



Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto dell'esecuzione
penale

La nuova esecuzione penale minorile e la giustizia riparativa

Chiar.ma Prof.ssa
Paola BALDUCCI

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Giulio ILLUMINATI

CORRELATORE

Rosa FORLEO
Matr. 132943

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

LA NUOVA ESECUZIONE PENALE MINORILE E LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

CAPITOLO I

PECULIARITA' DEL PROCEDIMENTO A CARICO DI IMPUTATI MINORENNI

1. Devianza minorile.....5
2. Il quadro normativo: le fonti sovranazionali.....9
 - 2.1. I principi della giustizia penale minorile.....12
3. Il problema dell'esecuzione penale: lacuna normativa e intervento della Corte Costituzionale.....18
 - 3.1. L'auspicato intervento legislativo: la legge n. 103 del 2017 e le linee guida.....25

CAPITOLO II

LA RIFORMA DELL'ESECUZIONE PENALE MINORILE: DECRETO LEGISLATIVO 2 OTTOBRE 2018, N. 121

1. La struttura del decreto legislativo n. 121 del 2018: disposizioni generali.....31
2. Esecuzione esterna: le misure penali di comunità.....33
 - 2.1. La *quaestio* degli automatismi presuntivi40
 - 2.2. L'affidamento in prova al servizio sociale.....45
 - 2.3. L'affidamento in prova con detenzione domiciliare.....48
 - 2.4. La detenzione domiciliare49
 - 2.5. La semilibertà.....52
 - 2.6. Previsioni comuni a tutte le misure penali di comunità.....54
3. L'art. 9 del d. lgs. 121/2018 e le previsioni per i "giovani adulti".....59
4. Le dinamiche esecutive.....61

5. Il trattamento <i>intramoenia</i> : progetto di intervento educativo e tutela dell'affettività.....	71
5.1. Principio di territorialità e organizzazione degli istituti.....	83
5.2. Regole di comportamento e sanzioni disciplinari.....	92

CAPITOLO III

GIUSTIZIA RIPARATIVA E MEDIAZIONE PENALE

1. <i>Restorative justice</i> : una giustizia senza spada.....	97
1.1. La mediazione penale.....	108
2. <i>Restorative justice</i> e procedimento penale minorile.....	111
2.1. Giustizia riparativa nella fase esecutiva.....	119

Bibliografia.....	129
-------------------	-----

CAPITOLO I

PECULIARITA' DEL PROCEDIMENTO A CARICO DI IMPUTATI MINORENNI

1. Devianza minorile

La disamina degli aspetti caratterizzanti il procedimento penale a carico di minori autori di reato non può prescindere da un preliminare riferimento alla tematica – di costante attualità – della devianza minorile.

Si tratta di un'analisi complessa destinata a concludersi con una visione non univoca della questione o con delle teorie “immobili” nel tempo, in quanto il fenomeno, avendo ad oggetto una figura poliedrica e in continua evoluzione ne segue le modificazioni; così come, per quanto esistano numerose teorie sulla devianza minorile, di fatto «soltanto l'analisi di ogni storia individuale può aiutare a cogliere quell'insieme di elementi che provocano lo stato di profondo malessere a cui il minorenne reagisce con comportamenti devianti»¹. La devianza è un “fatto sociale”² complesso ed è il risultato di una serie di fattori concatenati e variabili nessuno dei quali risulta da solo prevalente.

Nella fase evolutiva della personalità del minore non si può prescindere dal legame che questi assume con i vari nuclei sociali con cui si rapporta sin dalla nascita: *in primis* il contesto familiare, che è quello primario in cui si sviluppa la persona, a seguire poi il contesto ambientale e sociale, come la scuola, la vita di quartiere, in cui il ragazzo inizia ad esprimersi e ad intrecciare quelle relazioni umane, che potrebbero altrettanto influenzarlo. Si tratta dei modelli educativi, familiari e sociali, o «stili di attaccamento»³ che hanno un ruolo fondamentale nella costruzione dell'identità del minore, dove

¹ V. M. V. RANDAZZO, *Le nuove forme di comportamenti devianti*, in *Minorigiustizia*, 2019, n.2

² DURKHEIM, *La divisione sociale del lavoro*, Milano, 1962.

³ V. C. CATTATELUCCI, F. VITRANO, in *Le ragioni della giustizia minorile: il sistema delle norme e la protezione dei diritti*, *Minorigiustizia*, 2018, n.1, p. 11.

per identità si può intendere quel «processo narrativo»⁴ che caratterizza ogni essere umano, ovvero la sua storia.

Possibile causa di devianza del minore può essere rinvenuta, dunque, nella presenza di modelli antisociali⁵ che riescano ad “istruire” negativamente il soggetto, considerata la sua personalità fragile e permeabile.

Le fasi fondamentali della devianza possono essere identificate nel disadattamento sociale del giovane adolescente in correlazione al disagio, come suo risvolto soggettivo interiore, e così anche l'emarginazione, come conseguenza della stessa devianza⁶.

Il comportamento deviante è anche interpretato come un veicolo comunicativo, partendo dallo studio di Habermas della Teoria dell'azione comunicativa, così poi ampiamente trattato dal sociologo De Leo, secondo il quale risulta necessario «ascoltare, comprendere, interpretare sia le parole e la comunicazione che il soggetto va ricostruendo sulla sua azione trasgressiva, sia i significati e i segni che l'azione stessa esprime sul soggetto»⁷.

Dunque, la condotta deviante è un mezzo eloquente attraverso il quale si esprime il malessere dell'adolescente con la conseguenza che risulta di fondamentale importanza interpretare il “messaggio” ed ascoltare, non per una comprensione fine a sé stessa, ma sia per individuare coerentemente il rimedio penale/istituzionale più giusto in relazione ad ogni situazione concreta, quindi agendo *a posteriori*, sia per determinare modalità di prevenzione, per intervenire quindi a monte del problema.

L'elemento imprescindibile di ogni dissertazione sull'origine e l'evoluzione delle varie forme di devianza risiede, in ogni caso, nel rapporto del minore con la società e la risposta della stessa al comportamento trasgressivo, che oscilla tra la visione del soggetto come vittima, da un lato, e come elemento

⁴⁴ Ibidem

⁵ Per approfondimenti v. M. GRIMOLDI, *Le caratteristiche psicologiche come causa efficiente della devianza minorile*, in *Minorigiustizia*, 2011, n. 4.

⁶ M. LEONARDI, *Le cause e i processi della devianza minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 59 ss.

⁷ G. DE LEO, D. BOSI, F. CURTI GIALDINO, *Progetto, identità, relazione nella genesi dell'azione deviante*, in: *Psichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza*, vol. 53, 3, 1986, p. 267.

pericoloso per la convivenza sociale, dall'altro, creandosi così un "effetto pendolo" per cui è necessario un bilanciamento nella politica penale tra tutela e punizione⁸, come si approfondirà più avanti.

Invertendo la prospettiva, ma sempre partendo dalle interazioni e dalle reazioni degli attori sociali, nasce la teoria dell'etichettamento, il cui paradigma risulta sostanzialmente inverso. L'emarginazione del soggetto è la conseguenza non di un comportamento oggettivamente deviante, ma di una risposta della collettività, che istituisce la devianza, etichettando un atteggiamento che non è socialmente accettato o riconosciuto, ma che di per sé non è necessariamente deviante⁹, basti fare riferimento ai comportamenti *in re ipsa* tipici della fase adolescenziale, quali i momenti di trasgressione, di sovversione delle gerarchie (familiari, scolastiche, sociali), di ribellione, che non si sostanziano in veri e propri comportamenti devianti.

Ecco dunque il paradosso: l'emarginazione del minore e il suo etichettamento come "deviante" finiscono per convincere il soggetto stesso dello *status* che gli è stato attribuito, determinando la consolidazione del suo comportamento.

Quello che si rileva è un cambiamento, nei decenni, delle forme di devianza, dei comportamenti dei minori, della tipologia di reati commessi dai soggetti devianti ed è interessante percorrere l'*excursus* evolutivo partendo dall'idea di bambino/adolescente che ne dava Italo Calvino, intorno agli anni '50 del '900, nel "Barone rampante", in cui il giovane protagonista a seguito di una lite con i genitori, sale su un albero sul quale passerà tutta la sua vita, con un'idea di adolescenza sognante, che ha come obiettivo la realizzazione dei propri desideri e quindi lo strappo nel divenire dell'adolescente risiedeva nel non essere riusciti a «coniugare i loro desideri con la costruzione di una identità armonica»¹⁰. Ma la devianza, derivando, come abbiamo visto, dallo stretto legame tra l'individuo e l'ambiente sociale circostante, va

⁸ DI NUOVO, GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile: profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, p. 28.

⁹ M. LEONARDI, *Le cause e i processi della devianza minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 79 ss.

¹⁰ V. C. CATTATELUCCI, F. VITRANO, in *Le ragioni della giustizia minorile: il sistema delle norme e la protezione dei diritti*, Minorigiustizia, 2018, n.1, p. 12.

adattata al contesto storico e «se prima il desiderio di identità era costruire esperienze significanti, oggi sempre più frequentemente il bisogno di identità si definisce nell'annullarsi, privando ogni esperienza di significato»¹¹ e portando alla solitudine del minore «non soltanto nell'individuare e definire i suoi bisogni, ma anche nella ricerca dei mezzi e dei percorsi per soddisfarli»¹². A questo *deficit* deve sopperire l'ordinamento, mediante la collaborazione di tutti i soggetti che svolgono attività prodromiche alla tutela, alla maturazione e all'educazione dei minori, in tutte le fasi del percorso di crescita. In occasione della commissione di un reato, lo Stato ha il dovere, costituzionalmente previsto, di tutelare il minore e di garantirgli gli strumenti adeguati perché possa coscientemente e consapevolmente riavvicinarsi al tessuto sociale da cui si è distaccato compiendo il reato.

Come si diceva, lo *status* del minore deviante può essere soggetto ad una duplice prospettiva di osservazione, quella di vittima, che sfocia in autore, come fossero questi due lati della stessa medaglia, e un esempio pragmatico di tale dinamica è stato dato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che, nella Raccomandazione (2015) 3 sull'accesso ai diritti sociali da parte dei giovani provenienti da quartieri svantaggiati, svolge una serie di considerazioni riferendosi ai minori provenienti da quartieri teatro di violenze, discriminazioni, mancanza di opportunità ed emarginazione, prima di tutto come vittime del contesto, che potrebbero diventare poi autori di crimini.

Con la stessa *ratio*, in Italia, già a partire dal 2013, è stato rilevato un fenomeno sempre più diffuso e allarmante, per il quale giovani, appartenenti a famiglie mafiose, vengono arruolati, dai genitori, latitanti o detenuti, per continuare gli affari dell'organizzazione, così da non perdere il potere sul territorio, iniziando a delinquere perciò da giovanissimi. Il giudice Roberto Di Bella, presidente del Tribunale dei minori di Reggio Calabria, ha

¹¹ Ibidem

¹² V. M. V. RANDAZZO, *Le nuove forme di comportamenti devianti*, in *Minorigiustizia*, 2019, n.2.

intrapreso un percorso, che chiama” Erasmus di legalità”, permettendo loro di avere un’altra possibilità in un mondo diverso, forse sconosciuto.

Sono stati emessi dal Tribunale molti provvedimenti *de potestate* di decadenza dalla responsabilità genitoriale e di allontanamento dei minori dalla famiglia, talvolta accompagnati dalle madri. Sostiene il progetto l’associazione Libera, che ha siglato un protocollo d’intesa dal nome, “Liberi di scegliere” con il Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio¹³.

2. Il quadro normativo: fonti sovranazionali

In ambito internazionale il primo documento che tendeva verso la protezione della figura del minore, ma ancora visto come destinatario passivo di diritti, è la Dichiarazione di Ginevra, redatta nel 1924 dall’Assemblea generale della Società delle Nazioni. Le successive Carte internazionali in materia sono state le “Regole di Pechino”, cioè le Regole minime per l’amministrazione della giustizia, redatte a New York, il 29 novembre 1985, e la Convenzione sui diritti dell’infanzia, redatta sempre a New York il 20 novembre 1989 e ratificata poi in Italia con la L. 27 maggio 1991, n. 176. Quest’ultima ha il merito di aver delineato in modo organico un elenco di diritti civili, politici, economici, sociali del bambino, che la famiglia, lo Stato e la comunità intera devono, con gli opportuni mezzi, garantire e soddisfare¹⁴, modificando la prospettiva di osservazione del soggetto minorenne, titolare di diritti naturali, che non necessitano di un riconoscimento, stabilendo quindi un *minimum standard* di tutela. Alla Convenzione di New York si deve riconoscere, inoltre, l’introduzione del concetto del *best interest of the child*, che affonda le sue radici nell’art. 3 della Convenzione, che recita al primo comma: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi,

¹³ S.BUZZELLI, Gli sfondi normativi (Parte I: la disciplina sovranazionale), in Bargis (a cura di), Procedura penale minorile, Terza edizione, Torino, 2019, p. 17.

¹⁴ FRANCESCHETTI, La tutela del minore, seconda edizione, 2007, p.28 ss.

l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente», per cui ogni pronuncia che lo riguardi deve avere come obiettivo quello di garantire il patrimonio dei diritti del soggetto e di promuovere la sua crescita, la sua protezione e la sua integrazione nella società.

A protezione anche del giovane sospettato accusato o ritenuto colpevole di un reato penale, l'art 40 della Convenzione stabilisce, innanzitutto, che sia garantito «un trattamento tale da favorire il suo senso della dignità e del valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e che tenga conto della sua età nonché della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima», per poi elencare una serie di previsioni, a cui gli Stati devono conformarsi, che riguardano diversi diritti e garanzie, quali la presunzione di innocenza, il diritto ad un equo processo, il diritto a godere di assistenza legale, il diritto alla privacy. Nell'art. 37 della Convenzione vengono, invece, previste una serie di tutele legate al minore privato della libertà personale e in particolare alla lettera *a*) si prescrive che “nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni”.

L'art. 11 comma 1 delle “Regole di Pechino” fa riferimento all'applicazione di misure extragiudiziarie atte a limitare le conseguenze negative e traumatiche sul soggetto sottoposto a processo con la conseguenza che quest'ultimo viene a essere configurato quale *extrema ratio*¹⁵, del pari la collocazione del minore in istituto, alla luce del medesimo canone, deve aver luogo per il minor tempo possibile¹⁶.

Sempre nelle Regole minime per l'amministrazione della giustizia, si dichiarano gli obiettivi della giustizia minorile: “il sistema di giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la

¹⁵ S. LARIZZA, Il diritto penale dei minori, Evoluzione e rischi di involuzione, Volume 114, 2005, p.105.

¹⁶ Art. 19 Regole minime per l'amministrazione della giustizia, 1985.

misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato e all'autore dello stesso" (art. 5).

Nel 1990, sono state adottate le Linee guida delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della delinquenza minorile (c.d. "Regole di Riyadh"), aventi quale *focus* lo sviluppo del minore e la sua integrazione nella società sin da piccolo, nel momento di maggiore vulnerabilità e nello stesso anno l'ONU ha emesso una risoluzione recante "Regole sulla protezione dei minori privati della libertà".

A livello europeo, l'esigenza risulta essere quella di uniformare gli ordinamenti di tutti gli Stati membri, riguardo la giustizia minorile e per questo sono numerose le fonti che svolgono un ruolo importante nell'orientare gli Stati verso adeguati livelli di tutela, soprattutto Raccomandazioni, che, seppur non vincolanti, possono indirizzare i legislatori statali, auspicando l'adozione, nei rispettivi ordinamenti, dei principi prescritti.

Innanzitutto, è dovuto un richiamo alla CEDU¹⁷ che garantisce, in armonia anche con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto di ogni persona a ricevere un giusto processo, che appartiene naturalmente anche ai soggetti minori, potendosi riferire a tale Convenzione anche per tutti gli altri diritti e le libertà da essa tutelati.

La Raccomandazione (2003) 20, riguarda le modalità di trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile, perseguendo gli obiettivi della prevenzione, della reintegrazione e riabilitazione del minore, nonché del trattamento con finalità educativa¹⁸.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha elaborato due Raccomandazioni a distanza di breve tempo, di cui la prima (2006) 2, che rappresenta le Regole Penitenziarie Europee e che fornisce delle indicazioni da seguire nell'ambito delle pene detentive riguardanti gli adulti; la seconda Raccomandazione (2008) 11, rispecchia una sorta di ordinamento

¹⁷ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, dal Consiglio d'Europa.

¹⁸ V. Relazione dell'esecuzione penale nel procedimento minorile – Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14.

penitenziario minorile a livello europeo e contiene delle indicazioni di indirizzo politico sulla protezione dei diritti dei minori autori di reato soggetti a sanzioni o misure, privati della libertà personale. Essa contiene una parte riguardante le misure alternative alla detenzione alla luce di alcuni principi generali, quali quello di proporzionalità della sanzione rispetto al reato commesso, quello di minimo intervento, residualità della carcerazione, individualizzazione del trattamento, osservanza dei diritti umani. Quest'ultima Raccomandazione comprende l'invito agli Stati di conformarsi agli *standard* in essa contenuti e, pur non avendo una forza giuridicamente vincolante, risulta una fonte primaria per le scelte politiche di ogni Stato membro sul tema in oggetto¹⁹.

Lo stesso Comitato il 17 novembre 2010 ha redatto le Linee guida su una giustizia "a misura di minore", nel cui preambolo citava tutte le fonti internazionali ed europee che avevano già trattato l'argomento, e ha dettato, poi, alcuni dei principi fondamentali su cui si basa l'intero testo, quali: la partecipazione del minore- ai procedimenti che lo riguardano-, l'interesse superiore del minore, la tutela della sua dignità, la protezione dalla discriminazione, il principio della supremazia del diritto.

Infine, è importante un riferimento alla direttiva 2016/800 emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio l'11 maggio 2016, che riguarda le garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, prevedendo una serie di diritti che mirano a garantire un processo "a misura di minore"²⁰.

2.1 I principi della giustizia penale minorile

All'interno della Costituzione italiana non è presente una disposizione che disciplini direttamente ed esplicitamente il sistema di giustizia minorile, tuttavia è possibile fare riferimento ai numerosi articoli dedicati alla tutela dei diritti e delle libertà della persona e, attraverso le disposizioni sul

¹⁹ V. A. PENNISI, *L'ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p.523 ss.

²⁰ A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 21.

processo penale a carico di imputati minorenni, presenti nel d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e modifiche, ricavare i principi fondanti del processo a carico del soggetto minore, che si differenzia da quello ordinario, perché si pone come finalità più che quella punitiva, soprattutto il recupero del minore.

La cornice risulta indubbiamente essere l'art. 31, comma 2 Cost., che attribuendo allo Stato il dovere di proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo», diventa una bussola nell'ambito, non solo, della legislazione penale minorile, ma anche di qualsiasi normativa riguardante i minori.

Nel contesto qui analizzato, ovvero nel caso di procedimento penale a carico di minore di anni diciotto e dell'esecuzione della pena, il dovere di protezione di quest'ultimo consiste innanzitutto nel tentativo di recupero sociale del soggetto dalla personalità *in fieri*, permettendogli di portare a termine il suo percorso educativo, di maturazione, per consentirgli un futuro reinserimento adeguato nel contesto sociale, evitando la stigmatizzazione e, in ogni caso, il consolidamento del comportamento deviante, investendo sulla prevenzione alla reiterazione.

Attraverso l'art. 2 Cost., che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, al minore viene riconosciuta la dignità di persona e quindi il pieno riconoscimento del patrimonio di tali diritti ed il secondo comma sancisce il dovere di solidarietà nei confronti di chi non riesca a godere di tali diritti a causa di condizioni particolari, quale può essere, appunto, la minore età.

Il particolare *status* del soggetto minorenne non solo lo rende titolare di diritti inviolabili protetti e garantiti dall'ordinamento nazionale e internazionale, e di conseguenza non sono permesse limitazioni solo perché minore, ma si rende necessaria una più accurata cautela, protezione e attenzione verso il minore autore di reato, perché è un soggetto con una maturità psichica in fase evolutiva. Proprio tale connotato rende necessaria una diversificazione del trattamento nei confronti del minore in ogni fase del procedimento e soprattutto, come analizzeremo in seguito, nella fase dell'esecuzione di una eventuale pena. È, dunque, l'applicazione congiunta

dell'art. 3 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale, e dell'art. 31 comma 2 Cost. a legittimare tale differenziazione; infatti si parla del principio di eguaglianza, formale e sostanziale, che rispettivamente implica uno stesso trattamento di situazioni eguali e trattamento differente per situazioni diverse²¹. Quello che la Corte costituzionale ha assunto, negli anni, come linea guida per orientare il legislatore è proprio il principio del *favor minoris*, un trattamento differenziato tra adulto e minore, così come previsto anche a livello internazionale, per garantire quella protezione della gioventù, cristallizzata nell'art.31 comma 2 Cost.

Riflesso pratico di questo, è innanzitutto il principio di specializzazione, che riguarda tutti gli attori della giustizia minorile, che ha trovato piena realizzazione *in primis* mediante la creazione di un organo giudicante specializzato: il tribunale per i minorenni²², che si caratterizza per una componente togata e due giudici onorari, scelti tra i cultori di psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia. Tale composizione consente una collaborazione da parte dei componenti non togati per comprendere la natura del disagio del minore, le particolarità personalistiche, la condizione familiare e sociale e, dunque, per individuare la miglior strada che conduca al recupero e alla risocializzazione del giovane. Ciò che risulta fondamentale è «la centralità dell'accertamento della personalità del minore, basata sulle indagini, sulle condizioni personali e socio-familiari che consentano l'adozione del percorso individualizzante per il minore che entra nel circuito penale»²³, evitando presunzioni e automatismi, che precluderebbero il necessario trattamento individualizzato da parte del tribunale, come la Corte costituzionale afferma in numerosissime sentenze che si andranno ad approfondire in seguito.

Ancor prima della pena, quindi della condanna, già la partecipazione al processo e il suo svolgimento, sono momenti drammatici per lo sviluppo di

²¹ S. LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 107.

²² Istituito nel 1934, con R.d.l. 20 luglio 1934, n.1404.

²³ V. Relazione dell'esecuzione penale nel procedimento minorile – Stati Generale dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14.

un minore: proprio per tale ragione lo stesso rito minorile in sé deve avere uno scopo pedagogico e deve essere prerogativa delle istituzioni giudicanti cercare di favorire una rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale e il suo recupero; a questo scopo sono previsti dal d.P.R. 448/88 istituti come il proscioglimento per irrilevanza del fatto (art.27) e la sospensione del processo con messa alla prova (art. 28), ricollegabili inoltre al principio di minima offensività, che permea molte disposizioni del codice del processo penale minorile, volte a tutelare la vulnerabilità e la fragilità del minore in un contesto, quello processuale, già di per sé traumatizzante. Tale principio si manifesta, oltre che attraverso gli istituti appena citati, nel divieto generalizzato di pubblicità, art. 13 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, che vieta, appunto, la pubblicazione e divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minore comunque coinvolto nel procedimento, con cui si vuole tutelare il patrimonio morale, garantito come diritto inviolabile dall'art. 2 della Costituzione²⁴ del minore, letto in armonia con il principio di protezione della gioventù *ex* art. 31 comma 2 Cost. Anche la previsione dell'art 33 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, è volta a tutelare il diritto alla riservatezza del minore, prevedendo che l'udienza dibattimentale sia svolta a porte chiuse, con le dovute eccezioni dei commi successivi - coerentemente con quanto previsto dalla Relazione di accompagnamento alla Convenzione sui diritti dell'infanzia, al punto 52, che stabilisce un criterio generale, in base al quale il minore «dovrebbe essere giudicato a porte chiuse» -.

Le previsioni prima ricordate servono, inoltre, a scongiurare la stigmatizzazione del minore dal processo, ovvero per evitare che lo stesso sia soggetto a pregiudizi dati dal comune pensiero sociale, che si traducono nell'etichettamento di questo come soggetto “pericoloso”, “delinquente”, “criminale”, e a queste si aggiunge la disciplina del casellario giudiziale, per la conservazione dei precedenti penali. L'istituto è stato, recentemente, soggetto a modifiche suggerite dalla legge delega 23 giugno 2017, n. 103 e relativo d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122, che hanno portato un rafforzamento

²⁴ V. Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 17.

della tutela della disciplina riferita agli adulti ed in parallelo una paradossale diminuzione, invece, in relazione a quella dei minori²⁵.

Imprescindibile per la durata del processo è anche l'assistenza psicologica e affettiva del soggetto minore.

Un altro connubio rilevante per disegnare i contorni della disciplina penalistica minorile è tra gli art. 31 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione, ricordando che quest'ultimo esplicita la *ratio* del sistema punitivo, stabilendo che le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». Nel processo minorile, ancor più che per gli adulti, la finalità educativa - rieducativa della pena è assolutamente preminente, tanto che al peculiare interesse di recupero del minore «è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva»²⁶, dissolvendo «la polifunzionalità della pena (che ricomprende la componente retributiva e general-preventiva) riservabile agli adulti»²⁷.

La Corte costituzionale precisa, a tal proposito, nella sentenza 28 aprile 1994 n.168, che l'ordinamento penitenziario minorile è caratterizzato da un «mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca di una propria identità, una connotazione educativa, più che rieducativa, in funzione di un inserimento maturo nel consorzio sociale»²⁸.

Nella stessa sentenza la Corte, prendendo come parametri gli art. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost. e ribadendo la necessità di un trattamento diversificato per i minori, ha affermato che da ciò «deriva l'incompatibilità della previsione dell'ergastolo per gli infra-diciottenni, perché accomuna, in tale istituto di indubbia gravità, nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tenere conto della particolare condizione minorile»²⁹.

²⁵ Per approfondimenti v. A.PRESUTTI, *Gli sfondi normativi* (Parte II: *I principi costituzionali*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 29 ss.

²⁶ V. Corte cost. 30 aprile 1973, n. 49.

²⁷ La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione, in www.processopenaleegiustizia.it, 2017.

²⁸ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 31

²⁹ V. S. LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 112.

Ulteriore evento traumatico, ancor più per un infra-diciottenne, è la privazione della libertà personale, bene inviolabile tutelato dall'art. 13 Cost., che letto, ancora una volta, in relazione al dovere di protezione *ex art.* 31 comma 2 Cost e alle prescrizioni internazionali, orienta la discrezionalità dei giudici nel prevedere tali limitazioni della libertà solo in casi strettamente necessari (anche per le misure precautelari e cautelari), nonché la detenzione come ultima *ratio*³⁰, solo quando ogni altra strada sia preclusa e quando vi siano gravi esigenze di difesa sociale, tenendo sempre presente le prospettive di recupero del minore. Il carcere, infatti, «è ancora troppo spesso luogo di sofferenza aggiuntiva, oltre a quella intrinseca alla privazione della libertà personale, per le persone che vi sono ristrette»³¹ e ha un carattere afflittivo e desocializzante che contrasta con la finalità di recupero e educativa, che devono avere il procedimento e l'esecuzione penale a carico del minore. Ed è comunque dovere delle istituzioni garantire l'istruzione e «la possibilità di accedere ai servizi sociali e psicologici, ricreativi ed educativi, del pari di quelli offerti ai minori in libertà»³². È altresì da sottolineare il principio sancito anche a livello internazionale, della necessità di separazione dall'adulto del *reo* minore, per il quale devono essere previsti istituti separati³³ e, in ogni caso, la preferenza per l'applicazione di misure alternative alla detenzione, come previsto da numerose fonti internazionali, prime fra tutte le “Regole di Pechino”. Esistono poi delle alternative all'ordinario *iter* processuale, che posseggono maggiore validità educativa verso il giovane e che possono garantire un minore impatto negativo sul suo equilibrio psichico, determinando una veloce fuoriuscita dal processo, nei casi in cui ricorrano i presupposti, che possono essere descritte come strategie di *diversion*, ovvero degli strumenti alternativi di risoluzione giudiziaria, diversi da quelli processuali e punitivi,

³⁰ V. Corte cost. 20 aprile 1978, n. 46.

³¹ V. Relazione al Parlamento per l'anno 2017 del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, leggibile in www.penalecontemporaneo.it. (29 marzo 2017).

³² V. Relazione dell'esecuzione penale nel procedimento minorile – Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14.

³³ V. Art. 13 comma 4 e art. 26 comma 3 “Regole di Pechino”, Art. 11 R [2006] 2 Regole penitenziarie europee.

come i già citati istituti della sospensione del processo con messa alla prova e del proscioglimento per irrilevanza del fatto, ai quali si aggiungono il proscioglimento anticipato per difetto di imputabilità (art. 26 d.P.R. 448/88), il perdono giudiziale (art. 169 c.p.) e la mediazione penale, che è una forma di *restorative justice*.

Il sistema penale minorile dovrebbe rappresentare uno strumento di «educazione rafforzata, collegando la sanzione alla necessità di determinare un'evoluzione positiva della personalità del minore, nei cui confronti si attaglia a pieno il concetto di "trattamento"»³⁴.

3. Il problema dell'esecuzione penale: lacuna normativa e intervento della Corte costituzionale

Il problema cruciale della disciplina dell'esecuzione minorile ruotava attorno all'art. 79 ord. penit.³⁵, il quale prevede che tutte le norme contenute nella stessa legge, debbano essere applicate anche ai minori di anni diciotto, fino al momento in cui non si sarebbe provveduto con apposita legge.

Nel 1975 si ritenne opportuno inserire questa disposizione destinata ai minori nell'ordinamento penitenziario per gli adulti poiché ci si trovò di fronte ad un duplice problema: da un lato non si aveva il tempo di varare un'apposita legge che disponesse un autonomo *corpus* normativo dedicato ai minori (che, tra l'altro, avrebbe dovuto essere redatto *ex novo*), dall'altro, paradossalmente, se non fosse stata prevista questa estensione delle norme penitenziarie, per i soggetti infra-diciottenni non ci sarebbe stato alcun testo di riferimento (vista l'abrogazione del testo previgente, R.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404) e in più non avrebbero potuto godere neanche delle misure alternative alla detenzione, previsioni di favore introdotte proprio nel nuovo ordinamento penitenziario³⁶.

³⁴ V. Relazione dell'esecuzione penale nel procedimento minorile – Stati Generale dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14.

³⁵ L. 26 luglio 1975, n. 354, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

³⁶ Per approfondimenti v. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1159.

Il fatto che tale disposizione contenesse esclusivamente «una disciplina mirante a colmare una lacuna in via transitoria»³⁷ e che quindi non fosse una soluzione in via permanente, ha permesso, inizialmente, la sopravvivenza della stessa da eventuali declaratorie di incostituzionalità, nonostante sin da subito, fosse evidente la discrasia tra due situazioni così diverse tra loro, quali appunto l'esecuzione delle pene nei confronti di un adulto e di un minore, e quindi la necessità di creare un *corpus* indipendente per la disciplina dell'esecuzione minorile che rispettasse il principio del *favor minoris*. Questo *deficit* normativo è divenuto ancor più intollerabile con l'entrata in vigore del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, che disciplinava la fase della cognizione rispettando i principi di individualizzazione e flessibilità, seppur rappresentandosi come un sistema autonomamente “parassitario” rispetto all'ordinamento processuale per adulti³⁸.

La persistenza nel tempo della lacuna normativa *de qua* condusse ad una sentenza monito della Corte costituzionale nel 1992, che segnerà la strada della giurisprudenza costituzionale successiva, con la quale il giudice delle leggi ha precisato innanzitutto la disarmonia nella parificazione tra adulto e minore, facendo riferimento, nel caso di specie, all'accesso alle misure alternative alla detenzione, per cui dovevano applicarsi per i minori le stesse automatiche preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per gli adulti, compromettendo «quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono»³⁹.

Concludendo la Corte dichiara a ben vedere l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 79 primo comma ord. penit. proposta dal giudice *a quo*, sollecitando il legislatore ad intervenire e a realizzare quella, già allora, attesa normativa *ad hoc*, nel rispetto dei principi costituzionali più volte citati dalla stessa e “minacciandolo”, non potendosi più garantire

³⁷ V. Corte cost. 30 luglio 1980, n. 137.

³⁸ V. G. GIOSTRA, *Il processo penale minorile, commento al d.P.R. 448/1988*, Seconda edizione, 2007, p. 7.

³⁹ V. Corte cost. 25 marzo 1992, n. 125.

la sopravvivenza nell'ordinamento di una norma «ai limiti dell'incostituzionalità».

Il protrarsi nel tempo di questo grave vuoto normativo, ha condotto la Corte ad applicare un costante adeguamento, talvolta "creativo", della normativa esistente, spesso in contrasto con i principi costituzionali richiamati in precedenza, con i principi internazionali ed europei, ma anche con la stessa disciplina della procedura penale minorile, basata sui principi di autonomia e specializzazione, da cui deriva un evidente contrasto tra la flessibilità della fase dell'accertamento, e la rigidità della fase esecutiva.

A questa sentenza cardine, ne sono seguite altre ed è iniziato in tal modo il ruolo di supplenza, rispetto all'inerzia del legislatore, che la Corte ha dovuto assumere per equilibrare e adattare le disposizioni dell'ordinamento penitenziario, nei casi in cui il soggetto fosse un infra-diciottenne, e lo fa con una serie di sentenze in cui dichiara l'incostituzionalità di alcune norme dell'ordinamento penitenziario che, per via del rinvio dell'art. 79 ord. penit., venivano applicate ai minori.

Un primo caso riportato all'attenzione della Corte costituzionale riguardava l'art. 30-ter comma 5 ord. penit, che, ammettendo la concessione di permessi premio nei confronti del soggetto condannato o imputato per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, solo dopo due anni dalla commissione del fatto, si riferiva anche ai condannati minorenni⁴⁰. Con la sentenza n. 403 del 1997, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art.30-ter comma 5 ord. penit. nella parte in cui si applicava ai detenuti di minore età, perché innanzitutto comportava «l'impossibilità di utilizzare nei riguardi del condannato minore uno strumento (il permesso premio) spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare "interessi affettivi, culturali o di lavoro"» e impediva, inoltre, di raggiungere l'obiettivo preminente nell'ambito dell'esecuzione penale minorile, ovvero un armonico reinserimento sociale. Inoltre, il rigido automatismo dell'esclusione impedisce ogni valutazione discrezionale da

⁴⁰ Della Casa, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1163.

parte del giudice sulla condotta del minore e qualsiasi prognosi individualizzata.⁴¹.

Un anno dopo, la Corte intervenne nuovamente, sempre in tema di permessi premio, sull'30-ter, comma 4, lettera c, della legge 26 luglio 1975, n. 354, dichiarandolo costituzionalmente illegittimo nella parte in cui si riferiva ai minori, considerando che ne derivavano delle limitazioni alla concessione di permessi premio, prima dell'espiazione di metà della pena, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e trattandosi, per questo, di «un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate»⁴².

In entrambe queste sentenze la Corte ha rilevato la “perdurante inerzia” del legislatore, arrivando ad elencare le varie pronunce della stessa che, con la medesima *ratio decidendi*, hanno portato alla censura di varie norme dell'ordinamento, violative del *favor minoris*; si veda l'art. 28, comma 4, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, che precludeva l'applicazione dell'istituto della messa alla prova, nell'ambito del processo minorile, quando l'imputato avesse chiesto il giudizio abbreviato (sentenza n. 125 del 1995); ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, nei soli riguardi dei condannati minorenni, del divieto di disporre misure alternative alla detenzione per l'esecuzione di pene detentive derivanti da conversione di pena sostitutiva (sentenza n.109 del 1997); ha, da ultimo, escluso la legittimità costituzionale della estensione agli imputati minorenni delle condizioni soggettive che precludono l'adozione di pene sostitutive (sentenza n. 16 del 1998)⁴³.

Più recentemente, due sentenze della Corte costituzionale, sono intervenute nel sistema delle assolute “presunzioni di pericolosità” in base al titolo di reato, che conducono, nell'ordinamento, a rigidi automatismi, senza prevedere alcun tipo di valutazione individualizzata, relativa al caso concreto.

⁴¹ V. Corte cost. 17 dicembre 1997, n. 403.

⁴² V. Corte cost. 30 dicembre 1998, n.450.

⁴³ Ibidem

La prima pronuncia è la n.76 del 2017, mediante cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinques*, comma 1-*bis* della l. 354 del '75, limitatamente alle parole "salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*", che, prima della censura, precludeva alle madri, condannate per uno dei delitti elencati nel suddetto articolo, di accedere alla misura della detenzione domiciliare speciale, ossia di espiare la pena detentiva con modalità agevolate, attraverso una misura extracarceraria, quindi presso la propria abitazione o in altro luogo di cura, assistenza o accoglienza, a meno che non sussistesse un concreto pericolo di fuga o di commissione di ulteriori reati. La *ratio* di questa previsione è consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile "normale"⁴⁴, così da permettere al bambino di crescere accanto alla madre (o padre), soprattutto nei primi anni di vita. Quello che qui ritorna preponderante è il principio del miglior interesse del minore, «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»⁴⁵, legittimato a godere dell'affetto e delle cure materne, mantenendo un costante rapporto con le figure genitoriali, per quanto possibile al di fuori dell'ambiente carcerario. Ma, precisa la Corte, risulta necessario un bilanciamento dell'interesse del minore «con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli della difesa sociale», cui è preordinato l'art. 4-*bis* ord. penit. Emblematica la seconda sentenza della Corte costituzionale del 22 febbraio 2017, n. 90, che interviene direttamente su una disposizione del codice di procedura penale, l'art. 656 comma 9, lett. a) per cui la sospensione dell'esecuzione non può essere disposta "nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-*bis*, 572, secondo comma, 612-*bis*, terzo comma, 624-*bis* del codice penale", che risultava in contrasto con gli art. 27 comma 3 e 32 comma 2 Cost. Contestualizzando la norma, l'art. 656 comma 1 c.p.p. prevede che il pubblico ministero emetta un ordine

⁴⁴ V. Corte cost. 8 marzo 2017, n. 76.

⁴⁵ V. Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239.

di esecuzione, quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, disponendo la carcerazione del soggetto, se quest'ultimo non sia già detenuto.

Il comma 5 dello stesso articolo precisa che, se la pena detentiva da espiare, anche se residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni, e in alcuni casi anche a quattro o sei anni, il pubblico ministero può sospenderne l'esecuzione, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9 dello stesso articolo.

La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva è una previsione di favore, già per gli adulti, che permette a coloro che devono espiare una pena detentiva, di evitare il *turnover* in carcere nel caso in cui vi siano i presupposti per ottenere una misura, rieducativa, alternativa alla detenzione. Un'eccezione a questo istituto è proprio il comma 9 dell'art. 656 c.p.p., che vieta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e per gli altri reati espressamente indicati, essendovi una presunzione astratta di pericolosità presunta dal tipo di reato commesso. La rigidità di questo automatismo nella situazione di un minore avrebbe determinato, nel caso di commissione di uno dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., un automatico ingresso in carcere e la sua permanenza in attesa della risposta alla successiva eventuale richiesta di accesso alle misure alternative, che avrebbe provocato l'interruzione di un eventuale percorso educativo già in corso; dunque, per il soggetto minore d'età, la sospensione dell'esecuzione è uno strumento fondamentale, perché, come riportato dalla Corte remittente nella sentenza n. 90 del 2017 «evita gli effetti desocializzanti correlati ad un passaggio diretto in carcere del condannato che provenga dalla libertà e che potrebbe avere diritto, previa valutazione nel merito rimessa al tribunale di sorveglianza, a misura alternativa».

Al vuoto normativo in ambito penitenziario minorile, causato dalla perdurante inerzia del legislatore, hanno dovuto supplire per quanto possibile, dunque, la Corte Costituzionale, da un lato, che come abbiamo detto, ha dichiarato l'incostituzionalità di numerose disposizioni previste

per gli adulti «“nella parte in cui si riferivano ai condannati minorenni”»⁴⁶, e dall’altro la magistratura di sorveglianza. In particolare, a quest’ultima si deve una «evidente interpretazione evolutiva»⁴⁷ delle disposizioni per gli adulti, che si articola lungo due direttrici: da un lato, scardinando il principio per il quale le misure alternative dovessero essere concesse solo dopo che la sentenza di condanna fosse passata in giudicato; dall’altro, ammettendo la possibilità di concedere le misure alternative al condannato minore, prescindendo dai limiti di pena prestabiliti⁴⁸.

L’orientamento da ultimo citato ha trovato consenso nelle varie pronunce della Corte, favorendo il delinarsi di un sistema astratto, di matrice non legislativa, le cui linee guida potrebbero essere individuate in questi punti:

- Il superamento di qualsiasi residuo di funzione retributiva della pena, ma anche la sua funzione rieducativa, che deve essere vista piuttosto come educativa⁴⁹;
- affermazione dell’esigenza di una disciplina penitenziaria autonoma e differenziata;
- irragionevolezza di qualsiasi automatismo, che limiti l’accesso del minore a misure alternative meno afflittive;
- prevalenza delle esigenze di cura e recupero del minore, rispetto alla pretesa punitiva dello Stato;
- necessità di valutazioni individualizzate nella scelta del tipo e delle modalità della sanzione e della sua esecuzione⁵⁰.

Risultava ormai necessario enucleare un *corpus* indipendente per un sistema esecutivo che fosse “puerocentrico”, considerando anche il momento storico dei trascorsi decenni, in cui la società ha vissuto momenti di incertezza e diffidenza, causati da una grave crisi rispetto alla funzione di sorveglianza riferita sia agli adulti, che ai minori devianti, alimentata dalla

⁴⁶ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 6.

⁴⁷ V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1162

⁴⁸ Per approfondimenti v. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1162.

⁴⁹ Cit. Corte Cost. 28 aprile 1994, n.168.

⁵⁰ V. A. PENNISI, *L’ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012, p. 489.

disinformazione attraverso i mezzi di diffusione di massa⁵¹, ma anche dalla confusione di una «legislazione alluvionale»⁵² sul piano processuale, che non era in grado di garantire sicurezza alla collettività, alimentando al contrario sentimenti “punitivi”.

3.1. L’auspicato intervento legislativo: la legge 103/2017 e le linee guida

Con l’entrata in vigore del d.P.R. n. 448 del 1988 recante le disposizioni in materia di processo penale minorile si è venuta a creare una discrasia fra il processo di cognizione - (permeato dai principi di individualizzazione, flessibilità, minima offensività, destigmatizzazione e prevedendo, inoltre, strategie di *diversion* o *probation* processuale), in cui era centrale la tutela delle esigenze educative - e la fase dell’esecuzione, nella quale sembrava essere assente, al contrario, questa tutela, pur essendo la fase processuale prettamente pedagogica, ma di fatto caratterizzata dalla rigidità delle previsioni del d.P.R. 354/75, estese ai minori mediante l’art. 79 ord. penit. Tali disposizioni erano soggette ad un costante adattamento per merito dell’intervento diretto della Corte Costituzionale e del lavoro interpretativo della magistratura di sorveglianza⁵³, ma risultava evidente, ormai da tempo, grazie, appunto, agli *input* della giurisprudenza costituzionale e alle disposizioni internazionali (Regole di Pechino, la Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza e la Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori), le quali rendevano cogente un intervento normativo, che ci fosse una falla nell’ordinamento.

Vi erano stati negli anni dei tentativi mal riusciti di strutturare la materia in questione, ad esempio il “disegno di legge Fassina”, n. 7225 del 2000, che «al di là della previsione di un sistema flessibile di prescrizioni, fissava al

⁵¹ M. A. FIORILLO, *Un ordinamento penitenziario per i minori*, in *Minori e giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione tra minorenni e giustizia*, I trimestre, Milano, 2008, p. 138.

⁵² *Ibidem*

⁵³ Si parla anche di “una fonte di terzo grado”, cioè una circolare D.A.P. del 17 febbraio 2006, n. 5391, che è intestata “Organizzazione e gestione tecnica degli istituti penali per i minorenni”, ma che in realtà analizza anche tematiche sul “trattamento”, non solo “tecniche”. V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1161.

ventunesimo anno i età il limite di operatività della normativa e della competenza del tribunale per i minorenni⁵⁴», oppure il “disegno di legge Castelli”, caratterizzato da «un assoluto *sfavor minoris*», prevedendo l’abbassamento del tetto d’età a diciotto anni per l’applicazione della normativa minorile o la dilatazione dei termini di custodia⁵⁵.

Nel 2018 era stata sollecitata una riforma della materia anche dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, secondo il quale «la mancanza di una disciplina dell’esecuzione penale specifica per i condannati minorenni costituisce indubbio elemento di distonia nel sistema della giustizia minorile»⁵⁶.

Facendo però prospetticamente un passo indietro, la situazione iniziò a progredire già nel 2015 con l’insediamento di un Comitato di esperti, presieduto dal Professore Giostra, gli “Stati generali sull’esecuzione penale”, che ha trattato, in diciotto Tavoli, una serie di aree tematiche degne di attenzione, tra cui appunto, Tavolo 5: “Minorenni autori di reato”⁵⁷.

Nello stesso anno, era stato presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario che si esprimeva a favore di un «adeguamento delle norme dell’ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età» (art. 26.1 d.d.l. n. 2798, depositato il 23 settembre 2015⁵⁸).

L’*iter* parlamentare di quest’ultimo e i lavori degli Stati generali sono proseguiti in contemporanea, senza che però le importanti conclusioni del Comitato di esperti venissero utilizzate come fonte, quanto meno per la riforma dell’ordinamento penitenziario minorile, nel difficile percorso legislativo del disegno di legge, approvato poi nel giugno 2017⁵⁹.

⁵⁴ M. A. FIORILLO, *Un ordinamento penitenziario per i minori*, in *Minori e giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione tra minorenni e giustizia*, I trimestre, Milano, 2008, p. 139.

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Come sottolineato nella Relazione anno 2018 presentata al Parlamento. V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 5.

⁵⁷ V. F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2019, par. 3.

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ *Ibidem*

L'art. 1 comma 85, lett. p) della legge 23 giugno 2017, n. 103 traccia le coordinate di intervento normativo in tre direttrici: priorità assegnata ai bisogni del minorenne e alla promozione della sua persona, attraverso l'individualizzazione e la flessibilità dell'intervento educativo; esecuzione costruita preferibilmente attorno alle misure alternative alla detenzione (rinominate misure penali di comunità), così da rendere del tutto residuale il ricorso al carcere; riorganizzazione degli istituti per minorenni in modo da favorire la responsabilizzazione e il rafforzamento delle relazioni con il mondo esterno, in funzione di un proficuo inserimento sociale che riduca il più possibile il rischio di commissione di nuovi reati⁶⁰.

Il Senato in sede di analisi del disegno di legge ha aggiunto nel testo dell'art.1 comma 85, lett. p) otto diversi criteri, qualcuno dei quali particolarmente generico, per indirizzare il legislatore delegato:

- 1) giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione;
- 2) previsione di disposizioni riguardanti l'organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona;
- 3) previsione dell'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto;
- 4) previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne;
- 5) ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni;

⁶⁰ V. L. CARACENI, *Una legge penitenziaria per i minorenni autonoma e speciale. Le aspettative tradite di un'attesa lunga quarant'anni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 6.

6) eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento;

7) rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni;

8) rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale.⁶¹ Non può omettersi di osservare come vi siano, in questo testo, innanzitutto delle imprecisioni lessicali, quali l'uso dei termini "reinserimento" o "rieducazione", al posto dei quali sono preferibili quelli di "inserimento" ed "educazione"⁶².

Si noti anche la superficialità con cui si rinvia spesso alle "misure alternative alla detenzione", espressione inadeguata rispetto alla finalità della pena assegnata ai minorenni, per i quali il carcere deve essere una *extrema ratio*. Ma persino dal punto di vista contenutistico, sono presenti delle sviste, tanto che spesso è necessario servirsi di integrazioni con la disciplina per gli adulti, quindi con le direttive dell'art. 1 comma 85 l. 103/2017, come ad esempio per le attività di giustizia riparativa (lett. f) o per le disposizioni che favoriscono l'integrazione delle persone detenute straniere (lett. o).

Un ulteriore punto nevralgico di difficile comprensione della legge delega è l'inserimento nell'*incipit* del comma 85, art.1, del riferimento all'art. 41-*bis* ord. penit., che, quindi, assorbe anche la lett. p) del suddetto comma, ossia la disciplina dell'esecuzione minorile, così da rendere lampante il contrasto con i principi legati al *favor minoris* e, dunque, della successiva regolamentazione minorile.

Infine, risultano evidenti delle lacune, come il mancato riferimento agli *untried young prisoners*, che avrebbe meritato una menzione, nella creazione della disciplina *ad hoc*⁶³.

⁶¹ V. l. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1 comma 85, lett.p).

⁶² V. Corte Cost. 28 aprile 1994, n. 168.

⁶³ V. F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2019.

Dunque, dopo un quarantennio di stallo normativo, scaturito dall'immobilismo del legislatore nel disciplinare l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, si arriva ad un punto di svolta con la "riforma Orlando", e di fatto con il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121⁶⁴.

Quello che si rileva, tuttavia, è che i cambiamenti degli orientamenti politici di quel periodo storico hanno portato ad un declino degli articolati proposti dalle varie commissioni di studio (commissione Cascini, commissione Giostra, commissione Pelissero⁶⁵), predisposte dal ministro Orlando per l'attuazione della legge delega n. 103 del 2017 e, in particolare, il testo definitivamente approvato si discosta radicalmente dalla bozza di decreto per la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa, che era stata elaborata in sede esecutiva dalla Commissione ministeriale presieduta dal presidente Francesco Cascini⁶⁶, nella quale il *focus* era cambiare la prospettiva punitiva incentrata sul carcere e cercare di elaborare «un archetipo esecutivo, che pur non rinunciando alla detenzione, ne consenta l'applicazione solo in casi estremi, e segnatamente quando nessun altro tipo di trattamento, ad una attenta valutazione, può consentire di contemperare esigenze sanzionatorie e di sicurezza con le istanze pedagogiche di un soggetto in età evolutiva»⁶⁷; questo progetto «meritava un'ampia sufficienza e la conseguente collocazione nella categoria delle vere riforme»⁶⁸. Purtroppo, però, dal testo definitivo del decreto legislativo n. 121 del 2018, appare chiaro che il legislatore delegato, nella stesura della riforma minorile non si sia

⁶⁴ D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 81, 83 e 85 lett p), della legge 23 giugno 2017, n. 103", in vigore dal 10 novembre 2018.

⁶⁵ V. F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2019, par. 4.

⁶⁶ V. L. CARACENI, *Una legge penitenziaria per i minorenni autonoma e speciale. Le aspettative tradite di un'attesa lunga quarant'anni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 7.

⁶⁷ V. L. MAGLIA, *Verso il nuovo ordinamento penitenziario: le esigenze educative dei condannati minorenni*, in *Minori e giustizia*, 2018, n. 1.

⁶⁸ V. F. DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2019, par. 4.

concentrato sulla predisposizione di un sistema autonomo e speciale, ma abbia avuto come modello e come archetipo di esecuzione l'ordinamento penitenziario per adulti⁶⁹, “cucendo” su di esso lo scheletro dell'ordinamento penitenziario minorile, differentemente da come si sarebbe auspicato e, ancor prima che il testo del decreto, sembra confermare questa tesi la dicitura dell'art. 1 comma 85 lett. p) della legge delega: adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti di minore età⁷⁰.

Riservandoci di analizzare nello specifico le criticità della nuova riforma procedendo in progressione con la disamina delle disposizioni del decreto legislativo n. 121 del 2018, si possono preliminarmente osservare le più eclatanti, come l'insufficiente soluzione al problema degli automatismi presuntivi, derivanti dal riferimento all'art. 4-*bis* dell'ord. penit nel terzo comma dell'art. 2 del decreto, la mancata applicazioni di alcuni criteri direttivi della l. n. 103 del 2017 o addirittura in contrasto con essi, come il punto 6) dell'art. 1 comma 85, lett. p) della l. n. 103 del 2017, che appunto prescriveva l'eliminazione dei predetti automatismi, la parziale soddisfazione degli altri, nonché le molteplici disposizioni che insinuano un dubbio di costituzionalità, si veda ad esempio la previsione dell'art. 8 comma 2 d.lgs. 121 del 2018, la quale prevede che il procedimento per la concessione delle misure penali di comunità non possa essere promosso *ex officio*, privando l'organo deputato alla tutela dei diritti del condannato *in executivis*, della possibilità di orientare egli stesso, quando lo ritenga opportuno, l'esecuzione verso “modelli aperti”⁷¹.

⁶⁹ Si osserva che di base «l'adeguamento è una tecnica legislativa inadatta a profilare un sistema normativo differenziato, dedicato a ben diverse categorie soggettive» ed in più «l'archetipo di partenza ha perso la compostezza dell'intreccio originario a causa dei tanti “strappi” riformisti che ne hanno minato struttura, coerenza sistematica ed efficacia applicativa», così L. CARACENI, *Una legge penitenziaria per i minorenni autonoma e speciale. Le aspettative tradite di un'attesa lunga quarant'anni, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 8.

⁷⁰ V. M. G. COPPETTA, *Le scelte di fondo dell'esecuzione penale “aperta”, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 131.

⁷¹ V. L. CARACENI, *Una legge penitenziaria per minorenni autonoma e speciale, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 15.

CAPITOLO II
LA RIFORMA DELL'ESECUZIONE PENALE MINORILE:
DECRETO LEGISLATIVO 2 OTTOBRE 2018, N. 121

1. Struttura del decreto legislativo n. 121 del 2018. Disposizioni generali

Il decreto legislativo n. 121 del 2018 si compone di ventisei articoli, che risultano oggettivamente pochi per disciplinare, *ex novo*, un'area tematica così peculiare, quale quella in questione, ed è suddiviso in quattro capi, di cui il primo contenente le disposizioni generali.

L'art. 1, rubricato "Regole e finalità dell'esecuzione"⁷², fissa al primo comma il principio di specialità, il quale stabilisce che per il procedimento di esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità e per l'applicazione di queste ultime, si segue la normativa esposta nello stesso decreto, lasciando uno spazio "residuale" alle disposizioni contenute nel codice di procedura penale, della legge di ordinamento penitenziario e relativo regolamento di esecuzione, nonché le norme del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e quelle di attuazione, coordinamento e transitorie approvato con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272.

Il carattere "sussidiario" di queste disposizioni è giustificato dal principio del *favor minoris*, dovendosi garantire la specialità delle disposizioni riferite ai minori, che devono tutelare la peculiare condizione di vulnerabilità degli stessi, ed è infatti necessario che le garanzie per i minori siano almeno di

⁷² L'utilizzo del termine "regole" nella rubrica dell'art. 1 d.lgs. 121/2018, è da ritenersi un "infortunio lessicale", v. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 2.

pari livello, se non superiore, rispetto a quelle riservate agli adulti dall'ordinamento penitenziario⁷³.

Per questo, qualche perplessità può nascere, in linea teorica, dal principio di sussidiarietà, se consideriamo che il riferimento a normative, per lo più riferite agli adulti, potrebbe limitare quella differenziazione tanto attesa: tuttavia, paradossalmente, noteremo alcune norme del decreto in questione che per "dimenticanza" del legislatore determinano un abbassamento del grado di tutela, potendo l'interprete "per fortuna" riferirsi alle disposizioni per gli adulti e recuperare delle condizioni più garantiste. Particolarmente complicata diventerà l'interpretazione della normativa, quando le disposizioni "speciali" per i minori modificheranno solo parzialmente la disciplina prevista per gli adulti, e bisognerà procedere ad un'esegetica e frammentata composizione di un puzzle.

Manca nel testo dell'art. 1 d.lgs. 121/2018 un'esplicita clausola di salvaguardia "in quanto compatibili" che permetterebbe di proteggere le disposizioni sulla fase esecutiva minorile da quelle destinate agli adulti sprovviste, eventualmente, di un adeguato livello di tutela. A ben vedere, l'art. 1 d.P.R. 448/88 prescrive che le disposizioni riservate ai minorenni siano applicate «in modo adeguato alla loro personalità e alle esigenze educative» e dunque, con il rinvio generico dell'art. 1 d.lgs. 121/2018 alla disciplina del processo penale minorile, il principio di adeguatezza di quest'ultimo riesce a colmare la mancata previsione della clausola.

La normativa dettata dal d.lgs. 121 del 2018 si prospetta, dunque, come un sottosistema, complementare rispetto alla l. 354/75 e al regolamento esecutivo n. 230/2000, come dimostrato dai frequenti rimandi, presenti nel testo del decreto, a disposizioni dell'ordinamento penitenziario⁷⁴, anche se naturalmente l'intervento sussidiario delle leggi richiamate può essere adeguato alla normativa minorile solo in parte, basti vedere, ad esempio, in riferimento alle misure penali di comunità, che le suddette leggi possono

⁷³ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 2.

⁷⁴ A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 29

sopperire a mancanze solo in relazione alla loro esecuzione e applicazione, non anche per estendere il ricorso a misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario o da leggi speciali⁷⁵. Infatti, si ritiene che non si possa, in via sussidiaria, estendere l'applicabilità di ulteriori istituti contenuti nella l. 354/1975, ma non previsti nella disciplina minorile, preferendosi una interpretazione restrittiva⁷⁶. L'infelice previsione dell'art. 1 del d.lgs. 121 del 2018, comunque non sembra impedire l'applicazione della liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.), la quale, sostanziandosi nella detrazione di quarantacinque giorni per ogni semestre di pena espiata dal soggetto che abbia partecipato al percorso rieducativo, «è, infatti, da ritenere, più che una vera e propria misura alternativa alla detenzione, un meccanismo che incide sull'esecuzione della sanzione penale»⁷⁷.

Il secondo comma dell'art. 1 d.lgs. 121/2018 contiene le finalità, elencate in modo volutamente gerarchico⁷⁸, a cui deve protendere l'esecuzione penitenziaria minorile, che deve innanzitutto favorire «percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato», aspetto che verrà approfondito in seguito, ma che si può anticipare già da ora rappresenta più una enunciazione di principio che non ha ricevuto una concretizzazione in disciplina, e inoltre «la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati».

2. Esecuzione esterna: misure penali di comunità

Il secondo capo del d.lgs. n. 121 del 2018 è dedicato all'esecuzione penale esterna: si tratta di una scelta sistematica coerente con i *desiderata* del legislatore delegante, mostrando una preferenza, nell'uso prevalente, anzi

⁷⁵ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 2.

⁷⁶ V. U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni: spunti di riflessione sul d.lgs. n. 121/2018*, in *Cassazione Penale*, n. 10, 2019, p. 3801.

⁷⁷ *Inidem*

⁷⁸ V. F. DELLA CASA, *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria* (parte II), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 265.

come “regola”, di misure esecutive extra-carcerarie, lasciando la detenzione una previsione *in extremis*⁷⁹. Ad avallare questa apparente interpretazione, c'è la nuova denominazione di queste misure come “penali di comunità”, differenziatasi da “misure alternative alla detenzione”, così chiamate nell'ordinamento penitenziario per adulti, e in coerenza con la Raccomandazione (17) 3 adottata dal Consiglio d'Europa il 22 marzo 2017, con la quale viene, appunto, richiesta l'adozione di misure di comunità, finalizzate ad agevolare la permanenza nella comunità al completamento del percorso di recupero⁸⁰. La dizione “misure penali di comunità” deriva dal concetto di “comunità” e dall'idea di coinvolgimento del soggetto nella stessa, prediligendo un percorso di recupero che sia inclusivo-attivo, in una logica di responsabilizzazione e non alienante-passivo, come potrebbe esserlo la permanenza in un IPM, associata ad una logica di “neutralizzazione” del reo; da qui l'eliminazione della parola “detenzione” nella definizione delle stesse misure, proprio per allontanare ogni indugio sul fatto che questa debba essere vista come *extrema ratio*.

«Avviare il minore ad una misura di comunità significa in qualche modo tentare di restituirlo all'ambiente di appartenenza all'esito di un processo di maturazione, in cui un grande contributo per la buona riuscita dello stesso proviene proprio da quella collettività dalla quale il minore si era allontanato con l'azione delittuosa»⁸¹ ed infatti, a questo scopo, l'art. 3 del d.lgs. 121 del 2018 prevede che, con la predisposizione di una misura penale di comunità, il tribunale di sorveglianza possa prescrivere «lo svolgimento di attività di utilità sociale, anche a titolo gratuito o di volontariato»(comma 1), quindi con un «forte contenuto riparativo»⁸², compatibilmente con «i

⁷⁹ V. Documento finale dei lavori degli Stati Generali, parte V, paragrafo 1 “si può cogliere la profonda differenza fra una pena consumata in condizione di detenzione, dalla quale una persona emerge spesso deresponsabilizzata e priva di un progetto per il futuro, se non addirittura incattivita rispetto alla società, e una pena eseguita a partire da tipologie sanzionatorie non detentive, alle quali è più facilmente accostabile una revisione critica del proprio operato e un'azione di riparazione del reato commesso”.

⁸⁰ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 30

⁸¹ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

⁸² V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 24.

percorsi di istruzione, formazione professionale, le esigenze di studio, di lavoro, di famiglia e di salute»(comma 2).

Partendo da questo assunto, che potrebbe essere coerente con gli obiettivi di recupero e socializzazione del minore e con il principio del *favor minoris*, è opportuno verificare se, nella sostanza, ci sia stata solo una modifica formale del *nomen juris*, o una sostanziale differenziazione degli istituti; quello che si noterà andando ad analizzare le singole misure di comunità è che il legislatore del 2018 non si è poi troppo discostato, nella sostanza, dalle misure alternative alla detenzione, delle quali ne segue le orme, concentrandosi piuttosto sulla differenziazione di alcuni aspetti della vita carceraria, a cui ha dedicato un certo numero di disposizioni, mostrando una ennesima preferenza verso questa, contrariamente a quanto si dice nella Relazione illustrativa al d. lgs, 121 del 2018⁸³, e deludendo le aspettative verso la neonata disciplina “a misura di minore”⁸⁴. Si può notare come anche rispetto al criterio 4) contenuto nell’art. 1 comma 85, lett. p) della l. 103 del 2017, «previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenni», non vi sia stato «uno sforzo creativo»⁸⁵ tale da inserire delle misure del tutto nuove e aderenti ai principi del *favor minoris*, se non l’affidamento in prova con detenzione domiciliare ai sensi dell’art. 5 d.lgs. 121/2018.

L’art. 2 del d.lgs. n. 121 del 2018, dedicato proprio alle misure penali di comunità da applicare ai minori e ai giovani adulti, al primo comma le elenca: l’affidamento in prova al servizio sociale (art. 4), l’affidamento in prova con detenzione domiciliare (art. 5), la detenzione domiciliare (art. 6), la semilibertà (art. 7) e, infine, l’affidamento in prova in casi particolari.

⁸³ «La scelta di dare preferenza alle misure penali di comunità risponde alla volontà di rinunciare alla punizione intramuraria».

⁸⁴ V. L. CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 1.

⁸⁵ «Ad esempio, limitandoci all’esistente, il lavoro di pubblica utilità, il divieto di frequentare determinati luoghi avrebbero potuto configurarsi come alternative autonome.», v. S. LARIZZA, *Obiettivi educativi e strumenti per l’inclusione sociale del minorenni. Uno sguardo d’insieme al d. lgs. n. 121 del 2018*, in *L’esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 77.

Questa grave lacuna nella normativa, suscettibile di incostituzionalità secondo alcuni per contrasto con gli artt. 3, 31 e 32 Cost.⁸⁶, deve essere colmata attraverso interpretazione esegetica della disciplina per gli adulti ex art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, cioè l'affidamento in prova per i condannati tossicodipendenti o alcolodipendenti, come ha voluto intendere il legislatore delegato, osservando il comma 12 dell'art. 2, che estende, in quanto compatibili, la disciplina delle omologhe misure previste per gli adulti dalla l. 354/1975, alle misure penali di comunità, e l'art. 11 del decreto «che ammette, l'applicazione dalla libertà delle disposizioni dell'art. 94 d.P.R. n. 309/1990, ai minori condannati»⁸⁷ e dunque, per il *favor minoris*, anche ai minori detenuti⁸⁸.

Si deve precisare che nella bozza di decreto legislativo della Commissione ministeriale, era stato previsto un articolo, in cui ci si concentrava sulla peculiare condizione di minori che versassero «in casi particolari», tra cui appunto i tossicodipendenti o alcolodipendenti⁸⁹ e sarebbe stato preferibile che, anche nel decreto legislativo n. 121 ci fosse stato un maggior *favor* a riguardo, considerando anche la portata che assume oggi il fenomeno delle dipendenze.

Nella medesima prima bozza della Commissione ministeriale⁹⁰ e anche nella proposta della Commissione presieduta da Marco Pelissero⁹¹, era previsto l'affidamento in prova terapeutico per patologie psichiatriche, con cui si potesse garantire la condizione di chi fosse affetto da malattie

⁸⁶ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

⁸⁷ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1431.

⁸⁸ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 2.

⁸⁹ V. L. CESARIS, *Parturiunt montes, nascitur il d.lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 157.

⁹⁰ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 3.

⁹¹ V. L. CESARIS, *Parturiunt montes, nascitur il d.lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 157.

psichiatriche, nate anche durante la detenzione, e per la cui cura il carcere sarebbe risultato inadeguato; tuttavia, anche questa, si presenta come una grave lacuna nel *corpus* normativo.

Al settimo comma dell'art. 2 d.lgs. 121/2018 è esplicito il principio di territorialità dell'esecuzione penale *extra moenia*, in base al quale l'esecuzione delle misure penali di comunità deve avvenire nel contesto di vita del minore, per garantire il «mantenimento e il rafforzamento»⁹² dei legami positivi affettivi socio-familiari, così da evitare che questo venga sradicato dal suo contesto di nascita; è un principio però derogabile nel caso in cui vi fossero «motivi contrari» o «vi siano elementi tali da far ritenere collegamenti con la criminalità organizzata». È apprezzabile che il legislatore abbia previsto queste deroghe, avendo a mente quelle situazioni in cui, in realtà, i legami socio-familiari non risultano idonei ad una sana maturazione del minore o non siano educativi, come appunto nel caso di contesti di criminalità organizzata, dove l'illegalità è così radicata da far ritenere opportuno un allontanamento del minore; o si pensi, anche ai «minori stranieri o quanti vivono il dramma della marginalità sociale, il cui contesto di vita deve essere costruito *ex novo* per mancanza di ogni tipo di sostegno sul territorio»⁹³.

Considerando che la mancanza di un domicilio idoneo o di una rete di supporti sociali e personali adeguati poteva influire sulla decisione per l'assegnazione di una misura penale di comunità, è stata inserita la disposizione del comma 8 dello stesso articolo, in base alla quale «può essere disposto il collocamento del minore in comunità pubbliche o del privato sociale», che risulta un'introduzione particolarmente felice nella neo-disciplina, sia per favorire il ricorso alle misure penali di comunità, che per evitare che soggetti nelle situazioni sopra indicate, fossero destinati automaticamente all'esecuzione *intra-moenia*. Nella parte finale del comma

⁹² V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 3.1.

⁹³ V. Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo recante disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni in attuazione della delega di cui l'art. 1 commi 82,83 e 85 lett. p) della legge 23 giugno 2017, n. 103.

8, poi, si prevede che «per favorire il percorso educativo del condannato» le comunità possono essere organizzate «anche in modo da ospitare solamente minorenni sottoposti a procedimento penale ovvero in esecuzione di pena», derogando alle disposizioni della lett. a) dell'art. 10 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272⁹⁴.

In verità, i pareri su questa previsione sono stati differenti: secondo il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, l'ipotesi di collocamento in una struttura che ospiti solo minorenni sottoposti a procedimento penale ovvero in esecuzione di pena, potrebbe creare perplessità, considerato che la pluralità di tipologie all'interno di una comunità chiusa rappresenta un valore che «favorisce la circolazione di esperienze e competenze diverse e, come tale, andrebbe preservata»⁹⁵; al contrario si ritiene che la convivenza in uno stesso contesto di minori «devianti e non», potrebbe influire sull'efficacia del trattamento o dare origine a problematiche riguardanti la sicurezza di tutti gli ospiti⁹⁶, nonostante sia apprezzabile lo sforzo di voler «evitare la stigmatizzazione e la precoce ghetizzazione dei minori interessati a vicende penali»⁹⁷.

Perché il tribunale di sorveglianza possa analizzare e decidere, caso per caso, quale sia la strada più favorevole al percorso di socializzazione del minore, è previsto al comma 10 che acquisisca informazioni sull'idoneità del domicilio, sul contesto familiare del minore e anche sui precedenti delle persone con cui egli convive. Molto importante è, inoltre, «l'enunciazione del criterio del “minimo sacrificio necessario”»⁹⁸, al comma 5, che prescrive al giudice di bilanciare, nella scelta della misura penale, «l'esigenza di

⁹⁴ L'art. 10, comma 2, lett. a) del d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272, precisa che l'organizzazione e la gestione della comunità deve essere «di tipo familiare, che preveda anche la presenza di minorenni non sottoposti a procedimento penale e capienza non superiore alle dieci unità, tale da garantire, anche attraverso progetti personalizzati, una conduzione e un clima educativamente significativi».

⁹⁵ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 16.

⁹⁶ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 3.1.

⁹⁷ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1428.

⁹⁸ *Ibidem*

garantire un rapido inserimento sociale con il minor sacrificio della libertà personale».

Facendo un passo indietro, l'art. 2 d.lgs. 121/2018, subito dopo l'elencazione, prevede delle disposizioni che accomunano tutte le misure penali di comunità, innanzitutto la definizione dei presupposti, dell'ambito di applicazione, dei soggetti che intervengono nell'esecuzione e le attività a loro demandate⁹⁹. Nel comma 2 si legge che le stesse devono essere disposte quando risultino «idonee a favorire l'evoluzione positiva della personalità e un proficuo percorso educativo e di recupero del minore», e sempre che non vi sia il pericolo di commissione di altri reati o che il minore si sottragga all'esecuzione. Dunque, è stato proiettato nella disciplina minorile quel «binomio valutativo»¹⁰⁰, già fossilizzato nell'art. 47 comma 2 dell'Ordinamento penitenziario- in cui infatti si prevede che il provvedimento sia adottato quando lo stesso «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» - che è il parametro su cui si basa il giudizio prognostico del tribunale per la concessione delle misure penali di comunità.

Queste, inoltre, devono avere una durata corrispondente alla pena da espiare (comma 6) e devono essere accompagnate da un programma di intervento educativo, individualizzato e che tenda alla risocializzazione del soggetto, non alla sua “punizione”. Risulta molto importante che il tribunale di sorveglianza ponga alla base di ogni decisione la valutazione della personalità del soggetto, della sua condizione psico-fisica, del grado di maturità e del contesto di vita da cui proviene, infatti il comma 4 prescrive che il tribunale di sorveglianza decida sulla base dell'osservazione e valutazione della personalità (in coerenza con l'art. 9 d.P.R. 448/88, che prevede la valutazione della personalità del minore, su cui deve basarsi la costruzione di un procedimento giudiziario il più possibile parametrato alle

⁹⁹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 3.1.

¹⁰⁰ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 14.

esigenze dell'imputato minorenn¹⁰¹). Il tribunale, poi, deve tenere conto della proposta di programma di intervento educativo redatta dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni. Questo è uno dei vari compiti che, nell'esecuzione delle misure penali di comunità, assume l'ufficio di servizio sociale, al quale è inoltre assegnato il compito di osservazione del soggetto con l'acquisizione di «dati giudiziari e penitenziari, sanitari, psicologici e sociali», che si coordina con i servizi sociosanitari e, per i detenuti, anche con il gruppo di osservazione e trattamento dell'istituto, come specificato nel comma 9. Infine, provvede anche, con un «ruolo proattivo»¹⁰², ai sensi del comma 11 dello stesso articolo, a predisporre gli interventi necessari ai fini della individuazione di un domicilio o di un'altra situazione abitativa, per l'applicazione della misura, nel caso in cui il soggetto sia privo di uno stabile domicilio; non è difficile notare il ruolo preminente e centrale che tale ufficio assume nella dinamica dell'esecuzione delle misure penali di comunità e le numerose attività che svolge, motivo per cui si è ritenuto che ad un incremento delle funzioni, dovesse corrispondere un incremento delle risorse umane¹⁰³.

2.1. (Segue) La quaestio degli automatismi presuntivi

Punto nevralgico del II capo, ed addirittura di tutta la novella minorile, è il terzo comma dell'art. 2, che, come anticipato, prevede l'applicazione dell'art. 4-*bis* commi 1 e 1-*bis* ord. penit. «ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno», il quale consente la concessione di questi benefici penitenziari ai condannati per i gravi delitti in esso elencati¹⁰⁴, solo nel caso

¹⁰¹ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

¹⁰² V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p.19.

¹⁰³ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, 2019, n. 3.

¹⁰⁴ «In capo ai condannati per determinati delitti sorge una presunzione pressochè assoluta di pericolosità sociale, rispondente ad una logica prettamente general preventiva ed in contrasto con il principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena. La novellazione più recente potenzia questa logica, estendendola a reati che non sono neppure di per sé emblematici della partecipazione dell'autore a forme di reato associative o alle strutture del crimine organizzato, ed impiegando così

in cui questi collaborino con la giustizia (comma 1), ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. e previa esclusione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, anche nel caso in cui tale collaborazione sia stata resa impossibile dalla limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso o a causa dell'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile¹⁰⁵.

Non solo, quindi, la neonata disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni e giovani adulti, non risolve il problema degli automatismi presuntivi come indicato anche dalla legge delega 103 del 2017, ma addirittura il legislatore delegato, con la previsione dell'art. 2 comma 3 del d.lgs. 121/2018, estende «espressamente all'esecuzione minorile il “doppio binario penitenziario” dettato per gli adulti dall'art. 4-bis ord. penit.»¹⁰⁶ e, perpetuando nell'errore, non elimina la dicotomia premio/castigo¹⁰⁷.

La *vexata quaestio* degli automatismi presuntivi, che si era protratta per decenni, vede una svolta con la recentissima sentenza della Corte Costituzionale del 5 novembre 2019, n. 263, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018, recante “Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103”, per contrasto agli artt. artt. 76, 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost., ritenendo assorbiti gli altri parametri riportati dal giudice *a quo*.

strumenti tradizionalmente riservati alla criminalità organizzata per tamponare le contingenze del momento. Emblematico, su questo fronte, l'ingresso nella clausola di reati sovente individuali, come quelli a sfondo sessuale, per i quali il legislatore si è mostrato sensibile a istanze di allarme sociale, rinunciando all'aspirazione rieducativa della pena a vantaggio di scopi di prevenzione speciale e tutela della “sicurezza pubblica”». Per ulteriori approfondimenti v. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V edizione, Vicenza, 2015, p. 52 ss.

Per esigenze di sicurezza sociale, il catalogo dei reati ostativi è stato nel tempo arricchito con l'inserimento di reati quali pornografia minorile, prostituzione minorile, violenza sessuale di gruppo.

¹⁰⁵ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 27.

¹⁰⁶ V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1164.

¹⁰⁷ V. U. NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni: spunti di riflessione sul d.lgs. n. 121/2018*, in Cassazione Penale, n. 10, 2019, p. 3805.

Il tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in funzione di tribunale di sorveglianza, ha sollevato questione di legittimità dell'articolo suddetto, trovandosi a decidere sull'istanza avanzata da un detenuto, condannato per uno dei reati ostativi *ex art. 4-bis* ord. penit., di espiare la pena residua di un anno, cinque mesi e quattordici giorni attraverso l'applicazione della detezone domiciliare presso un'abitazione o in una struttura comunitaria. Con la previsione dell'*art. 4-bis* non c'è possibilità per il soggetto richiedente di accedere alla misura penale di comunità, senza la possibilità di valutare nel merito l'istanza del detenuto, adeguando le considerazioni in relazione ai progressi da lui eventualmente compiuti.

Il giudice *a quo* nell'ordinanza richiama come parametri gli artt. 2, 3, 27 terzo comma, 31 secondo comma, 76 e 117 primo comma della Costituzione, mettendo in luce «un sospetto di intrinseca irragionevolezza»¹⁰⁸ nella disposizione censurata, la quale violerebbe, innanzitutto, l'*art 76* Cost., poiché la preclusione dell'accesso ai benefici penitenziari indicati, quando ricorrono i reati ostativi *ex art. 4-bis*, contrasta con i principi direttivi contenuti nei punti 5) e 6) dell'*art. 1* comma 85, lett. *p)* della legge delega 103 del 2017, che prevedono «l'ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione» e «l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari».

Bisogna premettere che queste indicazioni della legge delega risultano un punto d'arrivo importante e positivo del lungo e travagliato *iter* della disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, composto dalle censure della Corte costituzionale, come riportato anche nella sentenza in esame, che hanno colpito vari istituti dell'ordinamento penale e penitenziario, se riferiti ai minori, in contrasto con gli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost., con la *ratio* di indirizzare l'ordinamento verso una maggiore tutela dei principi di individualizzazione, flessibilità del trattamento, recupero sociale del minore, minima offensività, che risultano prodromici per la protezione del minore *ex art. 31* comma 2.

¹⁰⁸ V. Tribunale dei minorenni di Reggio Calabria, ordinanza 28 dicembre 2018, n.56.

Importante riferimento, erano state anche tutte le fonti sovranazionali che prescrivono un trattamento penitenziario specializzato per le esigenze del minore, l'accesso a misure alternative alla detenzione e il rispetto dei diritti dell'imputato o condannato, come le "Regole di Pechino" del 1985, le Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà del 1990 (cosiddette regole dell'Havana), la raccomandazione CM/Rec. (2008)11 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, sui minori autori di reato e soggetti a sanzioni o misure alternative alla detenzione, le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una giustizia "a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010, nonché, da ultimo, la direttiva 2016/800/UE. Il denominatore comune a tutte queste previsioni è che, per usare un'espressione della Corte, «il cuore della giustizia minorile» deve consistere in valutazioni fondate su prognosi individualizzate, in grado di assolvere al compito di recupero del minore.

La Corte ha dichiarato fondata la questione, in riferimento all'art. 76 Cost., poiché la preclusione alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati per taluno dei reati *ex art. 4-bis* restringe l'ambito di applicazione delle misure, al contrario di quanto richiesto dal punto 5) dell'art. 1 comma 85 lett. *p*), l. 103 del 2017, costituendo una presunzione di pericolosità dipendente esclusivamente dal titolo di reato e creando un irrigidimento del meccanismo di valutazione individuale del percorso di risocializzazione di ogni soggetto condannato, violando il punto 6) della delega.

Nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo 121 del 2018, il legislatore delegato giustifica l'inserimento dell'art. 4-*bis* ord. penit. con «la necessità di mantenere indenne dalla riforma la disciplina di cui all'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975, individuato dalla legge di delega quale criterio generale che deve orientare tutti gli interventi in materia di ordinamento penitenziario, ivi compreso quello minorile (comma 85 dell'art. 1 l. n. 103 del 2017)»; tuttavia, questa considerazione non persuade: innanzitutto vengono accostate due discipline, quella del "carcere duro", art. 41-*bis* ord. penit, e quella dell'art. 4-*bis* ord. penit. che sono molto diverse tra loro

(anche per i destinatari, che nel primo caso possono essere condannati o imputati, nel secondo solo condannati), e «non esiste nessuna interconnessione tra il divieto automatico di accesso ai benefici penitenziari e la sospensione delle regole trattamentali; tra i due regimi vi è solo la condivisione di gravi fattispecie di reato che li legittimano, ma la loro applicazione resta autonoma nei presupposti e nella disciplina»¹⁰⁹, così come riportato anche nella sentenza di cui si discute.

Venendo poi agli ulteriori parametri d'incostituzionalità individuati dalla Corte remittente, la questione di legittimità dell'art. 2 comma 3 d.lgs. 121 del 2018, risulta fondata anche per gli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost., sottolineando come la finalità (ri)educativa della pena, con riferimento ai minori «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»¹¹⁰ e, questa preminenza, viene meno nel momento in cui prevalgono invece le finalità di prevenzione generale e di difesa sociale con la previsione dell'art. 4-*bis*, per cui è impedita al giudice una prognosi individualizzata del percorso rieducativo compiuto da ogni condannato, avendo prevalenza invece una presunzione astratta di pericolosità.

Con la stessa *ratio*, ricorda la Corte, era già stata dichiarata illegittima la preclusione derivante dall'art. 656, comma 9, lett. *a*) c.p.p. nella parte in cui vietava la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minori condannati per uno dei reati dell'art. 4-*bis* ord. penit.¹¹¹, poiché non rispettava le stesse finalità di garanzia della funzione educativa della pena e di individualizzazione del trattamento che rilevano nella sentenza in commento.

Infine, la Corte dichiara che «dal superamento del meccanismo preclusivo che osta alla concessione delle misure extramurarie non deriva in ogni caso una generale fruibilità dei benefici, anche per i soggetti condannati per i reati elencati all'art. 4-*bis* ord. penit. Al tribunale di sorveglianza compete, infatti,

¹⁰⁹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018 par. 3.1.

¹¹⁰ V. Corte Cost. 28 aprile 1994, n. 168.

¹¹¹ V. Corte Cost. 22 febbraio 2007, n. 90.

la valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie, secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo».

Queste riflessioni sono, oltretutto, in linea con un'ulteriore sentenza della Consulta, sempre del 2019, n. 253, con la quale si dichiara che, seppur rispetto ai soli permessi premio, il meccanismo che deriva dall'art. 4-*bis* ord. penit. contrasta con gli artt. 3 e 27 Cost., anche quando applicato ai detenuti adulti, «perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante»¹¹², sia «perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.»¹¹³.

2.2. L'affidamento in prova al servizio sociale

L'art. 4 del d.lgs. 121 del 2018 disciplina l'affidamento in prova ai servizi sociali, che risulta dalla Relazione illustrativa come la misura che più delle altre «è in grado di soddisfare le istanze educative del condannato minorenni o giovane adulto, alla luce anche del criterio di delega di cui al n. 5 della lett. *p*) dell'art. 1, comma 85, l. n. 103 del 2017, atteso il suo prevalente carattere pedagogico e i ridotti contenuti afflittivi». Nella stessa relazione, si prevedeva opportunamente che si potesse ricorrere a questa misura quando la pena detentiva irrogata non fosse superiore a sei anni, limite che però di fatto nel decreto è stato modificato a quattro anni (parallelamente a quanto previsto per gli adulti con l'introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. penit., c.d. affidamento allargato),

¹¹² V. Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 253.

¹¹³ *Ibidem*.

depotenziando «la centralità riconosciuta a questa misura»¹¹⁴ dalla Relazione illustrativa. Questa scelta sembra, inoltre, incoerente con la previsione del criterio direttivo della legge delega 103 del 2017, art. 1 comma 85, lett. p), che prevede un «ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione del minore all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà». Nella bozza di decreto legislativo della Commissione era ampiamente stato previsto che i minori potessero accedere alle misure penali di comunità «senza limitazioni relative al titolo di reato e alla durata della pena inflitta». È stato anche opportunamente modificato il termine “irrogata”, sostituito con l'espressione “da eseguire” in riferimento al limite di pena, poiché, al momento della richiesta di accesso alla misura, può considerarsi anche il *quantum* di pena rimasto, appunto, da espiare, non quello irrogato con la sentenza di condanna; problema interpretativo che si era già creato in relazione alla dicitura “pena inflitta” dell'art. 47 comma 1 ord. penit. e risolto poi dalla giurisprudenza di legittimità, la quale aveva chiarito che si dovesse intendere, per l'accesso alla misura, il residuo di pena ancora da espiare, con la dovuta detrazione della pena già sofferta¹¹⁵.

L'art. 4 si differenzia dall'affidamento in prova “per adulti”, poiché non prevede la condizione che nell'anno precedente alla richiesta di accesso alla misura, il soggetto, che sia detenuto o in libertà, abbia tenuto un comportamento che può consentire una prognosi favorevole¹¹⁶.

Quando ricorre il limite temporale anzidetto, se il tribunale accetta la richiesta di affidamento in prova, che può essere proposta in ogni caso dal difensore, dall'interessato se maggiorenne o, in caso contrario, dall'esercente la responsabilità genitoriale (art. 8 comma 1 d.lgs. 121/2018), «il condannato può essere affidato all'ufficio di servizio sociale per i

¹¹⁴ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 5.1.

¹¹⁵ V. per approfondimenti A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 38.

¹¹⁶ V. L. Cesaris, *Parturiunt montes, nascitur il d.lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 153.

minorenni, per lo svolgimento del programma di intervento educativo» (art. 4 comma 1 d.lgs. 121/2018), che lo assiste, quindi, nel «percorso di reinserimento sociale, anche mettendosi in relazione con la famiglia e gli altri ambienti di vita del condannato» (comma 6). Il programma di intervento educativo viene elaborato dallo stesso ufficio, in collaborazione con i servizi socio-sanitari territoriali, e contiene delle prescrizioni (art. 4 comma 1 d.lgs. 121/2018) riguardo gli impegni che il condannato deve rispettare, riguardo a istruzione, lavoro, formazione professionale o comunque utili per l'educazione e l'inclusione sociale (lett. a), inoltre, quelli riguardanti la libertà di movimento e il divieto di frequentare determinati luoghi (lett. b), nonché limitazioni riguardo lo svolgimento di determinate attività o relazioni personali, che possono indurre il condannato alla commissione di ulteriori reati (lett. c).

Con lo stesso documento, il tribunale “può”, quindi a sua discrezionalità, disporre prescrizioni riguardanti “l’adempimento di obblighi di assistenza familiare” e “ogni altra prescrizione utile per l’educazione e il positivo inserimento sociale del minorenne”, compreso il suo collocamento in comunità; quest’ultima previsione, data la sua ampiezza e la sua indeterminatezza, secondo alcuni potrebbe suscitare perplessità rispetto all’art. 25 Cost. e quindi al principio di tassatività relativamente alla pena¹¹⁷. Dunque, la misura dell’affidamento in prova al servizio sociale viene predisposta dal tribunale di sorveglianza per minorenni, ma le prescrizioni contenute nel progetto possono essere *in itinere* modificate dal magistrato di sorveglianza, orientato dalle informazioni ricevute dall’ufficio di servizio sociale del territorio, che essendo l’organo più vicino al percorso di recupero del minore, può individuare man mano modifiche che rendano il progetto più confacente alle esigenze del condannato, e per l’autorizzazione di deroghe temporanee alle prescrizioni, per motivi urgenti, è competente il direttore dell’ufficio di servizio sociale, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza (comma 5).

¹¹⁷ V. F. DELLA CASA, *Misure di sicurezza e sistema penitenziario*, capitolo VII, (Parte II: *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 269.

2.3. L'affidamento in prova con detenzione domiciliare

Trattasi di una “nuova” misura penale di comunità introdotta dall’art. 5 del d.lgs. n. 121 del 2018, sconosciuta all’ordinamento penitenziario per gli adulti, la quale, come è intuibile, rappresenta un ibrido tra l’affidamento in prova al servizio sociale, di cui assorbe la connotazione pedagogica, le condizioni e i presupposti, e le limitazioni della detenzione domiciliare, con cui condivide le forme di esecuzione per un tempo prestabilito; non è casuale che il secondo comma della medesima disposizione prevede che la detenzione domiciliare sia eseguita nelle forme dell’art. 6.

In una scala di afflittività, questa misura lo risulta maggiormente dell’affidamento in prova, poiché alle prescrizioni di “fare” e “non fare”, si aggiungono anche quelle di “stare” (o divieti di allontanamento), tipiche della detenzione domiciliare, ma lo è meno di quest’ultima (art. 6 comma 2 d.lgs. 121/2018), la quale prevede, rimandando all’art. 284 c.p.p., che il condannato sia autorizzato dal tribunale ad assentarsi in determinate ore del giorno, per soddisfare determinate esigenze o per svolgere un’attività lavorativa.

In sostanza risulta essere una misura penale di comunità dai connotati prevalenti dell’affidamento in prova ai servizi sociali, con un carattere, in minoranza, tipico della detenzione domiciliare¹¹⁸.

L’introduzione di questa nuova misura penale di comunità, come si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo, soddisfa il criterio 4) dell’art. 1 comma 85, lett. p) della l. 103 del 2017, ed è utile per evitare «di dover rinunciare all’adozione di una modalità esecutiva particolarmente connotata in chiave educativa in tutte quelle situazioni in cui il pericolo di commissione di nuovi reati non può esser scongiurato ricorrendo alle sole prescrizioni di “fare” e agli impegni positivi che il minorene assume con l’affidamento»; indubbiamente inserendo un’ulteriore disciplina nel ventaglio delle misure penali di comunità si

¹¹⁸ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 32.

rispetta il principio di individualizzazione del trattamento, attraverso la modulazione delle prescrizioni del progetto educativo, plasmate sulla condizione di ogni condannato.

L'art. 5 d.lgs. 121 del 2018 prevede che il tribunale di sorveglianza possa applicare l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, fermo quanto previsto dall'art. 4 per l'affidamento in prova, «in determinati giorni della settimana presso l'abitazione dell'affidato, altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, o presso comunità», da cui nei giorni prescritti non può allontanarsi senza l'autorizzazione del magistrato, incorrendo altrimenti nella previsione dell'art. 6 comma 4, che rinvia all'art. 385 c.p., cioè la disciplina dell'evasione; la prescrizione di "stare" potrebbe essere ipoteticamente riferita anche ad un solo giorno della settimana, essendo questa misura comunque da differenziarsi in modo più favorevole rispetto alla detenzione domiciliare "pura".

Nel secondo comma si prevede che la detenzione domiciliare sia eseguita nelle forme dell'art. 6 d. lgs. n. 121 del 2018.

2.4. La detenzione domiciliare

Proseguendo con la disciplina delle misure penali di comunità, vi è la detenzione domiciliare, trattata nell'art. 6 del d.lgs. 121 del 2018, che fa salve nell'*incipit* le ipotesi di detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* comma 1, *47-quater* e *47-quinques* della legge n. 354 del 1975, previste per gli adulti, che quindi sono applicabili anche ai condannati minori o giovani adulti e che sono rispettivamente: la detenzione domiciliare ordinaria, che è contemplata per categorie di soggetti caratterizzati da una vulnerabilità psico-fisica tale da essere incompatibile con l'espiazione *intra moenia* della pena, come donne incinta o madri di prole inferiore a 10 anni, persone che soffrono di malattie gravi tali da avere necessità di cure all'esterno o infraventunenni per esigenze di salute, lavoro, studio o famiglia; le ipotesi di detenzione domiciliare previste per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria; ed infine quella speciale dedicata alle madri con prole di età inferiore ai dieci anni, qualsiasi sia il *quantum* di pena

da espiare, «se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli»¹¹⁹.

L'art. 47-ter comma 1 lett. e) ord. penit., prevede che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, possa essere eseguita in detenzione domiciliare anche dal soggetto minore di ventuno anni per «comprovate esigenze di salute, studio, lavoro o famiglia» e quindi può essere estesa la sua applicazione ai condannati minorenni, anche con l'avvento della nuova disciplina, considerando che il *quantum* di pena da espiare come limite per l'accesso alla misura risulta più ampio- quattro anni, *ex art. 47-ter* ord. penit., a fronte dei tre previsti dall'art. 6 d.lgs. 121/2018- e quindi più favorevole, sempre che siano comprovate le esigenze suddette¹²⁰ e sempre che si riesca a garantire la tutela del minore considerando che, l'art. 47-ter ord. penit. prevede la predisposizione di un programma trattamentale, mentre il secondo del più specifico «programma di intervento educativo».

Non è stata menzionata nell'art. 6 d.lgs 121 del 2018 - probabilmente per mera dimenticanza - la detenzione domiciliare a finalità assistenziali-umanitarie¹²¹, prevista nelle ipotesi di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146-ter e 147 c.p., come previsto dall'art. 47-ter comma 1-ter ord. penit., ma che comunque può essere recuperata in via interpretativa, attraverso il principio del *favor minoris*¹²².

Dunque, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 121 del 2018 «il condannato può espiare la pena detentiva da eseguire in misura non superiore a tre anni nella propria abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza o presso comunità»; quest'ultima previsione riguardo la possibilità di svolgere la detenzione domiciliare in una comunità, rappresenta una novità importante nell'assetto della riforma, poiché, come riportato anche dalla Relazione di accompagnamento al decreto, questa

¹¹⁹ V. Art. 47-quinquies, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354.

¹²⁰ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 50.

¹²¹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 6.

¹²² *Ibidem*

misura, più delle altre, richiede per la concessione l' idoneità del domicilio e quindi quei giovani «privi di risorse e di riferimenti socio-sanitari sul territorio», finirebbero per espiare automaticamente la pena in carcere, se non fosse stata inserita tale previsione di favore.

La misura della detenzione domiciliare ha carattere residuale, essendo considerata maggiormente afflittiva, quindi interviene quando non vi siano le condizioni per l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 4 d.lgs. 121/2018) e all'affidamento in prova con detenzione domiciliare (art. 5).

La detenzione domiciliare configurata dal legislatore delegato nella novella dedicata ai minori, aggiunge caratteri “specializzanti” alla disciplina ordinaria della detenzione domiciliare per gli adulti, cioè oltre alla previsione della comunità come domicilio idoneo all'esecuzione della misura, vi è il potenziamento degli aspetti trattamentali, praticamente assenti nella parallela misura per gli adulti, la quale si differenzia dalla detenzione in carcere «solo per il luogo dove ne viene data esecuzione»¹²³ (in riferimento alla pena), e la previsione di un programma di intervento educativo predisposto dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni, che deve contenere prescrizioni individualizzate rispetto a istruzione, formazione professionale, lavoro e che favoriscano anche attività sportive, culturali o comunque utili al successo formativo e all'inclusione sociale (art. 6 comma 3 del decreto). Lo svolgimento per il condannato di queste attività esterne, nel rispetto di quanto stabilito dal tribunale di sorveglianza con l'atto di concessione della misura, significherebbe che lo stesso può allontanarsi dal *locus custodiae*, essendo così allargata la sfera di movimento del condannato; dall'altro lato, però, l'art. 6 comma 2 prevede che il tribunale di sorveglianza, nel predisporre la misura, «ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del codice di procedura penale», ovvero la disciplina prevista per la misura cautelare degli arresti

¹²³ V. Relazione di accompagnamento al decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, p. 10.

domiciliari, che prevede, al contrario di quanto teoricamente ci si aspettasse, condizioni restrittive per la concessione di «"finestre" extra-murarie»¹²⁴. Infine, è importante rilevare il riferimento al reato di evasione *ex art. 385 c.p.*, nell'ultimo comma dell'art. 6 del d.lgs. 121 del 2018, quando il soggetto sottoposto a detenzione domiciliare, nonostante il divieto, si allontani dal luogo dell'esecuzione senza autorizzazione del magistrato di sorveglianza, tra l'altro «alla detenzione domiciliare non può applicarsi il regime previsto per la semilibertà (art. 51 ord. penit.) che prevede un periodo di "assenza tollerata", quantificato in dodici ore, entro il quale la sanzione prevista in caso di ritardato rientro in istituto non è di natura penale, ma solo disciplinare»¹²⁵.

2.5. La semilibertà

Il condannato ammesso alla misura della semilibertà può trascorrere «parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività di istruzione, di formazione professionale, di lavoro, di utilità sociale o comunque funzionali all'inclusione sociale», come previsto dal primo comma dell'art. 7 del d.lgs. 121 del 2018. In ossequio al criterio n. 5) riportato nell'art. 1 comma 85, lett. *p*) della legge n. 103 del 2017, che auspicava un ampliamento dei criteri di accesso soprattutto all'affidamento in prova al servizio sociale e alla semilibertà, è stato permesso l'accesso a questa misura penale di comunità se il minore o giovane adulto abbia espiato almeno un terzo della pena, differenziandosi così dalla parallela disciplina della semilibertà per gli adulti di cui all'art. 50 comma 2 ord. penit., che invece prevede l'accesso alla misura alternativa «soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena». Non risulta allargata alla disciplina minorile la previsione del primo comma dello stesso art. 50, cioè la possibilità di usufruire della misura per coloro che sono condannati alla reclusione non superiore a sei mesi o alla pena dell'arresto, se non sono affidati in prova al servizio sociale.

¹²⁴ V. F. DELLA CASA, *Misure di sicurezza e sistema penitenziario*, capitolo VII, (Parte II: *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 272.

¹²⁵ V. Cass., sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 48547.

Una peculiarità è stata introdotta nell'ultima parte dell'art. 7 comma 1 del decreto, con riferimento ai condannati per taluno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., per i quali il giudice, nella concessione della misura, deve tenere conto «altresì, del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua»; questa previsione, di cui è difficile capirne il senso, assegna al tribunale di sorveglianza «un potere discrezionale ai limiti dell'arbitrio¹²⁶», dovendo questo valutare il «significativo rapporto», da considerarsi in termini di prevalenza tra la pena scontata e quella rimasta¹²⁷ per decidere sull'assegnazione della misura, quando, in ogni caso, il soggetto abbia già espiato un terzo della pena, come si deduce dalla presenza dell'avverbio «altresì»¹²⁸.

La semilibertà è configurata quale una misura «alternativa alla detenzione in senso lato»¹²⁹, che lascia «intatto lo *status* detentivo»¹³⁰, ma che ha l'obiettivo di aiutare il condannato ad una progressiva e graduale reintegrazione nella società, attraverso i contatti che gli sono permessi con l'esterno; nel programma di intervento educativo, realizzato dall'ufficio di servizio sociale, vengono prescritte delle azioni positive da osservare all'esterno «con riferimento ai rapporti con la famiglia e con l'ufficio di servizio sociale per i minorenni», comprese le indicazioni riguardo gli orari di rientro in istituto; a questo proposito rileva sottolineare che, parallelamente a quanto previsto dall'art. 51 commi 2 e 3 ord. penit., se il soggetto semilibero non rispetta le indicazioni stabilite nel programma sugli orari, senza giustificato motivo, può incorrere in sanzioni disciplinari, che possono portare alla revoca della misura (art. 7 comma 4, ultima parte), se l'assenza non supera le 12 ore, al contrario se questa si protrae oltre tale limite temporale, è punibile ai sensi dell'art. 385 c.p., che come abbiamo già avuto modo di vedere, disciplina il reato di evasione.

¹²⁶ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 7.

¹²⁷ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 55.

¹²⁸ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

¹²⁹ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 55.

¹³⁰ V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 721.

Per quanto concerne l'aspetto detentivo della semilibertà, l'art. 7 comma 3 d.lgs. 121/2018 prescrive che il soggetto venga assegnato «preferibilmente ad appositi istituti o sezioni» e che possa essere trasferito per agevolare sia l'organizzazione e lo svolgimento delle attività esterne, sia il consolidamento delle relazioni socio-familiari, utili per il suo inserimento sociale; naturalmente nelle ore di permanenza in istituto il soggetto deve rispettare le norme che disciplinano la vita detentiva, così come all'esterno rispetta le indicazioni del programma di intervento educativo.

2.6. Previsioni comuni a tutte le misure penali di comunità

L'ultimo articolo del secondo capo del decreto legislativo n. 121 del 2018, disciplina unitariamente l'adozione, la sostituzione e la revoca delle misure penali di comunità e, descrivendo previsioni comuni a tutte le misure, razionalizza le procedure per le misure penali, superando la frammentarietà che caratterizza il sistema dedicato agli adulti¹³¹.

Innanzitutto, l'art. 8 prevede, al primo comma, che la competenza a decidere riguardo le vicende delle misure di comunità, spetta al tribunale di sorveglianza per i minorenni, in coerenza con il combinato disposto degli artt. 79 comma 2 ord. penit e 4 d.P.R. n. 448/1988, che, in materia minorile, attribuisce le funzioni del tribunale di sorveglianza al tribunale per i minorenni e al magistrato di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni, in attuazione del principio di cui all'art. 25 comma 2 Cost.¹³²

Il legislatore delegato non ha dato attuazione al punto 1) dell'art. 1, comma 85, lett. p) della l. 103 del 2017, nel quale si prescrive una «giurisdizione specializzata e affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione». Il *focus* del

¹³¹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 8.

¹³² V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 43.

legislatore delegante consisteva, infatti, nell'evitare che si potesse verificare una sovrapposizione della funzione di cognizione con quella di sorveglianza da parte dello stesso giudice, poiché rappresenterebbe «un pericoloso *vulnus* al principio di imparzialità del giudice ricavabile dall'art. 111 comma 2 Cost.»¹³³, soprattutto considerando che, nella progressione di tutto l'*iter* processuale minorile, quindi già dai primi momenti della fase di cognizione, il giudice procede all'accertamento della personalità del soggetto per valutare la possibilità di utilizzare strumenti di *probation*, allo scopo di favorire una rapida fuoriuscita dal circuito penale. Risulterebbe, così, paradossale che lo stesso giudice che abbia già valutato e magari rigettato istanze volte all'ottenimento di una misura esecutiva, ad esempio la sospensione ex art. 28 d.P.R. 448 del 1988, si ritrovi a decidere sullo stesso soggetto da condannato¹³⁴: sarebbe evidente la violazione del principio di imparzialità del giudice.

Il magistrato di sorveglianza, ai sensi del secondo comma dell'art. 8, assume per lo più una competenza di tipo “cautelare”, per l'applicazione in via provvisoria di una misura, seguendo la disciplina dell'art. 47 comma 4 ord. penit., quando appunto «lo stato di detenzione determina un grave pregiudizio al percorso di inserimento sociale». Come si noterà, il «grave pregiudizio» generico ex art. 47 comma 4 ord. penit., è stato sostituito, nella suddetta disciplina minorile, dal *quid pluris* dello specifico pregiudizio per il percorso di inserimento sociale, rimanendo il riferimento all'articolo dell'ordinamento penitenziario in relazione alle «scansioni procedurali»¹³⁵. L'*iter* per la concessione di una misura penale di comunità viene intrapreso con una richiesta dell'interessato, se maggiorenne, oppure, al contrario, dell'esercente la responsabilità genitoriale, o da un avvocato; la proposta può essere altresì avanzata dal pubblico ministero o dall'ufficio di servizio

¹³³ V. L. CARACENI, *Vicende esecutive delle misure penali di comunità, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 217.

¹³⁴ V. L. CARACENI, *Vicende esecutive delle misure penali di comunità, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 218.

¹³⁵ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1436.

sociale per minorenni, ma «non può essere disposta d’ufficio», a differenza della disciplina per gli adulti. L’art. 678 c.p.p., infatti, disciplina il procedimento di sorveglianza e prevede l’attivabilità di questo nelle materie di competenza, compresa la concessione di misure alternative o penali di comunità, creandosi, quindi, con il divieto disposto dall’articolo suddetto, «una ingiustificata disparità di trattamento tra adulti e minorenni»¹³⁶, che conduce a dubbi di costituzionalità della stessa¹³⁷. In tal caso rileva la duplice visione che si può dare al ruolo del tribunale di sorveglianza per i minorenni perché, nella relazione illustrativa di decreto legislativo si legge che la *ratio* di questa previsione risiede nella volontà di responsabilizzare il minore soggetto alle vicende giudiziarie, il quale, se si è arrivati al momento di richiedere le misure penali di comunità e quindi alla fase finale del procedimento, può non aver saputo cogliere al meglio le possibilità alternative che permeano la fase della cognizione: il minore viene considerato come una persona titolare di facoltà e diritti e, di conseguenza, il tribunale non sarebbe più l’organo «deputato alla “tutela” di un incapace»¹³⁸; tuttavia, non si può giustificare tale *ratio*, considerando che «la preminente valenza accordata al finalismo rieducativo della pena impone all’organo giurisdizionale un ruolo attivo nel promuovere l’adozione di tutti gli strumenti funzionali allo scopo»¹³⁹. La scelta di non prevedere l’iniziativa *ex officio* del tribunale di sorveglianza, infatti, può essere addirittura tacciata di incostituzionalità sia considerando «la disarmonia con i poteri ufficiosi del giudice, operanti a presidio dei diritti e delle libertà dello stesso minore tanto in fase cautelare quanto nel precedente

¹³⁶ V. L. CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 8.

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, 2019, p. 43.

¹³⁹ *Ibidem*

giudizio di merito¹⁴⁰», sia per l'ingiustificata differenziazione in *malam partem*¹⁴¹ che non può questa volta essere risolta esegeticamente.

Il comma 3, dell'art. 8 d.lgs. 121 del 2018, ha ad oggetto la sospensione o la revoca delle misure penali di comunità che può aversi o per cause specifiche eventualmente previste per una misura penale - l'unico è il caso della semilibertà *ex art. 7 comma 4 d.lgs. 121/2018* - ovvero comunemente a tutte le misure, quando il comportamento del condannato «appaia incompatibile con la prosecuzione della misura», cioè contrario alla legge, nel caso ad esempio in cui intervenga una denuncia penale¹⁴² ovvero tale comportamento violi le prescrizioni indicate con l'assegnazione della rispettiva misura. Ciò che si dimostra indubbiamente positivo è che il tribunale di sorveglianza, con l'eliminazione di qualsiasi automatismo, può discrezionalmente valutare in ogni caso, qualsiasi sia la tipologia di comportamento commesso dal soggetto, la sua gravità e l'eventuale incompatibilità con la prosecuzione della misura, la revoca o la sostituzione con altra che ritenga maggiormente congrua con la situazione del soggetto. Questa previsione di favore, in coerenza con principio di flessibilità, in realtà si allinea anche con l'art. 51-*ter* ord. penit., come recentemente modificato dall'art. 5 c. 1 lett. b) del d.lgs. n. 123/2018¹⁴³.

Il primo capoverso del comma 4 dell'art. 8 d.lgs. 121/2018, disciplina la sospensione in via cautelare delle misure penali di comunità e assegna la competenza provvisoria al magistrato di sorveglianza, il quale può «disporre in via provvisoria la sospensione delle misure penali di comunità» o eventualmente sostituirle, per poi immediatamente trasmettere gli atti al tribunale di sorveglianza, che deve intervenire sulla decisione del magistrato, entro trenta giorni dalla ricezione degli atti, pena la perdita di efficacia del provvedimento di sospensione del magistrato. Tale nuova

¹⁴⁰ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, n. 3, 2019.

¹⁴¹ V. L. CARACENI, *Una legge penitenziaria per i minorenni autonoma e speciale*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 15.

¹⁴² F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1436.

¹⁴³ *Ibidem*

disposizione, «assai approssimativa»¹⁴⁴ ha suscitato non poche perplessità in relazione all'eccessiva arbitrarietà del provvedimento di sospensione del magistrato di sorveglianza, poiché, a differenza di quanto previsto per gli adulti dall'art. 51-ter ord. penit. – che legittima la sospensione quando vi siano le stesse condizioni che giustificerebbero la revoca-, nella disciplina minorile non compare un riferimento «a quali condizioni e in quali casi»¹⁴⁵ il magistrato abbia detta facoltà, che quindi potrebbe risultare particolarmente estesa, ma il limite è superabile «in via esegetica ritenendo che il potere di sospensione cautelare sia sempre esercitabile entro i confini in cui è ammessa la revoca»¹⁴⁶.

Infine, come specificato anche dalla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo «l'ultimo comma dell'art. 8 permette di colmare alcune lacune normative della disciplina di cui alla legge n. 354 del 1975, a proposito del computo del periodo trascorso in misura penale di comunità nel momento in cui viene revocata»; il problema, in concreto, non si crea per la semilibertà e la detenzione domiciliare, che sono misure di fatto a carattere detentivo, quindi l'intero periodo viene scomputato dalla pena residua da espiare, quanto piuttosto per l'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, per le quali è il tribunale di sorveglianza a quantificare la pena che residua, «tenuto conto della durata della misura concessa, delle limitazioni imposte al condannato e del suo comportamento durante il periodo trascorso». Quest'ultima proposizione è simile al testo del comma 7 dell'art. 98 reg. penit. con riguardo alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale degli adulti, che si riferisce alla «durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo trascorso in affidamento in prova» tuttavia manca nell'art. 8 d.lgs. 121/2018 il richiamo alla regola,

¹⁴⁴ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 8.

¹⁴⁵ Ibidem

¹⁴⁶ V. L. CARACENI, *Vicende esecutive delle misure penali di comunità, in L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 225.

inserita nella disposizione da ultimo citata, per cui, se vi è stata una sospensione provvisoria della misura, il *dies a quo* da cui far decorrere la pena residua da espiare, corrisponde al momento in cui il soggetto viene accompagnato in istituto; si ritiene, ad ogni modo, che, trattandosi di una disposizione di *favor rei*, possa essere adoperata in forza del richiamo nell'art. 10 comma 2 del decreto 121 del 2018, dell'art. 98 reg. esec.¹⁴⁷.

3. L'art. 9 del d. lgs. 121/2018 e le previsioni per i “giovani adulti”

Una disposizione di spicco apre il Capo III del decreto legislativo 121 del 2018 -che si dedica alla materia dell'esecuzione delle misure penali di comunità-, che modifica la disciplina a tutela dei “giovani adulti”, ovvero i soggetti che hanno commesso il reato da minorenni ma che raggiungono la maggiore età in fase esecutiva e per cui si ritiene traumatico un eventuale passaggio automatico dalla disciplina minorile a quella per adulti ed una repentina interruzione del percorso educativo già in corso; si ritiene infatti che questa sia una categoria delicata di autori di reato, a cui infatti la riforma estende le garanzie dovute al *favor minoris*, innanzitutto perché si trovano in una sorta di «zona grigia»¹⁴⁸, a cavallo tra la fase ancora adolescenziale e la responsabilizzazione dettata dal percorso educativo, e poi, secondo alcuni studi scientifici, si apprende che «la piena maturità cerebrale non si realizza prima dei venticinque anni»¹⁴⁹.

Sin dall'introduzione dei commi 2 e 3 dell'art. 79 ord. penit. avvenuta con la l. n.1 del 1977, era chiara l'intenzione del legislatore di tutelare quei soggetti che avevano commesso il reato da minorenni e che fossero divenuti maggiorenni durante la fase processuale ed al momento dell'esecuzione della pena, definendo così, in questi casi, «l'ambito soggettivo della

¹⁴⁷ In F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1437.

¹⁴⁸ V. F. DELLA CASA, *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria* (parte II), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 258

¹⁴⁹ M. BERTOLINO, *Per una esecuzione della pena detentiva “a misura di minore”: socializzazione, responsabilizzazione e promozione della persona*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 2, p. 163

competenza del magistrato di sorveglianza minorile»¹⁵⁰, non stabilendo però un limite di età. Quest'ultimo problema è stato risolto dall'art. 3 comma 2 disp. proc. pen. min., che stabiliva la competenza del giudice minorile fino al compimento del venticinquesimo anno di età, dopo il quale la competenza sarebbe passata alla giurisdizione ordinaria per la prosecuzione della fase esecutiva. Contemporaneamente, però, l'art. 24 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272– che disciplinava le modalità di esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale nei confronti di imputato, condannato o internato minorenne-, prevedeva che l'esecuzione si eseguisse «secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni» nei confronti del soggetto che avesse compiuto il diciottesimo anno di età, fino al ventunesimo. Vi è, però, un chiaro «difetto di coordinamento»¹⁵¹ per il quale si registrava la competenza della magistratura minorile finché il soggetto non avesse compiuto i venticinque anni d'età, ma per quanto riguarda le modalità di esecuzione del provvedimento limitativo della libertà dello stesso, le condizioni sarebbero cambiate al compimento del ventunesimo anno d'età, così da creare uno scenario confuso in cui la competenza della magistratura minorile sarebbe ricaduta su soggetti che in realtà erano ormai ristretti nelle strutture detentive per adulti¹⁵².

Questa discrepanza viene però già risolta con una prima modifica¹⁵³ dell'art. 24 comma 1 d.lgs. 272/1989, che si allinea quanto alla previsione del termine temporale in questione con quanto previsto dall'art. 3 comma 2 disp. proc. pen. min. ed aggiunge, inoltre, la previsione per cui, a partire dal ventunesimo anno d'età, per «particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalità rieducative», si sarebbe potuto interrompere il trattamento di favore esteso dalla disciplina minorile.

¹⁵⁰ V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1166

¹⁵¹ Ibidem

¹⁵² V. F. DELLA CASA, *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria* (parte II), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 258.

¹⁵³ In applicazione dell'art. 5 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 117. V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1166.

L'art. 9 del d.lgs. 121 del 2018, modifica nuovamente l'art. 24 d.lgs. 272/89, innanzitutto aggiungendo il riferimento alle misure penali di comunità e «le altre misure alternative» ed eliminando qualsiasi riferimento agli infraventunenni, in tal modo sin dal compimento del diciottesimo anno d'età, il giudice ha il potere discrezionale di disporre che l'esecuzione del soggetto continui seguendo la disciplina per gli adulti, ogni qualvolta ritenga che vi siano «particolari ragioni di sicurezza», tenendo conto delle finalità rieducative – come già previsto-, e, come aggiunto dall'articolo della disposizione in esame «quando le predette finalità non risultano in alcun modo perseguibili a causa della mancata adesione al trattamento in atto».

Il risultato di queste previsioni, crea ancora una volta delle perplessità, innanzitutto in relazione al fatto che l'eliminazione del riferimento agli infraventunenni, conduce ad una modificazione *in peius* e ad un irrigidimento della disciplina, considerando che, allo stato attuale, il giudice può modificare la disciplina da cui il soggetto dipende, sin dal compimento del diciottesimo anno d'età, ma in più è proprio tale discrezionalità assegnata all'organo giurisdizionale a fondarsi su «parametri, invero, assai sfumati»¹⁵⁴, poiché la valutazione si basa sia su generiche finalità educative, che sul grado e sulla volontà di partecipazione al trattamento del soggetto, «quest'ultima disposizione appare assai pericolosa, nell'ottica della prosecuzione di un progetto educativo che miri alla responsabilizzazione e al recupero del condannato, poiché scarica sulle sue spalle tutta la responsabilità di un intervento fallito, quando invece potrebbe essere non adeguata la stessa offerta trattamentale o mancare delle risorse e dei supporti necessari per la sua proficua realizzazione»¹⁵⁵.

4. Le dinamiche esecutive

Nell'ambito della disciplina dell'esecuzione, l'art. 10, rubricato «Estensione dell'ambito di esecuzione delle pene secondo le norme e con le modalità

¹⁵⁴ V. DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 1167.

¹⁵⁵ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 8.

previste per i minorenni» disciplina la situazione in cui nel corso dell'esecuzione di una condanna per reati commessi da minorenni sopravviene un titolo di esecuzione di altra pena detentiva per reati commessi da maggiorenne, prevedendo che innanzitutto il pubblico ministero emetta l'ordine di esecuzione, lo sospenda, seguendo la procedura dell'art. 656 del codice di procedura penale, per poi trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza per i minorenni. Prima della riforma non esisteva una disciplina specifica nel caso di contestuale esecuzione di pene per reati commessi da minorenni e da maggiorenne, ma ci si riferiva a quanto previsto dall'art. 656 c.p.p, comma 4, con il risultato che la disciplina da eseguire, regime ordinario o minorile, fosse quella applicabile alla sentenza divenuta irrevocabile per ultima (c.d. "principio di unitarietà")¹⁵⁶, con la conseguenza che la disciplina che in concreto doveva applicarsi al soggetto era lasciata puramente al caso, dipendendo dall'ordine con cui le sentenze erano divenute esecutive.

La nuova previsione invece mira a stabilizzare la situazione di contestuale esecuzione di titoli eterogenei, creando dei «criteri oggettivi»¹⁵⁷ e superando la casualità dell'assetto previgente ed inoltre, ha l'obiettivo di evitare che il sopraggiungere di un nuovo titolo comporti automaticamente il passaggio alla disciplina, più rigorosa, degli adulti, interrompendo un percorso magari positivamente intrapreso dal soggetto¹⁵⁸.

L'art. 10 prosegue stabilendo che, dopo aver ricevuto gli atti dal pubblico ministero, sarà, poi, il magistrato di sorveglianza per i minorenni a valutare la sussistenza o meno dei presupposti affinché prosegua l'esecuzione delle pene sotto il regime per i minorenni, «tenuto conto del percorso educativo in atto e della gravità dei fatti oggetto di cumulo», ed in tal caso dispone con ordinanza l'estensione a nuovo titolo, o, in caso contrario, «dispone la cessazione della sospensione e restituisce gli atti al pubblico ministero per

¹⁵⁶ F. FIORENTIN e C. FIORIO, Le nuove leggi penali, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 50.

¹⁵⁷ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1438.

¹⁵⁸ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

l'ulteriore corso dell'esecuzione», precisando di dover tenere in considerazione quanto previsto dall'art. 24 d.lgs. 272/1989 (come modificato dall'art. 9 del d.lgs. 121/2018, analizzato nel paragrafo precedente), quindi di eventuali ragioni di sicurezza o dell'impossibilità di perseguire le finalità educative «a causa della mancata adesione al trattamento» (art. 10 comma 1, ultima parte).

Ruolo, ancora una volta, centrale è quello del magistrato di sorveglianza, il quale, quindi, deve valutare l'andamento del percorso educativo del soggetto e la gravità del nuovo reato commesso, bilanciando quindi esigenze di sicurezza e funzione special-preventiva¹⁵⁹, per poter stabilire se l'esecuzione può proseguire seguendo la disciplina più favorevole dei minorenni o deve disporre la cessazione della sospensione disposta dal pubblico ministero¹⁶⁰, sempre che l'esecuzione per il reato commesso dal soggetto da maggiorenne possa essere sospesa¹⁶¹, altrimenti il comma 4 dispone che «il magistrato di sorveglianza per i minorenni trasmette gli atti al pubblico ministero che ha emesso l'ordine per l'ulteriore corso dell'esecuzione secondo le norme e con le modalità previste per i maggiorenni».

Nei confronti della decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 69-bis della l. n. 354 del 1975, esperibile sia dal pubblico ministero che dall'interessato o dal suo difensore. L'opzione *de qua* ricalca l'impugnazione prevista per le decisioni in materia di liberazione anticipata, garantendo «un tasso di giurisdizionalità adeguato agli interessi in gioco, consentendo altresì la partecipazione dell'interessato al

¹⁵⁹ V. A. TASSI, *Le nuove disposizioni sull'ambito di applicazione della disciplina esecutiva minorile*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, *Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 201.

¹⁶⁰ *Ibidem*

¹⁶¹ L'ordine di esecuzione per il reato commesso da maggiorenne non può essere sospeso se si tratta di un reato ricompreso nell'art. 656, comma 9, c.p.p. V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, 2019, p. 60; V. anche L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 10, «è da ritenere che il riferimento sia ai casi in cui la pena da eseguire, tenuto conto del computo della liberazione anticipata ex art. 656 comma 4-bis c.p.p., sia superiore al limite dei quattro anni di reclusione (sei anni nei casi di affidamento in prova terapeutico) o si versi in una delle condizioni di cui al comma 9 dell'art. 656 c.p.p.».

procedimento e la possibilità, quindi, di essere ascoltato dal tribunale»¹⁶². Non sembra perseguibile la via del ricorso diretto in cassazione, ma, considerando il principio di conservazione *ex art 568 comma 5 c.p.p.*, l'impugnazione erroneamente proposta, potrà essere considerata come reclamo e trasmessa direttamente al tribunale di sorveglianza competente¹⁶³. L'ultimo comma dell'art. 10, infine, prescrive che se il condannato per reati commessi da minorenni fa ingresso «in un istituto per adulti in custodia cautelare o in espiazione di pena, per reati commessi dopo il compimento del diciottesimo anno di età, non si fa luogo all'esecuzione secondo le norme o con le modalità previste per i minorenni», con lo scopo probabilmente di differenziare i minori dai soggetti che ormai hanno avuto contatti con l'ambiente carcerario degli adulti, per evitare il «correlato pericolo di diffusione del c.d. “contagio criminale”»¹⁶⁴; tuttavia, questa scelta del legislatore è stata criticata dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che ha sollevato dubbi di costituzionalità, nel parere sullo schema di decreto approvato dal governo, della disciplina «nella parte in cui diversifica potenzialmente - pur in esito al vaglio del magistrato di sorveglianza per i minorenni - le modalità esecutive per due soggetti ipoteticamente concorrenti nel medesimo reato, commesso da maggiorenni, facendo dipendere tale determinazione dalla circostanza, del tutto casuale, che uno dei due sia in esecuzione penale per un pregresso reato commesso da minorenni»¹⁶⁵.

Il successivo art. 11 del d.lgs. 121 del 1018 detta una disciplina speciale rispetto a quella prevista dall'art. 656 c.p.p., con cui condivide la rubrica “Esecuzione delle pene detentive”, ma ne modifica alcuni precetti, occupandosi dell'esecuzione delle pene detentive nei confronti dei giovani fino ai venticinque anni, che hanno commesso il reato da minorenni. In tali

¹⁶² F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 51.

¹⁶³ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 61.

¹⁶⁴ V. F. TRIBISONNA, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

¹⁶⁵ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 51.

casi il «pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a quattro anni, salvo, per l'affidamento in prova in casi particolari», per cui si prevede il tetto di sei anni *ex art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990*, contestualmente dispone la sospensione dell'ordine, tranne nel caso «in cui il condannato si trovi per il fatto oggetto della condanna in stato di custodia cautelare ovvero sia detenuto in carcere o in istituto penitenziario minorile per altro titolo definitivo». Con riguardo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, pur difettando di un richiamo espresso, si ritiene applicabile, essendo una disposizione di *favor rei*, il comma 4-*bis* dell'art. 656 c.p.p., che «consente il computo della liberazione anticipata su eventuali periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo cui dare esecuzione»¹⁶⁶.

Proseguendo, il comma 2 stabilisce che l'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato, se minore agli esercenti la responsabilità genitoriale, «al difensore nominato per la fase dell'esecuzione, o in difetto, al difensore che ha operato nella fase del giudizio, con l'avviso che nel termine di trenta giorni può essere presentata richiesta, corredata dichiarazione o elezione di domicilio, al tribunale di sorveglianza per l'applicazione di una misura di comunità, mediante deposito presso l'ufficio del pubblico ministero, il quale ne cura l'immediata trasmissione al tribunale di sorveglianza unitamente agli atti» (art. 11 comma 2); bisogna rilevare come la disposizione preveda che nel caso in cui non ci sia stata la nomina di un difensore *ad hoc* per la fase esecutiva, la notifica viene comunicata al difensore nominato per la fase processuale e questo è indicativo «della correlazione esistente fra i due momenti del processo: quello cognitivo e quello esecutivo, con conseguente traslazione delle garanzie primarie dell'individuo (*in primis* quelle di cui agli artt. 24 e 111 Cost.) anche al giudizio di sorveglianza»¹⁶⁷, considerando in particolar

¹⁶⁶ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 11.

¹⁶⁷ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 64.

modo il diritto di difesa che «appare difficile escludere *sic et simpliciter* dal novero delle garanzie operanti *in executivis*»¹⁶⁸.

È, inoltre, incerto se nel caso in cui la richiesta sia priva di dichiarazione o elezione di domicilio, ci debba essere ai sensi dell'art. 677 comma 2-*bis* c.p.p. una declaratoria di inammissibilità della stessa, ma per il principio di specialità dovrebbe scegliersi risposta negativa¹⁶⁹.

Il comma 3 dell'art. 11 prevede altresì che il decreto di sospensione contenga «l'invito al condannato a prendere contatti con l'ufficio del servizio sociale minorile dell'amministrazione della giustizia», per predisporre il progetto di intervento educativo, che, come abbiamo visto, è imprescindibile nel caso di assegnazione di qualsiasi misura penale di comunità e che suggella una sorta di patto che prevede delle disposizioni di *facere*, per cui è estremamente rilevante l'adesione responsabile del soggetto.

Se viene presentata la domanda per l'applicazione di una misura di comunità, il pubblico ministero trasmette gli atti al tribunale di sorveglianza, che, entro il termine, si ritiene «meramente ordinatorio»¹⁷⁰, di quarantacinque giorni dalla ricezione dell'istanza fissa l'udienza a norma dell'art. 666 comma 3 c.p.p. e ne fa dare avviso al condannato, agli esercenti la responsabilità genitoriale nel caso di persone minori degli anni diciotto, al pubblico ministero, al difensore e ai servizi sociali minorili dell'amministrazione della giustizia» (comma 5). Si nota, stando alla lettera del comma 5, che il termine di quarantacinque giorni è riferito all'emissione degli avvisi di udienza, potendo quest'ultima teoricamente essere fissata anche «a molta distanza di tempo, vanificando così ogni intento acceleratorio»¹⁷¹. Con l'avviso di cui sopra, le parti sono invitate a

¹⁶⁸ In S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 64.

¹⁶⁹ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1441.

¹⁷⁰ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 54, nota n. 5.

¹⁷¹ Si veda F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 55, in cui si sottolinea anche una «differenza – non è dato sapere quanto consapevolmente voluta dal legislatore – rispetto a quella degli adulti, sotto il profilo che in quest'ultima è stabilito che il tribunale di sorveglianza decida non prima di trenta ed entro

presentare memorie e documenti utili per l'applicazione della misura, entro cinque giorni dalla data fissata per l'udienza, ad eccezione dei servizi sociali minorili che possono presentare la relazione personologica sul minorenne e il progetto di intervento educativo redatto sulle sue specifiche esigenze, anche il giorno stesso dell'udienza; scelta, quest'ultima, di cui da un lato si comprende il *favor*, ma dall'altro potrebbe «sacrificare» la possibilità per il tribunale di valutare con la dovuta accuratezza i documenti informativi sul soggetto, presentati appunto nell'udienza stessa, ma anche per la difesa che ha la possibilità di replicare oralmente¹⁷². Fermo restando la possibilità, prevista dall'ultima parte del comma 6, che il tribunale di sorveglianza proceda «anche d'ufficio all'acquisizione di documenti o di informazioni, o all'assunzione di prove a norma dell'art. 666, comma 5, del codice di procedura penale», come chiarito dalla Suprema corte¹⁷³.

Infine, come in realtà già analizzato nel paragrafo 2.6, la Relazione illustrativa del decreto legislativo¹⁷⁴, spiega la *ratio* dell'art. 11 e del divieto di meccanismi di attivazione *ex officio*, affermando «il superamento della concezione che attribuiva al tribunale per i minorenni una funzione di carattere “tutelare” dei minori» e che «risponde, del resto, anche alla necessità di una responsabilizzazione del condannato il quale, non avendo colto le opportunità della messa alla prova nel corso del procedimento, cioè in sede di udienza preliminare, in primo grado e in appello, ovvero in caso di esito negativo della stessa, una volta raggiunto l'ordine di esecuzione deve attivarsi per chiedere in prima persona un misura di comunità», tuttavia, al contrario, quello che si riterrebbe necessario è un ruolo attivo della magistratura di sorveglianza, in coerenza con le sue proprie funzioni,

quarantacinque giorni dal ricevimento dell'istanza (si veda la nuova formulazione dell'art. 656 c.p.p. come modificata dall'art. 4, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 123/2018)».

¹⁷² V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 55.

¹⁷³ Per approfondimenti v. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 67.

¹⁷⁴ Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lett. p) della legge delega 23 giugno 2017, n. 103. Atto del governo n. 20 sottoposto a parere parlamentare, trasmesso alla presidenza del Senato il 24 aprile 2018.

soprattutto quando i destinatari di tali provvedimenti sono soggetti privi di strumenti e supporti adeguati per agire autonomamente; ma per questa “eventualità”- che non è poi così rara, stando alle statistiche sulla popolazione degli IPM- nella Relazione si legge che «potranno trovare soluzione negli strumenti già presenti nel sistema. Ai minorenni sono infatti garantiti tutori, difesa tecnica, impulso del pubblico ministero minorile e del servizio sociale», ma, nonostante questo, si deve ritenere che la scelta del legislatore delegato di non prevedere l’attivazione *ex officio*, non solo sembrerebbe incostituzionale per i motivi menzionati in precedenza, ma non soddisfa neanche la *voluntas legis* del legislatore delegante, per cui devono essere previsti meccanismi per favorire il ricorso alle misure *extra-moenia* e per ridurre al minimo il ricorso alla carcerazione, in conformità con i principi nazionali e sovranazionali; l’eliminazione dell’iniziativa officiosa del giudice per l’assegnazione di misure di comunità, invece, rappresenta un *vulnus* considerato che al soggetto che non dispone dei mezzi o dell’assistenza necessaria e che quindi non presenta la richiesta nei termini e nelle modalità previste, è assicurato l’ingresso in carcere, svilendo così i principi menzionati.

La disciplina, quindi, dell’art. 11 del d.lgs. 121 del 2018 segue in parte le orme di quella prevista per l’esecuzione degli adulti, *ex artt. 656 e 678 c.p.p.*, ma se ne differenzia per alcune previsioni, come abbiamo visto, *in primis* per il più ampio limite di pena, cioè quattro anni anziché tre, anche se in realtà si tratta di una differenza solo formale dopo l’intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza 6 febbraio 2018 n. 41, ha dichiarato illegittimo l’art. 656, comma 5 c.p.p. nella parte in cui prevede che il pubblico ministero sospende l’esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni, anziché quattro¹⁷⁵.

Inoltre, altra differenza è che nel caso di condanna di un infraventicinquenne per uno dei reati compresi nell’elencazione dell’art. 656, comma 9, lett. a),

¹⁷⁵ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 53.

questa non è ostativa alla sospensione e tale previsione creava un «contrasto sistematico»¹⁷⁶ considerando che, invece, l'art. 2 comma 3 del d.lgs. 121/2018, estendeva le limitazioni dei commi 1 e 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit., venendosi a creare una situazione paradossale in cui il soggetto condannato per uno dei delitti in questione avrebbe potuto beneficiare della sospensione dell'esecuzione, da libero, ma non avrebbe potuto poi accedere alle misure penali di comunità, fatte salve le eccezioni previste; tuttavia, la situazione dovrebbe essere rientrata in una logica razionale con l'ennesimo intervento della Corte costituzionale, di cui si è parlato nel paragrafo 2.1, che, con la recentissima sentenza n. 263 del 2019, ha dichiarato l'incostituzionalità proprio del comma 3 dell'art. 2 del decreto in questione. Si prosegue con la disciplina dell'esecuzione delle misure penali di comunità, che è affidata al magistrato di sorveglianza del luogo in cui deve eseguirsi la misura¹⁷⁷, il quale ha il potere, «se ne ravvisa l'opportunità per elementi sopraggiunti»¹⁷⁸, di modificare le prescrizioni con decreto motivato, dovendo in ogni caso informare l'ufficio di servizi sociali per i minorenni. Quest'ultimo, a cui è affidato il minorenne sottoposto a misura penale di comunità, in collaborazione con i servizi socio-sanitari territoriali «svolge attività di controllo, assistenza e sostegno per tutta la durata dell'esecuzione» (comma 3), proprio per garantire che il soggetto eventualmente sprovvisto di legami socio-familiari, non venga lasciato solo ed infatti, con questa stessa *ratio*, il comma seguente prende in considerazione il momento successivo all'applicazione della misura penale

¹⁷⁶ Ibidem

¹⁷⁷ «Criterio attributivo della competenza analogo a quello previsto per l'esecuzione penale a carico degli adulti (art. 97 d.P.R. 230/2000), ispirato al criterio della prossimità territoriale del magistrato rispetto al soggetto nei cui confronti si attua l'esecuzione della misura di comunità» in F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1441.

¹⁷⁸ Con questa precisazione testuale, si crea un dubbio: il magistrato di sorveglianza può attuare modifiche alle prescrizioni se si tratta di motivi preesistenti? «A stretto rigore, si palesa in questi casi necessario un passaggio al tribunale di sorveglianza per procedere alla correzione/integrazione dell'ordinanza. In via di "buona prassi", pare invece consentito che possa intervenire il magistrato cui perviene in gestione la misura, in tutti i casi in cui la modifica si collochi nell'alveo del corredo prescrizionale già disposto dall'organo collegiale (e dunque si tratti di semplici integrazioni di omissioni materiali o di erronee indicazioni). Per approfondimenti v. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 57.

di comunità stabilendo che «i servizi socio-sanitari territoriali prendono in carico il minore per la prosecuzione delle attività di assistenza e sostegno», garantendo un ausilio anche successivamente all'espiazione della pena, in una fase, quale il suo primo contatto con la società circostante con cui si era creata una frattura, che potrebbe risultare particolarmente delicata per il minore o rischiosa per la commissione di nuovi reati.

L'ultimo comma dell'art. 11 d.lgs. n. 121 del 2018 è una «disposizione di raccordo»¹⁷⁹ riferita al caso in cui un soggetto che sta espianando la pena con una misura penale di comunità compia venticinque anni, superando quindi il limite d'età per cui è previsto il rispetto della disciplina minorile ed in tal caso il magistrato di sorveglianza per i minorenni trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza ordinario per la prosecuzione della misura, ove ne ricorrano le condizioni, con le modalità prescritte dalla l. 354 del 1975 e per evitare la *perpetuatio iurisdictionis* del giudice minorile; il passaggio alla misura alternativa alla detenzione corrispondente non è automatico, in quanto il magistrato di sorveglianza ordinario dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per l'accesso, come ad esempio la non ostatività del titolo o l'entità di pena da espianare¹⁸⁰, anche se, si ritiene che i presupposti di accesso alle misure penali di comunità e quelli per le rispettive misure alternative alla detenzione siano tanto simili da determinare una trasposizione dall'uno all'altro «indolore nella maggior parte dei casi»¹⁸¹. Una riflessione conclusiva sia dovuta: l'ultimo comma dell'art. 12 d.lgs. 121 del 2018 nasce con lo scopo di tutelare il giovane adulto che al compimento del venticinquesimo anno d'età potrebbe vedersi interrotto un proficuo percorso educativo, ma avrebbe avuto maggiore logica se ci fosse stata un'adeguata diversificazione dei due sistemi penitenziari, venendo così invece snaturato.

¹⁷⁹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 12.

¹⁸⁰ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 58.

¹⁸¹ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 12.

Il III capo del decreto legislativo 121 del 2018 si conclude con la disposizione dell'art. 13 che disciplina in modo positivo la concorrenza di titoli esecutivi "omogenei", ovvero il caso in cui, mentre il soggetto esegue una misura penale di comunità, intervenga un nuovo titolo esecutivo per un reato commesso da minorenne ed in tal caso il pubblico ministero sospende l'ordine di esecuzione e trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza, il quale, se ritiene ancora esistenti le condizioni per la prosecuzione della misura, la dispone con ordinanza, in caso contrario invece, dispone la cessazione dell'esecuzione. Si deve sottolineare che, considerato il dettato dell'art. 8 comma 3 del d. lgs 121 del 2018, il magistrato di sorveglianza, sopraggiunto un nuovo titolo esecutivo non determinante automaticamente «un aggravamento del profilo criminale» del soggetto, ha la possibilità, se non sussistono più i presupposti per l'assegnata misura di comunità, di sostituirla; la carcerazione non è la necessaria conseguenza di questa dinamica.

L'ultimo comma dell'art. 13 legittima il ricorso contro l'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 69-bis della l. 354/1975.

5. Il trattamento *intra moenia*: progetto di intervento educativo e tutela dell'affettività

Abbiamo intravisto il tentativo del legislatore delegato di adempiere agli obblighi prescritti, oltre che dalle norme nazionali e internazionali precedentemente dette, più direttamente dalla legge delega, riguardo la previsione di misure alternative alla detenzione e l'ampliamento dei criteri di accesso alle stesse, in direzione quindi di una esecuzione penale "aperta", volendo lasciare la pena carceraria come *extrema ratio*, considerato che il momento detentivo implica il massimo sacrificio della libertà personale ed ha una scarsa capacità educativa. L'obiettivo che deve imprescindibilmente muovere le scelte dell'organo giurisdizionale e il lavoro di tutti gli altri soggetti che ruotano attorno alle vicende giuridiche di un giovane *reo*, è quello di accompagnarlo in un percorso di responsabilizzazione e

maturazione, avendo come guida *in primis* gli artt. 31 comma 2 e 27 comma 3 Cost., legate da un rapporto paragonabile a quello di due vasi comunicanti: nel momento in cui viene violata una, l'obbligo dello Stato di proteggere il minore, viene intrinsecamente violata anche l'altra, la finalità rieducativa della pena inflitta¹⁸². Il *focus* è stato quello di adattare le norme dell'ordinamento penitenziario, già esistenti, alle peculiarità psicologiche della persona minore d'età e, non fermandoci ad una semplice presunzione del dato anagrafico, del giovane in generale, che per antonomasia ha una personalità in fase di costruzione e in continuo divenire ed è alla ricerca di una propria identità. Quello che risulta complesso nella predisposizione di una normativa adeguata al *favor minoris* è il bilanciamento tra la protezione del soggetto con la dovuta attenzione verso la sua personalità e le esigenze di prevenzione dalla commissione di ulteriori reati, e il miglior strumento di prevenzione della recidiva risulta, in ogni caso, il ricorso all'istruzione, alla formazione professionale, alle attività di utilità sociale e alla responsabilizzazione verso una cittadinanza attiva.

Nonostante l'intenzione del legislatore appare, quindi, quella di lasciare come marginale e residuale il ricorso alla carcerazione, in realtà noteremo numerose e attente disposizioni riguardanti la vita del detenuto minore o giovane adulto all'interno degli IPM.

La prima disposizione del capo IV getta le fondamenta per la costruzione della disciplina sull'esecuzione *intra moenia* e riguarda il progetto di intervento educativo, denominazione volutamente differenziata rispetto a quella di "programma di trattamento" prevista per gli adulti *ex art.* 13 ord. penit.¹⁸³, che risulta essere il fulcro dell'esecuzione penale minorile e lo strumento più importante per rispondere alle differenti esigenze di ogni detenuto. L'art. 14 prevede che il progetto educativo debba essere disposto

¹⁸² V. R. CASTROGIOVANNI, E. SEMINARA, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 247.

¹⁸³ V. R. CASTROGIOVANNI, E. SEMINARA, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 251.

entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione ed è sin da subito garantito al soggetto un supporto psicologico di sostegno per prevenire il rischio di autolesionismo e suicidio¹⁸⁴, per conoscere le peculiarità di ogni soggetto e per tutelare, in caso di detenuto affetto da patologie psichiche¹⁸⁵, il suo diritto alla salute. Il sostegno delle figure preposte alla tutela del minore, quali i servizi minorili e i servizi socio-sanitari territoriali, deve accompagnare il soggetto per tutto il suo percorso detentivo ed anche oltre, dal momento che l'art. 24 d.lgs. 121 del 2018 relativo al momento delle dimissioni, prevede una serie di obblighi di attivazione per impedire che, dopo l'uscita dal circuito detentivo il soggetto si trovi privo di adeguato sostegno; si prescrive infatti che l'ufficio di servizio sociale per i minorenni, in collaborazione con l'area trattamentale, nei sei mesi precedenti le dimissioni, ne cura la preparazione, «elaborando, per i condannati cui non siano state applicate misure penali di comunità programmi educativi, di formazione professionale, di lavoro e di sostegno all'esterno; curando i contatti con i familiari di riferimento e con i servizi socio-sanitari territoriali, ai fini di quanto previsto nell'articolo 12, comma 4; rafforzando, in assenza di riferimenti familiari, i rapporti con i servizi socio-sanitari territoriali e con le organizzazioni di volontariato, per la presa in carico del soggetto; attivando sul territorio le risorse educative, di formazione, di lavoro e di sostegno, in particolare per i condannati privi di legami familiari sul territorio nazionale, ovvero la cui famiglia sia irreperibile o inadeguata, e individuando le figure educative o la comunità di riferimento proposta dai servizi sociali per i minorenni o dai servizi socio-sanitari territoriali».

Il progetto di intervento educativo viene elaborato dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni sottoposti a misure penali e dagli operatori dell'IPM, dopo aver ascoltato il condannato, che diventa così il «protagonista del suo

¹⁸⁴ Per approfondimenti v. S. Ciavattini, L. Anghinoni, P. Prandini, Suicidio, tentato suicidio e autolesionismo: un confronto tra strutture penitenziarie per adulti e istituti penali minorili, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 4.

¹⁸⁵ V. R.Castrogiovanni, E. Seminara, Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. Caraceni e M.G. Coppetta (a cura di), Torino, 2019, p. 258.

percorso di reinserimento»¹⁸⁶, e nel rispetto delle sue esigenze, attitudini e delle sue caratteristiche personologiche, secondo i principi della personalizzazione delle prescrizioni e la flessibilità esecutiva, per «garantire un modulo educativo che conduca, con consapevolezza e maturità, verso l'età adulta contenendo al massimo il rischio di una ricaduta nel reato»¹⁸⁷.

Di assoluta rilevanza è il coinvolgimento attivo del condannato nel suo percorso, poiché risulta imprescindibile la sua positiva accettazione e reale volontà di aderire al percorso educativo, che comprende «l'istruzione, la formazione professionale, eventuali attività di lavoro, di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero utili al recupero sociale e alla prevenzione del rischio di commissione di ulteriori reati», il cui svolgimento è disposto nel progetto educativo ed è calibrato sulla figura del condannato. Il progetto descrive inoltre le modalità con le quali il soggetto possa coltivare le relazioni con il mondo esterno e «attuare la vita di gruppo e la cittadinanza responsabile, anche nel rispetto della diversità di genere» (art.14 comma 1 d.lgs. 121/2018).

Il «patto educativo»¹⁸⁸ richiede un costante monitoraggio e adattamento a quelli che sono i progressi o i cambiamenti che avvengono naturalmente nel processo di maturazione del giovane e considerati anche «il grado di adesione alle opportunità offerte» e «l'evoluzione psico-fisica» (art. 14 comma 3). Nel caso di soggetti tossicodipendenti, o che comunque siano risultati positivi al *drug test* compiuto al momento dell'ingresso in istituto, un ruolo centrale nel percorso di disintossicazione e di supporto psicologico del soggetto, viene assunto dal servizio tossicodipendenze (Ser.T.)¹⁸⁹.

¹⁸⁶ V. F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 62.

¹⁸⁷ Così la Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lett. p) della legge delega 23 giugno 2017, n. 103. Atto del governo n. 20 sottoposto a parere parlamentare, trasmesso alla presidenza del Senato il 24 aprile 2018.

¹⁸⁸ V. R.CASTROGIOVANNI, E. SEMINARA, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 253.

¹⁸⁹ V. R.Castrogiovanni, E. Seminara, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei*

Il fine è quello di favorire la crescita e l'evoluzione del soggetto, la sua responsabilizzazione rispetto al fatto commesso; questo percorso intrapreso deve essere finalizzato alla progressiva restituzione di spazi di libertà al soggetto, attraverso la concessione di permessi-premio, di autorizzazioni per lavoro, studio o attività di volontariato da svolgere all'esterno, «in funzione dei progressi raggiunti nel percorso di recupero» e questo conferma «i termini», in senso figurato, del patto educativo di cui sopra tra il detenuto e le istituzioni¹⁹⁰.

Il criterio guida del percorso educativo all'interno degli istituti è quello di rafforzare «i contatti con il mondo esterno»¹⁹¹ e, come anticipato, il progetto educativo costruisce un percorso basato sulla personalizzazione delle attività di istruzione e formazione professionale e, infatti, l'art. 18 d.lgs. 121 del 2018 prevede che il soggetto detenuto, si ritiene indipendentemente dal suo *status*, quindi che sia imputato o condannato¹⁹², possa usufruire di corsi finalizzati all'istruzione o alla formazione professionale «previa intesa con istituzioni, imprese, cooperative o associazioni», rimandando, nel secondo comma, alla rispettiva disciplina per gli adulti ai sensi dell'art. 21 ord. penit. Tale possibilità per i minorenni detenuti è prevista quando si ritenga possa essere uno strumento, oltre che di facilitazione del percorso educativo, anche di crescita, di scoperta e che contribuisca «all'acquisizione di competenze certificate», facilmente spendibili una volta uscito dal circuito detentivo. La previsione risulta ben congeniata per un duplice motivo, da un lato infatti, al giovane viene data la possibilità «in termini di crescita di autostima e auto-responsabilizzazione, consentendogli di frequentare ragazzi in condizione di libertà con cui condividere un obiettivo comune (di

minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 255.

¹⁹⁰ Ibidem

¹⁹¹ Così si legge nella Relazione di accompagnamento al documento finale del Tavolo V degli Stati Generali.

¹⁹² V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 17.

studio o lavoro), senza discriminazioni e identificazioni negative»¹⁹³, e di intraprendere percorsi di istruzione scolastica o universitaria che lo responsabilizzano, se coscientemente intrapresi, e allo stesso tempo aiutano a scoprirsi, ad analizzare le proprie capacità o abilità e questo lo potrebbero aiutare, insomma, a comprendere quale possa essere il suo ruolo attivo nella società civile.

In secondo luogo, questa possibilità costituisce un “ponte” con il mondo esterno, abbattendo quel muro di isolamento che è l’ambiente carcerario e favorendo, anzi, il senso di inclusione in quella società, che in qualche modo lo ha allontanato. Come si legge nel punto 8) della relazione di accompagnamento del Tavolo 5 degli Stati generali «bisogna mettere in atto tutti gli antidoti per sconfiggere la fisiologica tendenza delle strutture detentive a separarsi del tessuto sociale onde evitare il paradosso di “impartire lezioni di volo, tenendo gli allievi rinchiusi all’interno di un sottomarino”».

Se è da considerarsi rilevante e propositivo per il giovane detenuto il generico contatto con il mondo esterno, si può comprendere quanto maggiormente lo sia il rapporto con la famiglia. La tutela dell’affettività è una previsione fulcro nel sistema penitenziario, non solo minorile, ed infatti è un diritto che è stato riconosciuto, sotto vari aspetti, meritevole di tutela da diverse direttive europee, quali la Rec(2003) 2188 sui diritti dei detenuti dell’Unione Europea, che tra le prerogative da garantire menziona «il diritto ad una vita affettiva e sessuale, prevedendo misure e luoghi appositi», o la Rec(2006) 2 per cui «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; il diritto all’affettività rileva in quanto intrinsecamente connesso alla dignità del detenuto, ma rimane, nel nostro ordinamento, una disciplina “dimenticata” dal legislatore, il quale era stato sollecitato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 11 dicembre 2012, n. 301, nonostante

¹⁹³ V. R.CASTROGIOVANNI, E. SEMINARA, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall’ingresso in istituto alla dimissione*, in *L’esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 268.

l'inammissibilità della questione proposta dal giudice *a quo*, ad intervenire per «permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche di carattere sessuale»¹⁹⁴. Nel contesto della “riforma Orlando”, nonostante la lett. n) dell’art. 1 comma 85 della legge delega n. 103 del 2017 prescriveva tra i criteri direttivi della riforma il «riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute o internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio», il legislatore delegato non ha attuato l’indicazione “mutilando”¹⁹⁵ la disposizione della “bozza Giostra” che modificava la rubrica dell’art. 18 ord. penit. in «Colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione» e che in modo molto moderno e positivo prevedeva nell’art. 28 comma 1 ord. penit. che il diritto di intrattenere relazioni affettive doveva essere garantito a tutti e inoltre che «il convivente è equiparato al coniuge e alla parte dell’unione civile»; in particolare sarebbe stato apprezzabile mantenere quanto previsto dalla bozza Giostra rispetto agli «incontri intimi», ma così non è stato. Rimane, questo, un problema “culturale”, più che operativo e differenzia il nostro ordinamento dalla maggior parte degli Stati europei, nei quali garantire l’affettività e la sessualità in carcere risulta ormai prassi, sia come riconoscimento di un diritto fondamentale, sia in funzione strumentale alla conservazione dei legami familiari¹⁹⁶.

Si parte dall’assunto che se per qualsiasi detenuto risulta propedeutico alla rieducazione e alla riabilitazione coltivare rapporti con la famiglia e gli affetti all’esterno, per un minore o giovane adulto, la cui personalità è tendenzialmente in costruzione, è ancora più pregnante l’esigenza di tutela del diritto all’affettività tant’è vero che nel decreto legislativo 121 del 2018 il primo strumento scelto per la protezione della sfera affettiva sono i colloqui. L’art. 19, infatti, titolato “Colloqui e tutela dell’affettività”,

¹⁹⁴ Per approfondimenti v. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell’affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L’esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, *Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 301.

¹⁹⁵ In F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 148.

¹⁹⁶ V. A. CIAVOLA, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 251.

prevede il diritto per il detenuto di svolgere «otto colloqui mensili, di cui almeno uno in un giorno festivo o prefestivo, con i congiunti e con le persone con cui sussiste un significativo legame affettivo»; quindi, ne deriva che i giovani hanno la possibilità di vedere durante i colloqui non solo i familiari, ma anche persone a cui sono affettivamente legati e «tutti coloro che rappresentano un punto di riferimento nel percorso di crescita e maturazione personale e sociale del minore»¹⁹⁷, prescindendo da un rapporto di parentela. In quest'ultimo caso, stante la lettera della legge che parla di «significativo legame affettivo», sarà l'autorità competente per l'autorizzazione al colloquio¹⁹⁸, con ampio margine discrezionale, a valutare tale significatività, onde evitare strumentalizzazioni di ogni genere, acquisendo le informazioni necessarie dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali e ha il dovere di verificare, inoltre, che non sussistano divieti dell'autorità giudiziaria riguardo al contatto del giovane con i soggetti indicati.

Si rileva inoltre un dato fattuale: spesso può capitare che i soggetti detenuti negli IPM rivestano già un ruolo genitoriale, nonostante la giovane età, considerando anche la presenza degli infraventicinquenni all'interno degli IPM, tanto che, nell'istituto di Milano si è attivato un progetto di "educazione alla genitorialità", con il contributo di appositi psicologici ed educatori¹⁹⁹. Inoltre, in assenza di legami affettivi, se si considerano ad esempio giovani emarginati o stranieri, che non hanno un contatto con il tessuto sociale, l'art. 19 comma 2 prevede positivamente che siano in ogni

¹⁹⁷ Così prevedeva l'art. 23 comma 5 della bozza di decreto legislativo della commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, D.m. 19 luglio 2017, pres. Dott. Francesco Cascini.

¹⁹⁸ Suscita qualche perplessità il fatto che sia un organo dell'amministrazione a procedere a tale verifica, non essendo nemmeno previsto un rimedio nel caso in cui sia negata erroneamente l'esistenza di un legame affettivo. V. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 309.

¹⁹⁹ V. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 306.

caso favoriti colloqui con volontari autorizzati ad operare negli IPM, per assicurare un costante supporto psicologico.

La durata del colloquio è come minimo di sessanta minuti e non può superare i novanta, probabilmente per logiche organizzative degli istituti, e si differenzia da quanto previsto per gli adulti, per i quali è prevista una durata di massimo di un'ora. Venendo poi alle dinamiche con cui avvengono i colloqui, non è stata concepita alcuna disposizione *ad hoc*, nonostante la precedente bozza di decreto legislativo prevedesse che le visite dovessero avvenire in luoghi adatti a favorire l'incontro, nonché in aree verdi, e che i colloqui non dovessero essere soggetti a controlli auditivi; vista la carenza, in base al principio di specialità, si dovrebbe poter recepire la disciplina di riferimento dell'ordinamento penitenziario *ex art. 18 comma 3*, che però prevede i colloqui senza controllo auditivo, ma «sotto il controllo a vista».

Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale critica l'anacronistica situazione in cui non vi fosse, riferendosi alla bozza di decreto legislativo, una deroga per la situazione minorile rispetto a quanto previsto dall'ordinamento degli adulti, in merito al controllo visivo dei colloqui e delle visite²⁰⁰. Lo stesso Garante si era, invece, dimostrato favorevole all'utilizzo di tecnologie della comunicazione e dell'informazione, previste nell'art. 26 della bozza di decreto legislativo della Commissione ministeriale, che non è stato poi ripreso nell'attuale decreto. Si ritiene, nella prassi, che l'utilizzo di internet ad esempio per colloqui a distanza attraverso *Skype*, o anche per accedere a determinati siti con lo scopo di studio, ricerca o informazione, possa avere un'importante finalità risocializzante e, mancando di fatto una disciplina legislativa in materia di novità tecnologiche, rilevanti in merito risultano la circolare «Possibilità di accesso ad Internet per i detenuti» del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, con la quale si vuole «valorizzare le esperienze lavorative di telelavoro, formazione e didattica a distanza, già realizzate in alcuni Istituti, dando nuova linfa al rapporto tra carcere e il

²⁰⁰ V. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 310.

territorio» e facendo anche riferimento alla «partecipazione dei detenuti alla vita sociale e familiare»²⁰¹, alla quale ha fatto seguito un'altra circolare del 30 gennaio 2019 che ha ad oggetto la regolamentazione per l'utilizzo della piattaforma di *Skype for business* per le videochiamate dei detenuti con i familiari e/o conviventi.

Il primo comma dell'art. 19, nella sua ultima parte, concede poi ai detenuti la possibilità di svolgere tramite dispositivi, anche mobili in dotazione dell'istituto, conversazioni telefoniche, massimo tre a settimana, «salvo che ricorrano specifici motivi», e massimo della durata di venti minuti. L'autorità giudiziaria può inoltre autorizzare che determinate conversazioni vengano ascoltate o registrate, ed anzi, la registrazione è sempre disposta quando la conversazione telefonica è stata autorizzata per un soggetto condannato ai sensi dell'art. 4-*bis* dell'ord. penit.; questa previsione, connotata da una certa «approssimazione lessicale»²⁰² risulta censurabile perché non definisce i confini entro i quali possono essere limitate la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione, come sancito dall'art. 15 comma 2 Cost. per cui limitazioni possono essere concesse «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge», e nel caso dell'art. 19 d.lgs. 121 del 2018, invece, si prevede che l'autorità giudiziaria possa disporre la registrazione o l'ascolto delle conversazioni telefoniche, ma senza determinare la richiesta di specifiche motivazioni; si ritiene che ad ogni modo risultando l'ennesima introduzione che provoca «un abbassamento» del livello di garanzie del minore recluso rispetto al detenuto adulto, si possa procedere con l'integrazione della disciplina dell'art. 39 reg. esec.

Ma la vera novità prevista dal legislatore che fa luce tra le ombre della riforma è la disciplina delle visite prolungate, contenuta nei commi 3, 4 e 6 dell'art. 19 d.lgs. n. 121 del 2018, che è una «tutela rafforzata del diritto

²⁰¹ In A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 91.

²⁰² V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 18.

all'affettività»²⁰³. Si prevede che il giovane detenuto possa usufruire di quattro incontri prolungati al mese, per una durata massima di sei ore con le stesse persone previste nel primo comma dello stesso articolo, quindi familiari o chiunque sia un forte riferimento affettivo e valgono le medesime previsioni sulle verifiche del direttore dell'istituto *ex* comma 5; le visite devono svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate negli istituti, per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di vita domestico (comma 4), cercando di riprodurre normali contesti di vita familiare. Nella prassi della vita penitenziaria degli adulti era già stata prevista una tipologia simile di colloquio, ad esempio, dal 2005, è presente nel carcere di Bollate una "stanza dell'affettività", realizzata come una vera e propria casa, in cui i detenuti incontrano le persone care, soprattutto i figli minori, riproducendo dinamiche di vita familiare quotidiana²⁰⁴.

Sembra necessaria però una critica per non aver previsto alcuna cautela in riferimento «ai vari profili afferenti alla tutela della salute e dell'equilibrio psicologico dei minori»²⁰⁵, soprattutto nei casi di particolare fragilità o vulnerabilità di personalità che sono state segnate «da promiscuità e abusi anche di natura sessuale»²⁰⁶.

L'ultimo comma dell'art. 19 d. lgs. 121/2018 prevede, infine, che ai detenuti i quali non usufruiscano di permessi premio siano favorite le visite prolungate.

Per quanto concerne la disciplina dei permessi, che rappresentano «strumento cruciale di rieducazione»²⁰⁷, per favorire il progressivo riavvicinamento alla società dei soggetti detenuti, ci si dovrà servire,

²⁰³ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 18.1.

²⁰⁴ V. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 314.

²⁰⁵ F. FIORENTIN, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 1445.

²⁰⁶ *Ibidem*

²⁰⁷ Così Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 450.

attraverso il principio di specialità contenuto nell'art. 2 comma 3 del d.lgs. n. 121 del 2018, degli artt. 30, che disciplina i cd. permessi ordinari o di necessità, e art. 30-*ter* ord. penit., che si occupa, invece, dei permessi premio, come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 450 del 1998, con la quale si rilevava l'incostituzionalità della disposizione se riferita ai minori, che condannati per uno dei delitti dell'art. 4-*bis* ord. penit., per la concessione di permessi premio, avrebbero dovuto aspettare, come gli adulti, l'espiazione di metà della pena. Quindi, sarà il magistrato di sorveglianza a svolgere le dovute valutazioni per la concessione di permessi premio, tenendo presente i presupposti soggettivi e oggettivi previsti dall'articolo 30-*ter* ord. penit. e i provvedimenti dello stesso sono suscettibili di reclamo *ex* art. 30-*bis* ord. penit.²⁰⁸ ed anche attraverso il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 comma 7 Cost., che legittima il ricorso per tutti quei provvedimenti attinenti alla libertà personale²⁰⁹.

Non è stata recepita nella novella l'introduzione suggerita dagli Stati Generali, di una nuova tipologia di permessi cd. di affettività, che potesse prescindere anche dalla mancanza di riferimenti familiari sul territorio, in coerenza con le indicazioni sovranazionali e della Consulta nella sentenza. 11 dicembre 2012, n. 301, come abbiamo precedentemente visto, considerando anche che questa nuova tipologia di permesso doveva ritenersi concedibile a tutti, allo scopo di favorire il rispetto dell'affettività, prescindendo sia dalla gravità delle condizioni familiari, *conditio* alla base della concessione del permesso di necessità *ex* art. 30 ord. penit., sia dal concetto di premialità legato al permesso concesso ai sensi dell'art. 30-*ter*²¹⁰.

²⁰⁸ V. A. MACRILLÒ, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 98.

²⁰⁹ Un risalente orientamento giurisprudenziale aveva escluso questa possibilità, interpretando restrittivamente la nozione di «libertà personale»; proprio per il mancato riconoscimento di questo rimedio, la «legge Gozzini» introduce la disciplina del reclamo nell'art. 30-*bis* ord. penit. Successivamente, vi è una inversione giurisprudenziale che interpreta estensivamente da cui è derivata l'ammissibilità del ricorso per Cassazione dei provvedimenti in materia di permessi-premio. Per approfondimenti v. M. L. DI BITONTO, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 417.

²¹⁰ V. B. GUAZZALOCA, *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 318.

Per consentire al detenuto di mantenere i contatti con il mondo esterno, non sono da sottovalutare le c.d. comunicazione *inter absentes*²¹¹, in questo caso epistolari, che rilevano soprattutto quando il soggetto abbia legami con persone distanti dal luogo in cui sia detenuto e non può quindi usufruire dei colloqui. Tuttavia, anche questo strumento non è stato incluso nel novero delle previsioni della novella penitenziaria minorile e dunque l'art. di riferimento in via sussidiaria è l'art. 18 ord. penit., che ha subito delle modifiche per via della l. n. 95 del 20014, da cui ne risultavano abrogati i commi 7 e 8, ma veniva aggiunto, dopo varie censure della giurisprudenza europea, il nuovo articolo 18-ter, che disciplina "Limitazioni e controlli della corrispondenza" e prevede al primo comma che «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima».

5.1. Principio di territorialità e organizzazione degli istituti

Venendo ad aspetti marcatamente strutturali dell'organizzazione penitenziaria, il d.lgs. 121 del 2018 introduce mediante l'art. 22 il principio di territorialità dell'esecuzione, da leggersi in concomitanza con l'art. 14 ord. penit., a cui ci si deve comunque riferire, in forza del rinvio sussidiario previsto dall'art. 1 comma 1 dell'ordinamento penitenziario minorile.

L'art. 22 d.lgs. 121 del 2018 prevede che «la pena deve essere eseguita in istituti prossimi alla residenza o alla abituale dimora del detenuto e delle famiglie, in modo da mantenere le relazioni personali e socio-familiari

²¹¹ V. A. CIAVOLA, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 253.

educativamente e socialmente significative», con lo scopo di favorire e facilitare il rapporto con gli affetti e con il proprio territorio di origine. In coerenza con quanto previsto per l'esecuzione delle misure di comunità nel comma 7 dell'art. 3 dello stesso decreto, il principio di territorialità fa eccezione nel caso in cui sussistano «specifici motivi ostativi», volendosi riferire a quelle situazioni in cui il territorio di provenienza, di matrice criminale, potrebbe essere una concausa della devianza; si pensi ai contesti di criminalità organizzata: in questi casi tagliare il cordone con l'ambiente socio-territoriale malsano e sradicarli da queste «relazioni pericolose»²¹² è una previsione per favorire la crescita e la maturazione del soggetto e sembra opportuno, a questo proposito, ricordare quanto detto nel primo capitolo riguardo al rivoluzionario progetto, intrapreso dal presidente del tribunale di Reggio Calabria Roberto Di Bella, di allontanamento dei giovani appartenenti a famiglie di 'ndrangheta, nel momento in cui intraprendono la "carriera" ereditata, con lo scopo di «spezzare questo ciclo che trasmette valori culturali negativi da padre a figlio. Un percorso alternativo fuori da quel "modello educativo mafioso" che sempre pregiudica lo sviluppo psicologico di bambini e adolescenti»²¹³. Questa eccezione al principio di territorialità è naturalmente da interpretare nell'ottica di peculiare protezione della crescita del minore, tanto che nel riformato ordinamento penitenziario per gli adulti, non è presente un riferimento specifico, come nel decreto n. 121 del 2018.

Per quanto riguarda l'assegnazione agli istituti penali minorili, si impone una lettura congiunta dell'art. 15 d.lgs. 121 del 2018 e dell'art. 14 ord. penit., da cui discende che il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e deve, comunque, favorire

²¹² In F. FILOCAMO, *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 276.

²¹³ Da un discorso del dott. Roberto Di Bella. L'allontanamento è possibile ai sensi degli artt.330 ss. c.c., rubricato "Decadenza della responsabilità genitoriale sui figli", quando questi siano ritenuti inidonei a crescere ed educare la prole. In F. Filocamo, *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. Caraceni e M.G. Coppetta (a cura di), Torino, 2019, p. 276.

l'individualizzazione del trattamento; la dottrina ha sottolineato il rapporto funzionale esistente tra l'individualizzazione del trattamento, progetto di intervento educativo per i minori, e l'assegnazione, considerata la posizione dell'art. 14 ord. penit. subito dopo la disciplina dell'individualizzazione del trattamento²¹⁴, tale interdipendenza rileva soprattutto per favorire trattamenti comuni e per evitare che ci siano influenze negative reciproche. Si impongono poi una serie di criteri per la suddivisione all'interno degli istituti: innanzitutto è assicurata la separazione dei minori dai giovani adulti, così come ai sensi dell'art.14 ord. penit., questi ultimi sono separati dagli adulti, nell'eventualità, che abbiamo considerato in precedenza, in cui si trovino in detenzione presso gli istituti penitenziari per adulti, poi, in base allo *status*, gli imputati sono separati dai condannati, infine, le donne sono ospitate in istituti o in apposite sezioni separati da quelli maschili e alle donne-madri è consentito tenere con sé i figli fino all'età di tre anni, con la precisazione che per la loro cura e l'assistenza sono organizzati appositi asili nido²¹⁵.

L'organizzazione interna dell'istituto è in micro-sezioni, ognuna delle quali raccoglie un numero limitato di detenuti, in base ad una serie di valutazioni svolte rispetto al tipo di reato commesso, ai precedenti e alle personalità di ciascun detenuto. La suddivisione deve essere effettuata con cautela tenendo ben presente alcune categorie "deboli" di detenuti o che si può presumibilmente temere che ricevano aggressioni o sopraffazioni, per motivi religiosi, di orientamento sessuale o addirittura per via del reato commesso; si pensi, ad esempio ai *sex offenders*: nella prassi accade spesso che siano vittime di vessazioni da parte degli altri detenuti e che siano

²¹⁴ F. FILOCAMO, *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 278.

²¹⁵ Le varie disposizioni previste dalla legge n. 354 del 1975 a tutela delle giovani donne, anche madri, rispettano le indicazioni impartite dalle Regole di Bangkok, adottate con risoluzione ONU n. 65, il 21 dicembre 2010. È importante che le donne detenute ricevano la stessa possibilità di accesso all'istruzione e alla formazione professionale degli uomini e tutte le tutele di assistenza medica e psicologica. L'art. 21-bis ord. penit. permette alle madri detenute, alle condizioni dell'art. 21, di essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore a dieci anni.

stigmatizzati e “ghettizzati” all’interno degli IPM²¹⁶. Per questo è importante che il dipartimento di giustizia minorile svolga delle valutazioni sulla personalità e sulle caratteristiche dei detenuti e, a tal proposito, rilevano le indicazioni della circolare n. 5391 emessa dal dipartimento di giustizia minorile il 17 febbraio 2006, in cui appunto, vengono indicati alcuni criteri per la suddivisione in gruppi come il «contrasto alla strutturazione spontanea di gruppi fondata su dinamiche di preminenza e di sopraffazione», la suddivisione in base alle attività di istruzione o lavoro svolte, l’integrazione tra ragazzi italiani e stranieri; anche questi ultimi rappresentano una categoria, nella prassi non marginale, che merita particolare attenzione, infatti l’art. 16 della Rec (2012) 12, prevede che nell’assegnazione agli istituti dei detenuti cittadini stranieri si debba tenere conto della necessità di evitare il loro potenziale isolamento e di facilitare il rapporto con il mondo esterno²¹⁷ come si evince dal novellato art. 80 ord. penit., che prevede la possibilità per l’amministrazione penitenziaria di servirsi di un mediatore culturale e interpreti²¹⁸, oltre che di professionisti esperti di psicologia, pedagogia, psichiatria, figure utili anche alla predisposizione di un progetto educativo che miri alla piena integrazione e maturazione del minore, ma che rispetti allo stesso tempo la diversità culturale, con il godimento delle annesse libertà, come quella di professare la propria religione. Sembra evidente l’intrinseca connessione tra la suddivisione negli IPM e il progetto educativo di ogni detenuto, considerando quanto sia importante l’integrazione, lo svolgimento di attività di gruppo, sviluppando la capacità di condividere e di convivere insieme agli altri.

Il ristretto ha ad ogni modo la possibilità di impugnare il provvedimento ritenuto lesivo attraverso il reclamo giurisdizionale ai sensi dell’art. 35-bis;

²¹⁶ V. R.CASTROGIOVANNI, E. SEMINARA, *Il trattamento intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall’ingresso in istituto alla dimissione*, in *L’esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 259.

²¹⁷ F. FILOCAMO, *Il principio di territorialità dell’esecuzione e l’organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L’esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 291.

²¹⁸ *Ibidem*

per altro la recente giurisprudenza della Cassazione, cambiando rotta, ha affermato che quando i provvedimenti comportano la sottoposizione a un regime penitenziario differenziato o, comunque, il suo mantenimento, possono essere oggetto di reclamo al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lett. *b*. ord. penit., se siano adottati in violazione dei criteri sulla destinazione dei detenuti, fissati in via generale ed astratta dall'amministrazione, risolvendosi in una lesione del diritto soggettivo al trattamento "comune"²¹⁹.

L'autorità giudiziaria procedente, ritornando a quanto previsto dall'art. 22 d.lgs. 121 del 2018, vigila sulla procedura di assegnazione e di trasferimento, per le quali è necessaria la predisposizione di un nulla-osta da parte della stessa, tranne nei casi di urgenza, in cui l'amministrazione penitenziaria procede al trasferimento, sempre con atto motivato e successivamente comunica il provvedimento²²⁰. In realtà, non si esplicita quale sia l'autorità giudiziaria cui ci si riferisce, ma sembra ragionevole ritenere che sia l'autorità giudiziaria che procede per gli imputati e del magistrato di sorveglianza nel caso di detenuti definitivi²²¹.

Anche per quel che riguarda i trasferimenti, la novella minorile non contiene alcuna previsione specifica, ed è quindi necessario riferirsi all'art. 42 ord. penit., come riformato nei commi 2 e 3 dal legislatore del 2018, che ha recepito la proposta della commissione Giostra, con lo scopo di rendere effettivi i criteri legati al principio di territorialità²²², essendosi nella prassi

²¹⁹ V. Cass. Sez. I, 21 dicembre 2017, n. 16911.

²²⁰ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 15.1.

²²¹ In F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 72.

²²² In verità, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) aveva, per così dire, anticipato la novellazione nella circolare del 20.02.2014 n. 3654/6104, avente ad oggetto «Disposizioni in materia di trasferimento dei detenuti». In tale circolare (art. 1.5) si legge che «il principio di territorialità della esecuzione della pena assume rilevanza determinante nell'individuazione dell'istituto di assegnazione, quale strumento per favorire il mantenimento da parte dei detenuti dei rapporti familiari, di cui l'Amministrazione, integrando un elemento del trattamento, si deve rendere gravanti»; aggiungendo che (art. 1.6) «al fine di dare massima espansione del principio di territorialità della pena, deve essere assicurato, nella misura più ampia possibile, l'accoglimento delle istanze di trasferimento dei detenuti». Su tali basi, si prevedeva altresì (art.1.8) «che le istanze di trasferimento dei detenuti [...] siano valutate entro un termine

osservato che i trasferimenti possono risultare un ostacolo al diritto all'affettività e uno dei motivi più ricorrenti nei tentativi di suicidio²²³. L'art. 42 prevede che i trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e famiglia e devono sempre essere motivati²²⁴. Il detenuto gode del diritto di essere trasferito in un istituto che sia il più vicino possibile al luogo di dimora, o al luogo in cui si trova la sua famiglia, o comunque al luogo che rappresenta il suo c.d. centro di riferimento sociale e l'amministrazione penitenziaria, in caso di deroga, è tenuta a dare conto dei motivi che la giustificano; in ogni caso, quando vi sia una richiesta di trasferimento da parte del soggetto ristretto per motivi familiari, di formazione, di lavoro, di studio o di salute, l'amministrazione penitenziaria deve provvedere entro sessanta giorni e il provvedimento deve essere congruamente motivato; tuttavia, i diritti del detenuto in materia di assegnazione e trasferimento non sembrano identificarsi come diritti soggettivi, bensì come interessi legittimi, così definendo la natura dell'atto emesso dall'amministrazione penitenziaria come amministrativa ed infatti, oltre ad essere ammesso il diritto al reclamo *ex artt. 35 e 35-bis* ord. penit., è ammesso il ricorso amministrativo, che, però, risulta inidoneo ad arginare eventuali abusi da parte dell'amministrazione penitenziaria, come si evince dall'esiguità dei ricorsi²²⁵. Dall'altro lato l'identificazione della posizione dell'interessato

che renda utile la risposta dell'Amministrazione rispetto alla richiesta del detenuto» e che (art. 1.9) «pare congruo fissare un termine di sessanta giorni entro cui fornire una risposta al detenuto, che decorreranno dall'acquisizione da parte dell'Ufficio competente di tutti gli elementi necessari alla decisione». In M. L. DI BITONTO, in FIORENTIN-SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 545.

²²³ V. M. G. COPPETTA, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 581.

²²⁴ «Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il trasferimento non adeguatamente motivato ovvero solo apparentemente tale, qualora sia disposto per motivi "paradisciplinari" può essere considerato trattamento inumano vietato *ex art. 3 CEDU*, con l'applicazione su istanza dell'art. 35-ter ord. penit.», che disciplina i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti dei soggetti detenuti o internati. In F. FILOCAMO, *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 285.

²²⁵ V. M. G. COPPETTA, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 584.

nei confronti dell'amministrazione, in tema di assegnazione o trasferimento, in termini di interesse legittimo, non sembra rendere applicabile l'intervento del magistrato di sorveglianza previsto dall'art. 69 comma 5 ord. penit.

Una disposizione relativa ad aspetti strutturali dell'organizzazione negli IPM è l'art. 16 d. lgs. 121 del 2018 rubricata "Camere di pernottamento" le quali devono essere adattate alle esigenze di vita individuale dei detenuti e possono ospitare sino ad un massimo di quattro persone, tetto non previsto espressamente nell'ordinamento penitenziario per gli adulti²²⁶, senza però stabilire lo spazio minimo per ogni ristretto. Appare dovuto ricordare che il grave problema del sovraffollamento carcerario negli istituti per adulti aveva condotto alla sentenza pilota²²⁷ con la quale la Corte Europea condannava l'Italia per la situazione cronica di degrado nelle carceri italiane, nelle quali veniva sistematicamente violato il divieto di trattamenti disumani e degradanti, imposto dall'art. 3 della CEDU, e che aveva sollecitato l'Italia a porre in atto rimedi validi per bloccare quella certificata «metastasi sistemica condizione di illegalità convenzionale in cui versa(va)no le strutture penitenziarie italiane²²⁸»; da questo momento si costruisce nella giurisprudenza della Cassazione un parametro di valutazione riguardo la violazione del divieto di cui l'art. 3 CEDU, che parte dal conteggio dei metri quadrati di una cella, compiuto detraendo dalla superficie lorda della stessa, l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata dalle strutture fisse, come il letto, e che se risulta inferiore a tre metri quadrati rappresenta una forte presunzione di violazione del divieto, superabile solo con l'esistenza di concreti fattori compensativi, che potrebbero essere la libertà di circolazione, l'offerta di attività svolte in aree fuori dalle celle²²⁹.

²²⁶ V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 15.

²²⁷ Corte Edu, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torregiani ed altri v. Italia.

²²⁸ In F. FIORENTIN, la conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016.

²²⁹ F. FILOCAMO, *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 293.

L'art. 16 d.lgs. n. 121 del 2018 risulta scarna²³⁰ rispetto alle specifiche previsioni contenute nel rispettivo art. 6 ord. penit., nel quale si dispone che i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; areati, riscaldati, dotati di servizi igienici riservati, tenuti in buono stato di conservazione e pulizia. Inoltre, le finestre delle camere devono garantire il passaggio di aria e luce naturale e ciascun detenuto deve poter disporre di un adeguato corredo per il proprio letto. Le aree residenziali devono essere dotate di spazi comuni nei quali i detenuti possono svolgere attività e comunque cooperare nella gestione quotidiana della vita domestica e dalla norma dell'ordinamento penitenziario in commento, si deduce che le camere sono destinate unicamente al pernottamento o alle ore di riposo, dovendosi svolgere poi la restante parte della giornata in altre aree, predisposte per lo svolgimento di attività ricreative, di istruzione, finalizzate comunque all'integrazione e alla socializzazione, aspetti propedeutici al percorso educativo dei detenuti, soprattutto se minorenni.

L'art. 17 della riforma penitenziaria minorile prevede, a questo proposito, la possibilità per i giovani detenuti di accedere e passare un minimo di quattro ore giornaliere all'aria aperta e la durata può essere ridotta per specifici motivi; a tal proposito si deve notare come la disposizione non prevede un limite minimo di ore a cui si può ridurre, per specifici motivi, la permanenza all'esterno, al contrario di quanto previsto, invece, dall'art. 10 ord. penit., come riformato dal d.lgs. n. 123 del 2018, in cui si riporta «Per giustificati motivi la permanenza all'aperto può essere ridotta fino a due ore al giorno con provvedimento del direttore dell'istituto»; tuttavia, quanto disposto più precisamente dall'art. 10 ord. penit. risulta estendibile alla fattispecie dei giovani detenuti, poiché non è pensabile di destinare a questi ultimi una condizione deteriore. Il secondo comma dell'art. 17 d. lgs. 121/2018 disciplina le modalità con cui avviene la permanenza all'aperto: «avviene in

²³⁰ V. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 64.

modo organizzato e con la presenza degli operatori penitenziari e dei volontari, in spazi attrezzati per lo svolgimento di attività fisica e ricreativa» e per tali finalità, infine, l'ultimo comma autorizzava la spesa di 100.000 euro per l'anno 2018.

Alcune sezioni interne agli istituti minorili possono essere organizzate con il regime di custodia attenuata, ospitando «detenuti che non presentano rilevanti profili di pericolosità o che sono prossimi alle dimissioni e ammessi allo svolgimento di attività all'esterno» e «l'organizzazione di tali strutture deve prevedere spazi di autonomia nella gestione della vita personale e comunitaria». Per gli adulti è prevista una disciplina analoga nell'art. 115 del d.P.R. n. 230 del 2000, che richiama però, oltre al profilo soggettivo legato alla pericolosità, anche «l'esigenza di interventi trattamentali particolarmente significativi»²³¹.

L'auspicata introduzione della c.d. “sorveglianza dinamica” nella disciplina destinata ai minorenni era inizialmente prevista nella bozza di decreto legislativo elaborata dalla commissione ministeriale, ma non è stata riconfermata nel testo definitivo ed è stata anche espunta dalla riforma varata per gli adulti, nonostante fosse richiesta dalla stessa legge delega 103 del 2017 (art. 1 comma 85, lett. *r*). Si tratta di una novità, di matrice amministrativa, costruita su un regime detentivo “aperto”²³², il cui presupposto è che la vita detentiva deve svolgersi tendenzialmente al di fuori delle “celle”, dove il detenuto deve essere “chiuso” solo per il pernottamento o nelle ore di riposo, sancendo una certa libertà di movimento all'interno della sezione. L'*input* nasceva da una circolare D.A.P. del 2011²³³, il cui oggetto era «un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione», a cui ne è seguita un'altra nel 2013²³⁴ che ha definito i criteri della c.d. sorveglianza dinamica, «basata sulla

²³¹ V. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 70.

²³² V. C. RENOLDI, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 104.

²³³ D.A.P., Circolare 25 novembre 2011 "Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione".

²³⁴ D.A.P., Circolare 22 luglio 2013.

semplificazione, la razionalizzazione, la qualificazione dei carichi di lavoro, la distinzione dei livelli di competenza, la condivisione dei flussi informativi tra le diverse figure professionali». Il fulcro di questo innovativo regime detentivo era nell'aumentare le ore di apertura delle camere, da un minimo di 8 a un massimo di 14 ore al giorno, permettendo ai detenuti di muoversi liberamente all'interno della sezione e modificando anche l'approccio della polizia penitenziaria, non più destinato ad un controllo "fisico", ma ad un'attività di controllo basata sull'osservazione e sulla conoscenza della persona²³⁵.

5.2. Regole di comportamento e sanzioni disciplinari

Sin dall'ingresso all'interno dell'istituto vengono spiegate e illustrate ai giovani detenuti le regole di comportamento da rispettare durante il periodo di permanenza; l'art. 20 d.lgs. 121 del 2018 prevede che questo avvenga «con linguaggio comprensibile», discostandosi da quanto previsto dalla bozza della Commissione ministeriale in cui si stabiliva che il regolamento è illustrato «in modo tale che (i detenuti) possano intendere il senso e l'importanza», definendo così in modo più pregnante il meccanismo di apprendimento delle regole²³⁶, non soltanto in relazione alla lingua, ma anche in relazione all'apprendimento cognitivo.

Il secondo comma dell'art. 20 contiene poi un'elencazione di regole interne, o più che altro «una serie di parametri valutativi»²³⁷ che il minore dovrebbe rispettare con lo scopo anche di dimostrare l'attiva e proficua partecipazione al programma di intervento educativo, infatti «ai fini della verifica dell'adesione ai programmi di intervento educativo, con conseguente progressione e concessione di benefici, è valutato il rispetto delle seguenti regole»:

²³⁵ A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2018.

²³⁶ V. B. GUAZZALOCA, *La disciplina negli istituti penali minorili: regole di comportamento, infrazione e sanzioni disciplinari*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 324.

²³⁷ Così F. FIORENTIN e C. FIORIO, *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, p. 69.

- a) osservanza degli orari, cura dell'igiene personale, pulizia e ordine della camera di pernottamento;
- b) partecipazione alle attività di istruzione, formazione professionale, lavoro, culturali e sportive (la permanenza in camera di pernottamento nel corso dello svolgimento di tali attività trattamentali è consentita solo in casi eccezionali, o per motivi di salute accertati dal sanitario);
- c) consumazione dei pasti nelle aree specificatamente dedicate e non all'interno delle camere di pernottamento, salvo specifica indicazione in tal senso da parte dell'area sanitaria;
- d) relazioni con gli operatori e con gli altri detenuti improntate al reciproco rispetto.

Quello che subito si nota da tali indicazioni, è che l'obiettivo è da un lato evitare, per il soggetto detenuto, il «rischio di passività»²³⁸, cercando di spronare ad un tipo di comportamento attivo, coinvolto, integrato: si veda, ad esempio, la partecipazione alle varie attività svolte; dall'altro rendere proficuo il percorso di detenzione, che deve mirare ad una responsabilizzazione e maturazione del giovane, proprio attraverso la partecipazione, in base al relativo progetto educativo, a tutte le attività proposte dagli IPM, che siano educative e di formazione, oppure ricreative, culturali, sportive. Il riferimento, nella lettera c) del primo comma dell'art. 20 d.lgs. n. 121 del 2018, al rapporto con gli altri “coinquilini” dell'istituto o con gli operatori, non è da sottovalutare: in fondo un istituto detentivo è una sorta di microsistema in appendice alla società esterna, in cui le dinamiche sottese alla civile convivenza, al rispetto degli altri e delle regole, sono le medesime. Avendo immaginato un istituto penitenziario come una società in miniatura, il sistema disciplinare penitenziario è modellato sull'ordinamento penale²³⁹; infatti le regole di comportamento appena dette, sono da leggersi coordinatamente con quanto stabilito dall'art. 77 reg. esec.,

²³⁸ Così L. CARACENI, V. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, par. 19.

²³⁹ V. B. GUAZZALOCA, *La disciplina negli istituti penali minorili: regole di comportamento, infrazione e sanzioni disciplinari*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 320.

cioè un elenco di infrazioni che, come vedremo, nella disciplina minorile possono essere punite con le sanzioni disciplinari previste dall'art. 23 del decreto legislativo del 2018. Molte delle previsioni previste dall'art. 77 reg. esec., possono essere simili alle regole previste dall'art. 20, come nel caso dell'osservanza degli orari, cura dell'igiene personale, pulizia e ordine della camera di pernottamento», oppure la regola prevista dalla lett. b) del comma 2 dell'art. 20 d.lgs. 121 del 2018, che richiama il «volontario inadempimento di obblighi lavorativi», e così anche le restanti. Questo raccordo di norme potrebbe creare qualche problema dal momento che vengono accostate come parametri da rispettare: da un lato regole comportamentali finalizzate per lo più alla responsabilizzazione ed al coinvolgimento del detenuto nelle varie attività intramurarie, *ex art.* 20 d.lgs. 121/2018, e dall'altro, vere e proprie regole di disciplina, ai sensi dell'art. 77 d.P.R. n. 230 del 2000, rubricato «Infrazioni disciplinari e sanzioni». Il rischio è, dunque, quello di sovrapporre tali ulteriori due categorie di regole, con la conseguenza che l'azione e la sanzione disciplinare prevalgano sulle azioni di sostegno al detenuto²⁴⁰, per spingerlo all'integrazione e alla partecipazione, quando queste risultino complicate.

In questo microsistema, per soddisfare l'esigenza della sicurezza e le esigenze trattamentali, è importante la predisposizione di regole di comportamento e il rispetto per le stesse, così come quanto previsto dall'art. 23 d.lgs. n. 121 del 2018, intitolato «sanzioni disciplinari», in cui si stabiliscono le conseguenze sanzionatorie ad eventuali infrazioni, fermo restando quanto previsto dall'art. 77 reg. esec.

Il primo comma dell'art. 23 d. lgs. 121/2018 stabilisce le seguenti sanzioni:

- a) «il rimprovero verbale e scritto del direttore dell'istituto», che ricorda il «richiamo al direttore» della lett. a) del primo comma dell'art. 39 ord. penit.;
- b) «attività dirette a rimediare al danno cagionato», con cui si vuole stimolare e sensibilizzare il giovane detenuto a forme di riparazione, non previste, in tal senso, dalla rispettiva disciplina dell'ordinamento

²⁴⁰ V. B. GUAZZALOCA, *La disciplina negli istituti penali minorili: regole di comportamento, infrazione e sanzioni disciplinari*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 325.

penitenziario; c) l'«esclusione dalle attività ricreative per non più di dieci giorni», quasi identica alla previsione n. 3 dell'art. 39 ord. penit., che aggiunge anche le attività sportive; d) la sanzione più grave tra quelle previste è «l'esclusione dalle attività in comune per non più di dieci giorni», differenziata per l'arco temporale dal n. 5) del primo comma dell'art. 39 ord. penit., in coerenza con lo scopo di voler comunque tutelare il più possibile l'attività trattamentale e fare spazio ad una logica non solo retributiva, ma anche educativa²⁴¹.

Di immediata percezione è la quasi pedissequa ripetizione della normativa penitenziaria riservata agli adulti, ma si deve sottolineare l'importante introduzione delle attività dirette a rimediare al danno costituente il primo, isolato, riferimento alle attività di giustizia riparativa, le cui problematiche andremo ad analizzare a breve.

La parte prettamente processuale riguardante l'inflizione di una sanzione disciplinare non è prevista nella lacunosa normativa, che disciplina unicamente, nel secondo comma dell'art. 23 d.lgs. n. 121 del 2018, l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale e scritto, spettante al direttore dell'istituto, mentre per tutte le altre sanzioni è competente il consiglio di disciplina, composto da direttore dell'istituto, o in caso di legittimo impedimento, dall'impiegato più alto in grado con funzioni di presidente, da uno dei magistrati onorari in servizio presso il tribunale per i minorenni, designato dal presidente e un educatore. Tale composizione del consiglio si differenzia rispetto a quella che si legge nell'art. 40 ord. penit.²⁴², prevedendo la presenza di un membro onorario del tribunale dei

²⁴¹ V. B. GUAZZALOCA, *La disciplina negli istituti penali minorili: regole di comportamento, infrazione e sanzioni disciplinari*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 327.

²⁴² Disposizione modificata con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1 comma 85 lett. m), con cui si sostituisce la figura del sanitario, con quella di un professionista esperto nominato i sensi dell'art. 80 ord. penit. V. M.G. COPPETTA, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 528.

minorenni, volendo quasi dare a questo organo amministrativo «una valenza e una dignità anche giurisdizionale»²⁴³.

Per la restante disciplina processuale, si ritengono comunque applicabili le disposizioni dell'ordinamento penitenziario, prima fra tutte l'art. 38, che disciplina le infrazioni disciplinari, e dell'art. 81 reg. esec., in cui si regola il procedimento disciplinare. Le garanzie possono essere assorbite sono sicuramente: il principio del *numerus clausus* delle ipotesi che generano sanzioni disciplinari, la prevalenza del principio di collegialità, le garanzie formali, come la necessità della motivazione di un provvedimento che determina una sanzione, la contestazione dell'addebito, il diritto di difesa, la censurabilità da parte del magistrato di sorveglianza²⁴⁴. Una norma che deve essere interposta tra queste disposizioni e la loro applicazione al minore detenuto, è l'art. 12 d.P.R. n. 448 del 1988, che in tema di assistenza dell'imputato minorenni, dice che «l'assistenza affettiva e psicologica all'imputato minorenni è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altra persona idonea indicata dal minorenni e ammessa dall'autorità giudiziaria che procede. In ogni caso al minorenni è assicurata l'assistenza dei servizi indicati nell'articolo 6. Il pubblico ministero e il giudice possono procedere al compimento di atti per i quali è richiesta la partecipazione del minorenni senza la presenza delle persone indicate nei commi 1 e 2, nell'interesse del minorenni o quando sussistono inderogabili esigenze processuali».

Tutte queste tutele sembrano essere fondamentali nell'operazione di adattamento delle disposizioni previste per gli adulti al procedimento disciplinare a carico del minore, da ritenersi, nell'alveo dei procedimenti giurisdizionali²⁴⁵.

²⁴³ V. B. GUAZZALOCA, *La disciplina negli istituti penali minorili: regole di comportamento, infrazione e sanzioni disciplinari*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. Caraceni e M.G. Coppetta (a cura di), Torino, 2019, p. 331.

²⁴⁴ *Ibidem*

²⁴⁵ *Ibidem*

CAPITOLO III

GIUSTIZIA RIPARATIVA E MEDIAZIONE PENALE

1. *Restorative justice*: una giustizia senza spada

La Giustizia è storicamente raffigurata e rappresentata nella tradizione iconografica da una donna con una benda sugli occhi, che ha nella mano sinistra una bilancia e nella mano destra una spada; ognuno di questi oggetti rappresenta simbolicamente le caratteristiche che la giustizia deve avere: la benda sugli occhi simboleggia l'imparzialità, la bilancia l'equità, ed infine la spada, elemento più controverso²⁴⁶, ma tradizionalmente inteso come allegoria del potere e dell'esercizio della forza. Tuttavia, qualcuno ha notato che in alcune, rare, rappresentazioni la Giustizia ha la spada non in mano, ma ai suoi piedi, quasi a renderla inutilizzabile²⁴⁷, ed è da questa raffigurazione che si vuole iniziare una analisi di una terza via, alternativa alla visione retributiva e a quella educativa della pena.

Prima di tutto, si deve partire dalla storia della concezione retributiva della pena, che ha radici antichissime e che crea il binomio colpa-pena o reato-pena su cui si è basata tutta la struttura della giustizia penale classica e moderna.

La concezione retributiva della pena trova giustificazione, inoltre, nel pensiero filosofico di Kant ed Hegel: per il primo, essendo la legge penale un imperativo categorico, la pena deve essere inflitta al reo per il solo fatto di aver commesso un reato; secondo Hegel, poi, la pena è la risposta universale e oggettiva alla lacerazione provocata dalla colpa²⁴⁸. Nell'accezione più antica della pena, rimane, nonostante il tentativo di

²⁴⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Università degli studi dell'Insubria, Milano, 2003, p. 6.

²⁴⁷ V. U. CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, Capitolo primo

²⁴⁸ I. GUANZINI, *Paolo, Hegel e Lacan: fuori-legge?*, in *Aisthema, International Journal* Vol. II, 2015, n. 1.

dissimularla, il meccanismo della vendetta²⁴⁹, l'arcaica legge del taglione dell'”occhio per occhio”, come se l'afflizione potesse riparare alla colpa.²⁵⁰ L'irrogazione della pena risponderebbe, poi, ad ulteriori esigenze preventive che devono avere potere dissuasivo: una general-preventiva, rispetto alla restante parte dei consociati, per cui chiunque voglia commettere un reato dovrebbe sentirsi scoraggiato dalla minaccia della pena; l'altra special-preventiva, legata all'esigenza di evitare la commissione di ulteriori reati da parte dello stesso soggetto, e, proprio per questo, la pena per antonomasia si sostanzia nella privazione della libertà personale.²⁵¹

Quando taluno commette un reato, si determina una frattura con la società a cui appartiene; è come se quest'ultima, ricevuta l'offesa del reato, iniziasse a vantare un credito dal suo autore, che può riscuotere unicamente attraverso l'afflizione della pena, come se questa potesse ristabilire un equilibrio rotto. Il reato crea insomma una sorta di “pulsione sociale”²⁵², che riesce, apparentemente, ad essere soddisfatta solo attraverso la punizione di chi lo ha commesso.

La giustizia riparativa si presenta come un modello alternativo rispetto a quello punitivo-retributivo, lasciando da parte la spada e, secondo qualcuno, persino la benda e la bilancia²⁵³, ed ha lo scopo di riconciliare e ricostruire, evitando di «aggiungere male al male²⁵⁴», cioè aggiungere al male del delitto, anche il male della pena. I percorsi riparativi si presentano, dunque,

²⁴⁹ V. G. Mannozi, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, Capitolo primo.

²⁵⁰ «La teoria della pena è una delle materie che, nella scienza giuridica positiva dei tempi moderni, se la sono peggio cavata», così Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di V. CICERO, Milano, 1996.

²⁵¹ V. V. PILLA, *La mediazione penale*, in *minorigiustizia*, 2008, n. 4.

²⁵² G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, *La Repubblica*, 23 gennaio 2015.

²⁵³ V. U. CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

²⁵⁴ V. A. CERETTI, *Mediazione*, in *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p.98.

come una vera e propria «ermeneutica del valore sotteso alle norme incriminatrici», che la giustizia ordinaria non è in grado di promuovere.²⁵⁵ Già a livello semantico si comprende l'alternatività di cui si parla considerando che dal binomio reato-pena, si passa, nella giustizia riparativa, al binomio conflitto-riparazione²⁵⁶: da un lato c'è un sistema che guarda al passato, nell'ottica dell'accertamento dei fatti, incentrato sull'autore del reato, dall'altro un sistema che si concentra invece anche sulla vittima e che tende al futuro per ricucire i legami personali e sociali spezzati dal reato.²⁵⁷ Con la commissione di un reato si procura una lacerazione di relazioni e la giustizia riparativa tende a "curarla", ristabilendo l'equilibrio rotto *in primis* tra il reo e la vittima, secondariamente con la comunità. Quindi il reato risulta lesivo, prima che di un bene giuridico generico legato alla comunità intera, della vittima. Come vedremo, la figura della vittima è centrale nell'analisi dei modelli riparativi, soprattutto della mediazione, ed invece finisce per essere oscurata nel momento in cui si continua a condividere la logica del castigo, nella quale la pena è vista come il prezzo che il colpevole deve "pagare" per aver inflitto un danno alla comunità, accontentandosi, in fondo, della "vendetta" nei confronti del reo, senza prevedere una condotta attiva di riparazione nei confronti delle vittime – se non su un piano prettamente economico, con la costituzione di parte civile. Nei modelli tradizionali di giustizia basati sulla retribuzione e sulla prevenzione, delitto e pena, pur apparendo formalmente diversi, in realtà finiscono quasi per identificarsi.²⁵⁸ L'approccio correzionale e repressivo non ha condotto ad un risultato positivo di diminuzione della criminalità o della recidiva e ha creato un sistema che tende all'esclusione, all'allontanamento e alla separazione,

²⁵⁵ In G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, n. 1.

²⁵⁶ In G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Università degli studi dell'Insubria, Milano, 2003, p. 27.

²⁵⁷ V. V. PETRALIA, *La vittima nel processo di integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 87.

²⁵⁸ V. S. FUSELLI, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, Padova, 2001, p. 113.

vedendo nel carcere la sua massima espressione.²⁵⁹ La stessa localizzazione periferica degli istituti detentivi rappresenta un po' la proiezione di quello che i "carcerati" sono per la collettività: è un pensiero comune quello di allontanare il "pericolo" con l'emarginazione o con la *damnatio memoriae*, ma non è così che il problema della criminalità, soprattutto quella minorile, andrebbe risolto²⁶⁰; tesi, quest'ultima, corroborata dalle numerose statistiche svolte negli ultimi anni, che dimostrano la diminuzione del tasso di recidiva di chi viene sottoposto a misure alternative, rispetto invece a chi sconta una pena detentiva, che torna a delinquere nel 68% dei casi.²⁶¹

Si può criticare il ricorso alla detenzione con una serie di considerazioni: con la reclusione diminuiscono le potenzialità di inserimento sociale del soggetto, considerata l'inevitabile stigmatizzazione che ne deriva; si affievoliscono, paradossalmente, le garanzie di difesa sociale poiché la detenzione, se non accompagnata da misure validamente risocializzanti, in realtà rafforza gli impulsi criminosi; si dimenticano, troppo spesso, gli effetti psicologicamente devastanti dei soggetti reclusi²⁶².

Zagrebel'sky in un articolo²⁶³ esprime l'idea che la conciliabilità del carcere con la dignità umana sia un'illusione, perché la carcerazione depriva, chi la subisce, del diritto più importante: quello del tempo della propria vita.

Proprio il principio del rispetto della dignità della persona umana non dovrebbe essere snaturato²⁶⁴ neanche in ragione del comportamento peggiore che l'essere umano abbia compiuto; la Carta fondamentale sancisce una serie di norme che mirano alla tutela ed alla protezione, finalisticamente parlando, della dignità umana e riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, oltre a cristallizzare nell'art. 27 comma 3 il

²⁵⁹ «A parte il ruolo marginalissimo, in Italia, della pena pecuniaria applicata in modo autonomo», così L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, n.1, p. 35.

²⁶⁰ La concezione retributiva della pena è fondata «su un assioma, a tutt'oggi indimostrato perché indimostrabile, che il male debba essere retribuito con il male», così G. COLOMBO, *La giustizia riparativa può essere sistema?*, in *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

²⁶¹ V. www.infodata.ilsole24ore.com, 6 febbraio 2018.

²⁶² K. LÜDERSEN, L. EUSEBI (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, p.70.

²⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, *La Repubblica*, 23 gennaio 2015.

²⁶⁴ Così G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

principio ispiratore della giustizia, o che tale dovrebbe essere, della finalità rieducativa della pena. Il rispetto dei diritti e della persona privata della libertà è intrinsecamente connesso allo stesso principio rieducativo, «essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto illecitamente umiliato nella sua la dignità di uomo». Lo sviluppo dell'idea costituzionale della rieducazione ha sicuramente “salvato” il sistema dalla «naturale tendenza all'imbarbarimento del sistema sanzionatorio e specialmente carcerario»²⁶⁵, superando la drastica e arcaica concezione della pena come *malum passionis*²⁶⁶.

Nel documento finale degli Stati Generali, si evidenzia come, nonostante nel tempo molto di positivo sia stato fatto a livello sia legislativo che amministrativo, si è ancora lontani dall'idea di pena che la Costituzione sancisce.

Con la nascita dell'ordinamento penitenziario nel 1975 si introduceva il paradigma trattamentale rieducativo accanto al paradigma retributivo²⁶⁷, in armonia con la Costituzione e si muovevano i primi passi verso una modalità di esecuzione della pena “aperta”, con la previsione delle misure alternative alla detenzione ma adattate pur sempre ad un sistema carcerocentrico, considerando che la condanna, di base, è alla pena detentiva e solo successivamente, se vi siano i presupposti, si possono prendere decisioni tese a evitarne l'esecuzione in carcere²⁶⁸. «Il problema è culturale, prima che normativo»²⁶⁹, e probabilmente di difficile risoluzione, finché il carcere e la “tolleranza zero” saranno visti come l'unica soluzione alla paura e alla sicurezza sociale, e finché l'organo governativo/legislativo userà temi di tale rilevanza come strumenti elettorali, più che trovarne reali soluzioni. Evitando di addentrarci in un argomento eccessivamente complesso e

²⁶⁵ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica e diritto*, 2017, n.2, p. 354.

²⁶⁶ Ibidem

²⁶⁷ Così M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

²⁶⁸ L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, n.1, p. 35

²⁶⁹ Documento finale degli Stati Generali sull'esecuzione penale.

lasciando alla discrezionalità di ognuno le riflessioni sul tema, ci riavviciniamo al *focus* della trattazione.

Il concetto di riparazione ha origini antichissime ed è allo stesso tempo di grande attualità²⁷⁰, considerando ormai la sua sperimentazione ad ampio raggio a livello europeo e internazionale. La giustizia riparativa, come si diceva in precedenza, cambia le coordinate del paradigma classico del sistema penale che ha creato una “depolarizzazione della vittima”²⁷¹, la quale risulta una parte processuale solo sul piano civilistico e le cui esigenze vengono dimenticate nella dinamica processuale, a favore di interessi a rilevanza pubblicistica.

La figura della vittima, subordinata a quella del reo dal tradizionale sistema processuale penale, viene, invece, valorizzata attraverso i percorsi di giustizia riparativa, che iniziarono a diffondersi a partire dagli anni '70 quando si iniziò a percepire un certo malcontento per «la sterilizzazione emotiva e la razionalizzazione istituzionale del sistema penale»²⁷² e due educatori, in Nord America, ebbero l'idea di proporre al giudice che aveva condannato due ragazzi per alcuni danneggiamenti, di applicare un programma di incontri tra i giovani e le famiglie colpite da tali danneggiamenti²⁷³.

Howard Zher, considerato uno dei padri fondatori della *restorative justice*, la definisce come un modello di giustizia «che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo».²⁷⁴

Martin Wright parlava di giustizia riparativa come una strada che supera la logica del “*malum passionis ob malum actionis*”²⁷⁵, per destinare ogni

²⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, La Repubblica, 23 gennaio 2015.

²⁷¹ Così V. PETRALIA, *La vittima nel processo di integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p.13.

²⁷² Così F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012.

²⁷³ V. M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. Giust.*, 2015, n. 2

²⁷⁴ Così G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

²⁷⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 61.

energia alla reale tutela delle vittime, attraverso un percorso di riparazione.²⁷⁶

Diversa è la visione di Burnside e Baker, più concentrata sull'aspetto comunicativo-relazionale, in base al quale si può parlare di *relational justice*: considerando il reato come una rottura di relazioni²⁷⁷, lo scopo della giustizia è quello di creare una via per ricostruire la comunicazione tra vittima e reo, e, secondariamente, con la comunità.

La definizione che racchiude tutti gli aspetti fondamentali della *restorative justice* è infine quella di Marshall, che sinteticamente descrive la giustizia riparativa come «un processo in cui tutte le parti interessate da un determinato reato si incontrano per decidere insieme come affrontare le conseguenze del reato stesso e le implicazioni per il futuro che potranno derivare dalla commissione di questo»²⁷⁸, raggiungendo così l'obiettivo di ottenere una soluzione condivisa dal reo e dalla vittima, e a livello più ampio tra le comunità di appartenenza²⁷⁹, con una condotta attiva dell'autore del reato che ripara concretamente al danno cagionato.

Dunque, i modelli e gli strumenti di *restorative justice* si basano sostanzialmente su due paradigmi: uno vittimologico e uno comunitario.²⁸⁰

Ma, chi sono le vittime?

Preliminarmente è necessario precisare che la vittimologia assume valore autonomo con il tempo, fino a diventare una branca speciale della criminologia²⁸¹ intorno agli anni '70, ma inizialmente la figura della vittima

²⁷⁶ V. A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p.98.

²⁷⁷ Anche quando la vittima e il reo siano sconosciuti si ritiene che vi sia una relazione scaturita dal patto di cittadinanza, così A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p.98.

²⁷⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 92.

²⁷⁹ V. A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p.99.

²⁸⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 43 ss.

²⁸¹ V. M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, G. PALOMBINI, G. BORRÈ (a cura di), Milano, 1998, p. 170.

era considerata sempre per il rapporto che questa aveva avuto con il reo, al quale era quindi subordinata.

Una definizione ormai accertata vede la vittima come la persona titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale, e quindi, primariamente o secondariamente, offeso dal reato.²⁸²

Come si distingue tra vittima primaria, quando il danno (fisico, psichico, economico) viene subito direttamente e vittima secondaria, così si distingue tra danno primario e secondario. Quest'ultimo non è la sofferenza direttamente creata dal reato, bensì deriva dagli atteggiamenti che successivamente vengono subiti dalla vittima, ad esempio la mancanza di supporto o quando è chiamata, come parte lesa, a collaborare con gli organi di giustizia, dovendo spesso per più volte, raccontare le dinamiche del fatto, ricordarlo e riviverlo; parliamo di vittimizzazione secondaria. Normalmente, quando una persona subisce un trauma, non è facile da superare autonomamente e anzi, si ritiene che la capacità di reagire di un soggetto sia direttamente proporzionale alla qualità del sostegno e del supporto ricevuto dall'ambiente circostante.²⁸³

A livello europeo, il Comitato dei Ministri già nel 1985 ha adottato una prima Raccomandazione²⁸⁴ per spronare gli Stati a prevedere uno *standard* di garanzie minime per le vittime di reato nel corso di tutte le fasi del procedimento penale in cui vengono coinvolte.

La giustizia riparativa si è sempre caratterizzata per una «elevata flessibilità», considerando che sono le parti a decidere e a gestire il loro accordo ed è per questo che risulta uno strumento poliedrico «dai contorni sfumati»²⁸⁵, di cui non è facile dare un'interpretazione unica, ma è possibile delinearne gli obiettivi che tendenzialmente la caratterizzano:

²⁸² Per approfondimenti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 48.

²⁸³ Così V. PETRALIA, *La vittima nel processo di integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 22.

²⁸⁴ Raccomandazione sulla posizione della vittima nel diritto e nella procedura penale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 28 giugno 1985, doc. R (85) 11.

²⁸⁵ Così G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 44.

- a) La partecipazione attiva di reo, vittima e, talvolta, della comunità nel percorso dialogico, caratterizzato dalla comunicazione e dalla condivisione delle rispettive emozioni. Solo attraverso una condivisione intima della sofferenza, può esserci un avvicinamento delle posizioni, guardandosi e ascoltandosi, e solo i protagonisti dell'evento possono «chiudere il cerchio»²⁸⁶, partendo dalle conseguenze traumatiche scaturite dall'evento-reato. La consensualità e volontarietà di tutti i soggetti della partecipazione, dello svolgimento e della conclusione del percorso è una *conditio sine qua non*.
- b) Il riconoscimento della vittima: sia da parte della comunità e della giustizia penale -come abbiamo anticipato, la giustizia penale classica oscura la figura della vittima-, sia da parte dell'autore del reato, che spesso ha una visione “spersonalizzata” della vittima²⁸⁷.
È importante che la parte lesa si senta riconosciuto il proprio dolore e la propria sofferenza, così da poter superare i sentimenti di vendetta e rancore: solo tale riconoscimento «permette all'offeso di conservare il rapporto con la realtà- ancorché dolorosa»²⁸⁸
- c) La riparazione dell'offesa nella sua dimensione globale: quindi, non solo da un punto di vista prettamente economico-risarcitorio, ma soprattutto da un punto di vista «emozionale»²⁸⁹ e “curativo” dei danni arrecati alla vittima con la commissione del fatto.
- d) L'autoresponsabilizzazione del reo: non si può prescindere dalla consapevolezza e dalla volontà del reo di sottoporsi ad un programma di giustizia riparativa, che anche per lui può risultare particolarmente complesso nel momento in cui si trova faccia a faccia con la sofferenza della

²⁸⁶ Così M. RUPIL, F. MOSIELLO, M. CAPONE, *Attraverso l'altro: l'incontro autore-vittima nella mediazione penale minorile*, 2018, n.1.

²⁸⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 104.

²⁸⁸ M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. Giust.*, 2015, n. 2.

²⁸⁹ Così, V. PETRALIA, *La vittima di reato nel processo di integrazione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 86.

vittima, dovendo intraprendere un «percorso di responsabilità verso l'altro, una riflessione sul danno che il reato ha arrecato a qualcuno»²⁹⁰.

- e) Il coinvolgimento della comunità: quest'ultima entra a far parte delle dinamiche riparative, sia come destinataria delle politiche di riparazione, sia come attore nel percorso “di pace”²⁹¹ fondato sull'azione riparativa del reo.
- f) Il rafforzamento degli *standard* morali collettivi: attraverso la gestione “comunicativa” e “comunitaria” del conflitto e dei percorsi riparativi intrapresi si dovrebbe comunicare una precisa indicazione agli altri consociati, risultando così soddisfatta l'esigenza delle teorie di prevenzione generale.

Per quel che riguarda gli strumenti principali con cui si estrinsecano tali obiettivi, propri di una giustizia riparativa sono innanzitutto la mediazione autore-vittima; le scuse formali (*apologies*) da parte dell'autore del reato alla vittima, spesso elaborate in una lettera²⁹²; gli incontri tra vittime e autori di reati analoghi a quelli subiti dalle vittime, in tal modo queste ultime possono raccontare la sofferenza e le conseguenze che hanno subito da quella tipologia di reato; gli incontri di mediazione allargata, (*Community/Family Group Conferencing*), che consistono in una estensione del dialogo anche a familiari o a tutti i soggetti coinvolti, per una elaborazione collettiva della gestione del conflitto; i *conference groups*, che rappresenta una modalità operativa del dialogo esteso ai gruppi parentali e/o del territorio.²⁹³

Una riflessione autonoma merita lo strumento della mediazione con vittima a-specifica, che consiste nell'incontro tra l'autore di un determinato reato e

²⁹⁰ O. FAVERO, *Un modo diverso di pensare alla pena*, in Aa.Vv., *Spezzare le catene del male*, Supplemento al numero 7/2009 di *Ristretti Orizzonti*.

²⁹¹ V. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 109.

²⁹² Uno strumento utilizzato, nella pratica, presso gli uffici per la mediazione, in quelle situazioni in cui non c'è stato modo di avere il consenso per un incontro delle parti, ma l'autore del reato ha voluto esprimere, seppur con un gesto unilaterale, il suo pensiero. Si sottolinea l'importanza, anche in tal caso, della presenza del mediatore, poiché è importante tutela la vittima e la sua volontà e disponibilità, anche nella ricezione della lettera. In Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, Allegato 3.

²⁹³ Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, Allegato 3.

una vittima dello stesso reato commesso, però, da un altro soggetto, qualitativamente omogeneo a quello commesso²⁹⁴. In Italia, seppur poco utilizzata, questa pratica è stata utilizzata dal Centro di Giustizia Riparativa e per la Mediazione di Milano ogni qualvolta non fosse possibile l'incontro fra autore e vittima: per indisponibilità della persona offesa, perché il lungo arco temporale trascorso dal reato, ha determinato la non-volontà dei soggetti ad un incontro diretto o nei casi in cui gli stessi mediatori hanno ritenuto inopportuno l'incontro. I risultati di questo tipo di percorso sono risultati positivi e hanno consentito agli autori di reati anche molto gravi (omicidio, lesioni personali, rapina)²⁹⁵ di percepire l'entità della sofferenza inferta. Cercando di trarre delle considerazioni, mentre da un lato, i più radicali azzarderebbero una sostituzione totale del sistema general-preventivo e retributivo con il paradigma riparativo, dall'altro, più razionale sembra creare le basi per una coesistenza e complementarità dei due modelli, seppur eterogeni ed evidentemente differenti nelle premesse antropologiche e filosofiche²⁹⁶. Nell'ordinamento italiano non mancano "finestre" che permettano l'accesso di misure riparative nell'*iter* processuale penalistico: il processo penale minorile e il procedimento penale la cui competenza è del giudice di pace²⁹⁷, che ha però avuto «esiti fallimentari»²⁹⁸, rispetto al primo. In quest'ultimo contesto, pratiche mediatorie sono previste quando, nei procedimenti per reati perseguibili a querela, il giudice di pace deve effettuare un tentativo obbligatorio di

²⁹⁴ Ibidem

²⁹⁵ In alcune ipotesi i mediatori hanno ritenuto opportuno spingersi oltre e hanno affiancato agli autori di reati di atti persecutori e di violenza sessuale due operatori sociali, rispettivamente una psicologa dello sportello antistalking dell'Ospedale Niguarda di Milano ed una criminologa specializzata a trattare con rei e vittime di reati sessuali. Tali percorsi hanno consentito agli autori di reato di percepire il disvalore del proprio gesto altamente deviante e di entrare in contatto con i vissuti che le vittime si trovano abitualmente ad affrontare all'interno di esperienze tanto dolorose. Così Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, Allegato 3.

²⁹⁶ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica e diritto*, 2017, n.2, p. 356.

²⁹⁷ Per approfondimenti, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, G. MANNOZZI (a cura di), in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 47 ss.

²⁹⁸ G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 859.

riconciliazione, prima di entrare nel merito della questione, e lo può fare avvalendosi anche «delle attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» (art. 29, comma 4 d.lgs. n. 274 del 2000); inoltre, ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, condotte risarcitorie o riparatorie *post delictum* possono incidere sul proscioglimento dell'imputato nel procedimento dinanzi al giudice di pace.²⁹⁹

1.2 (segue) La mediazione

All'interno dei vari programmi di riconciliazione autore-vittima, la mediazione (*victim-offender mediation*) assume un ruolo centrale. Si tratta di un percorso complesso che ruota attorno all'incontro volontario tra vittima e reo in un contesto sicuro³⁰⁰, confidenziale e strutturato³⁰¹, con la presenza di un mediatore³⁰². Quest'ultimo è chiamato a «ricostruire fra le parti uno spazio inter-soggettivo»³⁰³ e a trovare un punto di contatto per poter superare il conflitto e sistemare le cose (*put things right*)³⁰⁴.

²⁹⁹ Così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 858.

³⁰⁰ «C'è chi ritiene fondamentale la collocazione degli uffici di mediazione fuori dai tribunali e dagli altri uffici del sistema giurisdizionale. Inoltre, i centri e gli uffici in cui si attuano programmi riparativi devono essere privi di connotazioni o implicazioni ideologiche (religiose, politiche, culturali, ecc.) ed estremamente spersonalizzati (si pensi a un soggetto incriminato per lesioni personali su minori che si trovi in un ufficio tempestato di fotografie dei figli del mediatore)», così V. PETRALIA, *La vittima nel processo di integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 92.

³⁰¹ L. COMINELLI, *La mediazione penale e la mediazione penale minorile*, in *La mediazione familiare*, A. Cagnozzo (diretto da), 2012, p. 64.

³⁰² «Il tema della formazione alla mediazione è un tema molto discusso. Recenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa (N° R(99)19, 15 settembre 1999) relative alla qualificazione della figura del mediatore in ambito penale indicano come essi debbano: a) essere reperiti in tutte aree sociali e debbano possedere una buona conoscenza delle culture locali e comunitarie; b) essere in grado di dimostrare solide capacità di giudizio e abilità interpersonali necessarie alla mediazione; c) ricevere una formazione di base iniziale e ricevere un *training* nel servizio prima di intraprendere l'attività di mediazione», in A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di cerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p. 108 ss.

³⁰³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 359.

³⁰⁴ G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

La mediazione riesce a colmare l'inefficienza del diritto penale classico nell'occuparsi degli «effetti collaterali»³⁰⁵ del reato e della pena e riesce a liberarli dalle catene del processo formale, analizzando le cause profonde del conflitto³⁰⁶.

Lo scopo della mediazione non è quello di accertare la colpevolezza, ma quello di creare un dialogo, sempre volontario, tra le due parti “rotte” di uno stesso sistema. Il *mediation process* risponde sia all'esigenza vittimologica di riconoscimento del soggetto leso dal reato, sia all'esigenza di responsabilizzazione del reo. L'incontro *face to face* dei soggetti conduce ad una condivisione di sofferenze, emozioni e sentimenti che «consente di riconoscersi dentro una comune dimensione umana»³⁰⁷ e che soprattutto dovrebbe consentire di avvicinare le due parallele interpretazioni³⁰⁸ che molto spesso reo e vittima hanno del conflitto.

Considerando il lato procedurale dei percorsi di mediazione penale, precisamente in ambito minorile, non si può che riferirsi alla prassi dei centri di mediazione, data la mancanza di una normativa sistematica a riguardo e, quindi, è possibile individuare, tra una pluralità di varianti, alcuni momenti fondamentali³⁰⁹, quali innanzitutto la raccolta di informazioni relative ai soggetti, al reato, al contesto, anche attraverso il primo contatto con le parti. Il mediatore³¹⁰, che ha un ruolo centrale nel processo mediativo, inizia a intraprendere una fitta rete di contatti con i protagonisti del fatto, ma anche con i genitori e con gli avvocati, che assumono un ruolo di “custodi delle

³⁰⁵ Ibidem

³⁰⁶ S. VEZZADINI, *La mediazione fra vittima e autore del reato nel contesto italiano*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2004, n. 2.

³⁰⁷ O. FAVERO, *Un modo diverso di pensare alla pena*, in Aa.Vv., *Spezzare le catene del male*, Supplemento al numero 7/2009 di *Ristretti Orizzonti*.

³⁰⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 355 .

³⁰⁹ V. A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p. 108 ss.

³¹⁰ «Soggetto terzo che, sprovvisto dei poteri autoritativi di cui dispone l'organo giurisdizionale e deputato ad agire non secondo la logica (tipica della decisione giudiziale) del *nec utrum* (“né uno né l'altro”), ma secondo quella del “sia l'uno che l'altro”, facendosi “equi-prossimo” alle parti, piuttosto che restare “equi-distante” tra i dialoganti», in G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

garanzie”³¹¹. Questa fase preliminare è fondamentale anche al fine di ricevere un consenso libero e consapevole delle parti, poiché il mediatore illustra e chiarisce tutti i dettagli del procedimento di mediazione ed inizia ad intrecciare un rapporto comunicativo di ascolto e confronto, separatamente, con i protagonisti. La fase successiva prevede un primo incontro del mediatore con ciascuna delle parti, accompagnate dai genitori o eventualmente da un avvocato, e in tale occasione viene chiesto a ciascuno di raccontare quanto accaduto: le circostanze possono essere sempre differenti a seconda dei soggetti, del tipo di reato alla base del conflitto, a seconda anche della posizione processuale del soggetto, e proprio per questo qui rileva la deontologia professionale del mediatore³¹², che deve essere in grado di percepire, comprendere e valutare i presupposti.

Il momento dell’incontro diretto del reo e della vittima è cruciale: è il momento in cui i due soggetti si incontrano, non solo fisicamente, ma a livello emozionale; è il luogo dove si deve rappresentare il conflitto nella sua dimensione simbolica³¹³, quindi si devono abbandonare i “ruoli” di reo e vittima e consecutivamente trovare una via comunicativa per riavvicinare le posizioni, generalmente opposte, dei soggetti.

L’ultimo passaggio dell’*iter* mediativo è la fase in cui viene elaborato e inviato all’autorità giudiziaria l’esito della stessa mediazione, che non sempre viene portata a termine, considerando la componente “umana” e la fragilità che caratterizza emotivamente i due protagonisti. Questo momento, così come quello iniziale, in cui il paradigma riparativo entra in contatto con la giustizia penale, sono i più discussi e i più ostici, da cui derivano le maggiori incertezze e i maggiori ostacoli ad un reale sviluppo della giustizia riparativa. Attorno alla valutazione del processo di mediazione vi è un ulteriore problema legato a due esigenze contrapposte: da un lato quella dei mediatori di mantenere una sorta di “segreto professionale” sui dettagli

³¹¹ A. CERETTI, *Mediazione, in Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p. 108 ss.

³¹² *Ibidem*

³¹³ *Ibidem*

trapelati in fase di incontro, potendo quindi stendere una sintetica relazione; dall'altro quella del giudice o del pubblico ministero che, per formare una decisione in base all'esito della mediazione, necessitano di informazioni precise.³¹⁴

2. *Restorative justice* e procedimento penale minorile

L'esigenza di percorrere strade meno afflittive e più concretamente efficienti per la lotta alla criminalità minorile ha condotto, ormai da tempo, ad una diversa idea di giustizia che ha l'obiettivo di avvicinare le figure contrapposte del reo e della vittima, oltre che della comunità. Come abbiamo avuto modo di precisare in precedenza, nella situazione del minore "in conflitto con la legge" si cerca di abbandonare quanto più possibile le misure repressive classiche, come la detenzione, preferendo invece percorsi che conducano alla responsabilizzazione, alla maturazione, all'educazione del soggetto, attraverso l'inclusione e la partecipazione attiva.

Nell'elaborare un sistema di giustizia minorile gli obiettivi da raggiungere devono essere la protezione dello stesso minore reo dalla stigmatizzazione del processo e dagli «effetti iatrogeni del contatto con la giustizia penale»³¹⁵, la prevenzione e (la sovente trascurata) tutela della vittima. Un'espressione coniata e molto utilizzata nel panorama delle fonti legislative europee è quello della *child-friendly justice*, ovvero una giustizia "amica" del giovane adolescente, che prevede la sperimentazione di percorsi diversi da quelli repressivi, come forme di *diversion* o metodi alternativi di risoluzione dei conflitti che ben si conciliano con le finalità educative e di responsabilizzazione del reo. In questo scenario si inserisce la *restorative justice*, che da qualche anno ha ricevuto delle definizioni "ufficiali"³¹⁶.

³¹⁴ Per approfondimenti, V. A. CERETTI, *Mediazione*, in *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004, p. 117.

³¹⁵ V. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

³¹⁶ Così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

Un riferimento imprescindibile in materia di *restorative justice* è ai *basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, che definiscono la giustizia riparativa come «qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»; i *restorative processes* possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali (*conferencing*) e i consigli commisurativi (*sentencing circles*).³¹⁷

A livello europeo oggi fonte fondamentale per tale tematica è la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. La direttiva è improntata su «un'apertura condizionata»³¹⁸: da un lato tende a specificare e limitare i presupposti per il ricorso ai percorsi riparativi, dall'altro ne amplia il campo di applicazione. Per quel che riguarda il primo punto si specifica, nel Considerando 46 della direttiva, innanzitutto che i percorsi di giustizia riparativa devono evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta della vittima, l'intimidazione e le ritorsioni, precisando che nello svolgere un processo di questo genere deve tenersi conto «di fattori come la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima». E di nuovo nell'art. 12 comma 1 si prescrive che gli Stati membri adottino misure che garantiscano e proteggano le vittime dalla vittimizzazione secondaria proprio nel corso del procedimento di giustizia riparativa ed inoltre lo stesso articolo prescrive che i procedimenti siano intrapresi a delle precise condizioni, tra cui, alla lett. a), «nell'interesse della vittima» e «basati sul

³¹⁷ L'organizzazione che l'ha emanata e l'intrinseca struttura definitoria conferiscono a questa definizione rispettivamente autorevolezza e affidabilità scientifica, così gli Stati Generali, nel Tavolo 13, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime.

³¹⁸ Così F. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012 .

suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento». Le successive condizioni elencate nel medesimo articolo sono: il riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte dell'autore, la volontarietà con cui è raggiunto ogni accordo e la riservatezza delle discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito del processo di giustizia riparativa.

Partendo dall'assunto dell'art. 9 della direttiva, che «un reato non è solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti inviolabili delle vittime», vengono specificate ulteriori previsioni funzionali allo scopo di effettiva tutela e protezione della vittima, come l'accesso ai servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti prima, durante e dopo il procedimento penale (art. 8), o l'adeguata formazione, generale e speciale, degli operatori che potrebbero entrare in contatto con le vittime, come gli agenti di polizia o il personale giudiziario.

La direttiva procede anche ad una estensione della definizione di vittima, poiché, nell'art. 2 comma 1, lett. ii) della direttiva in questione, si specifica che si intende per vittima anche «un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona», dunque la c.d. vittima indiretta, che era invece assente nella decisione quadro 2001/220/GAI. Questo viene inoltre ulteriormente confermato dall'inserimento di altre tipologie di servizi di giustizia riparativa, oltre alla mediazione³¹⁹, quali il dialogo esteso ai gruppi parentali (il c.d. *Family group conferencing*) e i consigli commisurativi (*sentencing circles*), che possono risultare un grande beneficio per le vittime.

La direttiva, dunque, ha il merito di individuare le procedure e le modalità di attuazione della *restorative justice*, ma imponendo il principio secondo il quale tali programmi riparativi devono svolgersi nell'interesse primario della vittima.³²⁰

³¹⁹ Unica forma di giustizia riparativa in precedenza prevista dalla decisione quadro 2001/220/GAI.

³²⁰ V. F. PARISI, *i confini della restorative justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim-centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*

Da ultimo, il Comitato dei ministri ha elaborato una Raccomandazione agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale, adottata il 3 ottobre 2018, con la quale si spronano gli Stati a sviluppare e utilizzare la giustizia riparativa nell'ambito dei rispettivi sistemi di giustizia penale. In quest'ultima Raccomandazione, al punto 4, si specifica che nel dialogo tra la vittima e l'autore del reato, possono essere incluse altre persone direttamente o indirettamente toccate dal reato, «ciò può comprendere persone che sostengono le vittime o gli autori dell'illecito, operatori interessati e membri o rappresentanti delle comunità colpiti».

Inoltre, merito della suddetta Raccomandazione è quello di cercare di diffondere «la cultura dialogica e conciliativa»³²¹ che è sottesa alla giustizia riparativa, dedicando l'ultima parte all'«evoluzione della giustizia riparativa» e prevedendo, negli artt. 59, 60 e 61, che la giustizia riparativa possa essere usata proattivamente, fuori dall'ottica del reato, ma ad esempio per una risoluzione pacifica dei conflitti tra detenuti e operatori penitenziari, oppure per il mantenimento delle relazioni tra detenuti, tra questi e le proprie famiglie, così da costruire una vera e propria «cultura riparativa».

Per sopperire alla mancata attuazione dell'Italia di quanto richiesto dalle fonti sovranazionali, è stato redatto dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza un documento di studio e di proposta sulla mediazione penale ed altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile, che si prefigge, appunto, l'obiettivo di «facilitare il raffronto tra la giustizia della bilancia e della spada e quella dell'ago e del filo»³²² e diffondere nella prassi soluzioni processuali che consentano la coesistenza dei due sistemi di giustizia.

La mancanza di una disciplina non ha del tutto limitato, quindi, la predisposizione di percorsi di giustizia riparativa, che si sono diffusi nella prassi e permeano vari momenti e istituti del processo minorile, creando

³²¹ C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 53.

³²² Documento di studio e di proposta dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, Roma, 2018.

però, talvolta, dei problemi applicativi, provocati dal fatto che gli innesti normativi sono generici e non privi di ambiguità³²³ e dalla mancanza di una disciplina sistematica.

L'Autorità garante sembra preferire l'avvio di percorsi di mediazione o giustizia riparativa già nelle fasi iniziali del procedimento, prima della fase processuale, quindi già dal momento delle indagini preliminari. A questo proposito in molti distretti di Corti d'appello sono stati intrapresi percorsi di mediazione ai fini della valutazione della personalità del minorenne ai sensi dell'art. 9 d.P.R. n. 488 del 1988. L'autorità giudiziaria, infatti, per considerare la rilevanza del fatto e svolgere un giudizio prognostico sul comportamento del minore, può approfondire l'indagine personologica assumendo informazioni sull'«universo vitale»³²⁴ dello stesso e può rivolgersi agli operatori degli uffici di mediazione per valutare se vi siano le circostanze per intraprendere un percorso di mediazione reo-vittima. Tale «finestra» d'accesso per i percorsi di giustizia riparativa risulta uno strumento utile per eventuali successive evoluzioni del processo, come la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto *ex art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988*, in base alla quale il giudice deve valutare l'occasionalità del comportamento e la tenuità del fatto, quando ritenga che la prosecuzione del procedimento risulterebbe pregiudizievole per le esigenze educative del soggetto³²⁵.

Procedendo a tali valutazioni, il giudice non può che valutare anche eventuali percorsi di mediazione tra vittima e reo che abbiano avuto una risoluzione positiva e sui quali, quindi, fondare il giudizio sulla tenuità del fatto, «letto in chiave dinamica come “attenuato” dall'eventuale epilogo riconciliativo-riparatorio»³²⁶.

³²³ G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 858.

³²⁴ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 254.

³²⁵ C. CESARI, *Le alternative* (Parte II: *Le strategie di diversion*), in Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 105.

³²⁶ V. G. ROSSI, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in rassegna penitenziaria e criminologica, 2015, n. 1.

L'inchiesta psico-sociale svolta dai servizi³²⁷ ai sensi dell'art. 9 d.P.R. 448/88, è propedeutica anche per la sospensione del processo con messa alla prova. L'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988 prevede che il giudice minorile possa sospendere «con ordinanza il processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova» e con il provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa. Quest'ultima previsione è uno dei pochi chiari riferimenti alla giustizia riparativa, più precisamente alla mediazione penale, presenti nella normativa italiana e nella prassi è una delle più applicate, e, nonostante sia privo di una dettagliata disciplina riguardo alle modalità o alle forme di ingresso, se ne ricava comunque il requisito della volontarietà della partecipazione, considerando che il giudice predispone unicamente delle indicazioni per intraprendere la mediazione, prescindendo dalla sua conclusione. Per affermare maggiormente il requisito della volontarietà per la partecipazione alla mediazione, alcuni tribunali hanno deciso di svincolare il percorso riparativo dalla messa alla prova, così da confutare ogni dubbio sulla «natura solo promozionale, e non anche prescrittiva»³²⁸ dell'attivazione della mediazione. È pacificamente attuato, anche dai tribunali che prevedono prescrizioni riguardo la mediazione nella concessione della messa alla prova, il principio per cui l'eventuale interruzione o fallimento del percorso di giustizia riparativa non tange in alcun modo la valutazione della messa alla prova; al contrario, se positivamente conclusi i percorsi di mediazione e di messa alla prova, questo determina ai fini dell'estinzione del reato. Si rammenta che i percorsi di mediazione, ma in generale di *restorative justice*, si caratterizzano proprio per la partecipazione della/e persone offese dal reato, dalle quali potrebbe eventualmente derivare l'interruzione del percorso. Tuttavia, il documento dell'Autorità garante mette in luce che

³²⁷ C. CESARI, *Le alternative* (Parte II: *Le strategie di diversion*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019, p. 229.

³²⁸ Documento di studio e di proposta dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, Roma, 2018.

l'efficacia del percorso di giustizia riparativa *ex art.* 28 d.P.R. 488/88, se da un lato risulta positiva non prevedendo limiti oggettivi di accesso e quindi potendo essere concessa anche ai minori condannati per reati gravi, dall'altro subisce il limite della fase processuale in cui si inserisce la sospensione con messa alla prova, ovvero in una fase già avanzata del processo, per cui risulta anche più complicato per la persona offesa decidere, dopo svariato tempo, di riaprire “vecchie ferite”: non si dimentichi che si deve sempre evitare la vittimizzazione secondaria della persona offesa. Tuttavia, sembrerebbe più corretto parlare di *Kairos*, piuttosto che di *Kronos*, perché ogni programma di giustizia riparativa ha il suo tempo giusto per essere intrapreso e «bisogna dare rilievo al tempo della persona».³²⁹

Gli strumenti di giustizia riparativa possono inoltre risultare utili nel caso di soggetti minori di quattordici anni che *ex lege* non sono ritenuti imputabili; in tali casi il Documento dell'Autorità Garante rileva delle difficoltà per gli operatori che non dispongono di soluzioni alternative adeguate e con una connotazione educativa rispetto al soggetto ritenuto non imputabile, trovando quindi nei percorsi di *restorative justice* una risposta positiva.

Infine, lo stesso Documento contempla un'ulteriore circostanza in cui i percorsi di giustizia riparativa possono risultare un veicolo per determinare il *favor minoris*: l'istituto del perdono giudiziale *ex art.* 169 c.p., che prevede la possibilità di “perdonare” il minore la cui responsabilità penale sia stata accertata, quando si verificano contestualmente determinate condizioni, tra cui la partecipazione positivamente valutata ai percorsi di *restorative justice*.

Tuttavia, queste prassi, seppur diffuse sul territorio, sono state pur sempre frutto della «volontà di pochi appassionati e affidate, quanto al loro funzionamento, all'impegno di volontari e del privato sociale, o alla lungimiranza di qualche sindaco, assessore, dirigente ministeriale o

³²⁹ V. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Le tre sfide della giustizia riparativa: normativa, prassi e formazione*, in *Minorigiustizia*, 2016, n. 1.

presidente di tribunale»³³⁰ e la mancanza di un sistema normativo esaustivo in materia ha portato alle ambiguità di cui si diceva all'inizio.

Ad esempio, una critica che viene mossa al ricorso di percorsi di giustizia riparativa nella fase della cognizione è legata alla possibilità che questi intacchino negativamente il procedimento penale in corso, posto che l'accesso a percorsi di *restorative justice*, come specificato anche da varie fonti sovranazionali, è subordinato al riconoscimento da parte dell'imputato quanto meno dei fatti essenziali del caso³³¹. Si ritiene, inoltre, che dovrebbero essere previste delle regole tese ad escludere l'utilizzabilità probatoria, senza il consenso dell'imputato, di informazioni e dei dati emersi in sede di mediazione o altro percorso riparativo infruttuosamente esperiti³³², pena la lesione del *principio nemo tenetur se detergere* e del diritto di difesa.³³³

Si è, infine, posto un problema di coordinazione per salvaguardare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, quando l'esito positivo della riparazione potrebbe portare alla conclusione del caso già in fase di indagini preliminari; a tal proposito, ad esempio, la declaratoria di irrilevanza del fatto non è stata prevista come un'ipotesi di archiviazione, ma prevede l'emanazione di una sentenza, dunque, con il previo esercizio dell'azione penale.³³⁴

L'obiettivo del Documento redatto dall'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza è quello di orientare le istituzioni competenti con delle raccomandazioni riguardanti la disponibilità e l'accesso alla mediazione penale e ai percorsi di giustizia riparativa, la disciplina normativa *de iure condendo*, le modalità di innesto di tali percorsi nel procedimento penale,

³³⁰ G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 871.

³³¹ Così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 865.

³³² *Ibidem*

³³³ Tali criticità potrebbero essere risolte facendo leva sul consenso dell'imputato (art. 111 comma 5 Cost.) ad entrare nelle «dinamiche di "autoriduzione" del processo», così G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in riferimento a C. CESARI, *Le alternative* (Parte II: *Le strategie di diversione*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019

³³⁴ V. G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2019.

reti per la giustizia riparativa e la sensibilizzazione, informazione e formazione.

2.1 (Segue) Giustizia riparativa nella fase esecutiva

Il momento in cui l'innesto di percorsi riparativi risulterebbe più semplice è proprio nella fase dell'esecuzione della pena, sia *intramoenia* che extramuraria, poiché si evita il problema legato al principio del *nemo tenetur se detergere*, non essendo più in discussione, *post iudicatum*, la responsabilità del reo rispetto al fatto-reato.³³⁵

Sul territorio nazionale già negli anni '90 si è intrapreso un dibattito giurisprudenziale sul risvolto applicativo delle «prescrizioni riparatorie» dell'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, il quale tra le prescrizioni cui sottoporre l'affidato, al settimo comma prevede che questi «si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato». Tuttavia, la coniugazione del paradigma riparativo in questo contesto normativo, non è sembrato coerente con il concetto di attività riparativa espresso dalle fonti sovranazionali, anzi risulta «antitetico»³³⁶: la partecipazione dell'autore del reato deve essere libera, consapevole e volontaria³³⁷ e non può essere indotta attraverso «inflizione, di condanna, di prescrizione o di comando»³³⁸.

Dunque, l'art. 47 comma 7 ord. penit. non rappresenta «un modello di giustizia riparativa, in particolare di mediazione penitenziaria»³³⁹, sia per il motivo, appena detto, della mancanza di libertà e spontaneità della

³³⁵ Così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 865.

³³⁶ Così M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

³³⁷ «Né la vittima né l'autore del reato dovrebbero essere indotti con mezzi non corretti ad accettare la mediazione» si afferma al § IV, punto 11 della Raccomandazione (99)19

³³⁸ M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

³³⁹ Così M.G. COPPETTA, *Art. 47 ord. penit.*, in F. FIORENTIN- F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019, p. 592.

decisione³⁴⁰, sia per l'assenza di componente comunicativo-relazionale con la vittima.³⁴¹

In questo contesto di dibattito, nel 2002 fu istituita una Commissione di studio con il nome "Mediazione penale e giustizia riparativa"³⁴², con lo scopo di elaborare delle iniziative di giustizia riparativa sul territorio³⁴³ e di realizzare delle linee guida per uniformare e armonizzare le pratiche di giustizia riparativa, che successivamente è stata sostituita dall'Osservatorio permanente sulla giustizia riparativa e la mediazione penale, il quale ha assunto un ruolo molto importante di monitoraggio e gestione dei percorsi riparativi, coadiuvato da una serie di organi esterni, quali associazioni o referenti regionali³⁴⁴.

Vari progetti molto interessanti di giustizia riparativa fra carcere e territorio sono stati intrapresi a partire dal 2010 in alcuni istituti del Nord Italia,

³⁴⁰ Il consenso non solo deve essere libero, ma deve fondarsi su «una scelta realmente consapevole, che per essere tale è importate sia preceduta da accurate informazioni circa il significato della mediazione, le sue modalità di svolgimento, gli effetti degli accordi, raggiunti», così A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010.

³⁴¹ Infatti, ai fini dell'ammissione al propation penitenziario, ciò che conta è la prognosi positiva circa l'idoneità della misura a contribuire alla rieducazione del reo ed a fronteggiare la sua residua pericolosità sociale, senza che abbia rilievo preclusivo la mancanza di una ri-lettura del crimine, da parte del reo, che tenga conto anche delle vittime, così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 868.

³⁴² Coordinata dalla dott.ssa Giuffrida, è stata istituita dal capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria con decreto del 26 febbraio 2002 ed ha visto tra i componenti, oltre ad alcuni dirigenti e funzionari dell'amministrazione stessa, alcuni esperti esterni e precisamente il prof. Adolfo Ceretti, la prof.ssa Gilda Scardaccione, la prof.ssa Claudia Mazzuccato, il dott. Maurizio Azzolini e il dott. Giovanni Ghibaudi, così M.P. Giuffrida, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

³⁴³ La Commissione ha prodotto due importanti documenti: il primo nel 2004 consistente in un «Monitoraggio delle esperienze di riparazione del danno nell'affidamento in prova al servizio sociale»; il secondo nel 2005 che rappresenta un compendio delle riflessioni della Commissione stessa e contiene delle linee di indirizzo sull'applicazione del paradigma riparativo nell'esecuzione penale di condannati adulti. Il secondo è stato recepito dal Dipartimento ed inviato con circolare a documento con firma del vicecapo del Dipartimento, n. 3601/6051 del 14/06/2005, con l'indicazione di alcune direttive e metodologie tecnico-professionali da applicare nelle sedi periferiche, così M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

³⁴⁴ Per approfondimenti, così M.P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

precisamente presso la Casa di reclusione di Milano Bollate, la Casa Circondariale di Torre del Gallo a Pavia e presso la Casa Circondariale di Vigevano³⁴⁵. Nell'ambito di tali progetti sono state sperimentate non solo pratiche di mediazione reo-vittima, ma anche altri strumenti, in Italia ancora meno utilizzati, come la mediazione con vittima a-specifica, o i *conference groups*. Proprio seguendo quest'ultimo modello si è attivato un lavoro a più livelli, includendo persone detenute, operatori, agenti, volontari, cittadini; sono stati creati dei laboratori nei quali sono state affrontate varie tematiche, inizialmente ogni gruppo è stato separato, per poi arrivare ad uno scambio e ad un «dialogo allargato»³⁴⁶, con il supporto dei mediatori. Questi percorsi di riflessione e confronto sui temi del conflitto, della sofferenza, delle fragilità, hanno, in un secondo momento, permesso e facilitato l'attivazione di ulteriori attività riparative da parte dei detenuti.

Il documento dell'Autorità Garante si concentra principalmente su percorsi di giustizia riparativa e mediazione attivabili nella fase della cognizione, o ancora prima, all'inizio del procedimento, nella fase delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, ritenute preferibili perché cronologicamente più vicine al momento del reato. Al contrario, dai lavori del Tavolo 13 degli Stati Generali, e non solo, è emerso che ai programmi di giustizia riparativa si dovrebbe poter accedere in qualsiasi stato e grado del procedimento, cercando di creare un vitale rapporto di complementarietà tra la giustizia penale e dette procedure extra-giudiziarie³⁴⁷, potendo in tal caso parlare di «pluralismo giuridico»³⁴⁸, e si è, inoltre, specificato che anche nel momento dell'esecuzione della pena si deve garantire una via di accesso ai programmi di *restorative justice*.

³⁴⁵ Tali progetti sono stati realizzati da Dike-Cooperativa e da Adolfo Ceretti, Matteo Balestrieri, Laura Vaira, Carlo Riccardi, Francesco di Ciò, in F. Brunelli, La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

³⁴⁶ Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime, Allegato 3.

³⁴⁷ Ibidem

³⁴⁸ V. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Le tre sfide della giustizia riparativa: normativa, prassi e formazione*, in *Minorigiustizia*, 2016, n. 1.

Inoltre, le stesse fonti sovranazionali prevedono il ricorso a tali percorsi anche in fase esecutiva, infatti l'art. 6 della Rec (2018)⁸ prevede che la giustizia riparativa «può costituire parte di una pena o intervenire dopo la comminazione o espiazione della stessa».

Proprio il decreto legislativo n. 121 del 2018, con un promettente esordio, aveva fatto ben sperare in una disciplina sistematica della giustizia riparativa.

Il secondo comma dell'art. 1 del decreto appena citato precisa, con una «gerarchia non casuale»³⁴⁹, che «l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato», e deve tendere, altresì, a favorire la responsabilizzazione, l'educazione, lo sviluppo psicofisico del minore, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e la prevenzione del rischio di recidiva.

Il legislatore delegato, come si nota, ha riempito di grande valore l'*incipit* del decreto legislativo, annunciando e valorizzando gli obiettivi cui deve tendere l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni e, lo fa dando il primato ai percorsi di giustizia riparativa e alla mediazione reo-vittima, come si deduce anche dalla presenza dell'avverbio “altresì” tra i due periodi³⁵⁰; anche la scelta lessicale “deve favorire”, fa ritenere la perentorietà con la quale si dovesse stabilire e disciplinare un sistema di *restorative justice* e di mediazione reo-vittima.

Quello che si rileva dalla storia normativa è che in realtà la disciplina della giustizia riparativa non era prevista da nessuno degli otto criteri rispetto alla disciplina dei minori autori di reato, elencati nella lett. p) dell'art. 1 comma 85 l. n. 103 del 2017, ma cercando un riferimento lo si potrebbe scorgere nella generale previsione dell'art. 1 comma 85 lett. f) della medesima legge in cui si richiede la «previsione di attività di giustizia riparativa e delle

³⁴⁹ Così F. DELLA CASA, *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, 2019, p. 265.

³⁵⁰ C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 48.

relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative», che si riferisce genericamente innanzitutto agli adulti. Da un lato questa indicazione della delega non è stata seguita nella disciplina della riforma dell'ordinamento penitenziario degli adulti, in cui non si intravede, infatti, alcuna introduzione in tema di mediazione o giustizia riparativa, dall'altro il promettente *incipit* dell'ordinamento penitenziario minorile delude le aspettative, pur citando autonomamente i percorsi riparativi e la mediazione, senza che fosse previsto dalla delega e neanche nella Relazione illustrativa -nella quale si parla degli obiettivi dell'esecuzione della pena, senza distinguere tra quelli dell'art. 1 comma 2 d. lgs. 121 del 2018-.

Gli unici riferimenti che si possono rintracciare nella delega dell'ordinamento penitenziario minorile si possono trovare, interpretandoli estensivamente, nei criteri nn. 7 e 8, che riguardano rispettivamente l'istruzione e la formazione professionale come «elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni», e «il rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criteri guida nell'attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale»; entrambi non direttamente legati alla giustizia riparativa, ma in modo ampio comunemente ricollegabili alle finalità educative, di socializzazione, di recupero del minore.

Sarebbe stato auspicabile che lo stesso legislatore delegato avesse previsto un criterio-guida specifico contenente le indicazioni degli strumenti e delle modalità con cui il delegato avrebbe dovuto attuare i modelli di giustizia riparativa e mediazione, oltretutto nel rispetto delle specificità della condizione minorile, considerando ad esempio momenti delicati come la prestazione del consenso per l'avvio di percorsi riparativi, o la competenza di un mediatore che si interfaccia con i minori.³⁵¹

Si è, inoltre, abbandonato per strada il progetto redatto dalla Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, che disciplinava pedissequamente gli strumenti, le fasi, le garanzie dei modelli di giustizia riparativa e

³⁵¹ Ibidem

soprattutto di mediazione penale. Nell'art. 1 della proposta di intervento della Commissione si legge la definizione di giustizia riparativa, che «deve consistere in ogni procedimento, che coinvolga l'autore di reato, la vittima e la comunità, diretto ad affrontare il conflitto generato dal reato e a ripararne gli effetti» e nella relativa relazione di accompagnamento si esplica l'intenzione di realizzare una legge autonoma riguardante la materia della giustizia riparativa che ne descriva: presupposti applicativi³⁵², tipo di programmi³⁵³, condizioni di accesso, standard di formazione dei mediatori e soprattutto si precisa che queste sono pensate «con riferimento ai programmi di giustizia riparativa da espletare nella fase esecutiva della pena».

Nella fase esecutiva, come si nota dalla dizione dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 121 del 2018, non vengono intrapresi degli autonomi percorsi di giustizia riparativa, la quale sembra in ogni caso fungere da strumento trattamentale per il recupero sociale del minore³⁵⁴, ovvero come appendice della pena detentiva.

Non si deve dimenticare la centralità del consenso volontario e libero che la vittima e l'autore prestano per la partecipazione ai percorsi riparativi; infatti, il categorico «deve» contenuto nel testo del comma 2 dell'art. 1 d.lgs. 121 del 2018, non vuole imporre l'applicazione indistinta e automatica dei percorsi in oggetto, ma vuole sollecitare l'autorità competente a «favorirli», nei limiti del possibile³⁵⁵. Si deve considerare, inoltre, che la fase esecutiva può intervenire anche dopo molto tempo dall'accadimento del fatto e per

³⁵² L'art. 1 stabiliva che per l'attivazione dei programmi di giustizia riparativa – anche ad iniziativa della vittima – occorresse il consenso delle persone coinvolte; che tali programmi non potrebbero essere assunti come sanzione o condizione per l'accesso ai benefici; che la mediazione penale e ogni altro programma di giustizia riparativa venissero svolti con l'apporto professionale dei «mediatori penali», così G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 872.

³⁵³ L'art. 7 dello schema di d.lgs. individuava tre tipologie di programmi di giustizia riparativa: a) la «mediazione reo-vittima», b) «la mediazione reo-vittima aspecifica», c) l'incontro guidato dal mediatore tra gruppi di autori di vittime aspecifiche dello stesso di reato».

³⁵⁴ F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica e diritto*, 2017, n.2, p.358.

³⁵⁵ C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 56.

questo rileva ancora di più il consenso della vittima, per evitare la vittimizzazione secondaria. In caso di rifiuto da parte della vittima, si possono individuare eventualmente ulteriori percorsi riparativi, tenuto conto che dal testo «percorsi di giustizia riparativa e mediazione» si deduce che la mediazione risulta come l'opzione preferibile, ma nel ventaglio della giustizia riparativa ve ne sono altre³⁵⁶.

Si può affermare, dunque, che lo spazio di applicazione della previsione è molto ampio, non essendo circoscritto in una fase specifica dell'esecuzione della pena e potendo quindi essere intrapreso subito, o in un secondo momento, e monitorandolo, in coerenza con la flessibilità del progetto educativo e del trattamento minorile. Infine, è da apprezzare la scelta di riferirsi alle vittime e non meramente alle persone offese dal reato, impiegando una denominazione più sociologica che processualpenalistica³⁵⁷.

La reale criticità del d.lgs. 121 del 2018 risiede nell'aver ommesso qualsiasi riferimento alle circostanze e alle modalità di applicazione dei percorsi riparativi o di mediazione e dunque, quello che si può fare è valutare gli «spazi normativi»³⁵⁸ maggiormente fertili per l'inserimento di tali percorsi. Indubbiamente la prima sede opportuna per l'attuazione di percorsi riparativi risulta essere l'esecuzione esterna, infatti le misure penali di comunità, ex art. 2 comma 1 d.lgs. n. 121 del 2018, devono «favorire l'evoluzione positiva della personalità» e «un proficuo percorso educativo e di recupero» per il minore; tali requisiti sarebbero indubbiamente soddisfatti dall'applicazione, ad esempio, della mediazione, come momento di responsabilizzazione del minore reo che si confronta con la vittima.

³⁵⁶ Nell'art. 7 della Bozza delle «disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima», infatti, vengono elencati i diversi contenuti dei programmi in questione, che possono consistere: nella mediazione reo-vittima, nella mediazione reo-vittima aspecifica o nell'incontro guidato dal mediatore tra gruppi di autori e di vittime aspecifiche dello stesso tipo di reato; si aggiungeva poi che oltre queste ipotesi esemplificative, i programmi potessero essere strutturati anche in modo diverso. In C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 57.

³⁵⁷ Ibidem

³⁵⁸ G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2019.

Inoltre, considerata la portata generale dell'art. 1 comma 2 del decreto in esame, si dovrebbe ritenere che tutte le misure di comunità siano compatibili con la partecipazione a percorsi di giustizia riparativa, adattati evidentemente alle esigenze e alla volontà delle parti. Nell'ambito dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 4 d.lgs. n. 121 del 2018), la giustizia riparativa si potrebbe inserire nelle previsioni del programma di intervento educativo redatto ai sensi del secondo comma dell'art. 4, che alla lett. a) prevede genericamente «attività comunque utili per l'educazione e l'inclusione sociale».³⁵⁹ Così, anche per le altre misure penali di comunità, si possono inserire progetti di giustizia riparativa nell'ambito dei rispettivi programmi di intervento educativo. Tuttavia, si ritiene, che il giudice debba comunque assicurarsi della volontà del soggetto di parteciparvi, considerato che i modelli di giustizia riparativa non possono essere eteroimposti³⁶⁰, dovendosi basare sull'adesione libera e consapevole delle parti.

Anche quando il minore condannato sia destinato all'esecuzione intramuraria, dovrebbe garantirsi la possibilità di accesso ai modelli riparativi, presumibilmente, attraverso la predisposizione entro tre mesi dall'accesso in istituto, del progetto di intervento educativo; in sede di ascolto del condannato, si ritiene che gli possa essere proposta la partecipazione a percorsi riparativi, separatamente richiesta anche alla vittima. Si rammenti, in ogni caso, che i percorsi di giustizia riparativa e mediazione devono essere assolutamente volontari per tutti i partecipanti ed è necessaria quindi la richiesta del consenso da parte dell'ufficio di servizio sociale, che raccoglie informazioni e segue il percorso del minore.

³⁵⁹ In C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 61, per cui «lascia non poco perplessi il fatto che proprio nel settore minorile, nel quale la giustizia riparativa dovrebbe essere uno degli elementi fondanti, il legislatore non abbia riportato l'espressione dell'art. 47 comma 4 ord. penit., secondo cui nel verbale di affidamento in prova deve stabilirsi che l'affidato «si adoperi in quanto possibile in favore della vittima»». «Ma si deve credere che il passaggio sia ora assorbito dalla clausola generale di cui all'art. 1 comma 2 d.lgs. 121/2018».

³⁶⁰ C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 65.

È certamente encomiabile³⁶¹ la scelta del legislatore delegato di proclamare il primato di percorsi di mediazione e giustizia riparativa in fase esecutiva, ma dall'altro lato, non avendo proseguito con una sistematica normazione del tema, si è assunto il rischio che, nella pratica, si creasse un *vulnus* alle garanzie dei partecipanti. La mancanza di una disciplina dedicata, soprattutto in ambito minorile, conduce, evidentemente, all'interpretazione come unico mezzo per alimentare le prassi non regolamentate dei percorsi riparativi. Conclusivamente, si deve rilevare anche che, la previsione di cui si discute e la sua collocazione rendono chiara l'idea del legislatore di voler garantire percorsi di giustizia riparativa anche nella fase dell'esecuzione della pena, dimostrando così, quantomeno l'intenzione di voler costruire un sistema penale fondato sulla complementarità tra giustizia riparativa e giustizia tradizionale.

Siamo ancora lontani da un simile risultato, l'auspicio è che si tratti dell'inizio di un valido e complessivo progetto riformatore.

³⁶¹ Ibidem

Bibliografia

BERTOLINO M., *Per una esecuzione della pena detentiva “a misura di minore”*: socializzazione, responsabilizzazione e promozione della persona, in *Diritto penale e processo*, 2019, 2.

BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, PALOMBINI G., BORRÈ G. (a cura di), Milano, 1998.

BOUCHARD M., *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 2.

BUZZELLI S., *Gli sfondi normativi (Parte I: la disciplina sovranazionale)*, in Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019.

CARACENI L., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, parr. 1,2,3.1,11,12.

CARACENI L., *Vicende esecutive delle misure penali di comunità*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L.CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 217 ss.

CARACENI L., COPPETTA M.G. (a cura di), *Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, Torino, 2019.

CARACENI L., *Una legge penitenziaria per i minorenni autonoma e speciale*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 15.

CASTROGIOVANNI R., SEMINARA E., *Il trattamento cesaroo intra moenia e il progetto di intervento educativo: dall'ingresso in istituto alla dimissione*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 251

CATTATELUCCI C., VITRANO F. *Le ragioni della giustizia minorile: il sistema delle norme e la protezione dei diritti*, *Minorigiustizia*, 2018, n.1, p. 11.

CERETTI A., *Mediazione, Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Centro di studi e di ricerca sulla giustizia minorile, Università degli studi di Macerata, Milano, 2004.

CESARI C., *La giustizia riparativa nel sistema penitenziario minorile: un nuovo orizzonte ancora incerto*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, CARACENI L., COPPETTA M. G. (a cura di), Torino, 2019.

CESARI C., *Le alternative (Parte II: Le strategie di diversion)*, in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019.

CESARI L., *Parturiunt montes nascitur il d.lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, Commento al d.lgs.2 ottobre 2018, n. 121, CARACENI L. e COPPETTA M.G. (a cura di), Torino, 2019, p. 153 ss.

CIAVATTINI S., ANGHINONI L., PRANDINI P., *Suicidio, tentato suicidio e autolesionismo: un confronto tra strutture penitenziarie per adulti e istituti penali minorili*, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 4.

CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010.

CICERO V., *Hegel, Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 1996.

COLOMBO G., *La giustizia riparativa può essere sistema?*, in *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

COMINELLI L., *La mediazione penale e la mediazione penale minorile*, in *La mediazione familiare*, A. Cagnozzo (diretto da), 2012, p. 64.

COPPETTA M.G., *Art. 47 ord. penit.*, in FIORENTIN F., SIRACUSANO F. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019.

COPPETTA M.G., *Le scelte di fondo dell'esecuzione penale "aperta"*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, commento al d.lgs.2 ottobre 2018, n. 121*, CARACENI L. e COPPETTA M.G. (a cura di), Torino, 2019, p.131.

CURI U., *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

DARAI G., *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

DE LEO G., BOSI D., CURTI GIALDINO F., *Progetto, identità, relazione nella genesi dell'azione deviante*, in: *Psichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza*, vol. 53, 3, 1986.

DELLA CASA F., *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2019.

DELLA CASA F., *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria (parte II)*, in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019.

DELLA CASA F., *Misure di sicurezza e sistema penitenziario*, capitolo VII, (Parte II: *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019.

DELLA CASA F., GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019.

Di Nuovo G., Grasso, S., *Diritto e procedura penale minorile: profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005.

Di Paolo G., *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile* www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2019.

DURKHEIM E., *La divisione sociale del lavoro*, Milano, 1962.

EUSEBI L., *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, n.1.

FAVERO O. “*Un modo diverso di pensare alla pena*”, in Aa.Vv., *Spezzare le catene del male*, Supplemento al numero 7/2009 di *Ristretti Orizzonti*.

FILOCAMO F., *Il principio di territorialità dell'esecuzione e l'organizzazione degli istituti penali per minorenni*, in *L'esecuzione delle*

pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121,
L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 276ss.

FIorentin F., FIORIO, C. *Le nuove leggi penali, La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

FIorentin F., in FIorentin F., SIRACUSANO F. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Roma, 2019.

FIORILLO M. A., *Un ordinamento penitenziario per i minori*, in *Minori e giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione tra minorenni e giustizia*, I trimestre, Milano, 2008, p. 138

FRANCESCHETTI E., *La tutela del minore*, seconda edizione Forlì, 2007.

FUSELLI S., *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, Padova, 2001.

GIOSTRA G., *Il processo penale minorile, commento al d.P.R. 448/1988*, Milano, Seconda edizione, 2017.

GIUFFRIDA M.P., *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, n.3, pp. 491-507.

GRIMOLDI G., *Le caratteristiche psicologiche come causa efficiente della devianza minorile*, in *Minorigiustizia*, 2011, n. 4.

GUANZINI I., *Paolo, Hegel e Lacan: fuori-legge?*, in *Aisthema, International Journal* Vol. II, num.1, 2015.

GUAZZALOCA B., *La tutela dell'affettività dei minorenni detenuti: la corrispondenza, i colloqui e la novità delle visite prolungate*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni, Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, L. CARACENI e M.G. COPPETTA (a cura di), Torino, 2019, p. 301 ss.

LARIZZA S., *Il diritto penale dei minori*, Evoluzione e rischi di involuzione, Volume 114, 2005, p.105.

LARIZZA S., *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012.

LEONARDI M., *Le cause e i processi della devianza minorile*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012.

LORUSSO S., *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002.

LÜDERSSEN K., EUSEBI L. (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005.

MACRILLÒ A., *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

MAGLIA L., *Verso il nuovo ordinamento penitenziario: le esigenze educative dei condannati minorenni*, in *Minori e giustizia*, 2018, n.1.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Università degli studi dell'Insubria, Milano, 2003.

Mannozi G. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004.

Mannozi G., Lodigiani G. A. (a cura di), *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

Mannozi G., Lodigiani, G.A., *Formare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, n. 1.

NAZZARO U., *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni: spunti di riflessione sul d.lgs. n. 121/2018*, in *Cassazione Penale*, n. 10, 2019, pp. 3801,3805.

PALAZZO F., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Politica e diritto*, 2017, n.2, p. 354.

PARISI F., *I confini della restorative justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim-centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, pagg. 123-138, 2015.

PENNISI A., *L'ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2012.

PETRALIA V., *La vittima nel processo di integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

PILLA V., *La mediazione penale*, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 4.

PRESUTTI A., *Gli sfondi normativi* (Parte II: I principi costituzionali), in BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Terza edizione, Torino, 2019.

RENOLDI C., in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI edizione, 2019, p. 104.

ROSSI G., *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, n. 1.

RUPIL M., MOSIELLO F., CAPONE M., *Attraverso l'altro: l'incontro autore-vittima nella mediazione penale minorile*, 2018, n.1.

TRIBISONNA F., *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, www.processopenaleegiustizia.it, 2019, n. 3.

VEZZADINI S., *La mediazione fra vittima e autore del reato nel contesto italiano*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2004, n. 2.

ZAGREBELSKY G., *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, *La Repubblica*, 23 gennaio 2015.