale. In secondo luogo, tra le ragioni del ricorso a privati rileva la possibilità di risparmi da parte dell'amministrazione, sebbene non sempre conseguiti. Affinché la gestione privata risulti, così, più vantaggiosa della gestione pubblica, le imprese abbattano alcuni costi, tra i quali soprattutto quelli dell'assistenza medica e dei programmi di recupero da tossico o alcol-dipendenze ⁽²⁰⁹⁾. Questo interesse viola gravemente il diritto alla salute del detenuto. In terzo luogo, anche i diritti alla cultura, istruzione, sport, rapporti con le famiglie risultano lesi. Il privato, infatti, non è interessato alla promozione di iniziative culturali, sportive, di socializzazione e raccordo con le famiglie, poiché si tratta di attività costose, la cui gestione incide negativamente sul conseguimento di profitti. Tuttavia, esiste almeno una situazione di corrispondenza tra interessi del privato e del detenuto e riguarda lo svolgimento di attività di formazione professionale. Molte imprese carcerarie americane, ad esempio, pro-

⁽²⁰⁷⁾ Sul problema della tutela dei diritti dei detenuti si v., in particolare, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit.; M. ZINGONI-FERNANDEZ-N. GIOVANNINI, *La detention en isolement dans les prisons europeennes*, cit.

⁽²⁰⁸⁾ Per un elenco dei 'diritti dei detenuti' si può considerare il comma 1 dell'art. 1 della legge regionale del Lazio 6 ottobre 2003, n. 31, dove si indicano il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla formazione professionale, il diritto alla cultura, il diritto allo sport, il diritto alla socializzazione e ai rapporti con le famiglie, il diritto ad ogni altra prestazione finalizzata al recupero, alla reintegrazione sociale e all'inserimento nel mondo del lavoro.

⁽²⁰⁹⁾ Si ricordi che nel sistema statunitense la condizione per ricorrere ai privati è che il costo totale del servizio esternalizzato sia minore del costo del servizio realizzato in economia. Inoltre, i risparmi devono essere almeno il dieci per cento dei costi del personale dedicato al servizio realizzato internamente. Dal confronto dei costi sono escluse le attività che occupano dieci o meno dipendenti a tempo pieno.

muovono programmi di formazione professionale al fine di sfruttare il lavoro carcerario, 'vendendolo' a grandi società di altri settori ⁽²¹⁰⁾. In questo senso, si determina una 'doppia' esternalizzazione: la prima è quella attuata dall'amministrazione e avente ad oggetto la gestione e direzione della struttura; la seconda è, invece, quella operata dal privato gestore e ha ad oggetto il lavoro carcerario. Anche in questa ipotesi vengono, comunque, violati i diritti del 'detenuto-lavoratore', sottoposto, in taluni casi, a condizioni di sfruttamento.

Al problema della violazione dei diritti si aggiunge anche l'assenza di garanzie specifiche. In altre parole, i detenuti possono far valere contro i privati le stesse garanzie azionabili nei confronti della pubblica amministrazione? Nel sistema inglese, ad esempio, c'è un ampio dibattito circa l'applicabilità dell'*Human Rights Act* nei casi di violazioni perpetrate da gestori privati di carceri ⁽²¹¹⁾. Questioni simili riguardano la possibilità dei detenuti di «carceri private» di ricorrere agli organismi o *Ombudsman* che tutelano i diritti dei detenuti ⁽²¹²⁾. Il problema giuridico di base riguarda, principalmente, il rapporto tra gestore privato e detenuto: in quali termini il primo è tenuto a rispondere per violazioni di diritti nei confronti del secondo? Il privato gestore è parte di un contratto stipulato con l'amministrazione committente; pertanto, qualsiasi forma di inefficienza o carenza nelle prestazioni può essere fatta valere solo dal soggetto pubblico, in qualità di controparte contrattuale. Il detenuto, quindi, non potendo agire direttamente contro il privato, potrebbe far valere la violazione dei propri diritti (all'istruzione, cultura, sport, rieducazione, ecc.) nei confronti dell'amministrazione, riconoscendo in capo a quest'ultima la responsabilità per l'operato del privato gestore. Tuttavia, alcuni negano questa possibilità, escludendo l'ammissibilità, in questi casi, di forme di responsabilità 'oggettiva' o 'per fatto altrui'. Le restanti soluzioni possono essere, dunque, o riconoscere una responsabilità diretta del privato in quanto *state actor* o ritenere le suddette forme di

⁽²¹⁰⁾ Questo sarebbe il caso della società *Microsoft* che utilizza il lavoro carcerario in alcuni settori. Sul punto, si v. G. NATALIZIA, *Stati Uniti. Il sistema penitenziario*, 6 marzo 2005, pubblicato su http://www.geopolitica.info/nord_america/penitenziari-usa.htm.

⁽²¹¹⁾ Si rinvia al par. 5.

⁽²¹²⁾ Si v., ad esempio, in Italia l'istituzione dei c.d. 'Garanti dei diritti dei detenuti'. Il primo Garante è stato istituito nel 2003 dal Comune di Roma con apposita delibera comunale («Garante dei diritti e delle opportunità delle persone private della libertà»). Sul punto, si consulti il sito web <http://www.garantedetenuti.it/>.

violazione quali lesioni di diritti fondamentali della persona. Riguardo a quest'ultima possibilità emerge, comunque, un limite, soprattutto con riferimento al diritto del detenuto alla rieducazione e reintegrazione sociale: né la Costituzione americana, né l'*Human Rights Act* inglese, né la Dichiarazione dei diritti francese⁽²¹³⁾ prevedono espressamente questo specifico diritto⁽²¹⁴⁾.

Il problema della tutela dei diritti del detenuto e l'assenza di effettive garanzie e controlli in tale campo costituiscono i rischi più evidenti dell'affidamento a privati di determinate funzioni penitenziarie. Tali rischi emergono, soprattutto, in relazione all'esternalizzazione della gestione e direzione delle carceri e della rieducazione dei detenuti. Si tratta, infatti, di funzioni pubbliche molto delicate, che interessano diritti fondamentali del cittadino e che, quindi, dovrebbero essere esercitate esclusivamente dalle pubbliche amministrazioni. In questo senso, l'esternalizzazione di tali funzioni può determinare «l'erosione di *public law values*»⁽²¹⁵⁾, quali la giusta applicazione e durata delle pene, la riabilitazione sociale dei detenuti, la qualità della vita all'interno delle carceri, l'equità delle politiche di repressione.¹¹⁴

Il settore carcerario è, dunque, più di altri un campo nel quale si pone il problema dell'individuazione di una «linea di confine» delle attività esternalizzabili. Nell'opera di John Stuart Mill⁽²¹⁶⁾, la difesa della libertà e, più in generale, le funzioni di ordine sono considerati compiti fondamentali dello Stato. Pertanto, sulla base di questo assunto, le funzioni penitenziarie dovrebbero essere sempre gestite dalle

⁽²¹³⁾ A riguardo, si prendono in considerazione sia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, sia il preambolo della Costituzione francese del 1946, sia la Costituzione vigente del 1958.

⁽²¹⁴⁾ Diversamente, la Costituzione italiana all'art. 27, comma 3, stabilisce che le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». È evidente l'influenza nel nostro ordinamento dell'opera di Cesare Beccaria, sebbene anche in Inghilterra un altro grande Autore, John Howard, abbia elaborato tesi simili a quelle del giurista italiano. Si noti, comunque, che in Europa la maggioranza delle costituzioni nazionali non prevede la finalità rieducativa della pena. Anche la stessa formulazione del comma 3 dell'art. 27 della Costituzione italiana è stata ostacolata dai giuristi penalisti partecipanti all'assemblea costituente. Sul punto, si v., in particolare, M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 69; AA.VV., *Problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Padova, 1963.

⁽²¹⁵⁾ COSÌ, L.A. DICKINSON, *Public Law Values in a Privatized World*, in *Yale J. Int. Law*, vol. 31, 2006, 387 ss.

⁽²¹⁶⁾ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it., Catanzaro, 2004 (risalente al 1859).

pubbliche amministrazioni.*Tuttavia, i recenti processi di esternalizzazione nel settore penitenziario mettono in discussione tale impostazione. Tali processi determinano una «riduzione della sfera pubblica»⁽²¹⁷⁾ a favore dell'azione dei privati. Preso atto dello sviluppo di questo fenomeno, diviene, quindi, fondamentale comprendere se ci sono criteri che regolano l'affidamento a privati di funzioni pubbliche⁽²¹⁸⁾. Nei sistemi anglosassoni è direttamente il legislatore a indicare le attività esternalizzabili. Diversamente, in Italia, e in parte anche in Francia, la classica distinzione tra attività finali e attività strumentali funge da parametro in molti casi. Questo, comunque, non nega che in tali ordinamenti ci sia un certo 'slittamento' della linea di confine, soprattutto nel caso francese. Nel sistema italiano, è diffusa l'opinione per cui le carceri devono rimanere un'istituzione solamente pubblica, come, del resto, è pubblica la funzione penale nella fase penitenziaria. Pertanto, il ricorso a privati o deve essere limitato all'esercizio di sole attività strumentali o deve rappresentare un'eccezione, come nel caso dell'istituto di Castelfranco. Anche alcuni organismi globali segnalano i pericoli derivanti dall'esternalizzazione di funzioni sovrane. Si noti che nel 1988 le Nazioni Unite evidenziano i rischi della prassi americana, cercando di frenare le tendenze all'esternalizzazione nel settore penitenziario. A riguardo, rileva il Rapporto della «Sotto-commissione per la lotta contro la discriminazione e per la protezione delle minoranze», che elenca una serie di argomenti contrari alla devoluzione dei poteri pubblici in campo di esecuzione della pena. In particolare, il Rapporto sottolinea che solo allo Stato spettano i poteri e le funzioni disciplinari (compreso l'uso della forza), ma anche la responsabilità per la protezione dei diritti umani. Una gestione privata, diversamente, potrebbe mettere in discussione l'osservanza di garanzie fondamentali e opporre il segreto commerciale a eventuali richieste di chiarimenti esterni, riducendo così la trasparenza⁽²¹⁹⁾.

I rischi connessi alle esternalizzazioni in materia carceraria non escludono in assoluto che l'affidamento a privati di attività penitenziarie possa funzionare efficacemente. In primo luogo, è necessario sele-

⁽²¹⁷⁾ Si v. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit.

⁽²¹⁸⁾ Si noti che già alla fine del Settecento Wilhelm Von Humboldt si interrogava sui limiti dell'attività pubblica rispetto all'attività privata. G. HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, ed.it., a cura di G. Perticone, Milano, 1965, (pubblicato per la prima volta nel 1791).

⁽²¹⁹⁾ Sul punto, si consulti il sito web <http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/antigone/rapporti/businnes.htm>.

zionare attentamente le attività da esternalizzare. A parere di chi scrive, il ricorso a imprese private non dovrebbe mai riguardare alcune attività, quali la rieducazione dei detenuti e la direzione degli istituti di pena. Rispetto alla prima funzione, la logica del profitto delle imprese crea un pericoloso «conflitto di interessi», che non emerge, invece, quando l'affidamento di questa attività è effettuato nei confronti di organizzazioni di volontariato o religiose, prive di scopo di lucro, che offrono un rilevante supporto soprattutto nel campo dell'assistenza sociale, come nel caso italiano ⁽²²⁰⁾. Riguardo, invece, alla direzione degli istituti di pena, è preferibile che sia sempre un dipendente pubblico a svolgere questa funzione, in modo da garantire un controllo interno sull'operato dei gestori privati. L'ordinamento inglese, nei casi di esternalizzazione della direzione e gestione dell'istituto di pena, risolve tale problema, affiancando al *manager* privato un *controller* statale; tuttavia, questo sistema, che da una parte presenta il vantaggio di avvalersi delle capacità professionali del *manager* privato, non è economicamente vantaggioso, perché al costo dell'esternalizzazione, somma il costo dell'assunzione di un apposito controllore pubblico. Nel caso, invece, dell'esternalizzazione del lavoro carcerario, è necessaria la previsione di limiti rigidi, soprattutto nell'ipotesi in cui l'esternalizzazione è operata dal privato gestore. I quattro ordinamenti esaminati prevedono tutti, a livello normativo, la possibilità per l'amministrazione penitenziaria di stipulare convenzioni con privati, aventi ad oggetto il lavoro carcerario, riconoscendo, oltretutto, sgravi fiscali per le imprese che utilizzano il lavoro dei detenuti. Tuttavia, le leggi non prevedono che tali convenzioni possano essere stipulate dai gestori privati, ai quali è stata esternalizzata l'amministrazione del carcere. Pertanto, è evidente il rischio della inapplicabilità delle garanzie previste dalle leggi, a favore dei detenuti-lavoratori, nei casi di esternalizzazione del lavoro carcerario nell'ambito di convenzioni stipulate tra soli privati ⁽²²¹⁾. Rilevanti vantaggi possono, invece, ricavarsi dall'esternalizzazione di servizi strumentali (mense, lavanderie, ecc.), in ragione del *know how* più sofisticato dei privati in quei campi;

⁽²²⁰⁾ Si rinvia al par. 3.

⁽²²¹⁾ Si pensi al caso americano, dove si rileva lo sviluppo di un *business* della forza lavoro carceraria, potenzialmente lesivo dei diritti dei detenuti-lavoratori. Si v. B. WESTWERN-K. BECKETT, *How Unregulated is the US Labour Market? The Penal System as a Labour Market Institution*, cit., 1135 ss.

inoltre, l'esercizio di queste attività non incide, tendenzialmente, sui diritti fondamentali dei detenuti.

In secondo luogo, l'esternalizzazione delle attività penitenziarie deve avvenire solo a condizione che siano previste determinate misure: un'univoca e capillare capacità di controllo gestionale (e non solamente tecnico-contabile) da parte dell'istituzione pubblica committente; un certo grado di autonomia 'manageriale' per i responsabili pubblici delle singole strutture (nell'ordinamento italiano si tratta dei direttori di carcere, dirigenti o funzionari direttivi); una quantità adeguata di risorse economiche; la previsione di garanzie specifiche in capo ai detenuti rispetto alle attività dei privati.