

PAOLA MAGGIO

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo

La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione

The Constitutional Court affirms the right of juvenile convicts to suspension of enforcement

Con la nuova censura dell'art. 656 c.p.p., la Consulta potenzia l'individualizzazione del trattamento e la rieducazione del minore condannato, ribadendo che l'esecuzione penale minorile deve abbandonare ogni rigido automatismo e favorire il ricorso alle misure alternative risocializzanti, in linea con le indicazioni internazionali, convenzionali ed europee.

La decisione, oltre a sintetizzare il lungo cammino della Corte nella costruzione del sistema penitenziario minorile, rispecchia i contenuti delle riforme postulate dagli Stati Generali dell'Esecuzione e dalla recentissima Delega contenuta nella "riforma Orlando".

Through the latest decision of unconstitutionality regarding article 656 c.p.p., the Constitutional Court strengthened the personalization of the treatment and re-education of convicted minors.

The decision states that juvenile delinquency enforcement must leave any rigid automatism and favor the use of alternative resocializing measures, in line with international, conventional and European guidelines. The decision, in addition to summarizing the Court's massive contribution to building the juvenile penitentiary system, reflects the contents of the postulated reforms by the "General Executing States" and the recent enabling act contained in the so-called "Orlando Reform".

IL DIRITTO PENITENZIARIO MINORILE "CHE NON C'È!"

Con la declaratoria di incostituzionalità del divieto della sospensione dell'esecuzione di cui alla lettera a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. si allunga l'importante sequela di decisioni "normative" della Consulta in materia di diritto penitenziario minorile.

Il settore, caratterizzato da un *deficit* legislativo quarantennale, è regolamentato da un'unica norma di natura transitoria all'interno della legge di Ordinamento penitenziario e da alcune fonti rapsodiche¹, anche di terzo grado².

L'art. 79 Ord. pen. sancisce in particolare l'applicabilità delle norme contenute nella l. 26 luglio 1975, n. 354 «anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge». La disposizione intertemporale, prospetticamente mirata all'introduzione di una normativa *ad hoc* per i minorenni, dispiega tutt'oggi i suoi effetti, a causa del grave ritardo nell'emanazione di una specifica disciplina dedicata al condannato minorenni, in ossequio a quanto richiesto dagli artt. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost.

La lacuna macroscopica, presentata dal legislatore come un *deficit* soltanto provvisorio³, si è aggra-

¹ A titolo esemplificativo, si fa presente che con l'art. 9 della l. 10 ottobre 1986, n. 663 è stata introdotta la disciplina dei permessi premio, ex art. 30-ter della l. 26 luglio 1975, n. 354 che, al comma 2, consente ai minorenni di fruire di tale beneficio penitenziario per un periodo di tempo superiore a quello riservato ai condannati di maggiore età. Inoltre, sempre con la suddetta legge (art. 16), è stata inserita tra le ipotesi di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter dell'Ord. pen. quella riservata alle persone di età inferiore agli anni ventuno, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia. Alcune disposizioni riservate ai minori sono inoltre contenute nel d. P.R. n. 448/1988, nonché nel regolamento di esecuzione d.P.R. 20 giugno 2000, n. 230, e nel r.d.l. 20 giugno 1934, n. 1404.

² In particolare, la circolare D.A.P., Ufficio I, 17 febbraio 2006, n. 5391 "Organizzazione e gestione tecnica degli istituti per i minorenni", che, in realtà, affronta una serie di questioni anche relative al trattamento.

³ M.A. Fiorillo, *Un ordinamento penitenziario per i minori*, in *Minori giust.*, 2008, f. 1, 135 ss.

vata a causa del difficile adattamento delle norme penitenziarie pensate per gli adulti, nonché a causa del contrasto con gli istituti del processo minorile (d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) finalizzati a inibire la carcerazione⁴ e ad adeguare la pena alla minore età⁵.

Il sistema “penitenziario” previsto per gli adulti⁶ si mostra palesemente inconciliabile con un’idea dell’esecuzione penale minorile, volta a valorizzare massimamente le istanze educative e di recupero del soggetto in età evolutiva (art. 31, comma 2, Cost.)⁷. Ancor più gravi appaiono, poi, le discrasie tra il momento cognitivo e il momento esecutivo minorile alla luce del d.P.R. n. 448 del 1988, modello sistematico in cui si affermano i principi di autonomia e specialità, oltre che di minima offensività del processo e della sanzione in relazione al processo evolutivo degli infra-diciottenni.

Come si evince dalla sentenza in commento, una fase dell’accertamento, flessibile e individualizzata, è inconciliabile con una fase esecutiva autoritaria e irrigimentata da limiti e da meccanismi presuntivi che rischiano di compromettere seriamente il segno distintivo della giurisdizione punitiva.

IL CONTRIBUTO ATTIVO DELLA CONSULTA ALLE ISTANZE DI CAMBIAMENTO

La costante azione di adeguamento evolutivo e “creativo” della Corte costituzionale ha dovuto di necessità supplire all’assenza e ai ritardi della legge⁸, in alcuni casi, limitandosi ad autorevoli moniti, volti ad auspicare l’intervento del legislatore per la «disarmonia della norma impugnata rispetto ai principi costituzionali»⁹; in altri casi, analoghi a quello che si annota, spingendosi sino alla declaratoria di l’illegittimità costituzionale delle disposizioni violative del *favor minoris*¹⁰.

Il contributo della Consulta ha inteso riaffermare costantemente che la rieducazione, in quanto fine primario ancorché non esclusivo della pena, deve operare in tutte le fasi della fenomenologia punitiva, a cominciare da quella della previsione legale astratta. Superando la precedente tendenza a circoscrivere il finalismo rieducativo soprattutto alla fase del trattamento penitenziario¹¹, si è infatti valorizzato l’art. 27, comma 3, Cost. sul terreno a esso più direttamente congeniale degli scopi della pena¹², e si è esplicitato il nesso tra rieducazione e principio di proporzione, utile a orientare nella scelta delle tipologie sanzionatorie e delle cornici di pena adatte a favorire l’effetto rieducativo.

⁴Per una ricostruzione del dibattito sulla scarsa attenzione del legislatore al tema della giustizia minorile, cfr. P. Pittaro, *Linee di tendenza nella tutela penale del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 74; G. La Greca, *Bisognosa di adeguamento la disciplina penitenziaria minorile dopo più di un ventennio*, *ivi*, 1996, p. 768.

⁵Cfr. C. cost., sent. 24 luglio 1998, n. 324, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3214, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’ospedale psichiatrico giudiziario nella parte in cui si applicava ai minori; C. cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254, ha sancito l’illegittimità della pena dell’ergastolo per i minorenni. In dottrina, M. Ruotolo, *L’illegittimità costituzionale della pena dell’ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 358 ss.

⁶A. Pugiotto, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, (30 gennaio 2015), p. 9 ss.

⁷In questo senso, C. cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 558 con nota di F. Uccella, *Una decisione di “denegata giustizia” per i minori condannati*. Rispetto ai minori, è particolarmente pressante l’esigenza che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

⁸In dottrina, sulla tipologia degli interventi costituzionali, M. Bertolino, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche di decisione della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, p. 55 ss.; G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 14; A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Riv. AIC*, (18 maggio 2017), p. 2 ss.

⁹Un significativo monito all’adeguamento legislativo era già contenuto in C. cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125, cit., 558.

¹⁰La Corte costituzionale ha riscritto la disciplina in tema di permessi premio e di misure alternative (C. cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 450, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 753; C. cost., sent. 22 aprile 1997, n. 109, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2020; C. cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 285; C. cost., sent. 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2557). Cfr. G. La Greca, *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni*; in *Foro it.*, 1998, I, c. 980; M. Bouchard, *La parificazione al trattamento degli adulti confligge con la finalità educativa della pena*, in *Guida dir.*, 1998, f. 2, p.77.

¹¹Cfr. C. cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981, in materia di patteggiamento, di annullamento parziale a carattere additivo.

¹²G. Fiandaca, *Commento all’art. 27 commi 3 e 4 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna 1991, p. 331.

Nella visione della Corte, la finalità rieducativa, assolutamente «preminente» per i minorenni¹³, dissolve la polifunzionalità della pena (che ricomprende la componente retributiva e generalpreventiva¹⁴) riservabile agli adulti.

La priorità rieducativa deve, infatti, improntare l'intera giustizia minorile all'essenziale finalità di recupero del minore¹⁵, mediante una giurisdizione specializzata che attui valutazioni individualizzate¹⁶.

Al ruolo dinamico della Consulta nella costruzione del sistema penale minorile¹⁷ si è affiancata l'azione di progressivo adeguamento dei giudici di sorveglianza minorili¹⁸, impegnati in prima linea ad adattare le regole fissate per gli adulti ai minori, in riferimento ai richiamati principi costituzionali e alla funzione esclusivamente rieducativa della pena¹⁹.

Il pericolo che l'atteggiamento creativo delle prassi realizzasse, tuttavia, decisioni discrezionali e disomogenee è stato spesso messo in luce dalla dottrina che ha, allo stesso tempo, ribadito la necessità di riservare al minore una particolare attenzione nel segno di un'umanizzazione e non iniquità della pena e del carcere, con l'obiettivo primario del «recupero del ragazzo alla vita associativa»²⁰.

Eppure, nonostante i continui appelli degli studiosi e nonostante lo sviluppo della disciplina del momento esecutivo e dell'Ordinamento penitenziario per i soggetti adulti²¹, l'invocata specializzazione legislativa del settore minorile²² non è riuscita per lungo periodo a trovare concreta attuazione²³.

¹³ L'assoluta preminenza della funzione rieducativa della pena nei confronti dei minorenni è stata spesso rievocata, anche a prescindere dal richiamo all'art. 27, comma 3, Cost., e sulla sola base degli artt. 31, commi 2 e 3 Cost. (C. cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 403, cit., p. 285; C. cost., sent. 18 febbraio 1998, n. 16, in *Giur.cost.*, 1998, p. 78; C. cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 450, cit., 753). La tensione tra gli scopi della sanzione penale applicabile ai minori era già espressa da C. cost., sent. 30 aprile 1973, n. 49, in *Giur.cost.*, 1973, p. 425, ove si sottolineava il «peculiare interesse-dovere dello Stato al ricupero del minore», precisandosi che «a questo interesse è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva».

¹⁴ Sulla pluralità degli scopi di retribuzione, reintegrazione dell'ordine giuridico violato, prevenzione generale e prevenzione speciale si soffermava G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1961, p. 337. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la teoria della plurifunzionalità è stata talvolta utilizzata come «espediente teorico» per veicolare una concezione riduttiva del principio rieducativo (così, G. Fiandaca, *Commento all'art. 27 commi 3 e 4 Cost.*, cit., p. 331; negli stessi termini, G. Giostra, *Un limite non giustificato in tema di misure alternative*, in *Pol.dir.*, 1978, p. 435 s.).

¹⁵ C. cost., sent. 19 luglio 1983, n. 222, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 1319.

¹⁶ C. cost., 20 aprile 1978, n. 46, in *Giur. cost.*, 1978, p. 537, ha anche sottolineato l'esigenza che il ricorso all'istituzione carceraria sia considerato, per i minori, come «ultima ratio»

¹⁷ Sul rapporto tra l'azione della Corte e il potere legislativo si sofferma G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 298 s.

¹⁸ G. La Greca, *La disciplina penitenziaria minorile: inerzia legislativa e innovazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1982, II, c.137; A. Scalfati, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 Cost.*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura del medesimo, Cedam, Padova, 2004, p. 3 ss.

¹⁹ A. Pennisi, *Ordinamento penitenziario minorile, una legge indifferibile*, in *Dir.pen. proc.*, 1999, p. 138 ss., si riferisce alle interpretazioni evolutive che hanno riconosciuto, a esempio, la possibilità di concedere le misure alternative alla detenzione a prescindere dal rispetto di qualsivoglia limite di pena e, perfino, prima della passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

²⁰ G. Conso, *Minorenni in carcere*, in *Arch. pen.*, 1970, p.444 ss.

²¹ Sul percorso di «decarcerazione» imboccato dal legislatore italiano, R. Bartoli, *Il carcere come "extrema ratio": una proposta concreta*, in *Dir. pen. contemp. – riv. trim.*, 2016, f. 4, p. 13; E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 2015, p. 1655; G. Giostra, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir.proc.pen.*, 2013, p. 55 ss.; ; A. Scalfati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, in *questa rivista*, 2014, f. 5, p. 6.

²² Negli anni 1976-77, una commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Altavista, all'epoca direttore generale dell'amministrazione penitenziaria, predispose uno schema di disegno di legge in tema di «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative della libertà relative ai minorenni» (il testo del provvedimento si può leggere nell'appendice II a G. La Greca, *Una riforma per i minori*, in *Quad. giust.*, 1981, 2, p. 47). Molti i progetti ministeriali, presentati a partire dal 1986 e successivamente perfezionati alla luce dei dettami della Corte Costituzionale, dalla giurisprudenza minorile e dai principi dettati a livello europeo e delle convenzioni internazionali. Tra questi, il Progetto redatto nel 2008 dal Dipartimento di Giustizia Minorile diretto dalla Presidente Melita Cavallo, successivamente presentato in Parlamento nell'anno 2010 ed assegnato alla Commissione Giustizia, ove si rinvennero, oltre alla sistematica disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti limitativi della libertà personale, anche l'enunciazione di una nuova tipologia di sanzioni sostitutive da irrogarsi ai minori devianti, in sostituzione delle pene detentive applicabili e per un tempo pari alle medesime.

²³ Si veda già G. Ranaldi, *Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2020, nota a C. cost., sent. 22 aprile 1997, n. 109.

La situazione sta, tuttavia, finalmente mutando e, grazie anche al significativo apporto *construens* degli Stati generali dell'esecuzione²⁴, è imminente l'approdo a una svolta legislativa della materia.

La Delega contenuta nella "riforma Orlando" demanda infatti all'attuazione del diritto penitenziario minorile²⁵, ponendo al centro del percorso l'umanizzazione della pena carceraria e il potenziamento degli effetti rieducativi dell'esecuzione penale, con una significativa dilatazione degli spazi applicativi delle misure alternative.

In particolare, la lettera dell'art. 85 lett. p), della l. 23 giugno 2017, n. 154, recependo le conclusioni elaborate dal Tavolo 5 degli Stati generali dell'esecuzione penale, dedicato ai "minorenni autori di reato"²⁶, fissa l'obbligo di adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età.

Nel disegno legislativo la personalizzazione del trattamento penitenziario e la razionalizzazione del procedimento giurisdizionale accompagneranno – in perfetta consonanza con l'odierna declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656 c.p.p. – l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati l'individuazione del trattamento rieducativo²⁷», con un ampliamento della tutela dei diritti della difesa e delle categorie "deboli" di detenuti.

L'INCOSTITUZIONALITÀ DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI

Così inquadrata, la censura della Consulta – parziale e ablativa – diviene anticipata e "consapevole" espressione del cambiamento ormai prossimo dei meccanismi dell'esecuzione minorile.

L'automatismo inibitorio della sospensione della pena di cui alla lettera a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p., basato su una "presunzione di pericolosità", contrasta con gli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost., poiché inibisce la specifica individualizzazione e la flessibilità del trattamento dei minorenni²⁸.

Al contrario, l'evoluitività della personalità del minore e la preminente funzione rieducativa della pena rendono imprescindibile la sospensione dell'esecuzione al fine di evitare «gli effetti desocializzanti del passaggio diretto in carcere del condannato» e di consentire al giovane di fruire eventualmente di una misura alternativa²⁹.

Secondo la Consulta, nessuna condanna, neppure quella pronunciata per gravi reati, può inibire l'operare del meccanismo di *favor* riguardo alla pena detentiva irrogata a un minorenne, se la sanzione non supera i limiti previsti dall'articolo 656 c.p.p.

Com'è noto, la norma, frutto di una serie di innesti legislativi³⁰, prevede che, quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non è detenuto, dispone la carcerazione (art. 656, comma 1, c.p.p.).

Tuttavia, ove la pena detentiva non sia superiore a quattro o sei anni³¹ il pubblico ministero sospen-

²⁴ In seguito alle linee di azione degli "Stati generali sull'esecuzione penale", predisposte da un Comitato di esperti di nomina ministeriale (d.m. 8 maggio 2015 e d.m. 9 giugno 2015), sono stati istituiti 18 Tavoli tematici, in *www.giustizia.it*.

²⁵ F. Della Casa, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1176, auspicava che le fondamenta della modifica prefigurassero «un solido e armonioso disegno architettonico complessivo».

²⁶ Si veda la *Relazione dell'Esecuzione penale nel procedimento minorile Stati Generale dell'Esecuzione Penale*, Tavolo 14 (all.8), in *www.giustizia.it*. G. Giostra, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 499 ss.

²⁷ Cfr. l'art. 1, comma 85, lett. e) del d.d.l. C 4368 (in *www.camera.it*), approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati in data 14 giugno 2017.

²⁸ Cfr. L. Cassetti, *sub art. 31*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 640 ss.

²⁹ Sui termini essenziali del controverso rapporto tra rieducazione e trattamento intramurario del minorenne, v. G. Marotta, *Il trattamento dei minori delinquenti in libertà*, in *Aspetti criminologici e psichiatrico-forensi dell'età minore*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 89 s.; L. Jovene-L. Viggiani, *Applicazioni delle misure alternative e minorenni*, in *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, a cura di M.P. Cuomo-G. La Greca-L. Viggiani, Giuffrè, Milano, 1990, p. 275 ss.

³⁰ Un quadro completo delle modifiche che hanno aggiunto o eliminato le deroghe del meccanismo sospensivo si ritrova in F. Della Casa, *Commento all'art. 656 c.p.p.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015, p. 1083 ss.

³¹ L'innalzamento da tre a quattro anni è stato operato dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94; per i soggetti tossicodipendenti (nei casi contemplati dagli artt. 90 e 94 d. P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, Testo Unico Stupefacenti) il limite di pena è di sei anni.

de l'esecuzione. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato, con l'avviso che, entro trenta giorni, può essere presentata istanza diretta a ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione³², oppure la sospensione dell'esecuzione della pena. Si tratta di una scelta protesa a evitare il *turnover* carcerario per un soggetto che sia, invece, eleggibile per misure rieducative alternative alla detenzione³³.

Già dalla mera lettura di questa disposizione e dalla stratificazione degli interventi legislativi ci si rende conto di come il regime sospensivo abbia subito gli umori altalenanti del legislatore³⁴, ora preoccupato dall'annosa situazione carceraria italiana³⁵ (che lo ha spinto a "soffiare sulle vele" del meccanismo sospensivo³⁶), ora ispirato dalla necessità di dilatare il diniego della sospensione³⁷.

In base all'articolo 656, comma 9, lettera *a*) c.p.p., la sospensione della pena non può essere disposta, nei confronti dei condannati per i gravi delitti ostativi elencati nell'articolo 4-*bis* della l. n. 354/1975³⁸.

Puntualmente, le deroghe al regime sospensivo, via via implementate dal legislatore in base a esigenze di allarme e di sicurezza sociale³⁹, sono state ridimensionate dalla Consulta⁴⁰, che ha progressivamente cancellato i dinieghi della sospensione fondati sulla «presunzione di pericolosità»⁴¹ dei soggetti condannati «per i delitti compresi nel catalogo» indicato nel comma 9, lettera *a*), dello stesso articolo 656 c.p.p.

Basti, in questa sede, pensare all'estensione dell'elenco limitante la sospensione sino ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 61, comma 1, n. 11-*bis* c.p. (relativo allo *status* di soggetto che si trova illegalmente nel territorio dello stato) e alla contrapposta reazione del giudice delle leggi che ha travolto "per trascuramento" la previsione, in ragione della declaratoria di illegittimità costituzionale delle norma di riferimento⁴².

³² Le misure sono previste dagli articoli 47, 47-*ter* e 50, comma 1, della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario) nonché dall'articolo 94 del Dpr. 9 ottobre 1990, n. 309/1990.

³³ B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di F. Caprioli-L. Scomparin, Giappichelli, Torino, 2015, p. 31.

³⁴ F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding". La parola alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 997 ss.

³⁵ C. edu, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

³⁶ Cfr. la l. 26 novembre 2010, n. 199, sulla possibilità di esecuzione delle pene detentive inferiori a 12 mesi presso il domicilio (elevati a diciotto mesi *ex art.* 3, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 conv. l. 17 febbraio 2012, n. 9. L'art. 1 d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv. con mod. in l. 9 agosto 2013, n. 94 ha rafforzato il rilievo operativo del meccanismo sospensivo, contemplato dall'art. 656, comma 5, c.p.p., e ha ridotto l'elenco dei reati ostativi. La l. 1 luglio 2013, n. 78 ha previsto il riconoscimento della liberazione anticipata prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero che consente di fruire della sospensione della pena di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.

³⁷ Cfr. la l. 21 febbraio 2006, n. 49, nonché la l. 5 dicembre 2005, n. 251.

³⁸ Si tratta dei reati cosiddetti ostativi alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, originariamente riferibile a gravi delitti, tra cui quelli di cui all'art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354.

³⁹ L'elenco dei delitti ostativi è stato arricchito – per effetto dell'interpolazione dettata dal c.d. 'pacchetto sicurezza', di cui all'art. 2, comma 1, lett. *m*), d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125 – con il richiamo ad altri specifici reati, tra i quali quelli di incendio boschivo (art. 423-*bis* c.p.), di furto aggravato da due o più aggravanti dell'art. 625 c.p. e di furto con strappo, di cui all'art. 625-*bis* c.p. Al riguardo v. sez. I, 29 settembre 2010, n. 37083, in *CED Cass.*, n. 248580; in dottrina, A. Franceschini, *Le sospensioni genetiche dell'ordine di esecuzione di pene detentive "brevi": un coordinamento esegetico in bilico tra prevalenza e priorità*, *ivi*, 2015, p. 3700; G. Ranaldi, *Esecuzione delle pene detentive brevi: tra successione di leggi ed orientamenti applicativi*, in *questa rivista*, 2013, f. 5, p. 8.

⁴⁰ C. cost., ord. 6 maggio 2010, n. 166, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2008, aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità posta in riferimento alla disciplina applicabile in caso di condanna per i delitti di atti sessuali con minorenne (art. 609 – *quater* c. p.) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), subordinata ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità e attuata in regime di restrizione carceraria per la durata di un anno.

⁴¹ C. cost., sent. 1 giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, p. 1009, con nota di L. Caraceni, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 656, comma 9, lett. *a*), c. p. p., come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *m*), del d.l. n. 92 del 2008, conv., con mod., dall'art. 1, comma 1, della l. n. 125 del 2008, nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo. V. altresì E. Aprile, *Per la Consulta è irragionevole l'esclusione della sospensione dell'esecuzione della sentenza per i condannati per furto con strappo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3182.

⁴² C. cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1349, con nota di M. Gambardella, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità: abolizione o annullamento?*.

Il ridimensionamento delle presunzioni di pericolosità riferibili a tipologie di autori e la cancellazione degli automatismi applicativi⁴³ sono stati utili alla Corte costituzionale per riequilibrare le disposizioni che regolamentano le deroghe alla sospensione dell'ordine di esecuzione delle sentenze di condanna a una pena detentiva di breve durata.

In questo percorso "mitigatore", la Consulta ha spesso fatto appello al valore della ragionevolezza in tema di pena⁴⁴, compromesso dalla smisurata estensione legislativa delle deroghe al regime sospensivo.

Si ricorderà che lo scorso anno è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui negava la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo, sottolineandosi come, pur nello spazio discrezionale tipico delle determinazioni di politica criminale, il legislatore non possa mai spingersi sino a cagionare gravi disparità di trattamento.

La violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.⁴⁵ era stata ravvisata nella progressione criminale tra il delitto di furto aggravato e quello di rapina impropria⁴⁶, in forza della violazione della ragionevolezza della «legittimità delle presunzioni di pericolo rispetto al principio di offensività»⁴⁷.

Tale accezione della ragionevolezza risuona implicitamente anche nella declaratoria odierna della Corte, principalmente incentrata sulle violazioni della funzione rieducativa, ex art. 27 Cost. e della tutela della gioventù, ex art. 31 Cost.

Valori costituzionali, questi, sinora totalmente disattesi dal sistema penitenziario minorile, come testimoniano sia gli esiti del Tavolo 14 degli Stati generali sull'esecuzione minorile⁴⁸, sia il necessario e costante adeguamento a opera della Consulta.

Secondo la sentenza in commento, «imporre l'ingresso in carcere a un minore, che potrebbe evitarlo ed essere assoggettato utilmente a una misura alternativa, è un fatto che non solo interrompe il percorso rieducativo eventualmente già intrapreso ..., ma rischia di comprometterlo definitivamente, anche perché i tempi del procedimento per la concessione di una misura alternativa non sono brevi, e se la pena è particolarmente mite, è possibile che la concessione della misura richiesta giunga solo quando l'esecuzione non è lontana dal termine»⁴⁹.

Sebbene, infatti, il quesito posto dal giudice remittente avesse a fondamento reati connotati da una prognosi di particolare pericolosità (le ordinanze di rimessione avevano a oggetto fatti di rapina aggravata) l'applicazione ai minori del medesimo regime previsto per i maggiorenni varrebbe a instaurare un rigido automatismo che contrasta sia con la particolare tutela offerta dalla Costituzione alla «gioventù», sia con la precipua funzione rieducativa della pena irrogata a un minore.

Non solo, a detta della Corte, gli effetti desocializzanti che seguono al passaggio diretto in carcere stridono con lo specifico scopo delle misure alternative alla detenzione, rispetto alle quali la sospensione si pone come *primum movens*.

⁴³ Su questi profili si era soffermata C. Cesari, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2557.

⁴⁴ Da ultima C. cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, in *Ind. pen.*, 2017, f. 1, p. 176 ss. con nota di P. Insolera, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?* Altresì, C. cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, in *Cass. pen.*, 1994, p. 837, con nota di A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*.

⁴⁵ Secondo C. cost., sent. 1 giugno 2016, n. 125, cit., p. 1009, era irragionevole l'attribuzione al soggetto condannato per il delitto di furto con strappo di un grado di pericolosità sociale maggiore rispetto a quello riconosciuto al condannato per il delitto di rapina con violenza sulle persone, essendo tale secondo reato escluso dall'elenco degli illeciti ostativi alla sospensione della esecuzione della pena detentiva.

⁴⁶ Eloquente è il richiamo alla giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. II, 19 dicembre 2014, n. 2553, in *CED Cass.*, n. 262281. In chiave critica A. Tassi, *L'applicabilità della custodia cautelare al minorenne nei procedimenti per il reato di furto in abitazione o con strappo*, in *Minori giust.*, 2008, f. 4, p. 159 ss.

⁴⁷ V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2014, p. 78 ss.; A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà*, cit., p. 3 ss.

⁴⁸ I risultati del Tavolo 14, degli *Stati generali dell'esecuzione penale*, cit., si riferiscono espressamente alla palese violazione di questi presidi costituzionali.

⁴⁹ Queste ragioni erano già state esplicitate nelle ordinanze di rimessione (App. Milano, sez. minorenni, ord. 19 febbraio 2016, n. 80, in *Gazz. uff.*, 20 aprile 2016, 1ª serie speciale, n. 16 e App. Milano, sez. minorenni, ord. 13 maggio 2016, n. 154, in *Gazz. uff.*, 7 settembre 2016, 1ª serie speciale, n. 36.).

La prisonizzazione di un minore che potrebbe beneficiare di una misura alternativa rischia non solo di interrompere il percorso rieducativo eventualmente già intrapreso⁵⁰, ma di comprometterlo definitivamente in forza di un meccanismo presuntivo che «preclude ogni valutazione del caso concreto⁵¹».

Al fine di garantire il reinserimento sociale e la risocializzazione, l'unica soluzione costituzionalmente orientata consiste dunque nella possibilità di sospendere l'esecuzione, anche in favore dei condannati minorenni per questi gravi reati.

FAVOR MINORIS E "GIUSTA ESECUZIONE"

Uno dei punti nevralgici del percorso argomentativo della sentenza si incentra sulla scarsa compatibilità tra l'assetto dei valori posti a presidio del condannato e la concezione di «tipi d'autore» riguardo ai quali si esclude *in toto* qualsivoglia finalità rieducativa⁵².

Tale impostazione, già criticabile con riferimento a soggetti maggiorenni⁵³, cozza sensibilmente con la più volte richiamata esigenza di rieducare il minorenne.

Analogo ragionamento la Consulta aveva, peraltro, seguito nel censurare l'applicazione dell'esclusione assoluta di cui al comma 1 dell'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 della liberazione anticipata speciale, nei confronti di un minorenne riconosciuto meritevole della decurtazione per aver svolto proficuamente un percorso di emenda⁵⁴.

In quell'occasione, la Corte aveva denunciato la brusca interruzione dei processi educativi in atto, senza che a essa potesse corrispondere un comportamento colpevole addebitabile al minore⁵⁵, criticando tutti gli automatismi assoluti che inibiscono una prognosi individualizzata in ordine all'idoneità e all'efficacia risocializzante, in concreto, di una misura premiale.

Ogni presunzione legale che nega l'operatività di dispositivi premiali o di favore pregiudica gli scopi "naturalmente" riabilitativi della pena, cui corrisponde l'esistenza di un divieto di regressione trattamentale «in assenza di motivi di demerito del condannato»⁵⁶.

Il *fil rouge* del ragionamento della Consulta nelle due decisioni è la messa al bando dei filtri selettivi, vellevoli a escludere presuntivamente determinati soggetti da un beneficio, poiché il mancato bilanciamento tra i delicati valori in gioco compromette l'eguaglianza di trattamento e svisciva la funzione risocializzativa della pena⁵⁷.

I divieti categoriali limitano in modo rilevante la discrezionalità giudiziale mediante presunzioni assolute capaci di incidere negativamente sulle misure di favore da riservare ai soggetti che «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti»⁵⁸.

La necessità di differenziare il trattamento dei minorenni trova del resto il proprio fondamento costi-

⁵⁰ Si vedano i dati del Terzo Rapporto di Antigone sugli Istituti Penali per Minori, leggibili in www.associazioneantigone.it. Nel 2015 la presenza era di circa 500 detenuti all'interno di 16 istituti di detenzione minorile.

⁵¹ C. cost., sent. 18 febbraio 1998, n. 16, cit., p. 78, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli art. 31 e 3 cost., l'art. 59 l. 24 novembre 1981 n. 689 (Modifiche al sistema penale), nella parte in cui non esclude che le condizioni soggettive in esso previste per l'applicazione delle sanzioni sostitutive si estendano agli imputati minorenni.

⁵² C. cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2466, ha confermato la legittimità delle previsioni che limitavano nei riguardi dei condannati per i delitti di criminalità organizzata, la concessione delle misure alternative. Per una parziale critica del disposto C. cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, *ivi*, 2014, 3922, con riguardo alla non esclusione dal divieto della detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies* Ord. pen. per le condannate madri di prole con età inferiore ai dieci anni. Più incisivamente, C. cost., sent. 8 marzo 2017, n. 76, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1047, con commento di A. Menghini, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*

⁵³ In proposito, L. Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, 2015, f. 2, p. 6.

⁵⁴ Nei tavoli tematici 12 e 16 degli *Stati generali dell'esecuzione penale* (www.giustizia.it) emerge l'esigenza di connotare la liberazione anticipata in senso premiale-rieducativo. L'istanza era presente pure nel comma 4 dell'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. con mod. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, volto a riscrivere i presupposti per la fruibilità del beneficio da parte di tutti i condannati. Nonostante la cancellazione in sede di conversione, la modifica di accesso alle misure alternative ha comunque influito sui termini da detrarre e computare agli effetti sospensivi ex art. 656 commi 4-*bis* 4-*ter* e 4-*quater* c.p.p.

⁵⁵ C. cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403, cit., p. 285.

⁵⁶ Ispirata da questa logica è pure C. cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 445, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 288.

⁵⁷ C. cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1069.

⁵⁸ C. cost., sent. 5 marzo 2007, n. 309, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 573.

tuzionale nel richiamato art. 31 Cost., che attribuisce alla Stato la funzione di protezione della «maternità, infanzia e gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»⁵⁹.

In questo senso, la Consulta si fa nuovamente carico dell'adattamento, in forza del *favor minoris*, delle garanzie già accolte per la fase cognitiva nel processo penale minorile.

Il principio della minima offensività e la specializzazione degli organi coinvolti nel procedimento veicolano infatti la flessibilità e l'individualizzazione delle valutazioni inerenti il minore, ispirate al massimo contenimento delle privazioni della libertà personale.

In questo contesto, la clausola di salvaguardia fissata dall'art. 1, comma 1, d.P.R. 448/1988 –secondo cui, per quanto non espressamente disciplinato dal decreto, si osservano le disposizioni del codice di procedura penale, da applicarsi conformemente alla personalità e alle esigenze educative del minore– impone al giudice di tenere sempre conto sia della personalità del minore sia delle esigenze educative del medesimo (c.d. principio di adeguatezza)⁶⁰.

La Corte costituzionale ha spesso precisato che tale criterio impone di verificare se esista una disciplina che sia concretamente più favorevole al minore, a prescindere dal fatto che sia destinata ai maggiori degli anni diciotto⁶¹.

Tale ragionamento, proiettato sulla dimensione esecutiva e penitenziaria minorile, ha tuttavia determinato un esito paradossale: per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 79, comma 1, dell'Ord. penit. e 1 d.P.R. n. 448/1988, si è infatti finito per ritenere che il segmento esecutivo e penitenziario debba fare necessariamente riferimento alla disciplina prevista per i maggiorenni, dato che non sussistono disposizioni riservate ai condannati di età inferiore agli anni diciotto⁶².

Si è così dilatata la portata transitoria dell'art. 79 Ord. pen. e la stessa Corte costituzionale⁶³, pur reclamando spesso un intervento legislativo, non si è mai spinta sino a una vera e propria declaratoria di incostituzionalità della previsione, temendo anche il "recupero" dell'applicazione al condannato minore della normativa preesistente alla riforma penitenziaria del 1975, vale a dire di una normativa (R.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404) dai contenuti ancor più distonici rispetto alla finalità di reinserimento del minore, in quanto priva delle misure alternative e degli strumenti premiali introdotti dalla riforma penitenziaria del 1975.

L'ultrattività dell'art. 79 Ord. pen. e le poche norme speciali cui si è lungamente affidata l'esecuzione della pena nei confronti degli infradiciottenni⁶⁴ hanno, in tal modo, svilito i presidi costituzionali miranti al trattamento individualizzato e flessibile rivolti alle personalità più fragili.

GLI INPUT INTERNAZIONALI ED EUROPEI

La mancata regolamentazione del settore penitenziario minorile ha segnato un grave ritardo anche rispetto agli impegni che l'Italia si è assunta sottoscrivendo e ratificando importanti Trattati internazionali⁶⁵.

Non è casuale che i ragionamenti della Corte costituzionale si siano spesso richiamati ai principi det-

⁵⁹ In questo senso, ancora, C. cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125, cit., p. 558, secondo la quale la giustizia minorile deve essere improntata all'essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale.

⁶⁰ Secondo Cfr. G. Giostra, *Commento all'art. 1, in Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura del medesimo, Giuffrè, Milano, 2009, p. 8 ss., «non basta appurare la carenza di una disposizione *ad hoc* per giustificare il rinvio al codice di procedura penale: si deve verificare in via preliminare che non vi siano norme unicamente ricavabili da una interpretazione sistematica dell'ordinamento processuale minorile, che in tutto o in parte si oppongono al recepimento della disciplina codicistica».

⁶¹ C. cost., sent. 21 luglio 2000, n. 323, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2426

⁶² Si veda G. Kalb, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni*, in *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di P.M. Corso, Monduzzi, Bologna, 2006, p. 380; S. Giambruno, *Il processo penale minorile*, II ed., Cedam, Padova, 2003, p. 24.

⁶³ C. cost., 25 marzo 1992, n. 125, cit., p. 558, ne ha ravvisato il contrasto con gli artt. 3, 27 e 31 Cost.

⁶⁴ V. *supra* nt. 1.

⁶⁵ Si fa richiamo all'art. 40 della Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1924; alle Regole minime sull'Amministrazione della Giustizia Minorile, c.d. Regole di Pechino, adottate con risoluzione ONU 40/33 del 29 novembre 1985; alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176; alle linee guida delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della delinquenza minorile, c.d. Regole di Riyadh, del 14 dicembre 1990; alle Regole dell'Avana, adottate con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU del 14 dicembre 1990.

tati dalle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito e che, già agli inizi del secolo scorso, hanno disegnato un assetto di tutele per i minori autori di reato.

Altrettanto avvertite le esigenze di recupero e di risocializzazione del minore sul piano europeo⁶⁶, da realizzare mediante la necessaria specializzazione della giustizia minorile, la protezione dei minori indagati e la peculiarità del trattamento.

Input pedagogici per il legislatore nazionale possono cogliersi in tutta una serie di Raccomandazioni protese a suggerire politiche legislative nazionali in tema di diritto minorile e di esecuzione penale minorile⁶⁷.

Al proposito, va detto i gravi ritardi italiani nel settore si inseriscono, in un analogo *trend* europeo di assenza di norme specializzanti⁶⁸, a conferma del persistente e mai risolto dilemma fra l'esigenza di punire e quella di rieducare il minore⁶⁹.

In questo contesto hanno di certo occupato uno spazio importante le "Linee guida sulla giustizia minorile amichevole" dettate dal Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, in cui sono stati ribaditi principi già affermati di partecipazione e informazione del minore; di interesse superiore e dignità del medesimo; di tutela contro le discriminazioni e di rispetto dei principi di diritto. Sulla stessa scia, è stata costantemente riaffermata la garanzia dei diritti dei minori privati della libertà personale.

Significativo l'apporto offerto in materia dal Documento del Commissario per i diritti umani del 2009 intitolato "Minori e giustizia minorile: proposte di miglioramento", che illustra in nove punti i principi cui dovrebbe ispirarsi l'ordinamento penitenziario minorile⁷⁰.

Successivamente, sono state potenziate le misure per l'esecuzione reciproca delle pene negli Stati europei, in osservanza del principio del mutuo riconoscimento⁷¹ e si sono ribadite le garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali⁷².

Gli atti d'indirizzo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e soprattutto le Raccomandazioni sul trattamento dei minorenni condannati⁷³ si ispirano all'idea di una giustizia *child friendly* che tende alla realizzazione del *best interest* dell'individuo minore. Per queste ragioni, pur non riconoscendosi a questi atti europei da un punto di vista formale il rango di fonte del diritto *stricto sensu*, sono innegabili i riflessi culturali esercitati sul dibattito culturale e sulle riforme *in itinere*.

In tema, merita particolare menzione un importante progetto di ricerca conclusosi con la fissazione

⁶⁶ Nel 2008 il Consiglio d'Europa ha adottato le Regole per i minori autori di reato destinatari di sanzioni e di misure (Raccomandazione CM/Rec (2008) 11). Il Trattato di Lisbona ha altresì evidenziato la necessità di promuovere e tutelare i diritti dei minori, ribadita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2010. Il 15 novembre 2011 la Commissione Europea ha presentato un programma UE per diritti dei minori. Direttive del Consiglio d'Europa sulla giustizia minorile sono riportate nelle Linee Guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del novembre 2010.

⁶⁷ *Ex plurimis*, Raccomandazione (1987) 20; Raccomandazione (1988) 6; Raccomandazione (1999) 19; Raccomandazione (2000) 20; alla Raccomandazione (2003) 20; Raccomandazione (2004) 10; Raccomandazione (2005) 5; Raccomandazione (2006) 2, cc.dd. 'Regole penitenziarie europee'; Raccomandazione (2008) 11, cit.; Raccomandazione (2012) 12. Questo tipo di atto di *soft law* non ha efficacia vincolante, ma rappresenta un atto di indirizzo politico sovranazionale teso a riaffermare l'autonomia del regime penitenziario minorile rispetto quello dell'adulto e a stimolare il varo un ordinamento penitenziario *ad hoc*.

⁶⁸ B. Ficarelli, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 83.

⁶⁹ S. Larizza, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2975.

⁷⁰ Ci si richiama qui alla prevenzione della delinquenza, alla diversione del procedimento, alla diversione fondata sui bisogni del minore al primo reato ovvero recidivo. La pena va individuata nel superiore interesse del minore, assegnando priorità alle misure non detentive e basate sulla comunità. La custodia cautelare opera solo in casi eccezionali, in un quadro che guarda alla detenzione come *extrema ratio* e mira a un trattamento che possa reintegrare il minore in società.

⁷¹ Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38 detta la disciplina sul trasferimento e la sorveglianza delle misure di sospensione condizionale della pena e delle sanzioni sostitutive tra Stati dell'Unione; C.F. Iovino, *Gli effetti del mutuo riconoscimento per l'esecuzione delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1148 ss.

⁷² Significativa la Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. In tema, L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 12, p. 4572; F. Manfredini, *Novità sovranazionali: la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in *questa rivista*, 2016, f. 6, p. 15.

⁷³ In particolare la Racc. (08) 11; P. De Martino, *Riflessioni su alcune proposte de iure condendo in tema di esecuzione penitenziaria minorile*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3187.

di uno Statuto penitenziario europeo⁷⁴, per molti versi anticipatore delle riforme più recenti⁷⁵, nel quale sono state enunciate le garanzie minime per il minorente sottoposto ad esecuzione penale, con presidi difensivi avanzati⁷⁶ e con la significativa presenza di un *Ombudsman children*⁷⁷.

IL DIRITTO PENITENZIARIO MINORILE “CHE VERRÀ”

Riprendendo gli spunti del lungo percorso giurisprudenziale e dottrinale appena delineato, alla Delega contenuta nella “riforma Orlando” spetterà il compito di realizzare, almeno in parte, l’agognata specializzazione del diritto penitenziario minorile.

Nel disegno del legislatore, l’«adeguamento delle norme dell’ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età»⁷⁸ si inserisce in un contesto generale ispirato all’umanizzazione della pena carceraria, al potenziamento degli effetti rieducativi dell’esecuzione penale, alla dilatazione degli spazi applicativi delle misure alternative.

La riforma punta prioritariamente sull’individualizzazione del trattamento penitenziario, sulla razionalizzazione del procedimento giurisdizionale a tutela dei diritti difensivi e delle categorie “deboli” di detenuti.

Totalmente in linea con le affermazioni contenute nella sentenza in commento, appare poi la previsione che facilita i presupposti di accesso alle misure alternative, accompagnata alla «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi, sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo»⁷⁹.

Con specifico riferimento all’art. 656 c.p.p. il cambiamento auspicato risponde all’esigenza, evidenziata nel disegno di legge delega n. 4368, art. 1, comma 85, lett. c), di pervenire ad una revisione della disciplina di accesso alle misure alternative. L’intervento correttivo riguarda in particolare il meccanismo sospensivo dell’esecuzione della pena detentiva, affinché esso possa rispondere in modo più efficace alla finalità di decarcerizzazione nei confronti di coloro che siano in possesso dei requisiti per conseguire la concessione della misura alternativa alla detenzione, evitando l’inutile transito per il carcere.

A tal fine, si propone di modificare il comma 4-bis: a) eliminando l’attuale difetto di coordinamento, relativo all’individuazione del catalogo dei reati ostativi al ricorso alla liberazione anticipata in funzione dell’adozione del decreto di sospensione da parte dell’ufficio del pubblico ministero; b) prevedendo l’obbligo dell’ufficio legittimato ad attivare l’azione esecutiva di trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza, al fine di evitare inutili ritardi e spazi discrezionali; c) fissando con certezza la competenza *ratione loci* del magistrato di sorveglianza previo rinvio all’art. 677, comma 2, c.p.p.⁸⁰

⁷⁴ La ricerca dal titolo “*Regole minime europee per il condannato minorente*”, finanziata nel 2005 dal Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, è stata condotta dall’Università di Urbino, con il supporto degli Atenei di Genova, Macerata e Catania, al fine di predisporre un sistema di garanzie irrinunciabili che debbono accomunare ciascun ordinamento europeo. Il testo del progetto (suddiviso in 5 parti: I) *principi fondamentali*; II) *organi*; III) *esecuzione intramuraria*; IV) *misure alternative alla detenzione*; V) *procedura della fase esecutiva*), è leggibile, in *Nuove esp. giust. min.*, 2008, n. 3, p. 221 ss. Gli esiti sono tracciati da G. Giostra, *Prime riflessioni intorno ad uno Statuto europeo dell’imputato minorente*, in *Per uno Statuto europeo dell’imputato minorente*, a cura del medesimo, Giuffrè, Milano, 2005.

⁷⁵ Secondo l’art. 4 dello Statuto europeo «il giudice dell’esecuzione minorile è un organo specializzato, dotato di specifica preparazione nel settore delle scienze psicologiche, pedagogiche, sociologiche, criminologiche, antropologiche e psichiatriche».

⁷⁶ In base allo Statuto europeo «la regolamentazione del regime penitenziario del minore deve essere contenuta in un testo di rango legislativo» (art. 3). Meno netta la raccomandazione sul principio di riserva legale per la disciplina dell’esecuzione (art. 2), temperata dal richiamo alla discrezionalità del giudice e delle autorità coinvolte nell’esecuzione di misure restrittive della libertà del minore (art. 6).

⁷⁷ La figura è prevista all’art. 6 dello Statuto europeo.

⁷⁸ Cfr. la lettera p), dell’art. 85 della l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁷⁹ Vedi pure l’art. 1, comma 85, lett. e) del d.l. C 4368, cit.

⁸⁰ Una tra le questioni più controverse ha riguardato la competenza a conoscere sulle istanze finalizzate all’ottenimento di una misura alternativa alla detenzione nel caso di plurime sentenze di condanna che si riferiscono anche a fatti commessi dopo il raggiungimento della maggiore età. In tale ipotesi, l’orientamento giurisprudenziale dominante, in applicazione del principio stabilito dall’art. 665, comma 4, c.p.p., ha individuato la competenza nel giudice la cui decisione è divenuta irrevocabile per ultima. In questo senso, Cass. sez. I, 17 giugno 2011, n. 36007, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3487; Cass., sez. I, 22 giugno 2006, n. 31476, in *C.E.D. Cass.*, n. 234703. Sul tema L. Caraceni, *Magistratura di sorveglianza e giurisdizione rieducativa minorile: dal legislatore un silenzio assordante*, in *L’esecuzione penitenziaria a carico del minorente*, a cura di M.G. Coppetta, Giuffrè, Milano, 2010, p. 316-21; F. Terrusi, *Unitarietà dell’esecuzione penale e regole determinative della competenza nei rapporti tra giudice minorile e giudice ordinario*, in *Giur. merito*, 1994, p. 691.

Com'è espressamente richiesto dalla legge delega, un'ulteriore modifica riguarderà il comma 5, allo scopo di eliminare il difetto di coordinamento, più volte evidenziato dalla dottrina⁸¹, del limite di pena residua da espiare, costituente il presupposto per l'adozione del decreto di sospensione, rispetto a quello previsto per la concessione della misura alternativa alla detenzione. La fissazione di un unico limite determinerebbe l'ulteriore risultato di evitare disparità di trattamento tra condannati, a prescindere dallo *status* e dalla stessa tipologia della misura.

La modifica proposta al comma 9, lett. a) si riallaccia specularmente e simmetricamente alla declaratoria di illegittimità costituzionale in commento⁸², nel punto in cui si è ritenuto l'automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, dirette a perseguire, mediante il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena.

In termini di *favor*, la Delega estende poi l'applicazione della normativa penitenziaria minorile anche ai c.d. giovani adulti, categoria che identifica i soggetti di età compresa tra i diciotto e i venticinque anni, recependo così le conclusioni elaborate dal Tavolo 5 degli Stati generali dell'esecuzione penale, dedicato ai "minorenni autori di reato"⁸³. Alla luce dell'affinità della categoria di soggetti con i minorenni e dell'esigenza di potenziare i procedimenti educativi in atto si erano opportunamente estese le disposizioni dettate per i minorenni, in linea con l'omologa modifica realizzata per il processo minorile.

Con peculiare riguardo allo *status* detentivo dei giovani adulti, è stato difatti modificato l'art. 24, comma 1, disp. att. min. a opera dell'art. 5, comma 1, d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. con mod. dalla l. 11 agosto 2014, n. 117, stabilendosi che «le misure cautelari, le misure alternative, le sanzioni sostitutive, le pene detentive e le misure di sicurezza si eseguono secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età». L'espiazione continuerà, per questi soggetti, negli istituti penitenziari dedicati ai maggiorenni.

Se il lavoro di adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle istanze educative dei condannati minorenni richiesto dalla delega (comma 85, lett. p) intende colmare il più volte ribadito *gap* quarantennale della disciplina, l'auspicio condivisibile è che non si apportino ritocchi isolati, ma si delinei, piuttosto, un «modello esecutivo compiuto e sistematicamente coerente»⁸⁴.

Dal punto di vista strutturale, la riforma *in fieri* non consente di immaginare l'adozione di un provvedimento legislativo *ad hoc*, ma è destinata a operare all'interno della cornice tracciata dalla legge n. 354/1975. Per questo si è suggerito di inserire un titolo e dei capi dedicati riguardanti i diversi aspetti dell'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni entro cui costruire una disciplina quanto più possibile organica e autonoma, pur innestata nel tessuto della legge n. 354/1975⁸⁵. Una strutturazione autonoma e separata assicurerebbe, infatti, organicità e coerenza al disegno legislativo, consentendo che gli adeguamenti successivi possano realizzarsi in modo più semplice coerente⁸⁶.

La risistemazione voluta dalla Delega coinvolgerà pure gli organi della giurisdizione rieducativa⁸⁷, l'organizzazione degli istituti penitenziari minorili⁸⁸, l'esecuzione della pena *intra* ed *extra moenia*,

⁸¹ M. Bouchard, *L'esecuzione penale e le misure penitenziarie*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di E. Palermo Fabris-A. Prezzutti, vol. V, *Diritto e procedurale penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 541; L. De Antoni, *Processo penale minorile e ordinamento penitenziario per adulti: un legislatore fra invisibili disarmonie?*, in *L'(inesistente) ordinamento penitenziario minorile nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di L. De Antoni-C. Scivoletto, in *Minori giust.*, 2001, f. 1, p. 155; G. Kalb, *L'esecuzione penale*, cit., p. 381; G. La Greca, *Bisognosa di adeguamento la disciplina penitenziaria minorile dopo più di un ventennio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 770; S. Ruggeri, *La disciplina penitenziaria*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di V. Zappalà, Giappichelli, Torino, 2009, p. 241.

⁸² Cfr. la parte motiva della sentenza in epigrafe.

⁸³ Si veda ancora la *Relazione dell'esecuzione penale nel procedimento minorile- Stati Generale dell'Esecuzione Penale*, Tavolo 14, cit.

⁸⁴ F. Fiorentin, *La Delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *La Riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di Procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 307; A. Marandola, *Molte le tematiche affrontate e a volte discutibili le soluzioni: manca una visione di sistema, ivi*, 330. Soluzioni attuative si rivengono in L. Caraceni, *Schema per l'introduzione di norme riguardanti l'adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei condannati minorenni e giovani adulti*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra e P. Bronzo, leggibile in *www.penalecontempo.rane.it* (15 luglio 2017), p. 271.

⁸⁵ L. Caraceni, *Schema*, cit., p. 271.

⁸⁶ L. Caraceni, *Schema*, cit., p. 272.

⁸⁷ Ci si propone anche il completamento del capo II del Titolo III degli organi dell'esecuzione minorile e delle strutture penitenziarie, con peculiare attenzione alla magistratura di sorveglianza.

il potenziato ricorso alle misure alternative al carcere. Inoltre, la *perpetuatio iurisdictionis* del giudice specializzato oltre la fase della cognizione, sposterà in quella sede l'attuazione dei bisogni educativi del soggetto in età evolutiva.

L' "in sé" della giustizia minorile, rappresentato da valutazioni basate su prognosi individualizzate e finalizzate al recupero del minore deviante⁸⁹, impone l'adeguamento del trattamento alla personalità non strutturata e *in fieri* del minore⁹⁰, il carcere ha, invece, una forte identità desocializzante e una scarsa capacità rieducativa in senso assoluto⁹¹. Esso presenta un carattere afflittivo⁹² che riconduce a concezioni vetuste del diritto penale "escludente", in fortissima tensione con il diritto penale "inclusivo" forgiato dai principi personalistici, sanciti dal moderno costituzionalismo⁹³.

Per queste ragioni, la necessità di contrapporre all'esclusione carceraria l'inclusione non carceraria, tenendo conto non soltanto della gravità del reato, ma anche fronteggiando la crescente pericolosità sociale del reo (da leggersi come peculiari esigenze di risocializzazione), si pone in modo peculiare con riguardo ai soggetti in età evolutiva.

Oltre all'attesissima modifica del *voxato* art. 79 Ord. penit., la Delega assegna al giudice la possibilità di intervenire nei confronti del minorenne in qualsiasi momento, senza che la finalità di recupero del suddetto possa essere vanificata dalla necessità di dover prima espiare un determinato limite di pena in carcere, anzi, contemperando di volta in volta l'esigenza rieducativa del minore con l'eventuale realizzazione delle istanze retributive o di prevenzione generale.

Dovranno dunque compiersi, di volta in volta, valutazioni calibrate sulle caratteristiche psicofisiche del minore alla ricerca del miglior risultato educativo possibile, da bilanciare costantemente con la finalità di assicurazione degli obiettivi generali della risposta penale.

Il tentativo è quello di adattare il momento esecutivo a tutti i valori che consentono ampi margini di rilevanza del fatto e di affidamento del soggetto a meccanismi di *probation* in sede di cognizione. Questi istituti manifestano in effetti una vocazione rieducativa⁹⁴ al pari della previsione della conciliazione del minore con la vittima che va considerata come disposizione di ordine generale che volge verso la "riparazione"⁹⁵.

Il processo penale minorile è esso stesso portatore di una funzione educativa, dovendo il giudice illustrare all'imputato il significato delle attività processuali che si sviluppano in sua presenza, nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni⁹⁶

In continuità ideale con l'universo della cognizione minorile, la legge Delega esclude l'applicabilità

⁸⁸ I minori dovranno, quindi, essere collocati in strutture separate da quelle destinate agli adulti, nonché in sezioni differenziate in ragione delle regole di trattamento applicabili.

⁸⁹ G. Di Gennaro-R. Breda-R. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 358; G. Kalb, *L'esecuzione penale*, cit., p. 460.

⁹⁰ N. Petruzzelli, *La mitezza del trattamento penitenziario minorile*, in *Minori giust.*, 2015, f. 1, p. 83 ss.

⁹¹ Secondo dati statistici i condannati che hanno scontato l'intera pena in carcere sono soggetti a un tasso di recidiva che si colloca fra il 65% e il 75%, mentre per coloro che hanno avuto accesso alle misure alternative il tasso di recidiva si attesta fra il 20% e il 30% (42), scendendo ulteriormente in maniera drastica all'1% con riferimento ai soggetti immessi anche in un circuito lavorativo: G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2014; P. Sechi, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 201.

⁹² Per un quadro d'insieme si veda la *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). Fra le più recenti riflessioni, cfr. *Utopia e carcere*, a cura di S. Simonetta, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 23 ss.; S. Aleo, *Dal Carcere. Autoriflessioni sulla pena*, Pacini giuridica, Pisa, 2016, p. 10 ss.

⁹³ Condivisibilmente, R. Bartoli, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., p. 13

⁹⁴ G. Spangher, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1230. Il discorso rieducativo nel processo minorile è sicuramente sotteso alla previsione dell'art. 27 dello stesso d.P.R. n. 448 del 1988, relativa alla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e alle disposizioni di cui agli artt. 28-29 concernenti la sospensione del processo e la messa alla prova. L'applicazione delle due ipotesi e, soprattutto, l'esito positivo della prova confortano il riconoscimento di un percorso rieducativo che si è perfezionato. La vocazione rieducativa della messa alla prova trova conferma anche nella possibilità di reiterare in caso di un primo insuccesso il percorso rieducativo.

⁹⁵ Ci si riferisce all'art. 28, comma 3, d.P.R. n. 448 del 1988.

⁹⁶ G. Spangher, *La funzione rieducativa del processo*, cit., p. 1231, richiama al proposito l'art. 1 comma 2 d.P.R. n. 448 del 1988, relativo al processo minorile.

al minorenni dei limiti di pena per essere ammessi alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici penitenziari, a ragione della minore età al momento della commissione del reato e del mancato compimento del ventunesimo anno di età da parte del condannato nel momento in cui viene instaurato, d'ufficio o su iniziativa dello stesso condannato, il procedimento per l'ammissione al beneficio.

Il nuovo criterio è esteso ai soggetti che non presentino caratteristiche di consolidazione della personalità proprie dell'adulto, oltre la quale «la differenziazione, *pro reo*, del trattamento penitenziario perderebbe il suo fondamento giustificativo (trattare in modo diverso situazioni soggettive non omogenee) e finirebbe per atteggiarsi a intervento di pura clemenza»⁹⁷.

Peraltro, la tecnica generale di formulazione della proposta normativa (le misure «sono applicabili in ogni momento»), una volta intervenuto il giudicato e iniziata la fase esecutiva della pena, sembra protesa a inibire futuri interventi, volti a modificare o limitare i requisiti di pena⁹⁸.

Quella che si staglia all'orizzonte è dunque una disciplina legislativa del momento esecutivo e penitenziario minorile che risente appieno delle «cesellature» della Corte costituzionale, guidate da un'idea di giustizia non solo «educatrice»⁹⁹, ma soprattutto risocializzante.

L'obiettivo centrale della riforma – del tutto speculare alle affermazioni della sentenza in commento – è quello di diminuire l'accesso al carcere e di evitare la criminalizzare di soggetti che ancora non hanno completato il loro sviluppo verso la maturità.

Soggetti giovani, «destinatari di tutti i privilegi che lo Stato è in grado di offrire, tanto per quanto riguarda politiche di inclusione quanto per pratiche orientate a far crescere in loro il rispetto per la vita e per i diritti degli altri»¹⁰⁰.

⁹⁷ L. Caraceni, *Schema*, cit., p. 306.

⁹⁸ A. Pulvirenti, *Modifica all'art. 79 Ord. pen.*, in *Schema*, cit., p. 305-306.

⁹⁹ Per una ricostruzione storica, F. Colao, *L'albero nuovo si piega meglio di quello vecchio*. La giustizia «educatrice» per i minori nell'Italia liberale, in *Historia et ius*, 2016, f. 10, p. 29; M. Perrotti-G. Spinelli, *Punizione e legalità nel diritto penale italiano. Primi appunti per un confronto in chiave storica*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2314.

¹⁰⁰ Si veda espressamente in questi termini il discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'associazione internazionale di diritto penale, pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 459.

