LUISS

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto dell'Esecuzione Penale

I DIRITTI E LA TUTELA DEI MINORI NEL SISTEMA PENALE: ANALISI E SVILUPPI NORMATIVI

Prof.ssa Paola Balducci

RELATORE

Prof. Mitja Gialuz

CORRELATORE

Benedetta Maggi

Matricola 159273

CANDIDATO

Anno accademico 2023/2024

INDICE TESI

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE NEL DIRITTO SOVRANAZIONE E INTERNO

1.1. La nozione di "superiore interesse del minore" ……. 2

1.2. Il fondamento giuridico ……... 4

1.3. Gli atti internazionali a tutela del minore…… 5

1.4. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e gli sviluppi successivi in ambito europeo…… 13

1.5. L'interesse superiore del minore nella Costituzione……...… 21

1.6. La questione penale minorile nell'evoluzione legislativa e nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima della riforma attuata con d.p.r. n. 448/1988……. 24

1.7. I princìpi fondamentali del processo penale minorile…… 31

1.8. Specializzazione del giudice e diritto al trattamento individualizzato del minore……. 39

CAPITOLO II

GLI ISTITUTI POSTI A TUTELA DEL MINORE AUTORE DEL REATO NEL PROCESSO PENALE

Sez. I:

2.1. Gli istituti di favore per il minore autore del reato: la sospensione del processo con messa alla prova……. 44

2.2.1. Gli altri istituti di favore del minore autore di reato: il perdono giudiziale……. 73

2.2.2. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto…… 76
2.2.3. Sospensione condizionale della pena……. 80
2.3. Il minore come autore del reato: divieto di pubblicazione e di divulgazione degli atti processuali relativi a minori……. 83
Sez. II:
2.4. Le misure cautelari minorili……. 94
2.4.1. Le misure cautelari minorili: le prescrizioni……. 109
2.4.2. La permanenza in casa……. 112
2.4.3. Il collocamento in comunità……. 115
2.4.4. La custodia cautelare …… 118
2.5. Le misure penali di comunità nel d.lgs. n. 121/2018…… 124

CAPITOLO III
LA TUTELA DEI MINORI FIGLI DI DETENUTI
3.1. L'interesse del minore figlio di un genitore detenuto……. 134
3.2. Il quadro sovranazionale …… 139
3.2.1. La Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti …… 141
3.3. Il contesto normativo nazionale ……...144
3.3.1. L'assistenza all'esterno dei figli minori …… 145
3.3.2. Le visite al minore infermo ……. 153
3.3.3. La detenzione domiciliare speciale ……. 156
3.3.4. Il differimento della pena …… 168
3.3.5. I profili critici della recente proposta di legge: il caso degli ICAM…… 171
3.3.6. I contatti all'interno delle carceri: i colloqui familiari con i figli minorenni ……. 177
3.3.7. Progetti di riforma …… 181

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'introduzione al tema del superiore interesse del minore in ambito giuridico, sia nazionale che internazionale, necessita un'analisi approfondita su come il diritto attribuisce priorità al benessere e alla tutela dei minori. Tale concetto, denominato "superiore interesse del minore", rappresenta un principio cardine nel diritto sovranazionale e interno, influenzando sia la formulazione che l'ermeneutica delle disposizioni attinenti ai bambini.

Il Capitolo I si propone di delineare e discutere le basi giuridiche di tale principio, analizzando gli atti internazionali e le convenzioni che ne hanno consolidato la centralità a livello globale, con particolare attenzione alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Il capitolo prosegue esplorando l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza relativa ai minori nel contesto giuridico italiano, mettendo in luce come le disposizioni costituzionali e le revisioni legislative abbiano inciso sulla trattazione dei minori, specialmente nel contesto del diritto penale minorile.

Il Capitolo II focalizza l'attenzione sui meccanismi giuridici specificamente predisposti a tutela dei minori autori di reati, indagando le disposizioni che modulano le conseguenze giuridiche di tali atti in ragione della loro età e vulnerabilità. Si discutono diverse misure, quali la sospensione del processo e il perdono giudiziale, che mirano a favorire la reintegrazione sociale del minore piuttosto che la sua punizione secondo i criteri ordinari del diritto penale per adulti.

Il Capitolo III, suddiviso in due sezioni, esamina le condizioni dei minori figli di genitori detenuti. Il legislatore italiano ha mostrato un impegno verso la protezione dei legami familiari in contesti di detenzione, come dimostrato dalla legge n. 354/75 e dal DPR n. 230/2000, oltre che da recenti circolari ministeriali che promuovono iniziative per sostenere la genitorialità dei

detenuti. Queste misure sono intese sia a salvaguardare la relazione tra figli e genitori detenuti sia a migliorare la responsabilità parentale durante e dopo il periodo di detenzione.

In questo capitolo si è inoltre discusso del disegno di legge AC 1660, attualmente all'esame della Camera dei deputati, che propone di eliminare il differimento obbligatorio della pena per le donne incinte e madri, e della sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2024, che ha ribadito l'importanza di considerare il superiore interesse del minore come principio guida in tutte le decisioni giudiziarie.

La tesi si prefigge non solo di illustrare le tutele giuridiche vigenti per i minori, ma anche di sollevare questioni critiche relative all'efficacia e alla sufficienza delle disposizioni attuali nell'assicurare il reale superiore interesse del minore nel diritto penale.

CAPITOLO I
IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE NEL DIRITTO SOVRANAZIONALE E INTERNO

Sommario: 1.1. La nozione di "superiore interesse del minore"; 1.2. Il fondamento giuridico; 1.3. Gli atti internazionali a tutela del minore; 1.4. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e gli sviluppi successivi in ambito europeo; 1.5. L'interesse superiore del minore nella Costituzione; 1.6. La questione penale minorile nell'evoluzione legislativa e nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima della riforma attuata con d.p.r. n. 448/1988; 1.7. I princìpi fondamentali del processo penale minorile; 1.8. Specializzazione del giudice e diritto al trattamento individualizzato del minore

1.1. La nozione di "superiore interesse del minore"

A tutela del minore, della sua condizione di debolezza, ha progressivamente trovato spazio il principio del superiore interesse del minore. Come è stato evidenziato in dottrina, «l'espressione interesse superiore del minore suole indicare il criterio guida cui il legislatore deve ispirarsi ed il giudice (e, più in generale, l'operatore del diritto) attenersi, al fine di indicare una soluzione giuridica alle questioni che riguardano il minore»[1]. Si tratta di una definizione ormai contenuta in tutti i principali documenti internazionali a tutela dei minori ed accolta anche dai vari legislatori nazionali.

Se è chiaro e pressoché unanime cosa si intenda per interesse superiore del minore, non vi è però univocità nelle soluzioni proposte rispetto alla necessità

[1] M. Di Stefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012, p. 19.

di fornire adeguata tutela agli interessi dei minori[2]. La strada è resa chiaramente difficoltosa dalla varietà di accezioni che tale definizione può assumere a seconda dei casi, quali ad esempio il perseguimento del benessere materiale e morale del minore, la completezza di affetti e l'assenza di precarietà nei rapporti, o ancora lo sviluppo pieno della personalità ed il riconoscimento del grado di maturità raggiunto in relazione all'età.

Questa indeterminatezza di contenuto, secondo parte della dottrina[3], rappresenterebbe un pregio, in quanto consentirebbe al giudice di non essere vincolato al dato giuridico nella propria decisione; secondo altra dottrina, tuttavia, in tale atteggiamento sarebbe insito un rischio, che è quello che l'operatore di diritto possa subire inevitabili condizionamenti di carattere culturale, religioso ed etico che orienterebbero negativamente la propria decisione.

Per comprendere appieno la portata di tale criterio, dunque, pare opportuno ripercorrerne la sua evoluzione nel diritto internazionale. Tra la fine del diciannovesimo secolo e gli inizi del '900 si diffonde la cd. *Best Interests Doctrine*, la quale sembra per la prima volta attribuire rilevanza alla figura del minore, sebbene all'interno del contesto di una famiglia comunque gerarchica e quindi dominata dalla figura del padre.

1.2. Il fondamento giuridico

L'applicazione pratica di tale corrente di pensiero è stato il *Guardianship of Minors Act*, emanato in Inghilterra nel 1886, un provvedimento legislativo con cui il legislatore britannico stabiliva che, relativamente ad ogni questione

[2] Sulle varie modalità con cui tale criterio viene applicato nei diversi ordinamenti si v. V. Pocar, P. Ronfani, *L'interesse superiore del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronti*, Milano, 1996, p. 10 s.

[3] P. Zatti, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011, p. 65 ss.

circa l'educazione del minore, il giudice potesse tenere in considerazione il benessere del minore stesso, oltre che dei desideri espressi dai genitori.
In realtà, nelle intenzioni del legislatore il riferimento al benessere del minore, lungi dall'essere veramente espressione della volontà di tutelare lo stesso ed i suoi interessi, costituiva uno strumento per indebolire la figura femminile e le rivendicazioni della donna sulla potestà genitoriale. Tuttavia, nonostante il superiore interesse del minore non fosse al centro delle intenzioni del legislatore, nella prassi giurisprudenziale i giudici inglesi, forti del richiamo legislativo, cominciarono ad attribuirvi rilevanza, ponendo grande attenzione al benessere dei fanciulli specie nelle situazioni di forte conflittualità familiare tra i genitori.
In tale contesto fu emanato, nel 1925, il *Guardianship of Infants Act*, il quale per la prima volta evidenziò l'intenzione diretta, e non meramente camuffata, del legislatore di tutelare adeguatamente i minori valorizzandone gli interessi e ponendoli al centro del nucleo familiare. Nella prassi giurisprudenziale ciò si tramutò nella decisione dei giudici di tenere conto non solo del benessere fisico del minore, ma anche di quello morale ed affettivo, nonché della serenità interiore del fanciullo[4].
La valorizzazione dell'interesse superiore del minore, che aveva trovato cittadinanza in Gran Bretagna, fu oggetto di numerose critiche sia nel resto d'Europa che, soprattutto, negli Stati Uniti d'America, dovute non tanto al disconoscimento del principio di tutelare l'interesse del minore, quanto alla genericità del criterio utilizzato, che rischiava di minare la certezza del diritto. Proprio in virtù di tali considerazioni parte della dottrina americana indicava al legislatore la necessità di eliminare il riferimento al criterio dell'interesse superiore del minore dalla legislazione in tema di divorzio.

[4] V. Pocar, P. Ronfani, *L'interesse superiore del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronti*, cit., p. 76 ss.

La motivazione di tale richiesta risiedeva nel timore di fornire al giudice eccessiva discrezionalità, che si sarebbe potuta tramutare in una vera e propria arbitrarietà considerando la genericità del criterio dell'interesse superiore del minore. Si riteneva, quindi, che il giudice non dovesse introdursi eccessivamente nelle dinamiche familiari, e che della tutela dei minori dovesse occuparsi non il legislatore, e nemmeno la giurisprudenza, quanto i genitori, considerati i migliori giudici nel caso di specie.

1.3. Gli atti internazionali a tutela del minore

A partire dal secolo scorso, la comunità internazionale si è fatta carico delle problematiche inerenti al minore tanto da poter ergere il ventesimo secolo a "secolo del minore"[5]: inizia a delinearsi, prima di tutto a livello internazionale, una rinnovata identità del minore, il quale da mero oggetto da proteggere diviene un vero e proprio soggetto titolare di diritti.
Questi ultimi, data l'unicità e la singolarità della persona in questione, vanno protetti non come valori astratti ma in una dimensione che si cala nel caso concreto, perché solo questo *modus agendi* assicura la completa e corretta formazione della personalità e maturità del singolo individuo.
La crescente attenzione rivolta alla tutela del minore è dettata principalmente da due ragioni: da una parte la specificità che connota il minore (il quale necessita di un trattamento differenziato rispetto a quello riservato all'adulto) e dall'altra il bisogno di arginare l'aumento della devianza e del disagio minorile.

[5] L'espressione è di L. Corazza, M. Della Morta, S. Giova (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Napoli, 2018, p. 51.

Il primo strumento a tutela del minore nel diritto internazionale è la Convenzione sull'età minima dell'ILO, del 1919[6], finalizzata a creare una cornice normativa capace di tutelare il lavoro minorile. Cinque anni dopo, poi, nel 1924, viene adottata, a Ginevra, la Dichiarazione dei diritti del bambino, redatta dalla Società delle Nazioni a seguito delle violenze che i bambini avevano subito nel corso del primo conflitto mondiale[7].

La Dichiarazione di Ginevra stabilisce che tutti i bambini presentano bisogni specifici senza alcuna distinzione per nascita, nazionalità e religione. Si tratta di bisogni sia materiali che relativi al diritto all'educazione e alla protezione. Nell'ambito della Dichiarazione, i diritti dei bambini si trasformano in veri e propri doveri che la collettività ha il compito di osservare nei confronti dell'infanzia. Inoltre, la Dichiarazione contiene anche alcuni diritti sociali di carattere programmatico che impongono un intervento attivo degli adulti. Un limite della Dichiarazione è rappresentato dalla mancata previsione di diritti negativi di libertà che precludano agli adulti di interferire in maniera

---

[6] In realtà, come è stato osservato da J.E. Doeck, *The Human Rights of Children: an Introduction*, in U. Kilkelly, T. Liefaard (edited by), *International Human Rights of Children*, Singapore, 2019, p. 7, «*Children appear in the law from the very beginning of human history. As early as 1870 B.C., the well-known Codex Hammurabi was the first legal document dealing with the position of the child, with placement out of the parental home as one of the issues. Rule 168 stated: "If a man wishes to put his son out of his house and declare before the Judge: 'I want to put my son out', then the Judge shall examine into his reasons. If the son is guilty of no great fault, for which he can be rightfully put out, the father shall not put him out" (Hammurabi).1 Later, Roman law contained various provisions dealing with the position of the child which clearly saw the child as a property of the parents with the provision for the father of ius Vitae ac Necis, the right to decide on the life and death of the child. Children below the age of 7 (infants) were considered to be not able to speak ("Infans is qui far non protest") (Justinianus 533). Roman law played an important role in the development of laws in Europe, confirming the view that a child is the property of his or her parents and that their power is absolute. However, at the beginning of the twentieth century, limits to that power were introduced in various European countries (e.g., France, Germany, the Netherlands) via the insertion of provisions in the existing laws on child protection allowing state authorities to intervene in family life in the interest of the child. This perception of the child not only as a person at the discretion of parents but also as a person who may be in need of protection persisted throughout most of the twentieth century*».

[7] Su questi due strumenti si v. S. Gambino *Immigrazione e diritti fondamentali, fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 51 ss.

irragionevole nella vita dei bambini nonché di diritti che assicurino al bambino un livello di autonomia nei confronti degli adulti.

Cinque sono i diritti riconosciuti, in concreto, dalla Dichiarazione: «1. Al fanciullo si devono dare i mezzi necessari al suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale. 2. Il fanciullo che ha fame deve essere nutrito; il fanciullo malato deve essere curato; il fanciullo il cui sviluppo è arretrato deve essere aiutato; il minore delinquente deve essere recuperato; l'orfano ed il trovatello devono essere ospitati e soccorsi. 3. Il fanciullo deve essere il primo a ricevere assistenza in tempo di miseria. 4. Il fanciullo deve essere messo in condizioni di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento. 5. Il fanciullo deve essere allevato nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini».

Come è evidente, nella logica della Dichiarazione il bambino non era ancora visto come titolare di diritti propri, ma piuttosto come oggetto della protezione che la Dichiarazione intendeva offrire. A prevalere erano gli aspetti caritatevoli e paternalistici, tipici dei primi decenni del secolo scorso. I minori, considerati esseri fragili e deboli, vantano il diritto a che gli adulti si occupino di loro, assicurandone un pieno sviluppo materiale, sociale e intellettuale, contrastando le azioni di abuso e sfruttamento a loro danno[8].

Non è un caso che il Preambolo della Dichiarazione contenga un espresso riferimento all'immaturità fisica ed intellettuale dei fanciulli, e alla loro esigenza di beneficiare di tutele e cure speciali, nonché un'adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita. Il documento, pertanto, è assai lontano dal garantire direttamente al minore autonomia e libertà in quanto soggetto titolare di diritti, ma va comunque riconosciuto il fatto che ha avuto il merito di introdurre elementi innovativi, quali il diritto al nome,

[8] Cfr. V. Belotti, *Verso pari opportunità tra generazioni*, in V. Belotti, R. Ruggiero (a cura di) *Vent'anni d'infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008, p. 14.

alla nazionalità, il principio di non discriminazione e il principio del miglior interesse del minore: con riguardo a quest'ultimo aspetto, si tratta del primo riferimento ai diritti civili aventi ad oggetto direttamente i bambini tanto da rappresentare la base su cui successivamente si costruiranno tutti gli altri diritti.

La necessità di costruire un sistema di protezione dei diritti dei minori, però, si è manifestata in tutta la sua evidenza al termine della Seconda guerra mondiale, quando era ancora piuttosto vivo il ricordo delle atrocità perpetrate nei campi di concentramento nazisti[9].

L'esigenza di tutela dei diritti dei minori, dunque, nasce come risposta a politiche statali che avevano dato vita ad una loro evidente compressione. Nel 1948 la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo prevede alcune specifiche forme di tutela a favore del minore, così come molto importante è la Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959[10]. Tale Dichiarazione valorizza dieci diritti dei minori. Anzitutto, i diritti devono essere riconosciuti a tutti i fanciulli, senza distinzione e discriminazione fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione o opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale,

[9] Cfr. ampiamente sul tema V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli Stati d'emergenza*, Milano, 2012, p. 33 ss.

[10] Questo il preambolo: «Considerato che, nello Statuto, i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato la loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo e nella dignità e nel valore della persona umana, e che essi si sono dichiarati decisi a favorire il progresso sociale e a instaurare migliori condizioni di vita in una maggiore libertà; Considerato che, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo le Nazioni Unite hanno proclamato che tutti possono godere di tutti i diritti e di tutte le libertà che vi sono enunciate senza distinzione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di ogni altra opinione, d'origine nazionale o sociale, di condizioni economiche, di nascita o di ogni altra condizione; Considerato che il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali, compresa una adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita; Considerato che la necessità di tale particolare protezione è stata la Dichiarazione del 1924 sui diritti del fanciullo ed è stata riconosciuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo come anche negli statuti degli Istituti specializzati e delle Organizzazioni internazionali che si dedicano al benessere dell'infanzia; Considerato che l'umanità ha il dovere di dare al fanciullo il meglio di se stessa».

le condizioni economiche, la nascita, o ogni altra condizione. Il secondo principio attribuisce al fanciullo una tutela speciale, specificando che i legislatori devono intervenire in modo da prevedere norme capaci di farli crescere in maniera sana e "normale" sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale, in condizioni di libertà e di dignità.

Il terzo principio riconosce al fanciullo il diritto al nome e alla nazionalità sin dalla sua nascita, mentre il quarto principio prevede che egli debba crescere e svilupparsi in maniera sana: a tal fine, devono essere assicurate, a lui e alla madre, le cure mediche e le protezioni sociali adeguate, soprattutto nel periodo precedente e seguente alla nascita. Il fanciullo ha diritto ad una alimentazione, ad un alloggio, a svaghi e a cure mediche adeguate.

Il quinto principio statuisce che il fanciullo che versa in una condizione di minoranza fisica, mentale o sociale deve ricevere un trattamento e un'educazione speciali in ragione della sua condizione. Il sesto principio, invece, valorizza il lato emozionale, precisando che il fanciullo, per crescere in maniera armoniosa, ha bisogno della cura dei genitori, ai quali viene attribuita la responsabilità genitoriale. Salvo casi eccezionali, il fanciullo non deve essere allontanato dalla madre. Inoltre, si prevede che alle famiglie numerose vengano riconosciuti sussidi statali per il mantenimento dei figli.

Il principio settimo[11] ed il principio decimo[12] riconoscono espressamente il diritto all'educazione del fanciullo. In particolare, nel principio settimo vi è

[11] «Il fanciullo ha diritto ad un'educazione che, almeno a livello elementare, deve essere gratuita e obbligatoria. Egli ha diritto a godere di un'educazione che contribuisca alla sua cultura generale e gli consenta, in una situazione di uguaglianza di possibilità, di sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale e il suo senso di responsabilità morale e sociale, e di divenire un membro utile alla società. Il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento; tale responsabilità incombe in primo luogo sui propri genitori. Il fanciullo deve avere tutte le possibilità di dedicarsi ai giochi e ad attività ricreative che debbono essere orientate a fini educativi; la società e i poteri pubblici devono fare ogni sforzo per favorire la realizzazione di tale diritto».

[12] «Il fanciullo deve essere protetto contro le pratiche che possono portare alla discriminazione razziale, alla discriminazione religiosa e a ogni altra forma di

un esplicito richiamo al superiore interesse del minore: infatti, «il superiore interesse del fanciullo deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione e del suo orientamento; tale responsabilità incombe in primo luogo sui propri genitori».

L'ottavo principio stabilisce che il fanciullo deve essere sempre il primo a ricevere soccorso e tutela in ogni circostanza, mentre il nono principio chiarisce che egli deve essere tutelato e protetto contro ogni sorga di negligenza, sfruttamento o crudeltà: a tal fine, non deve essere inserito nel contesto lavorativo prima di aver raggiunto una determinata età e, comunque, non deve essere impiegato in attività che possano pregiudicare il suo sviluppo fisico, morale o mentale.

Nel complesso, la Dichiarazione in esame costituisce un indubbio passo avanti rispetto alla Dichiarazione del 1924, in quanto maggiormente focalizzata sull'interesse del minore, titolare di diritti più specifici e dettagliati di quanto avvenuto in precedenza. Tuttavia, anch'essa fa leva principalmente sui doveri degli adulti nei confronti dei minori, piuttosto che sui diritti dei fanciulli, e concepisce tali doveri come norme prevalentemente programmatiche, rimesse alla discrezionalità degli Stati parti.

Seguono, poi, i due Patti[13] adottati dalle Nazioni Unite, i quali consacrano un fenomeno di riconoscimento universale dei diritti umani, visto che, a differenza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che si concentra sull'individuo e sui suoi diritti ed è indirizzata alle persone e non agli Stati, i Patti vengono indirizzati agli Stati, che prendono l'impegno di offrire protezione ai diritti fondamentali della persona.

---

discriminazione. Deve essere educato in uno spirito di comprensione, di tolleranza di amicizia tra i popoli, di pace e di fratellanza universale, e nella consapevolezza che deve consacrare le sue energie e la sua intelligenza al servizio dei propri simili».

[13] Si fa riferimento al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, al Patto internazionale sui diritti civili e politici ed al Protocollo facoltativo relativo a quest'ultimo Patto (tutti e tre siglati il 16 dicembre 1966 ed entrati in vigore il 23 marzo 1976).

Numerose sono le disposizioni del Patto Internazionale sui diritti civili e politici in cui si fa riferimento al minore, soprattutto al fine di garantire una sua tutela nel momento in cui entra a far parte del circuito penale. Rileva, in particolare, l'art. 24, comma 1, secondo il quale «Ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica o la nascita, ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato».

Risale al 1967, poi, la Convenzione europea in materia di adozione di minori, stipulata nella città francese di Strasburgo. Nel 2008, la Convenzione ha subito una parziale modifica nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'oggetto della Convenzione è rappresentato esclusivamente dall'adozione di un minore quando l'adottante propone istanza per avviare il processo di adozione. Ai fini della tesi, assume rilevanza soprattutto l'art. 8, secondo cui «l'autorità competente non deciderà un'adozione se non ha acquisito la certezza che l'adozione avvenga nello interesse del minore. In ogni caso, l'autorità competente farà particolarmente attenzione a che l'adozione procuri al minore un ambiente familiare stabile ed armonioso». Vi è, dunque, anche in sede di adozione, un espresso riferimento al principio del superiore interesse del minore.

Negli anni successivi il principio del supremo interesse del minore ha trovato riconoscimento anche in altri atti internazionali, quali la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del

1979[14], nonché i Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici[15], sociali e culturali del 1966[16], per poi trovare la definitiva consacrazione nella Convenzione sui diritti del fanciullo, siglata a New York il 20 novembre del 1989[17].

1.4. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e gli sviluppi successivi in ambito comunitario

La Convenzione rappresenta il risultato di lunghe discussioni e di un delicato punto di equilibrio. Infatti, il ruolo assunto nell'attività preparatoria da parte dei Paesi in via di sviluppo ha comportato una particolare attenzione ai diritti

[14] In particolare all'art. 5, lettera b, secondo cui «gli Stati prendono ogni misura adeguata al fine di far sì che l'educazione familiare contribuisca alla comprensione che la maternità è una funzione sociale e che uomini e donne hanno responsabilità comuni nella cura di allevare i figli e di assicurare il loro sviluppo, restando inteso che l'interesse dei figli è in ogni caso la considerazione principale» e all'art. 16, comma 1 lettera f, secondo cui «gli Stati parte prendono tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio, e nei rapporti familiari e, in particolare, assicurano, in condizioni di parità con gli uomini: i medesimi diritti e responsabilità in materia di tutela, curatela, affidamento ed adozione di minori, o simili istituti allorché questi esistano nella legislazione nazionale. In ogni caso, l'interesse dei fanciulli sarà la considerazione preminente».

[15] In particolare, all'art. 23, comma 4, «gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria» e all'art. 24, secondo cui «Ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica o la nascita, ha diritto a quelle misure protettive che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato. 2. Ogni fanciullo deve essere registrato subito dopo la nascita ed avere un nome. 3. Ogni fanciullo ha diritto ad acquistare una cittadinanza».

[16] Si v. l'art. 10: «Speciali misure di protezione e di assistenza devono essere prese in favore di tutti i fanciulli e gli adolescenti senza discriminazione alcuna per ragioni di filiazione o per altre ragioni. I fanciulli e gli adolescenti devono essere protetti contro lo sfruttamento economico e sociale. Il loro impiego in lavori pregiudizievoli per la loro moralità o per la loro salute, pericolosi per la loro vita, o tali da nuocere al loro normale sviluppo, deve essere punito dalla legge. Gli Stati devono altresì fissare limiti di età al di sotto dei quali il lavoro salariato di manodopera infantile sarà vietato e punito dalla legge».

[17] Si v., nella immensa bibliografia, V. Maffei, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 ss.

materiali dei fanciulli, alla necessità di una cooperazione internazionale a sostegno delle politiche per l'infanzia nei Paesi meno sviluppati, alla tutela dei diritti delle minoranze etniche e linguistiche e alla difesa dell'identità culturale.

In tale prospettiva, comunque, il minore diventa il fulcro fondamentale della Convenzione e soprattutto soggetto di diritti fondamentali. La Convenzione, infatti, riconosce e garantisce i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali dei bambini.

Il minore, in particolare, è titolare di diritti propri, mentre i genitori, la famiglia, lo Stato e la comunità internazionale sono responsabili della tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e li garantiscono con un sistema di protezione e di controllo.

Nel preambolo della Convenzione si legge che l'infanzia ha diritto ad aiuto ed assistenza particolare, ed inoltre che la famiglia costituisce l'unità fondamentale della società ed ambiente naturale per la crescita di tutti i suoi componenti[18]. La Convenzione, inoltre, garantisce il diritto del fanciullo a vivere all'interno del contesto familiare originario, e soprattutto a limitare i casi di separazione da esso, affermando il diritto del minore separato da uno o da entrambi i genitori a mantenere i rapporti comunque con entrambi, nonché il diritto al ricongiungimento familiare.

I diritti riconosciuti e garantiti dalla Convenzione possono essere raggruppati sotto tre categorie.

La prima categoria contiene le libertà e i diritti fondamentali, tra cui il diritto del bambino alla vita, all'uguaglianza, al nome, alla cittadinanza e ad essere registrato al momento della nascita; la seconda prevede i pericoli a cui il bambino è in particolar modo esposto, quali gli abusi psicologici, fisici o i maltrattamenti; la terza categoria, infine, include l'obbligo di promuovere uno

[18] Cfr. sul punto M. Dogliotti, *I diritti del minore e la Convenzione dell'Onu*, in *Dir. fam.*, 1992, p. 301 ss.

sviluppo proprio del bambino attraverso la garanzia di accesso ad alcune necessità basilari come l'educazione, l'informazione, il divertimento ed il gioco.

L'articolo 3 di tale Convenzione prevede che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»[19].

La norma in esame è piuttosto generica, potendo assumere svariati significati che la dottrina ha cercato di evidenziare, ponendo l'accento in alcuni casi sull'aspetto processuale, in altri su quello sostanziale. Sulla base di questi significati, il principio sembra assolvere soprattutto a due funzioni principali, ossia, da un lato, quella di permettere una attività di controllo sul rispetto dei diritti del fanciullo; dall'altro, quella di offrire una certa discrezionalità all'operatore giuridico per risolvere possibili conflitti con altre norme della stessa convenzione o colmare le lacune dell'ordinamento giuridico.

Molto importante, poi, è l'art. 11, che prevede l'adozione di provvedimenti, da parte degli Stati, per impedire il trasferimento illecito all'estero ed il non-ritorno dei fanciulli, tramite accordi bilaterali o multilaterali.

Rileva, ancora, l'articolo 22, secondo cui gli Stati devono adottare adeguate misure affinché il fanciullo possa ottenere lo status di rifugiato, ai sensi delle norme e delle procedure del diritto internazionale o nazionale applicabile, e possa beneficiare della protezione e dell'assistenza umanitaria necessaria per consentirgli di usufruire dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

[19] Si tratta della traduzione della versione ufficiale inglese: «*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».*

A tal fine, il secondo comma prevede che gli Stati parti collaborino «a tutti gli sforzi compiuti dalle Nazioni Unite e dalle altre organizzazioni per proteggere ed aiutare i fanciulli e per ricercare i genitori o altri familiari al fine di ottenere le informazioni necessarie per ricongiungerlo alla sua famiglia».

La Convenzione, inoltre, sembra far riferimento a quattro principi fondamentali: il primo principio è quello relativo alla non discriminazione, nel senso che ogni Stato deve assicurare che i bambini godano della stessa protezione; il secondo principio riguarda l'interesse del minore, inteso come preminente in ogni azione legislativa, provvedimento giuridico, iniziativa pubblica o privata che riguardi l'infanzia o l'adolescenza. L'interesse superiore del minore, quindi, comporta che le istituzioni di assistenza sociale private e pubbliche, i tribunali, le autorità amministrative o gli organi legislativi devono valutare l'impatto delle proprie decisioni sull'interesse dei minori.

Terzo principio rilevante è il riconoscimento del diritto alla vita e allo sviluppo che dovrebbe essere garantito nella misura più ampia possibile. Quarto ed ultimo principio fondamentale, infine, concerne il dovere di ascoltare il minore, il quale deve essere messo nelle condizioni di esprimere il proprio parere su tutte le questioni che lo riguardino.

La dottrina ha rilevato l'esistenza di «un nocciolo duro della Convenzione, in base alla quale non sono considerati nell'interesse superiore del minore tutte quelle violazioni gravi di diritti fondamentali del bambino, quali le punizioni corporali a scopi educativi praticate in famiglia o a scuola, le mutilazioni genitali femminili, le discriminazioni basate sulla razza o sull'appartenenza a gruppi minoritari, il ritorno in famiglia a rischio di abusi sessuali o di violenza familiare, la povertà»[20].

[20] M. Di Stefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, cit., p. 33.

La seconda parte della Convenzione istituisce il Comitato dei Diritti del fanciullo per la promozione dell'effettiva attuazione della stessa Convenzione e per il controllo sulla condotta degli Stati Parte.

Va richiamato, in proposito, l'art. 2 dell'*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications* procedure, rubricato *General principles guiding the functions of the Committee*, secondo cui «*In fulfilling the functions conferred on it by the present Protocol, the Committee shall be guided by the principle of the best interests of the child. It shall also have regard for the rights and views of the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child*».

Tale disposizione, in particolare, prevede che nell'adempimento delle funzioni conferitegli dal protocollo, il comitato è guidato dal principio dell'interesse superiore del minore. Esso tiene anche conto dei diritti e delle opinioni del fanciullo, alle quali viene dato il giusto peso in funzione della sua età e maturità.

Ancora una volta, dunque, il criterio guida con riguardo ai minori è rappresentato dal superiore interesse degli stessi.

Gli Stati parte della Convenzione si impegnano a sottoporre periodicamente al Comitato i rapporti in merito alle attività svolte ai sensi della Convenzione. Il Comitato, una volta esaminato il rapporto, emana delle Osservazioni conclusive dirette in maniera specifica allo Stato oggetto di revisione, all'interno delle quali formula raccomandazioni e suggerimenti[21].

La Convenzione di New York ha indubbiamente costituito un vero e proprio caposaldo sul quale costruire la tutela del minore in nome del superiore interesse di quest'ultimo: non è un caso che, successivamente, anche a livello comunitario tale principio sia stato riconosciuto. Rileva, in particolare, l'art.

[21] Cfr. L. Mari, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi Urbinati*, 63, 2012.

24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, meglio nota come Carta di Nizza, elaborata nel 2000 e firmata poi a Strasburgo nel 2007. Fino quel momento, i bambini non erano mai stati menzionati in un trattato comunitario. Tuttavia, questa mancanza di competenza in passato non ha impedito al Parlamento europeo di mostrare una certa sensibilità nei confronti dei bambini con due interessanti risoluzioni: la Risoluzione del 13 maggio 1986 sulla Carta europea dei diritti dei bambini in ospedale e Risoluzione dell'8 luglio 1992 sulla Carta europea dei diritti del fanciullo.

Sono stati i drammatici episodi di pedofilia scoperti in Belgio nel 1995-1996 a far sì che le preoccupazioni per la protezione dei bambini diventassero in parte anche una responsabilità dell'Unione europea. In questi anni si sono susseguite numerose dichiarazioni delle presidenze e prese di posizione della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio. Va comunque sottolineato che, come precisato dalla Corte di Giustizia, «la tutela dei diritti dei minori è riconosciuta da diversi strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno aderito o con i quali hanno collaborato, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 19 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, e la Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dalla stessa Assemblea il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990»[22].

L'articolo 24 della Carta di Nizza non specifica il confine tra l'infanzia e l'età adulta, ma è ovvio che, poiché la sua fonte è la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, si tratta di 18 anni, a meno che la legislazione nazionale non stabilisca la maggiore età a un'età precedente.

La disposizione, poi, riconosce diritti e tutele speciali a tutti i bambini nel territorio degli Stati membri. La sua portata è universale, senza essere subordinata alla condizione di essere cittadino di uno Stato membro e di

[22] Si veda, in particolare, la causa C-540/03, Parlamento/Consiglio, punto 37.

essere cittadino dell'Unione. Sia il diritto interno che quello internazionale, compreso il diritto europeo, prevedono tutele specifiche in aggiunta ai diritti e alle tutele umane generali. La ragione oggettiva che giustifica un trattamento particolarmente favorevole si basa sul fatto che l'infanzia è una fase della vita in cui si dipende da altri esseri umani. Nell'infanzia, soprattutto nei primi anni di vita, tutti gli esseri umani hanno bisogno di essere nutriti, vestiti e curati, essendo assolutamente dipendenti dagli adulti. Dopo i primi anni di vita, continuano a dipendere dagli adulti per questi bisogni materiali e altri se ne aggiungono come conseguenza della loro mancanza di maturità fisica e intellettuale.

Successivamente, la priorità della loro crescita e educazione è condizionata dal necessario sostegno degli adulti. Il benessere che deve essere loro garantito all'interno dell'Unione riguarda quindi tutti gli ambiti: salute o benessere fisico, morale e intellettuale, ecc. L'Unione deve promuovere e gli Stati membri devono adottare misure positive di protezione per garantire il benessere a cui hanno diritto. Comporta anche un limite o un obbligo per l'Unione e gli Stati di astenersi dall'adottare misure che danneggino o impediscano questo benessere.

I bambini possono anche beneficiare di altre tutele speciali concesse ad altri gruppi, se anche loro sono svantaggiati, come i bambini con disabilità, i bambini abbandonati, i bambini appartenenti a minoranze religiose o etniche, ecc. In breve, l'infanzia dipende dalla protezione giuridica prima e dopo la nascita (anche se la Carta non vi fa riferimento, ma la Convenzione delle Nazioni Unite sì), e deve ricevere una protezione specifica sia attraverso le normative interne sia attraverso le convenzioni concluse nell'ambito di organismi specializzati, come nel caso della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York.

La Carta stabilisce, poi, seguendo la Convenzione del 1989, che la norma guida per tutte le azioni relative ai bambini è il cosiddetto "interesse superiore

del minore" (art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite e art. 24.2 della Carta). Si tratta, ovviamente, di una nozione soggettiva che opera principalmente nel campo della tutela giudiziaria. L'interesse superiore del bambino è un concetto ampio che si riferisce allo sviluppo integrale fisico, mentale, spirituale, morale e sociale del bambino[23].

Il principio in esame non è espressamente menzionato nel Trattato di Lisbona, anche se, come si è visto, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che si tratta di un principio che si ricava agevolmente dai diversi atti sovranazionali e che indirettamente lo stesso Trattato richiama. Il riferimento a tale principio è invece presente nelle Linee Guida adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010: tali Guidelines dovrebbero rappresentare uno strumento pratico per permettere agli Stati di adeguare gli ordinamenti ai diritti, agli interessi e ai bisogni dei minori.

Nelle Guidelines il riferimento al superiore interesse del minore è contenuto nella parte III, lett. b), secondo cui gli Stati membri dovrebbero assicurare l'effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano. In particolare, nel valutare l'interesse superiore dei minori coinvolti o interessati dovrebbe essere tenuti in giusta considerazione i loro punti di vista e le loro opinioni, dovrebbero essere salvaguardati in ogni momento tutti gli altri diritti del minore quali il diritto alla dignità, alla libertà e alla parità di trattamento, infine dovrebbe essere adottato un approccio globale da parte di tutte le autorità competenti, in modo da considerare tutti gli interessi in gioco tra cui il benessere psico-fisico nonché gli interessi legali, sociali ed economici del minore. Ancora, sotto il profilo processuale, le Guidelines precisano che «L'interesse superiore di tutti i minori interessati nello stesso procedimento o caso dovrebbe essere valutato

[23] L. Mari, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, cit., p. 25.

separatamente e soppesato nell'intento di conciliare eventuali interessi divergenti dei minori. Mentre le autorità giudiziarie hanno la competenza e la responsabilità ultime per l'adozione delle decisioni finali, gli Stati membri dovrebbero, se del caso, adoperarsi in modo concertato al fine di stabilire approcci multidisciplinari finalizzati a valutare l'interesse superiore dei minori nei procedimenti che li coinvolgono».

Inevitabilmente ci sarà sempre un certo margine nella sua applicazione a seconda dei criteri della persona, dell'istituzione o delle organizzazioni che svolgono la tutela e devono decidere per il bambino. Come è stato sottolineato[24], questo criterio è legato al fatto che il bambino in molte occasioni non può esercitare i diritti da solo e saranno le persone o le istituzioni individuali o collettive a renderli effettivi: appare, quindi, come un criterio o una linea guida per l'applicazione di queste norme. Dunque, in definitiva, si configura come un vero e proprio obbligo impreciso che può dar luogo a un conflitto di interessi: quelli del bambino, dei genitori, dei tutori, dello Stato, della società; in ogni caso, la priorità è costituita dai diritti del bambino.

1.5. L'interesse superiore del minore nella Costituzione

La Costituzione italiana, pur non citando esplicitamente l'espressione "interesse superiore del minore", ne abbraccia i principi attraverso le sue disposizioni. In particolare, l'articolo 2 riconosce e tutela i diritti fondamentali dell'individuo, sia individualmente sia all'interno delle comunità dove si esprime la propria personalità, il che include i diritti dei bambini e degli adolescenti.

[24] L. Mari, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, cit., p. 29.

L'articolo 3, poi, afferma l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, indipendentemente da differenze di genere, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni sociali, sottolineando il dovere dello Stato di eliminare gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza, facilitando così il completo sviluppo dell'individuo e la sua partecipazione attiva alla vita del Paese. Questi articoli sottolineano l'importanza di proteggere il benessere e i diritti dei minori, assicurando che le decisioni che li riguardano diano priorità al loro meglio interesse, promuovendo così la loro protezione e sviluppo[25].

La Costituzione italiana pone particolare enfasi sulla protezione dei minori e delle loro famiglie, dedicando specifici articoli a questo tema. L'articolo 30 stabilisce che i genitori hanno prima di tutto il dovere, e poi il diritto, di sostenere, educare e formare i propri figli, a prescindere dalla loro nascita dentro o fuori il matrimonio. Questo articolo chiarisce che i diritti genitoriali esistono a beneficio del figlio, con l'obiettivo di promuovere il suo sviluppo personale. Inoltre, prevede l'intervento statale in casi dove le carenze genitoriali compromettano il benessere del minore.

L'articolo 31, invece, valorizza la famiglia come ambiente fondamentale per la crescita e lo sviluppo dei bambini, sottolineando il dovere dello Stato di assistere le famiglie che si trovano in difficoltà. Questo articolo enfatizza anche la necessità di proteggere la maternità, l'infanzia e la giovinezza, avendo contribuito significativamente all'avanzamento dei diritti femminili in Italia, come dimostrato dall'introduzione di leggi a favore della maternità, quali la creazione dei consultori familiari e l'adozione del congedo di maternità obbligatorio[26].

---

[25] D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore: processo penale, politiche e procedimenti*, Milano, 2007, p. 24 ss.

[26] D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore: processo penale, politiche e procedimenti*, cit., p. 31.

L'articolo 34 della Costituzione italiana stabilisce il principio fondamentale secondo cui l'istruzione è accessibile a tutti, assicurando così il diritto all'educazione per ogni cittadino. Specifica che l'istruzione di base, per un periodo minimo di otto anni, è obbligatoria e gratuita. Per quanto riguarda l'istruzione superiore, pur non essendo obbligatoria, lo Stato si impegna a renderla accessibile anche a chi si trova in condizioni economicamente svantaggiate, attraverso misure quali borse di studio o sostegni finanziari alle famiglie.

Va sottolineato che una legge successiva, la n. 296 del 2006, ha ampliato l'obbligatorietà dell'istruzione a dieci anni, estendendo l'età dell'obbligo scolastico fino ai sedici anni. Questa evoluzione riflette l'importanza crescente attribuita all'istruzione come leva per lo sviluppo individuale e collettivo, considerando che al momento della redazione della Costituzione, nel 1948, garantire l'accesso universale all'istruzione rappresentava un obiettivo ambizioso e di fondamentale importanza per la coesione e il progresso sociale.

L'articolo 37, invece, si concentra sulla protezione dei minori nel contesto lavorativo, stabilendo un'età minima per l'ingresso nel mondo del lavoro e imponendo restrizioni per salvaguardare il benessere dei giovani lavoratori. La legislazione vieta il lavoro minorile fino ai 15 anni e regolamenta quello degli adolescenti dai 15 ai 18 anni, condizionandolo al superamento di un controllo medico che ne attesti la capacità di svolgere l'attività lavorativa senza rischi per la salute e all'assicurazione che il minore possa proseguire il proprio percorso formativo fino al compimento del diciottesimo anno di età. Queste disposizioni sottolineano l'impegno dello Stato nel proteggere i giovani, equilibrando le esigenze di formazione e quelle lavorative in una fase critica del loro sviluppo.

L'articolo in questione si dedica a stabilire un ambiente di lavoro equo per i minori, enfatizzando la necessità di una retribuzione giusta. Ciò mira a evitare

ogni forma di sfruttamento lavorativo dei giovani, assicurando che la loro paga sia adeguata e libera da discriminazioni legate all'età. L'intenzione è quella di tutelare i diritti e la salute dei minori all'interno del mondo del lavoro, prevenendo abusi o situazioni di sfruttamento.

Questo articolo è un pilastro nella protezione dei minori, indicando che ogni decisione relativa a loro, come le questioni di custodia, affidamento, educazione, e generale benessere, deve essere presa tenendo in considerazione il loro miglior interesse. Questo principio sostiene che, in caso di divergenze tra gli interessi dei genitori e quelli dei minori, la priorità deve essere data al benessere e alla sicurezza dei bambini.

Pare evidente, dunque, che sebbene la locuzione "superiore interesse del minore" non appaia esplicitamente nel testo della Costituzione italiana, il concetto di proteggere i diritti dei minori e di favorire il loro sviluppo positivo è un tema ricorrente, che si riflette nei principi generali sui diritti umani delineati dalla Costituzione stessa[27].

1.6. La questione penale minorile nell'evoluzione legislativa e nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima della riforma attuata con d.p.r. n. 448/1988

Fino agli anni '80 del XX secolo, il sistema di giustizia penale dedicato ai minori si caratterizzava per la sua scarsa specificità e flessibilità. Le leggi penali applicate ai giovani, per la maggior parte derivanti dal Codice penale del 1930, erano le stesse previste per gli adulti, con poche eccezioni. Non era stata data particolare attenzione alla condizione unica dei minori nella legislazione, che si applicava automaticamente anche a loro, sia nel Codice penale che in quello di procedura penale, e nella legge penitenziaria. Tutto ciò

[27] D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore: processo penale, politiche e procedimenti*, cit., p. 45.

cambiò con il decreto del presidente della Repubblica del 22 settembre 1988, n. 448, che introdusse norme specifiche per il processo penale dei minori.
Il Tribunale per i minorenni fu creato dal regio decreto-legge del 20 luglio 1934, n. 1404, successivamente convertito in legge con alcune modifiche nel 1935. Questa istituzione fu il culmine di vari progetti di riforma e delle idee promosse dai movimenti umanitari internazionali delle epoche precedenti. Rifletteva anche l'influenza delle teorie positivistiche di quel periodo, che favorivano un approccio meno severo alle pene e l'importanza dell'educazione per i giovani. Nonostante ciò, il suo sviluppo fu anche influenzato dal regime fascista, il quale promosse la creazione del Tribunale più per motivi di immagine che per una reale convinzione sulla necessità di supportare lo sviluppo dei minori[28].
Il decreto mirava a istituire un sistema giudiziario specializzato per i minori che fosse il più completo e ampio possibile. L'obiettivo era di orientare nuovamente l'approccio punitivo verso obiettivi di reinserimento sociale dei giovani, promuovendo iniziative di prevenzione della criminalità giovanile attraverso la rieducazione dei giovani deviati. Inoltre, si cercava di garantire che i giovani che avevano commesso reati potessero reintegrarsi nella società senza che i loro passati li stigmatizzassero.
Con l'adozione della Costituzione nel 1948, il sistema di giustizia penale per i minori dovette aggiornarsi per allinearsi ai nuovi principi costituzionali. Questo processo vide un importante sviluppo con la legge del 25 luglio 1956, che modificava il decreto originario del 1934, introducendo l'affidamento dei giovani a servizi sociali come parte del loro percorso rieducativo. Questa legge enfatizzava il ruolo dei servizi sociali nel fornire supporto e supervisione ai giovani, oltre a mantenere e promuovere il contatto con le loro

[28] E. Esposito, *La nascita e l'evoluzione della giustizia penale minorile*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, marginalità e devianza*, 2013, disponibile *on line* su *www.altrodiritto.unifi.it.*

famiglie, evidenziando l'importanza di affrontare le cause sottostanti del comportamento deviante.

L'assetto istituzionale «continuò, comunque, ad essere segnato dalla logica della separazione e della differenziazione anche se si tese a sottolineare meno lo scopo della difesa sociale, enfatizzando invece maggiormente la rieducazione. La società italiana credeva ancora saldamente nell'istituzione totale, anche per i minori, e appoggiò l'incremento di questa forma di risposta, anche se non la intese più come un espediente di risanamento morale, ma come una misura transitoria finalizzata alla rieducazione»[29].

Sebbene le riforme introdotte abbiano ampliato la considerazione dei minori nel sistema giudiziario penale, esse non assicuravano da sole un'interazione totalmente priva di traumi per i giovani coinvolti. Questo ha portato alla necessità di un intervento diretto della Corte costituzionale. La Corte, attraverso varie sentenze nel tempo, ha giocato un ruolo cruciale nell'evidenziare la particolarità dei minori nel contesto penale, sottolineando l'importanza dell'effetto deterrente della pena attraverso la sua applicazione in casi specifici.

Nell'ambito della giustizia penale minorile, la Corte ha chiaramente distinto tra l'obiettivo di far valere la pena e l'obbligo dello Stato di favorire il reinserimento sociale del minore, considerando quest'ultimo prioritario rispetto alla semplice applicazione della pena. Questo obbligo di reinserimento si fonda su principi costituzionalmente riconosciuti, in particolare sull'articolo 31 della Costituzione, che si focalizza sulla protezione dei minori. Questo approccio riflette la visione che il benessere e il recupero dei giovani dovrebbero essere al centro delle politiche e delle pratiche

[29] G. De Leo, P. Cuomo, *La delinquenza minorile come rappresentazione sociale. Ipotesi interpretative e di ricerca*, Venezia, 1983, p. 67 s.

giudiziarie, evidenziando l'importanza di un trattamento che va oltre la mera punizione per abbracciare un'ottica di rieducazione e reinserimento[30].

Trattasi di un *quid* di estrema rilevanza, più volte invocato nella giurisprudenza della Consulta; già nel 1964 la Corte difatti evidenziava che «la giustizia minorile ha una particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni; e la istruzione sommaria, per la rapidità con cui viene condotta e per la normale facilità delle indagini rispetto a reati commessi da chi, anche per ragioni di età, non è in grado di modificare od alterare gli elementi di prova, appare più aderente alle finalità che si vogliono raggiungere. Mentre, per quanto attiene più specificatamente ai diritti della difesa, va richiamato il pensiero già espresso in altre sentenze da questa Corte e cioè che la garanzia di tale diritto non esclude che le modalità del suo esercizio siano regolate secondo le speciali caratteristiche della struttura di ciascun procedimento»[31].

La tutela del minore, quindi, ad avviso della Corte, rappresenta un interesse rilevante: «la tutela dei minori si colloca così tra gli interessi costituzionalmente garantiti, come questa Corte ha sottolineato in varie pronunce[32]; ed il tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive

---

[30] Cfr. sul punto Corte Cost., sent. 16 -30 aprile 1973, n. 49, con la quale si dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, primo comma, («per i reati di competenza del tribunale per i minorenni si procede sempre con istruzione sommaria») r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, convertito, con modificazioni, in l. 27 maggio 1935, n. 835 *("Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*"), sollevata con riferimento agli artt. 3 e 25, primo comma, della Costituzione (per i testi dei quali si rinvia *supra*, § 1.2, p. 11-15), dal Tribunale per i minorenni di Roma con ordinanza 17 dicembre 1970, in *www.giurcost.org*.

[31] Corte Cost., sent. 4 - 23 marzo 1964, n. 25, in *www.giurcost.org*. In dottrina S. Furfaro, *Sub art. 27*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al dpr. 448/1988*, III edizione, Milano, 2009, p. 453 ss.

[32] Cfr. Corte Cost., sent. 6 - 14 aprile 1965, n. 25. V., inoltre, Corte Cost., sent. 9 aprile - 8 giugno 1981, n. 96. nonché Corte Cost., sent. 29 gennaio - 10 febbraio 1981, n. 17, tutte in *www.giurcost.org*., con la quale la Corte dichiarò non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 425, comma primo («Le nullità verificatesi negli atti preliminari del giudizio sono sanate, se non siano dedotte immediatamente dopo compiute le formalità di apertura del dibattimento») cod. proc. pen. del 1930 e 16 («Le udienze del tribunale per i minorenni e della sezione di Corte d'appello per i minorenni sono tenute a porte chiuse e

attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, ben può essere annoverato tra quegli istituti dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla "protezione della gioventù". A conferma di tale configurazione stanno la particolare struttura del collegio giudicante (composto, accanto ai magistrati togati, da esperti, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia), gli altri organi che ne preparano o "fiancheggiano" l'operato, nonché le peculiari garanzie che assistono l'imputato minorenne nell'*iter* processuale davanti all'organo specializzato. E tutto ciò, appunto, in vista dell'essenziale finalità del "recupero del minore deviante", mediante la rieducazione ed il reinserimento sociale dello stesso, in armonia con la finalità contenuta nel terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, nonché dall'art. 14, paragrafo 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici[33], a norma del quale la procedura applicabile ai minorenni rispetto alla legge penale dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro rieducazione»[34].

---

possono intervenirvi, oltre gli imputati, la parte lesa, i testimoni ed i difensori, i prossimi congiunti dell'imputato, il tutore o il curatore dello stesso ed il rappresentante del locale Comitato di patronato dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e della infanzia, nonché i rappresentanti di comitati per l'assistenza e la protezione dei minori che il presidente riconosce di sicura serietà ed efficienza. Il presidente può disporre che l'imputato sia allontanato durante l'esecuzione di qualche mezzo di prova e durante la discussione della causa») r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 (*Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni*) convertito, con modificazioni, in l. 27 maggi0 1935, n. 835 sollevata dal Tribunale per i Minorenni di Venezia, con ordinanza 23 novembre 1975, in riferimento agli artt. 1, comma secondo, 2, comma primo, 3, comma primo, e 31, comma secondo (cfr. §1.2, p. 11-15), della Costituzione. Sul punto si veda, in letteratura, R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, III edizione, Padova, 2007, p. 88 ss.

[33] Adottato a New York il 19 dicembre 1966 la cui ratifica ed esecuzione per lo Stato italiano sono state disposte con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

[34] Corte Cost. sent. 15 - 15 luglio 1983, n. 222, con la quale si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 («Sono di competenza del tribunale per i minorenni tutti i procedimenti penali per reati commessi dai minori degli anni diciotto, che secondo le leggi vigenti sono di competenza dell'autorità giudiziaria. La disposizione non è applicabile quando nel procedimento vi sono coimputati maggiori degli anni diciotto, a meno che il procuratore generale presso la Corte d'appello, con suo provvedimento insindacabile, non

In un'importante decisione del 1987, l'anno prima che venisse riformato il sistema di giustizia penale per i minori, la Corte costituzionale ha sollevato questioni significative riguardo alla legge che regolamentava l'estradizione dei minori verso gli Stati Uniti. Questa legge, secondo la Corte, non era in linea con i principi costituzionali italiani che mirano a proteggere i giovani. La Corte ha messo in evidenza come il sistema americano, in particolare lo stato di New York, trattasse i minori di età compresa tra i sedici e i diciotto anni come completamente imputabili, senza necessariamente considerare la loro capacità di comprendere e di volere, a differenza dell'Italia, dove un minore di diciotto anni è considerato imputabile solo dopo aver dimostrato la sua capacità di intendere e di volere.

Questo approccio, per la Corte, espone i giovani al rischio di essere processati e condannati senza un adeguato riconoscimento della loro capacità mentale e senza la possibilità di beneficiare di un trattamento che tenga conto della loro età e della necessità di rieducazione. La decisione evidenziava quindi una preoccupazione fondamentale per la protezione dei diritti dei minori e per l'adeguatezza delle misure punitive applicate loro, in contrasto con pratiche che potrebbero non garantire una protezione simile.

La Corte costituzionale ha rilevato una fondamentale incompatibilità con i principi sanciti dalla Costituzione italiana, in particolare con gli articoli 27, commi 1 e 3, riguardo alla questione della responsabilità penale e alla capacità di intendere e di volere. Secondo la Corte, la legge deve riconoscere che non si può attribuire responsabilità penale a chi non possiede una piena capacità di comprendere le proprie azioni e le loro conseguenze, o di agire con volontà

---

deliberi che a carico dei coimputati maggiori degli anni 18 si proceda separatamente. Tale facoltà può essere esercitata fino a quando non sia per la prima volta aperto il dibattimento») r.d.l. 20 luglio 1934, n.1404 *(Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*) convertito, con modificazioni, in l. 27 maggio 1935, n.835, "nella parte in cui sottrae alla competenza del tribunale per i minorenni i procedimenti penali a carico di minori coimputati con maggiorenni per concorso nello stesso reato", in *www.giurcost.org.*

consapevole. Questo concetto è al cuore della personalizzazione della responsabilità penale, come stabilito dal primo comma dell'articolo 27 della Costituzione, che implica che ogni individuo debba essere considerato responsabile solo per azioni che ha compiuto consapevolmente e volontariamente[35].

Inoltre, la Corte sottolinea come la punizione debba avere lo scopo di rieducare il condannato, una finalità che risulta irraggiungibile se l'individuo non è in grado di comprendere il significato rieducativo della pena o di desiderare attivamente la propria reintegrazione nella società. Questo approccio pone l'accento sulla necessità che il sistema giuridico riconosca e integri la capacità di intendere e di volere come prerequisiti fondamentali per l'attribuzione della responsabilità penale, in linea con l'obiettivo costituzionale di promuovere la rieducazione piuttosto che la mera punizione[36].

Le decisioni della Corte costituzionale evidenziano alcuni punti fondamentali riguardo alla tutela dei minori, specialmente in situazioni in cui questi ultimi vengono a contatto con il sistema giuridico a seguito di reati. In primo luogo, è essenziale proteggere i minori in quanto tali, e questa protezione deve essere richiesta innanzitutto allo Stato. Questo significa che, anche di fronte a un reato commesso da un minore, lo Stato ha la responsabilità di lavorare per il suo recupero e rieducazione, anziché limitarsi alla punizione.

Tale tutela viene principalmente affidata al pubblico ministero, che nel contesto dei procedimenti minorili, assume un ruolo unico. Oltre ad essere

---

[35] Cfr. F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, III edizione, Milano, 2002, p. 61 ss.

[36] Corte Cost., sent. 8 - 15 aprile 1987, n. 128, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della l. 9 ottobre 1974, n. 632, recante "*Ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione fra la Repubblica Italiana e gli Stati Uniti d'America*", nella parte in cui, ratificando il trattato di specie, firmato a Roma il 18 gennaio 1973, consente l'estradizione dell'imputato ultraquattordicenne ed infradiciottenne finanche nei casi in cui l'ordinamento della parte richiedente esso non consideri minore, *in www.giurcost.org.*

responsabile dell'avvio delle azioni penali, il pubblico ministero contribuisce attivamente al processo di recupero del minore, rendendo questa funzione prioritaria rispetto alla semplice applicazione di una sanzione. Questo approccio riflette una scelta legislativa considerata ragionevole e giustificabile, volta a bilanciare l'esigenza di giustizia con quella della rieducazione e del benessere del minore[37].

Il tribunale per i minorenni, con le sue funzioni penali, civili e amministrative, gioca anch'esso un ruolo chiave nel proteggere i minori dalle conseguenze negative derivanti dall'interazione con il sistema penale. La sua composizione è specificamente progettata per perseguire l'obiettivo di tutela del minore. Importante è anche il contributo di altri organi e servizi, come i servizi sociali minorili e i cittadini, che possono segnalare situazioni di rischio e supportare l'azione del tribunale e del pubblico ministero nel processo di recupero e rieducazione del minore[38].

Le decisioni della Corte evidenziano l'importanza di considerare il processo penale minorile come un'opportunità primaria per il recupero sociale del giovane coinvolto, anziché focalizzarsi esclusivamente sulla punizione da parte dello Stato. Viene sottolineata l'importanza di posizionare il minore imputato al centro del processo, riconoscendo la sua condizione unica come elemento fondamentale per tutti i partecipanti al processo.

Successive sentenze hanno poi chiarito l'utilità di preferire misure alternative alla punizione tradizionale e all'incarcerazione. Queste decisioni pongono l'accento sulla necessità di un approccio integrato e unitario al trattamento penale dei minori, in cui le leggi e le procedure mirino a promuovere il reinserimento sociale del giovane attraverso servizi e programmi alternativi alla detenzione, enfatizzando così l'obiettivo di rieducazione e recupero[39].

---

[37] Corte Cost., sent. 16 - 30 aprile 1973, n. 49, cit.
[38] Corte Cost., sent. 15 - 15 luglio 1983, n. 222, in *www.giurcost.org.*
[39] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., 6 marzo 1979, "X", in *Cassazione penale*, 1980, p. 1101.

1.7. I princìpi fondamentali del processo penale minorile

In via preliminare, è opportuno rilevare che il dpr. n. 448/1988 contiene alcuni princìpi specifici per il processo minorile, i quali si atteggiano in modalità diversa rispetto a quelli di cui al codice di procedura penale per "adulti"[40]. Anzitutto, l'articolo 1 del decreto stabilisce che, nel procedimento giudiziario riguardante i minorenni, devono essere applicate le disposizioni di tale decreto e, quando non previsto, quelle del codice di procedura penale. Queste norme vanno interpretate e messe in pratica tenendo conto della personalità del minore e delle sue necessità educative.

Questo introduce un criterio di adeguatezza per valutare le regole del codice di procedura penale, basato sui principi e sugli obiettivi specifici del processo penale minorile, come delineato dalla legge delega n. 81/1987. Si è sottolineato in precedenza che il processo penale per i minori deve essere costruito rispettando i principi costituzionali, in particolare quelli espressi negli articoli 2, 3, 29, 30, 31, 32, e 34 della Costituzione, focalizzandosi sulle esigenze educative del minore.

In questo modo, il legislatore delegato è incaricato di assicurare che il processo penale per i minori sia adeguatamente strutturato attorno a disposizioni specifiche che tengano conto delle necessità educative dei giovani[41].

Le disposizioni contenute nel dpr n. 448/1988 possono essere viste come i pilastri su cui si basano i principi generali del nuovo sistema di giustizia

[40] Sui princìpi del nuovo processo penale minorile si v. E. Pennisi, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 40 ss.; S. Giambruno, *Il processo penale minorile*, Milano, 2004, p. 101 ss.; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 90 ss.

[41] Cfr. in particolare G. Giostra, in Id. (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al dpr. 448/1988*, IV edizione, Milano, 2016, p. 10 ss.

penale minorile, fungendo da modifica e completamento delle norme presenti nel codice di procedura penale. Questa considerazione introduce l'idea che il decreto stesso rappresenta una fonte di principi generali per il processo penale minorile.

Di conseguenza, emerge l'esigenza di un'ulteriore valutazione che deve essere condotta seguendo un criterio incentrato sull'educazione. Tale valutazione consiste nel determinare quali norme del codice di procedura penale siano compatibili con i principi fondamentali del sistema giudiziario minorile, in base a una valutazione specifica delle disposizioni in questione.

In questo contesto, l'adeguatezza diventa la chiave per definire come applicare le norme all'interno del sistema giudiziario minorile, tenendo conto della personalità del minore e delle sue necessità educative durante l'applicazione delle norme. Questo approccio sottolinea l'obiettivo educativo, responsabilizzante e finalizzato al processo penale minorile, legando strettamente l'adeguatezza alle caratteristiche individuali del minore e ai suoi bisogni di sviluppo[42].

[42] Costituiscono piena espressione del principio di adeguatezza, innanzitutto, il dovere di informazione, previsto dall'art. 1, comma 2, del decreto, come necessaria premessa della possibilità di adeguare le attività processuali e l'epilogo del processo alle esigenze educative del minorenne sotto il profilo della sua capacità di comprenderli e di farli propri; gli accertamenti sulla personalità del minorenne, regolati *ex art.* 9 dpr. 448/1988, secondo cui «il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità. Tali accertamenti sono funzionali al fine di disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili». Ancora: rispondono all'esigenza di adeguatezza la necessità di non interrompere i processi educativi in atto (art. 19, comma 2, dpr. 448/1988); la pronuncia di non luogo a procedere come necessità di adeguamento del procedimento in quanto tale alle esigenze educative del minorenne al cospetto di una irrilevanza del fatto (art. 27 dpr. 448/1988); la necessità di tenere conto della personalità e delle esigenze del minore nel decidere sull'applicazione dell'irrilevanza del fatto (art. 27 dpr. 448/1988); la possibilità di disporre la comparizione coattiva dell'imputato e l'allontanamento dell'esercente la potestà genitoriale nonché di escludere la presenza delle figure di assistenza durante il compimento di atti per i quali è richiesta la partecipazione del minorenne nell'interesse di

L'adeguatezza è un principio chiave nel processo penale per i minori, sottolineando l'importanza di orientare il procedimento verso la ripresa dell'educazione del minore, il cui percorso può essere stato interrotto o deviato a causa dell'atto criminale commesso. La riforma pone l'accento sulla necessità che il processo stesso contribuisca attivamente all'educazione del giovane, dotandolo di una funzione educativa intrinseca.[43].

Per quanto riguarda il principio di minima offensività, questo tocca vari aspetti, alcuni legati alla struttura del processo e altri a specifiche fasi procedurali. La dottrina ha spesso fatto notare che, in Italia, l'applicazione integrale di questo principio nel contesto minorile è stata limitata dalla prescrizione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale (articolo 112 della Costituzione), che rappresenta un vincolo significativo. Questo impedisce di adattare completamente il sistema giudiziario alle peculiarità psico-sociali dei minori e alle necessità del loro percorso educativo. Tuttavia, le misure introdotte con la legislazione del 1988 cercano di ridurre l'impatto negativo del processo, conformemente all'obiettivo di favorire il recupero del minore, agendo principalmente dopo l'avvio dell'azione penale[44].

Nel contesto del processo penale minorile, emergono due aspetti cruciali legati alla sua struttura: il primo riguarda l'efficienza del sistema penale, osservando come un numero limitato di processi avviati culmini in una condanna definitiva al primo grado di giudizio, una percentuale che si abbassa ulteriormente al seguito di eventuali appelli. Questo porta a considerare l'importanza di evitare inutili disagi, sia dal punto di vista psicologico che economico, per l'imputato e per l'intero sistema giudiziario, il quale è

---

questo (art. 12, comma 3, dpr. 448/1988): tutto ciò alla stregua di criteri di adeguamento del rito alle esigenze educative (adeguatezza, proporzionalità, *etc*.).

[43] A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, III edizione, Bologna, 2002, p. 483.

[44] A. Nicolì, *L'alternativa tra azione penale e diversion nei sistemi di giustizia minorile*, in *Critica penale*, 1999, p. 121.

appesantito dal volume di processi che non arrivano ad una conclusione sanzionatoria.

Tale principio di efficienza è fondamentale per l'intero apparato giudiziario e trova specifica applicazione anche nel processo penale minorile, beneficiando di normative particolari che mirano non solo a evitare l'inefficacia ma anche il danno potenziale del proseguimento del procedimento. Un esempio significativo è rappresentato dalla norma che permette di dichiarare il non luogo a procedere per insignificanza del fatto quando il proseguimento del procedimento potrebbe compromettere l'obiettivo educativo nei confronti del minorenne, come stabilito dall'art. 27 del dpr. n.448/1988[45].

Questo porta a riflettere sul possibile conflitto tra l'effetto potenzialmente dannoso del processo penale minorile e lo scopo rieducativo e di responsabilizzazione dallo stesso perseguito. Tale conflitto si manifesterebbe qualora si adottasse un'interpretazione letterale dell'art. 27 della Costituzione, interpretazione che risulterebbe però incompatibile con i principi del sistema penale minorile. Di conseguenza, è necessario adottare un approccio differente che si fondi sul riconoscimento che l'art. 27 del dpr. n. 448/1988 svolge una funzione di alleggerimento del carico processuale, con l'obiettivo di evitare processi non giustificati da reali necessità educative e di responsabilizzazione, soprattutto in casi di lieve entità o di comportamenti occasionali.

Alcune azioni non necessitano di un intervento penale, poiché l'ordinamento giudiziario considera più appropriato non intervenire. In tali situazioni, se fosse stato ritenuto essenziale perseguire la finalità educativa, questa avrebbe

[45] Cfr. sul tema A. Bandini, U. Gatti, *Evoluzione e crisi nel sistema della giustizia minorile. Una difficile scelta tra punizione e educazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 98 ss.

avuto la precedenza sull'efficienza del processo, il quale sarebbe quindi proseguito[46].

Inoltre, il concetto di de-stigmatizzazione, che deriva dall'esigenza di non nuocere il minore, rappresenta un'estensione del principio di minima offensività, mirando a proteggere l'identità personale e sociale del giovane dall'auto-deprezzamento e dalla valutazione negativa da parte degli altri. Il rischio di stigmatizzazione, derivante dal semplice fatto di essere coinvolti in un procedimento giudiziario, può portare a conseguenze negative per l'immagine sociale del minore.

Dopo l'adozione del dpr. n. 448/1988, evitare la stigmatizzazione implica assicurare privacy e anonimato al di fuori della sfera sociale. Questo si realizza attraverso diverse misure, in particolare: 1) sottolineando l'insignificanza sociale dell'azione per ridurre l'impatto negativo sulla personalità del minore derivante dal coinvolgimento nel processo; 2) prevedendo l'annullamento del reato in caso di esito positivo di un periodo di prova, evitando così registrazioni permanenti nell'archivio giudiziario; 3) vietando la pubblicazione e la diffusione di informazioni che potrebbero permettere l'identificazione del giovane coinvolto, per tutelarne l'anonimato e la riservatezza[47].

---

[46] L'esigenza di attenuare la medesima offensività del processo nei confronti dei minorenni, inoltre, è stata esplicitamente riconosciuta dalla Corte costituzionale avendo riguardo alla sospensione del processo con messa alla prova. Cfr., sul punto, Corte Cost., sent. 5 - 14 aprile 1995, n. 125, in *www.giuricost.org*, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 4 («La sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato»), d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*), nella parte in cui prevedeva che la sospensione non potesse essere disposta se l'imputato richiedeva il giudizio abbreviato, nonché l'illegittimità costituzionale dell'identica disposizione (*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni)*, nella parte in cui si prevedeva che la sospensione non potesse essere disposta se l'imputato optava per il giudizio immediato.

[47] Cfr. dpr. 22 settembre 1988, n. 448, art. 13, comma 1, stante cui «sono vietate la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento».

Tale normativa mira a limitare il legame tra il processo giudiziario e la società, in modo da evitare la cosiddetta vittimizzazione secondaria. Questa tipologia di vittimizzazione si riferisce ai danni aggiuntivi che possono sorgere dall'esperienza dell'imputato con il sistema giudiziario, i quali, in alcuni casi, possono risultare più nocivi del processo stesso.

La presente disposizione si allinea con l'obiettivo di assicurare che il procedimento penale non abbia effetti negativi sui minori, promuovendo piuttosto la continuità dell'educazione invece di innescare dinamiche negative derivanti dall'ingresso nel sistema penale.

Ulteriori misure includono la riservatezza delle udienze (come specificato nell'articolo 33, comma 1, del dpr. n. 448/1988) e regole particolarmente stringenti riguardanti le annotazioni nel casellario giudiziale. Quest'ultimo registra la "storia" giudiziaria di una persona, facendo sì che ogni trasgressione diventi un marchio indelebile, contribuendo significativamente al processo di stigmatizzazione. Il casellario giudiziario è stato oggetto di critiche, specialmente per il suo potenziale di aumentare la devianza, un effetto che risulta particolarmente dannoso per gli adolescenti, considerata la loro età caratterizzata da cambiamenti e adattamenti.

Le restrizioni sull'inserimento dei dati dei minori nel casellario giudiziario una volta raggiunta la maggiore età riflettono l'intenzione di non considerare l'adolescenza come un periodo che definisce in modo permanente il corso della vita di una persona. Pertanto, sembra appropriato che la "storia" giudiziaria di un individuo inizi a formarsi in modo concreto solo dopo aver raggiunto la maggiore età, ad eccezione di reati particolarmente gravi come, per esempio, l'omicidio.

Il principio di autoselettività nel contesto del processo penale per i minori sfrutta i vantaggi di un sistema giudiziario meno sovraccarico, similmente a quanto avviene nel processo penale per gli adulti, ma introduce anche specifiche misure per filtrare i casi.

Tra queste misure, vi è l'eliminazione delle azioni di minore gravità, attraverso un processo di selezione che valuta l'importanza del fatto commesso (come indicato nell'articolo 27 del dpr. n. 448/1988); inoltre, si prevede la possibilità di chiudere il processo se il minore dimostra un comportamento che, alla luce dei fatti, non merita una sanzione penale.

Per quanto riguarda il principio di indisponibilità del rito e dell'esito, è importante sottolineare che, a differenza del processo penale ordinario dove l'imputato adulto può avere un ruolo attivo nel determinare il corso e l'esito del processo, nel contesto minorile la situazione è diversa. I minori possono essere obbligati a partecipare al processo (come specificato nell'articolo 25, comma 1, del dpr. 448/1988) e non hanno la possibilità di negoziare l'esito del processo come gli adulti.

Il principio in esame mira a garantire che il minore affronti il processo in modo che sia ritenuto più adeguato alla sua condizione e al suo sviluppo, anziché consentire negoziati che potrebbero non tener conto del suo superiore interesse. Tale normativa, da una parte, non fonda una disponibilità dell'esito del processo mentre, dall'altra, si limita a consentire la rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, come garantito dall'art. 111 Cost., in vista della definizione del processo in una fase antecedente a quella del dibattimento mediante i riti alternativi a quest'ultimo.

Il principio di limitazione dell'uso della detenzione nel sistema di giustizia penale minorile è chiaramente evidente, sia attraverso le restrizioni applicate in situazioni come l'arresto in flagrante, il fermo per sospetto di reato e la custodia cautelare, sia nell'incremento delle alternative alla detenzione. Il principio in questione riflette l'idea fondamentale che guida tutte le normative relative al processo penale per i minori, ovvero che l'incarcerazione dovrebbe essere considerata solo come ultima opzione. Questa enfasi sulla minimizzazione dell'uso del carcere deriva non tanto da un'adesione a ideali liberali e garantisti, quanto piuttosto dalla volontà di salvaguardare il diritto

dei minori a crescere in un ambiente che favorisca il loro sviluppo fisico e mentale senza ostacoli.

Il legislatore ha preferito promuovere un approccio preventivo, offrendo ai giovani in difficoltà opportunità per un cambiamento positivo e per una riflessione critica su comportamenti nocivi, con l'obiettivo di costruire una società futura più sicura. Questo approccio si contrappone a una filosofia più repressiva, che tende a fare un uso più estensivo della detenzione, anche a scopo preventivo, per motivi di ordine pubblico, ottenendo risultati immediati ma effimeri che placano le preoccupazioni dell'opinione pubblica nel breve termine.

L'adozione di questo principio ha portato a una riduzione del numero di minori detenuti, riflettendo un cambiamento culturale che tende a distinguere tra la devianza degli adulti e quella dei minori, considerando quest'ultima più come una questione sociale piuttosto che un problema di ordine pubblico. Per realizzare con successo questi obiettivi preventivi, è necessario impiegare strumenti efficaci e investire significative risorse economiche e umane[48].

[48] F. Occhiogrosso, *Il processo nella prospettiva dei nuovi diritti*, in Id. (a cura di), *Il processo penale minorile*. *Prime esperienze. Atti del Convegno* (Bari, 30 marzo-1° aprile 1990), Roma, 2007*,* p. 157. L'autore rileva che la diminuzione della popolazione carceraria minorile determina l'insorgenza di nuovi problemi. In particolare, rileva la questione della solitudine: spesso il minore non vive in un gruppo (anche se, invero, quest'ultimo può anche essere "criminogeno"), stante l'*id quod plerumque accidit*, manca, soprattutto nei centri di prima accoglienza, di tal che questo isolamento finisce per rappresentare una punizione che, pur involontaria, può condurre ad effetti depressivi. I minori detenuti per reati di criminalità organizzata si trovano in una "posizione" più delicata rispetto agli ulteriori minori delinquenti in quanto costoro vengono trasferiti in un carcere lontano dalla propria "area" di residenza per motivi di protezione della propria incolumità situazione, però, che finisce per costituire una punizione più severa rispetto alla pena in sé e per sé ritenuta.

1.8. Specializzazione del giudice e diritto al trattamento individualizzato del minore

La responsabilità dello Stato nel sostenere il reinserimento sociale dei minori è fondamentale, poiché orienta l'approccio generale alla giustizia penale minorile. Tale posizione pone come figura di spicco il giudice per i minorenni, incaricato di equilibrare la protezione dei diritti dei giovani con le sfide poste dai cambiamenti sociali, influenzando il diritto all'educazione. Come evidenziato precedentemente, questo diritto si manifesta nell'obbligo di supportare i minori nel loro percorso di reinserimento sociale e educazione, considerando la loro personalità in costante sviluppo.

L'importanza di un approccio specializzato nella gestione delle questioni legate ai minori è stata riconosciuta con la creazione del tribunale per i minorenni, come stabilito dal regio decreto-legge del 20 luglio 1934, n. 1404, e successivamente modificato nella legge del 27 maggio 1935, n. 835. Tale tribunale, operante in ogni distretto della Corte di appello, era originariamente composto da un magistrato di grado equivalente a quello di consigliere di Corte d'appello, un magistrato con il grado di giudice e un giudice onorario, selezionato per le sue competenze non giuridiche[49].

I membri venivano nominati tramite decreto reale per un mandato di tre anni, rinnovabile per un ulteriore triennio, su suggerimento del Presidente del Tribunale dei minorenni, mentre i giudici onorari venivano nominati su proposta del Ministro della giustizia.

Con l'introduzione della Costituzione, è emersa con forza la necessità di adottare un atteggiamento alla giustizia per i minori che fosse più personalizzato, concentrato sulla loro individualità e sul loro diritto all'educazione. Il verificarsi di un siffatto cambiamento di prospettiva ha

[49] E. Pennisi, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, cit., p. 55 ss.

portato a riconoscere che affrontare le problematiche legate ai comportamenti devianti dei minori non richiedeva il loro isolamento, ma piuttosto un loro coinvolgimento attivo in percorsi educativi, con il supporto delle loro famiglie e delle comunità di appartenenza.

In tale contesto, e in linea con il principio di rieducazione della pena sancito dall'articolo 27, comma 3, della Costituzione, si è sviluppata l'idea di necessità di riformare l'approccio alla criminalità minorile. Un passo significativo in questa direzione è stato il decreto presidenziale n. 448 del 1988, che ha rivoluzionato il sistema di giustizia minorile introducendo importanti modifiche alla procedura penale.

Oggi, il Tribunale per i minorenni è caratterizzato da una struttura complessa, con diverse sezioni interne e un ampio spettro di funzioni. Tra queste, il giudice per le indagini preliminari dei minori opera come organo singolo, definito nell'articolo 50 bis, primo comma, del regio decreto del 30 gennaio 1941, n. 12, che regola l'ordinamento giudiziario. Allo stesso modo, il giudice dell'udienza preliminare, che è un organo collegiale come descritto nell'articolo 50 bis, secondo comma, dello stesso regio decreto, modificato dal DPR n. 448/88, è composto da un magistrato presidente e due giudici onorari, uno uomo e una donna. La composizione del Tribunale e il ruolo specifico che svolge nel processo penale minorile sottolineano l'unicità dell'impostazione della giustizia minorile, distinguendolo significativamente da quello ordinario[50].

Il Tribunale per i minorenni è strutturato in un'organizzazione specifica che prevede la presenza di quattro giudici: due sono magistrati professionisti, con uno che funge da presidente, e gli altri due sono giudici onorari, selezionati per garantire la rappresentanza di entrambi i sessi, come richiesto dalla normativa. Questi ultimi vengono scelti tramite un processo di selezione

[50] E. Pennisi, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, cit., p. 69 ss.

organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura ogni tre anni. La peculiarità del Tribunale per i minorenni non risiede solo nella sua composizione ma nella sua dedizione a fornire un modello di giustizia espressamente dedicato ai minori imputati, differentemente da come si procederebbe con gli adulti.

La struttura dello stesso riflette la priorità data al bene del minore e al suo diritto di avere a disposizione un organo giudiziario che comprenda esperti in psicologia dell'infanzia, in linea con l'importanza conferita al diritto all'educazione. Si discorre di un aspetto che, come precedentemente discusso, ha un valore riconosciuto a livello costituzionale.

La giustizia minorile è basata su principi ben definiti: la specializzazione dei giudici, un focus predominante sulla rieducazione piuttosto che sulla punizione, e l'adozione di valutazioni individualizzate che mirano al recupero del minore.

Il giudice minorile ha competenze esclusive e la sua giurisdizione persiste indipendentemente dall'età dell'individuo al momento del processo, focalizzandosi invece sull'età al momento in cui il reato è stato commesso. Questa scelta è volta ad assicurare al minore un percorso di giustizia che privilegi il suo recupero e reinserimento nella società, sottolineando l'obiettivo fondamentale della loro rieducazione[51].

Nel sistema giudiziario minorile, i giudici onorari svolgono un ruolo cruciale, partecipando non solo alle udienze dibattimentali ma anche a quelle preliminari. La loro funzione è paritaria a quella dei giudici togati, avendo il diritto di voto con uguale valore decisionale all'interno del collegio. L'intento di includere due figure laiche insieme al giudice professionista è di arricchire

[51] Così già si espresse la Corte Cost., con sentenza 15 - 15 luglio 1983, n. 222, in *www.giurcost.org*. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale si veda M. Costantini, *Spunti di riflessione sulla specializzazione del giudice minorile*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 4279 ss. Per chi volesse ulteriormente approfondire cfr. anche L. De Cataldo, *Riflessioni sul processo penale minorile*, in *La Legislazione penale*, 2004, p. 173 ss.

il processo con competenze specifiche sulla psicologia dell'adolescenza, fornendo così prospettive più informate sulle decisioni da prendere riguardo ai minori imputati.

Il processo penale per i minori è interpretato come un'estensione del percorso educativo, offrendo ai giovani che hanno commesso reati, spesso come risultato di carenze familiari, ambientali o educative, l'opportunità di intraprendere scelte di vita migliori. Tale visione enfatizza l'aspetto educativo del processo, mirando al rispetto delle necessità specifiche del giovane e alla sua capacità di trasformazione[52].

La natura del processo penale minorile è quindi duplice: da un lato, mira a responsabilizzare il giovane attraverso un approccio educativo, dall'altro, si pone come garante dei suoi diritti, puntando alla ripresa del percorso educativo interrotto dal compimento del reato[53].

Questo obiettivo implica un'attenzione particolare verso la personalità del minore e le sue esigenze educative, evidenziando l'importanza di un trattamento giudiziario che consideri le specificità e le potenzialità di ogni individuo[54].

[52] *Ibidem*.
[53] *Ibidem*.
[54] Corte Cost., sent. 15 - 15 luglio 1983, n. 222, ove si pone l'accento sul fatto che la «tutela dei minori si colloca tra gli interessi costituzionalmente protetti; ed il Tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, ben può essere annoverato fra quegli 'istituti' dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla protezione della gioventù», in *www.giurcost.org*.

CAPITOLO II
GLI ISTITUTI POSTI A TUTELA DEL MINORE AUTORE DEL REATO NEL PROCESSO PENALE

Sommario: Sez. I: 2.1. Gli istituti di favore per il minore autore del reato: la sospensione del processo con messa alla prova; 2.2.1. Gli altri istituti di favore del minore autore di reato: il perdono giudiziale; 2.2.2. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto; 2.2.3. Sospensione condizionale della pena; 2.3. Il minore come autore del reato: divieto di pubblicazione e di divulgazione degli atti processuali relativi a minori; Sez. II: 2.4. Le misure cautelari minorili; 2.4.1. Le misure cautelari minorili: le prescrizioni; 2.4.2. La permanenza in casa; 2.4.3. Il collocamento in comunità; 2.4.4. La custodia cautelare; 2.5. Le misure penali di comunità nel d.lgs. n. 121/2018

Sez. I

2.1. Gli istituti di favore per il minore autore del reato: la sospensione del processo con messa alla prova

La sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni imputati è un istituto ispirato al sistema di *probation* anglosassone, ma presenta differenze significative. Mentre nel sistema inglese la *probation* viene applicata come alternativa alla pena dopo una sentenza di condanna, in Italia interviene direttamente durante il processo. Tale pratica è talvolta descritta come una "*probation* processuale" in quanto parte integrante del processo stesso.

Secondo alcuni studiosi[55], questo meccanismo trasforma il processo in uno strumento di intervento sulla personalità dell'imputato, mirando non solo all'accertamento dei fatti ma anche al recupero e alla rieducazione del giovane. Questa visione è in linea con gli obiettivi fondamentali del sistema penale minorile.

La sospensione del processo con messa alla prova è frutto di un lungo percorso di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, riflettendo un approccio più ampio e integrato al trattamento dei minorenni nel sistema giuridico. La Corte costituzionale ha svolto un ruolo chiave in questo processo, valorizzando la necessità di priorizzare il recupero del minore rispetto alla pura e semplice applicazione delle sanzioni. Le sentenze della Corte hanno costantemente sottolineato l'importanza di trattare i minori in modo diverso dagli adulti, riconoscendo la loro condizione unica e la necessità di un approccio giuridico che favorisca il loro sviluppo positivo[56].

A sua volta, l'esigenza di recupero del minore poggia le proprie fondamenta su un interesse costituzionalmente protetto desunto con sufficiente chiarezza dall'ultimo comma dell'art. 31 Cost., il quale viene individuato nella tutela dei minori[57].

Si tratta di un profilo di estrema rilevanza, più volte richiamato nella giurisprudenza della Consulta; già nel 1964 la Corte evidenziava infatti che «la giustizia minorile ha una particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni; e l'istruzione sommaria, per la rapidità con cui viene condotta e per la normale facilità delle indagini rispetto a reati commessi da chi, anche per ragioni di

[55] C. Scivoletto, *L'"invenzione" della messa alla prova minorile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2023, p. 425-433.
[56] Corte Cost. 30 aprile 1973, n. 49.
[57] Cfr. N. Triggiani, *La messa alla prova dell'imputato minorenne, trenta anni dopo. fondamento, presupposti, esperienze*, in *La messa alla prova dell'imputato minorenne tra passato, presente e futuro*, Bari, 2011, p. 517 ss.

età, non è in grado di modificare od alterare gli elementi di prova, appare più aderente alle finalità che si vogliono raggiungere. Mentre, per quanto attiene più specificatamente ai diritti della difesa, va richiamato il pensiero già espresso in altre sentenze da questa Corte e cioè che la garanzia di tale diritto non esclude che le modalità del suo esercizio siano regolate secondo le speciali caratteristiche della struttura di ciascun procedimento»[58].

La tutela del minore, quindi, ad avviso della Corte, rappresenta un tema rilevante: «la tutela dei minori si colloca così tra gli interessi costituzionalmente garantiti, come questa Corte ha sottolineato in varie pronunce[59]; ed il Tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, ben può essere annoverato tra quegli istituti dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla "protezione della gioventù". A conferma di tale configurazione stanno la particolare struttura del collegio giudicante (composto, accanto ai magistrati togati, da esperti, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia), gli altri organi che ne preparano o fiancheggiano l'operato, nonché le peculiari garanzie che assistono l'imputato minorenne nell'iter processuale davanti all'organo specializzato. Ciò, in vista dell'essenziale finalità del "recupero del minore deviante", mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale, in armonia con la meta additata dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, nonché dall'art. 14, paragrafo 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici[60], a norma del quale la

[58] Corte Cost. 23 marzo 1964, n. 25. Cfr. G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al dpr. 448/1988*, cit., p. 453 ss.

[59] Cfr. Corte Cost. 14 aprile 1965, n. 25; Corte Cost. 10 febbraio 1981, n. 16; Corte Cost. 30 luglio 1981, n. 17. Sul punto si v. R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, cit., p. 88 ss.

[60] Adottato a New York il 19 dicembre 1966 e la cui ratifica ed esecuzione sono state disposte con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

procedura applicabile ai minorenni rispetto alla legge penale dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro rieducazione»[61].

Un'altra pronuncia estremamente rilevante risale al 1987, non a caso un anno prima della riforma del processo penale minorile. La Corte, nell'occasione, dichiarò l'incostituzionalità della legge 9 ottobre 1974, n. 632, nella parte in cui, ratificando il trattato in materia di estradizione tra l'Italia e gli Usa siglato a Roma il 18 gennaio 1973, ammetteva l'estradizione del minore verso gli Stati Uniti, anche per gli Stati nei quali la condizione minorile non è tutelata come nel sistema italiano.

Ad avviso della Consulta ciò «non può essere ritenuto compatibile con i principi che regolano nella Costituzione della nostra Repubblica la tutela della gioventù. Già il fatto che l'ultrasedicenne venga considerato imputabile *tout court* rappresenta una grave deroga al nostro ordinamento, tale da incidere addirittura sopra più generali guarentigie costituzionali rispetto a quelle proprie dei minori. L'art. 98, primo co., cod. pen. esclude l'imputabilità del minore degli anni diciotto, se prima non si dimostri che è capace d'intendere e di volere. Nello Stato di New York, invece, la presunzione d'imputabilità espone il minore al rischio di subire il processo e la condanna penale nonostante l'incapacità d'intendere e di volere: il che significa che, nelle ipotesi più gravi, essendo privato dell'accertamento applicabile nel cas**o** di delinquenza minorile, sarà soggetto altresì all'espiazione della pena negli Istituti penitenziari, nonostante possa non essersi reso conto di quanto commetteva, o non avere avuto sufficiente volontà per resistere agli impulsi criminogeni, e perciò nemmeno capacità psichica per recepire il contenuto rieducativo della pena»[62].

[61] Corte Cost. 15 luglio 1983, n. 222.
[62] Corte Cost. 15 luglio 1983, n. 222

Appare evidente che tutto questo, prima che nei riguardi dell'art.31, mostra incompatibilità ancora più radicale e ancora più a monte[63], e cioè in relazione ai commi primo e terzo dell'art. 27 Cost. Ad avviso della Corte, quindi, «deve escludersi, infatti, la personalità della responsabilità penale, sancita dal primo comma dell'art. 27 Cost., in chi non abbia capacità d'intendere e di volere. Parte della dottrina penalistica (peraltro, non più prevalente) nutre ancora dubbi che il principio citato presupponga anche la colpevolezza (ma non invece, chi ritiene che, nonostante la diversa collocazione nel Codice penale, sussista uno stretto rapporto fra imputabilità e colpevolezza): certamente, però, nessuno dubita che la personalità della responsabilità penale postuli la capacità d'intendere e di volere quel certo comportamento cui è collegata l'offesa. Anche la cosiddetta "responsabilità oggettiva", infatti, tuttora contemplata dal Codice penale sostanziale vigente, presuppone alla base quanto meno la coscienza e la volontà degli atti da cui scaturisce l'evento-contenuto del reato. Né la pena può "tendere alla rieducazione del condannato", come esige il terzo comma dello stesso articolo, se questi non è in grado d'intenderne il contenuto rieducativo, né di volere la sua stessa risocializzazione»[64].

Queste pronunce della Corte costituzionale sono estremamente rilevanti e consentono di trarre alcune conclusioni[65]: anzitutto, il minore è un soggetto da proteggere in quanto tale; la tutela deve essere attuata prima di tutto dallo Stato; l'obbligo di protezione non viene meno neanche dinanzi alla commissione di un reato da parte del minorenne.

In tal caso, infatti, lo Stato deve procedere al recupero e alla rieducazione; la salvaguardia deve essere realizzata in primo luogo dagli organi giurisdizionali

[63] Si v. F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 61 ss.
[64] Corte Cost. 15 aprile 1987, n. 128.
[65] Cfr. M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale* I, Milano, 2009, p. 121 ss.

minorili, dal pubblico ministero, che «assume, nel processo minorile, un ruolo e una fisionomia del tutto singolare che si ricollega al fine proprio della legge istitutiva del Tribunale per i minorenni. Esso non è soltanto l'organo titolare dell'esercizio dell'azione penale in funzione della eventuale realizzazione della pretesa punitiva da parte dello Stato, ma anche, ed è questo un aspetto rilevante, l'organo che presiede e coopera al conseguimento del peculiare interesse - dovere dello Stato al recupero del minore: a questo interesse è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva. Anche sotto questo profilo la scelta del legislatore corrisponde ad un accettabile criterio di ragionevolezza, che serve a legittimarla»[66], e dal Tribunale per i minorenni, con le sue complessive attribuzioni penali, civili ed amministrative, la cui composizione è finalizzata al raggiungimento dello scopo di tutelare il minore. Ma accanto ad esso vanno collocati «gli altri organi che ne preparano o fiancheggiano l'operato»[67].

Le diverse decisioni richiamate sottolineano l'importanza che il processo penale per minori sia principalmente un'opportunità per il recupero sociale del giovane, piuttosto che un semplice esercizio della funzione punitiva dello Stato**.** Le pronunce in esame riconoscono anche l'importanza di incentrare il processo sul minorenne imputato.

Alcune decisioni hanno evidenziato la preferenza per soluzioni alternative alla punizione tradizionale e alla detenzione, come la sospensione del processo con messa alla prova. Tale scelta può essere compresa pienamente solo attraverso un'interpretazione integrata delle norme specifiche, che devono essere collegate funzionalmente alle disposizioni generali del codice del processo minorile. Quest'ultimo stabilisce che, dove non espressamente regolato, si applicano le norme del codice di procedura penale, adattate però alla personalità del minore.

---

[66] Corte Cost. 30 aprile 1973, n. 49.
[67] Corte Cost. 15 luglio 1983, n. 222.

La ragione di fondo della messa alla prova si trova nell'articolo 28 del codice del processo minorile, che pone l'accento sulla necessità di valutare la personalità del minore. L'articolo 29 poi riconosce che l'evoluzione della personalità del minore è un criterio essenziale per valutare il successo della messa alla prova. Il presupposto è che la personalità del minore sia malleabile e possa essere indirizzata positivamente con il supporto di adeguate risorse istituzionali. Collegando queste idee all'articolo 1 del codice del processo minorile, che richiede l'adattamento delle norme del codice di procedura penale alle esigenze del minore, si capisce che l'intento dell'istituto è di evitare il processo, con i suoi effetti potenzialmente stigmatizzanti, quando il recupero del minore può essere realizzato con altri mezzi[68].

È importante non interpretare la messa alla prova come un semplice gesto di clemenza da parte del legislatore. La natura repressiva della legge non viene abbandonata, ma piuttosto rinviata: se il tentativo non ha successo, il processo riprenderà il suo normale corso. Per evitare che la sospensione serva solo a prolungare i tempi del processo, il legislatore ha stabilito che anche il termine di prescrizione sia sospeso durante questo periodo. Questo approccio mira a prevenire che il giudice possa essere riluttante a concedere la sospensione vedendola come un mero espediente.

In definitiva, la messa alla prova mira ad anticipare l'intervento rieducativo, spostandolo dal momento dell'esecuzione al corso del processo stesso. L'obiettivo è indurre cambiamenti positivi nel giovane e, in caso di successo, reintegrarlo nella società senza le conseguenze negative della detenzione, lasciando il minor numero di segni stigmatizzanti possibile.

Tuttavia, per superare la prova, non basta una mera promessa del giovane di astenersi da futuri reati o la sua adesione a programmi di crescita personale e reinserimento sociale. È necessario un giudizio basato su una valutazione

[68] E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, p. 51.

concreta, ex post, dei cambiamenti realmente avvenuti, oltre alla mera capacità di recupero valutata ex ante.

La sospensione del processo con messa alla prova nel sistema processuale italiano rappresenta una forma di *probation*, ma presenta significative differenze rispetto ai modelli tradizionali. Essa incorpora elementi sia dalla *probation* che dalla *diversion*, risultando in un approccio quasi ibrido tra i due sistemi.

La *diversion*, che non è presente nell'ordinamento italiano, consiste nel deviare il minore dal percorso giudiziario standard, idealmente non appena emergono sospetti sulla sua responsabilità in un reato, e prima dell'avvio formale dell'azione penale. Questo metodo prevede l'affidamento del minore a servizi di assistenza.

Sebbene questo sistema eviti al minore i rischi associati al contatto diretto con l'autorità giudiziaria, può anche fallire nell'assicurare una sufficiente assunzione di responsabilità da parte del minore. Inoltre, l'assenza di un rapporto formale con l'autorità giurisdizionale potrebbe portare il minore a percepire il proprio comportamento come tollerato.

D'altro canto, la *probation* tradizionale è un'alternativa alla detenzione utilizzata dopo una sentenza di condanna, mantenendo quindi un rapporto tra il minore e l'autorità giudiziaria. Questo strumento è concepito per evitare le conseguenze dannose che la detenzione può avere su un minore.

In questo contesto, la sospensione del processo con messa alla prova si configura come un metodo che tenta di bilanciare la necessità di responsabilizzare il minore senza sottoporlo agli aspetti più dannosi del sistema giudiziario. Questa metodologia mira a fornire un'opportunità di riforma attraverso l'interazione controllata e supportata con servizi di assistenza, senza isolare completamente il minore dall'autorità giudiziaria[69].

[69] Cfr. A. Nicolì, *L'alternativa tra azione penale e diversion nei sistemi di giustizia minorile*, cit., p. 83 ss.

La sospensione del processo con messa alla prova si posiziona strategicamente tra i modelli di *diversion* e *probation*, estrapolando i benefici di entrambi. A differenza della *diversion*, questo approccio mantiene il minore sotto la supervisione dell'autorità giudiziaria durante tutto il procedimento, il che contribuisce a responsabilizzarlo riguardo all'atto commesso.

Questo contatto diretto con l'autorità giudiziaria serve a far comprendere al minore che il suo comportamento non è una semplice marachella tollerata dalla società, ma un'azione seria che richiede l'attenzione del sistema giudiziario.

In contrasto con la *probation*, che è tipicamente riservata a specifici tipi di reati e segue una condanna, la sospensione del processo con messa alla prova può essere applicata a una gamma più ampia di reati e non comporta gli effetti negativi di una condanna, poiché si interviene ancora durante la fase processuale. Questo la rende meno stigmatizzante e potenzialmente più inclusiva.

Pertanto, mentre la sospensione del processo con messa alla prova incorpora alcuni dei migliori elementi di altri modelli, presentando un approccio più avanzato, ciò non esclude la presenza di aspetti problematici che necessitano di ulteriore esplorazione e discussione.

I presupposti necessari per applicare la messa alla prova a un minorenne imputato sono la presenza di una notizia di reato, la minore età dell'imputato al momento del fatto, la sua capacità di intendere e volere, una previsione positiva sull'esito della prova e la formulazione di un progetto di intervento. Questi requisiti sono generalmente chiari e non sollevano grandi questioni interpretative.

Per esempio, è essenziale che l'autorità giurisdizionale sia a conoscenza di una notizia di reato; altrimenti, procedere senza questa conoscenza violerebbe i diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla Costituzione. Inoltre, la capacità di intendere e volere è fondamentale; se un minore non possiede

queste capacità, non può essere sottoposto a messa alla prova, e si procederà piuttosto verso un proscioglimento per non imputabilità.

È importante notare che la messa alla prova non è un mezzo per valutare la capacità di intendere e di volere del minore, che deve essere considerata al momento in cui il reato è stato commesso. Le decisioni riguardo alla messa alla prova si concentrano invece sugli atteggiamenti e sul comportamento successivi al reato. Per valutare la capacità di intendere e di volere, il giudice può avvalersi di un perito, la cui analisi è essenziale per un giudizio accurato. La giurisprudenza ha evidenziato che la natura mutevole della condizione minorile rende complicate le valutazioni diagnostiche fatte molto tempo dopo il reato. Spesso, se passa molto tempo tra il reato e l'analisi della capacità del giovane, le conclusioni possono basarsi su ipotesi che, nei casi incerti, possono portare a sentenze di assoluzione per mancanza di una valutazione tempestiva della maturità psicologica del minore al momento del fatto, o perché è inutile procedere con un accertamento quando è trascorso troppo tempo[70].

Fondamentalmente, mentre il passare del tempo può complicare la valutazione della capacità di intendere e di volere di un minore, questa stessa temporalità gioca un ruolo decisivo nel contesto della sospensione del processo con messa alla prova. Qui, il tempo è un elemento essenziale per influenzare positivamente la personalità del minore.

Inoltre, la finalità della messa alla prova, che è di tipo rieducativo, si distingue chiaramente dalla decisione di non imputabilità, la quale è orientata principalmente a proteggere i diritti dell'imputato. È importante notare che la messa alla prova non sarebbe neppure realizzabile se il minore fosse incapace di comprendere e rispettare gli impegni richiesti, poiché questa incapacità lo renderebbe inadatto a partecipare all'istituto in questione.

[70] Trib. Minorenni Bologna 10 settembre 1992, in *Foro it.* II, 1993, c. 585.

Oltre ai requisiti già menzionati, ci sono altri fattori che possono influenzare la concessione della sospensione del processo. Questi elementi non riguardano solo la sospensione del processo ma influenzano anche la possibilità di concedere altri benefici legali o contribuire alla determinazione della pena. Tra questi, si considerano i precedenti giudiziari del minore, che, secondo l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, non dovrebbero avere peso nella decisione di concedere la messa alla prova.

Non esiste una normativa specifica che indichi l'importanza dei precedenti giudiziari in questi casi, e l'irrilevanza della storia pregressa del minore è coerente con i principi generali che regolano il processo penale minorile. Questa interpretazione ampiamente inclusiva è giustificata dalla natura mutevole delle circostanze dei minori, che non dovrebbero essere valutate basandosi su azioni passate[71].

Nella pratica, i precedenti giudiziari effettivamente influenzano spesso le decisioni del giudice. Questi precedenti possono impattare sia sulla definizione delle condizioni della prova sia nella formulazione di un giudizio previsionale accurato sul comportamento futuro dell'imputato. Inoltre, nonostante i precedenti giudiziari, il tipo di reato commesso non ha di per sé rilevanza nella decisione di ammettere un soggetto alla messa alla prova. Tale scelta si fonda sull'idea che la decisione di concedere la messa alla prova dovrebbe basarsi più sulla personalità dell'individuo e sulla sua disposizione al cambiamento piuttosto che sul grado di gravità del reato commesso.

Anche i reati di particolare gravità e disvalore sociale, che potrebbero sembrare motivo di esclusione, non precludono automaticamente la concessione del beneficio. Questo perché spesso è proprio in questi casi che si sente maggiormente la necessità di un intervento rieducativo.

[71] Cfr. E. Borsotti, *Una giustizia mite. Il processo penale minorile*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2014, p. 1674 ss.

Tuttavia, la giurisprudenza[72] suggerisce che, pur non essendo la gravità del reato o la maturità dell'imputato motivi di esclusione automatica dalla messa alla prova, è necessario procedere con maggiore prudenza nella valutazione dell'opportunità di tale misura. In situazioni in cui il reato è particolarmente grave, può essere meno probabile che l'imputato mostri pentimento o cambiamento.

In conclusione, quando si decide se ammettere un individuo alla messa alla prova, la gravità del reato non è l'unico fattore da considerare. È essenziale anche valutare la propensione dell'imputato a commettere reati, bilanciando questi due aspetti per determinare la più appropriata azione correttiva.

Sotto il profilo procedurale, la decisione di sospendere il processo e avviare una messa alla prova è presa dal giudice attraverso un'ordinanza. Questa può estendersi fino a un massimo di tre anni quando il reato in questione prevede come pena l'ergastolo (non applicabile ai minori) o la reclusione non inferiore a dodici anni nel massimo. Per gli altri reati, il periodo massimo per cui può essere disposta la sospensione del processo è di un anno.

L'emanazione di tale ordinanza è basata sul giudizio discrezionale del giudice, che deve fornire una motivazione che spieghi il ragionamento giuridico seguito. È stato notato che questa scelta di lasciare ampio spazio al giudizio discrezionale è particolarmente appropriata nel contesto della giustizia minorile. Questo approccio minimalista è giustificato dall'obiettivo prioritario di adattare tutte le procedure e gli strumenti legali alla finalità rieducativa, che è centrale nel sistema giudiziario per i minori[73].

La sospensione del processo con messa alla prova costituisce un modo per concludere in anticipo il procedimento giudiziario. Infatti, il legislatore ha

---

[72] A. Gasparre, *Niente più del nome. Dall'ambito minorile al processo per gli adulti e viceversa: il "probation" minorile con la messa alla prova di una nuova generazione*, in *Cassazione penale*, 3, 2022, p. 1038-1049.

[73] S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005, p. 266.

inserito questa misura nel capitolo del decreto n. 488/1988 dedicato alla "Definizione anticipata del procedimento e giudizio in dibattimento". Tuttavia, alcuni studiosi hanno messo in discussione questa classificazione, sottolineando che la conclusione del reato al termine della prova non è garantita, a differenza di quanto avviene con il giudizio abbreviato e il patteggiamento, che producono immediatamente effetti concreti nel ridurre la durata del processo.

Contrariamente, la sospensione del processo durante la messa alla prova può in alcuni casi estendere la durata del procedimento oltre quella di un processo ordinario, mantenendo il minore coinvolto nel sistema giudiziario per un periodo più lungo. Per questa ragione, parte della dottrina ha descritto questa misura come un rito speciale e specifico: è considerato speciale perché introduce notevoli deviazioni dal normale corso del processo, contribuendo a velocizzare e semplificare i procedimenti; è definito specifico in quanto è applicabile solo ai minori[74].

Per quanto riguarda il processo, è chiaro in quali momenti del procedimento di primo grado sia possibile applicare la messa alla prova, ovvero durante l'udienza preliminare o il dibattimento. Inoltre, la sospensione con messa alla prova non deve necessariamente essere richiesta e accordata durante la prima udienza preliminare o il primo dibattimento. Potrebbe essere necessario condurre più udienze per accertare la presenza di tutti i presupposti richiesti per l'emanazione del provvedimento di sospensione del processo. La richiesta di messa alla prova può essere inoltrata dal minorenne stesso, dal suo difensore o dal pubblico ministero, oppure può essere iniziata d'ufficio dal giudice, che si occuperà personalmente di verificare se tutti i criteri necessari sono soddisfatti per concedere tale misura.

[74] M.G. Basco, S. De Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997, p. 7.

La sospensione del processo è disposta «sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio assistenziali degli enti locali».

L'articolo 27 del decreto legislativo n. 272/1989 deve essere coordinato con l'articolo 28 del D.P.R. n. 448/1988, presentando diverse problematiche interpretative. Un punto critico è determinare se il progetto di intervento debba essere presentato durante l'audizione delle parti, prima della decisione sulla sospensione del processo, o se debba essere elaborato solo dopo che il giudice ha deciso di concedere la messa alla prova.

Idealmente, il legislatore avrebbe dovuto chiarire questo aspetto per limitare l'eccessiva discrezionalità nell'interpretazione. Tuttavia, la mancanza di direttive chiare ha portato alcuni servizi sociali a preparare autonomamente i progetti di intervento, assumendo di fatto un ruolo proattivo nel promuovere la messa alla prova durante il processo[75].

Tale prassi è stata criticata per due principali motivi: primo, i servizi sociali sono principalmente destinati a fornire supporto psicologico ai minori e assistenza informativa al giudice riguardo alla personalità degli indagati, senza avere il compito di decidere le misure applicabili ai minori, anche provvisoriamente. Secondo, logicamente e cronologicamente, la messa alla prova dovrebbe seguire la conferma della responsabilità del minore, l'identificazione di una personalità in evoluzione e l'accettazione dell'intervento da parte delle parti coinvolte. Solo dopo questi passaggi dovrebbe essere preparato il progetto di intervento.

Se i servizi sociali redigessero il progetto senza rispettare queste fasi essenziali, ciò potrebbe portare a misure applicate ai minori senza una adeguata responsabilizzazione riguardo al reato commesso. Inoltre, esiste il

[75] L. Castellano, *Le misure sospensivo-probatorie nell'esperienza del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità del Ministero della Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, p. 267-278.

rischio che le valutazioni dei servizi sociali non siano poi confermate dal giudice, creando confusione e disorientamento nel minore.

È fondamentale evitare che il minore percepisca il provvedimento più come un atto amministrativo che come un intervento penale, mantenendo il rispetto per il principio di obbligatorietà dell'azione penale e per il diritto del minore a un processo equo[76].

È importante considerare che ci sono validi argomenti a favore della predisposizione di un progetto di intervento prima del provvedimento giudiziario; il più significativo è che solo attraverso un piano ben definito delle azioni da intraprendere è possibile valutare adeguatamente l'utilità e la praticabilità della messa alla prova.

Il metodo più appropriato potrebbe essere il seguente: una volta che il collegio giudicante abbia espresso un parere preliminare positivo e aperto alla possibilità di concedere la sospensione del processo, dovrebbe incaricare i servizi sociali di preparare un progetto di intervento. Successivamente, l'udienza potrebbe essere rinviata per un periodo breve ma adeguato, permettendo ai servizi sociali di elaborare il progetto in tranquillità. Questo progetto dovrebbe poi essere presentato al giudice per la valutazione finale.

La Corte di Cassazione ha chiarito che, sebbene il progetto di intervento possa essere preparato prima dell'ordinanza di sospensione, è anche possibile che venga sviluppato successivamente, in modo da adeguarsi alle indicazioni o raccomandazioni del giudice. Non ci sono irregolarità se il progetto viene predisposto anticipatamente, ma generalmente la normativa prevede che si segua il secondo approccio descritto[77].

Una questione interpretativa rilevante riguarda il grado di controllo che il giudice ha sulla proposta di intervento formulata dai servizi sociali. La frase

[76] In tal senso A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi del probation minorile*, in *Rivista penale*, 2016, p. 15 ss.

[77] Cass. pen. 30 marzo 1990, n. 2254, in *Giur. mer.*, 1991, 297.

"sulla base" usata dal legislatore potrebbe suggerire che il giudice sia in qualche modo obbligato a seguire il progetto dei servizi sociali senza poterlo modificare o integrare. Tuttavia, è anche plausibile vedere i servizi sociali come semplici consulenti, il che permetterebbe al giudice di apportare modifiche al progetto proposto.

L'interpretazione che vede il giudice vincolato al progetto dei servizi sociali sembra più coerente, anche se solleva alcune preoccupazioni pratiche. Se da un lato i servizi sociali possono avere una comprensione profonda della situazione del minore, limitare la discrezionalità del giudice può rendere il sistema troppo rigido e meno adattabile alle esigenze specifiche e impreviste che possono emergere.

Nonostante questo, il giudice ha comunque la possibilità di respingere il progetto se non lo ritiene adeguato, impedendo così la messa alla prova. Esprimendo chiaramente le ragioni della decisione, il giudice può stimolare i servizi sociali a rivedere e migliorare il progetto secondo le sue direttive, fino a renderlo accettabile per il tribunale.

Questo non configura un vero e proprio potere di veto del giudice né un condizionamento diretto, dato che i servizi sociali mantengono la libertà di sviluppare il progetto secondo la loro visione del caso[78].

Il rischio di una impasse è tangibile se i giudici continuano a non approvare i progetti proposti dai servizi sociali, una situazione che potrebbe risultare in una stasi procedurale con conseguenze negative soprattutto per il minore, che finirebbe per essere l'unico veramente danneggiato da questa dinamica.

Nella pratica giudiziaria, spesso i giudici tendono a non lasciare completa autonomia ai servizi sociali, preferendo mantenere un ampio margine di

[78] Cfr. G. Marras, *Problemi e nodi*, in *Min. giust.* 3, 1994, p. 83 ss., il quale sottolinea l'importanza della collaborazione tra servizi e minore nella predisposizione del progetto al fine di renderlo più adeguato alle caratteristiche dell'imputato, in assenza della partecipazione dell'autorità giudiziaria.

decisione nonostante riconoscano l'importanza del loro ruolo. Questa mancanza di cooperazione potrebbe nuocere primariamente al minore coinvolto.

Per quanto riguarda i dettagli del progetto di intervento, l'articolo 27, comma 2, delle disposizioni di attuazione offre linee guida generali che permettono di derivare alcuni principi operativi. Secondo alcuni studiosi[79], il progetto di intervento dovrebbe essere chiaro e comprensibile per il minore, pragmatico e privo di riferimenti a stati emotivi o alla sua mera disponibilità. È anche essenziale che il progetto sia costruttivo, delineando chiaramente i comportamenti attesi dal minore, realizzabile rispetto alle sue capacità e al contesto in cui vive, e al tempo stesso sia flessibile ma rigoroso. Questo significa che deve essere eseguito con precisione, ma anche essere adattabile a cambiamenti imprevisti o nuove opportunità che possono emergere.

Inoltre, il progetto deve essere formulato in modo da permettere una verifica continua, assicurando che il processo stia avanzando come previsto o intervenendo se necessario per correggere la rotta.

È fondamentale che il progetto di intervento sia sviluppato considerando le specifiche esigenze del minore, piuttosto che basarsi su modelli di vita standardizzati. Tuttavia, la mancanza di direttive normative precise su questo aspetto lascia il compito alla sensibilità e alla professionalità degli operatori coinvolti nel procedimento.

L'articolo 27 delle disposizioni di attuazione sottolinea che il progetto deve essere efficace nel coinvolgere non solo il minore ma anche la sua famiglia e le sue relazioni sociali. Questo approccio è mirato a far comprendere a tutti il disagio vissuto dal minore che ha portato alla commissione del reato, facilitando così l'aderenza alle condizioni della messa alla prova.

---

[79] C. Iacomino, R. Bianchetti, *La giustizia penale minorile alla luce della riforma in corso: un primo sguardo all'istituendo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 6, 2022, pp. 612-622

La giurisprudenza interpreta queste linee guida non come semplici suggerimenti, ma come prescrizioni effettive. È importante notare che, nonostante queste direttive, la decisione del giudice non è condizionata dall'accettazione del minore, sottolineando l'importanza di un approccio inclusivo e partecipativo nel processo di recupero e rieducazione del minore[80].

La dottrina sostiene che il consenso del minore non è essenziale per la messa alla prova: idealmente, sarebbe preferibile che il minore accetti volontariamente la misura imposta dal giudice per favorire il successo della sospensione, ma questa può anche essere applicata senza il suo accordo.

In virtù di questa prospettiva, le condizioni stabilite nel progetto di intervento sono considerate come obblighi comportamentali. Questi obblighi devono essere seguiti per raggiungere un determinato risultato, e il loro mancato rispetto non intensifica la pena, ma porta semplicemente al fallimento della prova e alla ripresa del processo ordinario.

Per quanto riguarda il contenuto delle prescrizioni, queste includono solitamente l'integrazione nel mondo del lavoro, la partecipazione a programmi di recupero, ad esempio per minori con problemi di tossicodipendenza, il collocamento in comunità, o l'invito a partecipare ad attività di utilità sociale.

L'obiettivo è rendere la misura accessibile a tutti i minori, anche quelli senza un adeguato supporto familiare. La dottrina ha chiarito che un ambiente sociale negativo di provenienza del minore non dovrebbe automaticamente

[80] Corte Cost. 14 aprile 1995, n. 125, con la quale ha dichiarato dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 4, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio immediato.

precludere l'ammissione alla prova, a meno che il minore non sia volontariamente e consapevolmente ancorato a tale contesto[81].

Per un'esecuzione efficace della messa alla prova, è fondamentale che il minore sia coinvolto attivamente, il che è più facilmente realizzabile se il progetto di intervento è stato concordato con il suo consenso o, almeno, è stato sviluppato considerando le sue specifiche necessità. Tuttavia, questo compito diventa più complesso quando il minore non è stato adeguatamente coinvolto o se il progetto gli è stato imposto senza il suo accordo a causa della sua riluttanza ad accettarlo.

È essenziale anche che il minore prenda degli impegni concreti, mostrando così il carattere fortemente personalizzato della misura.

Per assicurare l'efficacia della prova, il progetto di intervento deve seguire criteri di ragionevolezza, adeguatezza, chiarezza, positività, fattibilità, flessibilità, rigore e verificabilità. La caratteristica dell'adeguatezza è particolarmente importante; essa viene definita come l'abilità di adattare le prescrizioni alla personalità del minore, considerando il reato commesso, la sua gravità, le risorse disponibili e soprattutto la capacità del minore di aderire a tali prescrizioni.

Tuttavia, alcuni studiosi ritengono che questa interpretazione dell'adeguatezza sia troppo ampia, suggerendo che l'adattamento delle misure non dovrebbe dipendere eccessivamente da fattori esterni alla personalità del minore, come il tipo di reato o la gravità del danno. Questi elementi possono essere utili per comprendere meglio la personalità del minore, ma non dovrebbero essere determinanti nel valutare la convenienza della misura[82].

---

[81] A. De Pauli, *Prescrizioni biblioterapiche nella messa alla prova dei minori. Il commento*, in *Dir. proc. pen*., 2017, p. 612.

[82] E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, cit., p. 120.

Comunemente, la messa alla prova prevede che il minore svolga lavori di pubblica utilità, tuttavia, esistono anche prescrizioni più inusuali, come quella di leggere libri, nota come "biblioterapia". Questa misura, che riflette una sorta di logica del contrappasso, è peculiare per il suo approccio introspettivo, in contrasto con la tradizionale proiezione esterna delle attività. La biblioterapia richiede il consenso esplicito del minore ed è, per sua natura, difficilmente applicabile in maniera generica.

Nonostante l'intento positivo di tale misura, sorgono perplessità riguardo alla sua compatibilità con i valori costituzionali, in quanto la scelta dei libri da leggere può diventare uno strumento invasivo e potenzialmente manipolativo, influenzando indebitamente il processo formativo del minore.

Per quanto riguarda le modifiche al progetto di intervento durante la messa alla prova, l'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo n. 272/1989 consente di apportare aggiustamenti in corso d'opera, sempre che l'iniziativa venga proposta dai servizi sociali. Tali modifiche possono includere cambiamenti nel modo di attuare la prova, una riduzione della sua durata o anche la revoca del provvedimento. Tuttavia, sembra esclusa la possibilità di estendere la durata della prova, poiché una disposizione autonoma che prevede la riduzione della durata implica che "modifiche" si riferisca esclusivamente a cambiamenti nelle modalità di esecuzione e non al tempo necessario per completare la prova.

Riguardo alle modalità di modifica del progetto, non sono previste procedure particolari. Ciò nonostante, è essenziale che qualsiasi cambiamento avvenga mantenendo un dialogo aperto e includendo tutti i soggetti coinvolti nel processo, assicurando così un approccio equo e trasparente alla gestione della prova[83].

[83] Cfr. R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, cit., p. 55.

L'articolo 28, comma 5 del D.P.R. n. 448/1988 stabilisce che la sospensione del processo può essere revocata in caso di gravi e ripetute trasgressioni alle prescrizioni imposte al minore. Questo significa che la revoca può avvenire solo quando il minore mostra una mancanza di adesione o un'indifferenza tale da rendere inadeguata la continuazione della misura.

Per revocare legittimamente la sospensione, non basta un comportamento deviante isolato o sporadico del minore; infatti, le difficoltà occasionali nell'adattarsi al programma sono normalmente previste e il giudice ha la possibilità di interagire direttamente con il minore per affrontare queste situazioni.

Si pone un interrogativo riguardo a cosa succeda se il minore commetta un altro reato durante il periodo di prova. Sebbene l'opzione di interrompere la prova potrebbe sembrare logica, adeguare il progetto di intervento per rispondere a nuove sfide potrebbe essere più vantaggioso per il processo di maturazione del minore, evitando danni significativi che potrebbero derivare dall'interruzione della prova o dall'affrontare provvedimenti multipli.

Alcuni studiosi[84] sostengono che commettere un nuovo reato indica una mancanza di volontà nel seguire il progetto, suggerendo che dovrebbe portare a una revoca della prova. Tuttavia, un'opinione[85] più equilibrata suggerisce che, sebbene commettere un reato possa giustificare la revoca della messa alla prova, ci potrebbero essere eccezioni. In particolare, se le nuove azioni criminose sono diverse da quelle che hanno originato la messa alla prova, potrebbero essere considerate come meritevoli di un richiamo piuttosto che di un'interruzione della prova.

---

[84] V. Panarello, *Sospensione del procedimento e messa alla prova nel rito minorile e inoperatività dello scomputo dettato nel processo per gli adulti dall'art. 657-bis c.p.p. in caso di esito negativo della prova*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2020, p. 2885-2892.

[85] L. Eusebi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e princìpi processuali*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2019, p. 1693-1700.

La giurisprudenza[86] ha chiarito che solo trasgressioni gravi e ripetute giustificano la revoca della sospensione del processo, considerando tali situazioni come un fallimento della messa alla prova. Ciò preclude ulteriori tentativi della stessa natura, poiché la messa alla prova non è intesa come un esperimento ripetibile a piacimento. Inoltre, quando il reintegro del minore nella società e il suo recupero non sono stati raggiunti attraverso la messa alla prova, è preferibile perseguire il recupero attraverso il procedimento penale tradizionale e l'applicazione di una pena.

La conclusione della messa alla prova può avvenire in due modi: se il minore supera la prova, il reato viene estinto; se non la supera, si applicano gli articoli 32 e 33 del D.P.R. n. 448/1988 che prevedono il ritorno alle fasi dell'udienza preliminare o dibattimentale. L'articolo 29 del D.P.R. n. 488/1988 non fornisce criteri specifici per valutare il superamento della prova, ma indica che il successo dipende dall'analisi del comportamento del minore e dall'evoluzione della sua personalità.

La semplice aderenza al progetto di intervento non è considerata sufficiente; è richiesta una dimostrazione tangibile di miglioramento nella personalità del minore. La dottrina[87] si divide su come valutare l'esito della prova: alcuni sostengono che basti seguire il progetto, mentre altri richiedono un impegno più attivo e una trasformazione personale evidente.

La giurisprudenza[88] tende a considerare il rispetto delle prescrizioni e la collaborazione con i servizi sociali come indicatori sufficienti per dichiarare estinto il reato. Tuttavia, questo approccio potrebbe non valorizzare completamente l'obiettivo rieducativo dell'istituto, dato che la personalità del minore è in continua evoluzione.

---

[86] Corte di Cassazione, II sez. penale, sentenza del 26 aprile 2021 n. 15588.

[87] V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *La Legislazione penale*, 11, 2018.

[88] Corte di Cassazione, II sez. penale, sentenza del 26 aprile 2021 n. 15588.

Se la prova non è superata, il processo riprende da dove era stato interrotto. Se c'è dubbio sul superamento della prova, il principio di favore verso l'imputato (favor rei) dovrebbe spingere il collegio giudicante verso una sentenza di assoluzione.

La decisione finale sull'esito della prova deve avvenire in un'udienza che rispetti il principio del contraddittorio, con la partecipazione di tutte le parti coinvolte, come sottolineato dall'articolo 27, quinto comma, del D.Lgs. n. 272/1989, che attribuisce al pubblico ministero il potere di richiedere l'udienza di discussione sull'esito della prova.

Inoltre, sebbene il legislatore abbia previsto che l'esito positivo della prova e la relativa sentenza di non luogo a procedere non siano registrati nel casellario giudiziario, questo potrebbe limitare la capacità del giudice di valutare adeguatamente i precedenti del minore. Tale disposizione, sebbene ben intenzionata, porta a considerazioni sulle implicazioni di un tale approccio nel lungo termine, specialmente in termini di recidiva o comportamenti successivi che potrebbero influenzare il giudizio sulla genuinità del percorso rieducativo del minore.

Va segnalato che sull'istituto è recentemente intervenuto il decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, c.d. decreto Caivano. All'articolo 6 della Legge di conversione n. 159/2023 è stata aggiunta una nuova disposizione, la lettera c-bis al comma 1, che introduce un cambiamento significativo e inaspettato alla disciplina del processo penale minorile, specificatamente riguardante l'istituto della sospensione del processo e messa alla prova[89]. Questa modifica, apparentemente introdotta senza dibattito parlamentare previo e non prevista nel decreto originale, limita l'applicabilità della sospensione del processo e della messa alla prova per reati particolarmente gravi, come quelli aggravati di omicidio e violenza sessuale.

[89] G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo minorile*, in *Cassazione penale*, 4, 2024, p. 1122 ss.

Questa nuova disposizione sembra essere una risposta diretta ai recenti fatti di cronaca che hanno scosso l'opinione pubblica, riflettendo una volontà legislativa di adottare una politica di "tolleranza zero" verso i reati più gravi commessi da minori. Tuttavia, la rapidità e la drasticità di tale cambiamento sollevano preoccupazioni, soprattutto per il suo impatto sull'istituto della sospensione del processo e messa alla prova, che per oltre trent'anni ha rappresentato un pilastro della giustizia minorile, promuovendo la rieducazione e la reintegrazione dei giovani[90].

Inserire restrizioni così severe potrebbe contraddire gli obiettivi di lunga data della giustizia minorile, che ha sempre mirato a valutare e supportare lo sviluppo personale del minore piuttosto che limitarsi a punire. L'approccio originale non vedeva questa misura come un percorso facile o indiscriminato per i giovani imputati, ma piuttosto come un mezzo per realizzare la volontà legislativa del 1988 di proteggere e sviluppare il profilo personologico del minore, affidando al giudice la responsabilità di valutare la personalità del giovane al termine del periodo di prova[91].

La decisione di applicare la sospensione del processo e la messa alla prova è lasciata alla discrezione del giudice, che valuterà le prospettive di successo del minore nell'aderire a un percorso di reintegrazione sociale. Questo giudizio si basa sulla capacità del minore di dimostrare il potenziale di adattarsi a modelli di comportamento socialmente accettabili, distaccandosi dalle dinamiche devianti.

Tuttavia, in casi eccezionali in cui il minore sembri irrimediabilmente radicato in comportamenti devianti e privo di una riflessione critica sulle proprie azioni, la messa alla prova potrebbe non essere concessa. Questo

---

[90] F. Giacchi, *Il "Decreto Caivano": le misure di prevenzione per il minorenne "pericoloso",* in *federalismi.it*, 4, 2024, p. 94-113.

[91] L. Mantovani, *"Decreto Caivano" e provvedimenti "de libertate" nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile*, in *Cassazione penale*, 3, 2024, p. 1038 ss.

succede quando emerge chiaramente che il comportamento delinquenziale del minore è parte integrante del suo stile di vita, rendendo poco probabile una sua rieducazione o reintegrazione sociale[92].

Originariamente, l'assenza di limitazioni all'accesso a tale misura era intesa per sottolineare che nessun reato, per quanto grave, dovesse escludere a priori la possibilità di valutare la personalità in evoluzione di un giovane, considerato particolarmente ricettivo a interventi di risocializzazione attraverso un programma di recupero appropriato. Ora, questa visione progressista sembra essere stata cancellata bruscamente da una normativa che compromette le fondamenta di un sistema penale minorile differenziato, che ha richiesto tempo e sforzi per essere sviluppato.

La nuova restrizione suggerisce un ritorno a concezioni punitive pre-constitutionali, trattando il minore più come un "piccolo adulto criminale" da correggere o punire, piuttosto che come un soggetto da educare e proteggere. Questa regressione è preoccupante, specialmente perché la nuova legislazione sembra eliminare qualsiasi alternativa alla detenzione per reati gravi come omicidio, violenza sessuale e rapina, durante la fase di cognizione[93].

Questa osservazione preoccupante potrebbe anticipare sfide relative alla legittimità costituzionale di tali misure, soprattutto considerando che la rigida formulazione della legge non permette una valutazione flessibile, nemmeno nei casi in cui il contributo del minore al reato sia stato marginale. Questa automaticità è aliena alla giustizia minorile, la quale tradizionalmente valuta ogni caso individualmente, tenendo conto delle circostanze specifiche e del potenziale di recupero del giovane.

---

[92] G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e la rinnovata estensione delle misure di prevenzione, anche tipiche, ai minorenni, tra amministrazione e giurisdizione*, in *Cassazione penale*, 2, 2024, p. 422-438

[93] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2023, pp. 1568-1586 ss.

All'articolo 8, comma 1, lettera b) della Legge n. 159/2023, si introduce, poi, l'articolo 27-bis nel D.P.R. n. 448/1988, denominato "Percorso di rieducazione del minore". Questo nuovo articolo rappresenta una forma alleggerita della messa alla prova, destinata ai reati di minore entità, secondo quanto riportato nel Dossier del Senato.

L'attivazione di questo istituto è prevista durante la fase delle indagini preliminari per i reati che prevedono una pena massima detentiva non superiore a cinque anni, o una sanzione pecuniaria, da sola o in combinazione con la pena detentiva, a condizione che i fatti non siano di particolare gravità. Ciò conferisce un'ampia discrezionalità al pubblico ministero, il quale, nonostante i chiari limiti normativi, deve valutare la gravità relativa dei fatti per decidere l'accesso a tale istituto[94].

Questa discrezionalità può risultare problematica data la presenza dell'articolo 27 c.p.p.m., che già permette al pubblico ministero di chiedere durante le indagini una sentenza di non luogo a procedere per l'irrilevanza del fatto, quando questo è considerato di minore entità e il comportamento del minore occasionale, e quando un ulteriore procedimento potrebbe nuocere alle esigenze educative del minore[95]. La nuova disposizione sembra quindi creare un livello intermedio di valutazione dei fatti, inserendosi in una sorta di scala di gravità crescente: se i fatti non soddisfano i criteri per una sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 27, il pubblico ministero può considerare l'attivazione del nuovo articolo 27-bis.

È stato chiarito che questa è una mera facoltà concessa alla procura minorile e non un obbligo, come confermato da vari emendamenti accolti durante la

[94] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., p. 1570.

[95] A. Massaro, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Processo penale e Giustizia*, 2, 2024, p. 488-500.

discussione legislativa, che enfatizzano il termine "può notificare" e la definizione come "proposta di definizione anticipata".

Nonostante non sia presente una chiara clausola di salvaguardia, dovrebbe essere implicitamente riconosciuta una gerarchia nell'applicazione delle varie opzioni procedurali. Prima di arrivare a valutare i criteri dell'articolo 27 c.p.p.m., il pubblico ministero potrebbe trovarsi nella situazione di dover interrompere il proseguimento dell'azione penale, richiedendo al giudice per le indagini preliminari di dichiarare la non imputabilità ai sensi dell'articolo 26 c.p.p.m., o potrebbe avere già le basi per richiedere un'archiviazione del caso, se ne sussistono i requisiti[96].

Questa è chiaramente una questione che può essere risolta attraverso l'interpretazione, dato che le opzioni menzionate sono generalmente più vantaggiose rispetto al potenziale esito positivo del nuovo percorso di rieducazione del minore introdotto.

Vi sono dunque alcuni presupposti impliciti ed espliciti per attivare questo istituto: è necessario procedere nei confronti di un soggetto imputabile e punibile, per un fatto che al momento degli atti è penalmente rilevante e procedibile, che rientra nei limiti stabiliti dal nuovo articolo 27-bis c.p.p.m., e che sia di una gravità non particolarmente elevata, ma nemmeno insignificante.

La metodologia adottata, di una legislazione d'emergenza con tempi ristretti per la sua conversione, non ha permesso un'approfondita riflessione su un istituto che, sebbene potenzialmente lodabile nelle intenzioni, risulta mal strutturato e difficilmente applicabile nella pratica. A differenza della messa alla prova, un istituto originale del rito minorile molto apprezzato tanto da essere adattato anche per gli adulti, il nuovo istituto di diversion condizionata non considera la volontà del minore, né un processo di riflessione critica sul

[96] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., p. 1575 ss.

proprio passato o un riconoscimento degli elementi essenziali del fatto; non prevede neanche un dibattito contraddittorio tra le parti sulla validità delle accuse, né la valutazione della personalità del giovane al termine di una prova. Invece, la gestione del procedimento viene affidata in larga misura al pubblico ministero, che, pur rappresentando l'interesse pubblico, rimane comunque una parte processuale. Questo può portare a situazioni in cui il pubblico ministero, in casi di reati minori e forse senza aver condotto indagini approfondite, possa effettivamente decidere sulla libertà personale dell'individuo sottoposto a indagini, senza che quest'ultimo abbia avuto l'opportunità di difendersi adeguatamente o di valutare consapevolmente se accettare la proposta di definizione anticipata del procedimento[97].

D'altra parte, il legislatore non stabilisce che l'intervento della procura minorile debba necessariamente seguire la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari secondo l'articolo 415-bis c.p.p. Questo avrebbe fornito una conferma che le indagini erano state completate, indicando implicitamente l'intenzione della procura di procedere al rinvio a giudizio. Infatti, una tale specificazione temporale avrebbe permesso al minorenne indagato di essere pienamente consapevole delle indagini svolte a suo carico e di prendere decisioni informate, incluso, se necessario, decidere di sottoporsi ad interrogatorio o presentare memorie e documenti difensivi, il che potrebbe stimolare una richiesta di archiviazione da parte della procura.

Tuttavia, ciò non avviene. La legge, seguendo il principio "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit", utilizza l'espressione "durante le indagini preliminari" che implica soltanto che tali indagini sono in corso, ma non fornisce dettagli sul loro stato di avanzamento, non stabilendo un limite temporale preciso per l'inizio di queste azioni.

---

[97] A. Massaro, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, cit., p. 490 ss.

Secondo la normativa attuale, quindi, l'avvio del percorso di rieducazione è completamente a discrezione del pubblico ministero, senza che si attivi un contraddittorio con la parte coinvolta, che potrebbe non essere nemmeno a conoscenza di essere sotto indagine e che non è garantito poter accedere agli atti prima di prendere una decisione. Inoltre, non è previsto alcun intervento di garanzia da parte del giudice, a eccezione della valutazione preliminare sulla validità del percorso di rieducazione e quella finale sull'esito.

Oltre a ciò, le decisioni del minore di non aderire all'invito della procura o di interrompere il percorso non sono prive di conseguenze sul procedimento. Nonostante sia stata eliminata la disposizione del decreto che escludeva automaticamente l'applicazione degli articoli 28 e 29 c.p.p.m., in tali circostanze i servizi minorili informerebbero il giudice che, dopo un'udienza in camera di consiglio e dopo aver ascoltato le parti, potrebbe restituire gli atti al pubblico ministero, il quale potrebbe avanzare una richiesta di giudizio immediato anche al di fuori dei casi previsti dall'articolo 453 c.p.p.

Questo consente alla procura di bypassare una fase fondamentale del processo minorile, l'udienza preliminare, che ha un ruolo fondamentale sia per una rapida risoluzione del caso in linea con il principio di minima offensività, sia per facilitare l'applicazione anticipata di sanzioni alternative al carcere, rispettando il principio di ultima ratio della detenzione[98].

Nonostante l'assenza di un riferimento esplicito all'articolo 25, comma 2-ter del c.p.p.m., che afferma che il pubblico ministero non può richiedere il giudizio immediato in situazioni che potrebbero pregiudicare seriamente le esigenze educative del minore, si potrebbe argomentare che tale disposizione dovrebbe comunque applicarsi anche nei casi considerati. La legge sembra introdurre una nuova via per accedere a un procedimento speciale che omette

[98] G. Martiello, *Gli interventi del c.d. "decreto-Caivano" sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società "dal" minore delinquente e tutela del fanciullo "dalla" società indifferente*, in *La Legislazione penale*, 1, 2024, p. 315-337.

i requisiti previsti dall'articolo 453 c.p.p., al fine di accelerare i tempi processuali, ma senza intaccare le tutele specificamente previste per i minori. D'altra parte, risulta insolito che l'esito di restituire gli atti al pubblico ministero minorile, permettendo così la richiesta di un giudizio immediato "liberato" da vincoli, sia previsto anche quando il percorso educativo abbia avuto esito negativo, come descritto al comma 6. Inoltre, solo in caso di interruzione ingiustificata del percorso rieducativo avviato durante l'indagine, si arriva a una valutazione più indeterminata "nel caso di istanza di sospensione del processo con messa alla prova".

Questo scenario presenta diverse criticità. L'assenza di chiarimenti sulle conseguenze di un esito negativo potrebbe spingere il minore a non interrompere il percorso, minimizzando il proprio impegno pur di portarlo a termine. In tale situazione, anche con un riscontro negativo, non dovrebbero verificarsi conseguenze significative in caso di una successiva richiesta di sospensione del processo con messa alla prova[99].

Tuttavia, questo approccio paradossale potrebbe risultare in un trattamento più indulgente per una situazione più critica, e potrebbe estendere i tempi del procedimento, contraddicendo l'obiettivo del rito minorile di risolvere rapidamente i casi e di disimpegnare il giovane dal sistema giudiziario.

2.2.1. Gli altri istituti di favore del minore autore di reato: il perdono giudiziale

Il perdono giudiziale è stato il primo strumento di clemenza introdotto nel sistema penale italiano, mirando specificamente a offrire una risposta

[99] G. Martiello, *Gli interventi del c.d. "decreto-Caivano" sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società "dal" minore delinquente e tutela del fanciullo "dalla" società indifferente*, cit., p. 317 ss.

indulgente, soprattutto quando l'imputato è un minore. Questo strumento è strettamente allineato con gli obiettivi del processo penale minorile.

Tuttavia, data la natura prevalentemente retributiva del codice Rocco, si è reso necessario imporre limitazioni all'uso del perdono giudiziale. Questo non può essere concesso più di una volta al medesimo individuo, e il reato in questione non deve essere considerato grave, dato che la sanzione prevista non deve superare i due anni di detenzione o i tre milioni di multa.

Emergono dubbi su come il giudice debba decidere tra la sospensione del processo con messa alla prova e l'assegnazione del perdono giudiziale. Anche se i criteri per il perdono potrebbero anche qualificare un minore per la sospensione del processo e la messa alla prova, l'inverso non è necessariamente vero, dato che il perdono è limitato dalla non reiterabilità e dalla gravità del reato, a differenza della messa alla prova che non ha tali restrizioni[100].

L'articolo 169 del Codice penale, nel valutare il perdono giudiziale, richiede una prognosi positiva riguardo la futura astensione del reo dal commettere nuovi reati. Questo criterio è simile alla valutazione dell'evoluzione positiva della personalità del minore, che è il principale parametro considerato nel decidere sulla messa alla prova.

Quando un giudice si trova di fronte alla scelta tra il perdono giudiziale e la sospensione del processo con messa alla prova per un minore, generalmente dovrebbe optare per la soluzione più vantaggiosa per il minore. Il perdono giudiziale è spesso considerato più favorevole perché interrompe immediatamente qualsiasi relazione tra il minore e l'autorità giudiziaria, liberando il minore dagli obblighi personali che derivano dal seguire un progetto di intervento.

[100] E. Borsotti, *Una giustizia mite. Il processo penale minorile*, cit., p. 1674-1715.

La giurisprudenza[101] supporta questa visione favorendo il perdono giudiziale per diverse ragioni:

a) Termina rapidamente il coinvolgimento del minore con il sistema giudiziario, un risultato non garantito dalla messa alla prova che implica un percorso educativo prolungato.

b) Il perdono si basa su un giudizio prognostico diretto del giudice sulla non reiterazione del comportamento illecito da parte del minore, a differenza della messa alla prova che dipende dall'esito di un processo educativo.

c) A differenza della messa alla prova, che potrebbe fallire, il perdono giudiziale ha effetti immediati.

Tuttavia, alcuni studiosi[102] mettono in luce i rischi di questa preferenza per il perdono giudiziale. Ad esempio, scegliendo il perdono, si potrebbe escludere la possibilità di utilizzare altre misure alternative alla pena in futuro, dato che il perdono è concesso solo una volta. Inoltre, il perdono presuppone chiaramente che il minore sia ritenuto responsabile del reato, una situazione che non si verifica necessariamente con la messa alla prova.

Nonostante questi potenziali svantaggi, il perdono giudiziale rimane l'opzione generalmente più favorevole per il minore, in linea con il principio del favor rei, che cerca di proteggere gli interessi dell'imputato. Ciò detto, si potrebbe argomentare che, in alcuni casi, la messa alla prova potrebbe offrire vantaggi a lungo termine più significativi per il minore, come lo sviluppo di competenze personali e sociali, che superano il beneficio di un distacco immediato dal sistema giudiziario garantito dal perdono[103].

In questo contesto, sebbene il giudice debba prioritariamente tutelare l'interesse del minore, che rappresenta l'obiettivo principale del processo

[101] Cassazione penale sez. I, 21/05/2019, n. 30962.
[102] E. Turco, *Perdono giudiziale concesso dal g.u.p. senza il consenso del minore e interesse ad impugnare del p.m.*, in *Il Foro italiano*, 3, 2013, p. 131 ss.
[103] Cfr. M.Q. Silvi, *Struttura giuridica del perdono*, Milano, 2004, p. 22 ss.

penale minorile, non sempre l'opzione più immediatamente favorevole è necessariamente la migliore per il minore. In certe situazioni, potrebbe essere più vantaggioso per lo sviluppo e il benessere del minore affrontare una messa alla prova.

Nonostante ciò, ci sono state alcune esitazioni nella giurisprudenza riguardo a questo approccio, con l'obiettivo prevalente del processo penale minorile che rimane il reinserimento sociale del giovane. L'idea predominante è che sia nell'interesse del minore allontanarsi il più rapidamente possibile dall'ambiente penale, poiché il processo stesso è visto come una fonte di sofferenza, che pesa ancor di più sui minori a causa della loro vulnerabilità e della loro fase di sviluppo. Quindi, viene generalmente accettato che, quando le circostanze e la valutazione del carattere e del comportamento del minore lo consentono, è preferibile optare per soluzioni che permettano di concludere velocemente la procedura penale[104].

2.2.2. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto

La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto rappresenta un istituto molto innovativo del sistema processuale minorile. Tale istituto appare dettato da una duplice finalità: a) decongestionare il sistema processuale minorile per garantire la concentrazione delle risorse su casi più meritevoli di attenzione; b) realizzare il principio di minima offensività del processo, che va condotto e concluso, anche a costo del carico di sofferenza che comporta, solo quando vi sia interesse a farlo[105].

[104] Trib. Minorenni Ancone 28 febbraio 1995 cit. 648.

[105] In tal senso si v. G. Pepino, *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate.* I. *Il processo penale minorile*, in V. Chiavario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1995, p. 281 ss.

Le condizioni richieste per l'applicazione dell'istituto sono tre: a) tenuità del fatto commesso; b) occasionalità del comportamento; c) il pregiudizio per le esigenze educative del minore in caso di prosecuzione del procedimento. La presenza di queste tre condizioni legittima il giudice ad emanare una sentenza di non luogo a procedere, che pone fine ad ogni ulteriore attività processuale in quanto lo Stato non ha alcun interesse a perseguire il colpevole, né il processo può produrre una finalità educativa.

Per quanto concerne la tenuità del fatto, essa è cosa ben diversa dalla tenuità del danno, e non vi è un rapporto tra le due cose. Il legislatore non ha previsto una selezione dei fatti sulla base del titolo del reato o della quantità della pena. Ed anche a tale proposito è necessario considerare che si possono dare titoli di reato astrattamente più gravi o reati punibili con pene più elevate, e corrispondenti fatti concreti caratterizzati da tenuità e, viceversa, fatti non tenui qualificati giuridicamente e puniti in modo meno grave[106].

Il secondo requisito, di tipo soggettivo, è dato dalla occasionalità del comportamento. Essa non pare doversi riferire ad un criterio di seriazione dei fatti, per cui possa dirsi che è occasionale la prima trasgressione, o la seconda, ma non quelle successive. Né pare che possa venire in aiuto il criterio della recidiva o della non ripetibilità del beneficio.

Il requisito in esame, piuttosto, pare doversi ricollegare ad una connotazione di carattere filosofico o psicologico con riferimento all'atteggiamento dell'agente rispetto all'azione. Il legame tra agente ed atto, pertanto, risulta essere occasionale quando l'atto è frutto di circostanze particolari attinenti al momento, e quindi non è voluto, cercato o premeditato[107].

---

[106] Cfr., in tal senso, D. Zigliani, *L'irrilevanza penale del fatto*, Milano, 2011, p. 44 ss.; C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 88 ss.

[107] Si v. in tal senso E. Cadamuro, *L'accompagnamento educativo nei percorsi mediativi e riparativi prima dell'irrilevanza del fatto*, in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia* 4, 2010, p. 121 ss.

Quanto al terzo requisito, esso è di origine teleologico, e concerne il pregiudizio per le esigenze educative del minorenne. Si tratta di un elemento che sembra piuttosto costituire la spiegazione logica e di politica criminale che fonda la volontà di espulsione: solo che la sua esplicitazione l'ha fatto diventare elemento costitutivo della fattispecie costruendolo come condizione impeditiva, e non rafforzativa, della finalità di deflazione, che per questa ragione non ha più di per sé una autonoma dignità.

Per di più, a parte la considerazione che ogni elemento impeditivo riduce l'operatività di una previsione, si deve anche rilevare che la formulazione della norma lascia una certa perplessità, in quanto consente che l'accertato disinteresse a perseguire un fatto perché bagatellare possa essere posto nel nulla da un elemento neutro quale il non pregiudizio per le esigenze educative del minorenne.

Si tratta di un provvedimento che può essere emanato in qualunque fase del processo, senza particolari condizioni formali, fatta eccezione per l'istanza del pubblico ministero in caso di provvedimento emesso nel corso delle indagini.

Il legislatore non ha certamente voluto scriminare qualunque reato tenue commesso occasionalmente, ma solo quello in cui la conclusione del processo avrebbe irrimediabilmente compromesso il percorso di crescita del minore e sarebbe stata, pertanto, in una visione prognostica, controproducente rispetto all'acquisizione di un bagaglio di valori di correttezza e legalità.

Per quanto concerne il confronto tra la sospensione del processo con messa alla prova, va subito osservato il differente ambito applicativo dei due istituti: il primo è utilizzabile solo nei casi di reati di minore rilevanza, ma soprattutto è del tutto diverso il presupposto di base: infatti, affinché possa essere dichiarata l'irrilevanza del fatto è necessario che il minore stia già seguendo un percorso di recupero, mentre nella messa alla prova è sufficiente più

semplicemente la sola prognosi favorevole all'intrapresa di un cammino di risocializzazione[108].

Non c'è alcun dubbio che l'irrilevanza del fatto sia istituto più vantaggioso del *probation*, per una serie di ragioni. Per la sua applicazione, infatti, non sussistono vincoli formali di non reiterabilità della sentenza, la quale, tra l'altro, non comporta alcun impegno per il giovane, che non deve dimostrare di voler partecipare ad un percorso di rieducazione.

L'istituto, infatti, si basa esclusivamente sulla funzione specialpreventiva della clemenza, connessa al convincimento del carattere nocivo del contatto con l'autorità giudiziaria nello sviluppo della personalità del minore. In tale prospettiva, la *ratio* della irrilevanza del fatto è del tutto opposta rispetto a quella della sospensione del processo con messa alla prova, la quale, invece, si basa sul presupposto del carattere positivo di un contatto non traumatico, ma organizzato, con il sistema istituzionale, grazie soprattutto al contributo fornito dai servizi sociali.

Si tratta, ovviamente, di un contatto che avviene in sedi atipiche rispetto a quelle normali della giustizia, che sono più funzionali agli obiettivi di risocializzazione. Parte della dottrina, in proposito, ha sostenuto che «un sistema giudiziario che si connota per la funzionalizzazione agli obiettivi di risocializzazione, non dovrebbe considerare sempre la deistituzionalizzazione come la soluzione più favorevole per il destinatario dell'intervento»[109].

Il fine dell'ordinamento, pertanto, è la rieducazione del reo: nel momento in cui tale obiettivo non viene raggiunto, lo Stato ha fallito. Va considerato, però, che non può essere affidato al sistema giudiziario un ruolo eccessivamente invasivo, anche se finalizzato alla rieducazione del condannato: l'accentuazione del ruolo di guida da parte della magistratura nei percorsi

---

[108] Sul confronto tra i due istituti si v. A. Mestiz, *Processo penale minorile: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova: criteri interpretativi e prassi applicative***,** Bologna, 1997, p. 32 s.
[109] E. Lanza, *La sospensione del processo*, cit., p. 96.

evolutivi di tutti i minori criminali porta con sé il rischio di assecondare una concezione eccessivamente paternalistica del diritto e dell'intervento giudiziario.

Una questione, infine, riguarda il caso in cui non sono presenti i requisiti per emanare la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, nonostante la tenuità del fatto, e allo stesso tempo il giudice ritenga assente il rischio di devianza e di recidiva, necessari per la messa alla prova. Parte della dottrina[110], in proposito, ha sostenuto che, pur essendo assenti i requisiti formali per accedere ad alcuno dei due istituti, sarebbe comunque opportuno procedere alla sospensione del processo con messa alla prova in quanto il minore, diversamente, non potrebbe accedere ad una soluzione di favore come l'estinzione del reato e sarebbe costretto a subire una condanna severa. Tuttavia, pur trattandosi di una soluzione di buon senso, il tenore letterale del codice è piuttosto chiaro nel prevedere i poteri riservati al giudice. Il caso in esame, pertanto, cioè del minore che ha commesso un fatto tenue e che, tuttavia, non ha bisogno di un trattamento, rappresenta indubbiamente una lacuna normativa, che non può essere superato con l'interpretazione giurisprudenziale. Se si accogliesse una soluzione diversa, si attribuirebbe un potere eccessivo al giudice; del resto, va osservato che il minore potrebbe comunque fruire di benefici ulteriori, quali il perdono giudiziale, la sospensione condizionale della pena ecc., ragion per cui la lacuna legislativa non comporterà necessariamente una soluzione di istituzionalizzazione.

2.2.3. Sospensione condizionale della pena

L'articolo 163, comma 1, c.p. regola la possibilità di sospensione dell'esecuzione della pena in certi casi specifici. Se una persona è condannata

[110] F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 422.

a una pena detentiva non superiore a due anni o a una multa che, da sola o in aggiunta alla pena detentiva, non ecceda il corrispondente di due anni di detenzione, il giudice può decidere di sospendere l'esecuzione della pena per un periodo di cinque anni nel caso di condanne per delitto, e di due anni nel caso di condanne per contravvenzione.

Inoltre, se la pena totale, comprensiva di multa e detenzione, supera i due anni ma la detenzione da sola non supera tale durata, il giudice ha la possibilità di sospendere l'esecuzione della pena detentiva.

La legge prevede trattamenti specifici anche per i minori di diciotto anni. Per loro, la sospensione dell'esecuzione può essere ordinata se la pena detentiva o la multa, da sola o combinata con la detenzione, non supera i tre anni, secondo la conversione prevista dall'articolo 135. Se la pena complessiva supera i tre anni ma la detenzione da sola rimane entro tale limite, il giudice può ancora decidere di sospendere l'esecuzione della detenzione.

La sospensione condizionale della pena è senza alcun dubbio un istituto meno favorevole rispetto alla sospensione del processo con messa alla prova[111], in quanto la prima presuppone necessariamente una condanna, sebbene poi in concreto essa non venga eseguita. La condanna, infatti, avrebbe pur sempre un effetto negativo nei confronti del minore, per cui andrebbe evitata nel caso in cui ci sia la possibilità di una evoluzione, in positivo, della personalità del minorenne.

Inoltre, può anche accadere che, in caso di esito negativo della prova, il minore possa poi godere della sospensione condizionale della pena, in quanto sussiste una differenza concreta tra il processo di maturazione connesso alla

[111] Cfr. A. Martini, *Esigenze della pena sospesa e dinamiche del patteggiamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2023, p. 172-179.

prova e la prognosi di non recidiva che costituisce il presupposto della pena[112].

Il beneficio in esame presenta molte analogie con il perdono giudiziale. In comune con tale misura ha sia i presupposti di valutazione discrezionale, sia l'effetto dell'estinzione del reato. Tuttavia, i due istituti si differenziano per il fatto che mentre nel perdono giudiziale l'effetto estintivo si verifica al momento del passaggio in giudicato della sentenza, nella sospensione condizionale della pena, tale effetto è differito, in quanto è sottoposto ad una condizione risolutiva[113].

La giurisprudenza, in proposito, ha sostenuto che «non può ritenersi, pertanto, contraddittoria la motivazione della sentenza che negando l'uno abbia concesso l'altro o viceversa, con l'unico obbligo del giudice di indicare adeguatamente le ragione della sua scelta, obbligo che può ritenersi soddisfatto quando appunto il giudice di merito, in considerazione della *ratio* e delle finalità dei due istituti giunga alla conclusione, evidenziando anche uno solo dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. e altri elementi di rilievo, ai fini del giudizio valutativo, dell'effetto positivo che in concreto potrà derivare dal beneficio prescelto»[114].

Ancora, va segnalato che, di recente, la Corte di Appello di Milano ha parzialmente accolto un appello contro la sentenza numero 122/2022 del GUP del Tribunale per i Minorenni di Milano, che in un processo abbreviato aveva condannato un imputato a sei mesi di reclusione. La condanna teneva conto di una riduzione della pena per minore età, bilanciata dalle aggravanti, ma

---

[112] In tal senso si v. M. Losana, *commento all'art. 29,* in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, Vol. I, *Leggi collegate. Il processo penale minorile*, Torino, 1994, p. 308, p. 318 ss.

[113] Sul punto si v. G. Dicandia, *Perdono giudiziale o sospensione condizionale della pena: è una scelta di merito. Nota a Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza n. 16017/14, depositata il 10 aprile*, in *Diritto e giustizia. Quotidiano di informazione giuridica*, 20 aprile 2014.

[114] Cass. pen. 24 luglio 1991, n. 7751, in *Riv. pen.*, 1992, 38.

non includeva né il perdono giudiziale né la sospensione condizionale della pena, escludendo anche le attenuanti generiche.

Nel respingere la richiesta principale di perdono giudiziale, la Corte ha valutato negativamente il comportamento dell'imputato durante il processo, rilevando una scarsa consapevolezza del danno causato dalle sue azioni e una mancanza di apprezzamento per le possibilità di redenzione e reinserimento sociale offerte attraverso misure alternative al carcere.

Inoltre, la Corte ha confermato l'importanza di considerare le qualità personali dell'imputato, il suo pentimento e la gravità del reato per decidere sulla concessione della sospensione condizionale della pena. Questo orientamento è supportato da numerose decisioni della Cassazione[115], che sottolineano come la sospensione condizionale non solo serve a scopi rieducativi ma anche preventivi, esortando il reo a migliorarsi e minacciando la ripresa della pena in caso di recidiva.

Quando un giudice decide se concedere o meno la sospensione condizionale della pena, le sue valutazioni sono indipendenti da quelle richieste per la messa alla prova. Infatti, mentre la messa alla prova cerca di evitare il processo valutando preventivamente la disponibilità del minore a riflettere sulle cause della sua devianza e a seguire un percorso di recupero, la sospensione condizionale si basa su un giudizio prognostico che viene effettuato dopo un giudizio di colpevolezza, con l'obiettivo di prevedere la probabilità che l'imputato si astenga da future condotte criminose.

Queste due valutazioni sono completamente autonome: anche se un minore non ha sfruttato le opportunità di recupero durante la messa alla prova, il giudice può comunque formulare un giudizio positivo sulla capacità futura dell'imputato di evitare reati, a condizione che siano soddisfatti i criteri dell'articolo 163 del Codice penale.

---

[115] Per esempio, Cassazione Penale, Sez. III, 6 luglio 2016, n. 42737 e 9 giugno 2017 n. 28690.

2.3. Il minore come autore del reato: divieto di pubblicazione e di divulgazione degli atti processuali relativi a minori

Il tema dei limiti alla pubblicazione di documenti giudiziari sta diventando sempre più importante per i giuristi. Recenti episodi giudiziari hanno sollevato questioni sulla larga diffusione non regolamentata di documenti relativi a casi ancora in corso. Ciò ha portato a rinnovate discussioni sulla necessità di imporre restrizioni alla pubblicazione di atti, notizie e immagini legate ai procedimenti penali. L'obiettivo è trovare un equilibrio tra il diritto del pubblico all'informazione e la protezione dei diritti degli individui coinvolti nelle indagini o nei processi giudiziari.

Questo problema si complica ulteriormente quando le informazioni riguardano processi penali che coinvolgono minori. In questi casi, la necessità di proteggere i giovani da possibili danni è ancora più impellente. La stigmatizzazione che può derivare dalla pubblicità di questi casi può essere particolarmente dannosa per i giovani in fase di sviluppo, oltre che per gli adulti coinvolti[116].

In coerenza «con la preoccupazione, che percorre tutta la disciplina del processo penale minorile nel suo complesso, di contenere le ricadute pregiudizievoli connesse all'impatto del minore con il sistema penale, si inscrive la disposizione (art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988) che impone il divieto

[116] Sui rapporti tra cronaca giudiziaria e processo penale tra i principali studi, tutti risalenti a diversi anni fa, si segnalano: G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989; Id., *I limiti alla cronaca giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1990, p. 361; C.F. Grosso, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Politica del diritto*, 1, 1990, p. 77 ss.; G. Ubertis, *Segreto investigativo, divieto di pubblicazione e nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, p. 26; A. Presutti, *Libertà di informazione e tutela dell'immagine nel contesto della novella del 1999*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 229 ss.

di pubblicazione di notizie e immagini che consentirebbero l'identificazione dell'imputato minorenne»[117].

Il codice di procedura penale contiene disposizioni specifiche per proteggere i minori coinvolti in procedimenti giudiziari, come testimoni o vittime. L'articolo 114, comma 6, del codice vieta la divulgazione di dati identificativi di questi minori, inclusi nomi e immagini. Questo tipo di protezione è stato ulteriormente rafforzato dalla legge n. 112 del 2004, che ha esteso le misure di tutela dei minori partecipanti a processi ordinari. Queste disposizioni mirano a prevenire qualsiasi pregiudizio che potrebbe emergere dalla pubblicazione delle loro identità.

Tuttavia, queste restrizioni alla pubblicazione di informazioni riguardanti minori nei casi giudiziari implicano un certo compromesso con il diritto di cronaca giudiziaria. Tale diritto è una componente della libertà di espressione garantita dall'articolo 21 della Costituzione.

L'art. 13 del d.p.r. n. 448/1988 dispone che «sono vietate la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento. La disposizione del comma 1 non si applica dopo l'inizio del dibattimento se il tribunale procede in udienza pubblica».

La logica sottesa alle disposizioni che limitano la pubblicazione di informazioni su minori coinvolti in vicende giudiziarie si basa sull'intento del legislatore di proteggere l'autostima e lo sviluppo sociale dei giovani. La divulgazione di dettagli personali può infatti portare alla stigmatizzazione dei minori, con effetti negativi sul loro sviluppo personale e sociale. L'obiettivo è quindi prevenire l'emarginazione e la formazione di un'identità negativa, riducendo il rischio che i giovani siano etichettati in modo dannoso dalla società.

---

[117] A. Presutti, *La posizione del minore*, in E. Palermo Fabris, A. Presutti (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011, p. 465.

Questa necessità di "destigmatizzazione" è un principio fondamentale nella filosofia della giustizia minorile moderna. È supportata non solo dalla legislazione nazionale, ma anche da normative internazionali e da documenti specifici come la Carta di Treviso, adottata e periodicamente aggiornata dall'Ordine dei giornalisti e dalla Federazione nazionale della stampa italiana. Quest'ultima funge da codice etico per i giornalisti che trattano temi legati all'infanzia, evidenziando l'importanza di un approccio informativo rispettoso e protettivo nei confronti dei minori[118].

L'art. 13 del d.p.r. n. 448/1988 si compone di due disposizioni che si pongono tra loro in rapporto di regola (1° co.) e di eccezione (2° co.). La regola consiste nel divieto di pubblicazione e di divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o di immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento.

L'eccezione, invece, riguarda il caso in cui si proceda in udienza pubblica, quando il minore ultrasedicenne lo richiede ed il tribunale, valutandone le ragioni, vi consente nel suo esclusivo interesse: in tale circostanza il divieto viene meno[119].

Per quanto riguarda i comportamenti vietati, il primo co. dell'articolo in esame indica la pubblicizzazione di tutte le informazioni suscettibili di dare un nome o un volto, direttamente o indirettamente, al ragazzo. Sono dunque oggetto di divieto di pubblicazione e di divulgazione non la notizia in sé ma le generalità, le fotografie, i filmati e tutti gli elementi che possono comunque condurre –

[118] Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, parere 26.10.2006, n. 49/06 e Protocollo di intesa per la diffusione dei principi contenuti nella Carta, 25.7.2012).

[119] Cfr. l'art. 33 del d.p.r. n. 448/1988, secondo cui «L'udienza dibattimentale davanti al tribunale per i minorenni è tenuta a porte chiuse. L'imputato che abbia compiuto gli anni sedici può chiedere che l'udienza sia pubblica. Il tribunale decide, valutata la fondatezza delle ragioni addotte e l'opportunità di procedere in udienza pubblica, nell'esclusivo interesse dell'imputato. La richiesta non può essere accolta se vi sono coimputati minori degli anni sedici o se uno o più coimputati non vi consente. L'esame dell'imputato è condotto dal presidente. I giudici, il pubblico ministero e il difensore possono proporre al presidente domande o contestazioni da rivolgere all'imputato. Si applicano le disposizioni degli articoli 31 e 32 comma 4».

anche in modo mediato e in ambito circoscritto – a rendere il minore riconoscibile (ad esempio soprannomi particolari, caratteristiche fisiche connotative, notizie dettagliate su genitori o parenti, iniziali del nome e del cognome quando affiancate da altre indicazioni quali l'età, il luogo di abitazione, la scuola frequentata).

Il divieto riguarda tutte le fasi ed i gradi del procedimento: dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato alla pronuncia della sentenza definitiva. Nulla viene stabilito, invece, in riferimento alle indagini di polizia svolte nell'immediatezza dei fatti.

Analogamente non è fatto espresso divieto di fornire informazioni dopo il provvedimento definitivo, anche se la prevalente corrente dottrinale[120] ritiene che il divieto non si esaurisca con la sentenza irrevocabile ma resti operante anche dopo la conclusione del processo.

Tale interpretazione vale sia per il minorenne condannato sia per quello prosciolto, soprattutto nei casi di immaturità, concessione di perdono giudiziale, esito positivo della messa alla prova[121].

Quanto ai soggetti tutelati, una prima questione che emerge dall'analisi del presente articolo è quella concernente l'uso del termine "minorenne": la dottrina concorda[122] nel ritenere che il divieto debba riguardare anche l'ipotesi in cui il soggetto abbia raggiunto la maggiore età al momento del processo, poiché un'interpretazione letterale della norma si porrebbe in contrasto sia con la direttiva di cui all'art. 3, L. 16.2.1987, n. 81, che usa il termine “persona”, sia con la disciplina del casellario giudiziale sull'eliminazione delle iscrizioni

---

[120] Cfr. R. Panetta, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, p. 33 ss.

[121] Cfr. G. Marchetti, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, in V. Chiavario (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, Torino, 1994, p. 144; G. Pepino, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2009, p. 137.

[122] Cfr. G. Marchetti, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, cit., p. 145.

giudiziarie al compimento del diciottesimo anno di età (ex art. 5, 4° co., D.P.R. 14.11.2002, n. 313).

Un aspetto controverso riguarda invece la dizione minorenne "comunque coinvolto nel procedimento". Se non vi è dubbio alcuno sul fatto che essa si riferisca sia all'indagato, sia all'imputato, sia al condannato, vi è disaccordo sul fatto che essa riguardi anche minorenni che partecipano al processo con ruoli diversi, come la persona offesa ed il testimone.

Alcuni autori[123] ritengono infatti che l'interpretazione restrittiva trovi conforto nel tenore letterale della legge delega, che parla specificamente della «persona nei cui confronti sono svolte indagini, imputata o condannata» [ex art. 3, lett. c), L. 16.2.1987, n. 81], e nella circostanza che il divieto di pubblicazione delle generalità, dell'immagine e degli elementi che possono portare all'identificazione dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato è di fatto già disciplinato dall'art. 114, 6° co., c.p.p. Altri, invece, sostengono che la norma in esame tuteli tutti i minorenni comunque coinvolti, a qualsiasi titolo, nel procedimento penale[124].

Come già anticipato, il secondo comma della disposizione in commento prevede che il divieto non si applichi quando l'imputato ultrasedicenne abbia chiesto ed ottenuto che il dibattimento si svolga in udienza pubblica. Al di fuori di questa unica eccezione, neppure il consenso dell'interessato permette di far venire meno il divieto anzidetto, salvo che il ragazzo sia diventato maggiorenne ed abbia quindi acquisito la disponibilità dei propri diritti, in quanto ormai capace di agire.

Di conseguenza il suo consenso permette la pubblicazione delle sue generalità e della sua immagine, a meno che ciò possa comportare l'identificazione di un eventuale coimputato minorenne: in tale caso prevale la tutela alla riservatezza dell'infradiciottenne.

---

[123] Cfr. G. Pepino, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, cit., p. 138.
[124] Cfr. G. Marchetti, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, cit., p. 147.

La sancita tutela della riservatezza del minorenne è resa decisamente meno incisiva e in molti casi è destinata a rimanere solo sulla "carta" poiché manca la previsione, da parte della norma in esame, di un'espressa sanzione in caso di violazione del divieto di pubblicazione e di divulgazione[125].

Alcuni casi potrebbero rientrare nella previsione dell'art. 326 c.p. in tema di rivelazione di segreti di ufficio, ma solo qualora il giornalista risultasse punibile a titolo di concorso nel reato commesso dal pubblico ufficiale.

La giurisprudenza, peraltro, al sussistere dei presupposti, ha fatto ricorso all'art. 684 c.p. che configura la contravvenzione di pubblicazione arbitraria degli atti di un procedimento penale. Nello specifico la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile il reato di cui sopra, oltre che nelle ipotesi previste dall'art. 114 c.p.p., anche in quelle relative all'art. 13 proc. min.[126].

La *ratio* sottesa ai divieti di pubblicazione è duplice: da un lato vi è l'esigenza di tutelare la riservatezza del minore, dall'altro la presunzione di non colpevolezza. Con riguardo al primo profilo, si è osservato che i divieti previsti dall'art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988 e dall'art. 114 comma 6 c.p.p., «mirano evidentemente a impedire l'identificazione del minore, tutelando così

[125] Cfr. P. Giannino, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997, p. 65 ss.

[126] Cfr. Cass. pen., 10 marzo 1994, n. 6338, in *Cassazione penale*, 1995, p. 2566, secondo cui «nella contravvenzione prevista dall'art. 684 c.p. - che punisce chiunque pubblica, in tutto o in parte, anche per riassunto, e a guisa di informazione, atti o documenti di un processo penale, di cui sia vietata la pubblicazione - l'elemento oggettivo, costituito dalla divulgazione di accadimenti oggetto di indagine penale fino a quando la legge ne tuteli la segretezza, riceve concreta ed attuale specificazione, oltre che dalla norma dell'art. 114 c.p.p., anche dall'art. 13 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nell'individuazione dell'atto coperto dal segreto e nella indicazione di modalità trasgressive del divieto di pubblicazione del contenuto dell'atto medesimo. In particolare, la disposizione da ultimo ricordata ricomprende nell'area del divieto tutta la vasta serie di atti, implicanti "coinvolgimento" del minore nel procedimento nella qualità di parte o di testimone, ed il cui contenuto non può essere tratto indirettamente mediante identificazione che se ne possa fare, ancorché in ambito territoriale ristretto, attraverso la sola immagine. Non rileva, in contrario, né che l'immagine stessa derivi da una ripresa fotografica eseguita sulla strada, perché non è la tutela dell'immagine come tale che occorre considerare, ma la idoneità della stessa a collegare al soggetto raffigurato l'avvenuto suo "coinvolgimento" in indagini preliminari, né che il nome del minore fosse già noto come indagato, in quanto la notorietà del fatto non esclude il reato poiché la pubblicazione conferisce alla notizia maggiore diffusione e propagazione».

la sua riservatezza e scongiurando un possibile pregiudizio alla sua personalità in via di formazione»[127].

A fondamento dei divieti di pubblicazione in esame si aggiunge, «ove il minore sia sottoposto all'accertamento penale, un secondo rilevante interesse giuridico, al quale forse non è stata dedicata finora la giusta considerazione. Si tratta della presunzione di non colpevolezza, garantita dall'art. 27 comma 2 Cost. e dalle norme delle Convenzioni internazionali»[128].

Il divieto fissato dall'art. 13 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nell'ambito della disciplina del rito penale minorile, copre la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne coinvolto nel procedimento penale.

Tale disposizione, espressione di una precisa direttiva della l. delega n. 81 del 1987 (art. 3 lett. c), ha la precisa finalità - come si legge nella Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - di «tutelare il minorenne dai rischi di etichettamento conseguenti al processo ed all'eventuale condanna».

A tal riguardo, si è inoltre rilevato come, su una personalità in fase di formazione psico-fisica, la pubblicità data ai suoi atti devianti possa indurre all'assunzione di un'identità negativa, con pericolo di stigmatizzare il giovane nel ruolo di deviante, oltre al rischio di etichettamento insito nella sottoposizione al processo[129].

---

[127] N. Triggiani, *Il divieto di pubblicare notizie e immagini dei minori coinvolti in procedimenti*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 374.

[128] L. Camaldo, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 12, 2020, p. 4207B.

[129] In questi termini cfr. A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991, p. 203, il quale osserva che «il ragazzo è portato ad adagiarsi sull'immagine di sé che gli altri percepiscono e propongono».

Da parte di alcuni autori si evidenzia come la pubblicità possa esplicare, in certi casi, un'influenza negativa anche nei confronti di altri minorenni, implicando la diffusione di un modello negativo[130].

L'ambito applicativo dell'art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988 può essere delimitato, nei suoi confini di operatività, mediante l'esame di due diversi profili, che investono, da un lato, l'estensione oggettiva del divieto, dall'altro, i soggetti protetti dalla norma.

Sotto il profilo oggettivo, per l'operatività del divieto è necessario che la pubblicazione e la divulgazione di notizie o immagini possa condurre alla identificazione del minorenne. Non si impedisce, dunque, ai *mass media* di fornire informazioni sul procedimento penale a carico del minorenne, purché sia garantita la *privacy* del minore stesso, evitando di fornire informazioni o di divulgare immagini dalle quali sia possibile risalire alla sua identità, anche in assenza di una specifica indicazione delle sue generalità[131].

La prassi utilizzata nella cronaca giudiziaria, riguardante processi con imputati minorenni, consistente nell'utilizzo di nomi non corrispondenti a quelli dei soggetti realmente coinvolti ovvero nell'indicazione delle sole iniziali dei nominativi reali non appare sufficiente a evitare la violazione del divieto quando, pur essendo state omesse le generalità complete del minorenne, siano forniti elementi - per esempio sulla sua famiglia, sul suo ambiente sociale di provenienza, sui coimputati maggiorenni, sulla persona offesa dal reato - tali da consentirne comunque l'identificazione[132].

---

[130] Cfr. G. Battistacci, *Il processo minorile*, in G. Fumu (coordinato da), *Le riforme complementari*, Padova, 1991, p. 20.

[131] In dottrina si è rilevato che l'art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988 «non trasforma certo la giustizia minorile in una giustizia segreta: l'informazione, anche molto ampia sull'attività degli organi della giustizia minorile, necessaria per consentire il controllo dell'opinione pubblica su di essa è sempre possibile. Solo deve essere una informazione sui fatti e non sugli involontari protagonisti». Così F. Cibinel, *Sub art. 13*, in P. Pazè (a cura di), *Codice di procedura penale minorile commentato*, Milano, 1989, p. 103.

[132] In questi termini, cfr. E. Lanza, *Le indagini preliminari e le misure cautelari*, in A. Mangione, A. Pulvirenti (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2004, p. 267. Si osserva, a tal riguardo, che l'art. 11 comma 1 del

La giurisprudenza ritiene, infatti, rilevante ai fini della violazione del divieto in esame, «la mera idoneità astratta della pubblicazione a consentire (anche indirettamente) l'identificazione del minore»[133].

L'utilizzo dell'espressione normativa "procedimento penale" consente di ritenere operante il divieto di pubblicazione anche durante la fase delle indagini preliminari, essendo quindi irrilevante, ai fini dell'applicazione della norma, la qualifica di indagato o di imputato rivestita dal minorenne[134].

Dubbi sono stati espressi, invece, sulla possibilità di estendere il divieto anche alla fase esecutiva della pena. Il divieto deve ritenersi operante anche a seguito di sentenza irrevocabile di condanna, poiché la direttiva in tale materia contenuta nella legge delega n. 81 del 1987 (art. 3 lett. c) espressamente indica quale destinatario della tutela, oltre al minore indagato e imputato, anche il minore condannato. Tale interpretazione è l'unica idonea a sottrarre la norma a censure di illegittimità costituzionale per violazione da parte del legislatore delegato delle direttive contenute nella legge delega[135].

Nonostante vi sia qualche opinione contraria[136], una analoga tutela sembra opportuna anche nell'ipotesi di sentenza di proscioglimento, considerando che le ipotesi proscioglitive proprie del rito minorile (perdono giudiziale,

---

Prog. prelim. disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, espressamente prevedeva il divieto di pubblicazione e di divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie e immagini idonee a consentire anche in via indiretta l'identificazione del minorenne nei cui confronti sono svolte le indagini, ovvero imputato o condannato.

[133] Cfr. Trib. Lecce, 22 febbraio 1993, in *Foro italiano*, 2, 1994, c. 658. Nel caso di specie è stata affermata la responsabilità del direttore di un quotidiano tarantino per un articolo di cronaca in cui veniva data notizia dell'arresto per gravi reati di un minore, indicato quale figlio di un boss della malavita locale, consentendo in tal modo, anche se in via indiretta, l'identificazione dell'imputato minorenne.

[134] Cfr. S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, p. 167.

[135] In tal senso v. N. Triggiani, *Il divieto di pubblicare notizie e immagini dei minori coinvolti in procedimenti*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2010, p. 381.

[136] Cfr. G. Marchetti, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, cit., p. 144, la quale ritiene che il divieto debba essere riferito solo al destinatario di una sentenza irrevocabile di condanna, in quanto l'eventuale pubblicità collegata a una sentenza di proscioglimento non comporta quegli effetti negativi che la normativa mira ad evitare.

estinzione del reato per esito positivo della prova, sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto) non pongono il minore al riparo dal sopra indicato rischio di autopercezione e di percezione da parte del contesto sociale quale identità negativa.

Il divieto riguarda la pubblicazione e divulgazione realizzata «con qualsiasi mezzo», dovendosi comprendere in tale espressione non soltanto i consueti mezzi di comunicazione - carta stampata, radio, cinematografia, dichiarazioni in pubblico, pubbliche affissioni, trasmissioni televisive -, ma anche la diffusione di notizie o immagini del minore tramite i nuovi mass-media, tra i quali, in particolare, rileva l'inserimento di tali dati in un sito internet.

Sotto il profilo soggettivo, si osserva che la tutela deve essere assicurata a chi non abbia superato la soglia della maggiore età al tempo della commissione del fatto e non al momento del processo. Pur in assenza di precise indicazioni normative in tal senso, con questa interpretazione si vuole evitare che i tempi di svolgimento del processo, spesso celebrato a notevole distanza dalla commissione del reato, possano privare della tutela prevista dalla disposizione de qua i soggetti in età evolutiva, qualora questi diventino maggiorenni nelle more del procedimento[137].

Il legislatore, peraltro, ha previsto una analoga soluzione per quanto concerne la competenza del tribunale per i minorenni, la cui giurisdizione si perpetua al di là del sopraggiungere della maggiore età dell'imputato durante il processo, assumendo rilevanza, ai fini di radicare la competenza del giudice specializzato, la minore età al momento del compimento del reato[138].

---

[137] Così A. Presutti, *La posizione del minore*, cit. p. 358. Cfr. anche N. Triggiani, *Il divieto di pubblicare notizie e immagini dei minori coinvolti in procedimenti*, cit., p. 385, il quale osserva che una interpretazione restrittiva del divieto si porrebbe altresì in contrasto con le norme che disciplinano il casellario giudiziale (art. 15 d.P.R. n. 448 del 1988): «sarebbe infatti contraddittorio prevedere, da un lato, che al raggiungimento della maggiore età quasi ogni traccia del coinvolgimento in un procedimento penale del minore scompaia e, dall'altro, consentire che venga pubblicizzato quello stesso fatto destinato a rimanere segreto».

[138] In tal senso, v. A. Presutti, *La posizione del minore*, cit., p. 358. La stessa l. delega n. 81 del 1987, tracciando le direttive per la disciplina del rito minorile, espressamente fa

Per la corretta individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma è, tuttavia, necessario sciogliere un ulteriore dubbio interpretativo che deriva dall'espressione, alquanto approssimativa, utilizzata dal legislatore, che attribuisce la garanzia al «minorenne comunque coinvolto nel procedimento». Da tale espressione sembrerebbe potersi evincere che il divieto di pubblicazione riguarda il minorenne a qualunque titolo coinvolto nel processo dinanzi al tribunale specializzato, ossia quale imputato, persona offesa, testimone, danneggiato dal reato. Considerando che la formulazione originaria della norma faceva espresso riferimento soltanto al minore indagato, imputato o condannato, vi è chi ritiene che la successiva modifica, in sede di stesura definitiva, assuma il significato di una precisa volontà del legislatore diretta ad estendere la tutela anche al minorenne che, pur non assumendo tali qualifiche, sia chiamato, in altra veste, ad intervenire nel procedimento[139].

Tale interpretazione non appare, tuttavia, condivisibile, in quanto la previsione contenuta nell'art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988 si pone in rapporto di specialità rispetto alla disposizione dell'art. 114 comma 6 c.p.p. - applicabile anche al rito minorile in forza del rinvio generale operato dall'art. 1 d.P.R. n. 448 del 1988 - che stabilisce il divieto di pubblicare generalità, immagini e notizie riguardanti minorenni non soggetti all'accertamento penale («testimoni, persone offese o danneggiati dal reato»).

È pertanto opportuno, al fine di evitare una inutile duplicazione di norme, ritenere che l'art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988 si riferisca soltanto al minore sottoposto al procedimento penale in quanto indagato o imputato, mentre la

riferimento al processo a carico di imputati minorenni al momento della commissione del reato (art. 3).

[139] D. Spirito, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *Giustizia penale*, 3, 1990, p. 144; L. Caraceni, *Processo penale minorile*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Aggiornamento, 2000, p. 1021.

tutela della riservatezza del minore testimone, offeso o danneggiato è già assicurata dall'art. 114 comma 6 c.p.p.[140].

Sez. II

2.4. Le misure cautelari minorili

La decisione di sviluppare un sistema cautelare specificamente destinato agli under 18 deriva dalla sentenza n. 46 del 1978 della Corte Costituzionale. Questa decisione storica ha sottolineato per la prima volta la necessità di creare un regime cautelare appositamente concepito per i minorenni, considerando le loro particolari necessità evolutive e limitando l'uso della detenzione come sanzione[141].

In risposta a questa sentenza, il legislatore ha progettato un quadro normativo che si concentra sul trattamento individuale dei minorenni, con un forte orientamento verso un approccio educativo. Questo impianto normativo ha introdotto misure coercitive specifiche e norme particolari che definiscono l'intero sistema cautelare per i minorenni.

Tuttavia, questo non implica che il sistema cautelare per i minorenni sia completamente autonomo. Esiste un collegamento con le norme generali previste per gli adulti, in quanto il d.p.r. 448/1988 non copre tutte le situazioni specificamente.

Le misure cautelari per i minorenni sono elencate in modo esclusivo e comprendono: a) prescrizioni specifiche, b) la permanenza obbligata in casa, c) il collocamento in comunità, che sono misure che presuppongono la

[140] Così A. Presutti, *La posizione del minore*, cit., p. 358. Del resto, anche la l. delega n. 81 del 1987 (art. 3 lett. c) prevede espressamente il divieto di pubblicazione de quo riferito soltanto «alla persona nei cui confronti sono svolte le indagini, imputata o condannata».

[141] G.A. Maccaroni, *Lineamenti essenziali di procedura penale minorile*, Milano, 2007, p. 66 ss.

cooperazione del giovane, e d) la custodia in carcere, una misura coercitiva che, sebbene comune anche negli adulti, viene applicata in maniera peculiare nel contesto minorile. Di conseguenza, il sistema è strutturato in modo che non si possano applicare ai minorenni misure diverse da quelle espressamente previste.

Tale tipicità è stata costantemente riconosciuta anche in giurisprudenza[142]. Con riguardo ai princìpi del delineato "nuovo" sistema, oltre all'autonomia e

[142] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., 23 maggio 2013, in *C.e.d. Cass.,* n. 256254, secondo la quale, «in tema di misure cautelari, il disposto di cui all'art. 291, comma secondo, cod. proc. pen. - per il quale il giudice che riconosca la propria incompetenza può comunque disporre provvisoriamente, su richiesta del pubblico ministero, la cautela, ove ne sussistano i presupposti e sussista l'urgenza di soddisfare un'esigenza cautelare - trova applicazione con riguardo a qualsiasi dichiarazione di incompetenza, ivi compresa quella pronunciata in favore del tribunale per i minorenni. Ne deriva che il giudice ordinario, pur funzionalmente incompetente, può adottare nei confronti dell'indagato minorenne una misura cautelare, nei limiti dell'art. 27 cod. proc. pen., a condizione che essa sia espressamente contemplata dal capo II del d.p.r. n. 448 del 1988». In applicazione del principio di cui in massima la Suprema Corte ha censurato la decisione con cui il Tribunale del riesame aveva confermato - nei confronti dell'indagato minorenne, arrestato in flagranza del reato di cui all'art. 73, («chiunque, senza autorizzazione di cui all'17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanza stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella 1 dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000. Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve, a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: a)sostanze stupefacente o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministero della salute emanando di concerto con il Ministero della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale; b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite di un terzo alla metà. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a ventidue anni e con la multa da 26.000 a 300.000 euro. Le pene di cui al comma 2 si applicano anche nel caso di illecita produzione o commercializzazione delle sostanze chimiche di base e dei precursori di cui alle categorie 1,2 e 3 dell'allegato I al presente testo unico, utilizzabili nella produzione clandestina delle sostanze stupefacenti o psicotrope previste nelle tabelle di cui all'articolo 14. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle indicate nel decreto di autorizzazione. Quando le condotte di cui al comma 1 riguardanti medicinali ricompresi nella tabella II, sezioni A, B e C, di cui all'articolo 14 e non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 17, si applicano le pene ivi stabilite, diminuite

alla tipicità, vanno segnalati: «a) la facoltatività della applicazione delle misure cautelari; b) la personalizzazione delle stesse, sulla base delle peculiarità e delle caratteristiche del singolo minore; c) la loro adeguatezza alla natura e al grado delle esigenze cautelari; d) la proporzionalità all'entità del fatto e alla sanzione che potrà essere irrogata; e) la residualità della custodia in carcere»[143].

L'accento posto sulla peculiarità della situazione dei minori è chiaramente riconoscibile nelle disposizioni del secondo e terzo comma dell'articolo 19

---

da un terzo alla metà. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000. Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di cui al presente articolo commesse da persone tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n.274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'Ufficiale locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'Ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n.274, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previsto consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per Cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata. Le pene previste dai commi 1 e 6 sono diminuite della metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa, sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti») d.p.r.9 ottobre 1990, n.309, recante *"Testo unico delle leggi in materia di disciplina dei stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza"* - la misura dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria non contemplata nel capo II d.p.r. 448/1988 di tal che, laonde per cui, vietata *ex* art. 19 dello stesso d.p.r. n. 448/1988.

[143] C. Pansini, *Processo penale a carico di imputati minorenni*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, II, Torino, 2011, p. 1321.

del d.p.r. 448/1988. Tali commi stabiliscono che il giudice per le indagini preliminari, quando impone misure cautelari, deve prioritariamente considerare la "necessità di non interrompere i percorsi educativi esistenti". Inoltre, è previsto che l'imputato minorenne sia affidato ai servizi di giustizia minorile affinché questi collaborino con i servizi territoriali per fornire supporto e supervisione.

Questa attenzione alla dimensione educativa del minore è posta al di sopra delle esigenze di tutela dell'ordine pubblico, anche in presenza di motivazioni cautelari imperative. Di conseguenza, l'educazione del minore diventa l'aspetto predominante, prevalendo su altri interessi, come quelli punitivi dello Stato[144].

La giurisprudenza, a tale proposito, ha ritenuto che, nel bilanciare l'interesse della collettività al recupero del minore e quello della stessa alla difesa dell'ordine pubblico, debba essere considerato senza alcun dubbio prevalente il primo. Nello specifico, ad avviso del giudice di legittimità, «l'art. 1 del d.p.r.22 settembre 1988 n. 448 recante, "*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*", dispone che, nel processo a carico di indagati/imputati infradiciottenni si osservino le disposizioni contenute in questo decreto e per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale. Dall'interpretazione sistematica degli art. 23 (che indica con criteri restrittivi i reati per i quali può essere disposta la custodia cautelare nei confronti dei minori e riduce i termini di durata massima della custodia stessa) e 19, comma 2, del suddetto decreto (in virtù del quale ai minori non si applica il dettato dell'art. 275, comma 3, c.p.p., che fissa una presunzione semplice di pericolosità in riferimento a taluni reati) fa ritenere

[144] Così G. Assante, P. Giannino, F. Mazziotti, *Manuale di diritto minorile*, Roma-Bari, 2007, p. 285.

che il legislatore ha inteso regolare la custodia cautelare dell'imputato minorenne con particolare favore e nella sua interezza»[145].

Il sistema giudiziario minorile si distingue per il suo approccio graduale nell'applicazione delle misure cautelari. Inizialmente, il giudice deve optare per l'intervento meno restrittivo per la libertà del minore, intensificando le misure solo in risposta a eventuali inadempienze delle condizioni imposte, che devono essere interpretate in senso ampio.

Per concludere, è importante sottolineare che il processo penale minorile è governato dal principio di riserva di legge assoluta. Questo principio, che si affianca alla tassatività e all'irretroattività, è una derivazione diretta del principio di legalità. Esso implica che le fonti del diritto penale devono escludere non solo le norme non scritte, ma anche qualsiasi fonte scritta che non sia legge o atto con forza di legge, precludendo così ogni atto emanato dal potere esecutivo o dall'amministrazione pubblica.

L'art. 19 d.p.r. 448/1988 nulla prevede in merito ai presupposti ed alle condizioni di applicabilità dei provvedimenti limitativi della libertà personale limitandosi esclusivamente a disciplinare i criteri che devono orientare il giudice nella scelta della misura. Essi coincidono con quelli generali previsti dall'art. 273 c.p.p.[146]. Nel disporre una misura cautelare il giudice per le indagini preliminari deve altresì valutare che il minore sia imputabile e che sussistano specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o per la genuinità della prova *ex* art. 274 c.p.p.[147].

---

[145] Cass. pen., 8 aprile 1994, in *Giustizia penale*, 4, 1995, p. 230.

[146] Secondo il quale «nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza. Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata».

[147] Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni

L'art. 273 c.p.p., cui si rinvia, detta dunque le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari individuandole in due parametri: i gravi indizi di colpevolezza[148] e la mancanza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato e della pena che si ritiene possa essere irrogata.

Per quel che riguarda i criteri di scelta delle misure cautelari il secondo comma dell'art. 19 d.p.r. 448/1988 richiama *apertis verbis* l'art. 275 c.p.p.[149],

---

di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali é prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede».

[148] Cfr. G. Todaro, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 1316 ss.

[149] Secondo il quale «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c). Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata. Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-*ter*, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata

l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice. Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-*bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-*bis* e 416-*bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinquies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-*bis*, comma 1. Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni. Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere. Nell'ipotesi di cui al comma 4-*bis*, se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domiciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o da altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 1990, n. 135. Il giudice può comunque disporre la custodia cautelare in carcere qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'articolo 380, relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte ai sensi dei commi 4-*bis* e 4-*ter*. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie. La custodia cautelare in carcere non può comunque essere disposta o mantenuta quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

fatta eccezione per il terzo comma, secondo periodo, in materia di obbligatorietà della custodia in carcere per le ipotesi di criminalità organizzata. Oltre a quelli *ex* art. 275 c.p.p. viene sancito un criterio ulteriore che deve orientare il giudice per le indagini preliminari nell'adozione della misura venendone che egli deve tenere conto altresì dell'esigenza di non interrompere i processi educativi in atto.

Va segnalato che Il Decreto Caivano, recentemente convertito in legge con modifiche, ha introdotto importanti cambiamenti al codice di procedura penale per minori (D.P.R. n. 448/1988). Specificamente, l'articolo 6 della Legge 13 novembre 2023, n. 159, che tratta il contrasto ai reati commessi da minori, introduce modifiche significative agli articoli 18-bis, 19, 22 e 23 del codice.

Queste modifiche espandono le condizioni sotto cui può essere applicata la misura precauzionale dell'accompagnamento in caso di flagranza. Prima, questa misura poteva essere applicata solo in caso di reati non colposi con una pena massima di almeno cinque anni di reclusione, ma ora la soglia è stata abbassata a tre anni. Sono stati inoltre specificati alcuni reati, come lesioni personali, furto, danneggiamento aggravato e alterazione di armi, oltre a contravvenzioni come il porto abusivo di armi o oggetti atti ad offendere, che possono giustificare l'applicazione di tale misura[150].

Inoltre, l'articolo 6 riduce da cinque a quattro anni il limite massimo di pena per l'applicazione di misure cautelari non detentive. Tuttavia, questa modifica crea una contraddizione legislativa in quanto esistono ora reati con pene tra tre e quattro anni che, pur potendo giustificare l'adozione della misura precauzionale specifica, non permettono l'applicazione di ulteriori misure coercitive.

[150] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., p. 1570 ss.

Questa mancanza di coordinamento normativo potrebbe involontariamente indebolire l'immagine dello Stato di fronte ai minori coinvolti in reati di minore gravità, i quali potrebbero percepire un messaggio di debolezza data l'assenza di azioni concrete seguenti la misura precauzionale. Questo rischio di "stigmatizzazione" del minore come "deviante", che si manifesta attraverso l'etichettatura negativa e l'ingresso nel sistema giudiziario, potrebbe avere ripercussioni negative sul suo sviluppo psicologico, magari più gravi delle conseguenze stesse del reato commesso.

L'adozione di un decreto legge, motivato da un'immediata necessità e urgenza, ha condotto a decisioni precipitose senza un'adeguata riflessione o un'attenta considerazione del sistema giuridico già esistente. Ulteriori modifiche sono state apportate al sistema di misure cautelari attraverso le aggiunte delle lettere b-bis, b-ter e b-quater al comma 1 dell'articolo 6, in seguito agli emendamenti al Decreto Legislativo n. 123 del 2023. In particolare, una modifica rilevante all'articolo 19, comma 5, del codice di procedura penale minorile (c.p.p.m.), ora considera la minor età come fattore attenuante nella determinazione della pena per le misure cautelari, eliminando una precedente distinzione per i reati leggeri legati agli stupefacenti, come specificato nell'articolo 73, comma 5, del D.P.R. n. 309/1990. Questo cambiamento, benché positivo in quanto elimina una disparità di trattamento precedentemente riservata solo ai giovani rei di reati minori legati agli stupefacenti, sembra essere più un tentativo di riequilibrare un inasprimento delle norme piuttosto che un autentico tentativo di fornire un trattamento più mite a queste categorie[151].

Le recenti modifiche legislative introdotte dalla legge di conversione del decreto Caivano hanno significativamente influenzato la regolamentazione del collocamento in comunità, come delineato nell'articolo 22 del codice di

[151] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., p. 1573 ss.

procedura penale minorile (c.p.p.m.). Queste modifiche permettono ora al giudice di ordinare la custodia cautelare per i minori senza il precedente vincolo di un limite temporale di un mese, applicabile nei casi di reati con una pena massima di reclusione non inferiore a quattro anni, una riduzione dal precedente limite di cinque anni.

Inoltre, un nuovo comma 4-bis aggiunto all'articolo 22 c.p.p.m. consente al giudice, su richiesta del pubblico ministero e in presenza di un aggravamento delle necessità cautelari, di sostituire il collocamento in comunità con la custodia cautelare, nei termini consentiti dall'articolo 23 c.p.p.m. Questi interventi normativi riflettono un approccio più repressivo nella riforma del sistema di giustizia minorile, aumentando le possibilità di impiego della custodia cautelare a seguito di violazioni significative o ripetute delle prescrizioni, o di allontanamento ingiustificato dalla comunità.

Questa escalation nell'applicazione della custodia cautelare solleva notevoli preoccupazioni. In particolare, la rimozione del limite di un mese e l'abbassamento della soglia punitiva per l'applicazione di tale misura introducono una flessibilità che potrebbe condurre a un'interpretazione eccessivamente ampia del diritto di ricorrere alla custodia preventiva, a volte per reati di minima entità, ora soggetti a una pena minima di quattro anni. Questa ampia discrezionalità lasciata al giudice potrebbe portare a decisioni di carcerazione preventiva prolungate, che potrebbero risultare sproporzionate rispetto alla gravità del reato commesso[152].

Tali modifiche, sebbene possano essere intese come un tentativo di rafforzare le misure di sicurezza per reati gravi, si allontanano dalle pratiche consigliate nel trattamento dei minori, che tradizionalmente favoriscono soluzioni rieducative e meno punitive. La possibilità di estendere la detenzione senza

[152] G. Martiello, *Gli interventi del c.d. 'decreto-caivano' sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, cit., p. 322 ss.

limiti temporali specifici rappresenta un cambiamento radicale che potrebbe risultare in un trattamento dei minori più severo rispetto agli adulti, nonostante le norme internazionali e nazionali invochino un approccio più mite e costruttivo verso i giovani rei.

Questo approccio più rigido potrebbe non solo essere in conflitto con l'obiettivo di rieducazione e reintegrazione dei minori ma potrebbe anche portare a conseguenze legali e sociali a lungo termine per i minori, influenzando negativamente il loro sviluppo e la loro reintegrazione nella società. È importante, quindi, che qualsiasi politica relativa alla detenzione di minori venga attentamente ponderata, equilibrando le esigenze di sicurezza pubblica con i diritti e il benessere dei minori.

La riforma modifica significativamente l'approccio alla carcerazione preventiva per i minori, introducendo vie accessorie che potrebbero essere sfruttate per applicare misure cautelari più severe. In particolare, quando si tratta di minori in fase di formazione della personalità e potenzialmente meno inclini al rispetto delle regole, esiste il rischio concreto che tali misure vengano eluse o mal applicate, specialmente in contesti comunitari che mancano delle risorse necessarie per un effettivo recupero[153].

Questo approccio solleva seri dubbi sulla sua legittimità costituzionale, poiché potrebbe violare il principio di legalità stretta. Inoltre, sembra ignorare i principi di minima offensività e di uso residuale della detenzione preventiva, principi fondamentali nel trattamento giudiziario dei minori.

In aggiunta, la legge modifica l'articolo 23 del D.P.R. n. 448/1988, abbassando il limite di pena per i reati che possono condurre alla custodia cautelare da una pena massima di nove anni a sei anni, ed estende l'elenco dei reati specifici. Ora, oltre ai reati gravi come il furto aggravato e la

[153] G. Martiello, *Gli interventi del c.d. 'decreto-caivano' sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, cit., p. 325 ss.

fabbricazione o detenzione illegale di armi da guerra, sono inclusi anche il furto in abitazione, il furto con strappo e certi reati contro l'autorità pubblica, come la violenza o la minaccia e la resistenza a pubblico ufficiale, nonché reati legati agli stupefacenti.

Inoltre, la riforma introdotta specifica nuove condizioni sotto cui la custodia cautelare può essere considerata, incluso il rischio che l'imputato possa fuggire o che ci sia un pericolo concreto e attuale di fuga, espandendo così ulteriormente le circostanze in cui può essere applicata la detenzione preventiva.

Queste modifiche, inserendo nuove disposizioni per le esigenze cautelari e ampliando le possibilità di applicazione della custodia cautelare, potrebbero avere un impatto significativo sul sistema giuridico minorile, spostandolo verso un approccio più punitivo che potrebbe non essere in linea con gli obiettivi di rieducazione e reintegrazione dei giovani.

La summenzionata disposizione legislativa, che permette di considerare il pericolo di fuga come fondamento per applicare la custodia cautelare, non è una novità. Era già presente nell'articolo 23, comma 2, lettera b) del D.P.R. n. 448/1988, modificato dal D.Lgs. n. 12/1991, fino a quando non venne dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale per eccesso di delega. Tuttavia, la sua reintroduzione è vista come appropriata, in quanto corregge una distinzione irragionevole che limitava l'uso di questo criterio solo per il fermo di indiziato di delitto, ignorando la custodia in carcere[154].

Questo cambiamento avviene in un contesto storico in cui la tradizionale visione della limitata autonomia dei minori è superata, riconoscendo agli adolescenti maggiori spazi di autonomia giuridica. Questo riconoscimento

[154] G. Martiello, *Gli interventi del c.d. 'decreto-caivano' sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, cit., p. 327 ss.

aumenta la probabilità di realizzazione del pericolo di fuga. La riforma, allineando la normativa minorile a quella degli adulti e includendo il concetto di "pericolo concreto e attuale", suggerisce che si potrebbe aver eliminato completamente la precedente previsione, ripristinando l'applicazione dell'articolo 274 c.p.p. secondo i principi di sussidiarietà e adeguatezza.

Inoltre, il numero 2 del comma 1 dell'articolo 6 della Legge n. 159/2023 modifica i termini massimi della custodia cautelare, riducendoli ora di un terzo per i reati commessi da minori sotto i diciotto anni e di metà per quelli sotto i sedici anni, rispetto alla precedente riduzione della metà e dei due terzi. Questo inasprimento della normativa riflette un'aspettativa di maggiore responsabilità da parte dei minori, considerati sempre più maturi sia fisicamente che dal punto di vista comportamentale. Con questa mossa, il legislatore dimostra una certa sfiducia verso la normativa precedente più mite e, aumentando la durata delle misure cautelari più severe, influisce anche su altre misure come la permanenza in casa o il collocamento in comunità, che vengono equiparate alla custodia cautelare solo ai fini del calcolo della durata massima.

Le recenti modifiche legislative hanno sollevato preoccupazioni per il loro approccio più orientato verso prassi adulte e carcerali. Nonostante l'introduzione di tali misure rimanga facoltativa, esse rischiano di alterare alcuni principi fondamentali della giustizia penale per minori, in particolare riducendo i limiti massimi di pena necessari per l'attivazione delle misure precauzionali e cautelari, avvicinando troppo la disciplina per i minori a quella degli adulti[155].

Questo cambiamento si verifica in un contesto legislativo che, fino a ora, ha mostrato di rispondere efficacemente alle esigenze di protezione giovanile, come valorizzato dall'articolo 31, comma 2, della Costituzione e nel rispetto

[155] F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., p. 1577 ss.

dell'articolo 3 Cost., che richiede trattamenti differenziati per situazioni diverse.

Tuttavia, la decisione di abbassare i limiti massimi di pena per ampliare l'uso della custodia cautelare porta anche a conseguenze dirette per l'applicabilità delle misure di arresto e fermo, le quali operano nei casi previsti dall'articolo 23 del D.P.R. n. 448/1988, seguendo gli stessi criteri.

Estendere la custodia cautelare a reati frequenti tra i minori, inclusi casi minori di spaccio di droga, potrebbe portare a un aumento significativo del numero di giovani nelle strutture di detenzione sia cautelari che precauzionali. Questo incremento prevedibilmente sovraccaricherà le istituzioni penali minorili e i centri di accoglienza iniziale, contravvenendo al principio fondamentale della giustizia minorile che considera la detenzione come l'ultima soluzione, da utilizzare solo in modo residuale e con il rischio di sovraffollamento.

Inoltre, la legge n. 159/2023, con la modifica dell'articolo 6 sui servizi minorili, prevede un intervento anche da parte dei servizi socio-sanitari, ma senza nuovi o maggiori finanziamenti in un momento storico che vede queste entità già oberate di responsabilità sin dall'inizio dell'indagine su un minore.

In definitiva, le modifiche legislative recentemente introdotte non sembrano meritare approvazione, in quanto non risultano efficaci nel raggiungere gli obiettivi di sicurezza che si proponevano, e potrebbero anzi rivelarsi controproducenti a lungo termine. In particolare, una volta terminata la detenzione, è probabile che si trovino nella società individui che, non avendo ricevuto un'adeguata rieducazione, potrebbero facilmente ricadere nella criminalità, specialmente quando diverranno adulti e non avranno più le protezioni riservate ai minori[156].

[156] G. Panebianco, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2023, pp. 1554-1568.

Inoltre, l'aumento dell'uso della detenzione porta con sé il rischio di esporre i giovani a un ambiente criminogeno, accelerando il processo di desocializzazione. Un approccio veramente attento alle esigenze dei giovani e della società non dovrebbe ignorare l'importanza del loro recupero, attraverso percorsi educativi e riabilitativi che possano distoglierli dalla criminalità e indirizzarli verso comportamenti socialmente accettabili. Per raggiungere tale scopo, è fondamentale potenziare gli strumenti extramurali di formazione e rieducazione, riducendo il più possibile il ricorso alla detenzione.

Tuttavia, questa necessità richiede una riflessione approfondita e un intervento misurato, non influenzato dall'emozione del momento o dal clamore mediatico suscitato da eventi di cronaca recenti. La preoccupazione per la devianza minorile può trasformarsi in un'opportunità positiva solo se la società riconosce pienamente la propria responsabilità verso le sfide giovanili e agisce di conseguenza con strategie preventive e riabilitative, piuttosto che meramente punitive[157].

Infine, sembra che sia stata persa l'opportunità di rafforzare le risorse e le strutture sia all'interno degli istituti penali che nelle comunità, per renderli veri centri di recupero. Anche le comunità terapeutiche e gli istituti di giustizia riparativa, che potrebbero offrire soluzioni efficaci, sono stati trascurati in questo ultimo giro di riforme legislative.

2.4.1. Le misure cautelari minorili: le prescrizioni

La misura cautelare più mite che può essere applicata a carico di un indagato/imputato minore è quella prevista dall'art. 20, d.p.r.448/1988 stante il quale «se, in relazione a quanto disposto dall'articolo 19 comma 2, non

[157] G. Panebianco, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, cit., p. 1560 ss.

risulta necessario fare ricorso ad altre misure cautelari, il giudice, sentito l'esercente la potestà dei genitori, può impartire al minorenne specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per la sua educazione. Si applica l'articolo 19 comma 3. Le prescrizioni previste dal comma 1 perdono efficacia decorsi due mesi dal provvedimento con il quale sono state impartite. Quando ricorrono esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione, per non più di una volta, delle prescrizioni imposte. Nel caso di gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni, il giudice può disporre la misura della permanenza in casa».

Le prescrizioni consistono nell'imposizione di talune regole di condotta con contemporaneo affidamento del minore al controllo ed all'assistenza dei servizi minorili nell'amministrazione della giustizia[158].

Le prescrizioni delineano una figura «piuttosto ambigua che tenta, non senza inconvenienti, di far convivere al suo interno, da un lato, un contenuto coercitivo ridotto al minimo con le finalità di tutela delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p.; dall'altro, una forte accentuazione dei connotati correzionali educativi, affidati ad una misura destinata ad avere una durata massima di due mesi»[159].

Nonostante le ambiguità percepite, è indiscutibile che il provvedimento in questione è di natura penale e non amministrativa. Pertanto, è fondamentale che esso sia affiancato da tutte le garanzie tipiche del diritto penale.

Le prescrizioni stabilite devono essere direttamente legate alle attività educative, lavorative o di studio del minore. In questo ambito, una parte della dottrina sostiene che tali prescrizioni dovrebbero principalmente consistere in obblighi attivi, come partecipare a iniziative di assistenza sociale o protezione civile.

---

[158] G. Battistacci, *Il processo minorile*, cit., p. 28 ss.

[159] L. Caraceni, *Sub art. 20*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.p.r. 448/1988*, cit., p. 216.

Tuttavia, non si esclude che possano essere imposte anche prescrizioni di carattere restrittivo, come il divieto di rientro a casa dopo un certo orario, l'interdizione dalla partecipazione a specifici eventi, o il divieto di frequentare determinati luoghi o persone. Inoltre, possono essere richieste presenze obbligatorie presso le forze dell'ordine o i servizi sociali, purché tali obblighi abbiano un valore educativo e non siano meramente punitivi o di controllo.

La nozione di "prescrizioni relative alle attività" include sia azioni da compiere che comportamenti da evitare. È stato argomentato che senza la capacità del giudice di imporre anche divieti, queste misure cautelari potrebbero rischiare di essere confuse con le forme di intervento supportivo di natura civile-amministrativa, che sono categoricamente distinte dalle misure cautelari penali[160].

Non è appropriato applicare ai minori le stesse misure cautelari destinate agli adulti, poiché ciò contravverrebbe ai principi di specificità, determinatezza e riserva di legge. Le prescrizioni imposte ai minori devono essere non solo utili, ma anche strettamente personalizzate. L'utilità si manifesta nel contributo allo sviluppo personale, culturale e professionale del minore, mentre la specificità richiede che le indicazioni siano chiare e non generiche o completamente delegate a terzi.

La necessità di specificità è fondamentale perché: a) permette al minore di sapere esattamente quali attività deve intraprendere e come; b) consente ai servizi sociali, sia ministeriali che territoriali, di fornire un supporto mirato; c) facilita il lavoro del giudice nel verificare se le prescrizioni siano state rispettate.

Inoltre, prima di stabilire la misura, il giudice deve consultare chi esercita la responsabilità genitoriale del minore. Questo passaggio è fondamentale per raccogliere il maggior numero possibile di informazioni sul giovane,

[160] P. Giannino, *Il processo penale minorile*, cit., p. 135.

permettendo al giudice di esercitare una scelta informata e consapevole riguardo alla misura più adatta. Questa procedura contribuisce anche a garantire il diritto alla difesa del minore, stabilendo un contesto di dialogo in cui il responsabile genitoriale può influenzare l'elaborazione delle prescrizioni più adeguate[161].

Parte della dottrina sostiene che l'omissione dell'audizione del responsabile genitoriale, considerata obbligatoria, porta a una nullità di tipo generale, classificabile come intermedia secondo la lettera c) dell'articolo 178 del codice di procedura penale, oltre a rientrare nelle disposizioni dell'articolo 180 del codice, relative all'assistenza e rappresentanza dell'imputato. Si argomenta inoltre che l'obbligo di tale audizione decadrebbe al compimento del diciottesimo anno di età del giovane, momento in cui termina la responsabilità genitoriale.

Per quanto riguarda la durata delle prescrizioni, queste sono stabilite dal giudice al momento dell'emissione e, come specificato nel secondo comma dell'articolo 20 del d.p.r. 448/1988, perdono efficacia dopo due mesi dal provvedimento. Se sussistono particolari necessità probatorie, il giudice può decidere di rinnovare le prescrizioni, ma tale rinnovo è consentito una sola volta e per un periodo non superiore a due mesi[162].

2.4.2. La permanenza in casa

La misura cautelare della permanenza in casa è prevista dall'art. 21 d.p.r. 448/1988: essa rappresenta «la prima delle misure non custodialistiche avente ad oggetto un obbligo di stare»[163]. La permanenza in casa identifica, a bene

[161] Così G. Assante, P. Giannino, F. Mazziotti, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 287.
[162] Così A. Presutti, *La posizione del minore*, cit., p. 512.
[163] F. Palomba, Il *sistema del processo penale minorile*, cit., p. 327.

vedere, una *species* del più ampio *genus* degli arresti domiciliari in quanto determina una limitazione della libertà di movimento del soggetto.

La dottrina ha evidenziato che, «mentre nel processo a carico di imputati maggiorenni la misura che presenta questa caratteristica è solo quella degli arresti domiciliari, nel sistema minorile il legislatore ha effettuato in modo piuttosto artificioso un discutibile sdoppiamento, prevedendo le misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità, distinte tra loro soltanto dal luogo in cui il minorenne è tenuto a rimanere»[164].

Nonostante esistano somiglianze tra la misura della permanenza in casa e quella degli arresti domiciliari, le differenze tra le due sono significative. In particolare, la permanenza in casa offre al giudice maggiore discrezionalità per adattare la misura alle esigenze educative, di studio o lavorative del minore, diversamente dagli arresti domiciliari. Inoltre, la vigilanza sul minore durante la permanenza in casa non è affidata alle forze di polizia, ma ai genitori o alle persone presso cui il minore risiede.

Un'altra distinzione importante si nota leggendo il quarto comma dell'articolo 21 del d.p.r. 448/1988, che stabilisce un parallelismo tra la permanenza in casa e la custodia cautelare esclusivamente ai fini del calcolo della durata massima della misura. Al contrario, l'articolo 284, quinto comma, del codice di procedura penale considera l'imputato agli arresti domiciliari come se fosse effettivamente in custodia cautelare.

La funzione primaria della permanenza in casa è di riportare il minore sotto la vigilanza di chi esercita su di lui la potestà parentale, a condizione che queste figure siano considerate idonee a tale compito, come indicato nel terzo comma dell'articolo 21 del d.p.r. 448/1988. Tuttavia, alcune posizioni dottrinali esprimono perplessità riguardo all'efficacia e all'utilità di affidare ai familiari il ruolo di custodi del minore, sollevando dubbi sulla reale capacità

[164] L. Caraceni, *Sub art. 21*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*. *Commento al D.P.R. 448/1988*, cit., p. 224.

di questa misura di contribuire al processo educativo e di risocializzazione del minore.

Nell'ambito del provvedimento che regola la permanenza in casa, il giudice per le indagini preliminari può determinare che il minore rimanga nella sua abitazione o in un altro domicilio privato. In aggiunta, il giudice ha la facoltà di imporre restrizioni sulle comunicazioni del minore con persone esterne al nucleo convivente o a chi lo assiste, e può anche autorizzare il minore a lasciare la residenza per esigenze legate agli studi, al lavoro o ad altre attività ritenute benefiche per il suo percorso educativo e di reintegrazione sociale.

In situazioni di malattia fisica o psichica del minore, sia la permanenza in casa che il collocamento in comunità possono essere attuati in strutture sanitarie, pubbliche o private. Il terzo comma dell'articolo 21 del d.p.r. 448/1988 stabilisce che la sorveglianza del comportamento del giovane è affidata ai genitori o agli adulti responsabili presso cui il minore risiede. Questi ultimi sono tenuti a facilitare le azioni di supporto e controllo da parte dei servizi sociali e a consentire eventuali interventi disposti dal giudice attraverso le forze dell'ordine.

Tuttavia, l'efficacia e il valore educativo e di reintegrazione di questa misura sono stati oggetto di dibattito. Alcuni studiosi sostengono che il minore delinquente spesso vive in un contesto familiare conflittuale e che la sua antisocialità può essere una forma di ribellione contro le figure parentali. Pertanto, la restrizione a rimanere in casa può potenzialmente esacerbare tali tensioni, portando a regressioni pericolose per il minore stesso. Di conseguenza, questa misura può essere efficace soltanto se l'ambiente familiare è considerato adeguato a supportare la ricostruzione di legami sociali significativi e la crescita personale del minore[165].

[165] L. Caraceni, *Sub art. 21*, cit., p. 235.

L'articolo 21, quarto comma, del d.p.r. 448/1988 stabilisce che la permanenza in casa è assimilata alla custodia cautelare esclusivamente per quanto riguarda il calcolo della durata massima della misura e il conteggio del tempo trascorso come detrazione dalla pena definitiva, conformemente all'articolo 657 del codice di procedura penale.

La giurisprudenza ha chiarito che, specificamente per le misure cautelari applicate ai minori, l'articolo 275, comma secondo bis, del codice di procedura penale prevede che non si possa ordinare la custodia cautelare se si prevede che al termine del processo possa essere applicata la sospensione condizionale della pena. Tuttavia, questa disposizione non si applica alle misure speciali, come la permanenza in casa e il collocamento in comunità previste dagli articoli 21 e 22 del d.p.r. 448/1988. Queste misure, infatti, si distinguono dalla detenzione domiciliare e carceraria per struttura e scopi, mirando a una finalità più ampia in linea con l'approccio del sistema giuridico italiano al trattamento dei minori.

Inoltre, il terzo e il quarto comma degli articoli menzionati specificano che, per i fini del calcolo della durata della misura e della pena, il minore è considerato in custodia cautelare. Per altri aspetti, tuttavia, è considerato come una persona libera, sebbene soggetto a determinate prescrizioni e obblighi[166].

La giurisprudenza ha chiarito che i periodi in cui un minore si trova in stato di permanenza in casa o collocamento in comunità possono essere considerati per la concessione della liberazione anticipata. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto non legittimo il rifiuto del giudice di merito di accogliere una richiesta di risarcimento per ingiusta detenzione nei casi in cui al minore sia stata applicata la misura della permanenza in casa. Tale decisione è basata sul riconoscimento che anche questa misura comporta una restrizione

[166] Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2007, Materia, in *C.e.d. Cass*., n. 236285.

significativa della libertà personale, giustificando così il diritto a un indennizzo ai sensi dell'articolo 314 del codice di procedura penale.
Infine, è importante notare che l'allontanamento del minore dalla residenza in cui è stato posto a seguito della misura della permanenza in casa non costituisce reato di evasione. Questo perché tale misura è equiparata alla custodia cautelare solamente per il calcolo della durata massima e per la determinazione della pena da scontare, non implicando le stesse restrizioni legali associate alla custodia cautelare classica.

2.4.3. Il collocamento in comunità

L'articolo 22 del d.p.r. 448/1988 ha introdotto una significativa novità nel processo minorile attraverso il collocamento in comunità. Prima della riforma del 1988, questa misura era prevalentemente considerata socio-terapeutica per i tossicodipendenti e assistenziale per i minori senza una famiglia adatta all'educazione. Con l'adozione dell'articolo 22, il collocamento in comunità è stato ridefinito come una misura cautelare, posizionandosi tra la permanenza in casa e la custodia in carcere.
Questa misura condivide alcune caratteristiche con gli arresti domiciliari, in quanto implica un obbligo di restare all'interno di una comunità designata, unito al divieto di allontanarsene. Tuttavia, a differenza della permanenza in casa, il collocamento in comunità non è semplicemente una variante della custodia cautelare, ma viene equiparato a questa solo per determinare la durata massima della restrizione della libertà.
Inoltre, l'articolo 22 prevede che necessità legate a studio, lavoro o altre attività utili possano giustificare l'applicazione di prescrizioni specifiche. Questo contrasta con la situazione della permanenza in casa, dove tali

esigenze sono considerate solo come base per autorizzare temporanee assenze dalla residenza[167].

Sono evidenti, invece, le analogie tra i due istituti una volta osservato che l'obbligo di stare può essere accompagnato da specifiche prescrizioni inerenti ad attività utili per il minore.

Nel dettaglio, il primo comma dell'art. 22 d.p.r. 448/1988 stabilisce che il giudice competente, con il provvedimento che dispone che il minore sia collocato in comunità, ordina che quest'ultimo sia affidato ad una struttura pubblica o autorizzata eventualmente imponendo, anche in questo caso, prescrizioni in merito ad attività di studio o di lavoro o ad ulteriori attività utili per la sua educazione con la possibilità – a mente del richiamo effettuato dal terzo comma dell'art 22 ai commi 2 e 4 dell'art. 21 dpr. 448/1988 – per lo stesso minore di allontanarsi dalla struttura, salvo che per soddisfare le esigenze di cui sopra.

Il giudice competente che dispone la misura cautelare deve indicare la "ragione sociale" della comunità ove l'infradiciottenne deve essere collocato o tramite accompagnamento da parte delle forze dell'ordine o recandovisi, il diretto interessato. In proposito non vi è dubbio che la mancata presentazione di quest'ultimo presso la struttura indicata dal giudice nella misura sia equipollente all'allontanamento volontario, con le conseguenze previste dal quarto comma dell'art. 22 d.p.r. 448/1988[168], secondo cui il giudice può disporre la misura della custodia cautelare, per un tempo non superiore a un mese, qualora si proceda per un delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

---

[167] L. Pepino, *Sub art. 22*, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 243. Rispetto alla permanenza in casa, inoltre, il giudice non può impartire all'indagato "stanziato" in comunità divieti o limiti nelle comunicazioni con terzi, con obbligo di specifica indicazione in capo al giudice.

[168] Cfr. L. Pepino, *Art. 22*, cit., p. 244.

Per quel che concerne, invece, le caratteristiche della struttura "comunitaria" il legislatore non fornisce indicazione veruna anche se l'art. 10 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, ad oggetto *"*Norme di attuazione e transitorio del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n.448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni", indica i criteri organizzativi e funzionali che le comunità devono rispettare[169].

Il legislatore ha inteso lasciare allo Stato il monopolio sulle strutture da utilizzare come comunità attribuendo «il giusto rilievo alle iniziative che in tale campo sono sorte non solo ad opera degli enti locali, più attenti e sensibili ai problemi minorili, ma anche ad opera del cosiddetto privato sociale, il cui intervento a diversi livelli è divenuto sempre più penetrante»[170].

Se un minore commette violazioni gravi e reiterate delle condizioni stabilite, o si allontana ingiustificatamente dalla comunità, il giudice ha la facoltà di applicare la custodia cautelare per un periodo massimo di un mese, senza possibilità di rinnovo, nei casi in cui si proceda per reati che prevedano una pena massima di reclusione non inferiore a cinque anni. Al termine di questo mese, il minore può essere nuovamente collocato in comunità, a meno che non siano stati raggiunti i limiti massimi di durata per la custodia cautelare.

Il legislatore stabilisce, attraverso il quarto comma dell'articolo 22 del d.p.r. 448/1988, che nei casi di allontanamento ingiustificato dalla comunità o di violazioni gravi e ripetute delle prescrizioni, la custodia in carcere può essere applicata solo per reati con una pena minima di reclusione non inferiore a cinque anni, a differenza della soglia di nove anni menzionata nel primo comma dell'articolo 23 dello stesso decreto.

---

[169] Organizzazione a tipologia familiare, capienza non superiore alle dieci unità, presenza anche di giovani non sottoposti a procedimento penale, finalità educativa, intervento di operatori professionisti di diverse discipline, utilizzazione delle risorse del territorio.

[170] S. Cecere, *Sub art. 22*, in G. Pazè (a cura di), *Codice di procedura penale minorile commentato*, cit., p. 150.

Infine, è importante notare che la giurisprudenza riconosce che, nel contesto del procedimento minorile, l'inasprimento delle misure cautelari, causato dall'allontanamento ingiustificato dalla comunità o da gravi violazioni delle prescrizioni, permette l'applicazione della custodia cautelare soltanto entro i limiti e secondo i presupposti specificati nel quarto comma dell'articolo 22 del d.p.r. 448/1988. Questa applicazione specifica esclude l'uso dei criteri generali previsti dagli articoli 276 e 299 del codice di procedura penale, come chiarito dall'articolo 1 del decreto, che limita l'applicazione delle norme del codice di procedura penale ai casi non espressamente disciplinati dal decreto stesso[171].

2.4.4. La custodia cautelare

La misura cautelare più afflittiva va vista nella custodia cautelare in carcere prevista dall'art. 23 d.p.r.448/1988. Tale misura è imposta a fronte della commissione di delitti consumati o tentati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a nove anni nonché ad una serie di reati tassativamente indicati *ex lege*.

Il legislatore è successivamente intervenuto in materia con il d.lgs.14 gennaio 1991, n. 12, recante "Disposizioni integrative e correttive della disciplina processuale penale e delle norme ad essa collegate", con lo scopo di "porre un freno" all'emergenza criminale minorile[172] considerando inadeguate le misure cautelari diverse dalla custodia in carcere ampliando inoltre il novero degli illeciti che giustificano il ricorso alla misura *de libertate*.

Prima della riforma del 1991, infatti, tale misura poteva essere applicata in esclusiva quando si procedeva per delitti per i quali la legge stabilisce la pena

[171] Cass. pen., Sez. VI, 23 aprile 2009, M.R, in *C.e.d. Cass*., n.243674.

[172] I dati in tema di emergenza criminale minorile sono rinvenibili sul sito *www.giustizia.it*, sezione "*Statistiche* ".

della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni senza possibilità alcuna di derogare al riguardo.

La decisione del legislatore di estendere l'elenco dei reati che possono giustificare la custodia cautelare in carcere segnala un cambiamento nella valutazione del carcere, non più visto esclusivamente come ultima ratio. Questa scelta si manifesta anche nell'introduzione di un criterio qualitativo, oltre che quantitativo, permettendo l'applicazione di questa misura cautelare anche per alcuni tipi di reati, sia tentati che consumati, che pur presentando pene massime inferiori ai nove anni, sono considerati sufficientemente gravi da giustificarne l'uso.

Inoltre, si è sollevata una questione giurisprudenziale riguardante l'applicabilità di tale misura ai minori implicati in reati quali il furto in abitazione o il furto con strappo. La legge del 26 marzo 2001, n. 128, "Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini", ha distinto queste fattispecie dal reato generico di furto, modificando l'articolo 380, comma secondo, del codice di procedura penale con l'introduzione della lettera e-bis), che regola specificamente queste situazioni delittuose.

Tuttavia, nonostante questa riforma, l'articolo 23 del codice di procedura penale minorile non è stato aggiornato di conseguenza. Ciò implica che, a causa del principio di specialità — che considera il settore minorile come un'area con norme derogatorie rispetto al codice di procedura penale generale — e del principio di tassatività — che richiede una descrizione dettagliata delle fattispecie penalmente rilevanti — tali reati non dovrebbero essere inclusi tra quelli che autorizzano la custodia cautelare per i minorenni.

La giurisprudenza, in un primo momento ha osservato che «non è applicabile la custodia cautelare nei confronti di un imputato minorenne per il reato di furto in abitazione, previsto dalla nuova formulazione dell'art. 624-*bis* c.p., non essendo richiamata nelle disposizioni sul processo penale minorile, che disciplinano i casi in cui può essere applicata la custodia cautelare, la lettera

e-*bis*) dell'art. 380 c.p.p., comma secondo, introdotta dall'art. 10 legge 26 marzo 2001, n. 128, che menziona la nuova ipotesi di furto in abitazione»[173]. Successivamente, però, l'indirizzo è mutato di guisa che la Suprema Corte ha ritenuto applicabile la misura *de qua* nei confronti dell'imputato minorenne accusato di furto aggravato in abitazione. Ancorché l'art. 23 d.p.r.448/1988 non preveda l'ipotesi di cui all'art. 380, secondo comma, lett. e-*bis*), c.p.p. esso richiama l'art. 380, secondo comma, lett. e), c.p.p. ove si descrive la fattispecie di furto aggravato *ex* art. 625, primo comma, n. 2, c.p. la quale in concreto viene a "coincidere" con quella di cui all'art. 624 *bis*, terzo comma stesso codice[174].

Con riferimento a ciò si è pronunciata finanche la Corte Costituzionale dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Bari con ordinanza del 29 novembre 2001, nella parte in cui non prevede, fra i casi nei quali può essere adottata la misura della custodia cautelare, l'ipotesi di cui all'art. 380, comma 2, lettera e-*bis*, c.p.p. La situazione normativa denunciata dal rimettente, infatti, quand'anche possa essere ritenuta il frutto di una svista del legislatore, rispecchia

---

[173] Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2004, X, in *Rivista penale*, 2006, p. 369. In motivazione la Corte ha precisato che la nuova ipotesi di furto in abitazione è fattispecie autonoma rispetto a quella dell'art. 624 c.p. di tal che il mancato coordinamento con le disposizioni processuali non può essere supplito con un'interpretazione analogica, per vero non consentita in materia di libertà personale.

[174] In tal senso Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 2012, Bottan, in, *C.e.d. Cass.,* n. 253716, secondo cui, «in tema di custodia cautelare nei confronti di minorenne, sebbene l'art. 23 d.p.r.448/1988 non preveda tra i casi in cui può essere applicata la custodia cautelare, l'ipotesi di cui all'art. 380, comma secondo, lett. e-*bis*, delitti di furto in abitazione e con strappo, *ex* art. 624 *bis* cod. pen., tuttavia, il predetto art. 23 richiama l'art. 380, comma secondo, lett. e) che prevede l'ipotesi del reato di furto aggravato *ex* art. 625, comma primo, n 2, prima parte, cod. pen. che corrisponde esattamente all'ipotesi di cui all'art. 624 *bis*, comma terzo, cod. pen. , furto in abitazione o con strappo aggravato da una o più delle circostanze di cui all'art. 625, comma primo, cod. pen. Ne consegue che nell'ipotesi di furto aggravato in abitazione sono applicabili nei confronti di imputati minorenni l'arresto in flagranza e la custodia cautelare».

un'opzione di cui non è dato riscontrare il contrasto con norme costituzionali giusta cui si possa evincere la necessità di prevedere l'adozione della misura della custodia cautelare in carcere né tale misura può dirsi manifestamente irragionevole altresì in rapporto alle diverse situazioni impropriamente invocate come "*tertia comparationis*"[175].

La custodia cautelare in carcere è prevista dall'articolo 23, secondo comma, del d.p.r. 448/1988, e può essere applicata solo in presenza di determinate condizioni. Queste includono la necessità impellente legata alle indagini, come il rischio concreto che la raccolta o l'autenticità delle prove possano essere compromesse [lettera a)], oppure il pericolo reale, considerando le circostanze specifiche del reato e la personalità dell'imputato, che possa commettere gravi crimini utilizzando armi o altri mezzi di violenza personale, oppure reati contro l'ordine costituzionale o di criminalità organizzata o dello stesso tipo per cui si procede [lettera c)].

È importante notare che la lettera b) del medesimo articolo, che faceva riferimento alla possibilità di fuga o al concreto pericolo di fuga dell'imputato, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima. La Corte Costituzionale ha rilevato una violazione dell'articolo 76 della Costituzione, osservando che la legge 16 febbraio 1987, n. 81, che delegava il Governo all'emanazione del nuovo codice di procedura penale, non includeva il pericolo di fuga tra le condizioni legittimanti l'applicazione della custodia cautelare in carcere[176].

Per quanto riguarda i termini di durata massima della misura il terzo comma dell'art. 23 d.p.r.448/1988 ne prevede la riduzione, rispetto a quelli stabiliti per gli adulti dall'art. 303 c.p.p., della metà per i reati commessi da minori di anni diciotto e di due terzi per quelli commessi da minori di anni sedici. Tali termini decorrono dal momento della cattura, dell'arresto, del fermo o dell'accompagnamento.

---

[175] Corte Cost.,sent.9 - 24 aprile 2003, n. 137, in *www.giurcost.org.*

[176] Cfr. Corte Cost.,sent.12 - 26 luglio 2000, n. 359, in *www.giurcost.org*

In tema di termini di durata massima della custodia cautelare l'organo di nomofilachia ha dedotto che, «quando si procede per un reato a carattere permanente protrattosi in un arco temporale in cui è stata raggiunta la maggiore età da parte dell'indagato, il reato diventa unitariamente attribuibile al soggetto in quanto maggiorenne e di conseguenza, il termine massimo di custodia a cui occorre riferirsi non è quello ridotto applicabile ai minorenni, bensì quello ordinario previsto per i maggiorenni»[177].

Inizialmente, una parte della giurisprudenza aveva deciso di non applicare le disposizioni dell'articolo 304 del codice di procedura penale ai minorenni, ritenendo tale norma meno favorevole rispetto al quadro legislativo specificamente orientato a trattare la custodia cautelare dei minori con maggiore considerazione. Infatti, anche nelle legislazioni precedenti, inclusa quella del regime fascista, era evidente un intento di gestire la custodia cautelare con un approccio particolarmente attento alle esigenze del minorenne imputato.

Tuttavia, le Sezioni Unite hanno successivamente rivisto questa interpretazione, stabilendo che le regole previste dall'articolo 304 del codice di procedura penale si applicano anche ai procedimenti penali che coinvolgono imputati minorenni. Questa decisione si basa sul fatto che non

[177] Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 1997, Vitale, in C.e.d. Cass., n.210830. Il principio di specie è stato ribadito finanche con riguardo alla fattispecie di reato permanente iniziato quando il soggetto era minore di sedici anni e protrattosi oltre tale soglia di età. *Rebus sic stantibus* la riduzione del termine applicabile è quella "riservata" agli infradiciottenni e non quella prevista per gli infrasedicenni; e ciò sulla base dell'assunto che la maggiore maturità che il legislatore intende raggiunta al compimento del sedicesimo anno di età non ha dissuaso il soggetto dal persistere nella identica condotta delittuosa. Non possono quindi trovare applicazione i princìpi del *favor minoris,* ossia l'interpretazione della norma nel favore del minore, e del *favor libertatis* (il quale consiste nel privilegiare la libertà del soggetto rispetto ad altre esigenze del processo. Sono espressione del suddetto principio le norme che prevedono limiti massimi della durata della custodia cautelare, l'immediata esecuzione delle sentenze di proscioglimenti, *etc.*), i quali esprimono un atteggiamento di indulgenza e di favore verso il minore: cfr. Cass. pen., Sez. VI, 27 maggio 2003, Avella, in *Rivista penale*, 2004, p. 918.

esistono disposizioni nel processo minorile che escludano o modifichino l'applicazione di tale normativa rispetto a quella prevista per gli adulti[178].

Da ultimo «l'art. 24, d.p.r.448/1988 prevede, in caso di scarcerazione dell'imputato per decorrenza dei termini, la possibilità per il giudice di imporre, qualora permangano le esigenze cautelari, le prescrizioni di cui all'art. 20, d.p.r.448/1988. La violazione delle stesse risulta per la dottrina priva di sanzione, in quanto essa non ritiene applicabile il meccanismo della conversione nella misura più afflittiva»[179].

La giurisprudenza, per vero, ha ritenuto legittima l'applicazione della custodia inframuraria al minorenne che, scarcerato per decorrenza dei termini, abbia violato reiteratamente prescrizioni ed obblighi imposti *ex* art. 307, primo comma, c.p.p. all'atto della scarcerazione che originino dalle successive misure, disposte a titolo di aggravamento della condotta, della permanenza in casa e del collocamento in comunità. Ciò in quanto il processo minorile, pur nella sua specificità, identifica un sistema aperto, ancorché in via sussidiaria, alla disciplina ordinaria là ove manchi una espressa previsione che regoli in verso contrario[180].

---

[178] Cfr. Cass. pen., SS.UU., 25 ottobre 1995, De Tommasi, in *Cassazione penale*, 1996, p. 784, secondo cui «l'istituto della sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, di cui all'art. 304 c.p.p., si applica anche nel processo penale a carico di imputati minorenni».

[179] L. Pepino, sub *art. 24*, in M. Chiavario (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 256.

[180] Cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2008, L.A., in *C.e.d .Cass.,* n. 239819, secondo cui «è legittima l'applicazione della misura della custodia inframuraria al minorenne che, scarcerato per decorrenza dei termini, abbia violato reiteratamente prescrizioni ed obblighi - impostigli, *ex* art. 307, comma primo, cod. proc. pen., rispettivamente all'atto della scarcerazione e derivanti dalle successive misure, disposte a titolo di aggravamento, della permanenza in casa e del collocamento in comunità - in quanto il processo minorile, pur nella sua specificità, non integra un sistema chiuso ed autonomo ma, *ex* art. 1, comma primo, d.p.r.448 del 1988, costituisce un sistema aperto, ancorché in via sussidiaria, alla disciplina del processo ordinario là dove manchi un espressa previsione contraria».

2.5. Le misure penali di comunità nel d.lgs. n. 121/2018

Il 2 ottobre 2018, con l'approvazione del decreto legislativo n. 121, è stata finalmente adottata una legislazione specifica per la gestione delle pene dei minori, segnando un importante sviluppo quarantatré anni dopo l'introduzione della legge 354/1975, che riguardava l'ordinamento penitenziario. Prima di questo decreto, le norme relative alla giustizia minorile erano spesso disorganiche e non sincronizzate con le esigenze del settore, creando così delle lacune nella protezione dei minori, che sono particolarmente vulnerabili a causa della loro età.

Nonostante la Costituzione italiana non menzioni esplicitamente la giustizia minorile, ci sono articoli che implicitamente sostengono la necessità di una tutela rafforzata per i giovani detenuti, come gli articoli 2, 13, 27 e 31. Le origini della giustizia minorile risalgono al regio decreto legge 1404 del 1934, che istituì i Tribunali per i minorenni. Questo fu seguito da una serie di riforme nel 1971, che introdussero i riformatori giudiziari e altre istituzioni specifiche per i giovani[181].

Dal 1975, con l'introduzione dell'ordinamento penitenziario, la situazione dei minori non era stata pienamente affrontata, tranne che per alcune disposizioni marginali riguardanti il trattamento penitenziario e un riferimento nell'articolo 79, che estendeva la normativa anche ai minori sotto i diciotto anni fino all'adozione di una legge specifica. Questo ha evidenziato implicitamente l'insufficienza della legge 354/75 per affrontare adeguatamente le esigenze dei minori.

Solo con il decreto presidenziale 448/1988 fu normato il procedimento penale minorile, limitatamente tuttavia alla fase di indagine del processo, senza

[181] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, in P. Balducci, A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 241 ss.

toccare l'esecuzione delle pene, che continuava a seguire le norme del codice penale, del codice di procedura penale e della legge 354/1975.

La legge 103/2017 ha riconosciuto l'urgenza di una riforma legislativa specifica per l'esecuzione delle pene minorili, proponendo tre principi cardine: l'abolizione di automatismi e preclusioni nella concessione di benefici o misure alternative, l'introduzione di misure alternative orientate verso l'educazione dei giovani, infine il potenziamento dei legami con il mondo esterno come pilastro del processo di trattamento rivolto al reintegro sociale.

Questi principi sono stati parzialmente integrati nel decreto legislativo 121/2018, nonostante alcune criticità. Il decreto manteneva alcuni automatismi preclusivi ereditati dall'articolo 4 bis della legge 354/1975, in particolare riguardo l'accesso ai benefici, e non includeva disposizioni per l'affidamento in prova sotto condizioni particolari.

L'articolo 1, primo comma, del decreto legislativo 121/2018 stabilisce un principio di sussidiarietà e identifica le principali fonti normative applicabili, includendo il codice di procedura penale, la legge 354/1975, e i decreti presidenziali 230/2000 e 448/1988, nonché il decreto legislativo 272/1989.

Nel secondo comma, il decreto definisce gli scopi dell'esecuzione penale per i minori, indicando che l'obiettivo è promuovere la giustizia riparativa e la mediazione, incoraggiare la responsabilità, l'educazione e lo sviluppo integrale dei giovani, e prepararli al reinserimento nella società libera e all'integrazione sociale, mirando anche a prevenire la recidiva[182].

Questi obiettivi ambiziosi sono perseguiti attraverso l'impiego di misure di comunità, che assumono un ruolo centrale nell'esecuzione penale minorile. La loro importanza è messa in evidenza dalla loro posizione nel testo del

[182] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 242 ss.

decreto, specificamente nei capitoli II (articoli 2-8) mentre il trattamento in regime di semilibertà è trattato più avanti, nel capitolo IV[183].

Le misure di comunità adottate seguono la struttura delle misure alternative già presenti nella legge 354/1975, con alcune modifiche minori. La scelta del termine "misure di comunità" è spiegata nella relazione illustrativa del decreto, sottolineando la scelta di questa terminologia per evidenziare la direzione e la filosofia di questo approccio normativo, che pone la comunità come co-protagonista nel processo. L'introduzione di queste misure riflette l'adeguamento alle normative sovranazionali che sostengono un approccio alla giustizia penale minorile che privilegi i bisogni primari del minore rispetto alle logiche punitive.

In termini di gerarchia delle misure, l'articolo 4 del decreto prevede l'affidamento in prova al servizio sociale come meno afflittivo, seguito dall'affidamento in prova con detenzione domiciliare e dalla detenzione domiciliare pura (articolo 6), fino alla semilibertà (articolo 7). Alcuni casi particolari di affidamento in prova sono menzionati ma non dettagliati esplicitamente, facendo riferimento al d.p.r. 309/1990 per ulteriori disposizioni[184].

Tra gli istituti normativi da segnalare, l'articolo 5 rappresenta un'innovazione significativa introducendo una misura combinata di affidamento in prova con detenzione domiciliare. Queste misure di comunità sono delegate alla giurisdizione del Tribunale di sorveglianza per i minorenni, designato in base al territorio (art. 697 c.p.p.), e richiedono una valutazione prognostica duplice: da un lato, assicurare che la misura contribuisca positivamente allo sviluppo della personalità del minore e al suo percorso educativo; dall'altro,

[183] G. De Santis, *La scommessa delle nuove pene sostitutive - II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2023, pp. 996-1013.
[184] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 245 ss.

prevenire il rischio di evasione o di commissione di nuovi reati da parte del minore[185].

Ogni misura di comunità deve essere accompagnata da un Piano di Intervento Educativo (PIE), che descrive minuziosamente le attività educative, di formazione professionale e di utilità sociale previste per il minore. In questo contesto, l'Ufficio dei servizi sociali per i minorenni (USSM) assume un ruolo cruciale nella redazione del PIE, che viene elaborato considerando vari aspetti quali la personalità del minore, il suo grado di maturità, il contesto familiare e sociale di provenienza, oltre a integrare informazioni di carattere giudiziario, penitenziario, psicologico e sanitario.

Questi dati sono poi raccolti nella cartella personale del minore, un documento che lo segue durante l'intera durata della misura e che, secondo le indicazioni della circolare DGCM 1/2013, deve essere inserito nel sistema informativo per i servizi minorili (SISM).

Gli USSM svolgono anche indagini socio-familiari, collaborando con i servizi socio-sanitari territoriali per i condannati, e con il gruppo di osservazione e trattamento (GOT) dell'istituto penitenziario minorile per i detenuti. Questo lavoro di coordinamento è essenziale per identificare una residenza o un'altra situazione abitativa adeguata dove il minore possa scontare la misura.

Infine, l'USSM fornisce al giudice elementi informativi fondamentali per la valutazione della concessione della misura extramuraria. Il Tribunale, inoltre, può esercitare poteri istruttori per condurre ulteriori indagini, ad esempio sui precedenti penali dei conviventi del minore, al fine di informare al meglio la sua decisione[186].

L'articolo 2, comma 5, del decreto legislativo 121/2018 dispone che la scelta delle misure di comunità deve essere guidata dalla priorità di causare il minor

[185] F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in *Processo penale e giustizia*, 3, 2019.
[186] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 247 ss.

sacrificio possibile e di facilitare un rapido reintegro sociale. In questo contesto, le direttive del Piano di Intervento Educativo (PIE) devono armonizzarsi con gli interventi educativi esistenti e non devono interferire con le necessità sanitarie o familiari del minore[187].

La famiglia del minore è invitata a partecipare attivamente al progetto educativo, e l'articolo 3, comma 3, del medesimo decreto, riferendosi all'articolo 32, comma 4, del d.p.r. 448/1988, permette l'adozione di provvedimenti civili provvisori in situazioni di urgente necessità a protezione del minore.

Gli articoli 2 e 3 mirano a incentivare la responsabilità del minore attraverso un programma educativo che si inserisce nel contesto dei suoi rapporti socio-familiari, facilitando un percorso di educazione che rafforza la sua personalità in formazione e promuove il suo reinserimento nella società.

Le misure di comunità sono normalmente eseguite nel contesto di vita abituale del minore per prevenire il suo sradicamento. Tuttavia, esistono deroghe a questa regola se vi sono motivi validi, come legami con la criminalità organizzata che necessitano di essere interrotti, o situazioni familiari gravemente conflittuali o marginali che possano ostacolare il percorso di reintegrazione sociale del minore. In questi casi, l'Ufficio dei servizi sociali per i minorenni può considerare l'assegnazione del minore a comunità, case famiglia o altre strutture alternative, coordinandosi con enti locali e servizi socio-sanitari[188].

Queste eccezioni non sono rigidamente definite, lasciando al giudice un'ampia discrezionalità valutativa, in linea con il principio di evitare automaticità nell'ambito della giustizia minorile. Questo principio è stato ulteriormente confermato dalla sentenza 263/2019, in cui il Giudice delle

---

[187] F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, cit.

[188] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 246 ss.

leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del terzo comma dell'articolo 2 del d.lgs. 121/2018, per l'esclusione automatica delle misure per i minori condannati per reati severi secondo l'articolo 4 bis dell'ordinamento penitenziario. Questo tipo di preclusione automatica è in contrasto con l'approccio personalizzato che deve guidare l'applicazione delle misure penali minorili[189].

L'affidamento in prova al servizio sociale si staglia come una delle misure di comunità più efficaci nel contesto della giustizia minorile, primariamente per il suo basso livello di afflittività e per il suo forte orientamento pedagogico e risocializzante. Questa misura è applicabile a condanne non superiori a quattro anni, estendendosi oltre il limite di tre anni stabilito per gli adulti, come previsto dall'articolo 47 della legge 354/1975 e dal successivo aggiustamento nell'ordinamento penitenziario per casi specifici (art. 47, comma 3 bis)[190].

La flessibilità caratteristica di questa misura consente al giudice di delineare le prescrizioni necessarie che il minore deve seguire, comprese le attività di utilità sociale, come il volontariato o il lavoro di pubblica utilità, che contribuiscono a mitigare l'impatto sociale negativo del reato. Per assicurare il successo della misura, è essenziale ottenere il consenso preventivo del minore, il quale favorisce un'attitudine collaborativa.

L'ordinanza che stabilisce l'affidamento può includere prescrizioni opzionali, come il supporto alla famiglia, e definire il ruolo di supervisione e controllo dell'Ufficio dei servizi sociali per i minorenni (USSM).

L'articolo 8 del decreto legislativo 121/2018 autorizza il Magistrato di Sorveglianza a modificare le prescrizioni o a sospendere temporaneamente la

[189] L. Camaldo, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni*, in *Diritto penale e uomo*, 2019.
[190] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 252 ss.

misura d'ufficio, riferendo immediatamente al Tribunale di Sorveglianza, il quale deve prendere una decisione entro trenta giorni[191].

In situazioni di urgenza, anche il direttore dell'ufficio del servizio sociale può introdurre deroghe temporanee ai requisiti stabiliti, informando senza indugio il Magistrato di sorveglianza. Questa disposizione conferisce dinamicità alla gestione della misura e si allinea strettamente alle esigenze educative e di reintegrazione sociale del minore, enfatizzando il valore della collaborazione con la comunità.

Nell'ambito del decreto legislativo 121/2018, l'affidamento in prova per casi particolari è menzionato all'articolo 2, comma 1, ma per la sua regolamentazione si rimanda alle normative esistenti per i condannati con dipendenze da sostanze, come specificato nell'articolo 49 del d.p.r. 309/1990. Questa misura può essere attivata in qualsiasi momento per pene detentive non superiori a sei anni, e spetta al Tribunale di Sorveglianza valutare se la misura sia adeguata al recupero psicofisico del minore, basandosi sul suo programma terapeutico e riabilitativo[192].

Inoltre, per garantire la continuità del processo educativo, il Magistrato di Sorveglianza può decidere di proseguire la misura anche dopo il completamento positivo del programma terapeutico da parte del minore. Tuttavia, questa disposizione ha suscitato critiche da parte della dottrina, principalmente per la mancanza di una normativa specifica nel decreto che riconosca pienamente le esigenze dei minori, e per la non inclusione di una misura analoga per i minori con disturbi psichiatrici, necessaria per fornire un trattamento medico appropriato. In aggiunta, vi è una critica per l'omissione di un parallelo all'articolo 90 del d.p.r. 309/1990, che permette la sospensione dell'esecuzione della pena per i tossicodipendenti in trattamento, creando una disparità di trattamento per i minori.

---

[191] L. Camaldo, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni*, cit.
[192] L. Camaldo, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni*, cit.

Riguardo all'affidamento in prova con detenzione domiciliare, introdotto dall'articolo 5 del decreto, questa misura impone al minore di non allontanarsi dal domicilio in giorni specificati, combinando le finalità educative e risocializzanti dell'affidamento in prova con restrizioni maggiori alla libertà di movimento. Anche in questo caso, la misura è applicabile per pene detentive (anche residue) non superiori ai quattro anni[193].

La misura della detenzione domiciliare per i minori segue il modello stabilito per gli adulti, originariamente delineato dalla legge Gozzini (legge 663/1986) e successivamente modificato dalle leggi Simeone-Saraceni (legge 165/1998) e Finocchiaro (legge 40/2001). Questa misura, applicabile a pene non superiori ai tre anni, deve essere scontata nell'abitazione del condannato o in un altro luogo pubblico o privato idoneo.

Il Tribunale di Sorveglianza, nello stabilire le condizioni e le modalità di questa misura, fa esplicito riferimento alla normativa sugli arresti domiciliari (articolo 284 del codice di procedura penale). Questo riferimento, sebbene miri a definire limitazioni precise alla libertà di movimento, può risultare incoerente con le finalità pedagogiche di una misura di comunità, dovendo quest'ultima essere adattata al programma educativo specifico del minore.

Inoltre, il riferimento alla legge 354/1975 permette un'interpretazione che estende ai minori le norme relative alla detenzione surrogatoria (articolo 47 ter, comma 1 ter) e alla detenzione domiciliare speciale (articolo 47 quinquies). Tuttavia, la detenzione domiciliare generica (articolo 47, comma 1 bis) è ritenuta incompatibile con gli obiettivi pedagogici, similmente alle disposizioni della legge 199/2010 riguardanti pene detentive brevi, che non sono incluse nel d.lgs. 121/2018[194].

---

[193] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 254 ss.

[194] F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, cit.

La semilibertà, trattata nell'articolo 7 del decreto legislativo 121/2018 e modellata sul corrispondente istituto per adulti previsto dall'articolo 50 della legge 354/1975, è considerata una misura penalmente più afflittiva e con minori componenti pedagogiche rispetto ad altre misure di comunità[195].

Il principio di *favor minoris* prevede la possibilità di accesso alla semilibertà dopo aver espiato un terzo della pena, un criterio più favorevole rispetto a quello applicato agli adulti, che richiede la metà della pena. La semilibertà non è una misura detentiva tradizionale, bensì un regime esecutivo che facilita il progressivo reinserimento del minore nella società. In questo contesto, il Tribunale di Sorveglianza definisce specifiche prescrizioni per il progetto educativo del minore, includendo attività esterne e orari che il minore in semilibertà deve rispettare. Per promuovere il rafforzamento dei legami familiari e sociali e per supportare le attività esterne, i minori possono essere alloggiati in sezioni o istituti specifici, potenziando così il processo di reintegrazione sociale[196].

In conclusione, l'analisi delle misure penali di comunità rivela una questione critica legata alla mancata approvazione di proposte legislative che desiderano staccare completamente l'applicabilità di tali misure dal quantum della pena imposta al minore. Nonostante questa critica, le misure di comunità rimangono centrali nel nuovo sistema dell'esecuzione penale minorile, rappresentando un efficace strumento di risocializzazione. Esse offrono ai giovani opportunità di recupero, inserimento legale e sviluppo di progetti di vita validi, contribuendo a distoglierli da percorsi di marginalizzazione e devianza. Questo approccio risponde in modo efficace al principio di protezione dei giovani espresso nell'articolo 31, comma 2, della Costituzione,

[195] A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, cit., p. 261 ss.
[196] F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, cit.

promuovendo un contesto educativo e risocializzante coerente con le esigenze di questa fascia d'età.

CAPITOLO III
LA TUTELA DEI MINORI FIGLI DI DETENUTI

Sommario: 3.1. L'interesse del minore figlio di un genitore detenuto; 3.2. Il quadro sovranazionale; 3.2.1. La Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti; 3.3. Il contesto normativo nazionale; 3.3.1. L'assistenza all'esterno dei figli minori; 3.3.2. Le visite al minore infermo; 3.3.3. La detenzione domiciliare speciale; 3.3.4. Il differimento della pena; 3.3.5. I profili critici della recente proposta di legge: il caso degli ICAM; 3.3.6. I contatti all'interno delle carceri: i colloqui familiari con i figli minorenni; 3.3.7. Progetti di riforma

3.1. L'interesse del minore figlio di un genitore detenuto

La funzione genitoriale svolge un ruolo fondamentale nello sviluppo di un individuo, influenzando profondamente la sua capacità di affrontare le sfide e resistere a stress e angoscia. La trasmissione di una base solida ai figli consente loro di esplorare il mondo, sognare e trovare sicurezza nella convinzione che la vita valga la pena di essere vissuta. Tuttavia, non tutti i bambini crescono in un ambiente sano e supportivo. Spesso, incontrano difficoltà e possono sperimentare la mancanza, temporanea o permanente, di uno o entrambi i genitori, portando a situazioni che si discostano dalla norma e possono avere impatti negativi su entrambi i membri della relazione[197].
La dinamica tra adulto e bambino è naturalmente asimmetrica. Gli adulti devono essere più capaci in termini di abilità, gestione pratica e mentale, perché i bambini dipendono completamente da loro per imparare a diventare autosufficienti. Questa asimmetria essenziale e ovvia rende i bambini particolarmente vulnerabili e protetti nel mondo degli adulti, ma anche a

[197] C. Forcolin, *Uscire dal carcere a sei anni. I figli delle detenute tra diritti che confliggono: stare con la madre o essere liberi*, Milano, 2020, p. 63.

rischio se gli adulti non gestiscono responsabilmente il loro ruolo. Un eccesso di controllo o la mancanza di una guida adulta può creare un vuoto che porta a una genitorialità insufficiente o inadeguata.

Si stima che ogni anno in Europa circa 800.000 bambini e adolescenti abbiano almeno uno dei genitori in carcere. Questi casi si dividono principalmente in due situazioni. Il primo è quello delle madri detenute che vivono in carcere insieme ai loro figli. In Italia, per esempio, i bambini possono rimanere in carcere con le madri fino al compimento dei tre anni, dopodiché vengono affidati a familiari, istituti o famiglie affidatarie fino al termine della pena della madre. Tuttavia, la situazione varia in Europa; in alcuni paesi i bambini possono rimanere in carcere solo nei primi mesi di vita, mentre in altri le madri con neonati possono essere alloggiate in strutture speciali o ottenere più facilmente la detenzione domiciliare.

Vi è, poi, il caso di padri e madri detenuti con figli che vivono al di fuori del carcere.

I bambini che trascorrono i loro primi anni di vita in carcere possono subire impatti psicologici negativi a causa delle condizioni spesso inadeguate della detenzione. Queste condizioni possono avere effetti devastanti sui neonati e, anche migliorandole, il vivere in un ambiente ristretto e privo di natura può lasciare segni profondi[198].

Inoltre, la mancanza di contatto con il padre può essere particolarmente dannosa, poiché ricerche contemporanee in psichiatria e psicoanalisi indicano l'importanza della figura paterna fin dai primi mesi di vita. Pertanto, è essenziale lavorare non solo per migliorare le condizioni di detenzione delle madri e dei loro figli, ma anche per facilitare la riunione più frequente possibile della famiglia, includendo il padre, per sostenere lo sviluppo emotivo e psicologico del bambino.

---

[198] C. Forcolin, *Uscire dal carcere a sei anni. I figli delle detenute tra diritti che confliggono: stare con la madre o essere liberi*, cit., p. 66.

La famiglia riveste un'importanza fondamentale sia per i detenuti che per i loro cari. Anche se i legami familiari potrebbero essere stati marginali prima dell'incarcerazione, diventano centrali una volta che una persona è imprigionata. La detenzione può gravemente influenzare la dinamica familiare e la stabilità delle relazioni affettive, a volte causando l'allontanamento o addirittura la cessazione dei rapporti. Questo accade perché il rapporto tra padre e figlio spesso si deteriora in carcere, con i padri che temono di trasmettere al figlio le stesse influenze negative che li hanno portati alla criminalità.

Si sostiene che l'incarcerazione, piuttosto che responsabilizzare, tende a trasformare i colpevoli in vittime, alimentando comportamenti di irresponsabilità. Le condizioni di vita in carcere, dove tutto è controllato e il detenuto è trattato quasi come un bambino, possono indebolire ulteriormente la capacità di un uomo di esercitare il proprio ruolo di padre. È essenziale intervenire per aiutare questi uomini a prendere coscienza della loro situazione, accettare il loro passato e riacquisire il loro ruolo di genitore[199].

Preservare i legami familiari generalmente porta benefici ai detenuti. Del resto, è evidente che i detenuti che mantengono relazioni con la famiglia hanno una probabilità significativamente inferiore di ricadere nel crimine, con una riduzione del rischio di recidiva tre volte inferiore rispetto a coloro che hanno perso i contatti familiari. Studi condotti negli Stati Uniti hanno anche evidenziato l'importanza di un solido rapporto tra genitori detenuti e loro figli per diminuire la probabilità che questi ultimi intraprendano percorsi di delinquenza.

La valorizzazione dell'interesse della prole minorenne a ricevere cure genitoriali appropriate costituisce l'epicentro delle problematiche sottese al

[199] F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, in *Rubrica giuridica*, 2, 2022, p. 298 ss.

rapporto tra minori e genitori detenuti. L'impatto della carcerazione di un genitore sui figli è «tra i fattori rilevanti nel processo di definizione delle modalità di attuazione della pena detentiva inflitta. Il legislatore ha riconosciuto la genitorialità - soprattutto la maternità - come elemento differenziale idoneo a distinguere i condannati sotto il profilo delle chances di accesso a forme più o meno marcate di de-carcerazione, dando vita ad un articolato sistema di benefici ad hoc per i genitori»[200].

Gli standard internazionali per la protezione dei diritti umani richiedono che le conseguenze delle sanzioni sulle famiglie dei condannati, soprattutto sui figli, siano considerate sia nella determinazione che nell'applicazione delle pene per i genitori. Un sistema penale che rispetta gli interessi superiori dei minori deve tenere conto di questi aspetti fin dall'assegnazione della pena e durante la sua esecuzione.

Nel sistema giuridico italiano, questo approccio si riflette in una gamma di misure che prendono in considerazione le necessità dei figli minori del genitore condannato, prevalentemente nel caso dei padri.

La normativa principale per la misurazione della pena, l'articolo 133 del Codice penale, la regola basandosi sul crimine e sul suo autore, sintetizzando le influenze della scuola classica e quella positivista. Fattori come la "gravità del reato" e la "propensione del colpevole a delinquere" sono aspetti che il giudice deve considerare nell'applicare la sanzione. Sebbene nel secondo comma dell'articolo 133 si faccia riferimento alle "condizioni di vita familiare del reo", questa clausola non include il principio di "excessive hardship to family/dependents" comune nel diritto del common law, che sottolinea l'impatto della pena sui familiari del condannato[201].

---

[200] G. Mantovani, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 10, p. 1347.

[201]Cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 55.

Nell'art. 133 c.p., infatti, le condizioni familiari vengono prese in considerazione quale indice di capacità a delinquere del colpevole. L'ottica, pertanto, «è squisitamente reocentrica e l'impatto della sanzione sui familiari, sui figli innanzitutto, non rappresenta un elemento autonomamente rilevante ai fini della commisurazione della pena»[202].

Ciò, nonostante il diritto all'educazione del minore sia un diritto inderogabile, intrinsecamente connesso allo *status* di minore, la cui inviolabilità risiede nella necessità di garantire ad ogni minore la possibilità di portare a completamento la propria formazione psico-fisica connaturale alla sua condizione (e che per una scelta ordinamentale, si ritiene completata al raggiungimento del diciottesimo anno di età[203]).

La Costituzione italiana contiene una serie di disposizioni che devono orientare il legislatore ordinario nell'attuazione delle tutele nei confronti dei minori.

Si pensi, in particolare, alla disposizione dell'art. 31, comma 2, Cost., che imponendo alla Repubblica il compito di «proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo», fonda un punto di riferimento imprescindibile per le disposizioni in materia, capaci non solo di orientare e di condizionare la lettura da darsi alle norme costituzionali ma, finanche, di ergersi a parametro alla cui stregua valutare la compatibilità di qualsiasi proposizione normativa per i minori[204]. Nell'ottica della tutela del minore la Corte costituzionale[205], in molteplici pronunce, ha attribuito alla

---

[202] F. Mantovani, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, cit., p. 1349.

[203] Cfr., in proposito, gli artt. 97 e 98 c.p.

[204] Si veda, in tal senso, A. Pennisi, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, cit., p. 105.

[205] Tra le pronunce più lontane nel tempo, emblematiche della volontà dei Costituenti di privilegiare l'interesse del minore a non vedere pregiudicate le proprie aspirazioni ad una ordinaria vita adulta rispetto all'interesse pubblico del controllo della vita processuale anche per mezzo della cronaca giudiziaria, si legga Corte cost., sent. 6 - 14 aprile 1965, n. 25, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 164, comma 1, n. 3 c.p.p. (secondo cui il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non detenuto né

locuzione “proteggere” il significato di recuperare socialmente il minore: egli identifica una personalità *in fieri* che deve mandare a compimento il proprio faticoso percorso di crescita e che, per questo, necessita di attenzione e di protezione da tutto ciò che potrebbe deviarne la formazione; ne deriva che lo Stato è tenuto a svolgere un ruolo complementare (se non surrogatorio) a quello dalla famiglia e a fungere da “ponte di integrazione” del minore nella comunità.

3.2. Il quadro sovranazionale

L’art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo recita: «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. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his

---

internato, lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell'articolo 157 comma 1 c.p.p. ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni, avvertendolo che, nella sua qualità di persona sottoposta alle indagini o di imputato, ha l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, le notificazioni verranno eseguite mediante consegna al difensore. Della dichiarazione o della elezione di domicilio, ovvero del rifiuto di compierla, è fatta menzione nel verbale.) (limitatamente alle ipotesi di dibattimento celebrato a porte chiuse perché la pubblicità "può eccitare riprovevole curiosità" e per "ragioni di pubblica igiene") del codice di procedura penale previgente in riferimento all’art. 21 della Costituzione (secondo cui «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denunzia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni»), *in www.giurcost.org.*

or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision».

Secondo l'interpretazione avallata dal Comitato dei diritti del fanciullo, la nozione di "*actions concerning children*" deve essere intesa in senso ampio[206]. Essa comprende non soltanto le misure che hanno un minore[207] come destinatario immediato, ma altresì quelle che sullo stesso si ripercuotono sebbene indirizzate ad altri. Quando l'intervento non è specificamente rivolto ad un minore, l'impatto indiretto deve essere apprezzato caso per caso così da assicurare che, ove esso sia significativo, le modalità di accertamento e di protezione delle esigenze del fanciullo siano appropriate.

Coerentemente, secondo il Comitato, nel settore della giustizia penale l'interesse del minore esige di essere adeguatamente tenuto in conto non soltanto nei casi di coinvolgimento immediato dello stesso nella vicenda giudiziaria, ma anche nelle decisioni indirizzate a chi ne è il genitore: «*in criminal cases, the best interests principle applies to children in conflict (i.e. alleged, accused or recognized a shaving infringed) or in contact (as victims*

[206]Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29.5.2013, CRC/C/GC/14, parr. 19 s.

[207]Ai sensi della Convenzione del 1989, per "fanciullo" s'intende, di regola, ogni persona d'età inferiore a diciotto anni (art. 1).

or witnesses) with the law, as well as children affected by the situation of their parents in conflict with the law»[208].

La Convenzione stabilisce che, nelle questioni che riguardano i minori, gli Stati non possono ignorare l'interesse dei bambini quando esercitano la loro discrezione. Infatti, l'interesse del minore deve essere considerato come una priorità. Tuttavia, il Comitato riconosce che questa norma offre una certa flessibilità, data la grande varietà di situazioni che possono influenzare i bambini. Ciò implica che la necessità di proteggere il benessere dei minori deve essere bilanciata con gli altri interessi coinvolti.

L'equilibrio deve essere ricercato caso per caso, ma resta ferma la necessità di «*a consciousness about the place that children's interests must occupy in all actions and a willingness to give priority to those interests in all circumstances, but especially when an action has an undeniable impact on the children concerned*»[209].

3.2.1. La Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti

Il 21 marzo 2014, l'Italia ha visto la firma della "Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti" a Roma, un evento pionieristico in Europa in linea con la Convenzione ONU. Questo documento è stato rinnovato nelle date del 6 settembre 2016, 20 novembre 2018 e 16 dicembre 2021. Il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza e l'Associazione BambiniSenzaSbarre hanno collaborato per la protezione dei diritti di circa 100mila bambini e adolescenti che annualmente visitano le carceri italiane.

La Carta ha incentivato l'attuazione pratica della Convenzione ONU del 20 novembre 1989, facilitando il mantenimento dei legami tra i minori e i loro

[208]Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013), cit., par. 28.
[209]Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013), cit., parr. 36 ss.

genitori detenuti e suggerendo modi appropriati per accoglierli all'interno degli istituti penitenziari. Il 4 aprile 2018, a Strasburgo, il Consiglio d'Europa ha adottato la Raccomandazione CM/Rec (2018) che delinea le politiche per la protezione dei diritti dei bambini di genitori detenuti nei suoi 47 stati membri, prendendo come esempio la Carta italiana.

Questa Carta, essendo un protocollo d'intesa, impegna il sistema penitenziario italiano a riformare le sue pratiche di trattamento dei detenuti, considerando il loro ruolo genitoriale, e a modificare la sua cultura dell'accoglienza, riconoscendo la presenza di minori innocenti e liberi. È stata un'iniziativa che ha sottolineato l'importanza di un cambiamento di prospettiva a favore dei bambini, piuttosto che concentrarsi sui genitori detenuti e sui loro vincoli legali. La Carta richiama l'attenzione sulla necessità di promuovere un'integrazione sociale e un cambio culturale profondo, focalizzandosi sul gruppo più vulnerabile: i bambini. Questo approccio radicale nell'ambiente carcerario ha avuto il potenziale per trasformare l'intero sistema[210].

La versione aggiornata della Carta (16 dicembre 2021) si propone di limitare la presenza dei bambini in carcere. Fino a quando questa visione non sarà realizzata, l'obiettivo è garantire che i minori possano vivere un'esistenza il più possibile normale, avendo accesso a spazi aperti, asili nido e scuole, come delineato nell'Articolo 1. Si prevede anche il potenziamento del supporto alla genitorialità, particolarmente vulnerabile in ambiente carcerario, attraverso specifiche misure trattate negli Articoli 2 e 3. Inoltre, si intende migliorare la formazione del personale che interagisce con i minori, come specificato nell'Articolo 4.

Questo documento, pionieristico in Italia e in Europa, riconosce e supporta il diritto dei minori a mantenere un legame affettivo continuativo con i genitori detenuti, oltre a promuovere la tutela della loro genitorialità. Inoltre, la Carta

[210] F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, cit., p. 299 ss.

invita le autorità giudiziarie a essere più consapevoli e a intraprendere azioni concrete per salvaguardare i diritti dei figli di persone incarcerate.

La Carta mira a promuovere azioni specifiche riguardanti la custodia preventiva e l'ambiente carcerario, inclusa l'adeguamento degli spazi per bambini nelle aree di attesa e di colloquio, l'organizzazione di visite in giorni non scolastici, l'utilizzo di videochiamate, e la formazione per il personale carcerario che interagisce con i minori. Si prevede anche l'istituzione di un sistema per raccogliere dati e monitorare l'effettiva applicazione del protocollo.

Inoltre, la Carta stabilisce varie misure per proteggere i diritti dei bambini che vivono in contesti di detenzione con le loro madri. Nella prospettiva della Carta, tutti i bambini hanno diritto a una vera infanzia, anche quelli con genitori detenuti. Ha inoltre affermato che l'obiettivo è evitare che i bambini subiscano le conseguenze delle pene imposte ai genitori e ridurre la distanza emotiva creata dalla detenzione. Mantenere legami familiari costanti è fondamentale non solo per i bambini, ma anche per il benessere dei detenuti, allineandosi al principio costituzionale di rieducazione attraverso la pena. Il focus è su una riforma carceraria che faciliti la reintegrazione sociale dei detenuti[211].

Va sottolineata l'importanza che i bambini, quando è nel loro interesse, possano mantenere un legame con entrambi i genitori, inclusi quelli detenuti. Questi incontri devono avvenire in un ambiente non traumatico che promuova una vera connessione. Va poi evidenziata la necessità di sostenere le relazioni genitoriali e familiari durante e dopo la detenzione per proteggere il benessere generale dei bambini, con particolare attenzione alle loro esigenze psicofisiche e alla continuità educativa.

[211] F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, cit., p. 301 ss.

La Carta si impegna a sensibilizzare il sistema carcerario italiano sulla presenza dei bambini in carcere e sulle implicazioni che la detenzione dei genitori ha sui diritti dei giovani.
La Carta è il risultato di un decennio di lavoro e si è dimostrata uno strumento cruciale per migliorare la vita dei giovani che l'organizzazione supporta da vent'anni. Cerca di liberare i bambini figli di genitori detenuti dall'esclusione e da una falsa pietà, fornendo loro la dignità e le opportunità necessarie per realizzarsi e contribuire positivamente alla società. La Carta ha ispirato anche la prima Raccomandazione del Consiglio d'Europa adottata nel 2018, guidando una tendenza che ora viene seguita da altri paesi europei e non solo.

3.3. Il contesto normativo nazionale

A livello nazionale, la riforma del sistema penitenziario del 1975 aveva come unico strumento per proteggere i bambini dagli effetti negativi della detenzione delle madri l'introduzione del rinvio dell'esecuzione della pena detentiva, come specificato negli articoli 146 e 147 del Codice penale. La legge del 26 luglio 1975, n. 354, non propose altre soluzioni oltre a evitare l'incarcerazione del genitore per tutelare i figli. Tuttavia, permise la creazione di asili nido all'interno degli istituti e delle sezioni femminili per mantenere il contatto tra madre e figlio piccolo, come stabilito dall'articolo 11, comma 9, dell'ordinamento penitenziario[212].
Più di dieci anni dopo, nel 1986, la cosiddetta "legge Gozzini" (Legge 10 ottobre 1986, n. 663) introdusse la detenzione domiciliare come indicato dall'articolo 47 ter dell'ordinamento penitenziario. Questa misura fu considerata adeguata a preservare la relazione tra madri condannate e i loro figli, inizialmente limitata ai casi di pene detentive di minor entità.

[212] F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, cit., p. 305 ss.

Negli anni successivi è proprio sulla misura domestica[213] che il legislatore ha puntato per sottrarre al carcere sempre più madri (ed anche qualche padre) di bambini d'età crescente, fino al limite dei dieci anni, mentre la "concorrenza" della restrizione intramuraria negli Istituti a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) è piuttosto recente. In particolare, con la "legge Simeone" (L. 27 maggio 1998, n. 165) la detenzione domiciliare diventò una valida alternativa al rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti delle madri dei bambini più piccoli (art. 47 ter , comma 1 ter, o.p.), mentre la "legge Finocchiaro" (L. 8 marzo 2001, n. 40) rese la misura domestica potenzialmente disponibile anche per i genitori di figli d'età non superiore a dieci anni chiamati a scontare una lunga detenzione se non l'ergastolo, purché avessero previamente espiato almeno un terzo della sanzione o quindici anni nel caso della pena perpetua.
Si parla, in tal caso, di detenzione domiciliare speciale, regolata dall'articolo 47 quinquies dell'ordinamento penitenziario. Originariamente, l'accesso a questo tipo di detenzione era limitato da criteri temporali specifici, ma questi vincoli sono stati allentati per alcune madri in seguito alla Legge 21 aprile 2011, n. 62. Questa legge ha esteso la possibilità di applicare la misura domiciliare per meglio tutelare i figli dei condannati. Questa particolare forma di detenzione domiciliare può essere estesa, sotto determinate condizioni, anche oltre il decimo anno di età del figlio, mirando a rispondere alle esigenze dei bambini a carico.
Col tempo, sono state introdotte ulteriori risorse per mantenere il legame tra i genitori detenuti e i loro figli, in quei casi in cui non è possibile una completa esternalizzazione della detenzione. Ad esempio, è stata implementata l'assistenza extramuraria per i figli minori, come previsto dall'articolo 21 bis dell'ordinamento penitenziario, e sono state previste disposizioni per

[213] Cfr. R. Mastrototaro, *La detenzione domiciliare*, in D. Pajardi, R.I. Adorno, C.M. Lendaro, C. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, 2018, p. 103 ss.

permettere visite a minori malati o figli con handicap gravi, come stabilisce l'articolo 21 ter.

3.3.1. L'assistenza all'esterno dei figli minori

L'art. 21 bis ord. pen. stabilisce che «Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21.Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»[214].

Prima dell'introduzione del nuovo regolamento, l'articolo 11, comma 9 dell'ordinamento penitenziario era l'unica disposizione che regolamentava le condizioni delle detenute madri, consentendo loro di tenere i figli con sé fino al compimento di tre anni. Questa disposizione era però in contrasto con le norme nazionali e internazionali che pongono al centro la tutela dello sviluppo psicofisico dei minori, il quale sarebbe idealmente garantito al di fuori dell'ambiente carcerario.

Nonostante un'intensa discussione su questo tema, è stato necessario aspettare fino al 2001 per introdurre una normativa che facilitasse l'accesso a modalità alternative alla detenzione tradizionale, beneficiando principalmente le detenute madri e, in casi specifici, anche i padri.

Questa normativa è stata concepita per mantenere il legame tra genitori e figli, agendo come un meccanismo di compensazione nelle situazioni che, pur

[214] Cfr. M. Colamussi, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e Giustizia*, 2, 2020, p. 5 ss.

meritando protezione, non soddisfano i criteri per l'assegnazione della detenzione domiciliare speciale o altre forme di detenzione alternativa.
Per stabilire le condizioni che giustificano l'ammissione all'assistenza esterna per i figli minori, l'articolo 21-bis dell'ordinamento penitenziario rimanda alle norme dell'articolo 21, nella misura in cui queste siano applicabili. Tale rimando si riferisce alla realizzazione degli obiettivi del trattamento penitenziario definiti dall'articolo 15, considerando i limiti oggettivi stabiliti al primo comma, così come gli aspetti procedurali e le modalità di esecuzione della misura.
Di conseguenza, l'assistenza e la cura dei minori sono considerate attività di eguale importanza sociale e di valore rieducativo e risocializzante, al pari del lavoro. Un elemento fondamentale per l'adozione di questa misura è l'inserimento nel programma di trattamento, proposto dal direttore del carcere e che deve ricevere l'approvazione del magistrato di sorveglianza in base ai criteri stabiliti dall'articolo 48, comma 4 dell'ordinamento penitenziario. La revisione da parte del magistrato di sorveglianza si limita agli aspetti di legittimità e consiste in una valutazione formale, senza entrare nel merito della decisione[215].
Il provvedimento di ammissione alla misura diviene esecutivo dopo il decreto di accoglimento del magistrato di sorveglianza (art. 21, c. 4, Ord. penit.). Nonostante il procedimento composito di formazione dell'atto, che prevede l'intervento del direttore dell'istituto e del magistrato di sorveglianza, si è comunque affermata la natura amministrativa del provvedimento favorevole, sul presupposto della funzione ivi svolta dal magistrato che si limita a fornire l'involucro ad una decisione già presa da altri.

[215] Cfr. A. Menghini, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione. Nota a C. Cost. 23 luglio 2018, n. 174*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2019, p. 48 ss.

La giurisprudenza ha sancito la natura amministrativa dei provvedimenti in tema di ammissione al lavoro esterno e, poiché l'art. in commento rinvia all'art. 21 Ord. penit. «per le condizioni, i termini e le procedure, la natura del provvedimento finale adottato dal magistrato di sorveglianza non può che essere considerato avente carattere amministrativo e, quindi, la giurisdizione, in caso di impugnazione, è del T.A.R.»[216].

C'è una questione aperta riguardo a chi ha la competenza quando il direttore di un istituto penitenziario rifiuta una richiesta fatta da un genitore detenuto, senza che tale decisione passi per il controllo del magistrato di sorveglianza. Questa situazione, essendo gestita a livello amministrativo, potrebbe suggerire che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo.

Tuttavia, vi sono opinioni contrastanti su questo punto, alcune delle quali sostengono che non ci sia giurisdizione perché la situazione non rappresenta un interesse legittimo, portando a un potenziale vuoto nella protezione legale.

Per quanto riguarda l'estensione delle misure di assistenza all'esterno ai padri detenuti, questa è considerata solo in casi eccezionali, come quando la madre è deceduta o incapace e non ci sono altre opzioni di affidamento. Questo approccio indica una certa marginalizzazione del ruolo paterno nell'ambito di questa disposizione.

Non ci sono limiti specifici di pena per le detenute e internate per l'accesso al beneficio in questione, tranne nel caso di coloro che sono state condannate per reati specificati nell'articolo 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario. In questi casi, è richiesto che il detenuto abbia scontato almeno un terzo della pena, ma non più di cinque anni, mentre per l'ergastolo è necessario un periodo di dieci anni di pena. Questi requisiti più severi

[216] Cass. pen., Sez. III, 19.5.1995, in CED Cass., n. 175782

potrebbero limitare significativamente o addirittura impedire l'applicazione di questa misura[217].

Si tratta, innanzitutto, di requisiti richiamati anche dall'art. 47-ter Ord. penit., per cui il rischio è che la sovrapposizione di ambiti sfoci in una prevalenza nella concessione di quest'ultima misura, stante il trattamento di maggior favore riservato ai soggetti fruitori. In relazione alla portata ostativa dell'art. 4-bis Ord. penit. è intervenuta la Consulta[218] che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, c. 1 Ord. penit., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale, ex art. 47-quinquies Ord. penit., a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni.

La Corte, in via consequenziale, ha esteso la declaratoria anche alle ipotesi contemplate al comma 1, lett. a) e b) dell'art. 47-ter Ord. penit. Suscita perplessità, in considerazione dell'identità di ratio, l'omessa estensione di ciò all'art. 21-bis Ord. penit. Nelle ipotesi di condanna all'ergastolo, il presupposto dell'espiazione di un limite di pena che coincide con il limite massimo di età del minore, oltre il quale la misura non può essere concessa (anni dieci), può comportare il rischio di inapplicabilità della previsione.

Ostacolo solo apparente è rappresentato dal divieto di ammissione al lavoro ai soggetti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, sancito all'art. 20 Ord. penit. Nel silenzio del legislatore, ed al fine di evitare ogni automatismo, la questione viene ricondotta alla necessità di bilanciare esigenze umanitarie con quelle di sicurezza. Se, però, si considerano le finalità sottese alle disposizioni in esame, il divieto è da intendersi esclusivamente limitato al lavoro da espletarsi all'interno dell'Istituto, poiché finalità dell'esclusione è

[217] Cfr. A. Menghini, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione. Nota a C. Cost. 23 luglio 2018, n. 174*, cit., p. 52 ss.

[218] Corte Cost. n. 239/14.

quella di prevenire eventuali contatti tra i detenuti, sul presupposto della c.d. pericolosità penitenziaria del soggetto, che ha giustificato, d'altronde, l'applicazione del regime di cui all'art. 14-bis Ord. penit[219].

La Corte Costituzionale[220] ha dichiarato illegittimo l'articolo 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, che regola l'ordinamento penitenziario e l'esecuzione delle misure limitative della libertà. Questa disposizione è stata contestata in quanto, richiamando l'articolo 21 della stessa legge, negava o condizionava l'accesso alle misure di assistenza esterna per i figli minori di dieci anni delle detenute condannate per specifici delitti elencati nell'articolo 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della stessa legge, a meno che non fosse stata espiata una porzione della pena o dimostrate particolari condizioni previste dall'articolo 58-ter.

Il ricorso per la verifica di legittimità costituzionale è stato sollevato dal Magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi, basandosi sulla possibile violazione degli articoli 3, 29, 30 e 31 della Costituzione Italiana. Il nodo della questione risiedeva nel fatto che la norma impugnata limitava il diritto all'assistenza dei figli per le detenute condannate per reati gravi, a meno che non avessero già scontato almeno un terzo della loro pena.

Il caso è emerso a seguito di un reclamo presentato da una detenuta, madre di tre bambini sotto i dieci anni, alla quale era stata negata la possibilità di assistere i suoi figli al di fuori dell'ambiente carcerario. La detenuta aveva presentato una richiesta all'amministrazione penitenziaria per accedere a tale beneficio, ma le era stato risposto negativamente poiché non aveva ancora scontato un terzo della sua pena, portandola a sollevare questioni di legittimità costituzionale riguardo all'articolo 21-bis.

---

[219] Cfr. F. Mantovani, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *La Legislazione penale*, 1, 2018, p. 6 ss.

[220] Corte Costituzionale, sentenza 23/07/2018 n° 174

L'articolo 21-bis delle norme sull'ordinamento penitenziario stabilisce che le detenute, sia condannate che internate, che hanno figli minori di dieci anni possono beneficiare dell'assistenza all'esterno, ma solo alle condizioni fissate dall'articolo 21 precedente. Quest'ultimo articolo regola il lavoro esterno dei detenuti, indicando che coloro che sono stati condannati per certi delitti gravi elencati nell'articolo 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater della legge n. 354 del 1975, possono essere ammessi a tali benefici solo dopo aver scontato almeno un terzo della pena, o non oltre cinque anni di detenzione. Per i condannati all'ergastolo, il termine è esteso a dieci anni.

Introdotto nel 2001, l'articolo 21-bis mirava a facilitare il mantenimento dei legami familiari tra le madri detenute e i loro figli giovani, permettendo alle madri di occuparsi dei bambini in un contesto esterno alla prigione per periodi determinati della giornata.

Il dibattito sulla costituzionalità dell'articolo 21-bis dell'ordinamento penitenziario si incentra sull'equiparazione del diritto delle madri detenute di curare i propri figli al di fuori del carcere al diritto al lavoro esterno. Questa equiparazione solleva perplessità riguardo alla correttezza costituzionale dell'identità dei requisiti per i due benefici. Il primo beneficio mira a proteggere il diritto del minore a un rapporto salubre con la madre in un contesto non carcerario, mentre il secondo si focalizza esclusivamente sul reinserimento sociale del detenuto, senza impatti diretti su altri individui.

Il magistrato che ha sollevato la questione riteneva che la disposizione imponesse una restrizione ingiustificata, precludendo il beneficio di assistenza all'esterno fino a che non fosse stata scontata una porzione della pena, senza valutare casi specifici dove potrebbero sussistere motivazioni valide per concedere il beneficio prima di tale termine.

Inoltre, si evidenzia un'incoerenza nel sistema legislativo, poiché le madri condannate per reati gravi possono accedere immediatamente alla detenzione domiciliare ordinaria sotto le disposizioni degli articoli 146 e 147 del codice

penale (articolo 47-ter, comma 1-ter della legge n. 354 del 1975) e alla detenzione domiciliare speciale in base alla sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017 (articolo 47-quinquies, comma 1-bis della stessa legge).

Il giudice sostiene che sarebbe più razionale prevedere una progressività di trattamento, senza imporre requisiti più severi per l'accesso all'assistenza esterna rispetto a quelli previsti per le misure alternative di detenzione domiciliare, enfatizzando la necessità di un approccio più flessibile e meno restrittivo nei confronti delle madri detenute.

Nella sentenza in questione, la Corte Costituzionale ha stabilito che i criteri per accedere all'assistenza all'esterno per i minori non possono essere gli stessi di quelli per l'accesso al lavoro esterno. Ha evidenziato che mentre l'assistenza all'esterno serve primariamente a sostenere il legame tra madre e figli minori, il lavoro esterno mira principalmente al reinserimento sociale del condannato[221].

La Corte ha analizzato dettagliatamente il contesto normativo che regola l'accesso all'assistenza esterna, evidenziando come il riferimento dell'articolo 21-bis all'articolo 21, e questo a sua volta agli articoli 4-bis e 58-ter dell'ordinamento penitenziario, introduca condizioni basate sulla collaborazione con la giustizia o sull'espiazione di una parte della pena. Quest'ultima diventa l'unico criterio necessario quando la collaborazione non è possibile o pertinente.

La Corte ha poi concluso che condizionare la concessione del beneficio esclusivamente alla collaborazione con la giustizia entra in conflitto con l'articolo 31 della Costituzione, dato che presuppone in modo assoluto che il miglioramento della condotta della condannata sia indice di un legame

[221] P. Maggio, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto dei figli minori ad abbracciare durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit*., in *Processo penale e Giustizia*, 1, 2024, p. 101-121.

materno adeguato. Questo approccio è inappropriato, poiché il beneficio non mira solo alla rieducazione del reo ma anche a salvaguardare l'interesse superiore del bambino a mantenere un rapporto il più normale possibile con la madre, o eventualmente, con il padre.

La motivazione centrale, che evidenzia il conflitto della norma impugnata con l'articolo 31 della Costituzione, risiede nel fatto che anche quando la collaborazione con la giustizia non è possibile, richiesta o pertinente, e l'espiazione di una parte della pena diventa il solo criterio per accedere al beneficio, si verifica un automatismo nella procedura. Questo meccanismo non permette né all'amministrazione penitenziaria né al giudice di considerare adeguatamente un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza sociale e l'interesse superiore del minore.

In base a queste considerazioni, la Corte ha confermato la fondatezza del ricorso, decidendo in linea con i principi già espressi nella sentenza n. 76 del 2017. In tale sentenza, venne ritenuto in contrasto con la Costituzione l'articolo 47-quinquies, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975, il quale imponeva alle condannate per i reati specificati nell'articolo 4-bis della stessa legge di scontare una porzione di pena in carcere prima di poter beneficiare della detenzione domiciliare speciale. Questa misura, simile all'assistenza all'esterno, è anch'essa volta a promuovere il mantenimento del rapporto tra madre detenuta e figlio minore.

3.3.2. Le visite al minore infermo

L'art. 21 ter ord. pen.[222] è collocato, sistematicamente, subito dopo l'art. 21-bis Ord. penit. dedicato all'assistenza all'esterno dei figli minori. Si tratta di

[222] Secondo cui «In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104,

una previsione ispirata da chiare finalità umanitarie nella più ampia prospettiva di tutela del rapporto genitoriale con i figli minori che, nella sua originaria formulazione, disciplinava, con provvedimenti autorizzatori differenziati, due ipotesi distinte[223].

Il comma 1 contemplava il diritto di un genitore detenuto, sia madre che padre, di visitare un figlio minore, anche se non vivevano insieme, qualora il bambino si trovasse in una condizione di grave pericolo di vita o salute. Il secondo comma introduceva il diritto per il genitore detenuto di assistere a visite mediche specialistiche in caso di serie condizioni di salute del figlio minore di dieci anni, diritto esteso al padre qualora la madre fosse deceduta o incapace di occuparsi del figlio.

L'aggiornamento dell'articolo 21-ter dell'ordinamento penitenziario, effettuato con l'articolo 14 della legge del 16 aprile 2015, n. 47, ha significativamente ampliato i diritti di visita e assistenza, estendendoli anche ai figli, coniugi o partner conviventi affetti da handicap gravi, come definito dall'articolo 3, comma 3, della legge del 5 febbraio 1992, n. 104.

---

accertata ai sensi dell'articolo 4 della medesima legge, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo o il figlio affetto da handicap grave. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia.2. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, o di figlio affetto da handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'articolo 4 della medesima legge, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute. 2-bis. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche nel caso di coniuge o convivente affetto da handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

[223] Cfr. F. Fiorentin, *Se l'imputata è madre di un figlio sotto i tre anni custodia cautelare in carcere per casi eccezionali. La misura dell'affidamento presso le case-famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013. Commento a l. 21 aprile 2011, n. 62*, in *Guida al Diritto*, 23, 2011, p. 46 ss.

L'articolo 21-ter, comma 1, dell'ordinamento penitenziario stabilisce che è concesso ai genitori detenuti di visitare i propri figli minori malati, anche se non conviventi, che si trovino in pericolo di vita imminente o in gravi condizioni di salute, o i figli affetti da gravi handicap. Il beneficiario principale di questo diritto di visita è il figlio minore, indipendentemente dal fatto che conviva o meno con il genitore. Le modifiche introdotte dall'articolo 14, comma 1, lettera a della legge del 16 aprile 2015, n. 47, hanno esteso questo diritto anche ai figli con handicap grave.

Questa estensione legislativa è stata motivata dalla particolare situazione di difficoltà in cui si trovano questi figli, tanto che il diritto di visita non è più vincolato all'età minore o alle condizioni specifiche di pericolo di vita imminente o malattia grave.

Prima di queste modifiche legislative, la giurisprudenza aveva interpretato la norma in senso stretto, escludendo l'applicabilità del diritto di visita per figli maggiorenni, anche se affetti da malattie o handicap simili[224].

In particolare, la Suprema Corte aveva negato, in particolare, che siffatta esclusione potesse dar luogo ad una irragionevole disparità di trattamento, «rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di prevedere una più incisiva tutela per i figli che, sulla base di un dato oggettivo quale l'età anagrafica, necessitano maggiormente della presenza dei genitori» e ritenendo che «il contatto fra genitori e figli disabili [potesse] essere assicurato mediante permesso premio o permesso ex art. 30 Ord. penit.»[225].

Per quanto riguarda le condizioni specifiche necessarie per ottenere l'autorizzazione a visitare, la legge aggiornata nel 2015 stabilisce criteri diversi a seconda della situazione del figlio. Se il figlio è minore, anche se

[224]Cfr. F. Fiorentin, *Se l'imputata è madre di un figlio sotto i tre anni custodia cautelare in carcere per casi eccezionali. La misura dell'affidamento presso le case-famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013. Commento a l. 21 aprile 2011, n. 62*, cit., p. 49 ss.
[225]Cass. pen., Sez. I, 13.3.2015, n. 264291, in Ced 264291.

non vive con il genitore, la norma richiede che si verifichino condizioni di "imminente pericolo di vita" o "gravi condizioni di salute". Tuttavia, se il figlio ha un handicap grave, l'autorizzazione a visitarlo non è soggetta a questi requisiti di salute o pericolo di vita.

La legge designa come beneficiari del diritto di visita sia la madre che il padre detenuti, accusati o internati, sottolineando l'importanza del legame e del ruolo di cura che i genitori hanno nei confronti dei loro figli. Questa disposizione mira a riconoscere e supportare la relazione speciale tra genitori e figli, facilitando l'accesso a questa forma di sostegno durante periodi critici. Contrariamente a quanto avviene per l'autorizzazione all'assistenza durante visite mediche specialistiche, dove la situazione clinica grave del figlio comporta una parità di trattamento tra i genitori detenuti, il diritto di visita è garantito al padre senza necessità che la madre sia deceduta o completamente incapace di occuparsi del figlio, come invece specificato in altre parti della normativa.

La concessione dell'autorizzazione per visitare un figlio minore malato o con handicap grave è a discrezione del magistrato di sorveglianza o, in situazioni di urgenza assoluta, del direttore dell'istituto penitenziario.

Riserve sono state espresse in relazione alla indifferenziata attribuzione di competenza funzionale in capo al magistrato di sorveglianza anche in relazione ai soggetti in stato di custodia cautelare, «stante la maggiore difficoltà valutativa cui va incontro quest'ultimo dei *pericula libertatis* che hanno determinato il giudice della cognizione all'adozione del provvedimento restrittivo»[226].

[226] F. Fiorentin, *Se l'imputata è madre di un figlio sotto i tre anni custodia cautelare in carcere per casi eccezionali. La misura dell'affidamento presso le case-famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013. Commento a l. 21 aprile 2011, n. 62*, cit., p. 53.

3.3.3. La detenzione domiciliare speciale

Al fine di meglio garantire alle madri detenute e ai loro figli quella protezione prevista dall'art. 31 Cost., la legge n. 40 dell'8 marzo 2001 ha introdotto, all'interno della legge n. 354 del 1975, l'art. 47-quinquies[227], disciplinante la c.d. detenzione domiciliare speciale.

[227] Secondo cui 1. Quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47 ter, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, secondo le modalità di cui al comma 1-bis(1)(2).1-bis. Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4 bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case-famiglia protette, ove istituite.2. Per la condannata nei cui confronti è disposta la detenzione domiciliare speciale, nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica della condannata che si trovi in detenzione domiciliare speciale.3. Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare speciale, fissa le modalità di attuazione, secondo quanto stabilito dall'articolo 284, comma 2, del codice di procedura penale, precisa il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio, detta le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la misura. Si applica l'articolo 284, comma 4, del codice di procedura penale. 4. All'atto della scarcerazione è redatto verbale in cui sono dettate le prescrizioni che il soggetto deve seguire nei rapporti con il servizio sociale.5. Il servizio sociale controlla la condotta del soggetto e lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita; riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto.6. La detenzione domiciliare speciale è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura.7. La detenzione domiciliare speciale può essere concessa, alle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre. 8. Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può: a) disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l'applicazione della semilibertà di cui all'articolo 50, commi 2, 3 e 5;b) disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21 bis, tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal

La nuova norma offre alle madri condannate (e ai padri, nel caso le madri siano decedute o totalmente incapaci) la possibilità di scontare la propria pena a casa propria o in un altro luogo adatto, come strutture di cura o accoglienza, per potersi occupare dei propri figli di età inferiore o uguale a dieci anni. Questo tipo di detenzione domiciliare speciale può essere autorizzato dopo che il condannato ha scontato almeno un terzo della pena, o quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, a condizione che non siano applicabili le restrizioni previste dall'articolo 47-ter dell'ordinamento penitenziario.

Inoltre, l'articolo 47-quinquies, comma otto, consente di estendere questa misura oltre il decimo compleanno del figlio, se sono soddisfatti i criteri per la concessione della semilibertà descritti nell'articolo 50 dell'ordinamento penitenziario.

La particolarità di questa misura alternativa di detenzione si trova nel suo scopo specifico, orientato principalmente, ma non esclusivamente, verso coloro che sono diventati genitori mentre erano già in detenzione, come evidenziato dal confronto tra l'età del minore e la quantità di pena già scontata[228].

Data la vastità del campo di applicazione di questa misura, il legislatore del 2001 ha stabilito che la sua concessione dipenda da due ulteriori condizioni: la mancanza di un rischio concreto di commettere nuovi crimini e la fattibilità di ristabilire una convivenza con i figli.

In merito al rapporto che intercorre tra la detenzione domiciliare speciale e quella c.d. ordinaria prevista dall'art. 47-ter ord. penit., la Corte di Cassazione ha stabilito che «non può ritenersi che il legislatore, nel prevedere l'ampliamento - attraverso l'art. 47-quinquies - dei casi di detenzione

servizio sociale, ai sensi del comma 5, nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua.

[228] Cfr. L. Moroni, *L'accesso alla detenzione domiciliare speciale tra automatismi irragionevoli e addizioni non necessarie. A margine Corte Cost. sent. n. 18/2020. Nota a sent. C. Cost. 14 febbraio 2020 n. 18*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2021, p. 275 ss.

domiciliare, abbia voluto anche sottrarre l'istituto della detenzione domiciliare speciale al divieto previsto dal combinato disposto dei commi primo e secondo dell'art. 58-quater ord. penit., secondo cui le misure alternative di cui al primo comma, tra le quali è menzionata la detenzione domiciliare, non possono essere concesse al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, ord. penit. Infatti, non può dubitarsi che la detenzione domiciliare speciale rientri tra i casi detenzione domiciliare, disciplinati dall'ordinamento penitenziario; di guisa deve ritenersi che nei confronti del condannato, al quale sia stato revocato l'affidamento in prova ai sensi dell'art. 47, comma 11, ord. penit., operi il divieto di cui all'art. 58-quater ord. penit. Tale interpretazione - oltre ad essere fondata su di un dato letterale univoco, tenuto conto che il primo comma dell'art. 58-quater ord. penit. fa espresso riferimento alla detenzione domiciliare senza altra specificazione, lasciando in tal modo intendere che in detto istituto siano compresi tutti i casi di detenzione domiciliare - trova ulteriore conforto sotto il profilo logico, tenuto conto che, in caso contrario, si verificherebbe una evidente incongruenza. Infatti, il divieto di concessione della misura alternativa continuerebbe ad esistere solo per i casi di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), ord. penit. e non per il caso della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-quinquies ord. penit., dove più rilevante è la residua pena da espiare»[229].

La Legge n. 62 del 21 aprile 2011 ha introdotto una modifica significativa alla detenzione domiciliare speciale, aggiungendo il comma 1-bis all'articolo 47-quinquies. Questa aggiunta stabilisce che le madri condannate con figli di età non superiore ai dieci anni, a eccezione di quelle condannate per i reati specificati nell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, possono

[229]Cass. pen., sez. I, 1.7.02, n. 28712.

scontare almeno un terzo della loro pena, o quindici anni in caso di ergastolo, in un istituto a custodia attenuata.

Se non esiste il rischio di reiterazione del crimine o di fuga, possono altresì scontare la pena nella propria casa, in un'altra residenza privata, in un luogo di cura o accoglienza, o in una casa-famiglia protetta, se disponibile.

Nella sentenza n. 18/2020[230] la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 quinquies co. 1 o.p. nella parte in cui non prevede la concessione della misura della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli con disabilità grave, indipendentemente dall'età di questi ultimi.

La vicenda si è sviluppata a seguito di un appello presentato alla Corte di Cassazione da una detenuta, riguardante il rifiuto del Tribunale di Sorveglianza di Reggio Calabria di concederle la detenzione domiciliare speciale secondo l'articolo 47 quinquies dell'ordinamento penitenziario. La detenuta aveva richiesto tale misura per poter assistere sua figlia, che soffre di una disabilità grave.

Il Tribunale di Sorveglianza, dopo aver condotto un esame medico per confermare la condizione di disabilità totale della figlia, che le impedisce di camminare, ha deciso che tale condizione non era rilevante per la concessione della detenzione domiciliare speciale. Questo perché, nonostante la sua disabilità fisica, la figlia possiede piena capacità intellettiva e quindi non può essere considerata equiparabile a un bambino sotto i dieci anni di età. Di conseguenza, i giudici hanno negato l'accesso alla misura basandosi sul fatto che l'età della figlia, nata nel 1994, superava il limite legale di dieci anni stabilito per l'applicabilità di questa misura speciale.

La Corte di Cassazione, analizzando il caso in esame, ha constatato che una stretta interpretazione della legge escludeva la possibilità di concedere la

[230] Cfr. Corte Cost., 14 febbraio 2020, n. 18, in www.giurcost.org.

detenzione domiciliare speciale a madri di figli di età superiore ai dieci anni, anche in presenza di gravi handicap. Di fronte alla mancanza di alternative interpretative conformi alla Costituzione, la Corte ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 47 quinquies, primo comma, dell'ordinamento penitenziario, sottolineando una potenziale violazione degli articoli 3 (comma 1 e 2) e 31 (comma 2) della Costituzione, in quanto la norma non permetteva l'applicazione della misura detentiva alternativa alle madri di figli maggiori di dieci anni con gravi handicap[231].

La Corte costituzionale, successivamente chiamata in causa, ha ritenuto valide le argomentazioni presentate dalla Corte di Cassazione. In particolare, ha identificato una violazione dell'articolo 3, comma 1 della Costituzione, evidenziando un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a casi simili, esacerbata dalla decisione precedente della stessa Corte costituzionale (sentenza n. 350/2003). Quest'ultima aveva esteso la possibilità di detenzione domiciliare ordinaria, secondo l'articolo 47 ter, commi 1, lettere a) e b), anche a madri di figli maggiori di dieci anni con gravi handicap, creando un precedente importante per casi analoghi[232].

Si è evidenziato che, nonostante le due misure abbiano presupposti diversi, entrambe mirano al medesimo obiettivo di permettere ai genitori di prendersi cura dei propri figli. Mettendo a confronto le necessità di un figlio minore di dieci anni senza disabilità con quelle di un figlio di qualunque età affetto da gravi disabilità, emerge chiaramente un'irrazionalità nella disparità di trattamento. In particolare, nel caso di un figlio gravemente disabile, l'età non dovrebbe rappresentare un criterio limitativo, considerando il suo bisogno costante di assistenza e cura che tende ad aumentare con l'età.

[231] Cfr. Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2020, n. 23460, in Diritto & Giustizia.
[232] Cfr. C. Cost., 5 dicembre 2003, n. 350, in *Giur. cost*., 2003, 6.

Inoltre, sulla falsariga di quanto già sostenuto nella pronuncia n. 350/2003[233], la Corte costituzionale ha ritenuto violati anche gli artt. 3 co. 2 e 31 co. 2 Cost. perché la preclusa possibilità per il figlio disabile di essere accudito all'interno del proprio nucleo familiare ostacolerebbe di fatto il realizzarsi del pieno e sereno sviluppo della sua personalità e danneggerebbe gravemente il profondo legame che lo lega alla madre anche dopo i primi anni di vita.

Successivamente, ancora la Corte costituzionale, con la sentenza n. 30 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-quinquies, commi 1, 3 e 7 della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario), nella parte in cui non prevede che, qualora vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare possa essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, applicandosi di conseguenza, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, comma 4 ord. penit.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal magistrato di sorveglianza di Siena[234]. Il caso riguardava un detenuto, padre di una figlia di età inferiore a dieci anni, della quale la madre non era in grado di occuparsi a causa di una grave malattia, senza che, peraltro, la situazione familiare consentisse di ipotizzare soluzioni alternative.

Vista la sussistenza del grave pregiudizio derivante dal protrarsi dello stato di detenzione del padre, quest'ultimo, dopo aver espiato un terzo della pena, chiedeva di accedere all'applicazione provvisoria della misura.

L'articolo 47-quinquies dell'ordinamento penitenziario non contempla la possibilità di concedere la detenzione domiciliare speciale su base provvisoria, a differenza di quanto previsto per la detenzione domiciliare ordinaria dall'articolo 47-ter, comma 1-quater. Questa mancanza è stata notata

[233] Ibidem.

[234] Mag. Sorv. Siena, 1° febbraio 2021, in *Sistema penale*, 19 febbraio 2021.

dal giudice di primo grado come una incongruenza irragionevole rispetto alla regolamentazione delle altre forme alternative di detenzione.

Per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale, l'articolo 47, comma 4, stabilisce che il magistrato di sorveglianza può applicare questa misura in modo provvisorio, quando ci sono prove concrete sia dell'esistenza dei requisiti necessari per l'ammissione alla misura sia del danno significativo che il continuo stato di detenzione potrebbe causare.

Le norme relative all'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare sono specificate nell'articolo 47-ter, comma 1-quater, dell'ordinamento penitenziario, dove tale possibilità è limitata alle forme di detenzione elencate nei commi 01, 1, 1-bis e 1-ter dello stesso articolo.

Inoltre, l'articolo 47-quater, comma 8, che tratta delle misure alternative per i detenuti gravemente malati, come quelli con AIDS avanzato o gravi deficit immunitari, rimanda all'articolo 47-ter per le disposizioni applicabili, inclusa la possibilità di applicazione provvisoria.

Per quanto riguarda la semilibertà, una lacuna iniziale presente nell'articolo 50, comma 6, che riguarda la semilibertà come alternativa all'affidamento in prova al servizio sociale, è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 74 del 2020. La Corte ha stabilito che, pur riconoscendo le differenze tra la semilibertà e l'affidamento in prova e non sostenendo un principio di progressione tra le misure alternative, non vi era giustificazione per negare la possibilità di un accesso anticipato e provvisorio a tali misure su basi procedurali[235].

Attualmente, la possibilità di un'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale non è prevista. Il comma 3 dell'articolo 47-quinquies dell'ordinamento penitenziario specifica che è competenza del tribunale di sorveglianza gestire questa misura, senza includere opzioni per

[235] Corte cost., 7 aprile 2020, n. 74, in www.giurcost.org.

un'applicazione provvisoria da parte del magistrato di sorveglianza. Questo si aggiunge a quanto stabilito dagli articoli 70 e 69 dell'ordinamento penitenziario, che assegnano al tribunale di sorveglianza l'applicazione generale delle misure alternative e definiscono le funzioni del magistrato di sorveglianza, escludendo esplicitamente la possibilità di applicare provvisoriamente la detenzione domiciliare speciale.

Questa configurazione normativa potrebbe essere vista come una violazione di interessi particolarmente significativi. L'ordinanza di rimessione solleva preoccupazioni per un possibile conflitto con l'articolo 3 della Costituzione, ritenendo irragionevole escludere l'applicazione provvisoria della detenzione speciale, soprattutto considerando che questa misura è intesa a proteggere l'interesse superiore del minore. Tale irrazionalità diventa ancora più marcata alla luce delle disposizioni dell'articolo 47-ter, commi 1, lettere a) e b, dell'ordinamento penitenziario, che consentono l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare a donne incinte, madri o padri con figli minori di dieci anni, persino per reati gravi indicati nell'articolo 4-bis[236].

Ulteriori profili di illegittimità sono quelli rilevati in riferimento agli artt. 30 e 31 Cost., senza contare che, valorizzando le fonti internazionali ed eurounitarie che tutelano il preminente interesse del minore (con particolare riferimento all'art. 3, par. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), potrebbe ipotizzarsi una violazione dell'art. 117 Cost.

Il trattamento imposto al detenuto che, vedendosi precluso un accesso tempestivo alla misura alternativa, si trovi costretto ad attendere la decisione dell'organo collegiale, determinerebbe, infine, un trattamento inumano, con conseguente violazione dell'art. 27, terzo comma Cost.

---

[236] A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024, p. 205-228.

La Corte costituzionale dichiara fondata la questione, ravvisando una violazione dell'art. 31 Cost. I passaggi logico-argomentativi sui quali si fonda la sentenza n. 30 del 2022 sono essenzialmente tre e riguardano, più esattamente, i rapporti tra la detenzione ordinaria e quella speciale, la natura cautelare del procedimento dell'applicazione provvisoria della misura alternativa e il preminente interesse del minore.

Si è osservato che «la sentenza n. 30 del 2022 si pone in linea di ideale continuità rispetto ad (almeno) due tendenze che caratterizzano la più recente giurisprudenza costituzionale nel settore del diritto penitenziario. In primo luogo, l'impressione è che la Corte costituzionale si stia "facendo carico" di concretizzare quelle esigenze riformatrici che, avviate dagli Stati generali dell'esecuzione penale e proseguiti con i lavori della Commissione Giostra, sono state deluse dalla legge n. 103 del 2017 (c.d. legge Orlando), considerata da più parti l'immeritato epilogo di un percorso cui erano state affidate le speranze di un rinnovamento radicale del sistema. Il grande futuro dietro le spalle o il ridicolo topo partorito dalle montagne sono solo alcune delle icastiche immagini con le quali i primi commentatori hanno plasticamente espresso il rammarico per un'occasione persa»[237].

In secondo luogo, l'attenzione alla ratio dell'art. 47-quinquies ord. penit. e, più esattamente, l'esigenza di sottrarre la tutela del superiore interesse del minore al meccanismo degli automatismi preclusivi, sostanziali o processuali, individuano l'ulteriore elemento di "continuità" della sentenza n. 30 del 2022 rispetto alla giurisprudenza precedente.

Il preminente interesse del minore «potrebbe ormai considerarsi una sorta di "verità autoevidente", che non necessita di eccessive argomentazioni sul versante del suo fondamento: alla sentenza n. 30 del 2022 è "bastato" far

[237] A. Massaro, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2022, p. 868.

riferimento all'art. 31, secondo comma Cost., come parametro che, in qualche modo, ha assorbito tutti gli altri, sebbene la scelta in questione non abbia mancato di suscitare perplessità»[238].

Va richiamata, da ultima, la sentenza n. 85/2024. Il Magistrato di sorveglianza di Padova, con l'ordinanza numero 122 del 2 agosto 2023, ha sollevato dubbi sulla costituzionalità di una parte dell'articolo 2 quinquies, comma 1, del decreto legge numero 28 del 2020, che è stato poi convertito nella legge del 25 giugno 2020, numero 70.

Tale articolo limitava la frequenza degli incontri tra detenuti e i loro figli minori a non più di una volta a settimana per coloro che sono stati condannati per reati particolarmente gravi, come quelli indicati nell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, ma senza che fosse applicato il divieto di concessione dei benefici previsto dallo stesso articolo.

Il Magistrato ha sostenuto che questa disposizione violerebbe diversi principi costituzionali e internazionali, tra cui il diritto all'uguaglianza, alla protezione della famiglia e ai diritti dei minori, come stabilito dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo.

In seguito, con la sentenza numero 85/2024[239], emessa il 13 maggio 2024, la Corte Costituzionale ha riconosciuto come incoerente con la Costituzione la parte della legge che non specificava chiaramente che le restrizioni ai colloqui non dovrebbero applicarsi a quei detenuti per i quali non è previsto il divieto dei benefici.

La Corte Costituzionale, con la sentenza numero 85/2024, ha affrontato il problema sollevato da un magistrato di sorveglianza di Padova riguardante le restrizioni imposte ai detenuti condannati per reati specifici, elencati nell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Normalmente, questi reati,

[238] Ivi, p. 869.
[239] Corte cost. sent. 16 aprile 2024 (dep. 13 maggio 2024), n. 85.

noti come "reati ostativi", precludono l'accesso ai benefici penitenziari a causa di una presunzione che i legami con organizzazioni criminali persistano anche dopo l'incarcerazione, mantenendo alta la pericolosità sociale del detenuto.

La Corte ha sottolineato che, generalmente, i benefici sono concessi solo a quei detenuti che collaborano con la giustizia, poiché la loro cooperazione è vista come un segnale chiaro di rottura con le associazioni criminali e un passo avanti nel loro percorso di rieducazione. Tuttavia, la Corte ha anche riconosciuto che esistono casi in cui detenuti condannati per tali reati possono accedere ai benefici penitenziari senza necessariamente collaborare con la giustizia.

In base a questo, la Corte ha stabilito che è irrazionale imporre restrizioni severe sui contatti telefonici con i figli minori ai detenuti che, nonostante siano stati condannati per reati compresi nell'elenco del primo comma dell'articolo 4-bis, hanno comunque accesso a tutti i benefici penitenziari. La Corte ha affermato che la presunzione di persistenza dei legami con la criminalità può essere contestata e smentita tramite prove concrete, che devono essere valutate individualmente dal tribunale di sorveglianza[240].

Nella sentenza in questione, la Corte Costituzionale ha esaminato il caso di un detenuto condannato a trent'anni di reclusione che era stato ammesso ai benefici penitenziari. Questo trattamento era stato concesso perché era stato giudicato impossibile per lui collaborare con la giustizia e non vi erano prove di un suo attuale coinvolgimento con la criminalità organizzata. Il detenuto aveva già beneficiato di permessi premio per i suoi progressi nel percorso rieducativo, e durante la pandemia aveva potuto effettuare una chiamata al giorno ai suoi familiari, come consentito a tutti gli altri detenuti.

---

[240] A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, cit., p. 216.

Di fronte a questo scenario, la Corte ha giudicato irragionevole applicare a questo detenuto una normativa più restrittiva rispetto agli altri, considerando la sua ammissione ai benefici penitenziari come indicativo della sua non pericolosità sociale. La Corte ha sottolineato che qualsiasi norma che imponga condizioni più severe su detenuti con la stessa pena, come l'articolo 4-bis, può essere giustificata costituzionalmente solo se necessaria e proporzionata a contenere una specifica pericolosità sociale, e non come ulteriore punizione basata sulla gravità del reato commesso. La Corte ha ribadito che è la misura della pena a riflettere la gravità di un reato, non la severità delle condizioni penitenziarie.

3.3.4. Il differimento della pena

Il concetto di differimento dell'esecuzione della pena si configura come una rinuncia eccezionale e temporanea da parte dello Stato alla sua pretesa punitiva, permettendo al condannato di ritornare a una condizione di completa libertà per un periodo determinato. Durante questo periodo, il condannato non è soggetto a prescrizioni che potrebbero essere assimilate a forme di restrizione simili alla detenzione domiciliare. Infatti, qualora queste prescrizioni venissero imposte arbitrariamente con caratteristiche simili alla detenzione, il periodo corrispondente non dovrebbe essere conteggiato nella durata della pena da espiare[241].
Il differimento è applicabile a tutte le forme di pena, tranne quelle pecuniarie, e può estendersi a pene severe come l'ergastolo e la reclusione, così come alle pene minori come l'arresto e le misure sostitutive. La normativa è anche applicabile a pene che sono eseguite in modalità alternative, come

[241] A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, cit., p. 220.

l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare o la semilibertà.

Inoltre, le condizioni che impediscono il differimento dell'esecuzione, come stabilite dall'articolo 146, comma secondo, si applicano in base a circostanze reali e concrete, indipendentemente dalla loro forma giuridica.

La normativa in questione stabilisce che, in determinate condizioni chiaramente definite, il differimento dell'esecuzione della pena assume un carattere di obbligatorietà. Questo implica che, una volta verificata la presenza di tali condizioni, il Tribunale di sorveglianza è tenuto a concedere il differimento senza esercitare valutazioni discrezionali o bilanciare interessi contrapposti, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 147.

La disposizione si applica specificamente nei casi di donne in gravidanza o madri di bambini di età inferiore a un anno, sovrapponendosi parzialmente a quanto disposto dall'articolo 47 ter, numero 1, sollevando questioni di coordinamento tra le due norme. Emergono dubbi sull'effettivo diritto di queste donne di richiedere il differimento dell'esecuzione della pena, con autori che si esprimono favorevolmente in merito.

Inoltre, si presenta un problema di coordinamento tra il secondo comma della norma e l'articolo 6 della legge 8 marzo 2001, numero 40, e l'articolo 7 della stessa legge. Le prime due disposizioni stabiliscono, in maniera forse ridondante, che la decadenza dalla potestà genitoriale impedisce la concessione o la continuazione del beneficio. Al contrario, l'articolo 7 prevede che la concessione del beneficio sospenda le sanzioni accessorie, inclusa la decadenza dalla potestà genitoriale. Questa contraddizione, emersa chiaramente nei lavori preparatori della legge, non è stata risolta, evidenziando un deficit di precisione tecnica[242].

[242] C. Carlotta, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2022, p. 559 ss.

L'intento della normativa sembra essere quello di negare il beneficio a chi sia stato giudicato indegno di occuparsi dei propri figli, escludendo però i casi in cui tale giudizio derivi dall'applicazione automatica di sanzioni penali accessorie, come nel caso di condanne all'ergastolo. La disposizione dell'articolo 7 mira quindi a mantenere la possibilità di concedere il beneficio nei casi in cui la decadenza sia frutto di un'applicazione generica della legge penale piuttosto che di una valutazione specifica del giudice civile.

I lavori preparatori hanno evidenziato che la formulazione attuale della legge non rispecchia adeguatamente l'intento legislativo originario, manifestando significative lacune. Specificatamente, la norma non considera come elemento impeditivo la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale, che potrebbe derivare da abusi nell'uso della stessa autorità (articolo 34, comma 2). In modo alquanto contraddittorio, il Tribunale di sorveglianza può negare il beneficio solo se è evidente che il minore è stato affidato a terzi.

Per quanto riguarda l'articolo 147, la presenza di un rischio di recidiva, specialmente nel contesto di possibili danni ai minori, faciliterebbe la decisione di rigettare la richiesta di differimento. Inoltre, c'è una carenza significativa di coordinamento con l'articolo 609 nonies, poiché, sorprendentemente, una condanna per reati sessuali contro i propri figli non impedisce automaticamente la scarcerazione della madre per la cura dei figli. Questo scenario evidenzia l'importanza cruciale dei provvedimenti presi dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, al di là delle conseguenze di una condanna penale[243].

Di fronte a richieste di applicazione dell'articolo 146 in situazioni simili, o in situazioni urgenti previste dall'articolo 684 del codice di procedura penale, il Tribunale di sorveglianza e il Magistrato di sorveglianza potrebbero dover deferire la questione al Giudice minorile. Questo approccio, sebbene non

[243] A. Gaito, *Procedura penale*, Milano, 2022, p. 611.

privo di dubbi, appare come l'unica soluzione praticabile per superare un'impasse interpretativa che potrebbe altrimenti generare situazioni di elevato rischio.

In aggiunta, il decreto legislativo del 28 dicembre 2013, n. 154, che ha riformato il diritto di filiazione, ha sostituito il termine "potestà genitoriale" con "responsabilità genitoriale", come definito nell'articolo 316 riformato del codice civile[244].

Se le condizioni per il differimento obbligatorio della pena non sono soddisfatte, ad esempio a causa dell'inadeguatezza dell'abitazione per la custodia domiciliare prevista dall'articolo 47 ter, comma 1, è possibile applicare la detenzione domiciliare speciale, come previsto dall'articolo 47 quinquies, comma 1 bis, che si svolge in istituti a custodia attenuata per madri detenute.

3.3.5. I profili critici della recente proposta di legge: il caso degli ICAM

L'ultimo tentativo di legiferare per ridurre la presenza di bambini nelle carceri italiane ha riacceso il dibattito non solo sui metodi per affrontare una questione tanto grave quanto quella dei minori che iniziano la loro vita in un contesto carcerario con le madri, ma ha anche evidenziato la persistente politicizzazione e ideologizzazione delle riforme penitenziarie. Questo fenomeno, lungi dall'essere una novità dell'attuale governo, è stato ampiamente documentato e critica l'uso strumentale del diritto penale come risposta immediata a presunte nuove emergenze, a volte a scapito di questioni più pressanti.

Negli ultimi tempi, si sono osservati diversi esempi di questa tendenza, come il decreto sui rave, le nuove norme per proteggere il patrimonio culturale che

[244] M. Colamussi, *La nuova disciplina penitenziaria*, Milano, 2020, 269 ss.

sembrano mirate a limitare le proteste degli attivisti per il clima, e misure per combattere la delinquenza giovanile tramite il decreto Caivano. Inoltre, la recente proposta di legge già richiamata in precedenza ha catalizzato l'attenzione mediatica, soprattutto per il dibattito sulle cosiddette "borseggiatrici della metropolitana di Milano", donne di origine bosniaca spesso incinte per evitare la detenzione.

Pare opportuno concentrarsi particolarmente sugli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri (Icam), un elemento fondamentale della proposta legislativa. Il primo Istituto a Custodia Attenuata per detenute Madri (Icam) fu istituito a Milano nel 2006 come iniziativa pilota con l'obiettivo di sostituire le tradizionali sezioni nido all'interno dei penitenziari[245].

Successivamente, nel 2011, fu promulgata la legge n. 62, che introdusse modifiche significative al codice di procedura penale e alla legge del 26 luglio 1975, n. 354, per rafforzare la protezione del legame tra madri detenute e i loro figli minori. Questa legge mirava a superare le restrizioni della precedente legislazione, nota come legge Finocchiaro, che rendeva difficoltoso l'accesso a misure alternative per le detenute in condizioni di vulnerabilità sociale, come quelle prive di un alloggio o di una rete di supporto adeguata.

L'intento della legge era preservare il diritto dei minori a mantenere un rapporto continuativo e uno sviluppo sereno con la madre, o in alternativa con il padre. Importante notare che la normativa non modificava i criteri di accesso alla detenzione domiciliare, ma introduceva una nuova opzione: l'utilizzo degli Icam. Questi potevano essere applicati sia in fase cautelare, per donne incinte o madri di bambini fino a sei anni, attraverso l'articolo 285 bis del codice penale, sia in fase di esecuzione della pena, per madri di bambini

[245] D. Chinnici, *Commento agli artt. 284. 285, 285 bis, 286 e 286 bis del codice di procedura penale*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di Procedura Penale Commentato*, Milano, 2018, pp. 2967-2990.

fino a dieci anni, tramite l'integrazione dell'articolo 47 quinquies o.p. con il comma 1 bis.

Gli Icam sono concepiti come ambienti di detenzione meno severi e più accoglienti. Le modifiche strutturali e gestionali includono pareti colorate, personale non in divisa, e celle trasformate in spazi che ricordano piccoli appartamenti, con porte al posto delle sbarre, per minimizzare l'impatto visivo e psicologico sui minori[246].

Nonostante gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri (Icam) siano spesso citati come esempi positivi dell'innovazione nell'amministrazione penitenziaria, presentano numerose criticità. Oltre all'aspetto estetico di muri colorati e l'assenza di sbarre, con personale in abiti civili, persistono problemi significativi relativi alla detenzione sia delle madri che dei loro figli innocenti. Una delle maggiori difficoltà è la carenza di personale specializzato, come puericultrici e volontari, in numero adeguato per supportare lo sviluppo e il benessere dei minori all'interno degli istituti, limitando spesso le opportunità per questi ultimi di partecipare a attività che facilitino il loro sviluppo fuori dall'Icam.

Inoltre, nonostante gli sforzi per creare un ambiente meno carcerario, la natura detentiva delle strutture rimane un ostacolo significativo. È importante notare che in alcuni casi, l'accesso a misure alternative non viene negato per la gravità del reato o la durata della pena, ma piuttosto per la marginalità sociale delle detenute. Inoltre, l'estate del 2023 è stata segnata da tentativi di suicidio e suicidi, incluso un caso all'interno di un Icam, che evidenziano la gravità della situazione.

La distribuzione geografica degli Icam in Italia presenta ulteriori sfide. Attualmente, sono attivi solo quattro istituti nelle città di Milano San Vittore,

[246] M.G. Coppetta, *Parte I, artt. 47, 48-52 ord. penit.; Parte II, art. 657 bis c.p.p.; Parte III, artt. 90, 94 d.P.R. n. 309/1990*, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019.

Venezia Giudecca, Lauro e Torino. La chiusura dell'Icam di Cagliari-Senorbì ha accentuato il problema della scarsa copertura territoriale, compromettendo il principio di territorialità dell'esecuzione della pena e spingendo molte detenute a optare per istituti tradizionali più vicini ai loro cari[247].

In aggiunta, la mancata realizzazione delle case-famiglia protette, previste dalla legge n. 62/2011, ha portato molte donne, specialmente quelle in condizioni di marginalità sociale e non necessariamente di allarme sociale, a rimanere recluse negli Icam. Questi aspetti sottolineano la necessità di riforme più efficaci e una migliore implementazione delle politiche esistenti per affrontare in modo più umano e giusto la detenzione di madri e minori.

L'articolo 4 della legge in questione assegnava al Ministro della Giustizia, in collaborazione con la Conferenza Stato-Città ed Autonomie Locali, il compito di emanare un decreto entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge per stabilire le specifiche delle case-famiglia protette, come delineato dall'articolo 284 del codice di procedura penale e dagli articoli 47-ter e 47-quinquies della legge n. 345/1975, senza che ciò comportasse nuovi o maggiori oneri per il bilancio pubblico. Tuttavia, gli sforzi per attuare questa disposizione sono stati largamente inefficaci, risultando in un sostanziale stallo, con solo due case-famiglia protette operative: la Casa di Leda a Roma e un'altra struttura a Milano gestita dall'associazione Ciao.

Nonostante la legge n. 62/2011 abbia introdotto gli Icam nell'ordinamento italiano, con un finanziamento di 11,7 milioni di euro, e abbia istituito l'articolo 21 ter o.p. (relativo alle visite al minore infermo) e previsto le case-famiglia protette sia per l'esecuzione degli arresti domiciliari che in caso di detenzione domiciliare, senza tuttavia stanziare fondi specifici, la protezione

[247] R. Casiraghi, *La dimensione del diritto del detenuto alle visite familiari fra atti sovranazionali, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, p. 1237.

dell'interesse superiore del minore e del diritto alla genitorialità resta incompleta[248].

Inoltre, l'articolo 275 comma 4 del codice di procedura penale, modificato dalla legge n. 62/2011, stabilisce che la custodia cautelare in carcere può ancora essere applicata a madri di bambini fino a sei anni in situazioni di eccezionale necessità cautelare, evidenziando che l'implementazione delle case-famiglia protette è ancora limitata.

Pertanto, è essenziale espandere la prospettiva oltre il contesto penale e carcerario, riconoscendo come, in alcuni casi, la scelta degli Icam rispetto alle misure alternative sia influenzata non solo dallo stigma generalmente associato alle persone detenute, ma anche dalle condizioni di povertà, dalla mancanza di un alloggio, di un supporto familiare e sociale, e dalla carenza di servizi e spazi adeguati sul territorio.

Nonostante un'analisi dettagliata dei vari provvedimenti esuli dagli scopi di questo testo, è essenziale considerare queste dinamiche nel contesto più ampio delle politiche penali per capire le possibili direzioni future delle riforme riguardanti il carcere e la maternità. Il panorama non sembra promettente, e, come recentemente riportato, il Consiglio dei Ministri ha approvato una nuova proposta di legge sulla sicurezza pubblica. Tra le varie disposizioni, si propone nuovamente di modificare l'articolo 146 del codice penale, rendendo il differimento della pena per donne incinte e madri di bambini fino a un anno solo facoltativo e permettendo la detenzione in un ICAM.

Sotto il profilo statistico, a seguire la situazione relativa al 2024:

[248] F. De Simone, *Sanzione detentiva*, Torino, 2018, p. 119 ss.

Regione di detenzione	Istituto di detenzione	Italiane		Straniere		Totale	
		Presenti	Figli al seguito	Presenti	Figli al seguito	Presenti	Figli al seguito
CAMPANIA	LAURO- - ICAM	2	2	2	2	4	4
LAZIO	ROMA"G. STEFANINI" REBIBBIA FEMMINILE - CCF	1	1	2	2	3	3
LOMBARDIA	BOLLATE"II C.R." - CR	1	1	2	2	3	3
LOMBARDIA	MILANO"F. DI CATALDO" SAN VITTORE - CCF	0	0	5	6	5	6
PIEMONTE	TORINO"G. LORUSSO - L. CUTUGNO" LE VALLETTE - CC	2	4	2	2	4	6
PUGLIA	LECCE"N.C." - CC	1	1	0	0	1	1
VENETO	VENEZIA"GIUDECCA" - CRF	0	0	3	3	3	3
Totale		7	9	16	17	23	26

Nota: gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri (ICAM) attualmente sono Torino "Lorusso e Cutugno", Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Cagliari e Lauro. In caso non siano presenti detenute madri con figli al seguito, l'istituto non compare nella tabella.

La tabella mostra il numero di detenute italiane e straniere, presenti in vari istituti di detenzione in Italia, che sono accompagnate dai loro figli. Inoltre, fornisce un conteggio totale delle detenute e dei figli al seguito per ciascun istituto.

Dall'analisi della tabella, si nota che l'istituto con il maggior numero di detenute con figli al seguito è il "Venezia'Giudecca' - CRF" nella regione del Veneto, con un totale di 9 detenute e 26 figli. La presenza di detenute straniere con figli al seguito è significativamente più alta rispetto a quella delle detenute italiane in quasi tutti gli istituti elencati. Ad esempio, nell'istituto "Milano 'Di Cataldo' - San Vittore - CCF" si osserva che tutte le detenute con figli al seguito sono straniere.

È interessante osservare come le strutture variano molto sia in termini di numero di detenute con figli che nella distribuzione tra italiane e straniere, il che può riflettere differenze regionali nelle politiche di detenzione o nelle dinamiche demografiche delle popolazioni carcerarie.
Inoltre, la tabella fa notare che solo alcuni istituti specifici, come Torino "Lorusso e Cutugno", Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Cagliari e Lauro, sono designati per detenute madri (iCAM), suggerendo una specializzazione in termini di servizi e supporto per le madri detenute e i loro bambini. Questo pone in luce l'importanza di fornire condizioni adeguate e supporto specifico per le esigenze delle donne detenute e dei loro figli.

3.3.6. I contatti all'interno delle carceri: i colloqui familiari con i figli minorenni

La percezione dei detenuti come elementi emarginati dalla società è un'idea superata, storicamente confinata al periodo post-bellico con l'adozione della Costituzione italiana, rappresentando un cambiamento significativo sia giuridico che culturale.
L'evoluzione della concezione del reo e delle implicazioni legali del crimine è stata influenzata dalle diverse teorie penali che si sono susseguite, riflesso della variabile sensibilità giuridica e politica. Queste teorie, che trovano manifestazione nelle leggi, includono la teoria retributiva, basata sull'idea che il danno inflitto alla società dal reato debba essere compensato con una punizione equivalente, senza ulteriori finalità; le teorie preventive, che vedono la pena principalmente come un deterrente contro la commissione di futuri reati, distinguendosi in general-preventiva, che scoraggia il crimine a livello collettivo, e special-preventiva, che si concentra sul prevenire la recidiva del singolo reo; e la teoria rieducativa, che è l'approccio attualmente

sancito dall'articolo 27, comma terzo, della Costituzione italiana, il quale stipula che le pene debbano mirare alla rieducazione del condannato.

Quest'ultima teoria promuove l'idea che l'individuo possa essere influenzato positivamente dall'ambiente esterno per un reinserimento costruttivo nella società. Tuttavia, è stata oggetto di critiche per la sua possibile intrusione nei principi morali personali, con alcuni che sostengono che la rieducazione potrebbe evocare regimi autoritari tentando di imporre un cambiamento nella morale individuale. Pertanto, la nozione di rieducazione è stata reinterpretata come un processo di risocializzazione o reintegrazione sociale, coerente con il rispetto per la dignità umana, fondamento della Costituzione[249].

Questa interpretazione moderna di rieducazione si concentra sull'offrire ai detenuti opportunità di sviluppo personale attraverso istruzione, lavoro, e attività culturali e sociali, facilitando i contatti con l'esterno e il mantenimento dei legami familiari, come delineato dall'articolo 15 dell'ordinamento penitenziario. La validità di questa interpretazione è stata confermata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 364/1988 e n. 313/1990, sostenendo un approccio che equilibra la giusta sanzione per il reato con la promozione del benessere e della reintegrazione del detenuto.

Il diritto penitenziario, che regola le condizioni dei detenuti, è influenzato da una varietà di fonti giuridiche, con la Costituzione che rappresenta la guida più autorevole. Essa stabilisce principi fondamentali che non solo dichiarano diritti ma servono anche come strumenti interpretativi del quadro legale. A questi si aggiungono gli atti sovranazionali, come le normative internazionali e le direttive emanate dalle istituzioni dell'Unione Europea, oltre alle leggi ordinarie, regolamenti e circolari.

All'interno delle strutture penitenziarie, le libertà personali dei detenuti sono limitate solo per quanto riguarda le attività incompatibili con il contesto

[249] L. Riricato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023, p. 595.

carcerario. Tuttavia, questo non implica una riduzione del riconoscimento della loro dignità e dei loro diritti fondamentali.

Un aspetto centrale della vita in detenzione è il mantenimento dei legami familiari, considerato sia un diritto inviolabile che un componente essenziale del processo di trattamento penitenziario, mirato al rinnovamento morale e sociale del detenuto. La Costituzione sottolinea la protezione della famiglia e il riconoscimento dei diritti dei suoi membri, espressi specificamente nei suoi articoli 29, 30 e 31. Questi principi sono poi riflessi nel diritto penitenziario, in particolare all'articolo 18 della legge sull'ordinamento penitenziario e all'articolo 37 del suo regolamento di esecuzione, che disciplinano le modalità e le condizioni dei colloqui dei detenuti con i loro familiari e persone vicine.

Il Magistrato di sorveglianza di Padova, mediante l'ordinanza n. 122 del 2 agosto 2023, ha sollevato dubbi sulla conformità costituzionale dell'articolo 2 quinquies, comma 1, del decreto legge n. 28 del 2020, successivamente convertito nella legge n. 70 del 25 giugno 2020. Il nodo della questione riguardava la disposizione che limitava a non più di una volta alla settimana i colloqui tra i detenuti e i loro figli minori, applicabile specificatamente ai detenuti condannati per reati indicati nell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, ma solo a coloro ai quali non veniva applicato il divieto di concessione dei benefici previsto dallo stesso articolo 4-bis della legge n. 354 del 26 luglio 1975.

Il magistrato ha ritenuto che tale restrizione potesse violare gli articoli 3 e 31 della Costituzione Italiana, che tutelano rispettivamente il principio di eguaglianza e i diritti della famiglia, nonché l'articolo 117 in riferimento all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, e all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta di Nizza, tutti focalizzati sul rispetto dei diritti umani e della dignità familiare.

In risposta, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 85/2024 depositata il 13 maggio, ha accolto le preoccupazioni sollevate, dichiarando la disposizione incostituzionale nella parte in cui mancava di specificare, dopo la menzione dei detenuti e internati per reati ex art. 4-bis, la frase "per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto". Questo intervento normativo mirava a chiarire che le restrizioni sui colloqui non dovrebbero applicarsi indiscriminatamente a tutti i detenuti condannati per i reati menzionati, ma solo a quelli a cui è effettivamente negato l'accesso ai benefici previsti.

La Corte Costituzionale[250] è intervenuta sul tema riguardante la situazione di un detenuto sottoposto a restrizioni nonostante avesse accesso a tutti i benefici penitenziari previsti dalla legge. Questo detenuto era stato condannato per un reato incluso nell'elenco dell'articolo 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, che normalmente preclude l'accesso ai benefici penitenziari a causa della presunta persistenza di collegamenti con organizzazioni criminali. Tuttavia, la Corte ha stabilito che applicare un regime restrittivo in termini di comunicazioni telefoniche con i propri figli minori a un detenuto che, nonostante la condanna per un reato ostativo, ha accesso ai benefici penitenziari, è irragionevole. La Corte ha evidenziato che l'accesso ai benefici è di solito condizionato alla collaborazione con la giustizia, la quale serve come prova concreta del distacco dell'individuo dall'organizzazione criminale, indicando l'inizio di un percorso rieducativo.

La sentenza ha ulteriormente chiarito che la presunzione di continuità nei rapporti con la criminalità può essere confutata da prove concrete, che devono essere valutate individualmente dal tribunale di sorveglianza. La legge, infatti, ammette varie situazioni in cui i condannati per reati ostativi possono ottenere benefici penitenziari anche senza aver collaborato con la giustizia.

[250] L. Ricicato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., p. 595

Un esempio specifico riguarda il detenuto al centro del caso corrente, che, pur scontando una pena di trent'anni per un reato ostativo, ha ottenuto accesso ai benefici perché la sua possibilità di collaborare è stata giudicata impossibile, e non sono emersi elementi che lo collegassero attualmente con attività criminali.

Nel caso specifico, il detenuto aveva beneficiato di permessi premio grazie ai suoi progressi riconosciuti nel percorso di rieducazione, come certificato dall'amministrazione penitenziaria. Durante la pandemia, inoltre, aveva potuto effettuare una chiamata giornaliera ai familiari, privilegio esteso a tutti i detenuti per via delle norme speciali adottate in quel periodo.

Data questa situazione, la Corte Costituzionale ha giudicato irragionevole applicare a questo detenuto, considerato non più pericoloso socialmente, un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato alla maggior parte dei detenuti[251].

La Corte ha evidenziato che norme come l'articolo 4-bis, che impongono condizioni più severe rispetto al regime ordinario pur avendo inflitto la stessa pena, possono essere giustificate costituzionalmente solo se necessarie e proporzionate a contenere una specifica pericolosità sociale del condannato, non come forma aggiuntiva di punizione per la gravità del reato.

Infatti, secondo il nostro ordinamento, è la lunghezza della pena inflitta a riflettere la gravità del reato, e non la severità delle condizioni di detenzione.

3.3.7. Progetti di riforma

Giova evidenziare che attualmente è in esame presso la Camera dei deputati, un disegno di legge che prevede l'abolizione del differimento obbligatorio per le madri incinte con queste modalità. Va richiamata, in particolare, la proposta

[251] L. Ricicato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., p. 599.

di legge presentata alla Camera dei Deputati il 22 gennaio 2024, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario" (AC. 1660)[252].

L'art. 12 della suddetta proposta di legge introduce delle modifiche agli articoli 146 e 147 del codice penale, riguardanti l'esecuzione delle pene per donne incinte e madri di bambini molto piccoli. La nuova normativa propone di rendere facoltativo il rinvio della pena per le donne incinte e per le madri di bambini fino a un anno; precedentemente, questo rinvio era obbligatorio, sebbene ci fosse l'opzione di optare per la detenzione domiciliare come alternativa. Questo cambiamento allinea questa categoria con quella delle madri di bambini tra uno e tre anni, per le quali il rinvio della pena è già facoltativo.

Nonostante l'allineamento, rimane una distinzione significativa tra le due categorie. Se per le madri con figli tra uno e tre anni, l'esecuzione della pena può avvenire, a scelta, sia in un istituto penitenziario ordinario che in uno a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), per le donne incinte e le madri di bambini fino a un anno, se non è possibile rinviare la pena per motivi eccezionali, l'esecuzione della pena deve obbligatoriamente avvenire in un istituto a custodia attenuata. Questo assicura che, anche in casi eccezionali, queste donne non siano detenute in istituti penitenziari ordinari.

La disposizione in questione è stata progettata per mitigare gli impatti negativi che la detenzione dei genitori può avere sullo sviluppo emotivo e relazionale dei loro figli. Stabilisce che, al fine di proteggere il benessere dei minori, il giudice debba assegnare le madri detenute, dove possibile, agli istituti specificamente dedicati alle detenute madri (ICAM). Questa

[252] R. Casiraghi, *La dimensione del diritto del detenuto alle visite familiari fra atti sovranazionali, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, cit., p. 1227.

disposizione è obbligatoria per le donne incinte e le madri di bambini sotto l'anno di età.

Si nota che queste strutture esistono già e, dato il numero limitato di detenute coinvolte, non si prevede che la norma comporti costi aggiuntivi significativi per lo stato. Le infrastrutture esistenti e i servizi sociali legati agli ICAM sono ritenuti adeguati per gestire le necessità derivanti da questa nuova regolamentazione senza la necessità di ulteriori investimenti, utilizzando le risorse umane e finanziarie già disponibili. Pertanto, la legge non dovrebbe causare un aumento delle spese pubbliche[253].

La proposta di legge ha suscitato preoccupazioni per le nuove norme relative all'incarcerazione di donne incinte e madri di bambini piccoli. La legislazione modifica la precedente politica che rendeva obbligatorio rinviare l'esecuzione della pena per le donne incinte e madri di bambini sotto l'anno di età, optando ora per una detenzione in istituti con custodia attenuata per detenute madri (Icam).

Queste modifiche sono state criticate per la loro severità e per essere percepite come una risposta non necessaria a presunte minacce alla sicurezza pubblica, come il borseggio, piuttosto che come misure per la protezione dei diritti dei minori e delle madri. Inoltre, c'è stata una resistenza politica significativa contro le proposte legislative che avrebbero fornito alternative alla detenzione, come le case famiglia, proposte che non sono state adottate a causa di opposizioni politiche.

Questo passo indietro nella legislazione è visto come un attacco ai progressi fatti in passato verso una maggiore protezione del benessere psicofisico dei bambini e della maternità nel sistema penale. La preoccupazione è che queste

[253] B. Offidani, *Potrebbero esserci presto più detenute madri in carcere*, in *Il Post*, 14 luglio 2024.

nuove regole possano aumentare il numero di bambini che vivono in ambienti carcerari, peggiorando così la situazione anziché migliorarla[254].

L'organizzazione Cittadinanzattiva si è concentrata sul problema della detenzione di bambini insieme alle madri in carcere, promuovendo iniziative e proposte legislative attraverso la campagna "L'infanzia non s'incarcera". Queste attività sono volte a prevenire l'ingresso di minori in istituti penali e a trovare equilibri normativi che proteggano il benessere psico-fisico dei bambini senza trascurare le necessità di sicurezza e le condizioni di esecuzione delle pene delle detenute.

L'inclusione di neonati in carcere insieme alle madri solleva questioni su principi costituzionali e internazionali ben consolidati, che prescrivono al legislatore di dare priorità alla tutela dei bambini rispetto ad altre considerazioni di ordine pubblico. Inoltre, l'ammissione in carcere di donne incinte si contrappone a principi basilari di civiltà e ignora le condizioni precarie delle strutture penitenziarie, soprattutto per quanto riguarda l'accesso ai servizi sanitari.

L'approvazione di questa misura è stata pubblicamente rivendicata come un successo politico, con un uso dei social media che non riflette l'adeguatezza istituzionale, adottando uno stile di comunicazione tipico della propaganda. Questo stile enfatizza false crisi, manipola le emozioni retrive del pubblico e dipinge certi gruppi sociali come nemici, sfruttando stereotipi etnici per accusarli di sfruttare le proprie condizioni per evitare conseguenze giuridiche.

Da segnalare, poi, la proposta di legge Siani: la proposta di legge numero 2298, avanzata dai deputati Siani e colleghi e presentata alla Camera il 11 dicembre 2019, mirava a superare le difficoltà operative emerse con l'applicazione della legge n. 62/2011, cercando di eliminare le restrizioni sia giuridiche che economiche che ne avevano compromesso l'efficacia.

[254] R. Casiraghi, *La dimensione del diritto del detenuto alle visite familiari fra atti sovranazionali, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, cit., p. 1231.

L'obiettivo principale era prevenire l'ingresso di bambini nelle carceri o negli Icam, riconosciuti come una forma specifica di detenzione che potrebbe influire negativamente sullo sviluppo psico-fisico del minore.

La proposta non escludeva completamente l'uso degli Icam, riservandoli per i casi più gravi, ma poneva un'enfasi particolare sull'operatività delle case famiglia protette. Queste ultime erano state ostacolate da precedenti disposizioni legislative che prevedevano la loro istituzione senza nuovi oneri finanziari per lo Stato. Il nucleo della riforma proposta consisteva nel trovare risorse economiche per attivare effettivamente tali strutture in tutta Italia, creando un'alternativa al sistema detentivo tradizionale, focalizzata sulle esigenze di cura dei minori[255].

In particolare, la normativa chiave della proposta si trovava nell'articolo 3, comma 2, che aggiungeva il comma 1-bis all'articolo 5 della legge n. 62/2011. Questo nuovo comma stabiliva che le risorse per le case famiglia protette dovessero essere attingibili dalle disponibilità della cassa delle ammende, secondo quanto previsto dall'articolo 4 della legge del 9 maggio 1932, n. 547. Questa modifica legislativa mirava a distinguere le case famiglia protette dalla "propria abitazione" come luogo di esecuzione degli arresti domiciliari o della detenzione domiciliare, sia ordinaria che speciale, prevista dagli articoli 284 c.p.p. e 47-ter e quinquies o.p. Si prevedeva, quindi, che il finanziamento di tali strutture fosse affidato all'ente incaricato di gestire i fondi per programmi di reinserimento sociale per detenuti e internati, assistenza alle loro famiglie, e progetti di miglioramento delle condizioni carcerarie.

L'articolo 3 della proposta di legge numero 2298 proponeva di potenziare il ruolo del Ministro della Giustizia nell'individuazione delle strutture idonee a fungere da case famiglia protette. Questo si concretizzava nella stipula di

[255] L. Ricicato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., p. 590.

accordi con gli enti locali per definire queste strutture. Inoltre, si prevedeva che i comuni con case famiglia protette attuassero misure per facilitare il reinserimento sociale delle donne al termine della loro pena, utilizzando i servizi sociali locali[256].

Partendo dall'elemento chiave della proposta, ossia l'identificazione delle risorse finanziarie necessarie per attivare le case famiglia, questa rappresenta una soluzione concreta per colmare la discrepanza tra la legislazione e la realtà pratica che si protraeva da oltre otto anni. La proposta di legge era composta da tre articoli che miravano a modificare rispettivamente il codice di procedura penale, il codice penale e la legge n. 62/2011, distinguendosi per la loro sintesi e capacità di influenzare significativamente l'ambito normativo. Specificamente, la proposta eliminava la possibilità di applicare la custodia cautelare in carcere alle donne incinte, ai genitori di minori fino a sei anni, o ai padri nel caso in cui la madre fosse deceduta o incapace di assistere i figli. In situazioni di grave necessità cautelare, la custodia poteva essere eseguita in una casa famiglia protetta o, se necessario, in un ICAM.

La proposta contemplava anche significativi aggiustamenti pratici, come l'aggiornamento delle procedure quando le autorità giudiziarie venivano informate della presenza di minori nel contesto dell'esecuzione di una pena o della custodia cautelare. Modificava inoltre la disciplina relativa al differimento obbligatorio e facoltativo della pena, aumentando da uno a tre anni l'età di un bambino per cui il regime carcerario dei genitori è considerato incompatibile, e introducendo una nuova disposizione per un differimento facoltativo della pena per bambini tra i tre e i sei anni. Inoltre, stabiliva che il differimento della pena, a seconda del rischio di recidiva del genitore, potesse essere limitato alla detenzione in un ICAM o all'ammissione in una casa famiglia protetta.

[256] L. Ricicato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., p. 588.

La proposta di legge numero 2298, dopo essere stata discussa alla Camera, ha ricevuto l'approvazione all'unanimità con alcune modifiche significative rispetto alla versione originale. Tra le modifiche più rilevanti, l'articolo 275, comma 4 del codice di procedura penale prevedeva ora la possibilità di disporre la custodia in ICAM in situazioni di eccezionale necessità cautelare, e contemporaneamente si abrogava l'articolo 285 bis del codice di procedura penale. Si introduceva anche l'articolo 276 bis del codice di procedura penale, che stabiliva che, in caso di evasione o di comportamenti pericolosi da parte dei detenuti in ICAM, il giudice dovesse ordinare la custodia cautelare in carcere, trasferendo la persona senza i suoi figli[257].

Per quanto riguarda il differimento obbligatorio della pena detentiva, la modifica legislativa riduceva l'età per il divieto assoluto di detenzione di minori da tre anni a un anno, eccezion fatta per i minori con gravi disabilità. Inoltre, non era più prevista la possibilità di eseguire la pena detentiva in ICAM o in case famiglia protetta in caso di rischio di commissione di delitti. Le modifiche normative includevano anche un aggiornamento dell'ordinamento penitenziario per meglio allineare il codice penale con le norme sulla detenzione domiciliare ordinaria e speciale. Inoltre, veniva estesa la disposizione del nuovo articolo 276 bis del codice di procedura penale anche ai casi di evasione o condotte pericolose in regime di custodia cautelare in ICAM, che avrebbero comportato il trasferimento in un istituto ordinario, sempre senza la prole. Si prevedeva anche che l'esecuzione della pena in ICAM fosse incompatibile con la sottoposizione al regime dell'articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario.

Dal punto di vista finanziario, la proposta di legge indicava specificamente, nella legge di bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023 (legge n. 178/2020), un fondo di 150 milioni di euro annui per l'attivazione delle case

[257] B. Offidani, *Potrebbero esserci presto più detenute madri in carcere*, cit.

famiglia protette. Si raccomandava inoltre che i comuni dovessero dare priorità all'uso di edifici di loro proprietà, adeguati per essere trasformati in case-famiglia protette[258].

Nonostante queste modifiche confermassero l'intento iniziale della proposta, il percorso legislativo si è interrotto al Senato a causa della caduta del governo guidato dal Presidente Draghi e del successivo scioglimento delle Camere, lasciando la proposta in sospeso.

Il naufragio della proposta di legge Siani in fase di approvazione finale ha motivato alcuni parlamentari dello stesso gruppo a reintrodurre il testo nel nuovo contesto legislativo, su iniziativa della parlamentare Serracchiani, riproponendo il disegno di legge n. 103 del 13 ottobre 2022, già passato alla Camera. Tuttavia, all'interno del Parlamento appena formato, la proposta ha subito emendamenti significativi che hanno alterato profondamente la sua struttura, portando i firmatari a ritirarla nel marzo 2023.

Gli emendamenti discussi in commissione Giustizia, soprattutto quelli proposti dalla deputata Varchi del partito Fratelli d'Italia, hanno profondamente modificato l'impianto della riforma, ridefinendo le norme relative all'esecuzione delle pene per le detenute madri in maniera più restrittiva rispetto alla legislazione esistente. In particolare, si è eliminata la parificazione tra la donna incinta o madre di bambini fino a tre o sei anni, a seconda dei casi, e il padre dei bambini quando la madre è deceduta o non in grado di assistere i figli e non vi sono altri parenti idonei fino al quarto grado. Più drasticamente, si introduceva come criterio addizionale per limitare l'accesso ai regimi di detenzione più favorevoli la presenza di recidive aggravate o reiterate, o la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale.

[258] D. Aliprandi, *Sempre più bimbi in carcere, ma la legge Siani non vede la luce*, in *Il Dubbio*, 18 marzo 2023.

L'emendamento più impattante riguardava l'articolo 275, comma 4 del codice di procedura penale, eliminando la possibilità di disporre la custodia cautelare in ICAM per donne incinte o madri di bambini sotto i sei anni in situazioni di eccezionale necessità cautelare, preferendo il carcere[259].

Inoltre, alle valutazioni sulle esigenze cautelari si aggiungeva la necessità di considerare eventuali precedenti di recidiva secondo l'articolo 99, commi 2 e 4, del codice penale o di comportamenti di abitualità e professionalità criminosi, conformemente alle modifiche proposte all'articolo 285 bis del codice di procedura penale, che, contrariamente a quanto previsto in precedenza, non veniva più abrogato.

La proposta di emendamento al codice penale mirava a introdurre l'articolo 2bis immediatamente dopo l'articolo 2, che regola il differimento obbligatorio o facoltativo della pena. Questo nuovo articolo avrebbe stabilito che in presenza di recidiva (non necessariamente aggravata o reiterata), i benefici previsti dalla legge, specificamente quelli menzionati negli articoli 146 e 147 del codice penale, sarebbero stati automaticamente revocati. Inoltre, si poteva procedere alla decadenza o sospensione della responsabilità genitoriale, in base alla gravità del reato, secondo quanto disposto dagli articoli 330 del codice civile e 34 del codice penale.

Questa modifica rappresentava un'inversione radicale rispetto allo spirito iniziale della riforma, la quale era stata concepita per ridurre l'ingresso dei bambini in carcere o in istituti come gli ICAM. Tuttavia, con queste nuove disposizioni, si sarebbero potuti intensificare i casi di detenzione in carcere attraverso eccezioni al divieto di custodia cautelare e la decadenza dei benefici legati alla responsabilità genitoriale. Di conseguenza, l'interesse dei minori sarebbe stato sacrificato a favore di esigenze di sicurezza pubblica, particolarmente contro le madri detenute recidive.

[259] L. Riricato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., p. 591.

Inoltre, questa proposta normativa rifletteva una visione politica orientata a prevenire l'utilizzo strumentale della gravidanza per evitare il carcere, una percezione spesso associata, nell'immaginario collettivo alimentato da alcune correnti politiche, a donne straniere di etnia rom e sinti, e precedentemente a donne del Sud Italia legate a organizzazioni mafiose. Queste modifiche legislative rappresentavano una risposta immediata a supposte crisi criminali che dominano il dibattito pubblico[260].

Le proposte legislative iniziate da Siani e proseguite da Serracchiani non hanno portato a risultati concreti; fortunatamente, potrebbe aggiungersi, considerando come le modifiche apportate al testo originale si siano discostate dagli obiettivi iniziali. Tuttavia, l'argomento continua a essere un punto focale nell'agenda della maggioranza politica attuale, che sta enfatizzando l'uso del diritto penale come strumento principale della propria politica governativa. La tendenza verso la creazione di nuove categorie di reati, l'inasprimento delle pene, o la revoca di benefici previsti dalla legge, si manifesta chiaramente e configura una visione del diritto penale come strumento prediletto per imporre una politica di tolleranza zero verso i comportamenti devianti, spesso enfatizzati nei media.

Contrariamente, nei confronti di altri tipi di criminalità, come quelli legati alla Pubblica Amministrazione, che suscitano minor indignazione pubblica, si osserva un atteggiamento più aperto alla riduzione delle pene, come dimostrato dalla proposta di eliminare il reato di abuso d'ufficio e di modificare la normativa sul traffico di influenze illecite.

[260] D. Aliprandi, *Sempre più bimbi in carcere, ma la legge Siani non vede la luce*, cit.

CONCLUSIONI

In conclusione, l'attenzione al superiore interesse del minore nel contesto del diritto penale minorile in Italia riflette una crescente consapevolezza della necessità di un approccio giuridico che sia sensibile alle specifiche esigenze dei minori, sia essi vittime o autori di reato. Le normative vigenti, insieme alle raccomandazioni internazionali come quelle del Consiglio d'Europa, puntano a garantire che i diritti dei minori siano salvaguardati in tutti gli aspetti della giustizia penale.

Nel diritto penale minorile italiano, si è evoluta una legislazione che cerca di bilanciare la tutela della società con la rieducazione del minore reo. La riforma con il d.p.r. n. 448/1988 e le successive modifiche hanno introdotto un sistema di giustizia minorile che privilegia l'intervento riabilitativo rispetto a quello punitivo, mirando a reintegrare il giovane nella società piuttosto che a isolarlo ulteriormente. I principi di specializzazione del giudice e del trattamento individualizzato del minore, assieme alla creazione di ambienti e protocolli processuali adatti alla loro condizione, sottolineano questo orientamento.

Il processo minorile si concentra sull'accertamento dei fatti e sulla responsabilità penale dei minori, ma adotta approcci specifici per rispondere alle esigenze dei minorenni coinvolti. Questo tipo di procedimento enfatizza la protezione del benessere del minore e dello sviluppo del giovane. Tra i principi fondamentali, troviamo quello della "minima offensività", il quale mira a ridurre l'impatto negativo del processo sul minorenne. Anche il principio di "destigmatizzazione" è rilevante, poiché cerca di abbreviare il processo per evitare l'etichettamento dannoso del giovane. Infine, il principio di "deflazione processuale" si propone di ridurre il numero dei procedimenti giudiziari.

Sebbene per i minori di quattordici anni sia preferibile un proscioglimento che attesti la loro innocenza, evitando così effetti negativi e riconoscendo la loro non colpevolezza, il processo minorile non deve trasformarsi in un'opportunità meramente educativa e pedagogica.

Inoltre, è di fondamentale importanza considerare che l'approfondimento delle indagini sui singoli casi comporta un ulteriore onere per un sistema giudiziario già gravato da eccessivo carico di lavoro, influenzando in maniera negativa i principi di deflazione e destigmatizzazione del processo penale minorile.

L'approccio adottato dall'Italia al diritto penale minorile è in linea con la tendenza internazionale a considerare il trattamento dei minori nel sistema giuridico come una questione di diritti umani, ponendo l'accento sull'importanza di proteggere i minori affinché la loro vulnerabilità non li esponga a ulteriori danni. La legislazione riconosce che i minori in conflitto con la legge sono spesso essi stessi vittime di circostanze che sfuggono al loro controllo, e che pertanto è necessario proteggere il loro sviluppo fisico, mentale ed emotivo.

Il legislatore ha dimostrato tradizionalmente un notevole impegno nel favorire disposizioni atte a promuovere la riabilitazione e la crescita personale dei giovani autori di reati, anziché marchiarli permanentemente per gli errori commessi dagli stessi in giovane età. Questo onere risulta essenziale per garantire la loro futura reintegrazione come membri attivi e produttivi della società. Tuttavia, nonostante i significativi progressi compiuti, emerge la necessità di un'ulteriore riflessione, unitamente alla complessa eventualità di introdurre ulteriori riforme volte ad affrontare le sfide emergenti ed a garantire assicurare che le attuali disposizioni siano concretamente implementate, così da tutelare adeguatamente ed efficacemente il superiore interesse di ogni minore coinvolto nel sistema giuridico.

In relazione all'altra tematica trattata nella presente tesi, è innegabile che il sistema giuridico italiano abbia compiuto significativi progressi nel tutelare i diritti dei minori figli di genitori detenuti, conformemente alle direttive europee e internazionali. Il legislatore ha incrementato le possibilità per le detenute madri di scontare la loro pena in ambienti meno restrittivi, come gli istituti a custodia attenuata e le case-famiglia protette. In particolare, sono stati istituiti centri a custodia attenuata in varie città, tra le quali Torino, Milano, Venezia, Lauro e Cagliari, secondo quanto riportato dal Ministero della Giustizia.

Nonostante i notevoli miglioramenti raggiunti, permangono ancora delle rilevanti criticità. Tra queste, una delle questioni più evidenti attiene alle case-famiglia protette per detenuti madri. L'attuale implementazione di tali strutture risulta ancora carente e poco diffusa. Questa lentezza nella loro attuazione solleva seri interrogativi sull'effettiva efficacia delle misure adottate e sull'impegno nel migliorare le condizioni di vita dei minori coinvolti.

Recentemente, il panorama legislativo e giurisprudenziale italiano ha visto due importanti novità che influenzeranno ulteriormente la tutela dei minori e delle madri detenute. Il disegno di legge AC 1660, attualmente all'esame della Camera dei Deputati, propone l'eliminazione del differimento obbligatorio della pena per le donne incinte e madri. Questa modifica legislativa mira a bilanciare la necessità di garantire la giustizia con quella di proteggere i diritti dei minori, evitando che i bambini debbano vivere in ambienti carcerari durante i primi anni di vita. Sebbene la finalità sia di tutelare i diritti dei minori, sarà cruciale monitorare l'applicazione di questa norma per assicurarsi che non vengano compromessi gli interessi superiori dei bambini coinvolti.

Parallelamente, la sentenza della Corte Costituzionale n. 85 del 2024 ha ulteriormente delineato i confini della protezione dei diritti dei minori nel contesto penale. La Corte ha ribadito l'importanza di considerare il superiore

interesse del minore come principio guida in tutte le decisioni giudiziarie. In particolare, ha sottolineato che qualsiasi misura restrittiva nei confronti dei genitori deve essere attentamente valutata in relazione all'impatto sul benessere e sullo sviluppo del minore. Questa sentenza rappresenta un ulteriore passo avanti nel rafforzamento delle garanzie costituzionali per i minori, imponendo una riflessione critica sulle pratiche attuali e stimolando eventuali riforme future.

In sintesi, l'Italia ha compiuto notevoli progressi nel campo del diritto penale minorile, con un chiaro orientamento verso la rieducazione e il reinserimento sociale del minore.

BIBLIOGRAFIA

D. Aliprandi, *Sempre più bimbi in carcere, ma la legge Siani non vede la luce*, in *Il Dubbio*, 18 marzo 2023.

G. Assante, P. Giannino, F. Mazziotti, *Manuale di diritto minorile*, Roma-Bari, 2007.

A. Bandini, U. Gatti, *Evoluzione e crisi nel sistema della giustizia minorile. Una difficile scelta tra punizione e educazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983.

M.G. Basco, S. De Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997.

G. Battistacci, *Il processo minorile*, in G. Fumu (coordinato da), *Le riforme complementari*, Padova, 1991.

V. Belotti, *Verso pari opportunità tra generazioni*, in V. Belotti, R. Ruggiero (a cura di) *Vent'anni d'infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*, Milano, 2008.

M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale* I, Milano, 2009.

F. Bonassi, M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, in *Rubrica giuridica*, 2, 2022.

V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *La Legislazione penale*, 11, 2018.

E. Borsotti, *Una giustizia mite. Il processo penale minorile*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2014.

E. Cadamuro, *L'accompagnamento educativo nei percorsi mediativi e riparativi prima dell'irrilevanza del fatto*, in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia* 4, 2010.

L. Camaldo, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni*, in *Diritto penale e uomo*, 2019.

L. Camaldo, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 12, 2020.

L. Caraceni, *Processo penale minorile*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Aggiornamento, 2000.

L. Caraceni, *Sub art. 20*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.p.r. 448/1988*, Milano, 2009.

C. Carlotta, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2022.

R. Casiraghi, *La dimensione del diritto del detenuto alle visite familiari fra atti sovranazionali, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023.

L. Castellano, *Le misure sospensivo-probatorie nell'esperienza del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità del Ministero della Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022.

C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.

D. Chinnici, *Commento agli artt. 284. 285, 285 bis, 286 e 286 bis del codice di procedura penale*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di Procedura Penale Commentato*, Milano, 2018.

F. Cibinel, *Sub art. 13*, in P. Pazè (a cura di), *Codice di procedura penale minorile commentato*, Milano, 1989.

M. Colamussi, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in *Processo penale e Giustizia*, 2, 2020.

M. Colamussi, *La nuova disciplina penitenziaria*, Milano, 2020.

M.G. Coppetta, *Parte I, artt. 47, 48-52 ord. penit.; Parte II, art. 657 bis c.p.p.; Parte III, artt. 90, 94 d.P.R. n. 309/1990*, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019.

L. Corazza, M. Della Morta, S. Giova (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Napoli, 2018.

M. Costantini, *Spunti di riflessione sulla specializzazione del giudice minorile*, in *Cassazione penale*, 2004.

L. De Cataldo, *Riflessioni sul processo penale minorile*, in *La Legislazione penale*, 2004.

D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore: processo penale, politiche e procedimenti*, Milano, 2007.

G. De Leo, P. Cuomo, *La delinquenza minorile come rappresentazione sociale. Ipotesi interpretative e di ricerca*, Venezia, 1983.

A. De Pauli, *Prescrizioni biblioterapiche nella messa alla prova dei minori. Il commento*, in *Dir. proc. pen*., 2017.

G. De Santis, *La scommessa delle nuove pene sostitutive - II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2022.

F. De Simone, *Sanzione detentiva*, Torino, 2018.

G. Dicandia, *Perdono giudiziale o sospensione condizionale della pena: è una scelta di merito. Nota a Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza n.*

16017/14, depositata il 10 aprile, in *Diritto e giustizia. Quotidiano di informazione giuridica*, 20 aprile 2014.

S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005.

M. Di Stefano, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012.

J.E. Doeck, *The Human Rights of Children: an Introduction*, in U. Kilkelly, T. Liefaard (edited by), *International Human Rights of Children*, Singapore, 2019.

M. Dogliotti, *I diritti del minore e la Convenzione dell'Onu*, in *Dir. fam.*, 1992.

V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli Stati d'emergenza*, Milano, 2012.

E. Esposito, *La nascita e l'evoluzione della giustizia penale minorile*, in *L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, marginalità e devianza*, 2013.

L. Eusebi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e princìpi processuali*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2019.

F. Fiorentin, *Se l'imputata è madre di un figlio sotto i tre anni custodia cautelare in carcere per casi eccezionali. La misura dell'affidamento presso le case-famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013. Commento a l. 21 aprile 2011, n. 62*, in *Guida al Diritto*, 23, 2011.

C. Forcolin, *Uscire dal carcere a sei anni. I figli delle detenute tra diritti che confliggono: stare con la madre o essere liberi*, Milano, 2020.

S. Furfaro, *Sub art. 27*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al dpr. 448/1988*, III edizione, Milano, 2009.

A. Gaito, *Procedura penale*, Milano, 2022.

S. Gambino *Immigrazione e diritti fondamentali, fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

A. Gasparre, *Niente più del nome. Dall'ambito minorile al processo per gli adulti e viceversa: il "probation" minorile con la messa alla prova di una nuova generazione*, in *Cassazione penale*, 3, 2022.

F. Giacchi, *Il "Decreto Caivano": le misure di prevenzione per il minorenne "pericoloso",* in *federalismi.it*, 4, 2024.

S. Giambruno, *Il processo penale minorile*, Milano, 2004.

P. Giannino, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997.

G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989; Id., *I limiti alla cronaca giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1990.

G. Giostra, in Id. (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al dpr. 448/1988*, IV edizione, Milano, 2016.

A. Giubilei, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2024.

C.F. Grosso, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Politica del diritto*, 1, 1990.

C. Iacomino, R. Bianchetti, *La giustizia penale minorile alla luce della riforma in corso: un primo sguardo all'istituendo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 6, 2022.

E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003.

E. Lanza, *Le indagini preliminari e le misure cautelari*, in A. Mangione, A. Pulvirenti (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2004.

S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005.

L. Liberto, *Carcere per le donne incinte: nel ddl Sicurezza c'è una norma contro mamme e bambini*, in *Huffingtonpost*, 10 luglio 2024.

M. Losana, *commento all'art. 29,* in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, Vol. I, *Leggi collegate. Il processo penale minorile*, Torino, 1994.

G.A. Maccaroni, *Lineamenti essenziali di procedura penale minorile*, Milano, 2007.

A. Macrillò, *Le misure penali di comunità*, in P. Balducci, A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

V. Maffei, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006.

P. Maggio, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto dei figli minori ad abbracciare durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit*., in *Processo penale e Giustizia*, 1, 2024.

F. Mantovani, *Prosegue il cammino per rafforzare la tutela del rapporto fra genitori detenuti e figli minori*, in *La Legislazione penale*, 1, 2018.

G. Mantovani, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Diritto penale e processo*, 2018.

L. Mantovani, *"Decreto Caivano" e provvedimenti "de libertate" nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile*, in *Cassazione penale*, 3, 2024.

G. Marchetti, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, in V. Chiavario (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, Torino, 1994.

L. Mari, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi Urbinati*, 63, 2012.

G. Marras, *Problemi e nodi*, in *Min. giust.* 3, 1994.

G. Martiello, *Gli interventi del c.d. "decreto-Caivano" sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società "dal" minore delinquente e tutela del fanciullo "dalla" società indifferente*, in *La Legislazione penale*, 1, 2024.

A. Martini, *Esigenze della pena sospesa e dinamiche del patteggiamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2023.

A. Massaro, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2022.

A. Massaro, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Processo penale e Giustizia*, 2, 2024.

G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo minorile*, in *Cassazione penale*, 4, 2024.

G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e la rinnovata estensione delle misure di prevenzione, anche tipiche, ai minorenni, tra amministrazione e giurisdizione*, in *Cassazione penale*, 2, 2024.

R. Mastrototaro, *La detenzione domiciliare*, in D. Pajardi, R.I. Adorno, C.M. Lendaro, C. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Milano, 2018.

A. Menghini, *L'esigenza di bilanciare in concreto l'interesse del minore con quello alla difesa sociale fa venire meno un'altra preclusione. Nota a C. Cost. 23 luglio 2018, n. 174*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2019.

A. Mestiz, *Processo penale minorile: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova: criteri interpretativi e prassi applicative***,** Bologna, 1997.

A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Milano, 1991.

A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, III edizione, Bologna, 2002.

L. Moroni, *L'accesso alla detenzione domiciliare speciale tra automatismi irragionevoli e addizioni non necessarie. A margine Corte Cost. sent. n. 18/2020. Nota a sent. C. Cost. 14 febbraio 2020 n. 18*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2021.

A. Nicolì, *L'alternativa tra azione penale e diversion nei sistemi di giustizia minorile*, in *Critica penale*, 1999.

F. Occhiogrosso, *Il processo nella prospettiva dei nuovi diritti*, in Id. (a cura di), *Il processo penale minorile*. *Prime esperienze. Atti del Convegno* (Bari, 30 marzo-1° aprile 1990), Roma, 2007.

B. Offidani, *Potrebbero esserci presto più detenute madri in carcere*, in *Il Post*, 14 luglio 2024.

F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, III edizione, Milano, 2002.

V. Panarello, *Sospensione del procedimento e messa alla prova nel rito minorile e inoperatività dello scomputo dettato nel processo per gli adulti dall'art. 657-bis c.p.p. in caso di esito negativo della prova*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2020.

G. Panebianco, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2023.

R. Panetta, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006.

C. Pansini, *Processo penale a carico di imputati minorenni*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, II, Torino, 2011.

E. Pennisi, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012.

G. Pepino, *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate.* I. *Il processo penale minorile*, in V. Chiavario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1995.

G. Pepino, *Sub art. 13. Divieto di pubblicazione e di divulgazione*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2009.

V. Pocar, P. Ronfani, *L'interesse superiore del minore nella legge e nella pratica. Esperienze nazionali a confronti*, Milano, 1996.

A. Presutti, *Libertà di informazione e tutela dell'immagine nel contesto della novella del 1999*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000.

A. Presutti, *La posizione del minore*, in E. Palermo Fabris, A. Presutti (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011.

A. Pulvirenti, *I presupposti applicativi del probation minorile*, in *Rivista penale*, 2016.

R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, III edizione, Padova, 2007.

L. Riricato, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2023.

C. Scivoletto, *L'"invenzione" della messa alla prova minorile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2023.

M.Q. Silvi, *Struttura giuridica del perdono*, Milano, 2004.

D. Spirito, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *Giustizia penale*, 3, 1990.

G. Todaro, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2008.

F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2023.

N. Triggiani, *Il divieto di pubblicare notizie e immagini dei minori coinvolti in procedimenti*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002.

N. Triggiani, *Il divieto di pubblicare notizie e immagini dei minori coinvolti in procedimenti*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2010.

N. Triggiani, *La messa alla prova dell'imputato minorenne, trenta anni dopo. fondamento, presupposti, esperienze*, in *La messa alla prova dell'imputato minorenne tra passato, presente e futuro*, Bari, 2011.

E. Turco, *Perdono giudiziale concesso dal g.u.p. senza il consenso del minore e interesse ad impugnare del p.m.*, in *Il Foro italiano*, 3, 2013.

G. Ubertis, *Segreto investigativo, divieto di pubblicazione e nuovo processo penale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991.

P. Zatti, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2011.

D. Zigliani, *L'irrilevanza penale del fatto*, Milano, 2011.