

PRESENTAZIONE

Dopo un'attesa durata oltre quarant'anni finalmente ha visto la luce il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 che introduce la disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni.

La riforma è intervenuta a conclusione di un lungo e proficuo dibattito iniziato con gli Stati generali dell'esecuzione penale, un importante momento di confronto tra studiosi e operatori del settore che doveva preparare il terreno per una revisione organica dell'ordinamento penitenziario nella prospettiva di una effettiva attuazione del finalismo rieducativo della pena (art. 27 comma 3 Cost.).

Il percorso di approfondimento è culminato nella nomina della Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario presieduta da Glauco Giostra (d.m. 19 luglio 2017), al cui interno ha svolto i suoi lavori pure la Commissione incaricata, da un lato, di elaborare la legge penitenziaria minorile; dall'altro, di prospettare le coordinate normative per modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo. Duole constatare che gli approdi di questo fecondo confronto – a cui le curatrici del volume hanno avuto il privilegio di prendere parte – non abbiano trovato l'auspicato riconoscimento nel d.lgs. n. 121 del 2018.

In parziale attuazione degli otto criteri di delega contenuti nell'art. 1 comma 85, lett. *p* della legge 23 giugno 2017, n. 103, il testo normativo varato “adeguata” le norme dell'ordinamento penitenziario per adulti ai bisogni e alle istanze educative di soggetti non ancora pienamente formati dal punto di vista psico-fisico e portatori del diritto ad una regolare crescita psico-sociale. Una scelta, quella dell'adeguamento, che incide negativamente sui connotati di autonomia e specialità dell'intero impianto, rendendolo non sufficientemente differenziato da quello previsto per gli adulti: sulla base del principio di sussidiarietà, che compendia quello di specialità nell'art. 1 d.lgs. n. 121 del 2018, si attinge troppo dalla legge 27 luglio 1975, n. 354 e i soli ventisei articoli che compongono la nuova normativa penitenziaria minorile ne sono la lampante dimostrazione.

Sono così caduti nel vuoto i tanti moniti della Corte costituzionale

che, dalla riforma penitenziaria del 1975 ad oggi, ha svolto un sapiente lavoro di differenziazione dei due modelli esecutivi, sul rilievo che risulterebbe impossibile affidare in via preferenziale alla detenzione gli scopi di recupero del condannato minorenni, poiché il carcere ha una modestissima attitudine pedagogica. L'esecuzione della pena per i minorenni, secondo il Giudice delle leggi, deve modularsi seguendo schemi improntati alla massima individualizzazione e flessibilità del trattamento, per meglio assolvere la sua preminente funzione educativa e per conformarsi alle esigenze di una personalità in divenire, come del resto sollecitato nelle tante Carte internazionali (pure sottoscritte dall'Italia), che orientano gli Stati verso una giustizia penale "a misura di minorenni".

Il d.lgs. n. 121 del 2018 è strutturato in quattro capi, il primo contenente le disposizioni generali dell'esecuzione penitenziaria nei confronti dei minorenni (un unico articolo), il secondo riservato all'esecuzione esterna e alle misure penali di comunità (artt. 2-8), il terzo riguardante la disciplina dell'esecuzione (artt. 9-13), il quarto dedicato all'intervento educativo e all'organizzazione degli istituti per minorenni (artt. 14-24), con due norme di chiusura destinate agli impegni finanziari per l'attuazione della riforma.

Senza dubbio il provvedimento va salutato con favore, poiché colma una grave lacuna, ma non è che il punto di partenza per la creazione di una disciplina organica dell'esecuzione penitenziaria minorile. Quest'opera ne vuole fornire una interpretazione sistematica, mostrando allo studioso e all'operatore chiavi di lettura che ne consentano un'applicazione effettivamente differenziata dagli adulti e rispondente ai bisogni di un soggetto in età evolutiva. Nella struttura, essa ricalca l'assetto prescelto dal legislatore: i contributi che compongono la prima parte prospettano, insieme all'introduzione, le linee di fondo di una disciplina che vorrebbe declinarsi, secondo le indicazioni delle norme sovranazionali, *in the best interest of the child*, ponendo l'accento sul principio di specialità, sulle fonti dell'esecuzione minorile e sugli obiettivi da perseguire.

Nella seconda parte ci si sofferma su uno degli aspetti di maggior pregio dell'intero decreto, vale a dire la predilezione legislativa per "modelli aperti" di esecuzione della pena, arrivando a rinominare come «misure penali di comunità» le misure alternative alla detenzione, ridefinendole pure nei contenuti e, solo in minima parte, nei presupposti applicativi. Anche nelle finalità l'esecuzione penale minorile si rivela "innovativa" (quantomeno sulla carta), dando spazio a percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato, al fianco degli obiettivi di responsabilizzazione, educazione e di pieno sviluppo psico-fisico del condannato minorenni.

La terza parte raccoglie i contributi sull'esecuzione penale *intra moenia*, con un ruolo centrale assegnato alla predisposizione, per ogni condannato, di un progetto di intervento educativo che, con il consenso del minorenni, deve guidare gli operatori penitenziari nelle attività trattamentali a lui dedicate, nell'ottica della massima individualizzazione e flessibilità dell'intervento. Speciale attenzione viene poi destinata alla cura dei rapporti familiari ed affettivi del minorenni, con l'introduzione dell'istituto delle visite prolungate.

L'ultima parte del volume contiene testi normativi e materiali di consultazione ritenuti utili per la migliore comprensione dei diversi contributi; oltre al d.lgs. n. 121 del 2018 e relativa relazione illustrativa, vengono proposti i risultati del lavoro della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una bozza di decreto legislativo, tanto in tema di ordinamento penitenziario minorile che di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo. Si tratta di testi preziosi che, pur perfettibili in diverse loro parti, possono fungere da spunto di riflessione per futuri interventi legislativi (le parti della legge n. 103 del 2017 dedicate alla *restorative justice* non sono state attuate) o per migliorare, anche nella veste formale, la disciplina esecutiva minorile già in essere.

Macerata-Urbino, 15 ottobre 2019

LE CURATRICI

Un particolare ringraziamento ai dottori Lorenzo Bernardini, Nicola Pascucci e Andrea Zampini che con competenza e passione hanno contribuito alla revisione editoriale del presente volume.

INTRODUZIONE

CONQUISTE, RIMPIANTI, INCERTEZZE: UNA LETTURA DIACRONICA DELLA RIFORMA PENITENZIARIA MINORILE

di Franco Della Casa

SOMMARIO: 1. La pluridecennale assenza di una regolamentazione *ad hoc* dell'esecuzione penitenziaria minorile. – 2. Una retrospettiva sulla vita longeva di una disposizione transitoria (art. 79 comma 1 ord. penit.). – 3. Le tappe di avvicinamento al testo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. – 4. Dalle direttive della legge delega al promettente “articolato Cascini” e ai successivi arretramenti. – 5. La perfettibilità dell'odierna regolamentazione rapportata al clima del dopo-riforma: l'inizio di una nuova fase di attesa.

1. La pluridecennale assenza di una regolamentazione ad hoc dell'esecuzione penitenziaria minorile.

Dopo decenni di attesa un ricorrente miraggio è definitivamente scomparso dall'orizzonte visivo grazie al varo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, con il quale si è attuata un'organica riforma dell'esecuzione penitenziaria minorile.

Si tratta di un evento che può essere definito senz'altro un punto di svolta, e che, se contestualizzato, acquista, a prescindere dai suoi contenuti, un'importanza ancora maggiore. Se si guarda al passato, sono facilmente individuabili due parentesi storiche, accomunate, pur nella profonda diversità dei rispettivi scenari, dalla scarsa rilevanza attribuita alla materia dell'esecuzione penitenziaria minorile: la prima di esse è quella che va dal regolamento carcerario del 1891 fino alla legge del 1975; la seconda, più recente, quella che abbraccia lo spazio temporale intercorrente tra la riforma degli anni settanta e l'odierno punto di arrivo. Per

quanto concerne i due regolamenti post-unitari – il primo del 1891 (guardasigilli: Zanardelli), l'altro del 1931 (guardasigilli: Rocco) – è immediata la constatazione che, indipendentemente dal tipo di fonte prescelta, la materia minorile, incapsulata nella normativa dedicata agli adulti, era concentrata in pochi e poco significativi articoli, che rendevano indispensabile un ampio ricorso integrativo alla contestuale regolamentazione di carattere generale.

Grazie alla “grande riforma” penitenziaria dell'epoca repubblicana, coincisa con il doveroso ricorso alla fonte legislativa e determinata dall'intento di conformare l'esecuzione della pena detentiva al principio del finalismo rieducativo (art. 27 comma 3 Cost.), si è verificato dal punto di vista sostanziale un forte salto di qualità. Ciò non ostante, un dato ha finito per accomunare la nuova legge ai testi del passato, vale a dire la scelta – probabilmente dettata dalla consapevolezza dei rischi insiti in un prolungamento del tormentato percorso parlamentare – di non predisporre una regolamentazione *ad hoc* per i minori, ma di estendere loro quella prevista per gli adulti. Si è pervenuti a questo risultato con l'inserimento tra le disposizioni finali e transitorie dell'art. 79 comma 1 ord. penit., il quale ha stabilito che, «fino a quando non [si fosse] provveduto con apposita legge», l'esecuzione della pena detentiva sarebbe stata disciplinata da un unico apparato normativo applicabile tanto agli adulti quanto ai minori. L'equiparazione delle due categorie è da considerare un'evidente e illogica forzatura, ancor meno comprensibile alla luce dei progressi in quegli stessi anni degli studi psico-criminologici, e fortemente penalizzante per il soggetto più debole di un simile azzardato livellamento. Sono state infatti completamente ignorate, da un lato, la ridotta – almeno di regola – caratura criminale del minore e, di riflesso, l'opportunità di intervenire efficacemente per incidere sull'attenuata probabilità di recidiva, dall'altro, la maggiore fragilità psichica ed emotiva di un individuo con uno sviluppo ancora incompiuto, la più acuta sofferenza provocatagli dallo stato detentivo, la vulnerabilità della sua autostima, la peculiarità e l'intensità dei suoi bisogni.

L'errore del legislatore penitenziario è diventato ancor più intollerabile dopo che nel 1988 si è riformato il codice di procedura penale per gli imputati adulti, e in contemporanea (ma separatamente) è stato varato un processo penale per coloro che fossero accusati di avere commesso il reato prima di avere compiuto diciotto anni. Se, come evidenziato da tutti i commentatori, era stato più che opportuno forgiare un rito in cui i minori conservassero la loro soggettività e quindi non subissero il

disorientamento determinato da meccanismi processuali astraenti dal loro *status*, lo stesso ragionamento, pur tenendo conto della diversità dei contesti, non poteva non valere con riferimento all'esecuzione penitenziaria minorile.

Né, per ridimensionare se non marginalmente la gravità della lacuna, si prestano ad essere invocati fattori ai quali può essere riservata tutt'al più la qualifica di "attenuanti generiche": vale a dire la presenza di strutture detentive dedicate – gli istituti penitenziari minorili (I.P.M.) – nonché l'emanazione, da parte dell'allora Dipartimento di giustizia minorile, di circolari che dettavano, in chiave di supplenza, istruzioni dirette a disciplinare le quotidiane cadenze della vita detentiva (v., in particolare, circ. 17 febbraio 2006, n. 5391). Ancor più irrilevante – anche se si tratta di un elemento che sul piano pratico ha verosimilmente favorito la situazione di stasi – deve essere considerato il basso livello della popolazione ristretta negli I.P.M. Popolazione che, dal punto di vista numerico, non si differenziava, se non di poco, da quella dei nostri giorni, ed era già allora caratterizzata da una netta prevalenza degli imputati rispetto ai condannati.

2. *Una retrospettiva sulla vita longeva di una disposizione transitoria (art. 79 comma 1 ord. penit.).*

Per quanto concerne il quarantennio successivo alla riforma del 1975 è dunque senz'altro lecito parlare di immobilismo del legislatore che non si è minimamente attivato per la soluzione del problema, a dispetto dei numerosi disegni di legge presentati in Parlamento con l'obiettivo di porre rimedio a quella sorta di *damnatio memoriae* di cui erano vittima i minori ristretti negli I.P.M.

Se si volge lo sguardo alla giurisprudenza, il discorso deve essere invece diverso. Ci si riferisce non tanto alle pronunce di una parte dei giudici minorili, i cui tentativi di proporre un'interpretazione adeguatrice della normativa penitenziaria in tema di misure alternative sono stati bloccati sul nascere dalla Corte di cassazione, quanto alla giurisprudenza del Giudice costituzionale. Da una sua importante decisione relativa all'assenza di una legge *ad hoc* per i minori – la sentenza-monito 25 marzo 1992, n. 125 – emergono calzanti considerazioni che, in forma più o meno esplicita, caratterizzeranno la successiva giurisprudenza in materia. Difficil-

mente contestabile risulta la premessa da cui si sviluppa il ragionamento della Corte costituzionale, vale a dire l'affermazione che, contrariamente alla scelta di cui è espressione l'art. 79 comma 1 ord. penit., l'esecuzione penitenziaria minorile deve essere legislativamente differenziata rispetto al modello adottato per gli adulti. Infatti – a parere della Corte – nei confronti dei primi, la marcata accentuazione della funzione rieducativa della pena e del criterio di individualizzazione del trattamento discende da una considerazione unitaria dei principi posti negli artt. 3, 27 commi 3, 30 e 31 Cost., e deve ritenersi imposta anche dalle Convenzioni internazionali.

Questa pronuncia è stata altresì il vettore di un'esplicita sollecitazione a porre rimedio all'assenza di una legge penitenziaria minorile, investendo così il legislatore di un compito la cui programmazione però non è mai figurata nella parte superiore dell'agenda parlamentare. Con la conseguenza che la Corte, preso atto della situazione di stallo, ha adottato un criterio selettivo, intervenendo su singole disposizioni dell'ordinamento penitenziario: per lo più su quelle che, già criticabili in assoluto per gli automatismi da esse previsti, se applicate ai minori degradano irrimediabilmente, ponendosi in evidente linea di collisione con il dettato costituzionale.

L'incomprensibile ritardo del legislatore nell'attivarsi per la nascita dell'ordinamento penitenziario minorile ha rappresentato una nota dolente non solo dal punto di vista dell'ortodossia costituzionale, ma anche da quello del mancato adeguamento alle indicazioni desumibili dalle numerose Carte internazionali, convergenti, sia pure con diverse accentuazioni, nel sottolineare la particolare fragilità del minore privato della libertà personale. Di qui il più o meno esplicito invito, contenuto in talune di esse, a sottoporlo ad un'esecuzione della pena basata su *standard* diversificati rispetto a quelli vevoli per la detenzione degli adulti.

La tappa successiva di questo itinerario di basso profilo non può fare a meno di sorprendere. Rimasto inerte anche di fronte alle *recommendations* provenienti da organismi internazionali, il legislatore italiano ha finito per contraddire sé stesso. Infatti, nel licenziare la legge 22 aprile 2005, n. 69, con cui è stata data attuazione alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI), ha stabilito – anche se tale clausola non figura nel testo della decisione quadro – che la Corte d'appello deve negare l'esecuzione del mandato di arresto nell'ipotesi in cui l'ordinamento dello Stato di emissione non preveda differenze di tratta-

mento carcerario tra il minore degli anni diciotto e il soggetto maggiorenne (art. 18 lett. *i* legge n. 69 del 2005). Si è venuta così a determinare una situazione paradossale: si è imposto ai nostri giudici di rifiutare la collaborazione qualora allo Stato di emissione fosse addebitata un'inaidempienza identica a quella che, ormai da parecchi decenni, caratterizzava l'ordinamento italiano.

3. *Le tappe di avvicinamento al testo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121.*

Quale che sia la sua validità in assoluto, il brocardo *natura non facit saltus, ita nec lex* è stato smentito dai più recenti sviluppi della questione penitenziaria minorile, culminati nell'approvazione del d.lgs. n. 121 del 2018. È opportuno precisare che l'improvvisa accelerazione riformistica verificatasi nel corso della XVII legislatura non è stata settoriale, dato che in tale processo è risultata coinvolta anche l'esecuzione penale degli adulti: senonché in questo caso il *saltus* si è rivelato senz'altro meno significativo, dal momento che si è potuto disporre di un collaudato retroterra legislativo, mentre riguardo al versante dei minori si è giocoforza partiti dalle fondamenta di un testo orfano di progenitori.

Le più immediate tappe di avvicinamento alle riforme penitenziarie del 2018 vanno individuate, da un lato, nell'insediamento nella primavera del 2015 su iniziativa del Guardasigilli Orlando, di una Commissione di studio (gli "Stati generali dell'esecuzione penale"), i cui componenti, provenienti da diverse categorie professionali, si sono suddivisi in diciotto sottocommissioni corrispondenti ad altrettante aree tematiche meritevoli di attenzione, una delle quali specificamente dedicata al settore dei minori (tavolo 5: "minorenni autori di reato"); dall'altro, nel più o meno contemporaneo deposito alla Camera dei deputati di un disegno di legge governativo contenente anche una delega all'esecutivo per la riforma dell'ordinamento penitenziario (A.C. n. 2798, depositato il 23 settembre 2015). Nel suo testo figurava una sola direttiva – volta, per l'appunto, a colmare la quarantennale assenza di una legge *ad hoc* per gli ospiti degli I.P.M. – che si esprimeva laconicamente a favore di un «adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età» (art. 26 comma 1 d.d.l. cit.).

Nel periodo immediatamente successivo, i lavori degli Stati generali

e il discontinuo iter parlamentare del disegno di legge che sarà approvato nel giugno del 2017 si sono svolti per un lungo tratto in contemporanea e la relazione finale degli Stati generali, al pari dei documenti scaturiti dalle varie sottocommissioni, è stata resa pubblica nella primavera del 2015, quando ancora il Senato non aveva iniziato l'esame del provvedimento licenziato dall'altro ramo del Parlamento. Dunque, sarebbe stato lecito attendersi che le conclusioni raggiunte nel primo consesso fossero prese in considerazione da chi era impegnato nel processo di legiferazione. E invece, per quanto concerne nello specifico la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile – ma il rilievo è senz'altro estensibile – manca qualsiasi concreto indizio che convalidi l'utilizzazione di una risorsa, per così dire, a portata di mano.

Se si continua a concentrare l'attenzione sulla categoria dei minori è facile rilevare che due, e di segno contrastante, sono state le più importanti modifiche apportate dal Senato alle direttive della delega, il cui testo rimarrà successivamente invariato. Da un lato, l'articolazione in otto distinti criteri della generica direttiva concernente l'ordinamento penitenziario minorile che figurava nella versione originaria del disegno di legge; dall'altro, l'inserimento, nell'art. 1 comma 85 (A.S. n. 2067), di una perentoria clausola iniziale («fermo restando quanto previsto dall'art. 41-*bis*» ord. penit.), la cui presenza ha implicato che qualsiasi scalfittura della normativa in tema di “carcere duro” avrebbe dovuto ritenersi preclusa non solo con riferimento agli adulti, ma anche relativamente ai minori. Infatti, vista la collocazione di tale clausola – una sorta di “cupola” omnicomprensiva – nell'*incipit* del suddetto comma 85 dell'art. 1 legge n. 103 del 2017, è stato inevitabile concludere che essa, nonostante la lampante incompatibilità con i principi ispiratori della futura regolamentazione, avrebbe rappresentato per il legislatore delegato minorile un nodo più inestricabile di quello gordiano.

4. *Dalle direttive della legge delega al promettente “articolato Cascini” e ai successivi arretramenti.*

Per quanto concerne gli otto criteri introdotti dal Senato si può convenire sul fatto che si tratta di un catalogo nel complesso soddisfacente, anche se non mancano sbavature ed omissioni. Relativamente alle prime, non possono essere passate sotto silenzio le frequenti improprietà

lessicali che suggeriscono l'idea di una approssimativa conoscenza, da parte del legislatore delegante, della materia oggetto di regolamentazione. Basti pensare che, per quanto concerne l'obiettivo cui deve tendere l'attività trattamentale a misura di minore, si è fatto ricorso al sostantivo «reinserimento [sociale]» (art. 1 comma 85, lett. *p*, n. 8 legge n. 103 del 2017), il quale, al pari del suo sinonimo rieducazione, è stato non da ieri sconfessato per ovvie e condivisibili ragioni, essendo parsi molto più appropriati i termini «inserimento» ed «educazione». Per non parlare dei ripetuti rinvii alla categoria delle «misure alternative alla detenzione», quando tale dizione, già inadeguata perché fuorviante in relazione ai condannati adulti, diventa stridente se riferita ai minorenni, per i quali la pena carceraria è, e deve essere senza alcun equivoco, l'*extrema ratio*.

D'altronde, se si passa all'esame dei contenuti, emergono anche qui incompiutezze e lacune. Una considerazione di carattere preliminare riguarda l'inadeguato sforzo di elaborare criteri direttivi che, tenuto conto delle marcate peculiarità della detenzione minorile, risultassero davvero autonomi rispetto a quelli dettati per le modifiche della legge penitenziaria *tout-court*. E invece non sono pochi i temi per la cui configurazione in chiave normativa è risultata inevitabile un'integrazione – doverosamente neutra o in *bonam partem* – con direttive dell'art. 1 comma 85 legge n. 103 del 2017 estrapolanti rispetto al reticolo di criteri dedicati ai minori: ci si può riferire, a puro titolo esemplificativo, alla necessaria "importazione" della direttiva circa le attività di giustizia riparativa (lett. *f*), oppure a quella finalizzata a favorire l'inserimento nella nostra collettività dei detenuti stranieri (lett. *o*).

Senonché non ostante il ricorso all'integrazione – più insidiosa comunque di quanto a prima vista potrebbe sembrare – il legislatore delegato ha incontrato carenze alle quali è risultato difficile e talora impossibile porre rimedio. Bisogna infatti tenere presente, da un lato, che ci si è trovati di fronte alla formulazione di criteri irrimediabilmente generici (per un esempio paradigmatico, cfr. l'art. 1 comma 85, lett. *p*, n. 3 legge n. 103 del 2017, dove si prevede la «applicabilità della disciplina prevista per i minorenni *quantomeno* ai detenuti giovani adulti») e, dall'altro, che taluni silenzi del legislatore delegante minorile hanno dato origine a vere e proprie lacune: è il caso, purtroppo non isolato, del totale oblio degli *untried young prisoners*, categoria che costituisce una maggioranza schiacciante nell'ambito delle presenze negli I.P.M., e che avrebbe meritato un'attenzione senz'altro maggiore di quella – come si è detto, pari a zero – a lei dedicata.

Riesce difficile sostenere che le inadeguatezze della legge delega inerenti alla formulazione dei criteri sull'ordinamento penitenziario minorile non abbiano condizionato il lavoro della competente Commissione nominata dal ministro Orlando (la Commissione Cascini, dal nome del suo Presidente). Ciò non ostante, bisogna nello stesso tempo riconoscere che il testo proposto da tale organismo meritava un'ampia sufficienza e la conseguente collocazione nella categoria delle vere riforme. Sarebbe stato pertanto auspicabile che tale schema di decreto legislativo, superati rapidamente i passaggi prescritti dalla legge delega, completasse il suo iter.

Ma così non è stato ed è invece iniziato il tracollo. In una prima fase hanno avuto la meglio le preoccupazioni elettorali della maggioranza politica che inizialmente aveva sposato con convinzione la causa delle riforme penitenziarie; mentre in una seconda fase, successiva all'apertura delle urne e nuovamente infausta per le residue innovazioni del disegno originario, si è insediato, dopo l'inizio della XVIII legislatura, un Governo i cui orientamenti sulla questione penitenziaria sono risultati antitetici a quelli prevalsi, almeno per un lungo periodo, nel precedente quinquennio.

La combinazione di questi eventi ha determinato un vortice che ha risucchiato gli articolati predisposti dalle "Commissioni Orlando" (oltre alla già menzionata Commissione Cascini, la Commissione Giostra e quella Pelissero) e li ha poi restituiti con fattezze stravolte. Insomma, visto l'esito finale dell'intera vicenda, deve ritenersi consentito ricorrere ad un sostantivo sicuramente abusato, ma in questo caso non facile da sostituire, e concludere che si è trattato di una vera e propria "controriforma", nel cui ampio raggio di azione è rimasto coinvolto anche lo schema di decreto legislativo concernente l'ordinamento penitenziario minorile.

5. La perfettibilità dell'odierna regolamentazione rapportata al clima del dopo-riforma: l'inizio di una nuova fase di attesa.

Sul piano dei contenuti si è pervenuti pertanto ad un risultato ben diverso da quello lungamente atteso. È pur vero che, nel realizzare il processo di restaurazione, non ci si è completamente dimenticati dell'articolato predisposto dalla Commissione Cascini, al quale ci si è rifatti per l'ossatura e per talune delle soluzioni proposte. La sua utilizzazione,

accompagnata da una serie di inequivocabili addizioni e sottrazioni, è riposata però sulla premessa che si trattasse di soluzioni “tecniche” o che, comunque, non fossero in contraddizione con il nuovo corso di una politica penitenziaria più calamitata dal passato che proiettata nel futuro. In altre parole: una politica poco propensa ad introdurre – e, forse, a concepire – sostanziali innovazioni rispetto alla corrispondente normativa prevista per gli adulti. E riluttante quindi a sintonizzarsi con le esigenze, affatto particolari, del minore sottoposto all’esecuzione di una pena detentiva.

Sono state pertanto numerose le modifiche peggiorative apportate alla prima bozza di decreto legislativo. Volendo ricordare le più importanti senza distinguere in base alla loro “paternità”, si possono citare: la ricomparsa, sia pure in termini quantitativamente ridotti, degli automatismi preclusivi di cui all’art. 4-*bis* ord. penit., la reintroduzione di limiti temporali per la fruizione delle misure penali di comunità, l’espansione dei confini del regime di sorveglianza particolare, la cancellazione dell’affidamento in prova terapeutico per finalità psichiatriche nonché della vigilanza dinamica.

Anche se lo spessore delle tematiche sia pur sommariamente elencate è tale da sconsigliare un loro approfondimento in questa sede, non si può sorvolare sul mancato ripudio degli automatismi preclusivi incentrati sull’art. 4-*bis* ord. penit. (e sulle sue filiazioni), la cui presenza costituisce *the worst of the worst* degli interventi di manipolazione.

Per la formulazione delle principali critiche non occorre dare fondo alle risorse della fantasia, essendo sufficiente ricordare: per un verso, il nitido e consolidato orientamento della Corte costituzionale che in più occasioni ha stigmatizzato, con particolare riferimento ai minori, le preclusioni previste dal legislatore penitenziario (tanto più, si può aggiungere, se impennate sul fallace criterio della collaborazione con la giustizia), in quanto contrarie al principio di individualizzazione del trattamento; per un altro verso, la direttiva contenuta nell’art. 1 comma 85, lett. *p*, n. 6 legge n. 103 del 2017 che, a differenza della gemella ma generalista direttiva di cui all’art. 85 comma 1, lett. *e* ha previsto l’eliminazione in termini assoluti di «ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari» aventi come destinatari i minori.

Ritornando ad una valutazione d’insieme del nuovo ordinamento penitenziario minorile, il giudizio deve essere articolato. Il fatto che ci si sia orientati verso una fonte di livello primario rappresenta un’importante

conquista, non solo dal punto di vista simbolico, ma per almeno due altri motivi: infatti è plausibile pronosticare un ridimensionamento della precedente signoria della circolare, nonché un controllo più lineare del Giudice delle leggi. Le cui eventuali declaratorie di incostituzionalità non si inseriranno più nelle pieghe di disposizioni riguardanti gli adulti, ma investiranno direttamente la norma rimessa al suo sindacato, con notevoli vantaggi sul piano della trasparenza se non, addirittura, su quello della conoscibilità.

Dal punto di vista dei contenuti si deve invece ribadire che, fermi restando taluni progressi – anche significativi se si vuole, ma in una certa misura scontati – rispetto ai tempi dell’insensata estensione ai minori della normativa concernente gli adulti, il bilancio finale risulta insoddisfacente. Non è da escludere però che nel prossimo futuro possano giocare un ruolo le interessanti soluzioni emerse grazie all’impegno di quanti, con lungimiranza anche se con scarsi risultati, hanno iniziato a tessere la tela della riforma. Sia chiaro che sarebbe azzardato parlare, a tale proposito, di una “previsione”, sostantivo da evitare sia per il mai sopito rifiuto di comprendere le vere ragioni della devianza minorile da parte di chi regge le sorti del Paese, sia per l’indecifrabilità del domani.

Esiste dunque una molteplicità di fattori che orientano verso un certo pessimismo, stato d’animo che, per quanto invasivo, si presta tuttavia ad essere ridimensionato se si riescono ad inquadrare sotto una diversa luce fatti percepiti come preclusivi di qualsiasi positivo sviluppo. Tenuto conto dell’esito della riforma penitenziaria minorile, la praticabilità di una visione poliedrica dovrebbe essere verificata proprio con riferimento ai sentimenti suscitati dalle aspettative deluse. Può essere che, grazie a tale operazione, risultino condivisibili, o comunque di aiuto, le parole scaturite dalla penna di un famoso scrittore dell’età vittoriana, secondo il quale l’insoddisfazione non presenta risvolti soltanto negativi, perché essa dev’essere vista anche come il primo passo per il raggiungimento di ulteriori traguardi.

Da un certo punto di vista l’affermazione di Oscar Wilde trova un riscontro nei saggi raccolti in questo volume, sicuramente catalogabili come un prezioso contributo per investimenti futuri: anche se, com’è ovvio, il loro primo obiettivo è quello di fornire al lettore un ampio mosaico di commenti al decreto legislativo sfociato nella rifondazione dell’ordinamento penitenziario minorile. Tale obiettivo emerge con chiarezza già dalle tre macro-aree in cui è suddivisa la trattazione, dedicate, rispettivamente, alle linee di fondo della riforma, alle misure di comunità

– destinate, almeno nelle intenzioni, a mantenere una “rotta di volo” ben più elevata rispetto a quella delle pionieristiche misure alternative – e, infine, in una collocazione non certo casuale, all’organizzazione degli I.P.M., con particolare riferimento alle dinamiche del trattamento intramurario. La puntuale articolazione interna delle tre macro-aree e la lettura dei singoli contributi giustificano l’opinione che tra le varie tessere del mosaico non ci sono fessure e che ciascuna tessera è stata oggetto di un’attenta rifinitura. Per quanto concerne la conoscenza delle tematiche affrontate dagli Autori che si sono impegnati nell’opera, il discorso può essere ridotto ai minimi termini: si tratta infatti di qualificati esponenti del mondo accademico e di altri ben noti studiosi di diversa estrazione, accomunati dal loro intenso e risalente interesse per il processo e per l’esecuzione penitenziaria minorili.

PARTE PRIMA
LE OPZIONI DI FONDO
PER UN'ESECUZIONE PENALE
“A MISURA DI MINORENNE”

I

UNA LEGGE PENITENZIARIA
PER I MINORENNI AUTONOMA E SPECIALE.
LE ASPETTATIVE TRADITE DI UN'ATTESA
LUNGA QUARANT'ANNI

di Lina Caraceni

SOMMARIO: 1. Il contesto della riforma tra insegnamenti della Corte costituzionale, principi derivanti dalle Carte internazionali e criteri vincolanti della legge delega. – 2. Le scelte del legislatore delegato: un adeguamento *soft* dell'ordinamento penitenziario, per un modello esecutivo minorile dalla ridotta autonomia. – 3. La claudicante attuazione del principio di specialità dalle molte implicazioni esegetiche. – 4. La riforma mancata: punti fermi per un modello esecutivo minorile autonomo e speciale.

1. *Il contesto della riforma tra insegnamenti della Corte costituzionale, principi derivanti dalle Carte internazionali e criteri vincolanti della legge delega.*

Ci sono voluti più di quarant'anni per dare attuazione all'art. 79 della legge 26 luglio 1975, n. 354, disposizione transitoria che, in attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, estendeva la disciplina penitenziaria prevista per gli adulti anche ai condannati minorenni. Con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 anche l'esecuzione della pena in ambito minorile ha la sua normativa dedicata.

L'assenza di una legislazione speciale tradiva quel bisogno di un trattamento differenziato dagli adulti che è il segno distintivo del modello di giustizia penale voluto per gli autori di reato minori di età¹. Il d.p.R.

¹In questo senso, anche la *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 121 del 2018*, in questo volume, p. 351 s.

22 settembre 1988, n. 448, infatti, traccia le linee qualificanti e irrinunciabili di un microsistema normativo che ruota attorno alle esigenze di una personalità in formazione, portatrice del diritto ad una regolare crescita psico-sociale; perciò l'archetipo processuale minorile si struttura secondo istituti giuridici e strumenti in grado, da un lato, di perseguire le finalità tipiche della giurisdizione punitiva (accertamento e repressione); dall'altro, di garantire il recupero del minorenni attraverso un'efficace risposta alle sue istanze educative. E sarebbero queste, in estrema sintesi, le coordinate di un sistema di giustizia minorile costituzionalmente orientato che ha il suo fulcro nell'art. 31 comma 2 Cost.². I principi che lo contraddistinguono sottolineano l'esistenza del binomio coazione-educazione: specialità del microsistema (si delinea una disciplina che tiene conto del singolare *status* dell'imputato), sussidiarietà (in mancanza di espressa previsione nella legge minorile, trovano applicazione le norme del processo per adulti), adeguatezza applicativa (rendere operanti le regole procedurali nel rispetto della personalità e delle esigenze educative del minorenni) e minima offensività (limitare e fin dove possibile escludere l'ingresso del minore nel circuito penale, funzionale al massimo contenimento delle ripercussioni negative sul suo percorso di crescita)³.

In effetti, è sempre apparso paradossale che la tutela delle esigenze educative costituisse il *leit motiv* dell'intero processo penale minorile e ne forgiasse in modo peculiare la struttura (basti pensare ai provvedimenti di *diversion* come irrilevanza del fatto e sospensione del processo con messa alla prova o alla connotazione educativa assegnata alle misure cautelari *extra* carcerarie), ma venisse meno proprio nella fase di esecuzione della pena, il segmento processuale a vocazione prettamente pedagogica⁴.

² La disposizione costituzionale imporrebbe alla giustizia minorile di dotarsi delle forme più adatte alla rieducazione del minorenni: Corte cost., sent. 27 aprile 1995, n. 135. V. anche Corte cost., sent. 30 aprile 1973, n. 49 e Corte cost., sent. 18 aprile 1997, n. 103. In dottrina, sul punto, S. LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in A. PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, 2004, p. 93 s.

³ G. GIOSTRA, *Commento all'art. 1 d.p.R. 448/1988*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.p.R. 448/1988*, IV ed., Giuffrè, 2016, p. 3 s.

⁴ Per questi spunti di riflessione, cfr., volendo, L. CARACENI, *Magistratura di sorveglianza e giurisdizione rieducativa minorile: dal legislatore un silenzio assordante*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria del minorenni nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2010, p. 297 s. Secondo F. TRIBISSONNA,

Si deve alla Corte costituzionale, in questi quarant'anni di attesa, il sapiente lavoro di differenziazione dei due sistemi esecutivi; dagli arresti del Giudice delle leggi si ricava la fisionomia di un modello penitenziario per i minorenni che si snoda lungo cinque linee portanti: l'approdo ad un concetto educativo – più che rieducativo – della pena; il rifiuto di ogni automatismo che impedisca ai minorenni condannati l'accesso a misure di favore; la prevalenza delle esigenze di recupero e di crescita del minore, rispetto alla pretesa punitiva dello Stato; il ricorso ad un approccio individualizzato nell'intervento punitivo, cui si accompagna una costante sollecitazione del legislatore all'introduzione di un sistema penitenziario minorile differenziato e autonomo.

L'idea di fondo che ha mosso il Giudice costituzionale è rappresentata dall'impossibilità di affidare alla detenzione gli scopi di recupero del condannato minorenne: il carcere ha una scarsa attitudine pedagogica in senso assoluto, ma ancor più rispetto a soggetti in età evolutiva⁵. E proprio la marginalità del ricorso a misure segreganti dovrebbe fare la differenza⁶. Se a questo si somma il bisogno di protezione che si ricava dall'art. 31 comma 2 Cost., unitamente alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., si comincia da subito ad intravedere il percorso che i giudici di palazzo della Consulta si accingono a tracciare: il fine primario del trattamento penitenziario del minore non è tanto quello della ri-educazione e del re-inserimento sociale, quanto l'educazione vera e propria, vale a dire la predisposizione di meccanismi esecutivi che abbiano un contenuto pedagogico⁷. Con la lettura congiunta degli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost., in sostanza, si assiste ad un mutamento di segno del principio rieducativo immanente alla pena: quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto fragile dal punto di vista psichico ed emotivo, con uno sviluppo ancora incompleto e alla ricerca di una propria identità, acquista «una connotazione edu-

La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità, in *Proc. pen. giust.*, 2019, f. 3, p. 719, proprio l'ampio spazio riservato a modalità di definizione alternativa del processo penale minorile ha, in qualche modo «sopito la stringente urgenza di un'apposita novella» in ambito penitenziario.

⁵ Corte cost., sent. 15 giugno 1977, n. 120.

⁶ Secondo Corte cost., sent. 20 aprile 1978, n. 46, il carcere visto come *extrema ratio* sta ad indicare «che non si vuole lasciare intentata alcuna possibilità di recupero di soggetti non ancora del tutto maturi dal punto di vista psicofisico».

⁷ Così, S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Cedam, 2005, p. 80.

cativa più che rieducativa», in funzione di un inserimento maturo del minore nel consorzio sociale⁸. Pertanto, al condannato minore di età va accordata una speciale protezione, con conseguente ed «incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale»; perché l'assenza di ogni differenziazione comprometterebbe «quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono»⁹.

Gli insegnamenti della Corte costituzionale sono stati prontamente recepiti dalla delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (art. 1 commi 81, 83 e 85, lett. p)¹⁰, insieme all'attuazione degli impegni che il nostro paese ha assunto con la sottoscrizione delle Carte internazionali che promuovono una giustizia penale "a misura di minore" (Regole di Pechino, Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori)¹¹. La delega traccia le linee dell'intervento normativo seguendo tre direttrici: priorità assegnata ai bisogni del minore e alla promozione della sua persona, attraverso l'individualizzazione e la flessibilità dell'intervento educativo; preferenza accordata alle misure alternative alla detenzione che delinano un modello penitenziario incentrato sui bisogni di ogni singolo condannato e che, di conseguenza, cambiano l'attuale prospettiva punitiva incentrata sul carcere; riorganizzazione degli istituti per minorenni in modo da favorire la responsabilizzazione e il rafforzamento delle relazioni con il mondo esterno, in funzione di un proficuo inserimento sociale che riduca il più possibile il rischio di commissione di nuovi reati.

⁸ Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168.

⁹ Corte cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125.

¹⁰ Per una compiuta ricostruzione dell'iter legislativo che ha portato all'approvazione del d.lgs. n. 121 del 2018, v. P. RENON, *Verso un ordinamento penitenziario minore: dall'art. 79 della legge n. 354/1975 al d.lgs. n. 121/2018*, in E. PALERMO FABRIS-A. PRESUTTI-S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia e dei minori*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, vol. III, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 488 s.

¹¹ Si tratta rispettivamente delle Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, adottate dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985, della Convenzione approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176 e della Convenzione adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77. Sulla portata precettiva di questi testi normativi, v. G. DODARO, *Nuovo ordinamento penitenziario minorile e fonti sovranazionali. Affinità e divergenze*, in *questo volume*, p. 95 ss.

Non tutti gli otto criteri direttivi della delega hanno trovato puntuale attuazione, in particolare i punti 1, 5 e 6 (art. 1 comma 85, lett. *p* legge n. 103 del 2017), a proposito delle incompatibilità del tribunale per i minorenni quale giudice di sorveglianza, dell'ampliamento dei presupposti di accesso alle misure alternative alla detenzione e dell'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la concessione o la revoca dei benefici penitenziari. E senza dubbio gli ultimi due punti rappresentavano le solide basi su cui edificare una riforma funzionale a ridurre il carcere per i minorenni ad *extrema ratio* e a realizzare il finalismo educativo della pena e l'individualizzazione del trattamento. Perciò, è amaro constatare che l'assetto complessivo del decreto sembra tradire le aspettative per un modello esecutivo "differenziato"; la portata innovativa della riforma appare oltremodo ridimensionata rispetto a quanto ci si sarebbe aspettati dopo quarant'anni e più di attesa. Va detto per inciso che il testo approvato riproduce quasi pedissequamente lo schema licenziato dal precedente Governo¹², ma differisce radicalmente dalla bozza di decreto legislativo elaborata dalla Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo presieduta da Francesco Cascini¹³.

2. *Le scelte del legislatore delegato: un adeguamento soft dell'ordinamento penitenziario, per un modello esecutivo minorile dalla ridotta autonomia.*

Più che delineare un sistema esecutivo speciale, il d.lgs. n. 121 del 2018 si preoccupa di adeguare l'ordinamento penitenziario per adulti alle esigenze dei minorenni, secondo i dettami dell'art. 1 commi 81, 83 e 85, lett. *p* legge n. 103 del 2017. E sta proprio qui il vizio d'origine della riforma: come imposto dal delegante, essa non puntava all'elaborazione di un modello esecutivo effettivamente autonomo e sistematicamente coerente, ma aveva il più modesto compito di riscrivere quelle disposizioni tarate sugli adulti che apparivano incompatibili con le peculiarità di un condannato che versi in condizioni di vulnerabilità a cagione dell'età. In sostanza, il *focus* resta incentrato sull'ordinamento

¹²Lo *Schema* di decreto legislativo è stato inviato alla Presidenza del Senato il 24 aprile 2018 (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1067299.pdf>).

¹³Per il testo della *Bozza* di decreto legislativo, v. in *questo volume*, p. 369 ss.

penitenziario per i maggiorenni, l'archetipo su cui edificare ogni modello esecutivo.

Di per sé, quella dell'adeguamento non è una tecnica legislativa inadatta a profilare un sistema normativo differenziato, dedicato a ben definite categorie soggettive; in ogni caso è sempre rischiosa, se si vuole rendere autonomo e caratterizzare in termini di specialità l'ambito di operatività delle norme adeguatrici. Lo diventa (inadatta) nel momento in cui pretende di contraddistinguere un certo trattamento giuridico muovendo da un corredo normativo che, a sua volta, ha subito tali e tanti stravolgimenti da far diventare irriconoscibili l'identità, il carattere, la coerenza pure rispetto agli stessi destinatari per cui è stato pensato. Probabilmente un'operazione di "adattamento" si sarebbe rivelata opportuna se fosse intervenuta a ridosso dell'adozione dell'ordinamento penitenziario per adulti, quando il tessuto normativo di quell'impianto presentava una trama (i principi ispiratori) e un ordito (gli istituti chiamati a darvi attuazione) chiari e riconoscibili. Al contrario, l'adeguamento attuato dalla novella del 2018 è risultato molto complesso poiché l'archetipo di partenza ha perso la compostezza dell'intreccio originario a causa dei tanti "strappi" riformisti che ne hanno minato struttura, coerenza sistematica ed efficacia applicativa¹⁴. Le cicliche tensioni securitarie che si sono avvicendate in oltre quarant'anni di vita della legge n. 354 del 1975 – che hanno portato all'introduzione di sub-modelli esecutivi spesso in rotta di collisione con i principi costituzionali –, associate agli altrettanto ciclici *revirement* "correttivi", taluni voluti da un legislatore lungimirante, altri indotti dai pronunciamenti della Corte costituzionale, hanno creato una tale e tanto caotica stratificazione normativa da rendere assai rischiosa qualunque opera di adeguamento e, conseguentemente, quanto mai difficile il lavoro dell'interprete. Quasi certamente con il d.lgs. n. 121 del 2018 si dovrà prendere atto di pericolose dimenticanze (difficilmente sanabili in via esegetica) e, non di rado, di discutibili estensioni operative che obbligheranno ad un *surplus* di lavoro il Giudice delle leggi.

Un esempio valga per tutti, a proposito delle misure alternative alla

¹⁴ Emblematiche, in questo senso, le innumerevoli interpolazioni che hanno interessato l'art. 4-bis ord. penit., così pervasive da averne radicalmente mutato l'originaria funzione derogatoria (alla disciplina di accesso alle misure alternative alla detenzione per peculiari e circoscritte tipologie criminali), trasformandolo nella norma simbolo dell'attuale assetto dell'ordinamento penitenziario per maggiorenni: L. CARACENI, *Commento all'art. 4-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Cedam-Wolters Kluwer, 2019, p. 38 ss.

detenzione, rinominate misure penali di comunità¹⁵: l'appiattimento sulle norme di ordinamento penitenziario dell'opera di differenziazione (*rectius*: adeguamento) dell'esecuzione *extra moenia* per minorenni non consente, se non attraverso forzature esegetiche, di poter ritenere operanti, per questi ultimi, taluni benefici penitenziari preesistenti alla riforma del 1975 o via via entrati nel sistema esecutivo attraverso leggi speciali. Basti pensare alla liberazione condizionale per infradiciottenni prevista dall'art. 21 r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 o a quella per maggiorenni contenuta nel codice penale (artt. 177-178 c.p.); al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146-147 c.p. o alla sospensione dell'esecuzione per tossicodipendenti *ex* art. 90 d.p.R. 9 ottobre 1990, n. 309, o ancora all'esecuzione presso il domicilio voluta dalla legge 26 novembre 2010, n. 199: di queste misure di favore non v'è traccia nel d.lgs. n. 121 del 2018 e recuperarne l'operatività in via interpretativa, financo ricorrendo al principio di sussidiarietà¹⁶, è operazione assai ostica, anche a causa di una non pregevole fattura del testo¹⁷.

La riforma andava pensata per i minorenni come «autonomo *corpus* normativo»¹⁸, o quantomeno andava connotata in termini di maggiore specialità, sulla falsariga di quanto ha fatto il legislatore processuale attraverso il d.p.R. n. 448 del 1988, arrivando a coniare strumenti peculiari per il rito penale minorile, a sperimentare financo modelli di giustizia che hanno aperto la strada a interventi novellistici pure nel processo ordinario¹⁹.

¹⁵ Sui possibili significati da attribuire a questa innovazione definitoria, sia consentito un rinvio a L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario. Le novità in materia di esecuzione delle pene dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018, § 1.

¹⁶ *V. sub* § 3.

¹⁷ Sul punto, v. M.G. COPPETTA, *L'assetto delle fonti dell'esecuzione penale minorile: più ombre che luci*, in *questo volume*, p. 25.

Tra i benefici penitenziari non menzionati vanno segnalati i permessi premio di cui all'art. 30-ter ord. penit. introdotti dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini) e la liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.); tuttavia, in questi casi, il recupero in via interpretativa dell'operatività della disciplina "per adulti" è tutto sommato semplice, poiché si tratta di previsioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario e non siamo di fronte a misure alternative in senso proprio. Per approfondimenti sul punto, v. *infra*, § 3.

¹⁸ In questo senso, F. SIRACUSANO, *Commento all'art. 79 ord. penit.*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 1158, a proposito della portata dell'art. 79 comma 1 ord. penit., che stabilisce l'applicabilità della legge penitenziaria per adulti anche ai minorenni «fino a quando non sarà provveduto con apposita legge».

¹⁹ Significativi, in questo senso, tanto la sospensione del processo con messa alla prova (art. 28 d.p.R. n. 448 del 1988), che l'irrilevanza del fatto (art. 27 d.p.R. n. 448

In definitiva, la scelta di “adattare” la disciplina esecutiva prevista per gli adulti ai bisogni dei condannati minorenni ha inciso in maniera significativa sull’autonomia del sistema penitenziario che ne è scaturito e rischia di neutralizzarne anche quegli slanci novellistici che qui e là vorrebbero implementare un modello esecutivo concepito nel superiore interesse del minorenne. In effetti, la centralità assegnata all’esecuzione *extra moenia*, sia nel nome dato alle misure, sia nella collocazione scelta per le relative disposizioni²⁰, evidenzerebbe questa rinnovata attenzione per le istanze educative (non ri-educative) dell’infradiciottenne, nella consapevolezza dell’impossibilità di affidare alla sanzione detentiva compiti di recupero e inserimento (no re-inserimento) del condannato. Se non fosse, però, che queste fughe in avanti assomigliano molti più a petizioni di principio dal sapore vanamente declamatorio, che a strumenti funzionali a rendere autonoma l’esecuzione penitenziaria minorile, promuovendo e salvaguardando condannati dalla personalità ancora in fase di strutturazione: nei presupposti, nei contenuti e pure in talune previsioni ostative²¹ non si discostano abbastanza dal modello penitenziario ordinario da potersi ritenere “a misura di minorenne”²².

3. *La claudicante attuazione del principio di specialità dalle molte implicazioni esegetiche.*

La neonata legge penitenziaria minorile esordisce all’art. 1 comma 1 fissando il principio di specialità, secondo cui l’esecuzione della pena detentiva, delle misure penali di comunità e l’applicazione di queste ultime nei confronti dei condannati minorenni segue le norme del d.lgs. n. 121 del 2018 e, in via sussidiaria, quelle del codice di procedura pe-

del 1988), entrambi poi ripensati “per gli adulti” rispettivamente attraverso la legge 28 aprile 2014, n. 67 e il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

²⁰ Il capo dedicato all’esecuzione penale esterna è immediatamente successivo a quello di apertura, contenente le disposizioni generali.

²¹ In proposito, si veda l’art. 2 comma 3 d.lgs. n. 121 del 2018, il quale stabilisce che ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l’assegnazione al lavoro esterno si applica l’art. 4-bis commi 1 e 1-bis ord. penit. Sui limiti di questa scelta, cfr. L. CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario*, cit., § 3.1.

²² Si rinvia al contributo di L. CESARIS, *Parturiunt montes, nascitur il d.lgs. n. 121 del 2018 e le misure penali di comunità*, in *questo volume*, p. 145 ss.

nale, della legge di ordinamento penitenziario e relativo regolamento di esecuzione (d.p.R. 30 giugno 2000, n. 230), nonché le norme del d.p.R. n. 448 del 1988 e quelle di attuazione, coordinamento e transitorie approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272.

Preliminarmente, sia consentita una notazione formale: andrebbe considerato un infortunio terminologico l'utilizzo del lemma «regole» nella rubrica dell'art. 1 d.lgs. n. 121 del 2018. Più appropriato sarebbe stato parlare di principi, apparendo riduttiva l'equiparazione alla regola di una disposizione che si preoccupa di delineare il rapporto intercorrente tra differenti sistemi normativi e che funge da parametro di riferimento per l'operatività di altre disposizioni. Senza dubbio l'approssimazione lessicale è uno dei tratti meno pregevoli (ad essere benevoli) dell'intero decreto²³. Già nel comma d'esordio non brilla per chiarezza la traduzione normativa del principio di specialità, poiché sembra circoscrivere l'intervento sussidiario delle leggi richiamate solo ad alcuni aspetti dell'esecuzione minorile²⁴. In particolare, per quanto concerne le misure penali di comunità, l'ordinamento penitenziario per adulti e le altre leggi possono intervenire a colmare dei vuoti solo per ciò che riguarda la loro esecuzione ed applicazione, non anche per consentire, ad esempio, il ricorso ad altre misure alternative previste dalla legge n. 354 del 1975 o da leggi speciali. L'aver denominato misure penali di comunità le misure alternative alla detenzione per minorenni e averle regolamentate espressamente nei presupposti e nei contenuti dovrebbe inibire, in assenza di un richiamo espresso, l'applicabilità degli omologhi meccanismi di favore dell'esecuzione *extra moenia* per maggiorenni. In sostanza, l'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 121 del 2018, per come è formulato, sembrerebbe dire: le sole misure penali esterne per condannati minorenni sono quelle previste dal presente decreto; per ciò che riguarda la loro applicazione ed esecuzione, così come l'esecuzione della pena detentiva (leggi il re-

²³Notare, ad esempio, nell'ultima parte dell'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 121 del 2018, l'insistito richiamo all'istruzione e alla formazione professionale quali strumenti privilegiati per il perseguimento degli obiettivi di responsabilizzazione, educazione, preparazione alla vita libera e inclusione sociale del minorenne: un evidente refuso che ritroviamo in molte altre norme del decreto e probabilmente dovuto ad un frettoloso "copia-incolla".

²⁴Il testo della disposizione così recita: «Nel procedimento per l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità a carico di minorenni, nonché per l'applicazione di queste ultime, si osservano le disposizioni del presente decreto e per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale, della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...]».

gime intramurario), si applica la disciplina speciale e per quanto da essa non previsto quella delle leggi citate²⁵.

Ma vi è di più: dal punto di vista ordinamentale, a condizionare in maniera significativa l'interazione tra i due sistemi è pure la scelta della legge n. 103 del 2017 di orientare la riforma verso un adeguamento *soft* della disciplina penitenziaria operante per i maggiorenni, riducendo, come abbiamo visto, la sua autonomia. Questo comporta, per l'interprete un non facile lavoro di tessitura per individuare i perimetri operativi tanto delle norme del d.lgs. n. 121 del 2018 che di quelle della legge n. 354 del 1975: in sostanza, non si assiste ad una netta cesura tra i rispettivi ambiti di applicazione; di conseguenza, non è scontata la priorità assegnata alle norme del d.lgs. n. 121 del 2018 e l'automatica esclusione dell'operatività del principio di sussidiarietà in presenza di una disciplina dedicata. In linea teorica, l'automatismo si profila solo nel caso in cui la disposizione speciale sostituisca integralmente la corrispondente statuizione riservata agli adulti, rendendo la relativa regolamentazione del tutto sganciata dalla disciplina ordinaria e rispondente ai principi ispiratori della riforma²⁶; per il resto è tutto affidato ad una non facile esegesi. Qualche esemplificazione può aiutare a chiarire l'assunto. Tre sono le situazioni che l'interprete può trovarsi ad affrontare non di immediato deciframento: una differenziazione nel trattamento dei condannati minorenni solo apparente (è presente una norma *ad hoc*, ma non perfettamente aderente ai principi che governano la materia penitenziaria minorile, o tale da produrre una condizione deteriore – in punto di garanzie – per il condannato minorenne rispetto all'adulto); una differenziazione che si riveli incompleta (è presente una norma speciale, ma il suo raggio d'azione non esaurisce tutte le questioni applicative sottese) e, infine, nessuna differenziazione (manca qualunque disciplina dedicata).

Andando con ordine, esegeticamente assai complessa si presenta l'analisi del rapporto tra i due modelli esecutivi nei casi in cui vi sia, ad un primo approccio che si affidi alla sola *littera legis*, una disciplina *ad hoc*

²⁵ Assai più chiaro, sul punto, il testo della *Bozza di decreto legislativo*, cit., p. 371 s.: v. *infra*, § 4. Sulle fonti del diritto penitenziario minorile, v. M.G. COPPETTA, *L'assetto delle fonti*, cit., p. 30 ss.

²⁶ Queste evenienze sono assai rare, proprio per la scelta del legislatore della riforma di operare degli adeguamenti delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario; tra i pochi esempi, si ricordano le disposizioni riguardanti presupposti e contenuti delle misure penali di comunità.

per i condannati minorenni, da applicarsi in via preferenziale in base al principio di specialità: si sarebbe indotti a ritenere che non operino le norme sussidiarie. Ma il condizionale è d'obbligo, poiché la conclusione non è così scontata. L'obiettivo di adeguamento delle norme di ordinamento penitenziario ai bisogni del minorenne perseguito dalla legge n. 103 del 2017, sulla carta, vorrebbe diversificare la disciplina esecutiva minorile da quella ordinaria; ma non è da escludere che la traduzione normativa dell'intento attuata dal d.lgs. n. 121 del 2018 non sia stata in grado di assicurare un trattamento commisurato alla condizione di vulnerabilità dei condannati a cagione dell'età, come imposto dagli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost.²⁷. In questi casi, il ricorso al criterio della specialità porterebbe all'applicazione prioritaria di una disciplina (quella del d.lgs. n. 121 del 2018) che si porrebbe in contrasto con il principio del *favor minoris*, in base al quale la particolare condizione di fragilità di soggetti in età evolutiva non può mai tradursi in una loro condizione peggiore; per costoro, il livello di garanzie e di tutela deve essere, se non superiore, almeno pari a quello assegnato agli adulti²⁸. Ecco allora che dell'interazione tra sistemi normativi deve essere data un'interpretazione sistematica che consenta, anche in presenza di una norma dedicata, l'applicazione della disposizione sussidiaria se è in grado di garantire un trattamento penitenziario effettivamente differenziato nel "superiore interesse del minorenne".

È questa la prospettiva esegetica schiusa dalla Corte costituzionale giusto in tema di libertà personale nell'ambito del procedimento penale minorile²⁹, prospettiva che apre una significativa breccia nella portata

²⁷ In argomento, v. *supra*, § 1.

²⁸ A meno di non voler esporre la disciplina a censure di incostituzionalità per disparità di trattamento; in sostanza la condizione di "minorità" del condannato può solo giustificare una differenziazione *in melius*.

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. 21 luglio 2000, n. 323. Nel caso di specie, la Corte era chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale (artt. 3, 13, 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost.) della speciale disciplina riguardante i *pericula libertatis* per l'adozione della custodia cautelare in carcere nei confronti di un imputato minorenne (art. 23 d.p.R. n. 448 del 1988), disciplina che risultava di minor favore rispetto all'omologa prevista dal codice di rito penale, a seguito di una serie di interventi di riforma sull'art. 274 c.p.p. Il giudice delle leggi, ricorrendo ad una interpretazione sistematica, ha evidenziato che l'introduzione nella normativa processuale per imputati maggiorenni di una disciplina «di maggior favore per i possibili destinatari delle misure cautelari» produce effetto anche in ambito minorile, a prescindere dall'esistenza di una previsione speciale, «in base al principio, seguito dallo stesso legislatore e conforme ai principi co-

del principio di specialità anche in ambito penitenziario, invertendo il rapporto tra norme esecutive minorili (da applicarsi in via principale) e ordinarie (che operano sussidiariamente). Una tale impostazione non ha mancato di suscitare severe critiche a proposito dell'ampio margine di apprezzamento concesso al giudice, non tanto nell'interpretare la norma applicabile (il che rientrerebbe nelle sue prerogative), quanto nel valutare se e quale norma vada applicata³⁰. Secondo questa lettura, l'approccio più ortodosso sarebbe quello di consentire al giudice di «appurare di volta in volta se lo scarto garantistico tra i due sistemi non abbia una spiegazione legata alla specificità della giurisdizione minorile e, in caso di esito negativo della verifica, proporre questione di legittimità costituzionale della norma minorile che presenta l'ingiustificabile carenza di garanzia»³¹. In verità, la soluzione proposta, seppure ortodossa da un punto di vista teorico, sul piano operativo difficilmente raggiungerebbe gli obiettivi attesi, poiché un tale incidente di costituzionalità non avrebbe i requisiti richiesti per essere scrutinato: per giurisprudenza costante del Giudice delle leggi la mancata verifica da parte del remittente, in via preliminare, di esegesi delle norme sospette di incostituzionalità che siano idonee a dirimere quel dubbio, determina l'inammissibilità dell'eccezione proposta. Si tratta di quelle che vengono definite «questioni ancipiti», ossia questioni ermeneutiche «che lo stesso giudice *a quo* avrebbe potuto risolvere attraverso una interpretazione della norma impugnata conforme a Costituzione»³². In sostanza, il rischio è che si vada incontro a una «pronuncia interpretativa di manifesta inammissibilità», nei fatti una sentenza interpretativa di rigetto a contenuto adeguatore³³ che intende risolvere una que-

stituzionali e internazionali, del *favor minoris*». Per un approfondimento si veda, volendo L. CARACENI, *Commento all'art. 23 d.p.R. 448/1988*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., p. 344 s.

³⁰ Cfr. G. GIOSTRA, *Commento all'art. 1 d.p.R. 448/1988*, cit., p. 14, secondo cui il parametro del *favor minoris*, nella sua indeterminatezza, è suscettibile di valutazioni soggettive tali da poter determinare applicazioni così diversificate da indurre disparità di trattamento.

³¹ Ancora G. GIOSTRA, *op. ult. cit.*, p. 14.

³² A. CARDONE, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 36. In giurisprudenza, per tutte, Corte cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 356.

³³ Secondo L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 689, con queste decisioni «la Corte invita i giudici comuni a sperimentare tutte le loro risorse ermeneutiche per verificare la possibilità di significati normativi conformi a Costituzione». Sulla contiguità tra pronunce di inammissibilità e sentenze inter-

stione esegetica invitando il giudice *a quo* a decidere alla luce dei valori costituzionali.

Ovviamente, l'interpretazione sistematica di una norma che la salvi dall'incostituzionalità è possibile a condizione che non vi sia una lettera della legge insuperabile. Il confronto fra due disposizioni penitenziarie minorili ci consente di chiarire meglio la lettura proposta: i commi secondo e quarto dell'art. 8 d.lgs. n. 121 del 2018. La prima stabilisce, tra le altre cose, che il procedimento per l'adozione di una misura penale di comunità non può essere promosso d'ufficio (diversamente da quanto accade per gli adulti), ma solo su istanza dell'interessato, del suo difensore o dell'esercente la responsabilità genitoriale o su proposta del pubblico ministero o dell'ufficio di servizio sociale per minorenni. La seconda, invece, assegna al magistrato di sorveglianza il potere di sospendere in via provvisoria la misura, ma senza precisare al ricorrere di quali condizioni, come invece fa l'art. 51-ter ord. penit. (quando il condannato «pone in essere comportamenti tali da determinare la revoca»).

Ambedue le disposizioni “speciali” delineano una disciplina esecutiva di minor favore per il condannato minorenne e priva di ragionevole giustificazione: nel primo caso, perché si sottrae all'organo deputato alla verifica dei progressi trattamentali del detenuto in espiazione di pena, la possibilità di orientare – di propria iniziativa – l'esecuzione verso “modelli aperti”³⁴; nel secondo perché, allo stesso organo si concede il potere discrezionale di sospendere, seppur provvisoriamente, l'esecuzione di una misura *extra moenia* sganciato da ogni presupposto oggettivo e verificabile. È evidente che l'ingiustificata differenziazione *in malam partem* del secondo comma dell'art. 8 d.lgs. n. 121 del 2018 può solo essere passibile di un incidente di costituzionalità, atteso che il dato testuale della disposizione non consente nessuna “interpretazione adeguatrice”, a differenza del quarto comma dell'art. 8 d.lgs. n. 121 del 2018 che può essere letto in un'accezione di sistema,

pretative di rigetto “additive”, cfr. E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità?»*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3112.

³⁴ Ed è questa la *ratio* giustificativa dell'introduzione di una giurisdizione rieducativa: in attuazione dell'art. 27 comma 3 Cost., valutare se il trattamento praticato sul condannato durante l'esecuzione della pena abbia consentito di attingere gli obiettivi risocializzativi perseguiti e, in caso di verifica positiva, permettere al condannato di riguadagnare i suoi spazi di libertà.

così da “recuperare” le più garantite condizioni di operatività previste per gli adulti³⁵.

Di non facilissima individuazione (e passiamo alla seconda delle situazioni emarginate) sono pure i casi di differenziazione incompleta tra sistemi, vale a dire le ipotesi in cui il d.lgs. n. 121 del 2018 fissa una norma che solo parzialmente “si sostituisce” a quella prevista dall’ordinamento penitenziario per i maggiorenni. A questo proposito, basti por mente alla peculiare disciplina introdotta per l’esecuzione delle pene detentive (art. 11 d.lgs. n. 121 del 2018): viene completamente riscritto l’art. 656 c.p.p., il che potrebbe portare a concludere che per la concessione delle misure penali di comunità ai condannati infraventicinquenni³⁶ in stato di libertà si seguano esclusivamente le prescrizioni contenute nella normativa speciale³⁷. Sennonché la pur articolata previsione pensata per i minorenni omette di regolamentare aspetti fondamentali della procedura, senza i quali la relativa disciplina resterebbe di difficile attuazione o, comunque, potrebbe determinare applicazioni arbitrarie. A mero titolo esemplificativo, si segnala una rilevante mancanza: mentre l’art. 656 comma 6 c.p.p. si preoccupa di delineare quale sia il tribunale di sorveglianza competente a pronunciarsi sull’istanza di misura alternativa alla detenzione³⁸, introducendo una deroga alla ordinaria competenza territoriale prevista dall’art. 677 comma 2 c.p.p.³⁹, nulla di ciò è rinvenibile

³⁵ Per un approfondimento, cfr. L. CARACENI, *Vicende esecutive delle misure penali di comunità*, in *questo volume*, p. 215 ss.

³⁶ La disciplina del d.lgs. n. 121 del 2018 si applica anche ai c.d. giovani adulti al momento dell’esecuzione, ma che commisero il fatto da minorenni. Cfr. A. TASSI, *Le nuove disposizioni sull’ambito di applicazione della disciplina esecutiva minorile*, in *questo volume*, p. 197 ss.

³⁷ Si noti che l’art. 11 d.lgs. n. 121 del 2018 non contiene nessun rinvio alle previsioni dell’art. 656 c.p.p., come se si volesse sostituire *in toto* la disposizione codicistica con la norma di nuovo conio.

³⁸ L’art. 656 comma 6 c.p.p. stabilisce che è competente a decidere sull’istanza di misura alternativa alla detenzione proposta dal condannato libero a seguito di sospensione dell’ordine di esecuzione, il tribunale di sorveglianza del «luogo in cui ha sede l’ufficio del pubblico ministero» cui compete l’esecuzione delle sentenze irrevocabili *ex art. 655 comma 1 c.p.p.*

³⁹ Ai sensi del secondo comma dell’art. 677 c.p.p. la competenza sulle istanze proposte dal condannato in stato di libertà «appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sul luogo in cui l’interessato ha la residenza o il domicilio» o, in subordine, al giudice di sorveglianza «del luogo in cui fu pronunciata la sentenza di condanna [...] e nel caso di più sentenze [...] al tribunale o al magistrato di

nell'art. 11 d.lgs. n. 121 del 2018. E almeno due potrebbero essere le letture dell'omissione: il legislatore della riforma è incorso in una dimenticanza, rimediabile in via interpretativa con l'applicazione *in parte qua* dell'art. 656 comma 6 c.p.p. attraverso il criterio generale della sussidiarietà – opzione da preferire, considerata la corritività che caratterizza il d.lgs. n. 121 del 2018⁴⁰ – oppure ritenere che abbia voluto riaffermare le ordinarie regole sulla competenza territoriale del giudice di sorveglianza – per una qualche ragione che all'apparenza sfugge – e allora il soccorso in via sussidiaria verrà dall'art. 677 comma 2 c.p.p.⁴¹. Com'è evidente, lo sforzo interpretativo è destinato a lasciare il sistema nell'incertezza, correndo il rischio non solo di innescare possibili conflitti di competenza, ma altresì di compromettere la tenuta costituzionale dell'art. 11 d.lgs. n. 121 del 2018 in riferimento al principio del giudice naturale (art. 25 comma 1 Cost.); auspicabile sarebbe, perciò, un intervento normativo chiarificatore.

Concludendo sul punto, non resta che verificare come operano il principio di specialità e il criterio di sussidiarietà nei casi di assenza di un trattamento diversificato per i condannati minorenni: per le parti non toccate dal d.lgs. n. 121 del 2018 (e dunque per quegli istituti che, secondo il legislatore della riforma, non hanno avuto bisogno di adeguamento) vi dovrebbe essere l'applicabilità in via sussidiaria della legge penitenziaria ordinaria, senza possibilità di apprezzamento dell'interprete in ordine all'*an* dell'operatività. In effetti, l'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 121 del 2018, nel regolare l'interazione tra i due sistemi normativi, ha introdotto una sorta di presunzione legale di compatibilità delle norme sussidiarie, non avendo optato per nessuna delle formule di salvaguardia («in quanto compatibili»; «in quanto applicabili») che avrebbero tenuto in-

sorveglianza del luogo in cui fu pronunciata la sentenza divenuta irrevocabile per ultima».

⁴⁰ Per le ragioni sottese alla scelta, v., volendo, L. CARACENI, *Vicende esecutive*, cit., p. 228 ss.

⁴¹ Come ha ben puntualizzato M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Giuffrè, 2009, p. 94 s., l'art. 677 comma 2 c.p.p. contiene una clausola di salvaguardia («se la legge non dispone diversamente»), attraverso la quale si attribuisce priorità operativa alle regole sulla competenza territoriale contenute in specifiche disposizioni di legge, ma ove manchi (come nel nostro caso) una disciplina espressa che attribuisca la competenza secondo un diverso criterio, la norma richiamata mantiene il suo valore sistematico e opera in via residuale in tutti i casi in cui «le varie discipline settoriali non forniscano alcun parametro per individuare il giudice territorialmente competente».

denne il procedimento esecutivo minorile da quelle disposizioni che si fossero poste in contrasto con i suoi caratteri e i suoi obiettivi⁴². Perciò, al giudice non resterà che adottare la disciplina penitenziaria ordinaria, a meno che non ravvisi un qualche difetto di costituzionalità⁴³.

Margini di apprezzamento, invece, il giudice dovrebbe avere con riguardo alle condizioni applicative delle norme sussidiarie: stante il rinvio generale al d.p.R. n. 448 del 1988 e dunque pure ai principi affermati nel relativo art. 1, dovrebbe operare il canone dell'adeguatezza applicativa, secondo cui le disposizioni riservate ai minorenni vanno impiegate in modo adeguato alla loro personalità e alle esigenze educative⁴⁴. In sostanza, mentre il principio di specialità consente di determinare l'*an*, il corredo di norme che operano per l'esecuzione penitenziaria minorile, quello di adeguatezza applicativa ne definisce il *quomodo*.

Un'ultima notazione, a proposito del principio di specialità, meritano il secondo e terzo comma dell'art. 79 ord. penit., disposizioni tutt'ora in vigore⁴⁵ che assegnano alla magistratura minorile (tribunale per i minorenni) anche le funzioni di sorveglianza per coloro che commisero il

⁴²In questo senso, v. pure M.G. CARNEVALE, *Trattamento, diritti nuovi e progetto educativo*, in P. GONNELLA (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, 2019, p. 89.

⁴³A titolo esemplificativo, può essere presa a modello la disciplina di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.: non si rinviene nel d.lgs. n. 121 del 2018 una regolamentazione *ad hoc*; la *Relazione illustrativa*, cit., p. 353, richiamando la legge n. 103 del 2017, ne giustifica l'applicabilità anche ai minorenni; tuttavia è da ritenere che il regime di sospensione delle regole trattamentali (per i condannati responsabili di uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. e reputati pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica) contrasti con il principio rieducativo della pena e con quello di tutela e promozione di una personalità fragile, in quanto si traduce, nei fatti, nella sottoposizione del condannato ad un pesante regime di isolamento, oltretutto adottato attraverso un provvedimento rimesso a valutazioni di "opportunità politica" del Ministro della giustizia. V. anche M.G. COPPETTA, *Le scelte di fondo dell'esecuzione penale "aperta"*, in *questo volume*, p. 125 ss.

⁴⁴Sull'ambito e sulla portata del principio, cfr. G. GIOSTRA, *Commento all'art. 1 d.p.R. 448/1988*, cit., p. 14 s., secondo il quale tutte le disposizioni operanti per i minorenni rispondono al parametro dell'adeguatezza applicativa, pure quelle contenute nella legge speciale.

⁴⁵Il d.lgs. n. 121 del 2018 non ha toccato l'art. 79 ord. penit. se non nel primo comma, dando attuazione alla norma transitoria ivi contenuta; ciò determina l'applicabilità all'esecuzione penitenziaria minorile delle disposizioni contenute nei commi successivi: F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 122.

reato da minorenni, in deroga al principio dell'esclusività delle funzioni sancito per i maggiorenni dall'art. 68 comma 4 ord. penit. Diverse le ragioni che fondano questa scelta. Ve ne è una giuridica, a mente della quale sarebbe stata privilegiata la peculiarità delle funzioni minorili su quelle di sorveglianza, con l'obiettivo di puntare, nei confronti del minorenne, ad una considerazione complessiva del soggetto, quand'anche coinvolga distinte competenze (come a dire: specializzazione per specializzazione, prevalga quella minorile). Probabilmente è più realistica la *ratio* che fa leva sui costi dell'operazione: l'esistenza di un volume di affari della sorveglianza minorile troppo contenuto non avrebbe giustificato un'esclusività nell'esercizio delle funzioni né del giudice monocratico, né di quello collegiale⁴⁶. Infine, di stampo ideologico è la spiegazione ricavabile dall'art. 2 d.lgs. n. 272 del 1989 (decreto indicato tra le fonti dall'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 121 del 2018), il quale codifica per il settore della giustizia penale minorile un'assegnazione degli affari che favorisca la diretta esperienza di ogni giudice nelle diverse attribuzioni della funzione giudiziaria⁴⁷.

A completare il profilo giurisdizionale l'art. 3 comma 2 d.p.R. n. 448 del 1988 limita la competenza della magistratura di sorveglianza minorile a tutti coloro che commisero il reato da minorenni, fino al compimento del venticinquesimo anno di età.

4. *La riforma mancata: punti fermi per un modello esecutivo minorile autonomo e speciale.*

Il d.lgs. n. 121 del 2018, senza timori di smentita, simboleggia l'occasione perduta dal legislatore penitenziario per definire un compiuto modello esecutivo minorile, sebbene si sia trattato di una riforma condizionata, come abbiamo visto, dagli stretti margini di manovra imposti

⁴⁶Cfr. G. LA GRECA, voce *Magistratura di sorveglianza*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, 2008, p. 755. Nello stesso senso, F. DELLA CASA, *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, II ed., Giappichelli, 2019, p. 257; G. DI GENNARO-R. BREDÀ-G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997, p. 360.

⁴⁷M. BOUCHARD, *L'esecuzione penale e le misure penitenziarie*, in E. PALERMO FABRIS-A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Giuffrè, 2002, p. 550.

dalla legge n. 103 del 2017⁴⁸; comunque, gli otto criteri direttivi fissati dal delegante avrebbero permesso di qualificare maggiormente il sistema penitenziario per i minorenni in termini di significativa specialità e sicura autonomia. Indicative, in tal senso, alcune scelte rintracciabili nella bozza di decreto legislativo elaborata dalla Commissione ministeriale⁴⁹ che già all'art. 1, segnalavano in maniera netta le coordinate della differenziazione tra i due sistemi normativi e la loro interazione. Eloquenti, a questi fini, i commi 1 e 4 della norma richiamata. Nella prima, si sancisce il principio di specialità della disciplina penitenziaria minorile, ricorrendo ad una dicitura («nei confronti dei detenuti e dei condannati minorenni si osservano [...]») che tiene insieme ogni aspetto delle vicende esecutive riguardanti provvedimenti giurisdizionali che limitano la libertà personale del minorenne. La “bozza di legge speciale”, dunque, traccia le coordinate esecutive minorili “ad ampio spettro”⁵⁰, declinandole conformemente ai bisogni e alle caratteristiche dei soggetti in età evolutiva ed orientandole al conseguimento dagli obiettivi di tutela e di promozione imposti dalla Costituzione, dalle Carte internazionali e dalla stessa legge n. 103 del 2017. Si accontenta dell'operatività della disciplina ordinaria, secondo il criterio di sussidiarietà, per quei residuali profili dell'esecuzione della pena che non appaiano caratterizzati da esigenze specifiche. A quest'ultimo proposito preme osservare che il lavoro di adeguamento alla legge n. 354 del 1975 richiesto dal legislatore delegante, ha portato la Commissione a “calibrare” l'intervento sussidiario «per quanto non previsto» giusto sull'ordinamento penitenziario⁵¹. In effetti, a causa delle “strettezze” della delega, il rinvio ad altra normativa di cui sarebbe necessario tener conto nell'applicazione degli istituti penitenziari (ad esempio, il codice di procedura penale), a rigore non potrebbe entrare in una disposizione di carattere generale qual è l'art. 1 della bozza di decreto legislativo in esame; semmai in singole disposizioni che a quelle statuizioni intendano rifarsi. Diverso il di-

⁴⁸V. *supra*, § 2.

⁴⁹V. in *questo volume*, p. 369 ss.

⁵⁰Si ricorda che l'articolato proposto dalla Commissione ministeriale si compone di ben quaranta articoli, a fronte dei ventisei del d.lgs. n. 121 del 2018.

⁵¹Il testo della prima parte dell'art. 1 della bozza di decreto legislativo che fissa il principio di specialità e il criterio di sussidiarietà è il seguente: «Nei confronti dei detenuti e dei condannati minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle della legge 26 luglio 1975, n. 354 e del decreto del presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448 e successive modificazioni».

scorso per il richiamo all'applicazione delle norme del d.p.R. n. 448 del 1988 in assenza di una speciale previsione: essendo l'esecuzione della pena nei confronti di un minorenne una fase (quella conclusiva) del procedimento penale minorile, è gioco forza prevederne una generale operatività.

A rafforzare il principio di specialità, la seconda parte del comma 1 dell'art. 1 della bozza di decreto legislativo introduce il criterio dell'adeguatezza applicativa, che impone di interpretare e di impiegare tutte le disposizioni esecutive operanti per i minorenni «in modo adeguato alle esigenze educative»⁵² e nel rispetto dei principi di individualizzazione del trattamento *in executivis*, di flessibilità dell'intervento e di non discriminazione⁵³. In definitiva, la relazione di sussidiarietà tra norme speciali e disciplina ordinaria non dovrebbe consentire «una meccanica trasposizione di queste ultime nel contesto esecutivo minorile, ma richiede un'interpretazione che tenga conto delle peculiarità della condizione dei minori. Il carattere pedagogico che connota l'intero ordinamento penitenziario deve assumere un significato preponderante quando è rivolto ad un condannato in età evolutiva»⁵⁴.

Ancora più emblematico, dal punto di vista dell'autonomia e della differenziazione tra i due sistemi esecutivi, si presenta il comma 4 dell'art. 1 della bozza di decreto legislativo che, in attuazione del criterio n. 6 dell'art. 1 comma 85, lett. *p* legge n. 103 del 2017, sancisce il divieto di applicare all'esecuzione penitenziaria minorile «le disposizioni della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, e di ogni altra legge, che prevedono divieti automatici di accesso ai benefici o che ne dispongono la revoca automatica». In sintesi, la Commissione ministeriale ha recepito e trasfuso nella proposta di decreto legislativo gli insegnamenti della Corte costituzionale che, nel suo quarantennale lavoro di «adattamento» della legge penitenziaria alle istanze educative dei detenuti minori di età, ha dichiarato incostituzionali tutti quei meccanismi presuntivi che impediscono l'accesso a misure di favore o ne determinano la revoca automatica, perché in contrasto con il principio di individualizzazione del trattamento, a sua volta funzionale all'attuazione del

⁵² La dicitura, sul punto, richiama quella contenuta nell'art. 1 d.p.R. n. 448 del 1988.

⁵³ Chiaro e diretto il riferimento alla Rec (2008)11, approvata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 5 novembre 2008 e contenente le regole europee per i minori autori di reato sottoposti a sanzioni o misure (regg. 5 e 11).

⁵⁴ Cfr. la *Relazione di accompagnamento alla bozza di decreto legislativo*, (sub art. 1), in *questo volume*, p. 370.

finalismo educativo della pena. Secondo il Giudice delle leggi, ogni prescrizione che innesti degli automatismi e non consenta all'organo giurisdizionale una comparazione di esigenze contrapposte da valutare *in the best interest of the child*⁵⁵ andrebbe ritenuta incompatibile con la speciale tutela che l'ordinamento concede (ai sensi degli artt. 3, 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost.) al condannato minorenni⁵⁶.

E il tratto distintivo di una legge penitenziaria minorile autonoma e speciale probabilmente può essere rinvenuto proprio qui: nella scelta di fondo tesa a "marginalizzare" il carcere e a privilegiare modalità aperte di esecuzione della pena, senza sbarramenti automatici o preclusioni presuntive che impediscano al giudice di sorveglianza di apprezzare e valutare, per ogni detenuto minorenni, la sua personalità, le sue istanze, i suoi bisogni. Si tratta di un'opzione di sistema che mette in discussione il tradizionale binomio punizione-segregazione: le funzioni tradizionalmente

⁵⁵ Com'è noto, si tratta di uno dei fondamenti della Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*supra*, nota 11), il principio-guida espresso nell'art. 3 comma 1 per le istituzioni pubbliche e private, le autorità giurisdizionali e amministrative nell'assumere decisioni in cui vengono in gioco diritti e libertà dei minori: «*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*».

⁵⁶ Così, sono state dichiarate inoperanti per gli infradiciottenni talune preclusioni previste per gli adulti in tema di pene sostitutive, perché contraddistinte da un'assoluta rigidità (Corte cost., sent. 18 febbraio 1998, n. 16). È stato censurato il meccanismo che impedirebbe l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale e alla semilibertà, in conseguenza della conversione delle sanzioni sostitutive in pena detentiva, a causa dell'inosservanza delle prescrizioni impartite con la semidetenzione e la libertà controllata: l'automatismo delineato dall'art. 67 legge 24 novembre 1981, n. 689 stabilirebbe, infatti, una presunzione assoluta di non meritevolezza del beneficio che entrerebbe in contraddizione con «la necessità di dare preminenza alla finalità di risocializzazione e di adattare il trattamento del condannato in relazione a valutazioni e prognosi individualizzate e ancorate alla concretezza del caso» (Corte cost., sent. 22 aprile 1997, n. 109). Stessa sorte (e per ragioni analoghe) è toccata, da un lato, all'istituto dei permessi premio (art. 30-ter ord. penit.) – laddove prescrive un irrigidimento delle possibilità di accesso al beneficio dei condannati minorenni, in ragione della gravità del reato (Corte cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 450) o di talune ipotesi di recidiva (Corte cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403) – e, dall'altro, alla disciplina dell'art. 58-*quater* ord. penit., che stabilisce il divieto di concessione dei benefici penitenziari in caso di condanna per il delitto di evasione o di revoca di una misura alternativa per la durata di tre anni (Corte cost., sent. 1° dicembre 1999, n. 436). Più di recente, infine, si ricorda la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656 comma 9, lett. a c.p.p., nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di minorenni condannati per i gravi delitti ivi indicati (Corte cost., sent. 22 febbraio 2017, n. 90).

associate alla pena (prevenzione speciale, prevenzione generale, retribuzione) possono essere assolte pure ricorrendo a strumenti non concepiti essenzialmente in chiave repressiva, ma modulati in una dimensione educativa che punti, in via prioritaria, non a punire ma a sostenere, responsabilizzare e recuperare.