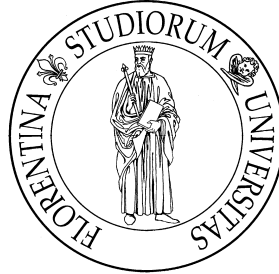


UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE



DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE PENALISTICHE: DIRITTO E
PROCEDURA PENALE (XXII CICLO)

IUS 17

**L'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI
TOSSICODIPENDENTI**

Chiar.mo Prof. F. C. Palazzo

Dott.ssa Raffaella Tucci

INDICE

PREMESSA

1. L'ESECUZIONE PENALE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI: L'EMERGERE DI UN PARADIGMA

1. L'esecuzione penale nei confronti dei soggetti tossicodipendenti: l'emergere di un paradigma

1.1. La legge 689/1975

1.2. Gli spazi detentivi terapeutici

1.2.1. Le difficoltà di implementazione

1.3. Il ritorno dell'impostazione repressiva

1.3.1. L'iscrizione del trattamento terapeutico nel sistema sanzionatorio

2. CHI È IL TOSSICODIPENDENTE?

2. Chi è il tossicodipendente?

2.1 La definizione di droga

2.1.1. Le Convenzioni internazionali

2.1.2. L'affermarsi del sistema tabella nella normativa italiana

2.1.2.1. Il sistema tabellare del T.U. del 1990

2.1.2.2. La riforma del sistema tabellare operata dalla legge 49/2006

2.2. Quando si è tossicodipendente? Uno sguardo comparativo

2.2.1. La definizione di tossicodipendente un problema tutt'altro che teorico

2.3. Sono penalmente sanzionabili (tutti) i tossicodipendenti?

2.3.1. La misura di sicurezza per il tossicodipendente non imputabile

3. CARCERE E TOSSICODIPENDENZA

3. Carcere e tossicodipendenza

3.1. Lo speciale regime detentivo per i tossicodipendenti: la parabola degli I.C.A.T.T.

3.2. Realtà e problemi dell'assistenza terapeutica ai tossicodipendenti reclusi

3.3. La riforma della sanità penitenziaria

4. LE MISURE CAUTELARI PER I SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

4. Le misure cautelari per i soggetti tossicodipendenti

4.1. Archeologia delle misure cautelari per i soggetti tossicodipendenti: la custodia cautelare in comunità

4.2. L'art. 89 del T.U. del 1990: "Provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti e alcool dipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici"

4.3. Le modifiche alla disciplina delle misure cautelari introdotte nel 2006

4.4. Il peso della detenzione cautelare nell'aumento della carcerazione: il problema del 5° comma dell'art. 73 T.U.

5. L'AFFIDAMENTO IN CASI PARTICOLARI (TERAPEUTICO)

5. L'affidamento in casi particolari (terapeutico)

5.1. L'introduzione dell'affidamento in prova in casi particolari

5.2. Le modifiche apportate all'art. 47 bis o.p. dalla legge 663/86

5.3. L'affidamento in casi particolari previsto dal T.U. del 1990

5.3.1. Chi può andare in affidamento terapeutico?

5.3.2. Il programma terapeutico

5.3.3. La ripetibilità della misura

5.3.4. L'importanza della discussione sulla natura e sulle finalità dell'istituto per la valutazione del suo esito

5.3.5. Il rapporto tra l'istituto dell'affidamento terapeutico e l'Ordinamento Penitenziario

5.3.5.1. L'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario

5.3.5.2. L'articolo 58-quater dell'ordinamento penitenziario

5.3.5.3 La preclusione ex art. 67 della legge n. 689 del 1981

5.3.6. Le modalità di accesso alla misura di cui all'art. 94 D.P.R. 309/1990 e il procedimento

5.3.6.1. Chi può presentare l'istanza di affidamento terapeutico?

5.3.6.2. La procedura indicata dal T.U. e i poteri del p.m.

5.3.6.3. La valutazione dell'idoneità del programma e la valutazione della strumentalità dell'istanza di affidamento terapeutico

5.3.6.4. La procedura parallela di istanza di affidamento terapeutico dalla libertà introdotta dalla riforma dell'art. 656 c.p.p.

5.3.6.5. L'impatto dell'art. 4-bis sulla sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 656 c.p.p.

5.4. Le modifiche apportate all'istituto dalla legge 49/2006 e i loro effetti

5.4.1. Gli effetti preclusivi della recidiva

5.4.2. Brevi cenni sul conferimento ai privati del potere di certificazione dello stato di dipendenza

5.4.3. La riduzione degli affidamenti terapeutici dopo l'indulto: una conseguenza della riforma?

6. LA SOSPENSIONE DELLA PENA DELLA RECLUSIONE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

6. La sospensione della pena

6.1. La natura dell'istituto: tra sospensione condizionale e affidamento terapeutico

6.2. Chi può usufruire della sospensione ex art. 90 T.U

6.3. Il rapporto tra sospensione pena e affidamento terapeutico

6.4. La procedura di concessione della sospensione pena

6.5. Conclusione della sospensione pena

6.6. La riforma dell'istituto del 2006

6.7. Il sostanziale non utilizzo della misura

PREMESSA

Per analizzare le disposizioni che oggi regolano l'esecuzione penale nei confronti dei soggetti tossicodipendenti è fondamentale ricostruire il percorso in cui si inseriscono. Senza questa ricostruzione è difficile capire perché, a quindici anni di distanza, il legislatore, verificando che né si era riusciti a contrastare la diffusione delle droghe né si era diminuito l'enorme numero di tossicodipendenti detenuti, sul piano repressivo ripete l'operazione condotta con il T.U. del 1990, apportandovi modifiche che riprendono la *ratio* e, alle volte, anche la lettera di quella riforma poi parzialmente corretta dal *Referendum* del 1993.

Oggi, a quattro anni dalle modifiche introdotte è molto discusso il loro impatto sull'uso della droga ed è chiaro che esse, nonostante i correttivi introdotti sul piano dell'esecuzione penale, o anche a causa di essi, hanno ridotto la possibilità per i tossicodipendenti autori di reato di intraprendere percorsi riabilitativi non carcerari.

CAPITOLO PRIMO

*L'ESECUZIONE PENALE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI:
L'EMERGERE DI UN PARADIGMA.*

SOMMARIO: 1. *L'ESECUZIONE PENALE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI: L'EMERGERE DI UN PARADIGMA.* - 1.1. *LA LEGGE 689/1975* - 1.2. *GLI SPAZI DETENTIVI TERAPEUTICI* - 1.2.1. *LE DIFFICOLTÀ DI IMPLEMENTAZIONE* - 1.3. *IL RITORNO DELL'IMPOSTAZIONE REPRESSIVA.* - 1.3.1. *L'ISCRIZIONE DEL TRATTAMENTO TERAPEUTICO NEL SISTEMA SANZIONATORIO*

1. L'esecuzione penale nei confronti dei soggetti tossicodipendenti: l'emergere di un paradigma.

La scelta normativa di privilegiare un percorso di esecuzione pena terapeutico e riabilitativo non detentivo per il tossicodipendente condannato, in astratto, ad una pena detentiva è per l'ordinamento italiano relativamente recente. Nella metà degli anni settanta del secolo scorso, anche sulla spinta di accordi internazionali¹, il legislatore cominciò a porsi il problema del diritto alla "cura"

¹ In effetti, la Convenzione di Vienna del 1971 ("*Convenzione sulle sostanze psicotrope*") già richiedeva agli Stati stipulanti di predisporre misure alternative alla detenzione volte al recupero del tossicodipendente autore del reato. Infatti, all'art. 22 rubricato "*Disposizione penale*", dopo aver impegnato, al primo comma, tutti gli Stati contraenti a sanzionare "*gli atti commessi intenzionalmente che contravvengono una legge o un regolamento adottato in esecuzione degli*

dei tossicodipendenti detenuti, poi gradatamente si aprirono, soprattutto per opera della magistratura strade tese a limitare la detenzione cautelare dei tossicodipendenti autori di reato, e solo dieci anni dopo si arrivò a predisporre la misura alternativa dell'affidamento terapeutico.

Il primo riconoscimento della necessità di tutelare il diritto alla salute dei soggetti tossicodipendenti in esecuzione pena è contenuto nell'art. 84 della legge 685 del 1975², con il quale il legislatore conferisce il "*diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria a scopo di riabilitazione a chiunque si trovi in stato di custodia preventiva o di espiazione di pena*"³ e sia ritenuto "*abituamente dedito all'uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope*". Con il 2° comma (oggi riproposto nella stessa formulazione dal 4° comma dell'art. 96 D.P.R. 309/90) di questo articolo il legislatore conferiva al Ministro di grazia e giustizia il compito di organizzare, "*con proprio decreto, su basi territoriali, reparti carcerari opportunamente attrezzati, provvedendo d'intesa con le competenti autorità regionali*"⁴.

obblighi [...] Convenzione" stessa, con "*le misure necessarie affinché le violazioni gravi siano debitamente punite, per esempio con una pena detentiva o con altra misura limitativa della libertà*", al secondo comma dell'articolo la Convenzione prevede che quando le persone che hanno compiuto queste violazioni, hanno utilizzato "*in modo abusivo delle sostanze psicotrope, le Parti, invece di condannarle o di irrogare una sanzione penale nei loro confronti, o quale misura accessoria della sanzione penale, potranno sottoporre queste persone a misure di trattamento, di educazione, di dopo-cura, di riadattamento e di reintegrazione sociale*".

² Art. 84 *Trattamento dei detenuti abituamente dediti all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope*. Chiunque si trovi in stato di custodia preventiva o di espiazione di pena e sia ritenuto dall'autorità sanitaria abituamente dedito all'uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope ha diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria a scopo di riabilitazione. A tal fine il Ministro per la grazia e giustizia organizza con suo decreto, su basi territoriali, reparti carcerari opportunamente attrezzati, provvedendo d'intesa con le competenti autorità regionali e con i centri di cui all'art. 92.

Le direzioni degli istituti carcerari sono tenute a segnalare ai centri medici e di assistenza sociale regionali competenti coloro che, liberati dal carcere, siano ancora bisognosi di cure e di assistenza.

³ Non sono menzionati gli internati, cioè i soggetti sottoposti a misure di sicurezza detentive. La dottrina ha pacificamente ammesso che si è trattato di una dimenticanza del legislatore per cui si può desumere che la disciplina in questione si applichi a tutti i soggetti detenuti e tossicodipendenti. G. Di Gennaro, *La droga. Controllo del traffico e recupero dei drogati (Commento alla legge 22 dicembre 1975 n.685, sulla disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope)*, Giuffrè editore, Milano, 1982, pp. 284; Ambrosini G., Mileto P., "*Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*", in F. Bricola, V. Zagrebelsky (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Utet, Torino, 1989, p. 116. Merita di essere sottolineato che la dimenticanza del legislatore si è ripetuta nell'attuale art. 96 del T.U. del 90 che sotto questo profilo ricalca l'art. 84 della legge 685 del 1975. Questa reiterazione della non menzione di questa categoria di reclusi fa pensare più che ad una dimenticanza ad una scelta deliberata, dovuta al fatto che ormai gli unici internati effettivamente esistenti sono i reclusi negli ospedali psichiatrici giudiziari, tra i quali non sono infrequenti i cosiddetti "soggetti con doppia diagnosi", che associano cioè a problemi di dipendenza problemi di sofferenza psichiatrica, che però si trovano in un luogo già configurato dalla normativa come luogo di reclusione e terapia. Merita di essere sottolineato che il disagio dei soggetti in "doppia diagnosi" non è di solito determinato da problemi di disadattamento, povertà e dal contesto sociale degradato, ma da problemi di depressione e da disturbi della personalità.

⁴ Questa previsione nasceva da una letteratura che, da un lato, tratteggia i reati commessi dai tossicodipendenti come dovuti all'effetto "accecante" della dipendenza e allo stile di vita che essa li ha portati a tenere. Dall'altro, metteva l'accento sulla labilità psicologica che rende i

1.1. La legge 689/1975

Dopo un periodo di poco più di vent'anni (1954-1975), durante il quale il fenomeno droga era stato trattato dalla normativa come un problema esclusivamente criminale, la sua percezione sociale era divenuta ambivalente. La rapida diffusione nel mondo giovanile delle droghe, avvenuta nella seconda parte degli anni sessanta del secolo scorso, alimentata sia da motivi culturali e ideologici che da logiche di mercato particolarmente allettanti per i narcotrafficienti, fece apparire sempre più inadeguata una legge che poneva sullo stesso livello spacciatori e consumatori. La legge n. 685 del 1975 (*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*) cambiò radicalmente l'impostazione della normativa. Essa sradicò la convinzione e la percezione, affermatesi all'inizio degli anni settanta del secolo scorso, che il tossicodipendente fosse un malato da curare, anche se il consumo di droga continuò ad essere considerato socialmente dannoso in quanto, solitamente, si accompagna ad attività illegali e comportamenti lesivi dei diritti di terzi. L'impulso, a volte irresistibile, a procurarsi le sostanze stupefacenti induce, infatti, l'assuntore, quando non dispone dei mezzi necessari, a commettere reati per reperire quanto gli serve per acquistare le sostanze, tra l'altro in quantitativi normalmente crescenti. Non è un caso che i crimini più comuni commessi dai tossicodipendenti siano reati contro il patrimonio: rapine, furti, ricettazioni, estorsioni spesso anche in danno dei propri familiari, oltre allo "spaccio" che è il reato più commesso perché è il modo usato più di frequente per procurarsi la sostanza. Allo stesso tempo però venne in rilievo che il consumo di sostanze stupefacenti e psicotrope (per usare la definizione data dalla legge) era dannoso sul piano psico-organico per l'assuntore. Questa duplice connotazione del fenomeno è alla base del tentativo della normativa nazionale degli ultimi 35 anni di contemperare, bilanciandole di volta in volta, le diverse esigenze: repressive e di tutela del diritto alla salute dei tossicodipendenti.

tossicodipendenti particolarmente soggetti alla "prigionizzazione" (per questa nozione si veda D. Clemmer, *The prison Community*, Boston, The Christopher Publishing House, York, 1941 e E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 69 e ss, dove nella sezione antologica (210-225) è riportata una traduzione di alcuni passi del volume di Clemmer.), cioè particolarmente "influenzabili" dall'ambiente carcerario, sconsigliando in modo più assoluto il contatto con persone di alto spessore criminale o comunque aggressive e violente, contatto che renderebbe veramente improbo qualsiasi tentativo di recupero.

Per analizzare queste disposizioni e le reazioni ad esse merita di essere ricordato il contesto socio-economico in cui il legislatore ha operato a metà degli anni settanta del secolo scorso. L'iniziativa legislativa nasce proprio dalla percezione del radicale mutamento del fenomeno droga. Nell'arco di pochi anni si passa da forme di tossicomania numericamente contenute, che non rappresentavano un grave problema sociale, all'“esplosione di un fenomeno di massa”⁵ non più controllabile con gli strumenti preventivi e repressivi previsti dalla legge n. 1041 del 1954. Tale legge, come è noto, sanzionava allo stesso modo il consumatore e lo spacciatore⁶. Questo mutamento spinge il legislatore a cercare di fronteggiare il fenomeno tramite una “strategia differenziata” che percorreva due diversi binari. Da un lato, si depenalizzò l'uso personale degli stupefacenti, privilegiando, rispetto al lato repressivo, il recupero attraverso il trattamento personalizzato e il reinserimento sociale del tossicodipendente. Dall'altro, si intensificò la repressione della circolazione e del traffico delle sostanze stupefacenti, aumentando le pene edittali previste per queste condotte e creando nuove fattispecie di reato. La strategia scelta dal legislatore era, evidentemente, di ridurre la popolazione carceraria tossicodipendente tramite un'attenuazione della repressione dei fenomeni criminali o devianti riconducibili alla droga che fossero connotati da scarsa pericolosità sociale.

Anche se, come accennato⁷, la Convenzione di Vienna del 1971, per altro non ancora ratificata dall'Italia, richiedeva ai paesi contraenti la predisposizione di percorsi di disintossicazione e risocializzazione alternativi alle sanzioni detentive, la legge n. 685 puntò più sulla depenalizzazione che sul recupero sociale del tossicodipendente autore di reato. Lo sforzo legislativo fu quello di delineare una politica sociale diretta più che altro alla “prevenzione, cura e riabilitazione” di chi ancora non si fosse reso colpevole di un fatto di reato.

Il vero fulcro della normativa era costituito dagli articoli 90 e ss. che affidavano alle Regioni il compito di istituire i Comitati regionali per la prevenzione delle tossicodipendenze e una rete territoriale di Centri medici e di assistenza sociale (CMAS), gestiti dai Comuni e dalle amministrazioni provinciali. Mentre il suo “spirito” era ben rappresentato dagli art. 72 e 80. L'art. 72 sanzionava, al 1° comma, “chiunque, fuori dalle ipotesi previste

⁵ Cfr. G. M. Flick, *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 9.

⁶ Norma perno e “manifesto” di questa legge era l'art. 6, che reprimeva, con la pena da tre a otto anni, ben nove diverse tipologie di condotta (acquistare, vendere, cedere, importare, esportare, far transitare, procurare ad altri, impiegare, o comunque detenere) laddove realizzate in assenza di apposita autorizzazione.

⁷ V. nota n. 1

dall'art. 80, senza autorizzazione o comunque *illecitamente, detiene*, trasporta, offre, acquista, pone in vendita, vende, distribuisce o cede, a qualsiasi titolo, anche gratuito, modiche quantità di sostanze stupefacenti o psicotrope” con una pena da due a sei anni e con la multa da lire centomila a lire otto milioni, se si trattava di droghe “pesanti”, e con la reclusione da uno a quattro anni e della multa da lire centomila a lire sei milioni, se si trattava di droghe “leggere”⁸. Quando le stesse condotte, riguardavano quantità non modiche di droghe la sanzione prevista dall’art. 71 era la reclusione da quattro a quindici anni e la multa da tre a cento milioni di lire se si trattava di droghe “pesanti” e la reclusione da due a sei anni con la multa da due a cinquanta milioni di lire quando la condotta aveva ad oggetto le droghe leggere. Al di là dell’attenuazione della pena per il piccolo spacciatore, spesso tossicodipendente⁹, il dato più significativo è il capovolgimento della logica che guidava la criminalizzazione della detenzione che è operata sostituendo la formula “*comunque detiene*”, prevista dalla legge del 1954, con l’espressione “*illecitamente detiene*”. Quindi, ad un’impostazione che sanzionava chiunque addirittura “*intendesse*” “*importare, esportare, ricevere per il transito, commerciare a qualsiasi titolo, impiegare o comunque detenere*” la droga, si sostituisce un’impostazione per la quale la mera condotta di detenzione di sostanze stupefacenti è, nei casi previsti dall’art. 80, non punibile e non necessita di un’autorizzazione specifica. L’art. 80, rubricato “DETENZIONE PER USO PERSONALE DI SOSTANZE STUPEFACENTI O PSICOTROPE”, prevedeva la non punibilità di “*chi illecitamente acquista o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope*”, fossero esse “leggere” o “pesanti”, “*allo scopo di farne uso personale terapeutico, purché la quantità delle sostanze non ecceda in modo apprezzabile le necessità della cura, in relazione alle particolari condizioni del soggetto*”. Parimenti prevedeva la non punibilità di chi deteneva le suddette sostanze, in “*modiche quantità*”, “*per farne uso personale non terapeutico*”, e di chi ne avesse fatto uso esclusivamente personale, indipendentemente dalla quantità di sostanze che avesse posseduto. Per le sostanze possedute, a norma dell’art. 80, era previsto il sequestro e la

⁸ Per i concetti di “droga pensante” e “leggerà” v. *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione*, Giuffrè, Milano, 1979

⁹ Indicativo dello spirito dei tempi è il disappunto mostrato da parte della dottrina perché il parametro della modica quantità non avesse evitato *in toto* il rischio di criminalizzazione del consumatore di sostanze stupefacenti. Cfr. C. Castellani, E. Fassone, “*Tossicodipendenza e processo penale. Osservazioni sulle prospettive di riforma della legge 685/1975*”, *Questione giustizia*, II, 1985, pp. 360-361.

confisca e, il loro detentore poteva essere avviato, ex art. 100 della legge 685/75¹⁰, al ricovero ospedaliero coatto, in una sezione non psichiatrica¹¹.

Da queste norme emerge la convinzione che attraverso la depenalizzazione della detenzione di una modica quantità di droga a fini personali e la previsione del trattamento sanitario disciplinato dagli artt. 96 e ss., si potesse contenere il problema delle presenze di soggetti tossicodipendenti in carcere. In sostanza, in un'ottica di cura del tossicodipendente, che in quanto malato avrebbe subito anche un aggravamento delle sue condizioni psicofisiche attraverso il contatto con il carcere, si riteneva che, per evitare il sovraffollamento carcerario causato dai soggetti tossicodipendenti, fosse sufficiente prevedere una norma che consentisse di evitare il carcere ai soggetti intossicati trovati in possesso un quantitativo di droga destinato al consumo personale¹².

Il legislatore, quindi, sceglie di affidare il perseguimento dei due valori antitetici, sottostanti le politiche relative alle tossicodipendenze, a due diversi apparati. All'apparato sanitario, e segnatamente agli istituendi CMAS¹³, è

¹⁰ Art. 100. Interventi del Tribunale.

La persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, che necessita di cure mediche e di assistenza, ma che rifiuta di assoggettarsi al trattamento necessario, deve essere segnalata dall'autorità di polizia o dal centro medico e di assistenza sociale competente all'autorità giudiziaria.

La stessa segnalazione può essere fatta dal genitore, dal coniuge, dai figli o, in mancanza di essi, dai prossimi congiunti della persona da assistere.

L'autorità giudiziaria, premessi gli opportuni accertamenti e sentito in ogni caso l'interessato e il competente centro medico e di assistenza sociale, qualora ravvisi la necessità del trattamento medico ed assistenziale, dispone con suo decreto il ricovero ospedaliero, con esclusione degli ospedali psichiatrici, se assolutamente necessario, o le opportune cure ambulatoriali o domiciliari.

In ogni caso l'autorità giudiziaria affida la persona da assistere al centro di cui all'art. 90, il quale compie gli interventi occorrenti e ne riferisce almeno ogni tre mesi all'autorità giudiziaria medesima.

L'affidamento è disposto per la durata presumibile della cura e dell'assistenza volta al reinserimento sociale.

Disposto il trattamento medico ambulatoriale, se l'interessato interrompe le cure e rifiuta di riprenderle, l'autorità giudiziaria può disporre il ricovero in idoneo istituto ospedaliero, con esclusione degli ospedali psichiatrici.

I provvedimenti indicati negli articoli precedenti possono in ogni tempo essere modificati.

Essi debbono essere revocati non appena si possa presumere che il soggetto interessato non abbia bisogno più di cure e di assistenza.

¹¹ Questa esplicita previsione trova la sua ragione nel fatto che fino a quel momento l'unico intervento riabilitativo consisteva nel ricorso alla cura mentale dell'intossicato, ritenuto pericoloso o di pubblico scandalo. Cfr. F.C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, CEDAM, Padova, 1994, p. 34. La normativa che prevedeva tale intervento era composta dalla legge psichiatrica del 14 febbraio 1904 n. 36 e dalle successive leggi sanitarie (T.U. del 27 luglio 1934 n. 1265). In merito alla consapevolezza della natura clinica del problema della tossicodipendenza cfr. anche la relazione di C. Cippitelli, "*Droga Tossicodipendenza e tossicodipendenti*", in <http://www.ristretti.it/areestudio/droghe/zippati/cippitelli.pdf> (consultato il 30/09/2010), p. 16, dove si legge: "Con il testo unico delle leggi sanitarie la tossicodipendenza viene sempre più equiparata ad una malattia, ed il tossicomane ad un soggetto a cui applicare procedure di ricovero coatto, modellate sulla legge manicomiale del 1904".

¹² B. Guazzaloca, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in G. Insolera (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, UTET, Torino, 1998, p.505.

¹³ Anche la loro istituzione può essere considerata conseguenza della stipula della Convenzione di Vienna 1971, si ribadisce per altro non ancora ratificata all'epoca dall'Italia, che all'art. 20

affidato il recupero socio-terapeutico del tossicodipendente; mentre al sistema penale, segnatamente a forze di polizia e sistema giudiziario, venne affidato il compito di offrire una risposta alle richieste sociali di sicurezza suscitate dalle condotte tenute da molti tossicodipendenti. Alla parte del sistema penale incaricata dell'esecuzione pena si assegna, invece, un ruolo del tutto marginale. Al di là delle ipotesi degli artt. 96 e ss. (in cui peraltro non si fa mai riferimento al momento detentivo), la legge del 1975 si limita a contemplare “un trattamento terapeutico assistenziale, esclusivamente intra-murario, per il detenuto abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti e psicotrope”¹⁴.

Dato che il numero dei tossicodipendenti era ancora contenuto e che il legislatore immaginava di aver predisposto una strategia che doveva portarli ad evitare il carcere non sorprende che pensasse di fronteggiare il problema dei soggetti tossicodipendenti detenuti, che si immaginavano pochi, esclusivamente fornendo loro all'interno delle mura carcerarie, un luogo *ad hoc* dove usufruire del trattamento terapeutico, senza prevedere alcuna misura alternativa per lo svolgimento della custodia cautelare e per l'espiazione della pena¹⁵. Se si dà per scontato questo vizio di origine, dovuto principalmente alle dimensioni che il fenomeno aveva all'epoca, non si può disconoscere che l'art. 84, 2° comma della legge n. 685/1975, cercando di far fronte alla crescente problematica della presenza nelle carceri di soggetti abitualmente dediti al consumo di sostanze stupefacenti, offriva loro soluzioni detentive che tendevano al perseguimento della finalità rieducativa, secondo una logica terapeutica.

1.2. Gli spazi detentivi terapeutici

La legge dava corpo ad una strategia basata sulle riflessioni, allora più recenti, in materia di droga e di trattamento dei tossicodipendenti. Il legislatore italiano fu il primo ad avere il coraggio di imboccare la strada suggerita dal dibattito sociologico che in quegli anni si stava svolgendo in Europa e soprattutto negli Stati Uniti sulla capacità dello strumento carcerario

(*Misure contro l'abuso delle sostanze psicotrope*), sollecitava gli Stati firmatari a prendere “tutte le misure che possono servire per prevenire l'abuso delle sostanze psicotrope e per assicurarne la pronta individuazione e per la cura, la rieducazione, il dopo-cura, il riadattamento e la reintegrazione sociale delle persone interessate”.

¹⁴ A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, *Questione giustizia*, IV, 1986, p. 842.

¹⁵ B. Guazzaloca, “L'esecuzione della pena del tossicodipendente”, cit., p. 505.

tradizionale di assicurare il “prometeico” obiettivo del recupero sociale del detenuto.

Le analisi sociologiche delle “istituzioni totali” condotte fino all’inizio degli anni Settanta del secolo scorso evidenziavano l’incapacità strutturale dell’istituzione detentiva di raggiungere questo obiettivo, enfatizzando, al contrario, la sua tendenza a produrre nei reclusi la sindrome da prigionizzazione e, quindi, l’effetto opposto¹⁶. Esse spiegavano come l’isolamento dal resto del contesto sociale, non compensato da un opportuno sostegno, collocasse i soggetti segregati in seno ad una realtà percepita come avulsa e, pertanto, diversa dal mondo da cui sono stati esclusi. Inoltre, il contatto continuo con individui caratterizzati da un notevole spessore criminologico e, soprattutto, la cui personalità è strutturata dalla reclusione fornisce al detenuto esclusivamente modelli comportamentali antisociali. A questo si deve aggiungere che l’inattività alla quale è costretto il detenuto gli fa percepire la propria situazione come una condizione di mera passività e finisce per alimentare una sensazione di assoluta incapacità di valorizzare le risorse personali. All’interno delle prigioni, anche l’attività lavorativa che il detenuto dovrebbe svolgere, e che sul piano simbolico assurge al ruolo di strumento rieducativo capace di consentire al detenuto di autosostentarsi e di recuperare, anche per sé stesso, credibilità sociale, è organizzata, come ha evidenziato Erving Goffman, secondo logiche che assecondano la cultura penitenziaria e che pertanto contribuiscono ad annichilire la soggettività dei reclusi.

Sulla scorta di queste analisi, gli autori meno radicali suggerivano la realizzazione di strutture contenitive orientate verso l’accoglimento della “cultura terapeutica”, considerata capace di neutralizzare gli effetti de-socializzanti della “cultura penitenziaria”. Questa era la strada suggerita, per esempio, da Maxwell Jones, per il quale ciò che distingue una comunità terapeutica dalle altre istituzioni totali “è il modo in cui le risorse globali dell’istituzione, lo staff, i pazienti e i loro parenti si riuniscono auto-coscientemente per favorire il trattamento”, poiché “ciò implica, soprattutto, una modificazione nell’abituale status dei pazienti”. In collaborazione con lo staff, essi partecipano attivamente alla propria terapia, a quella degli altri malati e,

¹⁶ Per la nozione di istituzione totale si veda E. Goffman, *Asylum*, 1961, tr. it. Torino: Einaudi, 1968, per quella simile, ma non coincidente, di “potere totale” si veda G. Sykes, *The Society of Captives*, Princeton, 1958. Per la nozione di “prigionizzazione” D. Clemmer, *The prison Community*, New York, 1940. Una traduzione parziale dei testi di Sykes e Clemmer si trovano in “Antologia” E. Santoro, *Carcere e Società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004, alle cui pp. 69-82 si rimanda anche per la ricostruzione di questo dibattito.

per molti aspetti, alle attività generali della comunità¹⁷. L'opzione terapeutica, secondo questa impostazione, comporta la necessità di assoggettare continuamente ad esame critico i rapporti tra pazienti ed operatori e l'attività trattamentale intrapresa e questo risultato, come sosteneva, D.H. Clark, poteva essere raggiunto solo attraverso l'accoglimento della “*soluzione comunitaria*” che implicava l'analisi continua delle dinamiche individuali e collettive che segnavano i rapporti relazionali. L'ambiente terapeutico doveva essere un ambiente non caratterizzato dal tradizionale rapporto d'autorità che contraddistingue le istituzioni detentive ed in cui il potere decisionale è ridistribuito orizzontalmente fra i membri dell'organismo collettivo¹⁸.

Queste analisi spingono decisamente verso la soluzione comunitaria e la decarcerizzazione: strada che il legislatore italiano sarà costretto poi ad intraprendere dieci anni più tardi. La scelta di creare spazi terapeutici all'interno del carcere poneva comunque il legislatore in linea con i suggerimenti, al tempo più avanzati, delle istituzioni internazionali. Uno studio condotto dalle Nazioni Unite nel 1965¹⁹ sulle problematiche detentive, sulla scorta delle tesi di Clemmer sulla prigionizzazione, sottolineava come tutti gli sforzi degli operatori penitenziari, per rieducare i detenuti si scontravano con la fedeltà del singolo alla “comunità dei prigionieri”. Il rapporto suggeriva una strategia da adottare almeno per i soggetti più facilmente influenzabili, quali *in primis* i minori e i giovani tossicodipendenti. Si doveva cercare di ridurre l'incidenza ansiogena provocata, all'interno delle istituzioni detentive, dal rapporto gerarchico fra il personale di custodia e detenuti, mediante l'adozione di uno schema partecipativo capace di riprodurre il più fedelmente possibile la struttura della “comunità terapeutica”, caratterizzata, per definizione, da rapporti interpersonali organizzati secondo schemi comunicativi orizzontali. Questo risultato poteva essere raggiunto solo se la popolazione carceraria fosse stata ripartita in piccole unità, nell'ambito delle quali riuscire a dar vita ad attività sociali da cui far scaturire momenti relazionali significativi fra il personale penitenziario e i ristretti.

L'asse portante di questo rapporto è quindi l'idea, da un lato, che la cultura carceraria non consente di recuperare le capacità di reintegrarsi nel tessuto sociale e dall'altro che la “cultura terapeutica” è in grado di sovvertire completamente l'organizzazione delle strutture penitenziarie tradizionali, in

¹⁷ M. Jones, *Ideologia e pratica della psichiatria sociale*, Etas Kompass, Milano, 1970, p. 121.

¹⁸ D. H. Clark, *Administrative Therapy. The Role of the Doctor in the Therapeutic Community*, Tavistock, London, 1964.

¹⁹ *Le Jeune adulte délinquant*, edito dall'O.N.U. nel 1965.

quanto essa presuppone che, all'interno della struttura segregante, si sviluppi una stabile autonomia comunicativa capace di favorire l'interazione orizzontale e verticale fra i diversi gruppi operanti. Secondo questa visione, all'interno di un organismo che persegue, collettivamente, il raggiungimento di uno scopo terapeutico, anche il rapporto che il carcere crea fra chi detiene la forza e l'autorità e chi è soggetto ad un potere percepito come "totale", si trova ad essere modificato: l'impostazione comunitaria, infatti, ridistribuisce l'esercizio dell'autorità e consente ai soggetti ristretti di esporre le decisioni che vorrebbero prendere circa la loro vita. Un'organizzazione contenitiva spiccatamente terapeutica, mirando a migliorare la percezione che i detenuti hanno della realtà esteriore e di sé stessi, promuove continuamente l'analisi della vita comunitaria e questo modo di operare apre gli spazi per eliminare la degradante condizione d'assoluta passività alla quale il penitenziario assoggetta l'individuo. Si pongono in sostanza le condizioni per rovesciare il ruolo del recluso e progettare un percorso trattamentale in seno al quale esso è chiamato a recitare, responsabilmente, la parte dell'attore principale²⁰.

1.2.1. Le difficoltà di implementazione

La scelta del legislatore, di avviare la costituzione di "reparti carcerari opportunamente attrezzati" all'interno dei quali attuare un trattamento penitenziario differenziato per i soggetti abitualmente dediti al consumo di sostanze stupefacenti, mirava dunque, in linea con il dibattito internazionale più avanzato, a dar vita ad una cultura penitenziaria, lontana dalle scelte trattamentali fino ad allora compiute, e orientata in senso "terapeutico". La dura reazione che questa impostazione suscitò nella dottrina e nell'amministrazione penitenziaria, restia allora, come oggi, a modificare i propri comportamenti consolidati²¹, dimostrò la scarsa diffusione di una coscienza consapevole delle problematiche rappresentate dal detenuto tossicodipendente e comportò che, di fatto, l'art. 84 non trovò mai attuazione²².

²⁰ Cfr. T. Bandini, U. Gatti, "La comunità terapeutica nelle carceri", *Quaderni di Criminologia Clinica*, 1977, pp. 305-317.

²¹ C. Cippitelli, *op cit.*, parla di "immobilismo istituzionale"

²² D'altra parte questa scelta fu duramente avversata anche da chi propendeva per la strada comunitaria in nome della necessità di superare le barriere architettoniche costituite dalle istituzioni totali per approdare alla predisposizione di luoghi alternativi alla detenzione. Cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, "*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*", cit., p. 872 che a proposito di queste sezioni scrivono: "*riteniamo fondamentale che*" tali luoghi " *si configurino come spazi per la terapia e non per l'espiazione di una*

La dottrina più autorevole si assestò su posizioni “caute”, sostenendo che la norma non imponeva di creare “reparti carcerari in cui raggruppare solo tossicodipendenti”, e che al contrario i detenuti tossicodipendenti dovevano avere contatti con tutti gli altri detenuti comuni, anche laddove quest’ultimi avessero un notevole spessore criminale, dato che “un efficiente trattamento” si deve basare su “un'interazione fra soggetti aventi problemi, caratteristiche e personalità diverse”²³. Secondo questa tesi creare sezioni di soli tossicodipendenti avrebbe causato loro una “distorsione nella percezione di sé” e una forte deresponsabilizzazione. I reparti che l’art. 84 imponeva di organizzare dovevano servire solo per la prima parte della carcerazione; dovevano essere “reparti di primo intervento, in cui rimanere il minor tempo possibile”²⁴. Poi, ai tossicodipendenti si sarebbe dovuto assicurare un aiuto di carattere psicologico in “ambienti di vita” che avessero “il più possibile i caratteri della normalità”²⁵. Le poche discussioni di quegli anni sul trattamento carcerario dei tossicodipendenti erano dominate dalla preoccupazione che, introducendo un regime particolare per tale categoria di soggetti, si sarebbe creato un “diritto speciale”, se non addirittura “premile”, ingiustificato e inammissibile sotto il profilo dell'uguaglianza del trattamento dei detenuti e che avrebbe finito per condurre alla deresponsabilizzazione dei detenuti tossicodipendenti, facendo apparire la condizione di tossicodipendenza addirittura un vantaggio. Questa impostazione spingeva la dottrina a sostenere che, anche nella fase iniziale della detenzione, le sezioni di disintossicazione dovevano essere utilizzate solo per chi avesse commesso il reato “*sotto il pressante ricatto della sostanza, ossia in quei casi in cui tra lo status del soggetto e l'azione illecita fosse esistito un nesso eziologico provato di tipo diretto*”²⁶.

pena sostitutiva (la condanna alla cura!)...e siano vicini alla società reale...diversificati...ed infine non si configurino come nuove istituzioni per la rieducazione di soggetti autori di reato”.

²³ G. Di Gennaro, *op. cit.*, pp. 286-287: “*mettere insieme tutti i drogati comporterebbe una distorsione della percezione di sé. Essi finirebbero per considerarsi malati e come tali deresponsabilizzati di fronte ai loro impegni di partecipazione a programmi di trattamento incentrati su modelli non medici*”.

²⁴ G. Ambrosini, P. Mileto, “*Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*”, cit., pp. 116-117. Questa posizione voleva tener conto delle tesi di chi sottolineava che per i tossicodipendenti il carcere è particolarmente difficile da vivere in quanto essi devono affrontare praticamente da soli le crisi di astinenza e il periodo di adattamento alla vita detentiva, periodo molto duro come mostra il fatto che in esso si concentra la maggioranza dei suicidi che avvengono in carcere, e che è soprattutto nel periodo in cui si sommano queste due “tragedie personali” che essi diventano facile “preda” di delinquenti dalla spiccata capacità di assumere posizioni di supremazia e di comando sugli altri, che con consigli ed aiuto si conquistano con facilità la loro fiducia.

²⁵ G. Di Gennaro, *op. cit.*, p.116. Sarebbe superfluo soffermarsi sul riferimento di Di Gennaro alla “normalità” che secondo l'autore dovrebbe esistere in un ambiente carcerario indifferenziato!

²⁶ C. Castellani, E. Fassone, “*Tossicodipendenza e processo penale. Osservazioni sulle prospettive di riforma della legge 685/1975*”, cit., p. 366-374.

Spalleggiata da queste posizioni della dottrina, la riottosità dell'Amministrazione penitenziaria si concretizzò nella circolare del Ministero di grazia e giustizia, n. 2414/4868 del 29 aprile 1977 che, affermando che la via maestra per il trattamento dei tossicodipendenti era quella della detenzione ordinaria, sosteneva *“l'inopportunità di isolare il tossicodipendente in una condizione di ghettizzazione e sostanziale emarginazione [...] che sottrarrebbero il paziente all'ausilio socializzante della convivenza in comunità indifferenziate, rendendo più difficili le iniziative di riabilitazione e reinserimento”*²⁷. Quindi gli ambienti che, secondo le tesi che avevano ispirato il legislatore, dovevano favorire una vita comunitaria atta a ostacolare la prigionizzazione dei tossicodipendenti reclusi, sono considerati ambienti ghettizzanti, quasi che l'emarginazione che essi provocano fosse dalla normale vita sociale e non dalla vita carceraria.

La scarsa attenzione per il problema del trattamento carcerario dei tossicodipendenti risulta evidente anche dalle proposte di riforma della legge 685/1975 presentate fino 1980, nelle quali l'unico provvedimento suggerito è di ridurre il trauma della crisi di astinenza, estendendo anche ai detenuti la *“somministrazione controllata”* di sostanze stupefacenti, come avveniva all'esterno per i tossicodipendenti *“liberi”*²⁸. Il rimedio era sicuramente importante, ma decontestualizzato da un supporto ambientale adatto, dimostrava solo l'esigenza di rendere, velocemente, i tossicodipendenti compatibili con gli altri detenuti. La proposta di legge n. 2030 del 26 settembre 1980 all'art. 20 proponeva addirittura di introdurre, dopo la previsione del diritto del detenuto tossicodipendente alla cura e alla riabilitazione, il divieto di costituire negli istituti carcerari *“sezioni speciali per tossicodipendenti”*.

1.3. Il ritorno dell'impostazione repressiva

Con la progressiva diffusione delle sostanze stupefacenti e psicotrope la privazione della libertà personale dei consumatori di stupefacenti appare, di primo acchito, la risposta appropriata non solo per tutti quei comportamenti devianti o lesivi dei diritti dei terzi che accompagnano spesso il consumo delle droghe, ma anche per il consumo stesso. Del resto, l'uso del carcere in Italia, e

²⁷ A. Beconi, L. Ferrannini, *“Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente”*, cit., pp. 842-843.

²⁸ G. Di Gennaro, *op. cit.*, pp. 525-619.

non solo, negli ultimi trent'anni è apparso la risposta appropriata per un ventaglio amplissimo di problemi. La scelta, che si è progressivamente rafforzata nel corso degli anni, è stata di predisporre politiche securitarie che salvaguardassero l'esigenza, anche simbolica, di avere validi strumenti sanzionatori general-preventivi capaci di contrastare chi aggredisce beni di rilevanza pubblica. Al sistema penale è assegnato in primo luogo il compito di accertare la reità del soggetto tossicodipendente e di assicurarlo alle maglie della giustizia. E' in questo contesto che si inserisce l'opzione terapeutica, che si concretizza in una delega al sistema socio-sanitario a coogestire, con l'Amministrazione penitenziaria, la fase punitiva. E' evidente che, in questa situazione, il trattamento terapeutico deve fare i conti con i limiti intrinseci dell'investitura ricevuta dall'apparato repressivo. La sua azione è circoscritta quindi dal fatto penalmente punito. L'apparato delegato ad eseguire in concreto la sanzione non è libero di mettere al centro del proprio operato le esigenze terapeutiche, ma si trova ad operare in una condizione di subordinazione e a dover seguire le direttive disciplinanti dettate dall'apparato delegante.

Di fronte alla stratificazione dei provvedimenti normativi in materia di droghe, che spesso causava negli operatori incertezze e confusione e, soprattutto motivato dalla convinzione che fosse necessario cambiare l'impostazione della legge del 1975 che, a parere delle forze di maggioranza politica dell'epoca, aveva dato la sensazione che fosse lecito usare le droghe, il Parlamento approva la legge n. 162 del 26 giugno 1990 (*Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 Dicembre 1975, N. 685, recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*), conosciuta come legge "Jervolino-Vassalli", dai nomi del Ministro degli interni e del Ministro della giustizia dell'epoca che, della legge, furono i principali autori. Con questo provvedimento si cerca di tornare al regime della legge n. 1041 del 1954 e di affermare "la volontà dello Stato di reprimere vigorosamente la diffusione di sostanze stupefacenti"²⁹. Cambiata, modificando una serie di articoli, l'impostazione di fondo della normativa sugli stupefacenti, la nuova legge all'art. 37 delegava il Governo a redigere un Testo Unico che raccogliesse e coordinasse tutte le leggi allora vigenti in materia di stupefacenti. Pochi mesi dopo, con il

²⁹Cfr. R. Ricciotti, M.M. Ricciotti, *Gli stupefacenti. Commento al T. U. 9 ottobre 1990, giurisprudenza, decreti ministeriali, tabelle, relazioni parlamentari*, Cedam, Padova, 1993, pp. 6 e ss.

decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990 n. 309, viene emanato *Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti*.

Il legislatore non fu però sordo agli allarmanti segnali derivanti dalle statistiche penitenziarie rilevate nei cinque anni precedenti, al D.P.R. 309/90. Esse segnalavano un incremento quantitativo della popolazione detenuta tossicodipendente a fronte di una sostanziale flessione del numero complessivo dei soggetti ristretti presenti nelle carceri italiane, ciò comportava un notevole aumento della percentuale dei soggetti tossicodipendenti detenuti. I tossicodipendenti reclusi per condanna definitiva o per misura cautelare passano dalle 5.221 unità del 1986, pari al 16,4% del totale della popolazione detenuta, alle 7.299 unità del 1990 che, a fronte di 25.931 detenuti presenti nel circuito penitenziario italiano alla data del 31 dicembre, corrispondono al 28,1% del totale³⁰. La risposta a questi dati è contenuta nel capo II del titolo VIII (*“Della repressione delle attività illecite”*) del Testo Unico 309/1990, dedicato alle *disposizioni processuali e di esecuzione*. Queste disposizioni in materia di esecuzione pena del detenuto tossicodipendente dimostrano la chiara volontà del legislatore, da un lato, di far coincidere il trattamento sanzionatorio e il trattamento terapeutico e, dall'altro, di voler favorire un'ampia decarcerizzazione dei tossicodipendenti.

Le misure di “decarcerizzazione” varate nel 1990, per risolvere il problema dell'esecuzione della pena nei confronti dei tossicodipendenti, si accompagnano ad un'impostazione fortemente repressiva nei confronti non solo della produzione e del commercio, ma anche del consumo di sostanze stupefacenti. Tale impostazione, ovviamente, favorisce un incremento della schiera dei tossicodipendenti con “problemi di giustizia”. Come accennato, l'intento programmatico del legislatore del 1990 è quello di rinnegare *in toto* l'impostazione, ritenuta lassista, della legge del 1975, sancendo il divieto di uso personale di sostanze stupefacenti, prevedendo una serie di sanzioni che vanno da quelle amministrative, alle “misure di prevenzione criminale”, fino a quelle penali *stricto sensu*, da applicare gradatamente a scalare, se il tossicodipendente non risponde ad una serie di richiami volti a fargli intraprendere un percorso di riabilitazione e a fargli cessare l'uso della sostanza (artt. 75-76).

Questa rigida impostazione fu bocciata dal voto popolare nel corso del *Referendum* abrogativo del 18 aprile 1993 che cancellò la previsione di misure

³⁰ S. Verde, *Massima Sicurezza*, ODRADEK, Roma, 2002, p. 219.

di prevenzione criminale e le sanzioni penali connesse al reiterato uso personale di sostanze stupefacenti, lasciando in vigore solo le sanzioni amministrative. Non solo, il legislatore originariamente, aveva stabilito che dovesse essere sanzionata penalmente la detenzione di droga, laddove questa riguardasse un quantitativo di sostanza superiore alla “dose media giornaliera” determinata ai sensi dell’art. 78, comma 1, lett. c). Aveva cioè stabilito di affidare al Governo la definizione, in via amministrativa, della quantità di droga che poteva essere detenuta a fini personali, senza far scattare le sanzioni penali per detenzione illecita. Il *Referendum* abrogò anche questo meccanismo, con il risultato di rendere lecito il possesso di una quantità indeterminata di droga purché, evidentemente, destinata all’uso personale. La giurisprudenza dei vent’anni successivi è stata molto impegnata a determinare i criteri dai quali desumere la destinazione ad uso personale della droga detenuta, ma questo non riguarda il tema di questa analisi.

Sebbene il *Referendum* avesse bocciato l’impostazione di fondo della legge, il legislatore decise di non tornare sui suoi passi. Non ci fu nessuna riforma tesa ad allineare la normativa con le indicazioni di principio soggiacenti alla volontà popolare emersa nel corso della consultazione referendaria: la necessità di svincolare il trattamento giuridico del consumatore da quello dello spacciatore e l’opportunità di differenziare, drasticamente, la disciplina delle droghe pesanti da quella delle droghe leggere. Il Testo Unico rimase in vigore sia pure con le amputazioni derivanti dall’esito referendario e il suo rigore sanzionatorio continuò a colpire duramente i tossicodipendenti autori di reati di spaccio. La rigorosa applicazione delle norme contenute nel TU ha portato ad un progressivo aumento del numero dei soggetti tossicodipendenti detenuti, con il risultato che, dal 1990 ad oggi, circa il 30% della popolazione penitenziaria, che in questi anni è quasi triplicata, nonostante l’indulto del 2006, è composta da soggetti con problemi di tossicodipendenza, con tutte le conseguenze in termini di gestione da parte dell’Amministrazione penitenziaria delle patologie correlate a tale condizione.

1.3.1. *L’iscrizione del trattamento terapeutico nel sistema sanzionatorio*

Il recupero, attraverso la terapia, del soggetto tossicodipendente costituisce la finalità di tutto l’impianto normativo dedicato alla disciplina degli stupefacenti. L’idea della sostanziale “incompatibilità tra carcere e

tossicodipendenza” resta la base delle modalità di esecuzione penale, il legislatore è però convinto che la terapia sarà intrapresa dai tossicodipendenti, solo se costretti. In forza di questa convinzione il perno della normativa è la “saldatura tra il momento sanzionatorio e il momento del recupero”³¹. Nel disegno del T.U. solo la sincronizzazione tra terapia e difesa sociale è ritenuta capace di predisporre i mezzi per “recuperare il tossicodipendente, eliminando così i rischi per lui e per la società”³². Al rigore sanzionatorio che colpisce il tossicodipendente spacciatore si associa una forte pressione, perché l’esecuzione penale si impervi sulla “terapia” che emerge come il denominatore comune di tutte le modalità di trattamento del detenuto tossicodipendente. Di fronte al tossicodipendente in esecuzione pena si aprono diverse strade tutte connotate da un forte contenuto terapeutico: se ha in corso, o accetta di sottoporsi ad, un programma terapeutico può accedere alla misura alternativa dell'affidamento “terapeutico” (art. 94), se lo ha in corso o lo ha già terminato può giovare del nuovo istituto della sospensione dell'esecuzione della pena (art. 90) o nella peggiore delle ipotesi scontrerà la detenzione in una delle case mandamentali destinate a soli soggetti che versano in condizioni di dipendenza dalla droga (art. 95). Il legislatore si è comunque preoccupato di predisporre anche alcune garanzie minime del diritto alla salute di quei soggetti che scontano la pena in carcere, non potendo o volendo usufruire di questi istituti.

A partire dai primi anni novanta del secolo scorso, epoca in cui l’uso delle sostanze stupefacenti e psicotrope ha ormai assunto dimensioni “di massa”, si viene quindi a formare una tenaglia le cui braccia sono: da un lato, la criminalizzazione delle attività connesse al consumo di droga, attraverso una legislazione speciale che tendenzialmente, salvo gli scarsi effetti del Referendum del 1993, cancellati tra l’altro dall’ultima riforma operata con la legge 49 del 2006³³, si è progressivamente inasprita, e dall’altro l’assunto che il tossicodipendente è in primo luogo un soggetto che deve essere curato.

³¹ Cfr. la relazione dei deputati Casini ed Artioli per le Commissioni Giustizia e Affari sociali presentata al Presidente della Camera il 26 marzo 1990, citata in R. Ricciotti, M.M. Ricciotti, *op. cit.*, pp. 16. Ma basta scorrere gli artt. 75-76 del Testo Unico per vedere che il “programma terapeutico” è proposto come chiara alternativa alla sanzione, sia essa amministrativa o penale. Siamo anni luce lontani dalle tesi di chi si preoccupava dalla genuinità della volontà di intraprendere il programma terapeutico, considerandola essenziale per il suo successo.

³² *Ivi*, p. 20

³³ Con il *Referendum* popolare del 18 aprile 1993 fu depenalizzato il consumo personale di sostanze ad azione drogante e eliminata la nozione di “dose media giornaliera” che definiva il limite entro cui il possesso di sostanze stupefacenti e psicotrope era sanzionato in prima battuta solo in via amministrativa. La legge 49/2006 ha reintrodotta sia il limite fissato in via amministrativa di quantità di sostanze illecite detenibili per uso personale sia le sanzioni penali (l’arresto da 3 a 18 mesi) della violazione delle misure amministrative applicate dal Questore per l’uso personale di stupefacenti, eliminate a seguito dell’abrogazione referendaria dall’art. 76 D.P.R. n. 309/1990.

Prigioniero della tenaglia è rimasto, insieme ai tossicodipendenti, il sistema dell'esecuzione penale.

L'accesso del tossicodipendente alle soluzioni punitive alternative alla detenzione e incentrate sulle esigenze terapeutico-riabilitative costituisce l'unico tortuoso sentiero tracciato dalla normativa, per sfuggire alla morsa della tenaglia. Il legislatore ha faticosamente e ondivagamente tracciato questo sentiero nel corso degli anni, via via che l'aumento della diffusione dell'uso delle sostanze stupefacenti e psicotrope portava all'incremento dei tossicodipendenti detenuti e al rafforzamento della constatazione che l'esperienza detentiva è comunque per loro nociva³⁴. Nell'impianto normativo odierno la tutela della salute degli assuntori di droghe viene, infatti, in evidenza in primo luogo attraverso una serie di meccanismi sanzionatori predisposti per spingere i soggetti a sottoporsi a programmi di disintossicazione. Anche la fase dell'esecuzione penale è, come vedremo, caratterizzata da una forte spinta in questo senso. Ciò emerge in particolare dalle previsioni relative agli istituti della sospensione pena e dell'affidamento in casi speciali.

Perno di questa strategia, in cui sanzione e terapia costituiscono due facce della stessa medaglia sono le "comunità terapeutiche". Previste per la prima volta nella legge del 1983, oggi le comunità sono "istituzionalizzate", cioè "entrano a far parte a pieno titolo ed a ogni livello della rete di servizi per la cura e il recupero dei tossicodipendenti"³⁵. Il T.U. ne regola la presenza attraverso gli albi regionali, anche per evitare fenomeni speculativi, e prevede che solo le comunità iscritte in tali albi possano stipulare convenzioni con le unità sanitarie locali (oggi aziende sanitarie locali). Le convenzioni devono poi essere conformi a schemi nazionali predisposti dai Ministeri della sanità e della giustizia.

Tuttavia, la medaglia a due facce sanzione/terapia finisce per diventare una camicia di forza per le comunità. Se si considera la terapia la soluzione del problema della delinquenza, perché risolve il problema della tossicodipendenza, vuol dire che si considera il tossicodipendente un "malato" bisognoso di cure, ma allo stesso tempo lo si inquadra in un contesto di restrizione e coartazione come quello dell'esecuzione pena. Il tossicodipendente è un malato a cui, data la sua pericolosità sociale, non si riconosce il diritto, sancito dall'art. 32 della Costituzione, a determinare la sua cura, a dispetto di tutta la letteratura che sottolinea l'importanza della volontarietà per la buona riuscita del trattamento

³⁴Cfr. B. Guazzaloca, *"L'esecuzione della pena del tossicodipendente"*, cit., p. 504.

³⁵Ivi, p. 22.

terapeutico³⁶. Le comunità, quindi sono finalmente riconosciute, ma si vedono attribuito anche il compito di essere un “altro carcere”. Gli operatori sociali che lavorano in comunità devono, infatti, garantire aiuto e sostegno ai tossicodipendenti nel loro percorso di disintossicazione e recupero sociale, ma assicurare il controllo sull'andamento di questo percorso, fornendo al giudice tutte le informazioni, perché possa valutare l'andamento del programma. Dunque fin dal suo apparire il T.U. tratteggia le comunità come “parte integrante del meccanismo di sorveglianza e correzione”³⁷. La riforma del 2006 ha reso questa connotazione esplicita, prevedendo in modo generalizzato che il responsabile della struttura, presso la quale un tossicodipendente in custodia cautelare o in esecuzione pena svolge il programma terapeutico di recupero e socio-riabilitativo, “è tenuto a segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni alle prescrizioni imposte, poste in essere dalla persona sottoposta al programma”.

Come ha osservato Don Luigi Ciotti³⁸, fondatore del Gruppo Abele di Torino, uno tra i primi gestori di comunità per tossicodipendenti, questa connotazione delle comunità finisce per ostacolare l'arrivo spontaneo dei tossicodipendenti. La loro configurazione come organi di controllo finisce con l'allontanare persone che invece dovrebbero essere “agganciate”. Inoltre, il meccanismo delle convenzioni per accedere ai finanziamenti previsti dalla legge³⁹ finisce inevitabilmente per moltiplicare le comunità con fini di lucro e tende a far divenire egemoni quelle strutture che “più aderiscono ai valori di conformismo sociale”. Infine il meccanismo disegnato dalla legge ha, di fatto, attribuito alle comunità un ruolo taumaturgico: mandare il tossicodipendente in comunità sembra equivalere a risolvere il problema. La realtà è nettamente diversa: mediamente si concludono con successo circa un quinto dei percorsi comunitari⁴⁰ e questo dato è ancora più basso per tossicodipendenti che arrivano dal circuito penale, dato che la loro scelta del percorso comunitario se non strumentale è fortemente condizionata dalla voglia di beneficiare di una misura alternativa, e quindi spesso mancano della determinazione necessaria per una buona riuscita del processo di recupero.

³⁶ Molti operatori sociali hanno rilevato come l'alternativa sanzione-terapia rappresenti una forma di induzione e coazione indiretta al trattamento, di cui in definitiva non si potrà mai accertare la volontarietà. Cfr D. Ferranti, A. Pascolini, M. Pivetti, A. Rossi (a cura di), *Il Testo Unico delle leggi in materia di stupefacenti*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

³⁷ A. Rossi, *La nuova normativa e i principi costituzionali*, in D. Ferranti, A. Pascolini, M. Pivetti, A. Rossi (a cura di), *op. cit.*, p. 39.

³⁸ Cfr. Don Luigi Ciotti, *Le comunità di fronte alla nuova normativa*, in D. Ferranti, A. Pascolini, M. Pivetti, A. Rossi (a cura di), *op. cit.*, pp. 237-241.

³⁹ Meccanismo regolato dagli artt. 127 e ss. del Testo Unico n. 309 del 1990.

⁴⁰ Dato stimato da Don Luigi Ciotti, *op. cit.*, p. 239.

CAPITOLO SECONDO

CHI È IL TOSSICODIPENDENTE?

SOMMARIO: 2. CHI È IL TOSSICODIPENDENTE? - 2.1 LA DEFINIZIONE DI DROGA - 2.1.1. LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI - 2.1.2. L'AFFERMARSI DEL SISTEMA TABELLA NELLA NORMATIVA ITALIANA - 2.1.2.1. IL SISTEMA TABELLARE DEL T.U. DEL 1990 - 2.1.2.2. LA RIFORMA DEL SISTEMA TABELLARE OPERATA DALLA LEGGE 49/2006 - 2.2. QUANDO SI È TOSSICODIPENDENTE? UNO SGUARDO COMPARATIVO - 2.2.1. LA DEFINIZIONE DI TOSSICODIPENDENTE UN PROBLEMA TUTT'ALTRO CHE TEORICO - 2.3. SONO PENALMENTE SANZIONABILI (TUTTI) I TOSSICODIPENDENTI? - 2.3.1. LA MISURA DI SICUREZZA PER IL TOSSICODIPENDENTE NON IMPUTABILE

2. Chi è il tossicodipendente?

I regimi speciali di esecuzione della pena per i soggetti “tossicodipendenti” sono stabiliti dagli articoli dal 90 al 96 del T.U. Questi articoli distinguono due percorsi che si possono variamente intrecciare: uno di decarcerizzazione, imperniato sulla sospensione della pena e sull'affidamento in casi particolari, articoli dal 90 al 94 del T.U., e uno speciale regime detentivo (articoli 95 e 96 T.U.). Prima di entrare nel dettaglio di questi percorsi e degli istituti e del regime che li caratterizzano è necessario stabilire chi sono i loro destinatari. La definizione di tossicodipendente è, infatti, molto problematica. E' pacifico che per l'individuazione del “tossicodipendente” ai fini dell'applicazione di queste norme non abbia rilievo la “cronica intossicazione”, richiesta dall'art. 95 c.p. per sancire la non imputabilità dell'utente delle droghe. Infatti, i soggetti afflitti da cronica intossicazione, essendo non imputabili, non vengono assoggettati a pena, ma a misura di sicurezza, se pericolosi.

Che il regime detentivo speciale previsto dal TU del 1990 sia rivolto ai soggetti tossicodipendenti (ed alcool dipendenti¹) è chiaramente desumibile già dalla rubriche dei due articoli che lo predispongono e che suonano rispettivamente: “Esecuzione della pena detentiva inflitta a persona tossicodipendente” e “Prestazioni socio-sanitarie per tossicodipendenti detenuti”. Per i percorsi non detentivi di esecuzione pena non è la rubrica, ma il contenuto degli articoli a specificare che le misure sono predisposte per i tossicodipendenti: l'art. 90 riserva la sospensione pena alle persone che devono “espiare una pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione al proprio

¹ L'opportunità di assimilare il fenomeno della tossicodipendenza e dell'alcool dipendenza, data la significativa differenza tra le due manifestazioni patologiche, ha suscitato qualche perplessità cfr. G. Grasso, “Misure alternative alla detenzione”, in G. Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 666.

stato di tossico-dipendente”, mentre l’art. 94 parla di pena detentiva che “*deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcool dipendente.*”². Il primo comma dall’art. 95 definisce a chi è rivolto il regime detentivo speciale senza dare alcuna indicazione utile all’individuazione della figura del tossicodipendente. Esso sancisce, infatti, solamente che “*la pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi*”.

Queste tre norme non danno quindi elementi per ricavare la definizione di tossicodipendente. Da esse si evince solo che i percorsi speciali di esecuzione pena per i tossicodipendenti non sono riservati solo a chi è tossicodipendente al momento dell’esecuzione pena, ma anche a chi era tossicodipendente al momento della commissione del reato. Tale scelta è comprensibile con riferimento all’istituto della sospensione pena, dato che questa misura, richiedendo in origine che il percorso terapeutico fosse quantomeno già stato intrapreso, ed essendo oggi riservata esclusivamente a chi lo ha concluso, più che accompagnare il soggetto che intraprende la cura, mira a premiare la sua scelta terapeutica, assumendo che essa ha fatto scemare la pericolosità, ritenuta strettamente connessa allo stato di dipendenza³. Più problematico appare capire perché il legislatore richieda che avvenga “in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi” l’esecuzione della pena detentiva nei confronti di un soggetto che non necessariamente è tossicodipendente al momento in cui la pena viene eseguita.

La spiegazione di questa apparente anomalia probabilmente la si trova nel primo comma del successivo art. 96 T.U., che è la prima norma che fornisce qualche indicazione in più per definire il “tossicodipendente”. Tale norma, infatti, definisce in modo ampio l’ambito dei soggetti che hanno diritto ai trattamenti terapeutici e socio-riabilitativi in carcere, aggiungendo, oltre ai soggetti che hanno compiuto reati “in relazione al proprio stato di tossicodipendenza”, chi “sia ritenuto dall’autorità sanitaria abitualmente dedito all’uso di sostanze stupefacenti o psicotrope o che comunque abbia problemi di

² Merita di essere ricordata la posizione di chi in dottrina (G. Pighi, “L’affidamento in prova al servizio sociale dopo la riforma”, *Legalità e giustizia*, 1988, p. 168) ha ritenuto che l’affidamento in casi particolari non sia rivolto a tutti i tossicodipendenti ma solo a coloro per i quali si ritiene possibile predisporre un programma terapeutico di disintossicazione, dato che il presupposto implicito della concessione della misura è che essa possa portare al recupero del soggetto.

³ Per la formulazione della norma, che ricalca quella dell’art. 84 della legge 685/1975, non è ininfluenza che in origine anche la custodia cautelare presso la comunità e l’affidamento terapeutico potevano essere concessi a chi aveva già in corso un programma di riabilitazione.

tossicodipendenza”⁴. Quest’ultima categoria crea una sorta di presunzione in base alla quale si ritiene che: chi al momento della consumazione del reato era tossicodipendente, inevitabilmente, al momento dell’esecuzione della pena, anche se è trascorso molto tempo e non è più tossicodipendente in senso stretto, avrà “problemi di tossicodipendenza”. Questa presunzione deriva probabilmente dalla consapevolezza che l’eliminazione totale degli effetti della dipendenza psichica derivante da sostanze stupefacenti o psicotrope richiede di norma tempi lunghissimi e per alcuni soggetti si rivela una chimera⁵. Si è, in altre parole, voluto includere tra i destinatari dell’assistenza in fase esecutiva anche chi, superato lo scoglio della dipendenza fisica, “versi ancora in quella condizione di equilibrio e di psicolabilità per la quale è necessario che la terapia prosegua”⁶.

L’aggiunta della categoria dei soggetti che comunque abbiano “*problemi di tossicodipendenza*” è indice della volontà di ampliare la categoria dei destinatari della tutela terapeutica. Essa, infatti, rappresenta la variazione più significativa rispetto al primo comma dell’art. 84 della legge 685 del 1975, che riservava il diritto alle cure mediche e l’assistenza necessaria alla riabilitazione a chi era “*ritenuto dall’autorità sanitaria abitualmente dedito all’uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope*”. Dal primo comma dell’art. 96 T.U. desumiamo che per la definizione della platea dei soggetti che hanno diritto ai programmi terapeutici e socio - riabilitativi il legislatore ha accolto una nozione di soggetto tossicodipendente estesa. La *ratio* della normativa è di garantire servizi assistenziali creati *ad hoc* non solo ai detenuti le cui azioni criminose siano riconducibili allo stato di tossicodipendenza ma anche a coloro che, pur essendo al momento dell’esecuzione pena tossicodipendenti, abbiano commesso reati che non hanno nessuna relazione con la condizione d’intossicato da sostanze stupefacenti e a coloro che all’epoca dei fatti non fossero neppure

⁴ Merita ricordare che la Convenzione di Vienna 1971, al già citato art. 20 (*Misure contro l’abuso delle sostanze psicotrope*), sollecitava gli Stati firmatari a prendere “tutte le misure che possono servire” non solo “per la cura, la rieducazione” dei tossicodipendenti, ma anche per il loro “dopocura, il riadattamento e la reintegrazione sociale”.

⁵ Questo dato è stato presto stato assunto come punto fermo anche dalla giurisprudenza (Cass. Pen., sez. 1, 22 maggio 1986, Carminati, in Cassazione penale 1987, p. 1819) che, per l’affidamento terapeutico, ha ricordato che “non può il giudice rigettare l’istanza in base al semplice richiamo al lasso di tempo trascorso (nella specie due anni) dal periodo di assunzione della sostanza stupefacente; ciò perché non vi sono criteri precisi ed universalmente recepiti per determinare quanto tempo uno stato di tossicodipendenza possa sopravvivere al periodo di sistematica assunzione della droga. In tal caso il giudice deve disporre adeguato accertamento tecnico, il quale potrà essere posto a base della decisione insieme con gli altri elementi legislativamente previsti (idoneità del programma terapeutico in corso, non preordinazione del medesimo o dello stato di tossicodipendenza al conseguimento del beneficio)”.

⁶ E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*”, in Legislazione penale, 1986, p. 51 nonché G. Grasso, “*Misure alternative alla detenzione*”, cit., p. 667.

dediti all'uso di sostanze stupefacenti. Non solo, la norma almeno in riferimento ai detenuti, non sembra limitare il sostegno terapeutico al tossicodipendente o al consumatore abituale, che cita espressamente, ma, mediante la menzione dei soggetti che comunque abbiano “problemi di tossicodipendenza”, sembra conferire il diritto ad ottenerlo, oltre che ai soggetti che sono stati tossicodipendenti in un passato più o meno remoto, anche a consumatori occasionali.

Se è evidente la volontà del legislatore di estendere il sostegno terapeutico e riabilitativo a tutti coloro che hanno problemi derivanti dall'uso di sostanze “stupefacenti e psicotrope”, è anche evidente che la normativa si dibatte in un circolo vizioso in cui la nozione di “tossicodipendente” è definita sulla base dello stato di tossicodipendenza. Questa difficoltà non è esclusiva del legislatore italiano, l'indagine comparata evidenzia la difficoltà di mettere a punto una terminologia precisa attraverso cui classificare le diverse modalità di consumo di sostanze stupefacenti. In verità le difficoltà nascono ancora prima di affrontare il problema di definire le diverse modalità d'uso delle droghe: non esiste, infatti, una definizione *standard* di sostanza ad azione stupefacente o psicotropa, in grado di ricomprendere nella propria estensione le numerose, e continuamente crescenti, tipologie di essenze presenti sul mercato.

Queste difficoltà emergono con chiarezza dalla ricerca condotta nel 2001 dall'*European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (EMCDDA - Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze) di Lisbona in collaborazione con il *Cranstoun Drug Services* di Londra, che mirava a fornire un quadro delle condizioni dei tossicodipendenti ristretti in esecuzione pena e dei regimi carcerari appositamente disposti per loro nei paesi dell'Unione Europea⁷. I ricercatori hanno dovuto constatare che un quadro esaustivo dell'esecuzione penale detentiva non poteva essere fatto per la grande difficoltà di definire e confrontare il target della popolazione tossicodipendente destinataria degli specifici regimi penitenziari.

2.1 La definizione di droga

Tutta l'evoluzione della normativa sulle droghe è caratterizzata dall'impossibilità di fornire una definizione tecnica ed unitaria di sostanza

⁷ EMCDDA Scientific Report, *An Overview Study: Assistance to Drug Users in European Union Prisons*, Cranstoun Drug Services, London, 2001.

“stupefacente” o “psicotropa” (i due termini a cui, convenzioni internazionali e normativa nazionale hanno fatto ricorso in modo precipuo) basata sulla composizione, sul contenuto e sugli effetti delle sostanze stesse⁸. Nel linguaggio comune sono invece definite genericamente “droghe” le sostanze che, reperite in natura o prodotte artificialmente, sono assunte per soddisfare un piacere fisico o psichico, poiché capaci di esplicare un’azione psicotropa, di temporanea alterazione dello stato psicologico, sull’individuo⁹ e sono in grado di produrre una tossicomania se autosomministrate, prescindendo dal loro uso medicoterapeutico. La terminologia giuridica e amministrativa attualmente in uso definisce normalmente, (per l’argomento che ci interessa, si veda primo comma dell’art. 96), queste sostanze con il termine “stupefacenti o psicotrope”. L’espressione “stupefacente” è introdotta nell’ordinamento italiano dalla legge n. 396 del 18 dicembre 1923, “*Provvedimenti per la repressione dell’abusivo commercio di sostanze velenose aventi azione stupefacente*”, che diede concreta attuazione agli impegni che il nostro paese aveva assunto con la ratifica della Convenzione sull’oppio dell’Aja del 23 gennaio 1912¹⁰. Con questa legge furono, per la prima volta, sottoposte a controllo la morfina, la cocaina nonché, appunto, le “sostanze velenose che in piccole dosi danno azione stupefacente”. In breve tempo, i tossicologi osservarono che la definizione di “stupefacente”, non era corretta giacché non tutte le sostanze che venivano ricondotte nell’alveo della definizione legislativa provocavano l’insorgenza di un ottundimento psicomotorio assimilabile allo *stupor*¹¹. Anche per ovviare a queste osservazioni, le sostanze cui la legge 396 faceva riferimento furono individuate e ricomprese in un elenco a cura del Ministero dell’interno, dando così avvio al sistema tabellare di individuazione delle droghe a tutt’oggi in uso. La definizione di “stupefacente” per connotare le droghe non fu però completamente abbandonata dal legislatore, che è ricorso alla locuzione di “stupefacenti e sostanze psicotrope”, adottata per la prima volta nell’ormai lontano 1975 e non più abbandonata, per indicare le sostanze il cui consumo voluttuario è vietato¹². Essa è sempre stata, pacificamente, ritenuta idonea a ricomprendere

⁸ Cfr. G.M. Flick, *Droga e legge penale. Miti e realtà di una repressione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 45.

⁹ M. Fallani, *Medicina Legale*, Società Editrice Esculapio, Bologna, 1998, p. 311.

¹⁰ In League of Nations, *Treaty Series*, vol. 8, p. 187 ss.. Questa Convenzione fu poi sostituita in parte dalla Convenzione per limitare la fabbricazione e regolarmente la distribuzione degli stupefacenti (Ginevra, 13 luglio 1931, *ibid.*, vol. 139, p. 301ss.) e dalla Convenzione per la repressione del traffico illecito di droghe nocive (Ginevra 26 giugno 1936, *ibid.*, vol. 198, p. 299 ss.).

¹¹ M. Fallani, *op. cit.*, p. 311.

¹² Il legislatore italiano segue nell’adozione della nuova definizione le convenzioni internazionali: l’accordo stipulato a New York nel 1961, fu denominato “Convenzione unica sugli stupefacenti”,

nella propria estensione semantica tanto le sostanze di derivazione naturale quanto quelle prodotte attraverso processi di sintesi chimica.

Il dato più rilevante che accomuna queste sostanze sembra essere la loro capacità di provocare dipendenza di carattere psichico o fisico. Dal punto di vista medico-farmacologico esse infatti sono catalogate in relazione agli effetti che provocano sull'assuntore. I tossicologi distinguono effetti "diretti" ed "indiretti". Gli effetti diretti sono quelli che il consumatore ricerca assumendo la sostanza. Con riferimento ad essi, ancora oggi, è riconosciuta valida la classificazione proposta da Lewin nel lontano 1927¹³, che ha tenuto conto delle conseguenze che l'assunzione di sostanze stupefacenti e psicotrope può provocare nell'organismo del consumatore. Sulla base degli effetti, essa classifica le droghe in cinque categorie: "*euphorica*" (oppio, morfina, codeina, cocaina) in cui sono raccolte le sostanze che diminuiscono l'emotività e alcune percezioni; "*phantastica*" (peyotl, canapa indiana, solanacee, ecc.) che ricomprende le sostanze che determinano illusioni; "*inebriantia*" (alcool, solventi volatili, ecc.) che riunisce le sostanze che determinano eccitazione seguita da depressione; "*hypnotica*" (principalmente sonniferi e barbiturici) ed "*excitantia*" (tabacco, cacao, kat, caffè, ecc.) alle quali sono assegnate le sostanze che stimolano l'attività psichica. Successivamente, Henri Ey¹⁴ ha proposto di aggiungere a quelle definite da Lewin una sesta categoria residuale, non a caso denominata "*altre droghe*", per raccogliere tutte le sostanze, come antipiretici, analgesici, antiparkinsoniani, antinfiammatori, anoressizzanti, ecc., che sfuggono alle cinque categorie della classificazione originaria.

L'organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha invece adottato la tassonomia elaborata da Jean Delay che distingue sulla base degli effetti specifici diretti, desiderati dall'assuntore, tre tipologie di droghe: *droghe depressive* (psicolettiche), che deprimono e/o calmano l'attività cerebrale, fra le quali alcool, oppiacei, analgesici, sonniferi, tranquillanti, ecc.; *droghe stimolanti* (psicoanalettiche), che stimolano l'attività cerebrale e che comprendono coca, cocaina, tabacco, khat, betel, farmaci stimolanti come le amfetamine, farmaci antidepressivi, ecc.; *droghe psichedeliche* (psicodislettiche), che determinano alterazioni della percezione o dell'interpretazione della realtà, che includono

mentre quello stipulato a Vienna dieci anni dopo reca come titolo "Convenzione sulle sostanze psicotrope". L'uso delle due terminologie congiunto si trova nell'ultimo accordo stipulato in ambito ONU, la "Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope", adottata a Vienna il 20 dicembre 1988.

¹³ Cfr. U. Galimberti, *Dizionario di Psicologia*, UTET, Torino, 1994, pp. 311-314.

¹⁴ H. Ey, *Manuel de Psychiatrie*, 6° éd. revue et corrigée, Masson, Paris, 1989, tr. it. Masson, Milano, 1990, pp. 422-426.

mescalina, funghi allucinogeni, peyotl, cannabis e diverse sostanze sintetiche come LSD e MDMA¹⁵.

L'OMS ha anche classificato le sostanze stupefacenti, come fanno quasi tutte le legislazioni nazionali, in funzione del grado di controllo che a suo parere è necessario esercitare sul commercio e sull'uso delle sostanze. Secondo questa classificazione le droghe sono distinte in tre gruppi (uno dei quali suddiviso in due sottogruppi): un "gruppo a" che comprende sostanze (essenzialmente allucinogene) ritenute di grande utilità terapeutica; un "gruppo b", che riunisce le sostanze che hanno utilità terapeutica, ma il cui uso può causare seri danni alla salute. Le sostanze del "gruppo b" sono suddivise, a loro volta, nel sottogruppo b1 che ricomprende le sostanze dai moderati effetti terapeutici, come le anfetamine, e nel sottogruppo b2 che è costituito dalle sostanze ritenute più efficaci dal punto di vista terapeutico, come ad esempio i barbiturici ed alcuni ipnotici; un "gruppo c" che ricomprende le sostanze dal valore terapeutico certo e con un rischio di effetti collaterali moderato, benché non trascurabile (tranquillanti, ipnotici, sedativi e numerosi altri)¹⁶.

Gli effetti indiretti invece consistono nelle ripercussioni che più o meno velocemente l'assunzione ha sul soggetto provocando la dipendenza psichica e fisica da essa, innalzando la soglia della sua tolleranza e causando la compulsione psicologica verso di essa. Al di là degli specifici effetti diretti di ogni sostanza, tutte le essenze considerate droghe producono vere e proprie patologie fisiche o psichiche collaterali all'azione psicotropa che la sostanza produce nel soggetto (ipotensione arteriosa, edemi polmonari, disfunzioni dell'apparato cardio-circolatorio, disturbi o alterazioni, ecc.). Ci sono poi altri effetti indiretti cosiddetti "generici": si tratta di tutta una serie di affezioni derivanti, non dalle sostanze, ma dai mezzi con cui vengono assunte (epatite, infezioni da HIV, flebiti, infiammazioni delle mucose, ecc.).

La dottrina penalistica ha sempre sottolineato che né le ricordate impostazioni farmacologiche che catalogano le varie essenze in dipendenza degli effetti che producono, né quelle che provano a classificare le droghe in base alla composizione chimica sono in grado di fornire un concetto unitario soddisfacente sul piano giuridico. E' opinione comune che la locuzione

¹⁵ Merita di essere ricordata anche la classificazione elaborata alla fine del secolo scorso dall'American Psychiatric Association (1996) che ha raggruppato le sostanze stupefacenti e psicotrope in 11 classi: a) alcool; b) amfetamine o simpaticomimetico ad azione simile; c) caffeina; d) cannabis; e) cocaina; f) allucinogeni; g) inalanti; h) nicotina; i) oppiacei; l) fenciclidina (PCP) o arilcicloexilaminici ad azione simile; m) sedativi, ipnotici o ansiolitici.

¹⁶ Cfr. J. Bergeret, *Lo psicoanalista in ascolto del tossicomane: riflessioni sul tema*, Borla, Roma, 1983, p. 10).

“sostanze stupefacenti e psicotrope” utilizzata dal nostro legislatore non consenta che una generica identificazione di sostanze capaci di agire nocivamente sull’organismo dell’assuntore, la cui pericolosità appare probabilisticamente alta e che, infine, la comune coscienza sociale valuta come negative¹⁷.

2.1.1. *Le Convenzioni internazionali*

Dato che il carattere empirico della definizione di sostanza “stupefacente” e “psicotropa” e l’alea che questo carattere lascia intorno ai vari casi particolari creano notevoli difficoltà a raggiungere l’accordo su una definizione generale ed astratta, capace di delimitare in modo chiaro la categoria delle droghe, in molti paesi e a livello internazionale si è deciso di rimettere l’individuazione di queste sostanze ad elenchi ufficiali che continuamente aggiornabili. Questa procedura ha la funzione essenziale di dare certezza su cosa sia “droga”, certezza assolutamente necessaria, non tanto per determinare la platea titolare del diritto ai trattamenti sanitari e assistenziali, quanto per conferire alle fattispecie incriminatrici la tassatività necessaria.

A livello internazionale questa scelta è stata sancita dalla “Convenzione unica sugli stupefacenti stipulata” a New York il 30 marzo 1961, modificata dal Protocollo di emendamenti del 25 marzo 1972¹⁸, che ha risolto, almeno sul piano metodologico, il problema definitorio, redigendo quattro tabelle ognuna contenente un elenco di sostanze raggruppate in base agli effetti e, disponendo che l’inserimento in una tabella di una nuova sostanza possa avvenire solo previo parere dell’Organizzazione Mondiale della Sanità. Questa deve attestare che esistano ragioni sufficienti per ritenere che l’assunzione incontrollata della sostanza possa provocare un problema di salute pubblica e di rilevanza sociale tale da giustificare il controllo internazionale sulla sua diffusione, in quanto la sostanza può provocare dipendenza e deprimere il sistema nervoso centrale in modo tale da originare allucinazioni, disordini delle funzioni motorie o delle facoltà di giudizio ovvero altri effetti nocivi comparabili a quelli prodotti dalle sostanze già ricomprese nella tabella in cui se ne chiede l’inserimento. La bontà del sistema tabellare è poi stata ribadita dalla Convenzione di Vienna del 1971,

¹⁷ F. C. Palazzo, *op. cit.* pp. 42-45.

¹⁸ Merita di essere sottolineato che questa convenzione fu ratificata, con le modifiche introdotte del Protocollo, solo poco prima dell’approvazione della legge 685/75, con la legge 5 giugno 1974, n. 412.

recepita in Italia con legge del 25 marzo 1989 n. 385, quindi, nuovamente, nell'approssimarsi della riforma della disciplina in materia adottata con la legge n. 162 del 26 giugno 1990 e, dalla più recente Convenzione del 20 dicembre 1988 contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, la cui ratifica avvenne con la legge 5/11/1990, quindi dopo l'approvazione non solo della legge 162/90 ma anche del D.P.R. 309 del 9/10/1990 contenente il "Testo Unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope".

La convenzione di New York del 1961¹⁹, attualmente in vigore in 150 Stati, ricomprendeva nelle 4 tabelle, sottoponendole così a controllo internazionale, più di un centinaio di stupefacenti. La convenzione di Vienna del 1971²⁰, attualmente in vigore in 146 Stati, ribadendo il principio del divieto di utilizzo di sostanze "psicotrope" (non più "stupefacenti") al di fuori di necessità mediche e scientifiche e disciplina, sottoponendo ad un controllo analogo a quello previsto dalla Convenzione del 1961, anche se meno rigoroso, un altro centinaio di sostanze non contemplate dalla convenzione precedente, quali gli allucinogeni, le anfetamine, i barbiturici. La Convenzione del 1988, di cui sono attualmente parte 138 Stati e l'Unione Europea, prevede il monitoraggio dei precursori e delle sostanze chimiche essenziali alla fabbricazione delle droghe, elencati in due nuove tabelle annesse²¹. Questa convenzione suscitò subito un grande dibattito, perché integrando e rafforzando le Convenzioni precedenti, sancisce che "compatibilmente con i propri principi costituzionali e i concetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico, ciascuna Parte adotta le misure necessarie per attribuire la natura di reato, nella sua legislazione interna, qualora l'atto sia stato commesso intenzionalmente, alla detenzione ed all'acquisto di sostanze stupefacenti e psicotrope, alla coltivazione di stupefacenti destinati al consumo personale" (art. 3, comma 2°).

Merita di essere sottolineato che la definizione delle sostanze illecite da parte delle convenzioni internazionali ha rappresentato un atto di imperialismo culturale. Attraverso queste convenzioni i paesi occidentali, ed in primo luogo gli Stati Uniti²², hanno imposto al mondo intero la loro concezione di droga. Nella misura in cui, come ha sottolineato Francesco Palazzo, un elemento decisivo che portare ad inserire nelle tabelle, ed in una di esse piuttosto che in

¹⁹ Per il testo della Convenzione vedi *United Nations Treaty Series*, vol. 520, p. 151 ss.

²⁰ Per il testo della Convenzione vedi *United Nations Treaty Series*, vol. 1019, p. 175 ss.

²¹ Scelta questa subito (ancor prima della ratifica della Convenzione) seguita dal legislatore del 1990.

²² Esiste un'ampia letteratura sugli interessi, spesso economici o di criminalizzazione di fasce di immigrati, che hanno portato gli Stati Uniti a fare grandi pressioni sull'ONU per la proibizione di sostanze quali la *cannabis*, gli oppiacei e la cocaina.

un'altra, delle sostanze psicotrope e stupefacenti, una essenza piuttosto che un'altra è la valutazione della “coscienza sociale”, è chiaro che una definizione delle droghe operata a livello internazionale, porta all'imposizione a livello planetario della “coscienza sociale” dei paesi che guidano l'operazione di reazione di queste tabelle. Questo spiega perché nelle tabelle redatte non compaiono sostanze di comune uso nel mondo nord-occidentale come gli alcoolici e la caffeina, che pure i tossicologi ritengono sostanze psicotrope o stupefacenti e che nel caso dell'alcool, hanno effetti criminogeni evidenti e ben noti, mentre compaiono sostanze come la coca e il kat che sono di comune in uso in paesi diversi.

2.1.2. L'affermarsi del sistema tabella nella normativa italiana

L'evoluzione della normativa italiana in tema di stupefacenti ha risentito in modo evidente delle difficoltà di elaborazione di una definizione capace di ricomprendere in modo sicuro in via generale tutte le tipologie di sostanze, che vengono, e verranno, all'attenzione degli operatori, che l'ordinamento intende perseguire come illegali. Prima della legge n. 396/1923 che puniva con pene detentive brevi, la vendita, la somministrazione e la detenzione di “sostanze velenose aventi azione stupefacente” da parte di persone non autorizzate nonché, con una multa, la partecipazione “a convegni in fumerie” adibite all'uso di stupefacenti, la disposizione del codice Zanardelli del 1889 che vietava la vendita e la circolazione di “cose pericolose per la salute umana” non si riteneva potesse far riferimento alle droghe. Anzi, in conformità al sentimento liberale che animava lo spirito di quegli anni, l'assunzione di allucinogeni o stimolanti veniva “considerata una scelta non sindacabile del singolo individuo, senza interferenze dello Stato o dell'autorità pubblica”²³. La legge 396 del 18 febbraio del 1923, si inquadra comunque in questo spirito e considerava il consumo di droga come un "vizio" prevedendo la punibilità del consumatore solo qualora la sua condotta potesse rappresentare un pericolo per l'ordine pubblico.

Con l'entrata in vigore del Codice Rocco del 1930, l'espressione “sostanze stupefacenti” divenne autonoma e distinta rispetto all'espressione “sostanze velenose”. La disciplina concernente gli stupefacenti venne prevista negli artt. 446, 447, 729 e 730 c.p.; fattispecie incriminatrici che perseguivano l'obiettivo di

²³ E. Fortuna, “*Stupefacenti*”, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XLIII, 1990, p. 1185.

tutelare più adeguatamente l'incolumità pubblica, sanzionando penalmente le condotte di commercio clandestino e fraudolento, di agevolazione dolosa dell'uso di sostanze stupefacenti, di abuso di tali sostanze e, infine, di somministrazione delle stesse ai minori di anni sedici. Il Codice Rocco però non richiamò l'elenco di sostanze definito dal Ministero degli interni negli anni successivi all'approvazione della legge 396/1923 né fornì un criterio al giudice per definire quali sostanze dovessero essere considerate illegali, costringendolo a rifarsi all'accezione corrente del termine e alla cultura socialmente diffusa (stante la mancanza di standard scientifici condivisi). Al sistema analitico tabellare della precedente normativa si affiancò, dunque, la "definizione codicistica di sintesi". In poche parole, e limitatamente alle fattispecie di cui agli artt. 446, 447, 729 e 730, questa soluzione, pur non consentendo una specificazione delle varie tipologie di sostanze, rimetteva all'interpretazione del giudice il compito di concretizzare la nozione caso per caso, senza richiami espressi o meno agli elenchi ministeriali. In concreto, con il codice Rocco prese vita un sistema doppio ed integrato: le fattispecie sopra richiamate trovavano applicazione ogni volta che l'autorità giudiziaria riteneva di dover qualificare come stupefacenti sostanze non richiamate dalle tabelle amministrative. Come è stato osservato in questi anni "la droga rimane legata ad una immagine di trasgressione riservata a delle ricche élite dedite al piacere ed al vizio"²⁴. Come la legge n. 396/1923, il codice penale non puniva il consumo di stupefacente in quanto tale, ma solo le ipotesi in cui tale fenomeno si rifletteva negativamente sull'ordine pubblico (cfr., per es., art. 447, comma 2, c.p. – partecipazione del consumatore ai convegni tenuti nelle così dette "fumerie"), più in generale esso assumeva rilevanza in una prospettiva prevalentemente orientata alla repressione del "vizio" (cfr., ad es., art. 729 c.p.: "essere colto in grave stato di alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti").

Un'ipotesi di intervento per il trattamento del tossicodipendente che fosse stato colto in stato di grave alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti fu introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con il r.d.l. 15 gennaio 1934 n. 151 (art. 12), convertito nella legge n.1145/1934 contenente "Nuove norme sugli stupefacenti"²⁵: trattamento individuato nel

²⁴ C. Cippitelli, *op cit.*,

²⁵ Merita di essere sottolineato che nella "Relazione del Governo al Parlamento sul "taglia leggi": l'attuazione dell'art. 14, comma 12, della legge 28 novembre 2005, n. 246", presentata il 30 gennaio 2008, a proposito di questa norma si legge: "Tale provvedimento non è stato abrogato neppure dal DPR 9 ottobre 1990, n. 309, recante il testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, poi ampiamente modificato negli anni seguenti".

“ricovero coatto” in una “casa di salute” al fine di essere sottoposto ad una cura disintossicante. Nella sostanza però “nell'Italia del ventennio fascista e della ricostruzione post bellica la tossicomania rimane, in effetti, una patologia rara, più simile a certe malattie esotiche e tropicali, appannaggio di viaggiatori facoltosi, piuttosto che un fenomeno sociale largamente diffuso come la malaria o la silicosi”²⁶.

Con il progressivo aumento del fenomeno dell'uso delle droghe, questa impostazione apparve sempre più insostenibile. Con la legge 22.10.1954, n. 1041, “Disciplina della produzione del commercio e dell'impiego degli stupefacenti”, si ebbe una radicale svolta nella disciplina degli stupefacenti, caratterizzata da una forte impostazione repressiva. Si decise, infatti, di punire severamente, senza alcuna graduazione in relazione al fatto o alla pericolosità della sostanza, tutte le possibili condotte riguardanti le sostanze stupefacenti, compresa la mera detenzione non autorizzata di droga, tanto se finalizzata alla cessione quanto se per uso esclusivamente personale²⁷. Il ricorso al ricovero coatto in ospedali psichiatrici fu mantenuto nei confronti “di chi, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di stupefacenti, si rende comunque pericoloso a sé e agli altri o riesce di pubblico scandalo”. Con questa normativa per la prima volta, dunque, il consumatore di sostanze stupefacenti assumeva lo *status* di delinquente al pari dello spacciatore e del produttore, a prescindere dalle sue caratteristiche soggettive e dalla quantità oggettiva della sostanza detenuta²⁸. A fronte di questa connotazione dell'utente delle “droghe” si impose, con forza, l'esigenza, già del resto manifestasi al tempo della normativa del 1923, di definire in modo rigoroso le sostanze allora dette “stupefacenti”: il generico rinvio ad una nozione diffusa di “droga”, infatti, apparve subito non in grado di determinare in modo preciso le fattispecie penali.

Per non dar vita ad una situazione che sembrava lesiva dell'art. 1 del codice penale e dei principi costituzionali, il legislatore con l'art. 3 della legge n. 1041/1954, rinviava l'individuazione analitica delle sostanze ritenute capaci di esplicare un'azione stupefacente a tabelle la cui compilazione era rimessa all'allora Alto commissariato per l'igiene e la sanità pubblica (oggi Ministero della sanità), sentito il parere del Consiglio superiore di sanità. La disposizione

²⁶ C. Cippitelli, *op cit.*,

²⁷ G. Marini, “*Importazione, acquisto e detenzione per l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope*”, in G. Marini - M. La Monica - L. Mazza - S. Riondato - L. Pistorelli - S. Dini - B. Roberti, *Stupefacenti, sostanze psicotrope, stati di tossicodipendenza. Il nuovo regime sanzionatorio*, Torino, Giappichelli, 1990, 9

²⁸F. C. Palazzo, *op. cit.*, p. 35

del codice Rocco ed il meccanismo predisposto dalla legge 1041/54 hanno convissuto in Italia fino al 1975 quando l'art. 108 della legge 685 non ha espressamente abrogato l'art. 446 c.p.²⁹. Fino a quel momento fermo restando il primato della normativa speciale, rimaneva in capo al giudice l'ampio potere discrezionale di determinare se altre sostanze, non espressamente previste dalle tabelle, potessero essere considerate droghe e integrassero quindi la fattispecie penale di commercio o detenzione di stupefacenti.

Dal 1954 in poi l'adozione del sistema analitico-elencativo, non a caso adottato anche a livello internazionale, è stata ritenuta da dottrina e giurisprudenza la soluzione più rispettosa del principio costituzionale di legalità e dei corollari principi di tassatività e determinatezza della norma penale, visto che la definizione sintettico-unitario non essendo in grado di fornire né definizioni legali né, tantomeno, liste tassative delle sostanze vietate, avrebbe lasciato all'interprete troppi margini di discrezionalità³⁰. In effetti prima della sua definitiva affermazione avvenuta con la legge 686/1975, il metodo del rinvio alle tabelle era stato contestato in quanto configurante una violazione della riserva di legge: si contestava la legittimità per contrasto con l'art. 25, comma 2 della Costituzione, di un meccanismo che affidava ad un organo amministrativo il compito di redigere l'elenco delle sostanze e dei preparati ad azione psicotropa³¹. Secondo questa tesi la facoltà di includere una sostanza negli elenchi avrebbe attribuito in capo ad un'autorità amministrativa il potere di definire l'elemento oggettivo del reato e quindi di integrare il precetto penale. Si affidava ad una fonte non avente rango di legge il compito di individuare le sostanze stupefacenti e quindi si violava il principio di legalità. L'Alto commissario per l'igiene, competente ad emanare il decreto che individua le sostanze illegali, di fatto, esercitava il potere di creare un illecito penale e di modificare un titolo di reato, mediante l'inserimento negli elenchi richiamati dalla legge di una sostanza o di un preparato. La Corte Costituzionale ha

²⁹ L'articolo è poi stato reintrodotta con un nuovo contenuto dall'art. 1 del D.L. 282/86, convertito in l. 462/86, che disciplina una materia del tutto estranea agli stupefacenti quali i reati in tema di acque e sostanze alimentari.

³⁰ S. Zancani, *"I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope"*, in S. Riondato (a cura di), *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli stupefacenti*, Padova, Cedam, 2006, p. 83. Un esempio relativamente recente del valore tassativo riconosciuto all'elencazione tabellare si è avuto con la decisione relativa al vegetale denominato "chata edulis", non presente nelle tabelle, anche se dalle sue foglie si ricava la "catina", sostanza elencata come principio attivo dalla tabella I. Argomentando in base alla circostanza che nelle tabelle è registrato unicamente il principio attivo e non anche il vegetale da cui esso è sintetizzabile, contrariamente a quanto avviene per esempio per le "foglie di coca", menzionate al pari della "cocaina" nella tabella I, la Cassazione (Sez. IV, 26/6/2003), ha escluso la punibilità delle condotte di importazione e detenzione della pianta in sé, considerando irrilevante, alla luce del concetto legale di sostanza stupefacente, la possibilità di estrarre da essa la catina.

³¹ R. Ricciotti, M. M. Ricciotti, *op. cit.*, p. 45.

rigettato questa tesi e riaffermato la piena legittimità dell'art. 3 della legge n. 1041, del 22 ottobre 1954, sostenendo che il rispetto dell'articolo 25 della Costituzione era garantito dalla precisazione legislativa dei presupposti, del contenuto e dei limiti dei provvedimenti dell'Alto Commissario, e ricordando, tra l'altro, come il sistema tabellare fosse previsto da vari accordi internazionali. Fu esclusa anche la possibilità che il giudice contestasse la qualità di stupefacente di una sostanza inclusa nell'elenco da parte dell'Alto Commissariato.

Fu dunque con il conforto della giurisprudenza costituzionale e della Convenzioni di New York del 1961, emendata nel 1972, e di Vienna del 1971 che il legislatore nel 1975, abrogò definitivamente l'art. 446 c.p. e riprodusse agli articoli 11 e 12 della legge 685/75 il meccanismo previsto dall'art. 3 della legge 1041/54. Meccanismo che pressoché integralmente è poi stato travasato negli articoli 13 e 14 del T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope del 1990 che si limitavano a indicare i criteri in base ai quali il Ministro della sanità di concerto con il Ministro della giustizia e sentito il parere dell'Istituto superiore di sanità e del Consiglio superiore di sanità, doveva provvedere a formare le sei tabelle contenenti l'elenco di tutte le sostanze stupefacenti e psicotrope.

2.1.2.1. Il sistema tabellare del T.U. del 1990

Il legislatore del 1990 decise di portare a sei le tabelle, rispetto alle solo 3 previste dal legislatore del 1975. L'articolazione delle tabelle era guidata dal criterio degli effetti della droga: in due tabelle, la I e la III, erano inserite le sostanze in grado di causare i danni di maggiore rilevanza ed il cui consumo era ad elevato pericolo di dipendenza (le così dette "droghe pesanti" o "dure"); in altre due, la II e la IV, figuravano, invece, quelle sostanze i cui effetti erano ritenuti scientificamente diversi ed attenuati rispetto alle sostanze pesanti o dure ("droghe leggere" o "morbide"); nelle Tabelle V e VI, infine, erano inserite le sostanze usate per scopi terapeutici. Le tabelle non elencavano le singole sostanze, ma soltanto i gruppi di riferimento a cui fanno capo le stesse: la tabella I ricomprendeva l'oppio, le foglie di coca e i loro derivati, le sostanze anfetaminiche e gli allucinogeni; la tabella II i derivati della cannabis indica; la tabella III le sostanze di tipo barbiturico; la tabella IV le sostanze di corrente impiego terapeutico che possono provocare dipendenza fisica o psichica, sia pur d'intensità minore rispetto a quelle provocate dalle sostanze elencate nelle tabelle I, III. Infine le tabelle V e VI registravano rispettivamente le preparazioni,

contenenti le sostanze richiamate nelle prime quattro tabelle, che non si prestano ad abuso ed i prodotti ad azione ansiolitica, antidepressiva o psicostimolante che possono indurre a farmacodipendenza. La soluzione del T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, oltre che collocarsi nel solco di una tradizione che era ormai ultra trentennale, ricalcava, come già ricordato, le Convezioni internazionali. La distinzione, operata dall'articolo 14, che definiva i criteri per la formazione degli elenchi, tra "sostanze" e "preparazioni" era, infatti, ricavata da queste ultime. Le "sostanze stupefacenti" e "sostanze ad azione psicotropa" di origine naturale o di sintesi, ricomprese dal legislatore nelle prime 4 tabelle, erano già definite dalla Convenzione unica sugli stupefacenti di New York del 1961, poi furono elencate in quella di Vienna del 1971, modificata, poco prima del varo del T.U. dalla convenzione stipulata nella stessa sede nel 1988, resa esecutiva in Italia con legge 328/90. La definizione di "preparato" infine era data dall'art. 1, lett. f), della convenzione del 1971 che parla di soluzione o miscuglio contenente una o più sostanze psicotrope.

Gli elenchi dei singoli composti considerati droghe non erano contenuti nelle tabelle, ma riportati in decreti ministeriali il cui aggiornamento è rimesso alla competenza dell'autorità amministrativa in materia sanitaria. Il legislatore del 1990 innovò rispetto a quello del 1975 liberalizzando le procedure per l'inclusione negli elenchi di nuove droghe. Mentre nel 1975 i composti proibiti erano rigidamente ancorati alle elencazioni contenute nelle convenzioni e negli accordi internazionali, il T.U. del 1990 definì un meccanismo tabellare "aperto" soggetto a controlli e revisioni continue ogni qualvolta lo richiedono le "nuove acquisizioni scientifiche".

Data questa ulteriore riduzione dei vincoli, in dottrina³² si ripropose la tesi che attribuire ad un'autorità amministrativa la competenza in ordine alla formazione e alla modifica delle tabelle configura le fattispecie penali in materia di sostanze stupefacenti o psicotrope come "norme penali in bianco", nelle quali solo la sanzione è determinata con atto legislativo mentre la condotta illecita è solo in parte descritta dalla legge, necessitando di una specificazione a mezzo di un decreto ministeriale relativo la disciplina delle singole sostanze. In conformità con l'orientamento della Corte Costituzionale, l'opinione dottrinale dominante sostenne che non vi era alcuna lesione del principio costituzionale di legalità, in quanto per il rispetto di tale principio basta che la legge, così come

³² Cfr. per esempio N. Bartone, A. Iazzetti, F. Izzo, *Stupefacenti e sostanze psicotrope: Testo Unico delle leggi: commento sistematico e analitico*, Esselibri-Simone, Napoli, 1991, p. 91.

avviene per la disciplina degli stupefacenti, indichi con sufficiente precisione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa che integrano la fattispecie³³. Venne, comunque, nuovamente riproposta alla Corte la questione della legittimità costituzionale del metodo tabellare. La Corte con la sentenza n. 333 del 1991³⁴ ribadì che il sistema era pienamente rispettoso della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., affermando che gli articoli 75 e 78 del D.P.R. 309/90 erano capaci di indicare, con chiarezza, la condotta vietata e l'oggetto materiale del reato; mentre gli art. 13 e 14 lasciavano all'autorità amministrativa una competenza meramente tecnica. Il dispositivo congegnato dal legislatore, ruotante attorno al decreto ministeriale adottato, sentiti i pareri dell'Istituto superiore di sanità e del Consiglio superiore di sanità, dal Ministro della sanità di concerto col Ministro di grazia e giustizia, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica ed inserito nell'elenco della Farmacopea ufficiale (art. 13 T.U. emanato con D.P.R. 309/90) sembrò soddisfare l'esigenza di garantire di ponderatezza, pubblicità e certezza. La Corte ribadì inoltre che le continue evoluzioni tecnologiche, richiedevano aggiornamenti frequenti e puntuali degli elenchi delle sostanze stupefacenti e psicotrope da sottoporre a controllo, esigenza che l'iter del procedimento amministrativo aveva dimostrato di saper soddisfare.

2.1.2.2. La riforma del sistema tabellare operata dalla legge 49/2006

Il meccanismo tabellare di definizione delle droghe è stato modificato, ancora, con il decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272 convertito poi nella legge 21 febbraio 2006, n. 49 recante "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309"³⁵. Questa normativa, che ha modificato sostanzialmente il T.U. del 1990, in primo luogo, parificando sul

³³ G. Amato, *Droga e attività di polizia*, Larus Robuffo, Roma, 1992, p. 83

³⁴ Corte Costituzionale sent. n. 333, 11 luglio 1991, in Cassazione penale 1992, p. 576

³⁵ Non è questo il luogo per commentare la tecnica legislativa adoperata e la costituzionalità di decreti legge che riguardano materie tanto disparate o da cosa fosse dettata l'urgenza a fine anno che portò il governo a provvedere alla riforma delle disposizioni relative ai tossicodipendenti con decreto.

piano sanzionatorio delle condotte illecite di produzione, traffico e detenzione di sostanze cosiddette “pesanti” e “leggere”³⁶, non ha apportato novità sostanziali alla materia che qui ci interessa, cioè i meccanismi di individuazione delle sostanze psicotrope il cui uso non terapeutico definisce il tossicodipendente, limitandosi ad accorpate le tabelle originariamente previste dal T.U. del 1990, con pesanti conseguenze sanzionatorie e quindi sull’esecuzione penale.

L’equiparazione sotto il profilo sanzionatorio tra droghe “leggere” e “pesanti” è stata operata, modificando gli articoli 13 e 14 del DPR 309/1990 semplicemente nella parte in cui indicano come accorpate le sostanze al fine di comporre le Tabelle. L’art. 4-*VICES TER*, comma 32 D.L. 272/2005 convertito in legge 49/2006 ha ridotto le tabelle di riferimento delle sostanze ad effetto drogante, allegata al D.P.R. 309/1990, da sei a due. Nella Tabella I sono state inserite le sostanze, in origine contenute nelle tabelle I, III (droghe pesanti), e II e IV (droghe leggere), per le quali non è previsto alcun impiego terapeutico e che, quindi, non possono essere prescritte, né in alcun modo commercializzate. Nella Tabella II figurano, invece, i medicinali registrati in Italia che possono essere oggetto di prescrizione medica; ma il cui commercio illecito può determinare anche sanzioni penali o amministrative. Oggi quindi la tabella I comprende sostanze e principi attivi individuati come stupefacenti e psicotrope soggetti ad abuso; la tabella II è suddivisa in cinque sezioni, contenenti principi attivi e composizioni medicinali con diverso potere di indurre dipendenza e con diversa modalità prescrittiva: la Sezione A comprende principi attivi e composizioni medicinali prescrivibili con una nuova ricetta a ricalco; in questa sezione ricadono quasi tutti i farmaci di cui alla Legge 12/01 per la terapia del dolore acuto dovuto a patologia neoplastica e degenerativa (continuano ad essere identificati come farmaci dell’allegato III-*bis*); la Sezione B comprende sostanze per preparazioni galeniche e le composizioni a base di sodio oxibato: ricetta normale da rinnovarsi volta per volta; la Sezione C comprende composizioni medicinali prescrivibili con ricetta normale da rinnovarsi volta per volta; la Sezione D comprende composizioni medicinali prescrivibili con ricetta normale da rinnovarsi volta per volta e alcuni farmaci (composizioni a base di determinati quantitativi di codeina o di idrocodeina per uso diverso da quello parenterale) che se utilizzati nella terapia del dolore acuto dovuto a patologia neoplastica e degenerativa (allegato III-*bis*) devono essere prescritti con la

³⁶ Sulle ragioni di tale assimilazione, si veda G. Amato, “Parificate le sostanze leggere e pesanti”, *Guida al Diritto* n. 12/2006, pp. 73 e ss.

ricetta a ricalco; e infine la Sezione E comprende composizioni medicinali ad uso diverso da quello iniettabile, prescrivibili con ricetta normale ripetibile.

Il trattamento sanzionatorio delle condotte aventi ad oggetto le sostanze contenute nella Tabella I è indifferenziato rispetto al tipo di sostanze. Mentre per le condotte relative alle sostanze indicate dalla Tabella II il legislatore ha previsto sanzioni differenziate a seconda delle sezioni (A, B, C, D ed E) della Tabella in cui sono riportate: quando la condotta ha oggetto le sostanze della sezione A la sanzione è quella prevista dall'art. 73 primo comma, anche se ridotta da un terzo a metà, mentre le condotte illecite relative alle sostanze indicate nelle altre sezioni sono assoggettate alle sole sanzioni amministrative.

All'uniformazione del trattamento sanzionatorio per i comportamenti penalmente rilevanti, a prescindere dalla tipologia di sostanza, si è accompagnata l'articolazione delle condotte perseguite nei commi 1 e 1-*bis* dell'art. 73, e la reintroduzione di un parametro quantitativo delle sostanze illecite detenibili ad uso personale. Il legislatore ha, infatti, frazionato le 22 condotte in origine previste nel comma 1 dell'art. 73 all'interno di due nuovi commi, 1 e 1-*bis*. In quest'ultimo, in particolare, sono confluiti i comportamenti di importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualunque titolo e detenzione illecita di stupefacenti (cioè dell'attuale Tabella I) e sostanze psicotrope o di medicinali compresi nella Tabella II, Sezione A. Questa operazione trova il proprio fondamento nel desiderio di fornire indicazioni positive per distinguere le condotte che possono essere compatibili con il consumo personale di sostanze stupefacenti (comma 1-*bis*), tali da poter essere assorbite dalla fattispecie sanzionatoria amministrativa di cui al successivo art. 75, così modificato dall'art. 4-*ter* legge 49/2006, dalle condotte che rivestono esclusiva rilevanza penale (comma 1), ritenute non riconducibili a finalità di consumo personale. Di conseguenza le condotte previste dall'art. 73 primo comma³⁷ sono sempre perseguibili, mentre le citate condotte indicate dal comma 1-*bis* lettera a) sono perseguibili quando le "sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento

³⁷ Il comma sanziona chiunque "coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo"

frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale”.

Circa il trattamento sanzionatorio, va sottolineato che il limite edittale minimo previsto dall'art. 73, commi 1 e 1-*bis*, 6 anni di reclusione, risulta, da un lato, sensibilmente ridotto in relazione alle medesime condotte contenute nel previgente comma 1 riferito alle Tabelle I e III, per le quali il limite edittale minimo era 8 anni, dall'altro, enormemente elevato in riferimento alle condotte che nella previgente disciplina rientravano nel comma 3 dell'art. 73, in quanto relativi a sostanze munite di efficacia drogante contenuta (di cui alle Tabelle II e IV), per le quali il comma 4 dell'art. 73 comminava la pena della reclusione da 2 a 6 anni e la multa da €. 5.164 a €. 77.468. Il legislatore del 2006 ha dunque sensibilmente aggravato la pena prevista per fatti in origine dotati di una nocività ed un allarme sociale ritenuti originariamente non eclatanti. Per valutare l'impatto di questa disposizione va sottolineato che, secondo le statistiche, la grande maggioranza di condanne per reati di droga comportava l'irrogazione di una pena inferiore ai tre anni di reclusione.

E' prevista invece la non punibilità delle sostanze detenute per uso personale, ma il quantitativo di sostanze corrispondente all'uso personale è fissato “con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga”³⁸. Questa previsione ha sollevato qualche perplessità riproponendo la questione della legittimità costituzionale di una scelta normativa che rimette a un decreto ministeriale la fissazione di un quantitativo di sostanze che determina l'elemento oggettivo della fattispecie penale. E' ormai pacifico che, se il legislatore definisce in modo sufficientemente preciso la fattispecie nei suoi elementi essenziali e i criteri per l'individuazione delle sostanze, possa lasciare al Ministero della Sanità il compito di definire le sostanze “stupefacenti o psicotrope” esercitando una mera discrezionalità tecnica, diagnostica e medico-legale. Cosa diversa appare però la fissazione della quantità oggetto della condotta penalmente perseguita, specialmente visto che nel testo normativo attualmente in vigore non è rintracciabile alcuna indicazione che circoscriva la discrezionalità amministrativa né sull'individuazione dei limiti massimi entro cui qualificare l'uso personale (per esempio che imponga di fissarne per ciascun tipo di

³⁸ Non si entra qui nell'esame della disputa se questo elemento è sufficiente da solo ad escludere la punibilità o deve concorrere con gli altri previsti dalla lettera a) del comma 1-*bis* dell'art. 73.

sostanza) né sull'indicazione del parametro temporale a cui ricollegarli (quantità destinata all'uso personale per una giornata, più giorni, mesi e così via).

Il legislatore del 2006, ha in effetti restaurato una previsione, quella del limite quantitativo di sostanza illecita detenibile per consumo personale, già bocciata dalla consultazione popolare del 1993³⁹, però anche già vagliata dalla Corte Costituzionale che con sentenza 133/1992⁴⁰ ritenne manifestamente infondata la questione della legittimità – all'epoca – degli articoli 73, 75 e 78 D.P.R. 309/1990, nella parte in cui, fra le altre, “demandano ad un decreto del Ministro della sanità la determinazione dei limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere, in riferimento all'art. 25, 2° comma, Cost.”. Nonostante ciò, la problematicità del rinvio ad una fonte amministrativa per la determinazione dei limiti quantitativi massimi delle droghe riconducibili ad un uso esclusivamente personale è riemersa in tutta la sua evidenza con la vicenda del decreto ministeriale del 4 agosto 2006, che determinava i limiti quantitativi massimi di sostanza detenibile. In particolare, nell'evidente tentativo di mitigare l'impatto sanzionatorio della normativa, con riferimento all'*hashish* ed alla *marijuana*, il decreto, adottato dal Ministro della salute di concerto con il Ministro della giustizia, correggeva il moltiplicatore previsto dal precedente decreto ministeriale, fissandolo a 40, anziché a 20; così aumentando la quantità massima detenibile di *cannabis indica* espressa in principio attivo (THC) da 500 a 1.000 mg.

Il decreto è stato impugnato dinanzi al TAR Lazio, che, con ordinanza 1155/2007⁴¹ del 14 marzo 2007, lo ha annullato sul presupposto che l'art. 73, comma 1-*bis*, lett. a) D.P.R. 309/1990 non conferiva al decreto interministeriale un potere politico di scelta in ordine all'individuazione dei limiti massimi delle sostanze stupefacenti detenibili senza incorrere in comportamenti penali; bensì un potere di discrezionalità meramente tecnica, riferita allo stato attuale delle conoscenze scientifiche. Il TAR ha contestualmente affermato che la nuova normativa, e il decreto che essa prevede, non pregiudica il principio costituzionale di cui all'art. 25, comma 2 Cost., di riserva assoluta di legge in materia penale, allorché individua “i limiti massimi di quantità di principio attivo di sostanza stupefacente detenibile ad uso esclusivamente personale” in

³⁹ Nella relazione al progetto di legge 3397 del 2001, sul quale si è modellato l'impianto normativo della legge 49/2006 si diceva esplicitamente che ci si intendeva muovere “verso il recupero dell'impostazione di fondo del citato testo unico e, l'utilizzo dell'esperienza maturata a seguito dell'applicazione delle disposizioni in esso contenute e di ciò che è accaduto quando quell'impianto è stato modificato dal *referendum* del 1993”.

⁴⁰ In Cassazione penale, 1992, p. 2612

⁴¹ In

applicazione di una discrezionalità tecnica basata sullo stato delle conoscenze scientifiche, quale indice vincolante desumibile dal combinato disposto degli articoli 13 e 14 D.P.R. 309/1990. Ha dunque sanzionato non il sistema tabellare, ma il suo utilizzo improprio. Il giudice amministrativo ha ritenuto, in altre parole, che, non essendo stata la scelta del Ministero della salute supportata da alcuna istruttoria tecnica tale da giustificare il raddoppio del parametro moltiplicatore, si era utilizzato il decreto come strumento politico a contenuto altamente discrezionale con il quale aggirare il ricordato precetto costituzionale.

Resta il problema di determinare in modo esatto la valutazione della quantità di principio attivo presente nella sostanza detenuta, essendo il dato quantitativo rilevante la percentuale di principio attivo presente nello stupefacente, dato che da essa dipende l'incidenza tossicologica della sostanza oggetto della condotta penale. Sotto il profilo pratico, nell'immediatezza del fatto, l'unico strumento utilizzabile dagli organi di polizia per misurare il quantitativo di sostanza detenuta risulta essere il *narcotest*, idoneo ad evidenziare soltanto se quanto sequestrato sia o meno stupefacente; ma non a calcolare la quantità di principio attivo in essa presente, che può essere verificata soltanto a seguito di accertamenti tecnici tossicologici disposti dell'autorità giudiziaria. La riforma normativa pone quindi notevoli problemi all'operato dell'autorità giudiziaria e delle forze di polizia, sia nel momento in cui sono chiamate a distinguere le ipotesi di confine tra l'illecito penale (art. 73) e quello amministrativo (art. 75), ma anche nel momento di individuare la fattispecie prevista dall'art. 73, 5° comma, cioè la condotta di lieve entità, desumibile tra l'altro dalla "qualità e quantità delle sostanze". L'impossibilità pratica di valutare con celerità la rilevanza quantitativa della sostanza illecita detenuta ha, come vedremo, un impatto significativo sulla scelta della misura pre-cautelare da applicare al caso concreto e sull'adozione delle misure cautelari.

2.2. Quando si è tossicodipendente? Uno sguardo comparativo

Una volta stabilito quali sono le "droghe", o meglio quali sono le sostanze "stupefacenti e psicotrope", il problema è stabilire che tipo di loro uso concretizza la categoria di "tossicodipendente". Una verifica dell'uso, anche a livello internazionale, di questo appellativo mostra subito che esso ha

connotazione ed intensità mutevoli. Le diverse accezioni del lemma dipendono dalle numerose variabili che concorrono alla definizione della condizione di tossicodipendente. Quando si definisce lo status di tossicodipendente, trascurare alcune variabili, privilegiarne o considerarne secondarie altre determina scelte politiche diverse e anche costi diversi per le varie agenzie. Non è dunque un caso che la già ricordata ricerca dell'EMCDDA⁴² mostri come la stessa definizione dell'assuntore di droga e poi, a maggior ragione, la valutazione dello stato di compromissione psichica e fisica del soggetto da assistere, acquisiscono connotati diversi a seconda delle specifiche competenze dell'organo o dell'ente chiamato a definirlo.

Solo per fare alcuni esempi tratta dall'indagine condotta dall'EMCDDA, per il Ministero della giustizia belga consumatore di sostanze stupefacenti è “qualsiasi assuntore di sonniferi in pillole, di narcotici e di altre sostanze psicotrope che possono generare dipendenza, per il quale la somministrazione avvenga al di fuori di una prescrizione medica”. L'omologo ministero danese, in un documento del 3 luglio 2000, definisce come tossicomani “tutte le persone che hanno consumato occasionalmente ovvero che hanno fatto regolarmente uso di una o più sostanze euforizzanti nei sei mesi antecedenti l'incarcerazione”. Secondo il rapporto redatto da Chalotte Trabut del “Gruppo Pompidou” in Francia è invece rilevante ai fini del trattamento penitenziario l'uso di droga o di farmaci psicoattivi avvenuto nell'anno precedente all'incarcerazione. In Germania la situazione è diversa da Lander a Lander, dato che sia il regime penitenziario che i servizi assistenziali sono rimessi alle legislazione locale. In Westfalia, il termine tossicomane è utilizzato per indicare qualunque consumatore di droghe la cui condizione biologica lo rende potenzialmente dipendente da un punto visita fisico o psichico dalle stesse. In Portogallo e Spagna, invece, si definisce tossicomane chiunque fa uso di sostanze psicoattive legali od illegali. In Svezia alle autorità penitenziarie sono segnalati come tossicomani tutti i soggetti che hanno fatto abuso di farmaci, cioè hanno assunto sostanze psicoattive senza una prescrizione medica, durante i dodici mesi prima della privazione della libertà⁴³.

Nella letteratura e nella prassi si distinguono tradizionalmente tre tipi di utenti delle droghe. La definizione di tossicodipendente in senso stretto, *drug-addict* nella terminologia dell'OMS, probabilmente dovrebbe essere limitata a

⁴² EMCDDA Scientific Report, *An Overview Study: Assistance to Drug Users in European Union Prisons*, Cranston Drug Services, London, 2001, p. 17.

⁴³ EMCDDA, *op. cit.*, p. 18.

quei soggetti periodicamente o permanentemente intossicati a seguito dell'uso ripetuto di una sostanza psicotropa, naturale o sintetica che hanno sviluppato uno stato di dipendenza psichica o fisica dalla sostanza stessa. Questa figura è caratterizzata dal desiderio incontrollabile, e quindi soggettivamente dalla necessità, di continuare ad assumere la sostanza; dalla circostanza che la reazione organica che si sviluppa a seguito all'uso della sostanza, seppure variabile in base alle caratteristiche congenite e acquisite dell'assuntore, è di tolleranza verso la stessa, con la conseguenza che il suo successivo uso comporta la tendenza ad aumentare le dosi per raggiungere l'effetto ricercato, quindi il suo bisogno aumenta in modo esponenziale; dalla dipendenza psichica e poi anche fisica dagli effetti della sostanza. Si ha dipendenza psichica quando l'assunzione della droga è dovuta e, circolarmente, al tempo stesso alimenta l'impulso psicologico al consumo della stessa allo scopo di procurarsi, temporaneamente, piacere. Si ha invece dipendenza fisica dalla sostanza, a cui si associa sempre la dipendenza psichica, quando, oltre al disagio psicologico, l'interruzione del suo uso provoca "crisi d'astinenza", cioè disturbi fisici dovuti ad un'alterazione dello stato fisiologico causato da modificazioni biochimiche dell'organismo provocate dall'uso della sostanza stessa. La "crisi d'astinenza" si ha in altre parole quando il sistema nervoso centrale si è adattato all'assunzione della sostanza così che la sua interruzione provoca sintomi psicofisici, specifici per ogni tipo di droga, che si dissolvono rapidamente con una nuova assunzione. La dipendenza fisica, e quindi la "crisi d'astinenza", è provocata esclusivamente da sostanze il cui uso induce tolleranza nell'organismo, effetto che non hanno tutte le "droghe". Le complesse alterazioni sintomatiche che la provocano sono quindi dovute allo sviluppo contemporaneo della tolleranza e della dipendenza fisica verso la droga, per cui sono necessarie dosi sempre più elevate e frequenti per ottenere gli effetti gratificanti ricercati e per evitare l'insorgenza dei sintomi di astinenza. La dipendenza fisica è facilmente accertabile perché presenta caratteristiche cliniche oggettive osservabili tanto nell'ipotesi dell'intossicazione temporanea quanto in quella di intossicazione cronica da droga. Inoltre l'intensità dell'effetto bio-chimico che la brusca interruzione dell'assunzione determina nell'assuntore è misurabile, entro certi limiti esponenziali, sulla base della cronicità della crisi d'astinenza. Gli effetti fisici della crisi di astinenza da alcune sostanze, fra i quali gli oppiacei, l'alcool etilico, alcuni ipnotici e psicofarmaci, possono essere combattuti mediante l'assunzione di antagonisti dei narcotici.

Ad un gradino di compromissione inferiore rispetto al “tossicodipendente” è collocato il “consumatore abituale” o “tossicofilo”⁴⁴. Questa figura è stata tratteggiata dall’OMS nel 1957 come soggetto caratterizzato da *drug-abituation*, connota chi ha il desiderio di assumere una sostanza per puro piacere, senza generalmente tendere ad aumentare le dosi ed è legato alla stessa da una dipendenza puramente psicologica che non sfocia in quella fisica. Da alcuni lustri l’OMS ha ricompreso la *drug-addiction* e la *drug-abituation* sotto la dizione onnicomprensiva di *drug-dependence*, definita come uno stato psicofisico conseguente a somministrazioni di droghe periodiche o continuative, variabilmente incidenti sull’individuo in relazione alla tipologia delle sostanze assunte⁴⁵. In Italia la giurisprudenza ha raccolto la raccomandazione dell’OMS definendo la tossicomania come la situazione di mera reiterazione del consumo di una sostanza la cui assunzione può essere nociva per l’organismo, indipendentemente dalla sussistenza della dipendenza psico-fisica da questa dell’assuntore. Sulla linea tracciata dall’OMS si sono subito posti anche i servizi sanitari che hanno assunto la nozione allargata di tossicodipendenza, considerando i casi di dipendenza in senso stretto come la sua condizione più dannosa.

Per quanto riguarda l’esecuzione della pena (detentiva), come accennato, vista la terminologia utilizzata dall’art. 96 del T.U., non ci sono dubbi che il riferimento ad un soggetto “ritenuto dall’autorità sanitaria abitualmente dedito all’uso di sostanze stupefacenti o psicotrope o che comunque abbia problemi di tossicodipendenza” rinvia alla definizione di dipendenza in senso ampio. In dottrina sembra essersi raggiunto un accordo sul fatto che per tossicodipendenza debba intendersi “una condizione di intossicazione cronica o periodica prodotta dall’uso ripetuto di una sostanza chimica naturale o di sintesi, che si risolve in uno stato di soggezione alla sostanza stupefacente, le cui caratteristiche sono il desiderio incontrollabile di continuare ad assumere la

⁴⁴ L’unica menzione normativa dello stato di “tossicofilo” si trova al comma 6-*bis* dell’articolo 96 del T.U. Questo comma introdotto dalla legge 49/2006 recita: “Per i minori tossicodipendenti o tossicofili, anche portatori di patologie psichiche correlate all’uso di sostanze stupefacenti, sottoposti alle misure cautelari non detentive, alla sospensione del processo e messa alla prova, alle misure di sicurezza, nonchè alle misure alternative alla detenzione, alle sanzioni sostitutive, eseguite con provvedimenti giudiziari di collocamento in comunità terapeutiche e socio-riabilitative, gli oneri per il trattamento sanitario e socio-riabilitativo sono a carico del Dipartimento giustizia minorile, fatti salvi gli accordi con gli enti territoriali e, nelle more della piena attuazione del trasferimento di dette competenze, del Servizio sanitario nazionale”. Il comma equipara, a fini dell’assunzione dei costi dei programmi riabilitativi, e quindi anche ai fini dell’utilizzabilità degli stessi, lo stato di tossicodipendenza a quello di tossicofilia. Questa equiparazione è fatta esplicitamente solo nel caso dei minorenni, questo dato non sembra però tale da far pensare che questa norma metta in discussione l’equiparazione fino ad oggi pacificamente fatta dalla giurisprudenza e dottrina anche per gli adulti.

⁴⁵ M. Fallani, *op. cit.*, p. 312.

sostanza e di procurarsela con ogni mezzo; la tendenza ad aumentare la dose per ottenere gli stessi effetti (cosiddetta “tolleranza”); e infine la dipendenza psichica e fisica dagli effetti della sostanza”⁴⁶.

Questa definizione pone il problema se debba essere considerato tossicodipendente l’ultima figura di assuntore di droghe: il “consumatore occasionale”. Con questa definizione si indica chi, assumendo la droga saltuariamente per gioco o sfida, in dosi innocue, è in grado di astenersi dal suo uso senza che ciò provochi in lui alterazioni psichiche, e tantomeno fisiche, e di condurre una vita sociale che non risente assolutamente del suo consumo. Nella misura in cui si mette l’accento sulla dipendenza e la tendenza ad aumentare le dosi da assumere, questa figura sembra non rientrare nella definizione di tossicodipendente, un discorso diverso, ma complicato dal punto di vista tossicologico, potrebbe essere fatto se si mette l’accento sulla “tolleranza” che l’uso occasionale e ludico di sostanze stupefacenti e psicotrope provoca in lui. Se poi si ritiene che la definizione di tossicodipendenza debba essere funzionale alla difesa sociale si potrebbe sostenere che il consumatore occasionale di droghe è tossicodipendente nella misura in cui il suo consumo occasionale dà luogo a reati per procurarsi le sostanze o per la frequentazione del gruppo dei consumatori.

Nel senso dell’equiparazione, in fase di esecuzione della pena, o comunque di misure cautelari detentive, tra “tossicodipendente” e “assuntore occasionale” sembra tendere anche il comma 5° dell’art. 73 T.U. introdotto dalla legge 49/2006 che prevede che il giudice, quando il reato sia stato commesso “da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope”, nei casi in cui sia applicabile il 5° dell’art. 73, (circostanza attenuante della “lieve entità”), può sostituire la condanna a pena detentiva e pecuniaria con quella a svolgere un lavoro di pubblica utilità.

2.2.1. La definizione di tossicodipendente un problema tutt’altro che teorico

Di là dalle considerazioni legali e tossicologiche, in fase di esecuzione della pena detentiva, la definizione di utente della droga o consumatore di sostanze stupefacenti, dal punto di vista strettamente epidemiologico, presenta soluzioni incongruenti che risentono delle diverse modalità procedurali attraverso le quali i dati sono rilevati. Il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria effettua

⁴⁶M. Pavarini, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, Vol. I, UTET, Torino, 2002, p. 453; G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 83.

due rilevazioni annue (30 giugno, 31 dicembre) e definisce tossicodipendente ogni detenuto che effettua terapie con farmaci sostitutivi. Le Aziende ASL effettuano, per il Ministero della sanità, quattro rilevazioni annue di cui due puntuali e considerano tossicodipendente tutti coloro che effettuano un programma socio-riabilitativo successivo alla disintossicazione o anche senza averla effettuata. Appare evidente che l'utilizzo di una terminologia condivisa permetterebbe di rilevare lo stesso fenomeno e non due situazioni distinte, e principalmente consentirebbe di adottare nei confronti dei medesimi soggetti ristretti strategie riabilitative univoche che non soffrano la differenziazione tra soggetti in trattamento sanitario e non in trattamento⁴⁷.

Il problema della definizione del soggetto tossicodipendente non è una questione meramente teorica. La sua standardizzazione da un lato è fondamentale per valutare l'impatto delle politiche penali e degli interventi socio riabilitativi. Dall'altro dalla definizione che si adotta dipende anche l'ammontare delle risorse finanziarie necessarie ad approntare gli interventi terapeutici necessari sia all'interno delle carceri, sia per le misure alternative. Non è un caso che negli ultimi anni, nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni, si sia aperta una discussione molto accesa tra Regioni, a cui fanno capo i Ser.T., e il Dipartimento per le Politiche antidroga presso la Presidenza del Consiglio, che deve erogare i fondi per il contrasto al fenomeno delle tossicodipendenze, relativamente all'inserimento degli utenti occasionali della droga tra i soggetti tossicodipendenti e a dove deve essere posto il confine tra utenti occasionali e tossicodipendenti. E', infatti, evidente che più si estende la nozione di soggetto tossicodipendente, maggiori sono le risorse necessarie per la loro gestione. La discussione nasce dalla tendenza dei Ser.T. a farsi carico, come prevede la normativa, di qualsiasi soggetto detenuto che "comunque abbia problemi di tossicodipendenza" e quindi di una popolazione molto vasta, a fronte di risorse finanziarie sempre più scarse. A questa tendenza si contrappone l'atteggiamento del Dipartimento per le Politiche antidroga presso la Presidenza del Consiglio che considera di sua pertinenza solo i soggetti "tossicodipendenti" in senso stretto, sostenendo che è tenuto a provvedere i finanziamenti per gli interventi relativi solo a questi soggetti.

⁴⁷ Regione Toscana, Dipartimento Diritto alla Salute e Politiche di Solidarietà, *Percorsi assistenziali per le tossicodipendenze in ambito penitenziario:...*, Firenze, 2000, p. 20.

2.3. Sono penalmente sanzionabili (tutti) i tossicodipendenti?

Se si accetta la definizione sopra tratteggiata degli assuntori di sostanze stupefacenti e psicotrope potrebbe sembrare che, almeno una parte di essi, i tossicodipendenti in senso stretto, cioè quelli che soffrono di dipendenza psichica e soprattutto fisica, non possano essere ritenuti penalmente responsabili delle azioni criminose compiute, dato che la dipendenza esercita una forza coartante sul loro volere che quindi ben difficilmente può considerarsi libero⁴⁸. Lo stato di soggezione definito “dipendenza” (psichica quanto fisica) può influire in due modi sulla volontà: facendo perdere il controllo al soggetto che non risponde più per i comportamenti tenuti oppure, più comunemente, spingendolo a compiere l’azione criminosa per procurarsi la dose o i mezzi per comprarla⁴⁹.

Le scelte operate dal legislatore in materia d’imputabilità hanno stabilito che il consumo di sostanze stupefacenti, a seguito del quale l’assuntore non subisce una modificazione dell’equilibrio biochimico in grado di provocare una permanente alterazione dei processi psichici, non lo sottrae alle conseguenze penali che l’ordinamento giuridico predispone a carico di chi commette un reato. Secondo il codice il tossicodipendente può essere considerato non imputabile solo quando sia affetto da un’intossicazione cronica da sostanze stupefacenti (art. 95 c.p.) che esclude o fa “grandemente scemare” la sua capacità di intendere e di volere. Per il consumatore di stupefacenti, eccettuati i casi di assunzione per caso fortuito o per forza maggiore, anche se non è un consumatore occasionale, e il suo comportamento rientra nella categoria che l’OMS definisce *drug abituation*, o addirittura è un tossicodipendente (*drug addict*), vale in forza degli articoli 92-93 c.p. la presunzione della piena capacità di intendere e di volere, per cui graverà su di lui l’onere di provare di essere stato incapace di intendere e di volere al momento della commissione del

⁴⁸ Questa tesi appare particolarmente plausibile se si considera che le norme che reprimono la vendita, la detenzione e soprattutto l’uso delle droghe si considerano poste a tutela della “libertà morale”, cfr. Flick, *Droga e legge penale*, cit., pp. 173 e ss.

⁴⁹ Sono gli stessi pazienti in terapia per la disintossicazione che ricostruiscono in tal modo gli effetti criminogeni della droga. Nelle loro parole “la dipendenza [...] sconvolge la vita del tossicodipendente, soggiogandolo e facendogli assumere una “doppia personalità”: quando è “fatto è la persona tranquilla di sempre”, quando non è sotto l’effetto di sostanze stupefacenti, in crisi di astinenza, “perde totalmente il controllo”. Inoltre la droga è un fattore notevolmente criminogeno dal momento che il tossicodipendente “è sempre alla ricerca di soldi”, per cui “per potersi procurare la dose, può compiere una serie di reati, anche di una certa gravità”. Testimonianze raccolte da Vittoria Furfaro, “L’art. 94 D.P.R. 309/1990 attraverso alcune esperienze di operatori giuridici e sociali e di tossicodipendenti beneficiari della misura” in www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/vitty/index.htm, consultato 6 giugno 2010.

reato⁵⁰. La giurisprudenza della Corte di Cassazione non ha in alcun modo attenuato il rigore di questa impostazione escludendo costantemente che lo stato di tossicodipendenza possa incidere sull'imputabilità, a meno che questo *status* non si risolva in una patologia, come nel caso dell'intossicazione cronica⁵¹. Nel nostro ordinamento la repressione rappresenta dunque la risposta principale agli atteggiamenti devianti dei tossicomani.

Il codice penale dedica, all'interno del libro I, capo I, titolo IV, gli articoli dal 91 al 95 all'impatto del consumo di sostanze stupefacenti, ed alcoliche sull'imputabilità. Queste disposizioni, che, come accennato, risentono inevitabilmente dell'impostazione repressiva che impregna l'intera impalcatura normativa del codice, hanno resistito ai mutamenti epocali che hanno caratterizzato l'uso delle droghe, alle discussioni che essi hanno comportato in diversi settori, dalla tossicologia alla sociologia, dalla criminologia alla scienza giuridica, e, non ultimo, alla copiosa produzione normativa che a partire dal 1954 ha riguardato la materia.

Riguardo alla tecnica normativa adottata dal codice, si osserva che il legislatore ha predisposto delle norme che regolano l'impatto dell'ubriachezza sull'imputabilità e poi stabilito che esse si applicano anche ai soggetti che commettono il reato "sotto l'azione di sostanze stupefacenti"⁵². Questa scelta pone due problemi: il primo relativo all'equiparazione di assuntori di alcool e di droghe; il secondo relativo alla definizione delle droghe. Per quanto riguarda il primo punto, che nell'economia del discorso sviluppato in questo lavoro non è il caso di approfondire, questa scelta fu evidentemente condizionata da contingenze storiche particolari e da una conoscenza molto approssimativa del fenomeno della tossicodipendenza. Per quanto riguarda il secondo problema, come già accennato, il nostro codice penale fa riferimento ad una nozione aperta, socialmente determinata di droga. Questo ha, lo abbiamo già ricordato, sollevato molti problemi con riferimento alla tassatività delle fattispecie incriminatrici ed è stata abbandonata dal legislatore a favore del metodo che si era nel frattempo affermato a livello internazionale, della tassativa indicazione tabellare delle sostanze che devono essere considerate droghe. Quindi si pone

⁵⁰Cfr. G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 84; R. Ricciotti, M.M. Ricciotti, *op. cit.*, p. 117.

⁵¹ Alcuni autori hanno ipotizzato che si possa escludere la capacità di intendere e di volere del soggetto tossicodipendente nel momento specifico della crisi di astinenza che manifestandosi con "atti irreflessivi, spasmi nervosi, tremore ed agitazione psicomotoria" potrebbe far "pensare a quelle ipotesi di difetto di coscienza che rilevano per l'esclusione della condotta illecita ai sensi dell'art. 42 comma 1° c.p.". Cfr. G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 84; R. Ricciotti, M.M. Ricciotti, *op. cit.*, p. 117.

⁵² E' curioso che questo modo di procedere sia speculare a quello del legislatore del 1990 che ha invece individuato alcuni istituti che caratterizzano il percorso dell'esecuzione penale (e della custodia cautelare) dei soggetti tossicodipendenti ed esteso il loro uso agli alcool dipendenti.

un problema di coordinamento tra definizione “aperta” e il sistema tabellare. La prima questione che sorge, dato il divieto di analogia in materia penale, deriva dal fatto che il codice fa riferimento solo alle “sostanze stupefacenti” e non anche a quelle psicotrope, che invece rivestiranno un ruolo prevalente nella legislazione degli anni successivi. Come ricordato, i tossicologi hanno sostenuto che questa connotazione non è incapace di includere tutte le “droghe” o comunque le sostanze incluse successivamente nelle tabelle, perché molte di esse non provocano l’insorgenza di un ottundimento psicomotorio assimilabile allo “*stupor*”. Più in generale si è discusso negli ultimi vent’anni sul come far convivere le norme che regolamentano l’imputabilità con le tabelle (allora quattro oggi due) previste dall’art. 13 del D.P.R. 309/90, T.U. in materia di stupefacenti, e redatte secondo i criteri indicati dal successivo art. 14.

In dottrina e giurisprudenza, una corrente di pensiero, sia pure minoritaria, ha sostenuto che l’ipotesi di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti di cui all’art. 95 del codice penale andasse valutata con riferimento al sistema tabellare, introdotto dalla legislazione speciale⁵³. Richiamandosi a questa tesi, una giurisprudenza, ormai risalente, della Corte di Cassazione ha ritenuto che, ai fini della restrittiva normativa codicistica in tema di responsabilità dei tossicodipendenti per integrare la fattispecie dell’art. 95, lo stato di compromissione psico-fisica richiesto dovesse essere dovuto esclusivamente all’abuso delle sole essenze indicate dalle tabelle⁵⁴. Questa impostazione ha l’apprezzabile fine di limitare la restrittiva disciplina codicistica in materia di incapacità dei tossicodipendenti esclusivamente ai problemi per la capacità di intendere e volere, derivante dall’uso di sostanze riportate nelle tabelle ministeriali. Come è stato fatto notare, una siffatta impostazione, che fonda la disciplina dell’imputabilità del tossicodipendente sul parametro tabellare, pone anche il problema di come considerare le nuove sostanze psicotrope, *rectius* stupefacenti, non ancora inserite nelle tabelle ministeriali⁵⁵. La posizione prevalente in dottrina ammette invece che, ai fini dell’art. 95 c.p. si debba prendere in considerazione il consumo cronico di qualsiasi sostanza in grado di produrre effetti stupefacenti⁵⁶, giungendo a equiparare alla

⁵³ Cfr. Durante, “Sostanze stupefacenti: tossicomania. Nozioni medicolegali, imputabilità”, in *Giustizia Penale*, 1971, II, p. 407

⁵⁴ Cass., 22 aprile 1985, Amber, *Rassegna di studi penitenziari*, 1986, p. 729.

⁵⁵ G. Marini, “Imputabilità”, *Digesto discipline penali*, Vol. VI, UTET, Torino, 1992, p. 243.

⁵⁶ F. Antoliesei, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 15° ed. a cura di Conti, Giuffrè, Milano, 2000, p. 640; F.S. Fortuna, “Tossicodipendenza”, *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 746; Id., “Stupefacenti (dir. intero)”, *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, p. 1929; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 643;

tossicodipendenza la farmacodipendenza⁵⁷. Merita di essere sottolineato che questa linea è stata sposata da numerose sentenze che, per evitare di doverlo considerare penalmente responsabile ai sensi dell'art. 87 ("Stato preordinato di incapacità di intendere e di volere"), hanno ritenuto, in quanto cronicamente intossicato, del tutto incapace o solo parzialmente capace, ai sensi dell'art. 95, di intendere e volere l'individuo colpevole di un delitto che aveva consumato uno psicofarmaco che, pur non essendo incluso nelle tabelle ministeriali, era in grado di produrre effetti di "eccitazione inebriante seguiti da obnubilazione della coscienza, stato crepuscolare, confusione mentale, torpore e paresi mentale"⁵⁸. Queste tesi hanno suscitato però molte perplessità perché, pur essendo utilizzate dalla giurisprudenza ai fini di escludere la responsabilità del reo, finiscono per estendere la rigorosa disciplina che il codice penale, agli artt. da 91 a 95, riserva al solo consumatore di sostanze stupefacenti, operando di fatto un'analogia *in malam partem* idonea a colpire anche il consumatore di sostanze non strettamente stupefacenti, vulnerando il principio di tassatività.

In astratto, l'impianto del codice è chiaro: l'art. 85 fissa il principio che la capacità di intendere e di volere è il parametro dell'imputabilità penale. All'assenza di questa capacità corrisponde la non imputabilità del soggetto, alla sua parziale compromissione corrisponde una responsabilità attenuata a cui deve corrispondere una pena ridotta. Questo principio è immediatamente attenuato dagli articoli successivi che compiono tre operazioni. In primo luogo, si rende penalmente responsabile del reato commesso dalla persona incapace, chi lo ha reso incapace al fine di fargli commettere un reato (art. 86). In secondo luogo, si considera responsabile chi ha provocato la propria incapacità al fine di commettere un reato o di predisporre una scusante (art. 87). In terzo luogo, si stabilisce che l'incapacità di intendere e di volere per escludere o ridurre l'imputabilità deve dipendere da "infermità" (articoli 88-89). Per quanto riguarda i tossicodipendenti (e gli alcool dipendenti), il principio generale viene ulteriormente derogato. Infatti, gli articoli 93 e 94 danno vita ad una presunzione d'imputabilità in capo a chiunque commette il fatto criminoso sotto l'azione di sostanze stupefacenti volontariamente o abitualmente assunte.

Il codice, attraverso il rinvio agli articoli 91 e 92 operato dall'articolo 93, stabilisce che a escludere o diminuire la punibilità dell'autore di un reato è solo

⁵⁷ F.S. Fortuna, "Tossicodipendenza", cit., p. 743

⁵⁸ Ass. Roma, 30 aprile 1970, Cass. Pen. Sez. I, 7/6/1973, La giustizia penale, 171, I, p. 405. Cfr. anche Durante, "Note ad Ass. Roma 30/4/1970", in La giustizia penale, 1971, I, 405, Cerqueti, "Nota a Cassazione Sez. I, 7/6/1973", in Archivio Penale, 1977, II, 229; A. Regina, "La responsabilità penale per il fatto commesso sotto l'effetto di sostanze psicoattive", in L'indice penale, 1987, pp. 274 e ss.

lo stato d'alterazione psichica dovuta ad un'assunzione accidentale o causata da forza maggiore di sostanze stupefacenti. L'assunzione volontaria di sostanze stupefacenti preordinata alla commissione di un reato rende, quindi, pienamente imputabile l'autore di un reato commesso in condizioni d'alterazione psichica per gli effetti da essa provocati. Per il consumatore abituale è addirittura previsto un aggravamento di pena e, nei suoi confronti, infatti, opera una presunzione legale assoluta: non può neppure dimostrare che l'assunzione di sostanze stupefacenti è dovuto a forza maggiore o a caso fortuito ed è sanzionato con un aumento di pena rispetto a quanto normalmente previsto per il reato commesso come se avesse preordinato il suo stato al fine di commettere un reato (art. 94). La responsabilità è esclusa del tutto o parzialmente, solo per l'autore di un reato la cui capacità d'intendere e volere, causata da un'alterazione permanente dipendente da una cronica intossicazione da stupefacenti, è totalmente esclusa o grandemente scemata al momento della commissione del fatto. Questo è l'unico caso in cui l'assunzione di stupefacenti è paragonata all'infermità e, ai sensi degli articoli 88 e 89 c.p., influisce sull'imputabilità⁵⁹. E' evidente che, dal punto di vista sanitario, questa valutazione è molto diversa da quella alla base della legge del 1975 e che è tutt'ora alla base del T.U. sugli stupefacenti. È certamente difficile conciliare l'idea che solo il tossicodipendente afflitto da un'alterazione permanente delle capacità intellettive dipendente da una cronica intossicazione da stupefacenti è un "infermo" con un meccanismo di esecuzione penale volto a far intraprendere un percorso terapeutico ai semplici assuntori volontari, anche occasionali, di droghe.

Il nodo delle disposizioni codicistiche è rappresentato dal problema della dipendenza, non casualmente non citato dalle norme in materia di imputabilità e, da quello ad esso strettamente connesso della crisi di astinenza i cui peculiari caratteri e le cui problematiche non sembrano essere state prese in considerazione dal legislatore del 1930. La giurisprudenza maggioritaria, attenendosi alla lettera e allo spirito delle disposizioni sull'imputabilità degli assuntori di sostanza stupefacenti, esclude la rilevanza dello stato d'astinenza, non considerandolo un indice univoco della cronica intossicazione da sostanze stupefacenti. Il giudice di legittimità ha distinto tra l'alterazione della volontà e delle capacità intellettive che, transitoriamente, subisce il soggetto tossicodipendente in crisi d'astinenza e la permanente compromissione delle

⁵⁹ M. Pavone, *"L'imputabilità del tossicodipendente"*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2000, fasc. 1 (marzo), pp. 94-95.

facoltà psichiche in ragione della cronica intossicazione da stupefacenti. Sulla base di questa distinzione ha precisato che la crisi di astinenza, seppur può essere considerata una condizione, patologica non provoca un'alterazione dell'equilibrio biologico del soggetto in grado di provocare una permanente alterazione dei processi intellettivi e volitivi. Pertanto la crisi d'astinenza non è configurabile come una malattia mentale e non esclude, quindi, la responsabilità per il reato commesso⁶⁰. La Cassazione ha confermato tale orientamento in più occasioni, chiarendo che, per quanto concerne l'imputabilità, non vi è necessaria coincidenza fra gli stati di tossicodipendenza e la condizione di soggetto cronicamente intossicato da droga, dato che è solo in questo soggetto che l'abuso può influire sulla capacità d'intendere e volere se e in quanto comporta un'alterazione permanente che causa una malattia mentale⁶¹.

Altri hanno sostenuto che, anche se, certamente, la crisi di astinenza è provocata da una condizione biochimica transeunte, non può essere ricondotta all'ipotesi di cui all'art. 95 del codice penale, bensì produce un'infermità in grado di escludere temporaneamente, in tutto o in parte, la capacità d'intendere e di volere ai sensi degli artt. 88 e 89 del codice⁶². Al di là di questa posizione che in qualche modo mira a scardinare l'impianto del codice teso a non considerare rilevante per il vizio di mente la semplice assunzione di stupefacenti, il nodo centrale è se veramente il loro consumo, quando la mancata assunzione provoca una crisi di astinenza, si può considerare volontario e non dovuto a forza maggiore. Un indirizzo dottrinale minoritario ha sostenuto che il tossicodipendente, che non è cronicamente intossicato, deve in generale essere considerato pienamente capace, ma deve essere ritenuto parzialmente o totalmente incapace, quando compie reati, quali il piccolo spaccio (la detenzione finalizzata al commercio illecito di droga), direttamente finalizzati ad assicurargli la disponibilità della sostanza stupefacente di cui "ha bisogno"⁶³.

Questa tesi interpretativa delle norme sull'imputabilità, come vedremo, è sicuramente in linea con la *ratio* delle norme T.U. del 1990 sull'esecuzione penale nei confronti dei tossicodipendenti e in particolare con l'art. 90, che invita a tener conto tanto delle caratteristiche soggettive dell'agente quanto del

⁶⁰ Cass. Sez. I, 18 gennaio 1995 n. 3633, Mazzoni, in Rivista penale, 1996, p. 986.

⁶¹ Cass. Sez. I, 24 gennaio 1992, Miliani, in Cassazione penale, 1993, p. 431.

⁶² S. Bruno, "Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti", in Enciclopedia del diritto, XI, Milano, 1962, p. 432.

⁶³ S. Fortuna, "Vecchi e nuovi problemi in materia droghe", in Giurisprudenza di merito, parte. II, 1980, p. 620.

contesto e della finalità del reato commesso. Essa però contrasta il disegno del codice e apre la strada dell'esclusione della responsabilità per tutti i reati finalisticamente orientati a soddisfare il subitaneo bisogno di droga percepito dal tossicodipendente⁶⁴. Questa linea interpretativa, tuttavia non è mai stata affermata in modo costante e uniforme dalla giurisprudenza che al più è arrivata a ritenere non imputabile un soggetto tossicomane in crisi d'astinenza, responsabile di un reato di danneggiamento commesso a seguito di ripetuti rifiuti di ricovero ospedaliero, non pienamente motivati, da parte di diverse strutture sanitarie, a fronte di una richiesta del medesimo suffragata dal convincimento di voler intraprendere un trattamento terapeutico presso le stesse⁶⁵.

Al contrario, è invece prevalsa la tesi che l'utente della sostanza stupefacente, spinto dalla dipendenza a procurarsi dosi sempre crescenti di droghe deve essere ricondotto nella categoria del consumatore abituale. Questo orientamento trova il proprio fondamento nelle tesi di chi sostiene che il tossicodipendente non perde mai del tutto la capacità di cui all'art. 85 del codice penale, presupposto essenziale per la valutazione della sua responsabilità penale⁶⁶, per cui deve essere considerato non imputabile solo nei casi, rientranti nella sfera applicativa dell'art. 95, in cui manchi del tutto la coscienza della condotta e questa fuoriesca dalla "signoria della volontà"⁶⁷.

La situazione di tossicodipendenza che influisce sulla capacità di intendere e di volere è solo quella che, per il suo carattere ineliminabile e per

⁶⁴ Merita di essere sottolineato che lo "Schema delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale" del 1994, pur non recependo l'auspicio (F. Manna, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1986, p. 1026) dell'introduzione una norma che regolasse il discrimine fra imputabilità e mancanza della capacità di intendere e volere sulla base della dipendenza, psichica e fisica, dalla sostanza stupefacente, cercava proprio di trovare una soluzione per questi reati ritenuti evidentemente eccessivamente penalizzati dalla normativa vigente. L'art. 34 riproduceva, infatti, in sostanza, la stessa impostazione accolta dagli artt. 93 e 95 in ordine alle ipotesi di assunzione accidentale e di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti, richiamate rispettivamente dalle lett. c) e b). Il successivo art. 35, invece, mutava radicalmente la disciplina in tema di intossicazione volontaria o colposa, abolendo l'ipotesi del consumo abituale e distinguendo nettamente l'assunzione di sostanze stupefacenti preordinata al compimento di un reato o per il cui compimento era comunque individuabile l'esistenza di un dolo eventuale, da quella che comporta il compimento di reati al fine di far fronte alla necessità di procurarsi la sostanza. Veniva, infatti, introdotta la responsabilità colposa per quei reati che potevano essere concretamente prevedibile in dipendenza della condizione di alterazione mentale da consumo di droga dell'assuntore. La norma stabiliva che ove il fatto non fosse previsto dalla legge come reato colposo, si sarebbe applicata la pena prevista per la fattispecie dolosa, diminuita da un terzo alla metà. Cfr. Istituto di Diritto Penale dell'Università di Palermo, "Osservazioni sul progetto di legge-delega per nuovo codice penale", in *L'indice penale*, 1994, p. 353.

⁶⁵ Pret. Roma, 26 settembre 1979, *Lancia*, Rassegna di studi penitenziari, 1980, p. 164.

⁶⁶ Su questa linea si schierò per esempio la seconda sezione penale della Corte di Cassazione che, in data 8 aprile 1986, escluse il vizio parziale di mente di un soggetto tossicodipendente che, pur affetto da anomalie del carattere, non presentava condizioni patologiche tali da far scemare grandemente le sue capacità intellettive e volitive, in *Cassazione penale*, 1988, p. 284.

⁶⁷ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 313.

l'impossibilità di guarigione, provoca alterazioni patologiche permanenti, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un'azione strettamente collegata all'assunzione di sostanze stupefacenti, tali da fare apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte a una vera e propria malattia psichica. In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità⁶⁸.

La prevalenza di questo orientamento ha confinato la discussione sull'imputabilità del soggetto tossicodipendente all'interpretazione dell'art. 95 del codice. Il quadro generale è stato delineato dalla nota sentenza della Corte di Cassazione, del 29 ottobre 1987, che espose, per la prima volta con chiarezza, la distinzione tra intossicazione acuta, rilevante solo se accidentale, uso abituale di sostanze stupefacenti ed intossicazione cronica. La Suprema Corte prima mappò la normativa codicistica, osservando che essa distingue tre situazioni tra loro diverse:

intossicazione "acuta", la quale provoca alterazioni transitorie delle facoltà intellettive e volitive dell'agente, attribuendo ad essa rilevanza sotto il profilo degli artt. 88 e 89 del codice, quando sia accidentale e cioè attribuita a caso fortuito o forza maggiore; l'intossicazione derivante dall'uso abituale di sostanze stupefacenti, configurata quale aggravante, alla duplice condizione che l'imputato abbia commesso il delitto sotto l'influenza della droga e sia dedito all'uso di essa, di cui al 3° comma dell'art. 94; l'intossicazione cronica, prevista dall'art. 95 del codice, che il legislatore considera uno stato patologico assimilato all'infermità totale o parziale di cui agli artt. 88 e 89 del codice.

⁶⁸ In particolare, Cass. pen. sez. III, 8 maggio 2007 n. 35872, A., in Cassazione penale 2008, 3, 1055 e in Rivista penale, 2008, 3, p. 284; Cass. pen., Sez. VI, 22 dicembre 1998, Carlini, in Cassazione penale 2000, p. 2641; Sez. VI, 16 dicembre 2002, Borrelli, in C.E.D. Cass., n. 223349; Sez. V, 29 ottobre 2002, Dezi, *ivi*, n. 224661. Il discrimine tra cronica intossicazione da alcool e la semplice ubriachezza abituale è costituito dalla sussistenza di una patologia irreversibile con basi organiche, non collegato necessariamente all'eccessiva assunzione di sostanze alcoliche.

Si segnala, altresì, C. cost., 16 aprile 1998, n. 114, in Cassazione penale, 1998, p. 1909, con nota di AMATO, in cui la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 c.p. sollevata sotto il profilo della loro irragionevolezza e sotto quello della lesione dell'art. 111 Cost. per l'impossibilità di motivazione di un provvedimento giurisdizionale che debba fondarsi sull'impossibile differenziazione delle due fattispecie, ritenendo che, nonostante le difficoltà di identificazione sotto il profilo medico-legale, la distinzione sia concettualmente chiara (poiché fondata sul riscontro della permanenza ed irreversibilità o comunque della non transitorietà dello stato di dipendenza) e la giurisprudenza di legittimità abbia già da tempo fornito in maniera certa e uniforme i presupposti per l'applicazione della norma.

In argomento si v. anche: Cass. pen. sez. IV, 13 febbraio 2007 n. 15218, in Guida al diritto 2007, 20, p. 94 secondo cui "Ai fini dell'esclusione della capacità di intendere e di volere del tossicodipendente, non è sufficiente la condizione generica di tossicodipendenza, ma occorre che l'intossicazione da sostanze stupefacenti sia cronica e abbia prodotto un'alterazione psichica permanente, ossia una psicopatologia stabilizzata non strettamente correlata all'assunzione di sostanze psicotrope". Si veda anche: Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 1989, Bonucci, in La Giustizia penale 1991, II, p. 46; Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1987, Pacilio, in Cassazione penale 1989, p. 589.

Alla luce di questa tripartizione la Corte rimise l'individuazione della linea di demarcazione tra l'ipotesi del consumo abituale e quella dell'intossicazione cronica agli accertamenti medici da condursi sul consumatore. Data la delicatezza delle indagini necessarie "per discernere i due stadi in quanto l'uso di sostanze stupefacenti protratto nel tempo conduce, nella maggior parte dei casi, all'intossicazione, anche se le due situazioni sono ben distinte", la Corte riconobbe che, già nello stadio psicopatologico iniziale od intermedio, connesso all'assunzione di stupefacenti, possono verificarsi casi di alterazioni permanenti della capacità di intendere e volere, che a loro volta possono entrare in relazione con la commissione di reati compiuti per reperire la droga⁶⁹.

Questa decisione aprì un piccolo spiraglio per indebolire l'impostazione del legislatore del 1930 che aveva accolto la massima di comune esperienza che distingue lo stato di tossicodipendenza dalla cronica intossicazione da sostanze stupefacenti ed esclude l'imputabilità nel solo caso in cui sia accertato, previa perizia psichiatrica, l'esistenza di una patologia capace di alterare permanentemente la capacità di intendere e volere del reo⁷⁰. Essa sembrò, infatti, recepire, almeno parzialmente, quegli orientamenti che suggerivano di valutare l'imputabilità dell'autore di un reato, abitualmente dedito a, o cronicamente intossicato da, sostanze stupefacenti, lasciando libero il giudice di stabilire nel caso concreto l'esclusione o la diminuzione della capacità di cui all'art. 85 del codice⁷¹. Parte della dottrina sottolineò che la decisione della Corte permetteva di superare l'impostazione codicistica, basata sulla presunzione legale assoluta ascrivente *sic et simpliciter* la piena capacità di intendere e volere al consumatore abituale di stupefacenti non affetto da una patologia permanente, che impediva di valutare i procedimenti volitivi dell'autore di un reato, consumatore abituale di sostanze stupefacenti. La decisione della Cassazione, secondo questi autori, ovviava alla mancanza di una norma che imponesse al giudice di accertare, per mezzo di perizia psichiatrica⁷², la sussistenza di un disturbo mentale, sia pur transeunte, nel

⁶⁹ Cass. Sez. I, 29 ottobre 1987, Pacilio, in Cassazione penale, 1989, p. 589. Si legge in motivazione: "La linea di demarcazione tra l'uso abituale e l'intossicazione cronica da sostanze stupefacenti, sebbene problematica, deve essere individuata sulla base dei dati della scienza medica, il che comporta che occorrono accurate indagini per discernere i due stadi in quanto l'uso di sostanze stupefacenti protratto nel tempo conduce, nella maggior parte dei casi, all'intossicazione, anche se le due situazioni sono ben distinte..."

⁷⁰ Trib. Roma, 8 aprile 1981, Lucaccini, in Rivista italiana di Medicina Legale, 1981, p. 1073.

⁷¹ G. Vassalli, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in L'indice penale, 1986, p. 560.

⁷² Come è stato sottolineato (M. Pavone, *op. cit.*, p. 100) l'utilizzo degli strumenti d'accertamento peritali per verificare in sede processuale l'imputabilità tutela anche il diritto alla difesa costituzionalmente garantito.

soggetto tossicodipendente sottoposto al suo giudizio⁷³, consentendo così di tener conto della condizione di soggetto tossicodipendente, accertata per mezzo degli esperimenti peritali, e di disporre nei suoi confronti l'attenuazione di pena prevista dall'art. 89 del codice⁷⁴. L'accertamento peritale cui la Corte attribuiva grande rilevanza consentirebbe in altre parole di superare la disparità di trattamento che, in contrasto con il principio fissato dall'art. 24 Cost., grava sull'imputato tossicodipendente, costretto a soddisfare l'onere probatorio relativo alla causa della sua incapacità d'intendere e volere di là da un accertamento giudiziale⁷⁵.

2.3.1. *La misura di sicurezza per il tossicodipendente non imputabile*

Merita di essere sottolineato che la prospettiva di essere riconosciuto non imputabile, oggi, è sul piano terapeutico molto importante per il tossicodipendente. L'evoluzione della normativa sulle misure di sicurezza configura, infatti, in modo totalmente diverso, rispetto all'originaria normativa codicistica, le conseguenze di una dichiarazione di non imputabilità, anche laddove il tossicodipendente, come è probabile in virtù del suo stato, fosse ritenuto socialmente pericoloso. Il meccanismo originario, tracciato dagli articoli 199 e ss. del codice penale, prevedeva, come è noto, un automatismo giudiziale che poggiava sulla presunzione di pericolosità disposta a carico del soggetto ritenuto, con provvedimento definitivo di condanna o di internamento, pericoloso socialmente. Le sentenze della Corte Costituzionale, n. 9 del 1982⁷⁶ e n. 249 del 1983⁷⁷, e, in virtù di una deroga espressa, l'art. 31 della legge n. 663 del 1986, che ha abrogato l'art. 204 del codice penale, hanno eliminato la presunzione legale assoluta. Il 2° comma dell'art. 31, legge 663/86, fa sì che tutte le misure di sicurezza personali che limitano la libertà del soggetto autore di un reato e del tutto incapace, o parzialmente capace, di intendere e volere, sono ordinate previo accertamento, da parte del giudice procedente o del magistrato di sorveglianza, da compiersi in concreto al momento dell'applicazione, che chi ha commesso il fatto è una persona socialmente pericolosa.

⁷³ Sul punto cfr. Cass. Sez. VI, 27 novembre 1985, Cognoni, in *La giustizia penale*, 1987, II, p.52.

⁷⁴ G. Vassalli, *“L'imputabilità del tossicodipendente”*, *L'indice penale*, 1986, p. 537.

⁷⁵ M. Pavone, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁶ In *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, p.56

⁷⁷ In *Foro italiano*, 1983, I, p.2337

Nell'ipotesi di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti, di cui all'art. 95 del codice, è necessario accertare se il consumo abusato di una sostanza illecita, abbia causato nel soggetto agente, responsabile di un reato, l'insorgere di una patologia permanente in grado di condizionare le sue capacità intellettive e volitive in misura parziale o totale. In quest'ultimo caso interviene una pronuncia giudiziale di assoluzione che dispone il proscioglimento del soggetto in ragione della sua non imputabilità, ai sensi dell'art. 88 del codice penale. Il giudice che, in base alle circostanze del reato e alla capacità a delinquere dell'autore del fatto, avesse ritenuto il soggetto prosciolto persona socialmente pericolosa doveva provvedere, secondo quanto dispone l'art. 222 c.p., ad ordinare il suo ricovero presso un ospedale psichiatrico giudiziario. Laddove, invece, il soggetto cronicamente intossicato da sostanze stupefacenti è condannato, per un delitto non colposo, a pena diminuita in ragione della sua parziale infermità mentale ed è persona pericolosa socialmente, l'art. 219 c.p. prevede il ricovero presso una casa di cura e custodia.

Nell'ipotesi di condanna, se il soggetto giudicato responsabile di un delitto commesso sotto l'influsso di sostanze stupefacenti è ritenuto, ai sensi dell'art. 94 del codice penale, abitualmente dedito all'uso di tali sostanze, l'art. 221 c.p. prevede il ricovero in una casa di cura e custodia in luogo di una condanna ad una pena detentiva superiore ai tre anni. Nel caso in cui sia comminata una condanna detentiva per un delitto non colposo, non superiore a tre anni, il giudice può considerare la possibilità di sostituire la misura di sicurezza contenitiva con la libertà vigilata.

Su questo quadro normativo è intervenuta la Corte Costituzionale. In un primo momento la Corte (n. 9/1982 e n. 249/1983) ha subordinato l'applicazione delle misure di sicurezza al sussistere della pericolosità al momento della loro applicazione (anche se si tratta di applicazione provvisoria)⁷⁸. In coerenza con le disposizioni e lo spirito del T.U. del 1990 si deve ritenere che non sia pericoloso il tossicodipendente che ha ultimato con successo e si è sottoposto ad un programma di disintossicazione. Per cui in questi casi non dovrebbe sussistere la pericolosità e quindi, a fronte di una sentenza di proscioglimento, non si dovrebbe dare luogo alcuna misura di sicurezza. La successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 18

⁷⁸ L'art. 206 c.p. consente di ricoverare provvisoriamente, non oltre il tempo della durata minima della misura applicata, presso un ospedale psichiatrico giudiziario od una casa di cura e custodia il soggetto tossicodipendente o cronicamente intossicato da droga, secondo le modalità disposte degli artt. 312 e 313 del codice di procedura penale.

luglio 2003⁷⁹ ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 222 c.p. “nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”. Questa sentenza dovrebbe consentire oggi al tossicodipendente che intenda intraprendere un programma terapeutico di vedersi applicare una libertà vigilata con un programma con contenuto terapeutico che può essere un programma comunitario o domiciliare analogo a quelli che si danno agli affidati.

⁷⁹ In Cassazione penale, 2003, p.3697

CAPITOLO TERZO

CARCERE E TOSSICODIPENDENZA

SOMMARIO: 3. CARCERE E TOSSICODIPENDENZA - 3.1. LO SPECIALE REGIME DETENTIVO PER I TOSSICODIPENDENTI: LA PARABOLA DEGLI I.C.A.T.T. - 3.2. REALTÀ E PROBLEMI DELL'ASSISTENZA TERAPEUTICA AI TOSSICODIPENDENTI RECLUSI. - 3.3. LA RIFORMA DELLA SANITA' PENITENZIARIA.

3. Carcere e tossicodipendenza

Dal quadro normativo tratteggiato emerge chiaramente come l'intento del legislatore, dal 1975 in poi, sia stato quello di rendere la presenza dei tossicodipendenti in carcere del tutto marginale e residuale. La strategia incentrata su criminalizzazione della diffusione delle droghe e sfruttamento delle sanzioni che colpivano i suoi utenti per avviare i percorsi terapeutici si è però costantemente mostrata fallimentare ai fini del conseguimento di un'effettiva decarcerizzazione dei tossicodipendenti. Come detto, la loro presenza in carcere è cresciuta costantemente in modo esponenziale e dall'inizio degli anni 1990 del secolo scorso i tossicodipendenti hanno rappresentato ogni anno circa un terzo della popolazione detenuta, che a sua volta è cresciuta in maniera vertiginosa fino a sfiorare oggi i settantamila detenuti.

INGRESSI, DETENUTI PRESENTI, DETENUTI TOSSICODIPENDENTI (T.D.) IN NUMERI ASSOLUTI E PERCENTUALI ALLA LUCE DEGLI INTERVENTI NORMATIVI¹						
<i>Anni</i>	<i>Ingressi</i>	Presenze (al 31/12)	<i>Var. pres.</i>	T.d.	% T.d.	<i>Interventi normativi</i>
1990	64.722	29.133				<i>DPR 309/90 (T.U. Stupefacenti); L. 39/1990 (martelli)</i>
1991	75.786	35.469	6.336	11.540	32,53%	
1992	93.328	47.316	11.847	14.818	31,31%	
1993	98.119	50.348	3.032	15.135	30,06%	<i>Referendum abrogativo criminalizzazione uso personale</i>
1994	98.245	51.165	817	14.742	28,81%	
1995	88.415	46.908	-4.257	13.488	28,75%	<i>L. 332/95 (conversione Decreto Biondi sulla custodia cautelare)</i>
1996	87.649	47.709	801	13.859	29,04%	
1997	88.305	48.495	786	14.074	29,02%	

¹ Tabella elaborata sulla base dei dati forniti dal D.A.P.
http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

1998	87.134	47.811	-684	13.567	28,37%	<i>L. 165/98 (Simeone-Saraceni); D.Lgs 286/1998 (T.U. Immigrazione)</i>
1999	87.862	51.814	4.003	15.097	29,13%	
2000	81.397	53.165	1.351	14.440	27,16%	
2001	78.649	55.275	2.110	15.442	27,93%	
2002	81.185	55.670	395	15.429	27,82%	<i>L. 189/2002 (Bossi-Fini)</i>
2003	81.790	54.237	-1.433	14.501	26,73%	<i>L. 207/2003 (Indultino)</i>
2004	82.275	56.068	1.831	15.558	27,74%	
2005	89.887	59.523	3.455	16.135	27,10%	<i>L. 251/2005 (ex-Cirielli)</i>
2006	90.714	39.005	-20.518	8.363	21,44%	<i>L. 241/2006 (Indulto); L. 49/2006 (Fini-Giovanardi)</i>
2007	90.441	48.693	9.688	13.424	27,56%	
2008	92.900	58.127	9.434	14.743²	26,77%³	
2009	88.066	64.791	6.670	n.r.	n.r.	
2010	44.140 ⁴	69.155	4.364	n.r.	n.r.	

Questa tabella mostra chiaramente che negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del T.U. del 1990 la curva di crescita della popolazione carceraria, ed in particolare dei detenuti tossicodipendenti, subisce un'impennata. Fra il 1990 ed il 1992, i detenuti presenti all'interno circuito penitenziario quasi raddoppiano: passando da poco meno di 26 mila del 1989 ad oltre 47 mila. I tossicodipendenti aumentano nella stessa proporzione da poco più di 7 mila arrivano a sfiorare le 15 mila unità. Nel 1991 32,5%, cioè quasi un terzo, dei detenuti presenti negli istituti di pena italiani, sono assuntori di sostanze stupefacenti. Questa resterà la più alta percentuale mai registrata di utenti della droga ristretti in prigione: da allora in poi essa si stabilizzerà poco sotto al 30% fino al 1998, anno in cui l'entrata in vigore del meccanismo automatico di sospensione pena porterà ad abbassare la percentuale dei tossicodipendenti, facendola stabilizzare intorno al 27%.

E' indubbio quindi che il capovolgimento dell'atteggiamento verso chi faceva uso di droga, voluto dal legislatore dispieghi i suoi effetti diretti e soprattutto

² Al 30 giugno, ultimo rilevamento reso noto dal D.A.P. sulla presenza dei tossicodipendenti in carcere.

³ I detenuti presenti al 30 giugno erano 55.057, la percentuale di tossicodipendenti si riferisce a quella data.

⁴ Dato riferito al primo semestre, il D.A.P. non ha ancora fornito quello relativo all'intero anno.

indiretti⁵: l'apparato penale recepisce il messaggio che tanto il traffico di stupefacenti quanto la condizione di tossicodipendenza va sanzionata duramente. Analizzando l'andamento dei tassi di cancerizzazione a livello nazionale e internazionale si è, infatti, sostenuto da più parti⁶ che sull'andamento della popolazione detenuta influisce, oltre e più delle singole modifiche del quadro normativo di riferimento, il processo di criminalizzazione primario, cioè il modo in cui il sistema, complessivamente inteso (e quindi ricomprendendo in esso le valutazioni discrezionali della magistratura e delle altre agenzie repressive e preventive), interpreta la domanda di rassicurazione dalla criminalità proveniente dal tessuto sociale e recepita dal legislatore⁷.

Più che i percorsi di decarcerizzazione tratteggiati dal T.U. rileva la scelta di ripristinare il rigore punitivo della legislazione del 1954, sanzionando la detenzione di una sostanza indicata, come illecita, nelle tabelle allegate alla legge n. 162 del 26 giugno 1990. Anche l'esito della consultazione referendaria del 18 aprile 1993, come accennato fu, di fatto, neutralizzato dall'atteggiamento del legislatore, come mostra il fatto che alla data del 31 dicembre 2001, risultavano detenuti per uno dei reati di cui all'art. 73 del T.U. del 1990, poco meno del 40% del totale dei detenuti presenti nei carceri italiani, dei quali, a sua volta circa il 40%, vale a dire 7.480 su 20.295 detenuti, erano tossicodipendenti. Sempre all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, parallelamente alla criminalizzazione dei tossicodipendenti, il legislatore dà inizio alla politica di criminalizzazione dei migranti non comunitari che entrano nel territorio nazionale senza i richiesti visti amministrativi. Anche questa politica mostra i suoi effetti: il 31 dicembre 2001 gli stranieri non comunitari in carcere erano 16.294, circa il 25% del totale, di questi più del 50% erano detenuti per uno dei reati di cui all'art. 73 del T.U. del 1990⁸.

Queste considerazioni sono asseverate dai dati, parzialmente diversi riportati nella Relazione al Parlamento del 2010 del Senatore Carlo Giovanardi⁹, Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega alle politiche per la

⁵ Le norme incriminatrici del T.U. del 1990 incidono in maniera diretta soprattutto per l'aumento delle pene che esse prevedono, infatti, nel decennio successivo l'aumento dei detenuti sembra dovuto soprattutto all'aumento della lunghezza delle pene, in questo periodo, infatti, il numero d'ingressi dalla libertà non ha registrato lo stesso vertiginoso incremento ma si è mantenuto su parametri quantitativi analoghi a quelli del decennio precedente.

⁶ M. Tonry, N. Morris, *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, vol. 2, University of Chicago Press, Chicago, 1999; D. Melossi, "Immigrazione e devianza: osservazioni su identità e controllo sociale nella costruzione di una "nuova" democrazia europea", in *Dei delitti e delle pene*, 1993, fasc. 3 (dicembre), pp. 7-17.

⁷ M. Pavarini, "Bisogni di sicurezza e politica criminale", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1994, fasc. 4 (ottobre), pp. 435-462.

⁸ Dati D.A.P.

⁹ <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf>

famiglia, al contrasto delle tossicodipendenze e al servizio civile. In essa si trova la “Tabella I.4.1: Ingressi di soggetti negli istituti penitenziari, soggetti in carcere con problemi socio-sanitari droga correlati, detenuti assistiti dai Ser.T. e detenuti per reati DPR 309/90. Anni 2002 – 2009”¹⁰ di seguito riprodotta:

Anno	Totale ingressi	Soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati	Ingressi per art. 73 DPR 309/1990	Detenuti in carico ai Ser.T.	Affidati ex art. 94 DPR 309/90
2002	81.185	24.356	24.959	16.661	3.189
2003	81.790	23.719	21.765	18.392	3.109
2004	82.275	24.683	21.392	19.805	3.058
2005	89.887	25.168	25.921	17.105	3.329
2006	90.714	24.493	25.399	18.075	2.799
2007	90.441	24.371	26.985	15.790	982
2008	92.800	30.528	28.865	16.798	1.382
2009	88.066	25.180	28.369	17.166	2.047

Da questa tabella emergono molti dati rilevanti. In primo luogo la percentuale degli ingressi per violazione in carcere dell’art. 73 T.U. sul totale degli ingressi in carcere. La tabella si limita a riportare i numeri assoluti che sono già impressionanti, ma i calcoli sono presto fatti: gli ingressi per violazione dell’art. 73 rappresentano il 30,74% degli ingressi nel 2002; il 26,61% nel 2003; il 26% nel 2004; il 28,83% nel 2005; il 28,16% nel 2006 (anno dell’indulto); il 29,83% nel 2007; il 32,89 nel 2008 e il 28,59% nel 2009. Dati dai quali emerge che la riforma del 2006, e ha invertito un trend decrescente e che, come mostrano i dati del 2005, il sistema penale era già stato influenzato dal clima che l’ha prodotta.

Il secondo dato preoccupante che emerge è quello dei soggetti detenuti con problemi socio-sanitari droga correlati e di quelli in carico ai Ser.T. entrambi superiori ai soggetti che il D.A.P. nelle sue statistiche indica come tossicodipendenti reclusi. Che i soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati siano più di quelli considerati tossicodipendenti può apparire normale data l’ampiezza della nozione di “problemi socio-sanitari droga correlati”, mentre il fatto che i soggetti reclusi che per il D.A.P. sono tossicodipendenti siano meno dei detenuti in carico ai Ser.T. deriva dalla già ricordata patologica discrasia dei modi di rilevazione dello stato di tossicodipendenza. La tabella

¹⁰ La tabella si trova a p. 117 della Relazione. Fonti a cui la relazione rinvia: Per le prime tre colonne, cioè “Totale ingressi”, “Soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati” e “Ingressi per art. 73 DPR 309/1990” Ministero della giustizia – Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato; per la quarta colonna “Detenuti in carico ai Ser.T.”, Ministero della salute – Direzione generale prevenzione Sanitaria; per l’ultima colonna “Affidati ex art. 94 DPR 309/90”, Ministero della giustizia – Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria – Direzione generale dell’esecuzione penale esterna.

contenuta nella relazione di Giovanardi non contiene il dato dei detenuti presenti in carcere, se incrociamo questo dato con quello dei “soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati” e quello dei “detenuti in carico ai Ser.T.” viene fuori un quadro delle condizioni sanitarie della popolazione carceraria ancora più allarmante.

Anno	Presenze	Soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati e loro percentuale su popolazione detenuta	Detenuti in carico ai Ser.T. e loro percentuale su popolazione detenuta	Percentuale detenuti tossicodipendenti secondo il D.a.P.
2002	55.670	24.356 (43,68%)	16.661 (29,92%)	27,82%
2003	54.237	23.719 (43,73%)	18.392 (33,91%)	26,73%
2004	56.068	24.683 (44,02%)	19.805 (35,32%)	27,74%
2005	59.523	25.168 (42,28%)	17.105 (28,73%)	27,10%
2006	39.005	24.493 (62,79%)	18.075 (46,34%)	21,44%
2007	48.693	24.371 (50,05%)	15.790 (32,42%)	27,56%
2008	58.127	30.528 (52,51%)	16.798 (28,89%)	26,77% ¹¹
2009	64.791	25.180 (38,86%)	17.166 (26,49%)	n.r.

I dati dei soggetti in carico ai Ser.T. non sembrano indicare alcuna chiara tendenza, mentre se si guarda ai detenuti con problemi socio-sanitari droga correlati le percentuali relative all’impatto della riforma della normativa è devastante: la percentuale di questi soggetti, che nei precedenti quattro anni era stata comunque elevatissima, oscillando tra il 42 e il 44%, balza oltre il 62%¹² per poi collocarsi nei due anni successivi sopra il 50%. Poi, come sempre accade, nel sistema penale¹³, scatta una oscura e mai studiata reazione

¹¹ I detenuti presenti al 30 giugno erano 55.057, la percentuale di tossicodipendenti si riferisce a quella data.

¹² Questo dato è ancora più impressionante se si considera che l’indulto dovrebbe aver fatto uscire dal carcere molti soggetti tossicodipendenti che di solito non hanno pene molto alte.

¹³ Questi fenomeni di autocorrezioni apparentemente inspiegabili del sistema penale sono frequentissimi, basti pensare che nei primi sei mesi del 2010 (come era avvenuto nei primi sei mesi del 2009) la popolazione penitenziaria cresceva ogni mese di quasi mille unità, passando da 64.971 detenuti a 68.258 (nei primi sei mesi del 2009 era passata dal 58.127 a 63.630) facendo temere che il sovraffollamento raggiungesse un livello tale da provocare una crisi umanitaria nelle carceri. Arrivati però alla soglia (psicologica?) dei 70.000 detenuti, come era accaduto nell’anno precedente, la crescita si è improvvisamente bloccata, senza che sia intervenuta alcuna variazione normativa. Se nel 2009 questo blocco aveva comportato un aumento nei secondi sei mesi dell’anno di soli 1.161 detenuti, nel 2010 nel secondo c’è stato addirittura un decremento di poco meno di 300 detenuti. Tanto che il disegno di legge sulla detenzione domiciliare che prima dell’estate sembrava dovesse essere adottato in via di urgenza e in una formula che consentisse la scarcerazione di alcune migliaia di detenuti, è stato approvato con tutta calma solo a dicembre e con una formulazione che sta consentendo la scarcerazione di poche centinaia di soggetti. Per sapere se il leggero decremento è a lui imputabile è necessario aspettare i dati sull’aumento delle detenzioni domiciliari.

omeostatica per cui la percentuale crolla nel 2009 al dato più basso in assoluto¹⁴.

Questa situazione rende importantissime quelle norme sul trattamento dei tossicodipendenti in carcere introdotte nel 1975, all'epoca, come abbiamo visto, molto osteggiate da dottrina e amministrazione penitenziaria, e poi ridefinite, come accennato, dagli articoli 95 e 96 T.U. del 1990 lasciati inalterati dalla riforma del 2006¹⁵.

3.1. Lo speciale regime detentivo per i tossicodipendenti: la parabola degli I.C.A.T.T.

Alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, l'Amministrazione penitenziaria fu costretta a rivedere il suo sdegnoso rifiuto di dare attuazione alla previsione del 2° comma dell'art. 84, legge 685/75 e inizia a sperimentare un trattamento differenziato per i soggetti tossicodipendenti detenuti all'interno di sezioni all'uopo dedicate ricavate in strutture penitenziarie comuni (presto denominate Sezioni aperte per il trattamento dei tossicodipendenti - Se.A.T.T.), ovvero presso istituti penitenziari interamente adibiti a questa funzione (denominati Istituti a custodia attenuata per il trattamento delle tossicodipendenze - I.C.A.T.T.). Il cambio di atteggiamento non fu dovuto solo alla crescita esponenziale dei detenuti tossicodipendenti ma anche al fatto che questo fenomeno era tragicamente amplificato dal sopravvenire della diffusione dell'AIDS e delle infezioni correlate al virus dell'HIV.

Per gestire gli effetti esplosivi che l'immissione nell'ambiente carcerario di soggetti tossicodipendenti poteva provocare, l'Amministrazione penitenziaria nell'autunno del 1989 dà vita all'esperimento presso la II Casa Circondariale di Firenze (più tardi dedicata alla memoria di Mario Gozzini), "Solliccianino". Questa soluzione mira a definire un modello di esecuzione differenziata della pena per i soggetti tossicodipendenti presso appositi istituti o reparti carcerari predisposti *ad hoc*, nei quali offrire un trattamento terapeutico e orientato al recupero sociale. Lo strumento utilizzato per dare concretezza operativa

¹⁴ Questo dato, visto che comunque il numero dei soggetti con problemi socio-sanitari correlati alla droga è il più alto in assoluto dopo quello del 2008, trova, sicuramente, spiegazione anche nelle nuove norme che hanno accentuato la carcerazione di alcune altre categorie di soggetti.

¹⁵ Nel 2006 è stato introdotto solo il comma 6 *ter* dell'articolo 96 T.U. che dispone sulla copertura finanziaria per i trattamenti non carcerari dei minori tossicodipendenti sottoposti a misura penale.

all'esperimento è quella della convenzione con le competenti autorità regionali e provinciali e con le autorità sanitarie indicate dall'art. 92 della legge 685/75.

Il protocollo da cui prende vita l'esperienza fiorentina era stato sottoscritto dalla Direzione Generale degli Istituti di Prevenzione e Pena, presso il Ministero di grazia e giustizia, e dalla regione Toscana, dalla provincia e dal comune di Firenze il 15 giugno del 1989 e fu utilizzato come base per la stipula di protocolli istitutivi di strutture a custodia attenuata, regolamentate in modo strutturale a seguito dell'emanazione del D.P.R. 309/90. Infatti, sotto la pressione ancora una volta dell'emergenza, neanche un anno dopo l'avvio di questo esperimento, il legislatore con il T.U. del 1990 riprende la normativa della legge 685/75 e la completa e perfeziona, dettando le linee guida relative alla predisposizione di uno speciale trattamento penitenziario per i tossicodipendenti, individuati come una categoria di utenti del carcere bisognosi di un'assistenza sanitaria specialistica da svolgere in reparti o sezioni predisposti *ad hoc*, che già l'amministrazione penitenziaria, nel dar vita all'esperienza di Solliccianino, aveva definito a "custodia attenuata".

Merita di essere sottolineato che questa sperimentazione viene inquadrata dall'Amministrazione penitenziaria non nell'ambito della legge 685/75, ormai chiaramente al tramonto, ma in quello dell'attuazione, fino a quel momento considerata fallimentare, dell'Ordinamento penitenziario che prevedeva la modulazione dell'esecuzione della pena detentiva sulla scorta delle necessità di trattamento emerse dai risultati dell'osservazione "scientifica" della personalità dei detenuti. Chiara testimonianza che la legittimazione giuridica delle strutture a trattamento penitenziario differenziato, e in particolare a "custodia attenuata", viene tratta dall'Ordinamento penitenziario è il fatto che alla prima pagina del protocollo d'intesa stipulato tra l'Amministrazione penitenziaria, la regione Toscana e gli Enti locali fiorentini nel giugno del 1989, per dare vita al primo progetto I.C.A.T.T., i contraenti facevano riferimento ad un "positivo spirito di collaborazione finalizzato a promuovere concrete condizioni per l'effettiva attuazione dei principi affermati dalla L. 354/75 – così come innovata dalla L. 663/86 – e dal regolamento di esecuzione approvato con il D.P.R. 431/76"¹⁶, senza menzionare la legge 685.

¹⁶ Protocollo d'intesa del 15 giugno 1989, stipulato dalla Direzione Generale degli Istituti di Prevenzione e Pena, presso il Ministero di grazia e giustizia, e la regione Toscana, la provincia e il comune di Firenze, p. 1.

A detta dei promotori¹⁷, la nuova realtà penitenziaria dava concretezza all'“individualizzazione del trattamento” prevista dall'art. 13 o.p. costituendo una prima realizzazione di quanto previsto dai successivi articoli 14, 42 e 64 o.p., in tema di specializzazione degli interventi trattamentali e diversificazione tipologica delle strutture penitenziarie in base alle caratteristiche degli utenti. Il 1° comma dell'art. 14 o.p. dispone che “Il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e, comunque, tale da favorire l'individualizzazione del trattamento”¹⁸. L'art. 64 o.p. dispone che “i singoli istituti devono essere organizzati con caratteristiche differenziate in relazione alla posizione giuridica dei detenuti e degli internati e alle necessità di trattamento individuale o di gruppo degli stessi”. Il 2° comma dell'art. 14 o.p., specificando i criteri da impiegare per la destinazione dei detenuti agli istituti ed alle sezioni, stabilisce che le assegnazioni sono disposte con riguardo, oltre che alle esigenze di sicurezza e alla necessità di facilitare i colloqui con i familiari, “alla possibilità di procedere ad un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche”¹⁹. Sulla base di queste norme si immaginava di costruire un ventaglio di tipologie di strutture detentive. Ad un estremo di questo ventaglio dovevano stare gli istituti destinati a ricevere i soggetti caratterizzati da un indice di pericolosità rilevante, da sottoporre al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-*bis* o.p., la vita nei quali sarebbe stata caratterizzata dal prevalere delle esigenze contenitive su quelle trattamentali. L'estremo opposto avrebbe dovuto essere rappresentato dalle strutture a custodia attenuata in cui collocare soggetti detenuti che, sulla base del titolo di reato, del fine pena, della carriera detentiva pregressa (ammessi, ad esempio, ad usufruire dei permessi premio *ex art. 30-ter* o.p.), richiedono una sorveglianza minima o, comunque, tale da consentire lo svolgimento dell'attività

¹⁷ M. G. Grazioso, “Solliccianino”: *prima esperienza italiana di struttura penitenziaria a custodia attenuata per detenuti tossicodipendenti*, in *Bion, Bollettino Informativo dell'Osservatorio Nazionale*, n. 2, agosto 1993, p. 52. L'autrice è la fondatrice e, dall'autunno del 1989 ad oggi, la direttrice del progetto I.C.A.T.T. realizzato presso la II Casa Circondariale “Mario Gozzini” di Firenze.

¹⁸ Questa disposizione trovava riscontro nell'art. 31 (*Raggruppamento nelle sezioni*) dell'allora Regolamento di esecuzione (D.P.R. 431/76) che disponeva che “gli istituti penitenziari, al fine di attuare la distribuzione dei condannati e degli internati secondo i criteri indicati nel secondo comma dell'art. 14 della legge, sono organizzati in modo da realizzare nel loro interno suddivisioni in sezioni che consentano raggruppamenti limitati di soggetti”.

¹⁹ A livello internazionale, già le regole minime per il trattamento dei detenuti ONU del 1955, all'art. 63, comma 1, lett. c, prospettavano un sistema penitenziario in cui i detenuti, ripartiti per gruppi, erano destinati ad istituti distinti, sotto il profilo della sicurezza, in ragione del diverso trattamento penitenziario di cui abbisognavano. Le regole penitenziarie europee, adottate dal Consiglio d'Europa nel 1973, all'art. 64 postulavano l'individualizzazione del trattamento da adottare in seno ad istituti differenziati in termini di sicurezza. Analogamente, le reg. min. ONU accolte nel 1985, successivamente recepite dal Consiglio d'Europa nel 1987, all'art. 13 richiamano la differenziazione degli istituti ed, in ordine a questi, prevedono all'art. 67 che l'esecuzione dei detenuti debba avvenire secondo regimi penitenziari diversificati.

trattamentale senza troppi condizionamenti da parte delle esigenze custodiali. Questo disegno trovava la propria definitiva consacrazione, sul piano normativo, nella disposizione del 1° capoverso dell'art. 16 o.p. secondo cui “in ciascun istituto il trattamento penitenziario è organizzato secondo le direttive che l'amministrazione penitenziaria impartisce con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti ed internati ivi ristretti”.

Per far funzionare questo sistema si pensava di attribuire al circuito detentivo ordinario soprattutto la funzione di luogo in cui vagliare i detenuti per determinare il circuito differenziato a cui devono essere assegnati. Anche questo ruolo sostanzialmente residuale di quegli istituti che fino ad allora avevano rappresentato la pressoché totalità delle strutture detentive trovava fondamento in una previsione normativa, l'allora Regolamento di esecuzione della L. 26 luglio 1975, numero 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà approvato con Decreto Presidente Repubblica 29 aprile 1976, n. 431, che al suo art. 30 (*Assegnazione dei detenuti e degli internati agli istituti*) disponeva che i condannati e gli internati, all'inizio dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, fossero “provvisoriamente assegnati” in un istituto destinato all'esecuzione del tipo di pena o di misura cui sono stati sottoposti, situato nell'ambito della regione di residenza (comma 1), dove venissero espletate le attività di osservazione “scientifica” della personalità previste dall'art. 13 della legge (comma 2) e che, sulla base di esse, si procedesse alla formulazione del programma di trattamento individualizzato e venisse “disposta l'assegnazione definitiva”.

Attuando i principi innovati dell'Ordinamento Penitenziario, la creazione del circuito detentivo differenziato a “custodia attenuata”, da un lato, si proponeva di dar vita ad una realtà carceraria che puntava a ricostruire un significativo collegamento fra il detenuto e il contesto territoriale nel quale doveva essere reinserito²⁰. Dall'altro voleva rispondere sollecitazioni dello stesso ordinamento penitenziario verso il perseguimento dell'obiettivo di assegnare alla pena detentiva una prospettiva più umanizzante e presentare una nuova realtà detentiva in cui il trattamento penitenziario fosse “finalizzato”²¹ a restituire al

²⁰ M. G. Grazioso, *“La sperimentazione trattamentale negli Istituti a - custodia attenuata - prospettive e problematiche”*, D.A.P., Roma, 1989-90, pp. 15-16.

²¹ Il riferimento era al 1° comma dell'art. 1, legge 354/75. Parte della dottrina, considerando come ordinate gerarchicamente le caratteristiche che secondo l'art. 27 3° della Costituzione deve rivestire la pena, “non consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” e “tendere alla rieducazione del condannato”, sottolineava che il rispetto della dignità dell'individuo limitato nella propria libertà personale, in forza di un provvedimento giudiziale di condanna ad una pena

condannato in primo luogo la propria dignità. Grazie alla differenziazione dei circuiti il carcere ambiva dunque a dismettere il carattere di organismo meramente custodiale all'interno del quale adottare misure trattamentali strumentali al reinserimento sociale del deviante. Sulla carta la valorizzazione del principio della differenziazione degli istituti di pena e del trattamento in essi praticato, in relazione al grado di sicurezza richiesto dalle diverse tipologie dei detenuti, doveva consentire di creare articolazioni custodiali in cui le modalità trattamentali potessero rispondere in maniera adeguata alle problematiche sociali e personali omogenee. Grazie ad essa gli operatori penitenziari, dell'area custodiale e quelli dell'area educativa, avrebbero potuto trovare le condizioni ambientali ed operative ideali, per dar vita al trattamento rivolto tanto ad umanizzare le condizioni della detenzione quanto a favorirne il reinserimento sociale. La differenziazione inoltre avrebbe potuto consentire di allocare le risorse operative, finanziarie e strumentali, secondo le diverse esigenze della popolazione detenuta e, di conseguenza, del contesto sociale esterno.

Poiché i dati statistici sui detenuti tossicodipendenti evidenziavano drammaticamente l'apparire di nuova tipologia di detenuto, il consumatore di sostanze stupefacenti, per lo più incensurato, compreso tra i diciotto e i trenta anni, gli I.C.A.T.T. furono riservate all'espiazione della pena di una particolare porzione di utenti dell'universo carcerario, i "giovani-adulti" (compresi entro una fascia di età tra i diciotto e i trent'anni) con problemi di dipendenza. Ciò che li distingueva, rispetto al normale circuito detentivo era il fatto che al loro interno, le istanze di sicurezza cedevano almeno parzialmente il passo alle esigenze terapeutico-trattamentali. L'intento dichiarato era quello di costruire, attorno ad individui ancora sufficientemente recettivi degli stimoli esterni e la cui personalità non era del tutto strutturata, una realtà penitenziaria capace di portarli a trovare la motivazione necessaria per intraprendere il percorso di recupero. Si voleva, come scrisse un po' enfaticamente l'allora Direttore generale del D.A.P. Niccolò Amato, creare un ambiente carcerario capace "rendere durante e attraverso l'internamento l'uomo che ne esce migliore di quello che vi è entrato"²².

detentiva, doveva essere considerato preminente, mentre il perseguimento di istanze rieducative, rivolte ad assicurare il successivo reinserimento sociale del detenuto, doveva essere considerato come un corollario conseguente all'attuazione del principio sancito dall'art. 13 della Costituzione. Gli autori che sostenevano questa posizione parlavano di una "concezione finalistica" e non "strumentale" delle attività trattamentali. Cfr., N. Amato, *"Diritto, Delitto e Carcere"*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 267 e ss.

²² N. Amato, *op. cit.*, p. 171.

L'attuazione di un circuito detentivo a trattamento differenziato per i tossicodipendenti nasce dunque con due finalità preminenti. In prima battuta, la scelta custodiale differenziata muove dal presupposto secondo il quale, di là dalle connotazioni intrinsecamente negative della reclusione dovute principalmente alle pressoché perenni condizioni di sovraffollamento, alle precarie condizioni igieniche dei locali e alla limitazione forzata dalla capacità di movimento del detenuto, l'ambiente carcerario deve offrire al ristretto un luogo avulso da interferenze devianti ed orientato verso il superamento di stili di vita e di comportamenti socialmente screditati. Da altra parte, il progetto detentivo elaborato alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, sulla suggestione della letteratura che esaltava l'approccio terapeutico, mira ad avviare un percorso riabilitativo che permetta a ciascun utente di recuperare le proprie potenzialità produttive, dotandolo di strumenti di riflessione capaci di stimolare un radicale cambiamento nonché di riattivare un rapporto costante e costruttivo tra il recluso ed il contesto sociale esterno, quale, la famiglia, il mondo del lavoro, la comunità d'inserimento terapeutico, il Servizio pubblico che ha accolto la richiesta di assistenza. Dal punto di vista tecnico-operativo, il raggiungimento di tali finalità era affidato alla creazione, mediante appositi protocolli d'intesa con gli Enti locali, con le Aziende sanitarie locali, con l'associazionismo ed il volontariato presenti sul territorio, di un rapporto concreto ed efficace, capace di garantire la più ampia partecipazione di questi organismi alla vita dell'istituto ed all'attuazione degli interventi trattamentali e terapeutici che l'Amministrazione penitenziaria ha voluto realizzare in seno a tali realtà penitenziarie²³.

Le linee guida, che avevano costituito la base dell'esperimento fiorentino e che furono estese a tutto il territorio nazionale prevedevano che in questi carceri si cercasse di limitare il più possibile le differenze ambientali con il contesto sociale esterno, che i detenuti fossero raggruppati in base a caratteristiche ed esigenze trattamentali comuni, che il rapporto con lo staff penitenziario fosse tale da incoraggiare i propositi partecipativi all'attuazione dei piani trattamentali individuali e dall'effettiva applicazione di regole improntate al rispetto dei diritti e dei doveri sanciti dalle legge. L'idea di un circuito con un trattamento differenziato e mirato si innestava, dunque, su quella di una forte territorializzazione della pena (dovuta anche all'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, che seguiva le terapie per la

²³ R. Durano, I. Del Grosso, M. G. Grazioso, P. Giubbotti, M. Mariani, F. Terenzi, *op. cit.*, p. 83.

disintossicazione, in USL e poi ASL) capace, attraverso il coinvolgimento degli enti locali, di favorire l'integrazione del detenuto con il contesto sociale esterno in cui sarebbe andato ad inserirsi il tossicodipendente al termine del suo percorso detentivo.

La differenziazione dei circuiti detentivi e la creazione delle I.C.A.T.T. era dunque in sostanza vista come il cavallo di Troia attraverso cui trasformare l'istituzione carceraria italiana caratterizzata, come aveva anche dimostrato la reazione all'art. 84 della legge 685/75, dalla più completa autoreferenzialità, in un "organismo sociale" capace di accogliere, nel rispetto delle esigenze di sicurezza, gli stimoli provenienti dal contesto territoriale circostante trasformandoli in risorse capaci di caratterizzare l'attività trattamentale astrattamente configurata dalla legge. E' perciò significativo che a dieci anni di distanza dalla sperimentazione fiorentina, nonostante che, come vedremo, il progetto predisposto per la loro diffusione avesse incontrato notevoli difficoltà, non da ultimo di tipo finanziario, per cui invece che a un sistema organico diffuso su tutto il territorio nazionale, si era giunti alla creazione di singoli Istituti sparsi sul territorio nazionale, il nuovo Regolamento di esecuzione approvato con il D.P.R. 230/00 desse pieno riconoscimento a questi istituti e alla logica che li sottende.

Come accennato, il 1° comma dell'art. 95, D.P.R. 309/90, prevede che chi si trovi in stato di detenzione "per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza o sia ritenuto dall'autorità sanitaria abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope o che comunque abbia problemi di tossicodipendenza" ha diritto ad espiare la pena presso "istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi". Il successivo 2° comma, poi, ha rimandato ad un decreto del Ministro di grazia e giustizia il compito di individuare e destinare case mandamentali, al trattamento detentivo dei soggetti tossicodipendenti anche non definitivi. Queste indicazioni legislative furono interpretate dall'Amministrazione penitenziaria, per quello che erano: un *endorsement* ufficiale della modalità detentiva differenziata "a custodia attenuata" da espletarsi nell'ambito di autonomi istituti di pena, così come si stava sperimentando a Firenze, ovvero presso sezioni autonome a ciò destinate. Per dare loro concretezza vennero quindi emanate rapidamente agli inizi degli anni novanta del secolo scorso, tutta una serie di provvedimenti ufficiali adottati ora dal Ministero di grazia e giustizia, come i decreti del 10 maggio ed 8 giugno 1991, ora dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (D.A.P.) tutta una serie di norme secondarie.

Il primo passo verso la costituzione del circuito degli Istituti a custodia attenuata per il trattamento delle tossicodipendenze fu una lettera inviata dall'allora Direttore generale del D.A.P. Amato ai responsabili degli Enti locali²⁴. Nella lettera si sottolineava con chiarezza la preoccupante situazione dei penitenziari, specialmente di quelli delle grandi aree metropolitane, dovuta alla crescita esponenziale dei tossicodipendenti. Per fronteggiare questa situazione il direttore del D.A.P. chiedeva agli enti locali di attivarsi per dare rapida attuazione agli artt. 95 e 96 del nuovo T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope. Questi infatti negli articoli dal 113 e al 116 affida in primo luogo alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano il compito di disciplinare l'attività di prevenzione, cura e riabilitazione delle tossicodipendenze. Più concretamente chiama in causa comuni, comunità montane, i loro consorzi ed associazioni, i servizi pubblici per le tossicodipendenze costituiti dalle unità sanitarie locali, singole o associate, eventualmente con la collaborazione di gruppi di volontariato e delle comunità terapeutiche, perché si attivino per la prevenzione della emarginazione e del disadattamento sociale mediante la progettazione e realizzazione, in forma diretta o indiretta, di specifiche attività di sostegno.

Amato sostanzialmente ricordava ai suoi interlocutori che dovevano preoccuparsi non solo dei tossicodipendenti presenti sul territorio, ma anche di quelli detenuti. In particolare sottolineava: 1) la necessità di organizzare un ambiente penitenziario idoneo a favorire, attraverso tipologie trattamentali diversificate, la rieducazione ed il recupero sociale dei tossicodipendenti detenuti; 2) la necessità di una maggiore apertura del contesto sociale al reinserimento dei soggetti colpiti da una pena detentiva in modo da favorire la concessione delle misure alternative o sostitutive alla detenzione previste dal T.U., ed infine, 3) la necessità di predisporre condizioni detentive sanitarie capaci a dare piena attuazione al diritto alla salute così come affermato e garantito dall'art. 32 della Costituzione, richiamando non solo il trattamento terapeutico e socio-riabilitativo degli stati di tossicodipendenza ma anche la necessità di strategie di prevenzione e cura dell'AIDS e delle infezioni da HIV.

Alla lettera il direttore del D.A.P. allegò due documenti: uno schema di convenzione ed una bozza per la stipula di un protocollo d'intesa, che definivano gli strumenti per dare concreta attuazione ai percorsi trattamentali,

²⁴ N. Amato, *Lettera del 22 dicembre 1990 del Direttore generale dell'Amministrazione penitenziaria ai responsabili degli enti locali*, in Ministero di grazia e giustizia D.A.P. 2, *Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti: compiti dell'Amministrazione penitenziaria*, 1991.

accompagnati da prestazioni socio-sanitarie, riservati ai tossicodipendenti detenuti secondo la previsione dell'art. 96 del T.U. Era dunque pacifico che in ogni istituto o sezione a custodia attenuata le modalità esecutive potessero essere differenziate, sulla base dei differenti accordi raggiunti in tema di condizioni di ammissione agli istituti.

Il primo dei due documenti indicava le modalità attuative del principio espresso dal 3° comma dell'art. 96 nell'ambito del circuito penitenziario ordinario, organizzando le prestazioni mediche in favore degli assuntori di droga da parte del Servizio pubblico per le tossicodipendenze, dell'unità sanitaria locale territorialmente competente ad operare all'interno del penitenziario, in raccordo al servizio sanitario interno. In particolare, per quanto atteneva alla stipula delle convenzioni, si prevedeva che queste dovessero essere sottoscritte dal direttore dell'istituto di pena, dal Presidente della singola Unità sanitaria locale o dal rappresentante del gruppo di Unità associate allo scopo. Il protocollo d'intesa²⁵, riprendendo le linee guide del protocollo d'intesa con cui si era data vita alla prima struttura penitenziaria a "custodia attenuata" a Firenze, dettava le direttive per l'esecuzione della cura e della riabilitazione dei detenuti tossicodipendenti presenti nel circuito differenziato a custodia attenuata. La stesura d'entrambi gli accordi richiedeva la necessaria partecipazione dei rappresentanti, a livello territoriale e locale, dell'Amministrazione penitenziaria, delle regioni, province e comuni²⁶.

Per dare vita alla circuito a custodia attenuata, e quindi alla differenziazione dei circuiti penitenziari, in attuazione del 2° comma dell'art. 95, T.U., venne emanato il D.M. del 10 maggio 1991 che istituì sezioni per condannati od imputati tossicodipendenti presso vari istituti penitenziari (N.C. di Rebibbia e Regina Coeli a Roma, Sollicciano a Firenze, Poggioreale a Napoli, ecc.) e destinò integralmente alcuni istituti all'accoglienza di questi particolari utenti del carcere (Casa di Reclusione di San Severo – Foggia, Casa lavoro di San Giuliano – Modena, Istituto di osservazione per minorenni di Messina, Istituto a custodia attenuata per il trattamento della tossicodipendenze di Eboli). Con esso furono inoltre acquisite dall'Amministrazione penitenziaria 27 case mandamentali (Pontremoli, Palestrina, Iglesias, ecc.), nelle quali attuare un trattamento penitenziario ulteriormente differenziato riservato ai detenuti tossicodipendenti

²⁵ Allegato alla Lettera del 22 dicembre 1990

²⁶ Lo schema di convenzione da stipularsi tra il singolo istituto ed il Servizio pubblico per le tossicodipendenze, afferente l'Azienda sanitaria locale, territorialmente competente ad approntare le prestazioni sanitarie in seno alla nuova struttura custodiale, insieme all'intero progetto di struttura detentiva a "custodia attenuata" furono approvati dalla Commissione nazionale consultiva e di coordinamento per i rapporti con le regioni e gli Enti locali del 10 marzo 1994.

meno pericolosi²⁷. Se il decreto avesse avuto piena attuazione si sarebbero dovute istituire 58 sezioni maschili e 23 sezioni femminili riservate all'espiazione della pena per soggetti tossicodipendenti. Inoltre sarebbero dovute essere istituite speciali sezioni in tutte le case circondariali maschili e femminili deputate alla detenzione degli imputati tossicodipendenti.

Pochi giorni dopo la pubblicazione del decreto ministeriale, fu inviata una nuova lettera ai rappresentanti degli Enti locali e delle Unità sanitarie locali con l'esplicite indicazioni operative dei passi da compiere per dar vita al circuito penitenziario a custodia attenuata per tossicodipendenti, per la cui realizzazione era necessaria la stretta collaborazione di questi enti. Contestualmente a questa lettera il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria il 31 maggio del 1991 invia ai direttori degli istituti penitenziari la circolare n. 3317/5767 che riprendeva le indicazioni contenute nel decreto ministeriale del 10 maggio, ribadendo che il circuito penitenziario per detenuti tossicodipendenti doveva caratterizzarsi come "circuito differenziato in senso positivo cioè in senso trattamentale, della prevalenza delle esigenze di recupero e reinserimento sociale su quelle, pur importanti e irrinunciabili della custodia e della sicurezza". In particolare era individuato un sottocircuito differenziato, istituti o sezioni a custodia attenuata od aperti, in cui l'intervento principalmente terapeutico riservato ai tossicodipendenti doveva essere affiancato da una decisa attività trattamentale capace di soddisfare le esigenze di recupero e di reinserimento sociale di coloro che vi erano reclusi²⁸.

A circa un mese dal decreto del Ministro della giustizia, in data 8 giugno 1991, viene emanato il decreto interministeriale previsto dall'art. 135, D.P.R. 309/90 che affida al Ministro di grazia e giustizia, di concerto con i Ministri della sanità e per gli affari sociali, il compito di approvare programmi finalizzati alla prevenzione ed alla cura dell'AIDS, al trattamento socio-sanitario, al recupero ed al successivo reinserimento dei tossicodipendenti detenuti, in espiazione pena ovvero sottoposti ad un provvedimento che ne dispone provvisoriamente la custodia in carcere, se del caso, realizzati in virtù di specifiche convenzioni, anche presso strutture non ricadenti sotto la competenza dell'Amministrazione penitenziaria. Con questo decreto si cercò di predisporre le misure sanitarie e trattamentali idonee a contenere e contrastare il fenomeno della diffusione delle sintomatologie connesse alle infezioni da

²⁷ Cfr. G. Amato, *"Droga e attività di polizia"*, cit., p. 208.

²⁸ R. Durano, I. Del Grosso, M. G. Grazioso, P. Giubbotti, M. Mariani, F. Terenzi, *"Criteri per l'individuazione del circuito penitenziario della custodia attenuata"*, in, Bollettino Informativo dell'Osservatorio Nazionale, n. 1-3, dicembre 1997, pp. 82-83.

HIV/AIDS in carcere, che alla data del 15 dicembre 1989 interessavano oltre il 6% della popolazione detenuta, registrando 2.132 casi d'infezioni da HIV e 125 casi di AIDS²⁹. Nel decreto si prevede anche l'organizzazione di corsi d'addestramento e riqualificazione del personale dell'Amministrazione penitenziaria, impegnato nell'esecuzione dei progetti relativi ai tossicodipendenti.

La parte più importante del decreto è però quella in cui si detta lo schema degli interventi terapeutici e socio-riabilitativi da predisporre in favore dei tossicodipendenti detenuti. Il programma d'intervento sanitario era ripartito in tre parti che corrispondevano alle fasi attraverso le quali gli operatori deputati all'assistenza sanitaria all'interno del carcere prendevano coscienza della condizione psico-fisica del paziente ristretto, elaboravano, in relazione ad essa, i percorsi curativi idonei e predisponavano le misure idonee ad assicurare un efficace reinserimento sociale dell'individuo. Tramite la visita medica generale d'ingresso, prevista dal 5° comma dell'art. 11 o.p., era accertato lo stato di tossicodipendenza del nuovo detenuto, che doveva poi concordare con gli operatori del Ser.T., assistiti dai medici ed infermieri penitenziari, un programma terapeutico e socio-riabilitativo individualmente strutturato sulla base delle informazioni cliniche e psicologiche fornite dal paziente o già in possesso dello stesso Ser.T., volto tra l'altro a ricostruire intorno al detenuto quelle condizioni relazionali che sarebbero poi state necessarie alla sua reintegrazione nel tessuto sociale.

All'interno di questa struttura di sostegno trattamentale, il decreto interministeriale individuava, inoltre, due modalità alternative di interventi sanitari, approntati dall'Amministrazione penitenziaria in favore degli individui tossicodipendenti, che, all'interno del medesimo assetto operativo, dovevano procedere simmetricamente: un intervento definito "di primo livello" e un trattamento "di secondo livello" od "avanzato", da applicarsi in luogo del primo ove ne ricorressero i presupposti. Il trattamento di base era rivolto a tutti gli individui che al momento dell'ingresso nel circuito penitenziario risultavano consumare, abitualmente o meno, sostanze stupefacenti. Il secondo tipo di intervento, quello denominato "avanzato", era rivolto invece ai soggetti che al momento dell'ingresso in carcere si trovavano nelle more di un programma terapeutico e socio-riabilitativo presso una struttura autorizzata ovvero che, sulla base delle risultanze emerse dall'attuazione dell'intervento trattamentale

²⁹ G. Amato, *"Droga e attività di polizia"*, cit., p. 210.

di base, apparivano incentivati a proseguire il percorso riabilitativo già intrapreso all'interno del circuito penitenziario ordinario.

I decreti attuativi delle disposizioni di cui agli artt. 95 e 135 del T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottati il 10 maggio e l'8 giugno del 1991, rimasero però lungamente disattesi a causa della mancanza di risorse umane e finanziarie. L'acquisizione di strutture da destinare interamente alla realizzazione di istituti di pena a regime penitenziario differenziato, "a custodia attenuata", rivolti ad accogliere detenuti tossicodipendenti non fu mai completata. Le sezioni "a custodia attenuata", che sulla base del provvedimento del 10 maggio dovevano trovare collocazione presso ogni Casa Circondariale o di reclusione, maschile e femminile, deputata alla detenzione di soggetti tossicodipendenti, furono realizzate solo in una trentina di carceri italiane.

Ancor prima dell'emanazione dei decreti ministeriali, nell'aprile del 1991 era stata istituita, presso la Casa Circondariale di Rimini, la Sezione aperta per il trattamento dei tossicodipendenti. Nel settembre del 1992, vide poi la luce un secondo istituto interamente destinato all'attuazione di regime custodiale differenziato, la III Casa Circondariale di Rebibbia a Roma. Questo I.C.A.T.T. avrebbe dovuto ospitare 90 detenuti, ma a causa della mancanza di fondi, non ci sono mai stati oltre quarantacinque detenuti con trattamento sperimentale. In effetti non è facile seguire nel decennio successivo l'evolversi del circuito di strutture a "custodia attenuata" dato che spesso mancano atti amministrativi che qualifichino ufficialmente il circuito a cui le strutture penitenziarie devono essere ascritte e il relativo trattamento che vi si deve praticare. All'inizio di questo millennio il D.A.P. istituì un gruppo di lavoro³⁰ per fare il punto sull'effettivo funzionamento del circuito a custodia attenuata per i tossicodipendenti che produsse nel giro di un anno uno studio che dava, finalmente, un quadro compiuto di tutte le esperienze a "custodia attenuata" esistenti all'epoca. Da esso risultavano solo cinque I.C.T.T. maschili -- la Casa Circondariale "Maio Gozzini" di Firenze, la III Casa Circondariale di Roma -- Rebibbia, la Casa di Reclusione per tossicodipendenti di San Severo (FG), la Casa di Reclusione di Eboli, la Casa Circondariale di Lauro (AV) -- e uno femminile, la Casa Circondariale di Empoli (FI). Per quanto riguarda le sezioni a

³⁰ "Gruppo di lavoro sugli interventi specificamente mirati sui detenuti tossicodipendenti", presieduto dal consigliere Gianfrotta, istituito con provvedimento del Direttore generale del D.A.P. del 2 febbraio 2000.

“custodia attenuata” per il trattamento dei tossicodipendenti, dopo quella pionieristica di Rimini, ne risultavano realizzate soltanto altre 12³¹.

Come accennato, nonostante questa realizzazione non certo esaltante, il progetto di un circuito differenziato a custodia attenuata per tossicodipendenti, con le caratteristiche che aveva assunto in forza dei decreti del 1991, fu pienamente recepito dal nuovo Regolamento di esecuzione approvato con il D.P.R. 230 del 30 giugno del 2000. E' in particolare il 3° comma dell'articolo 115 (*Distribuzione dei detenuti ed internati negli istituti*) del nuovo regolamento ad avvallare il progetto sorto alla fine degli anni ottanta del secolo scorso prevedendo che “per i detenuti e internati di non rilevante pericolosità, per i quali risultino necessari interventi trattamentali particolarmente significativi, possono essere attuati, in istituti autonomi o in sezioni d'istituto, regimi a custodia attenuata che assicurino un più ampio svolgimento delle attività trattamentali predette”. Il 6° comma sottolinea che se viene scelto di istituire la custodia attenuata in una sezione, invece che in un intero istituto, questa deve essere “sufficientemente autonoma”. Il 4° comma di questo stesso articolo dispone che questa collocazione sia adoperata per “i detenuti e gli internati che presentino problematiche di tossicodipendenza o alcooldipendenza e quelli con rilevanti patologie psichiche e fisiche e, in particolare, con patologie connesse alla sieropositività HIV”. Il generale tenore della disposizione lascia però intendere che la custodia attenuata, naturalmente riempita di contenuti diversi dal trattamento terapeutico, si può adattare ad altre tipologie di utenti del carcere. Stando all'art. 31 2° comma dello stesso regolamento si potranno, per esempio, creare custodie attenuate per detenute che non presentano profili di pericolosità sociale rilevanti e per i “giovani adulti” (cioè soggetti maggiorenni che non hanno più di 25 anni).

Il 1° comma dello stesso articolo 115 menziona espressamente per la prima volta il principio della “territorializzazione” della pena, che come abbiamo visto era uno dei punti cardini del circuito delle I.C.A.T.T. All'interno del precedente regolamento, infatti, il principio poteva essere al più ritenuto sotteso al 1° comma dell'art. 102, ai sensi del quale ogni regione doveva differenziare, in

³¹ La Sezione “Arcobaleno” della Casa Circondariale “Le Vallette” di Torino, la Sezione maschile a custodia attenuata della Casa Circondariale di S.M. Maggiore e la Sezione a custodia attenuata della Casa di Reclusione femminile “La Giudecca”, entrambi ubicati sull'isola della Giudecca (VE), la Sezione a custodia attenuata della Casa Circondariale di Forlì, il “Reparto Verde” presso il Complesso penitenziario di Secondigliano (NA), la Casa Circondariale di Giarre, concepita come sezione staccata della Casa Circondariale di Catania, la Sezione a custodia attenuata della Casa di Reclusione di Padova, la Sezione sperimentale presso la Casa Circondariale di Monza, la Sezione a custodia attenuata della Casa Circondariale di Genova – Marassi, la Sezione a custodia attenuata presso la Casa Circondariale di San Remo ed, infine, la Sezione a custodia attenuata realizzata nella Casa Circondariale di Verbania.

termini custodiali, le realtà penitenziarie presenti all'interno del proprio territorio. Questa disposizione, ammesso e non concesso che da essa potesse essere desunta un'indicazione in favore della territorializzazione dell'esecuzione penale, non era certamente in grado di fornire un criterio normativo in base a cui individuare uno stabile collegamento tra il circuito detentivo e le risorse sociali, finanziarie e strutturali, fornite dall'ambiente circostante. Mentre con l'art. 115 si sancisce che l'esistenza di un tessuto territoriale ricettivo, aperto alla creazione di occasioni di scambio professionale, oltre che culturale, con le strutture penitenziarie, rappresenta un pilastro essenziale per lo sviluppo di qualsiasi ipotesi di reinserimento sociale dei detenuti. Si certifica l'acquisizione della consapevolezza che nessun reinserimento è possibile senza uno stretto collegamento con il contesto sociale nel quale il detenuto ha i suoi riferimenti familiari e sociali e nel quale immagina la sua vita da soggetto nuovamente libero.

3.2. Realtà e problemi dell'assistenza terapeutica ai tossicodipendenti reclusi.

Più o meno nello stesso periodo dell'entrata in vigore del nuovo regolamento di esecuzione, il già ricordato "Gruppo di lavoro" istituito dal D.A.P. per avere il quadro degli interventi penitenziari in favore dei detenuti tossicodipendenti, monitorò la diffusione e la modalità degli interventi terapeutici negli istituti di pena nel biennio 2000-2001. Anche questo monitoraggio mostrò che gli eventi che avevano segnato l'evoluzione del panorama carcerario italiano negli anni novanta del secolo scorso, avevano comportato che gli ambiziosi propositi avanzati dal legislatore e del governo erano stati, solo parzialmente, attuati e che le problematiche connesse al trattamento dei soggetti tossicodipendenti detenuti rimanevano drammatiche.

Dalla rilevazione risultò che all'interno delle strutture penitenziarie a circuito ordinario dove l'art. 96 T.U. aveva trovato attuazione³², il percorso terapeutico e socio-riabilitativo concordato dai medici e gli altri operatori del presidio sanitario pubblico con gli assuntori di stupefacenti si articolava in interventi farmacologici e poche azioni di supporto psicologico e educativo.

Le attività terapeutiche svolte dal personale medico ed infermieristico dei servizi sanitari, penitenziario ed esterno, operanti presso il carcere, si svolgono

³² Le unità Ser.T. penitenziarie risultavano presenti all'interno di circa l'81% del totale degli istituti di pena presenti sul territorio nazionale, con una media operativa di quattro giorni alla settimana.

prevalentemente secondo due modalità. In primo luogo essi effettuavano prestazioni terapeutiche di primo soccorso somministrando farmaci sostitutivi idonei a prevenire possibili crisi di astinenza. Questo intervento si rende necessario soprattutto per i soggetti che giungono in carcere per un provvedimento giudiziale non definitivo che ne dispone temporaneamente la carcerazione. Gli operatori sanitari presso il penitenziario competenti ad effettuare la visita medica generale obbligatoria all'atto d'ingresso, di cui al 5° comma dell'art. 11 o.p., stante l'assenza di idonea documentazione clinica al riguardo, versano spesso nell'impossibilità pratica di valutare e, se del caso, adottare terapie atte a prevenire eventuali crisi d'astinenza³³.

L'identificazione degli individui tossicodipendenti al momento del loro ingresso in istituto nel 70% dei casi risultava effettuata, ai sensi del sopra richiamato 5° comma dell'art. 11 o.p., dal medico di guardia, dipendente dell'Amministrazione penitenziaria, sulla base di molteplici criteri normalmente non formalizzati, che generalmente includevano la dichiarazione del detenuto, la presenza di segni e sintomi di astinenza, la presenza di eventuali accertamenti medici o, infine, il semplice sospetto clinico. Nel caso in cui fosse rilevato qualcuno di questi indici il sanitario di guardia provvedeva, di solito entro le ventiquattro ore dall'identificazione dell'individuo in matricola, alla segnalazione d'ufficio al personale del Ser.T. operante in seno all'istituto che, secondo le possibilità consentite dal proprio orario di servizio, interviene normalmente entro le ventiquattro-settantadue ore successive. Secondo i dati raccolti dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria un'elevata percentuale di visite (il 22% circa) era svolta dal presidio Ser.T. interno con un ritardo di oltre sette giorni dalla richiesta³⁴. Per il restante 30% dei detenuti, l'individuazione della tossicodipendenza non era effettuata durante il colloquio di ingresso e rimessa ai medici dell'*équipe* trattamentale del Ser.T. penitenziario³⁵.

³³ L'uso della scala di Wang, come strumento per la valutazione e certificazione della tossicodipendenza, non risultava ad esempio diffuso tra gli operatori sanitari penitenziari e, in alcuni casi, neppure ad essi noto. Cfr. *Atti della Conferenza nazionale di Genova, del 28/30-11-2000*, e S. Falchini, M. Orsi (a cura di), *Tossicodipendenza e carcere. Dossier carcere e salute*, Ce.S.D.A., dicembre 2001, p. 63.

³⁴ Questi tempi, che a fronte di una crisi di astinenza, sono lunghissimi sono generalmente determinati da problematiche inerenti all'organizzazione del Servizio e della sua integrazione nell'ambiente penitenziario. E' in particolare fondamentale che le direzioni degli istituti mettano a esclusiva disposizione del Ser.T. locali idonei per lo svolgimento dei programmi diagnostici, terapeutici e riabilitativi e di ogni altra forma di attività prevista. Il loro apprestamento e la fornitura delle strutture necessarie sono stati posti a carico all'amministrazione penitenziaria con il D.L.vo 230/99.

³⁵ Molte testimonianze indicano che la situazione odierna è, per molti versi e in molte realtà, analoga a quella di dieci anni fa.

Gli operatori del Ser.T. penitenziario chiamati a svolgere i controlli urinari sui nuovi giunti³⁶ anche solo sospettati di avere assunto quantità significative di droga (prevalentemente di eroina od altri oppiacei), devono attendere i referti urinari, che in media pervengono loro dopo altre ventiquattro/settantadue ore, per poter determinare chi ha necessità di un trattamento terapeutico con farmaci sostitutivi. Questi lunghi periodi di attesa, che si estendono in particolare per chi fa ingresso in carcere immediatamente prima del fine settimana, espone i tossicodipendenti al rischio di gravi disturbi fisici derivanti dall'improvvisa interruzione del consumo di una sostanza che ne ha modificato bio-chimicamente l'organismo. Questo rischio risultava particolarmente alto per i cittadini non-comunitari tossicodipendenti che, credendo di semplificare la loro posizione giuridica, negavano d'essere assuntori di droghe³⁷ esponendosi, specialmente se spacciatori e quindi non abituati ad essere privi di sostanze, a violentissime crisi d'astinenza. Questa situazione nasceva dal fatto che spesso la capacità dei Ser.T. operanti nelle strutture penitenziarie, definita dalla convenzione sottoscritta dall'Azienda sanitaria territoriale e la direzione³⁸, risultava insufficiente, per numero di operatori ed orari di apertura del servizio, a far fronte a tutte le esigenze sanitarie concernenti i soggetti con problemi di dipendenza che giungevano presso l'apparato penitenziario dalla condizione di liberi.

L'esigenza di arginare questa rischiosa situazione, in alcuni casi, ha indotto il personale del Servizio pubblico per le tossicodipendenze, operante all'interno degli istituti di pena italiani, ad elaborare, in accordo con le direzioni e i sanitari del servizio penitenziario, soluzioni terapeutiche urgenti, suffragate da procedure d'accertamento tempestive alle quali sottoporre volontariamente i nuovi giunti. L'adozione di queste prassi operative è indispensabile per ottenere riscontri medici in tempo reale e fornire un'appropriata assistenza sanitaria. In caso di esito positivo del riscontro si procede comunque ai controlli di *routine*, nel rispetto dei tempi d'attesa stabiliti, ma nel frattempo si può prevenire la crisi di astinenza, mediante la somministrazione di una dose iniziale di farmaco sostitutivo, se del caso rinnovabile. In questo modo si evita che gli individui consumatori di sostanze assuefanti privati per un periodo significativo delle

³⁶ Il controllo tramite *drug-test* urinari al momento del primo ingresso risultava abituale per circa il 70% degli istituti di pena presenti sul territorio nazionale, gli esami erano di norma effettuati dai medici penitenziari, con successivo ricorso ad analisi esterne.

³⁷ La cultura penitenziaria sembra aver messo fine a questa tendenza: oggi anche i cittadini non comunitari arrestati sembrano consapevoli della convenienza, anche ai fini dell'esecuzione penale, di dichiararsi tossicodipendente.

³⁸ Solo nel 29% degli istituti di pena i protocolli d'intesa regolamentavano l'attività del personale sanitario impegnato nella cura ed assistenza verso i tossicodipendenti.

stesse, si espongano, fino all'effettivo contatto con il personale del Ser.T., a conseguenze degenerative altamente dannose per la propria salute e, data la difficoltà di gestire la mancata soddisfazione del bisogno compulsivo di consumare droga all'interno di un'istituzione che realizza coattivamente condizioni di convivenza collettiva, in grado di incidere negativamente anche sugli altri detenuti. I kit rapidi per la tempestiva verifica della positività all'assunzione di droga risultavano però utilizzati in pochissime realtà penitenziarie³⁹, finendo per essere disponibili per solo l'1% della popolazione reclusa.

In alcune realtà penitenziarie, come ad esempio presso il N.C.P. di Sollicciano in Firenze, per fronteggiare l'accoglienza dei soggetti tossicodipendenti, quando il Ser.T. interno non è attivo, si è pensato di stralciare la posizione di coloro che risiedono nel territorio provinciale. Nel caso in cui la presa in carico del tossicodipendente deve gravare sull'Azienda sanitaria provinciale e questi sia già stato in carico del Ser.T. territoriale, risulta nella banca dati contenente lo *screening* di tutti i tossicodipendenti residenti nell'area, e quindi è possibile fornire in tempo reale agli operatori sanitari, informazioni cliniche sull'interessato e, se del caso, indicazioni in merito ad un intervento con farmaci sostitutivi. Per i soggetti che non risultano nella banca dati, gli accertamenti e gli eventuali interventi sanitari di sostegno farmacologico sono approntati dal medico del servizio sanitario penitenziario competente a svolgere la visita medica obbligatoria all'atto d'ingresso. Lo stralcio di tossicodipendenti noti al servizio contribuisce a rendere leggermente più celere le prestazioni anche per i soggetti non residenti nel territorio provinciale.

Questa seconda prassi è quella ordinariamente seguita nei vari istituti: per le situazioni d'urgenza, nel caso in cui il presidio del Servizio pubblico presso il penitenziario non è operativo, il trattamento con farmaci sostitutivi è prescritto e compiuto, previo accordo con i responsabili sanitari del Ser.T., dal personale sanitario, medico ed infermieristico, del servizio penitenziario. Dalla rilevazione risultava che il medico penitenziario è chiamato a far fronte alle crisi di astinenza più frequentemente (nel 62% dei casi) degli altri sanitari operanti presso le strutture penitenziarie (il medico incaricato e il medico del Ser.T.). Le

³⁹ Le procedure più strutturate di accertamento diagnostico per i nuovi giunti con problemi di dipendenza risultavano quelle dei due istituti di detenzione di Padova, la Casa Circondariale e la Casa di Reclusione dove il medico di guardia incaricato provvedeva, previa autorizzazione dell'interessato, al compimento di riscontri urinari tramite appositi "stick" in grado di verificare in tempo reale la sussistenza di una condizione di dipendenza da sostanze stupefacenti e somministrare, se del caso, farmaci sostitutivi in grado di far regredire possibili crisi di astinenza.

prescrizioni farmacologiche riscontrate consistevano nella maggioranza dei casi nel metadone cloridrato sciroppo e in sedativi, mentre ridotto risultava il ricorso ad altre terapie. Mentre risultava che in circa il 75% delle strutture penitenziarie venivano svolte terapie farmacologiche a base metadonica, con dosaggio a scalare o a mantenimento. Solo due terzi di esse delle direzioni degli istituti penitenziari dichiarava di avere in deposito metadone, nonostante che le linee guida specificano che presso ogni istituto di pena deve essere garantita la conservazione e lo stoccaggio di entità variabili, in ragione della tipologia della popolazione detenuta, di farmaci per il trattamento sostitutivo degli stati di tossicodipendenza, allo scopo di garantirne la tempestiva somministrazione (evitandone naturalmente ogni utilizzazione indebita). La fornitura, lo scarico e il carico, la registrazione, la prescrizione e l'approvvigionamento dei farmaci, sono a carico dell'Azienda sanitaria provinciale.

Superata la fase di emergenziale, costituita dal momento dell'ingresso, il colloquio con il sanitario del Servizio pubblico segna la vera presa in carico terapeutica del soggetto da parte dell'istituzione carceraria. La cornice del colloquio psicologico consente al tossicodipendente di far emergere le paure e le ansie legate alla sua condizione personale di sofferenza fisica e psicologica. L'operatore sociale cerca dal canto suo di utilizzare questa comunicazione per capire quali motivazioni possono indurre il soggetto ad intraprendere un percorso disintossicante e riabilitativo. E' sulla base delle informazioni fornite dallo stesso tossicodipendente nel colloquio che il medico concorda con lui la linea terapeutica da seguire e prende, ove il soggetto risulti già in carico ad un servizio territoriale, contatto con questo. La presa in carico del soggetto comporta l'apertura di una cartella clinica personale od il raccordo con quella eventualmente già esistente, all'interno della quale sono inserite gli elementi necessari alla formulazione del programma terapeutico e socio-riabilitativo "integrato" che tenga in debito conto i riferimenti territoriali. Gli interventi concordati con il paziente, in ragione delle sue specifiche esigenze, devono infatti, oltre che far fronte alla dipendenza fisica, affrontare il condizionamento psicologico derivante dalla droga, per arrivare, quantomeno, ad una consapevole convivenza con la terapia. Gli operatori del Ser.T. penitenziario normalmente mettono in atto interventi di supporto psicologico e, se del caso, educativo, attraverso i quali acquisire le informazioni necessarie alla ricostruzione della vicenda personale che ha portato l'individuo ad assumere droga.

Gli interventi farmacologici penitenziari vengono definiti dagli operatori del Ser.T. penitenziario in collaborazione con il servizio sanitario interno, su indicazione del Ser.T. territoriale esterno, se il tossicodipendente era stato da questo preso in carico prima della detenzione, e comunque consultando il Ser.T. esterno per tutti quei soggetti che risultano residenti nel territorio limitrofo al carcere e quindi è presumibile che al momento della liberazione, continuino ad essere seguiti da questa struttura. In particolare è sottoposto al vaglio del servizio territoriale competente il programma terapeutico d'intervento che prevede la somministrazione di una dose periodica di farmaco sostitutivo, con una terapia di antenimento. Mentre l'implementazione delle terapie farmacologiche di mantenimento o "a scalare" è, di norma, salvo che il Ser.T. territoriale non chieda esplicitamente di provvedervi attraverso suoi operatori, compiuta dall'*équipe* sanitaria del Ser.T. penitenziario. Anche gli interventi di tipo riabilitativo per combattere la dipendenza psicologica sono concordati con l'unità territoriale che aveva in precedenza in cura il paziente, o con il presidio sanitario distrettuale chiamato ad intervenire nei confronti dei soggetti tossicodipendenti al momento della scarcerazione, al fine di concordare la prosecuzione del programma socio-riabilitativo già intrapreso all'esterno o definire l'attuazione di un nuovo percorso di recupero.

Il problema maggiore emerso dal rilevamento, negli istituti dove erano stati attivati i programmi terapeutici, era rappresentato dai casi in cui i Ser.T. territorialmente competenti si erano dichiarati contrari al trattamento con farmaci sostitutivi o, addirittura, alla disposizione di un programma socio-riabilitativo in favore dei tossicodipendenti detenuti, non ravvisando, spesso a causa della posizione giuridica del tossicodipendente e delle sue conseguenze, l'esistenza delle basi per avviare un intervento di terapeutico o di recupero. Queste situazioni erano (e sono) affrontate in modo diverso in ogni realtà penitenziaria, sulla base di differenti linee guida cui fanno riferimento gli operatori dell'*équipe* dipartimentale competente per la cura e la riabilitazione degli stati di tossicodipendenza e sulla base di singole convenzioni stipulate tra l'Azienda sanitaria provinciale e il carcere.

Comunque, a fronte dell'opposizione da parte del Servizio pubblico territoriale all'attivazione di un percorso di sostegno farmacologico, risultava che, generalmente, il Servizio pubblico operante presso il carcere si faceva carico dell'onere di assicurare al paziente detenuto, i trattamenti farmacologici sostitutivi attuati con modalità terapeutiche a scalare o, se del caso, di mantenimento, cosa che appare doverosa alla luce non solo dell'art. 32 Cost.

ma anche dello stesso art. 96 T.U. che prevede il “diritto” del tossicodipendente recluso alle cure mediche e all’assistenza sanitaria.

In alcuni istituti, in particolare a S. Vittore – Milano ed Empoli, a fronte dell’inerzia del Ser.T. territorialmente competente, quello penitenziario, quando lo riteneva opportuno prendeva direttamente in carico i tossicodipendenti, inserendoli in un programma terapeutico che, se necessario, proseguiva, in misura alternativa o dopo il fine pena, come un programma comunitario in una struttura esterna (della cui retta si faceva carico sempre il Ser.T. Penitenziario) o in un programma residenziale. Questa soluzione non è stata adottata da molte Aziende sanitarie per i costi che essa comporta, per cui generalmente gli interventi si limitano alla risoluzione delle situazioni d’emergenza sanitaria, con terapie d’intervento farmacologico a scalare od eventualmente a mantenimento, mentre non vengono predisposti programmi socio-riabilitativi orientati alla concessione di una misura alternativa alla mera detenzione.

Sotto questo profilo, particolarmente rilevante è l’esperimento condotto presso il Nuovo Complesso di Rebibbia in cui, a partire dal 1994 (anno del riassetto amministrativo delle UU. SS. LL. in Aziende sanitarie locali) l’*équipe* trattamentale interna, è stata sostituita da uno specifico Servizio pubblico per le tossicodipendenze “Istituti penitenziari di Rebibbia” dell’Azienda USL Roma B” dedicato, in via esclusiva, alla cura ed assistenza di tutti i tossicodipendenti presenti all’interno del complesso penitenziario. Questa scelta è sicuramente quella che meglio garantisce il principio dell’effettività dell’offerta terapeutica per tutti i tossicodipendenti detenuti. Essa, infatti, determina la competenza del Ser.T. sulla base dello stato di detenzione, a prescindere dalla residenza. Il Ser.T. è quindi tenuto a prendere in carico, a predisporre e a seguire i percorsi socio-riabilitativi esterni per, chiunque, cittadino italiano, ovunque residente o senza fissa dimora, straniero comunitario od extracomunitario, eventualmente irregolarmente presente sul territorio dello Stato, sia detenuto presso il N.C. di Rebibbia ed abbia problemi di dipendenza da droga. A quasi dieci anni dalla sua costituzione, tuttavia, contrariamente a quanto auspicato dai propugnatori, l’esperienza, che possiamo definire “universalistica” del Ser.T. “Istituti penitenziari di Rebibbia” era rimasta del tutto isolata. Con la conseguenza che rimangono privi di un vero programma socio-riabilitativo, e quindi della possibilità di accedere alle misure alternative alla pena detentiva previsti dal T.U. per le quali un tale programma è una precondizione *sine qua non*, tutti coloro che non sono stati ritenuti idonei ad intraprendere un percorso di recupero dai Servizi pubblici operanti nel distretto di residenza o che non

hanno la possibilità d'individuare un Ser.T. territoriale di riferimento, in quanto non risultano residenti nel territorio dello Stato⁴⁰.

Dalla rilevazione risultava infine che il 24% dei detenuti con problemi di dipendenza nella fase immediatamente precedente alla scarcerazione erano ammessi a fruire di terapie farmacologiche a base di naltrexone, un antagonista chimico che evita la dipendenza fisica. Il tipo di intervento e la sua estensione numericamente limitata appariva al Gruppo di lavoro del tutto inadeguato a contrastare il fenomeno delle morti per *overdose*, collegate alla delicata fase di transito da un sistema rigidamente custodiale ad un altro in cui l'individuo riacquista la libertà di movimento e azione. La relazione si concludeva ritenendo fondamentali per un complessivo miglioramento dell'assistenza sanitaria prestata ai detenuti tossicodipendenti detenuti auspicando: la presenza di unità Ser.T. in ogni istituto penitenziario; la stesura di protocolli operativi fra le Aziende USL e le direzioni degli istituti di pena, con la definizione delle competenze e funzioni; la presa in carico da parte del Ser.T. del detenuto tossicodipendente, mediante la sottoscrizione di programmi terapeutici, a prescindere da un suo collegamento con la realtà territoriale circostante; l'incremento di metodologie riabilitative diversificate, prescindenti i soli interventi farmacologici; la continuità terapeutica da assicurare con particolare riferimento all'atto di dimissione dal carcere; il monitoraggio annuale degli interventi⁴¹.

Dopo questa indagine non sono più state fatte ricerche sistematiche sull'assistenza dei tossicodipendenti in carcere. Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha fornito fino al 2008 alcuni dati frammentati, relativi alla presenza dei tossicodipendenti in carcere. Dopo il giugno del 2008 anche questi dati non sono più stati resi pubblici, probabilmente per la ricordata disputa relativa alla definizione di tossicodipendente, disputa, che come accennato, non è meramente teorica, ma ha rilevanti conseguenze economiche, dato che dalla definizione che viene data di tossicodipendente dipende la quantità di soggetti che devono essere presi in carico dai Ser.T. e per i quali devono essere stanziati i fondi per il trattamento carcerario e in misura alternativa.

⁴⁰ La portata della problematica risultava leggermente contenuta dall'opera di strutture di esistenza del privato sociale che si facevano carico della cura e della riabilitazione degli intossicati da sostanze stupefacenti indipendentemente dall'intervento economico delle Aziende sanitarie pubbliche.

⁴¹ Ministero della giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, *Gruppo di lavoro sugli interventi specificamente mirati sui detenuti tossicodipendenti - Relazione Finale*, D.A.P., Roma, 2001, pp. 8-9.

Gli unici dati disponibili successivi a quelli forniti dall'indagine del D.A.P. sono quelli ricostruiti, mettendo insieme le pochi fonti disponibili, da Alessio Scandurra per il numero de *I quaderni di Fuoriluogo* relativo ai primi tre anni di applicazione della legge 49/2006⁴². Rielaborando questi dati, relativi al periodo compreso tra il primo gennaio 2006 e il 30 giugno 2008, emerge che la percentuale di detenuti tossicodipendenti in trattamento metadonico, che era solo di poco più del 12% nel primo semestre del 2006, si era stabilizzata nel secondo semestre del 2007 e nel primo del 2008 intorno a poco più del 16%, una percentuale comunque preoccupantemente bassa. Quasi l'84% dei detenuti considerati dall'amministrazione penitenziaria tossicodipendente non aveva alcun trattamento farmacologico, percentualmente

Detenuti presenti in carcere alla data del 30/06/2006											
Detenuti presenti			Detenuti tossicodipendenti			Detenuti in trattamento metadonico			Detenuti alcool dipendenti		
Uomini	Donne	Totale	Uomini	Donne	Totale	Uomini	Donne	Totale (% su detenuti tossicodipendenti)	Uomini	Donne	Totale
58.341	2.923	61.264	15.546	599	16.145	1.899	144	2.043 (12,65%)	1.435	61	1.496
Detenuti presenti in carcere alla data del 31/12/2006 (a Luglio 2006 fu approvato l'indulto)											
37.335	1.670	39.005	8.107	256	8.363	1.208	70	1.278 (15,28%)	752	22	774
Detenuti presenti in carcere alla data del 30/06/2007.											
42.035	1.922	43.957	9.960	315	10.275	1.634	125	1.759 (17,11%)	857	40	897
Detenuti presenti in carcere alla data del 31/12/2007.											
46.518	2.175	48.693	12.995	429	13.424	2.017	150	2.167 (16,14%)	1.167	31	1.198
Detenuti presenti in carcere alla data del 30/06/2008.											
52.647	2.410	55.057	14.211	532	14.743	2.264	188	2.452 (16,63%)	1.250	39	1.289

Rielaborazione dei dati A. Scandurra *I quaderni di Fuoriluogo*, "Libro bianco sulla Fini-Giovanardi"

3.3. La riforma della sanità penitenziaria

Alla fine del secolo scorso il trattamento dei tossicodipendenti detenuti si è intrecciato, per la verità più sul piano formale che sostanziale, con la complessa e tormentata questione del riordino della medicina penitenziaria, riordino che allora prese le mosse e che non si è ancora compiutamente concluso.

Il diritto del cittadino detenuto di ricevere cure in caso di necessità fu affermato chiaramente e specificamente per la prima volta dalla legge n. 740 del 1970, emanata, come sempre, per far fronte ad una grave emergenza: le insalubri carceri italiane dell'epoca erano afflitte dall'incontrollabile diffusione della tubercolosi. Pochi anni dopo, l'Ordinamento Penitenziario (art. 11 legge di

⁴² *I quaderni di Fuoriluogo*, "Libro bianco sulla Fini-Giovanardi: Tre anni di applicazione della legge 49/2006 sulle droghe. Illustrazione e commento dei dati sulle conseguenze penali e sulle sanzioni amministrative. I riflessi sull'amministrazione della giustizia e sul carcere. <http://www.fuoriluogo.it/sito/home/archivio/biblioteca/dossier/libro-bianco-sugli-effetti-della-legge-fini-giovanardi>, consultato giugno 2010.

n. 354 del 1975) istituì il servizio sanitario penitenziario. Il primo comma dell'art. 11 o.p. dispose che “ogni istituto penitenziario è dotato di servizio medico e di servizio farmaceutico, rispondenti alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati; dispone, inoltre, dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria”⁴³.

Nel caso in cui la cura o gli accertamenti diagnostici non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti di pena, ai sensi del 2° comma dell'art. 11 o.p., i condannati o gli internati sono trasferiti, con provvedimento dall'autorità giudiziaria di sorveglianza o precedente, presso ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura. Il magistrato di sorveglianza è competente a disporre il trasferimento del soggetto imputato già condannato in primo grado, nel solo caso in cui gravi sull'interessato un provvedimento di custodia cautelare in carcere; diversamente, laddove l'imputato sia agli arresti domiciliari, la competenza ad adottare il provvedimento è, ai sensi dell'art. 279 c.p.p., dell'autorità giudiziaria precedente. Nei casi di assoluta urgenza, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 17 del regolamento di esecuzione, il trasferimento del detenuto o dell'internato presso un luogo esterno di cura è disposto con provvedimento del direttore dell'istituto, che successivamente dovrà darne immediata comunicazione all'autorità giudiziaria competente, nonché al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ed al provveditore regionale.

L'art. 11 o.p. prevede tassativamente anche tre casi in cui i detenuti sono esposti ad interventi sanitari obbligatori. Ai sensi del 5° comma, al momento dell'ingresso in istituto i soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale devono sostenere una visita medica generale, che accerti eventuali malattie fisiche o psichiche. La norma è posta con l'evidente fine di consentire all'Amministrazione penitenziaria di acquisire le informazioni necessarie per la predisposizione di interventi assistenziali in grado di prevenire il sorgere di situazioni patologiche che possono mettere in pericolo la salute collettiva dei soggetti ristretti all'interno dell'istituto. In tal senso il 7° comma consente ai competenti organi penitenziari di provvedere, senza indugio, ad isolare i detenuti o gli internati che siano anche solo sospettati di essere affetti da una malattia contagiosa. Sempre il 5° comma conferisce ai medici l'onere di controllare con periodici e frequenti riscontri lo stato di salute dei singoli utenti, anche prescindendo da una specifica richiesta. Il successivo 6° comma, infine,

⁴³ Gli articoli da 17 a 20, 23, 99 e 100 dell'allora Regolamento di esecuzione (DPR. 431/1976) contribuirono a definire un quadro di insieme essenzialmente terapeutico agli interventi di carattere medico e paramedico.

impone al personale sanitario del servizio interno di segnalare la presenza di malattie che richiedono cure specialistiche e di controllare periodicamente la capacità lavorativa dei soggetti ristretti in relazione alle mansioni alle quali sono adibiti⁴⁴. Infine l'art. 80 o.p. prevede la figura dei sanitari specialisti a contratto e diede vita al servizio infermieristico degli istituti penitenziari.

Tre anni dopo, la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (S.S.N.), n. 833 del 23 dicembre 1978, ignorò totalmente il problema della tutela della salute dei detenuti, dando luogo in un primo momento a una qualche incertezza sulla legittimità di un servizio sanitario penitenziario autonomo. L'incertezza nasceva dall'impostazione universalistica adottata dalla legge n. 833 che non menzionava esplicitamente alcuna specificità dell'organizzazione delle prestazioni sanitarie per i detenuti, che quindi si dovevano plausibilmente ritenere parificati a tutti gli altri soggetti in forza del 3° comma dell'art. 1, secondo cui "Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio". Questo stesso comma stabilisce il decentramento amministrativo del S.S.N. affidando "l'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali". A questi ultimi, e segnatamente ai Comuni, in qualità di enti competenti alla gestione locale del servizio sanitario *ex art. 15*, avrebbe dovuto essere affidata la diretta responsabilità dell'assistenza medica all'interno delle carceri, che l'Ordinamento penitenziario aveva attribuito agli operatori sanitari penitenziari. Il silenzio della legge 833 fu invece interpretato e vissuto come la disposizione di una netta separazione tra mezzi predisposti per la tutela della salute di questi soggetti e quelli destinati alla tutela della salute dei cittadini liberi. E' in questa situazione quindi che prese il via la sperimentazione della custodia attenuata per i tossicodipendenti e che vide la luce il T.U. del 1990 sugli stupefacenti.

Le fondamenta del percorso per modificare questa situazione vengono poste con la legge 30 novembre 1998, n. 419 (Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un testo

⁴⁴ Queste visite sanitarie obbligatorie tutelano anche interessi del singolo detenuto, non è infrequente, infatti, che la visita medica generale obbligatoria compiuta all'atto d'ingresso o le altre visite sanitarie alle quali il soggetto ristretto è sottoposto permettano di accertare maltrattamenti che il detenuto ha subito nel corso della cattura o nel carcere, oppure rilevare l'esistenza di cause di incompatibilità con lo stato detentivo che possono determinare, per il medesimo, un rinvio dell'esecuzione.

unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502) che al comma 1° del suo art. 5 delegava il Governo “ad emanare, entro il 22 giugno 1999 uno o più d.lgs. di riordino della medicina penitenziaria”. La delega fu esercitata, l'ultimo giorno utile con l'emanazione del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 (*Riordino della medicina penitenziaria a norma dell'articolo 5, della legge 30 novembre 1998, n. 419*). Questo decreto legislativo al 1° comma dell'art. 8 dispose il pressoché immediato (doveva avvenire entro il 1° gennaio 2000) trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie relative ai soli settori della prevenzione ed assistenza ai detenuti e agli internati tossicodipendenti. Fu invece deciso di effettuare il passaggio di tutte le altre competenze in modo graduale. Il provvedimento assegnava ad una serie di decreti attuativi, la cui emanazione per opera delle amministrazioni interessate era sottoposta a scadenze temporali stringenti, il compito di individuare e trasferire il personale sanitario e le risorse strutturali ed economiche dal Ministero della giustizia al Ministero della sanità, di predisporre un “progetto obiettivo” per la tutela della salute in ambito penitenziario, di indicare alcune regioni in seno alle quali attuare la fase sperimentale di progressivo trasferimento di tutte le altre funzioni sanitarie, ed, infine, di costituire un contingente sanitario dell'Amministrazione penitenziaria affiancato al personale medico dipendente dal Ministero della sanità.

Il primo dei decreti ministeriale previsti, per la cui redazione fu istituita presso il Dicastero una commissione consultiva interministeriale, fu adottato dal Ministero della sanità, il 20 aprile 2000 e individuò le regioni (in un primo momento la Toscana, Lazio e Puglia, a cui con successivo D.L.vo 433/00 furono aggiunte la Campania, l'Emilia Romagna e il Molise) in cui dare corso al trasferimento, in forma sperimentale, di tutte le restanti funzioni sanitarie all'interno degli istituti penitenziari per la durata del periodo di sperimentazione. Il giorno dopo fu promulgato un nuovo decreto del Ministro della sanità con il quale veniva definito lo schema di “progetto obiettivo”, predisposto della commissione consultiva presso il Ministero della sanità, in ordine al quale le regioni in cui era stata avviata la sperimentazione del passaggio di tutte le funzioni sanitarie penitenziarie, dovevano fissare gli obiettivi della tutela della salute in ambito penitenziario periferico, cosa a cui provvide una sola delle sei regioni individuate, la Puglia.

Come accennato il 22 dicembre 2000 fu promulgato un nuovo decreto legislativo, il n. 433, che prorogò la sperimentazione in corso nelle prime tre

regioni al 30 giugno 2002 ed estese la sperimentazione ad altre tre regioni, Emilia Romagna, Molise e Campania, che avevano fatto espressa richiesta di essere incluse in essa. Il decreto ministeriale, inoltre, istituì un “Comitato per la Valutazione ed il Monitoraggio della Fase sperimentale del Trasferimento delle Funzioni sanitarie dal Ministero della Giustizia al Sistema Sanitario Nazionale”⁴⁵. Dopo questo atto, a causa della complessità della materia da riordinare, anche per la necessità di coinvolgere nelle decisioni varie articolazioni della Pubblica amministrazione, e soprattutto per il venire meno della volontà politica di effettuare tale riordino, la completa attuazione del D.L.vo n. 230, cioè il passaggio alla struttura amministrativa del Servizio sanitario nazionale, tramite i decreti attuativi previsti dagli articoli 6 e 7 del D.L.vo 230/99, del personale sanitario operante presso gli istituti penitenziari, dei beni strumentali connessi all’esercizio delle funzioni sanitarie e, infine, delle risorse assegnate al Ministero di grazia e giustizia e destinate alla sanità penitenziaria, si bloccò per quasi un decennio. Causa non ultima di questa stasi fu la graduale acquisizione della consapevolezza dell’impossibilità di dar vita ad una riforma organica della medicina penitenziaria italiana a costo zero, che non prevedesse un adeguato capitolato di spesa in seno al bilancio dello Stato⁴⁶.

Per quanto attiene alle funzioni sanitarie relative alla cura ed assistenza dei detenuti od internati tossicodipendenti trasferite, alla data del 1° gennaio 2000, al Servizio sanitario nazionale, il decreto legislativo n. 230/1999 aveva puntualmente disposto l’organizzazione dell’attività in favore dei tossicodipendenti ristretti, ribadendo le prescrizioni generali dell’Ordinamento penitenziario. A fronte però di questo trasferimento di mansioni, il personale sanitario è rimasto inquadrato nell’Amministrazione penitenziaria, così come ad essa sono rimasti assegnati i locali, le attrezzature e gli altri beni strumentali. Infatti, all’individuazione del personale sanitario penitenziario, delle aree

⁴⁵ Il Comitato, delegato a redigere, per conto del Governo, una valutazione d’impatto sull’attività sanitaria condotta all’interno degli istituti di pena in cui era avvenuto il trasferimento sperimentale di tutte le funzioni sanitarie al Servizio sanitario nazionale, espresse un parere lusinghiero sui risultati raggiunti, anche in considerazione delle difficoltà gestionali incontrate. Non è chiaro su quali basi fosse fondato questo giudizio dato che la sperimentazione in pratica non è avvenuta neppure nelle sei regioni deputate alla sperimentazione, per la mancata pubblicazione del decreto legislativo 433/2000 che doveva operare il trasferimento del personale sanitario penitenziario al S.S. nazionale. La verifica logicamente si sarebbe, infatti, dovuta fare sull’esecuzione delle prestazioni sanitarie, negli istituti di pena, in via generale, da parte del personale del Servizio sanitario nazionale, e, residualmente, per opera del contingente sanitario dell’Amministrazione penitenziaria, che pure doveva essere determinato dal decreto legislativo 433/2000.

⁴⁶ Basti pensare che in Francia il riordino della sanità penitenziaria realizzato a partire dal 1994 fu accompagnato da un forte investimento iniziale di 400 milioni di franchi, pari a 62 milioni di euro.

mediche, psicologiche ed infermieristiche, da inquadrare organicamente nelle A.S.L, avvenuta con il D.L.vo 433/00⁴⁷, non ha fatto seguito l'effettivo trasferimento.

Concretamente l'unica cosa che cambiò fu il rapporto tra i Ser.T. e l'amministrazione penitenziaria. L'assistenza sanitaria prestata all'interno degli istituti carcerari a custodia attenuata da parte dei Ser.T., che prima del D.L.vo 230/99 era regolata da convenzioni, a partire del 1° gennaio 2000 fu assicurata direttamente dai Ser.T. territorialmente competenti. L'assunzione di responsabilità gestionali da parte delle Aziende sanitarie provinciali, ed in seno alle stesse dei Servizi pubblici per le tossicodipendenze operanti negli istituti penitenziari, si è limitato a definire uno specifico ambito funzionale in cui il personale addetto alla prevenzione ed all'assistenza dei soggetti tossicodipendenti detenuti, organicamente inserito all'interno dell'Amministrazione penitenziaria, si è trovato, per l'esercizio delle funzioni sanitarie trasferite al S.S.No., formalmente responsabile dinanzi a questo e soggetto ai poteri di coordinamento e vigilanza delle A.S.L. sulle attività compiute.

Fortunatamente il decreto legislativo n. 230/99 aveva introdotto l'obbligo giuridico per i due servizi, quello sanitario penitenziario e quello sanitario nazionale, di collaborare per ciò che attiene l'elaborazione e la realizzazione degli interventi terapeutici nel settore della prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di intossicazione da sostanze stupefacenti o psicotrope⁴⁸. L'esigenze di coordinamento tra le due amministrazioni furono anche oggetto della circolare n. 578455/14 del 29 dicembre del 1999 sottoscritta dal Direttore generale del D.A.P. ed adottata di concerto dai Ministri della sanità e della giustizia, che cercò di definire un quadro che assicurasse un agevole ed efficace intervento degli operatori sanitari dei Ser.T. negli istituti penitenziari garantendo la piena autonomia funzionale degli interventi socio-sanitari e terapeutici attuati, salve le particolari esigenze cautelari che eventualmente rendessero opportuno verificare con la direzione del carcere l'esistenza di possibili soluzioni alternative. Le precisazioni contenute nel documento riguardavano gli spazi adibiti all'espletamento delle attività terapeutiche e profilattiche, l'individuazione di giorni, orari e modalità d'accesso degli stessi in

⁴⁷ Questo decreto legislativo ha definito il contingente sanitario dell'Amministrazione penitenziaria, chiamato ad operare, al momento del trasferimento del personale sanitario interno in seno al S.S.N., in sinergia con gli operatori del servizio sanitario pubblico.

⁴⁸ Aveva previsto anche un analogo obbligo, almeno relativamente ad alcune realtà penitenziarie *ex lege* individuate in via sperimentale, per quanto riguarda le prestazioni sanitarie destinate a tutti i detenuti.

istituto e la tempestiva comunicazione agli operatori del Ser.T. dell'ingresso in istituto di individui tossicodipendente. A tutt'oggi, la riforma del sistema sanitario penitenziario, tradotta all'interno dei provvedimenti di cui è stata data una celere elencazione, non ha trovato concreta attuazione.

CAPITOLO QUARTO

LE MISURE CAUTELARI PER I SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

SOMMARIO: 4. LE MISURE CAUTELARI PER I SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI - 4.1. ARCHEOLOGIA DELLE MISURE CAUTELARI PER I SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI: LA CUSTODIA CAUTELARE IN COMUNITÀ - 4.2. L'ART. 89 DEL T.U. DEL 1990: "PROVVEDIMENTI RESTRITTIVI NEI CONFRONTI DEI TOSSICODIPENDENTI E ALCOOL DIPENDENTI CHE ABBIANO IN CORSO PROGRAMMI TERAPEUTICI" - 4.3. LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLE MISURE CAUTELARI INTRODOTTE NEL 2006 - 4.4. IL PESO DELLA DETENZIONE CAUTELARE NELL'AUMENTO DELLA CARCERAZIONE: IL PROBLEMA DEL 5° COMMA DELL'ART. 73 T.U.

4. Le misure cautelari per i soggetti tossicodipendenti

All'inizio degli anni ottanta si assiste ad un vertiginoso aumento degli ingressi in carcere di soggetti tossicodipendenti. Essi, nel giro di quattro anni, si quadruplicano, passando da 1.704 unità equivalenti al 5,8% del totale dei detenuti presenti nei penitenziari italiani nell'anno 1981 a 6.101 unità pari al 18,2% del totale¹. Sotto la pressione di questa progressione numerica il legislatore, che, come ricordato, si era preoccupato, tra l'altro senza successo, di creare reparti carcerari appositi per i tossicodipendenti, decide di adottare i primi provvedimenti di tipo de-carcerizzante. Gradatamente, si fa largo l'idea che, per far fronte all'inflazione detentiva di tossicodipendenti e allo stesso tempo garantire il loro diritto alla cura, la strada migliore è quella di predisporre un percorso preferenziale che porti questi soggetti a scontare la pena in un luogo, la comunità terapeutica, alternativo al carcere, del tutto impreparato per assistere un ingente numero di detenuti con problemi di dipendenza da sostanze stupefacenti. Muovendo dalla constatazione che sul totale dei detenuti tossicodipendenti, un'ampia frangia era costituita dai soggetti ancora in attesa di giudizio, ancor prima che venissero previste misure alternative atte a favorire percorsi extra-carcerari di recupero dei tossicodipendenti autori di reato, si cercarono di sfruttare le modifiche della disciplina delle misure cautelari, per attuare un primo processo di decarcerizzazione.

¹ S. Verde, *op. cit.*, p. 219.

4.1. Archeologia delle misure cautelari per i soggetti tossicodipendenti: la custodia cautelare in comunità

La giurisprudenza sfruttò la riforma della custodia cautelare operata dalla legge n. 532/'82 "Disposizioni in materia di riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti di sequestro - Misure alternative alla carcerazione preventiva", per consentire agli imputati tossicodipendenti di evitare la custodia cautelare in carcere. I tossicodipendenti non erano espressamente menzionati da queste norme che non concernevano in maniera specifica la loro esecuzione penale. Questa legge (art. 4), aggiungendo un terzo comma all'art. 254 del codice di procedura penale del 1930, prevede che, quando procedeva per un reato per cui il mandato di cattura era facoltativo, "nell'emettere il mandato di cattura", valutati il "pericolo di fuga dell'imputato" e il "pericolo per l'acquisizione delle prove", entrambi "desunti da elementi specifici", "nonché la pericolosità dell'imputato, desunta dalla personalità dell'imputato e dalle circostanze del fatto, in rapporto alle esigenze di tutela della collettività", il giudice potesse "disporre che l'imputato, in luogo di essere custodito in carcere", rimanesse "in stato di arresto nella propria abitazione o in luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza". Modificando l'allora art. 277 c.p.p. fu inoltre previsto (art. 10) che analoga misura potesse essere disposta "in sostituzione" della custodia preventiva in carcere già in corso. Fu la giurisprudenza che fece rientrare i tossicodipendenti nella categoria delle persone in "condizioni di salute particolarmente gravi", alle quali questo nuovo istituto era riservato, utilizzandolo per evitare l'esperienza carceraria ai tossicodipendenti per i quali era stata disposta la custodia cautelare e instradarli verso una comunità dove svolgere un programma terapeutico². La facoltà di "sostituire lo stato di custodia preventiva con l'arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza" fu sfruttata dai giudici per sottrarsi all'alternativa inquietante in cui fino a quel momento erano costretti: concedere la libertà provvisoria all'imputato, col rischio che egli, in totale libertà ed assenza di strutture sanitarie idonee, potesse ricadere nel reato, oppure

² Significativa è la sentenza del Tribunale di Torino (22 febbraio 1983) che afferma che "il legislatore pianificando le misure alternative alla carcerazione preventiva, o ha dimenticato del tutto i detenuti tossicodipendenti, che ormai costituiscono una fascia cospicua della popolazione carceraria, o li ha deliberatamente ignorati lasciando alla fantasia e all'intelligenza dei giudici la ricerca di soluzioni in qualche modo idonee ad affrontare il problema dei tossicomani che delinquono per procurarsi la sostanza stupefacente", citata in G. Ambrosini, "Droga e libertà personale nelle prime applicazioni della legge 532/1982", in *Questione giustizia*, 1 (1983), p. 111.

trattenerlo in carcere, compromettendo le speranze di recupero individuale e rischiando di veder il soggetto trasformarsi in delinquente professionista³.

Come è stato osservato⁴, è molto probabile che il legislatore non avesse proprio pensato all'incidenza del suo provvedimento sul trattamento dei tossicodipendenti imputati di reato, e che, "pianificando le misure alternative alla carcerazione preventiva", avesse "dimenticato del tutto" o "deliberatamente ignorato" i tossicodipendenti che pure costituivano ormai una fascia cospicua della popolazione carceraria. Sta di fatto che, a dispetto delle imprecisioni termologiche⁵ della legge, "la fantasia e l'intelligenza dei giudici, alla ricerca di soluzioni idonee ad affrontare il problema dei tossicomani che delincono per procurarsi la sostanza stupefacente" portò a sfruttare la nuova normativa per conciliare le esigenze cautelari enunciate dall'allora art. 274 c.p.p. con una politica di decarcerizzazione dei tossicodipendenti, facendo fare alle comunità terapeutiche la loro apparizione come strumento di decarcerizzazione sotto la veste di "luoghi pubblici di cura e assistenza".

In dottrina⁶, molti autori si sono espressi in maniera contraria all'uso del nuovo istituto della detenzione domiciliare presso un luogo di cura. Le critiche sottolineavano il pericolo di creare un diritto speciale, per non dire "premiare", per i tossicodipendenti. In particolare, si sottolineava l'esigenza che la misura cautelare alternativa alla custodia in carcere fosse concessa nel rispetto del principio di eguaglianza tra imputati tossicodipendenti e non, quindi valutando la posizione dell'imputato tossicodipendente alla luce dei parametri adottati per tutti gli altri imputati, senza attribuire alcun peso alla condizione di tossicodipendenza. Si ammetteva che il magistrato potesse tenere conto di questo *status* solo nel caso in cui la necessità di una misura cautelare nascesse dalla pericolosità del soggetto dovuta alla sua condizione di tossicodipendenza. Solo in questo caso, si sosteneva, la detenzione domiciliare in comunità terapeutica poteva apparire la misura cautelare più idonea, in quanto capace di garantire, rispetto agli altri imputati, il principio di parità riguardo l'esigenze di sicurezza, e, allo stesso tempo, "più rispondente allo scopo riabilitativo"⁷. Si criticava poi la coartazione della volontà di sottoporsi al trattamento terapeutico

³ G. Ambrosini, "Droga e libertà personale nelle prime applicazioni della legge 532/1982", cit., p. 103 ss.

⁴ *Ivi*, p. 107-108.

⁵ Come nota G. Ambrosini, "Droga e libertà personale nelle prime applicazioni della legge 532/1982", cit., p. 104, sarebbe stato più appropriato parlare di 'modalità di esecuzione della custodia preventiva' anziché di sostituzione della stessa, dato che gli arresti domiciliari configurano comunque una custodia cautelare.

⁶ Cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, "Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente", cit., pp. 849-857.

⁷ *Ibidem.*

che derivava dalla possibilità di sottrarsi al carcere attraverso gli arresti domiciliari presso una comunità.

Un passo più deciso nella direzione indicata con la legge del 1982 fu fatto due anni dopo con la legge n. 398, del 28 luglio 1984, che trasfuse la disciplina degli arresti domiciliari o “in un luogo pubblico di cura o di assistenza” nel nuovo art. 254-*bis*, prevedendo che essi potevano essere adottati anche nei confronti dell'imputato di reato per il quale l'emissione del mandato di cattura era obbligatorio, quando risultava “evidente” che non sussistessero le ragioni cautelari indicate nel secondo comma dell'art. 254. Il principale merito di questa legge è probabilmente quello di aver, seppure implicitamente, delineato la custodia presso “luoghi pubblici di cura e assistenza”, considerati dalla dottrina dell'epoca un po' vagamente destinati a soddisfare scopi “genericamente assistenziali”⁸, come luoghi deputati all'esecuzione della custodia cautelare nei confronti dei soggetti tossicodipendenti. La strada scelta da legislatore per dare questa indicazione era però, quantomeno, tortuosa. L'art. 25 della legge 398/84, mentre prevedeva che non doveva gravare nessun onere sull'amministrazione penitenziaria per “il mantenimento, la cura e l'assistenza medica dell'imputato sottoposto alla misura dell'arresto nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora”, stabiliva che non dovevano essere considerati “luoghi di abitazione o di privata dimora, le comunità terapeutiche o di riabilitazione – che così venivano esplicitamente menzionate⁹ – individuate con decreto del Ministro di grazia e giustizia, sentite le regioni interessate, tra quelle che svolgono funzioni di recupero sociale senza finalità di lucro”. Da questo, non certo lineare, quadro normativo emergeva che il legislatore, a dispetto delle perplessità della dottrina, avallava l'operazione ermeneutica condotta dalla giurisprudenza e suggeriva ai magistrati di adottare la misura cautelare degli arresti in comunità nei confronti dei soggetti tossicodipendenti, quando ritenevano che essa potesse soddisfare le esigenze cautelari, sia se procedevano per un reato per il quale era previsto l'arresto facoltativo che per uno per il quale era previsto l'arresto obbligatorio. Questa possibilità in ultima istanza non era che l'applicazione ad un caso particolare della previsione generale secondo cui la pericolosità dell'imputato doveva essere

⁸ Cfr. Ferrua, “Le misure ‘alternative’ alla custodia in carcere: dalla convalida dell'arresto alla libertà promissoria” in V. Grevi (a cura di) *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, p.86; Trib. Genova, 13/2/84, in *Giurisprudenza italiana*, II 1985, 92 con nota di G. De Roberto.

⁹ Questo dato sfugge a F. Corbi, “L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 1110 e ss., quando sostiene che le comunità terapeutiche vengo formalmente riconosciute per la prima volta la legge 287 del 1985.

desunta, oltre che dalle circostanze del fatto, dalla sua personalità: l'imputato tossicodipendente, secondo lo schema generale che fa da perno dal 1975 in poi alle politiche penali in materia di tossicodipendenza, vede scemare la propria pericolosità, che si assume legata alla dipendenza della sostanze assunte, sottoponendosi ad un trattamento terapeutico.

Queste disposizioni si limitavano però a rimettere al giudice, senza fornirgli alcuna guida, il bilanciamento tra le esigenze terapeutiche, mai esplicitamente menzionate, e le esigenze cautelari. In particolare esse non creavano alcun meccanismo di salvaguardia della spontanea partecipazione al percorso comunitario di recupero e delle correlate esigenze delle strutture comunitarie. Così in sede di conversione del D.L. n. 144, del 22 aprile 1985, nella legge n. 297, del 21 giugno 1985, legge con cui si introdusse l'affidamento terapeutico, misura alternativa specificamente mirata per favorire la decarcerizzazione e il recupero dei tossicodipendenti, furono introdotti gli articoli 4-*quinquies* e 4-*sexies*. L'art. 4-*sexies* vincolava il giudice, che aveva disposto un ordine di cattura verso un imputato tossicodipendente già inserito all'interno di un programma terapeutico, a valutare, nei casi in cui poteva essere concessa la libertà provvisoria, non solo le esigenze cautelari legate alle ragioni processuali e al pericolo di reiterazione dei reati, ma anche il vantaggio che l'imputato avrebbe tratto dal seguire il programma da libero.

L'art. 4-*quinquies* stabiliva esplicitamente che l'autorità giudiziaria precedente dovesse tener conto, al momento di adottare un provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale, oltre che delle esigenze cautelari previste dall'allora art. 254 c.p.p., anche del pregiudizio che avrebbe arrecato al tossicodipendente l'interruzione del programma terapeutico presso una comunità. Se il giudice lo riteneva opportuno poteva rimuovere la situazione detentiva esistente per consentire al tossicodipendente la prosecuzione del programma cui si era sottoposto, prima dell'apertura del procedimento penale nei suoi confronti, anche se eventualmente il programma si era già interrotto per la custodia in carcere. In questo modo si dava vita, nel campo delle misure cautelari, al meccanismo di incentivazione penale alla "volontaria" intrapresa di un percorso terapeutico che caratterizzerà tutta la normativa sui tossicodipendenti autori di reato. Lo stesso magistrato, qualora avesse deciso di non emanare l'ordine di cattura, poteva disporre i controlli necessari a verificare il proseguimento del programma terapeutico.

Merita di essere sottolineata un'importante innovazione che questa norma introduce. Fino a quel momento il giudice poteva solo sostituire la custodia

cautelare in carcere con gli arresti in un luogo pubblico di cura, per cui il tossicodipendente (o l'alcool dipendente), per evitare la carcerazione doveva avere in corso un programma comunitario residenziale. La legge 297/1985, in conformità alla sua *ratio*, mirante a proteggere il diritto di cura e la libertà terapeutica, non impone al giudice di stabilire gli arresti presso un luogo pubblico di cura, ma solo di tutelare il programma terapeutico in corso che quindi poteva essere anche di tipo residenziale. Scelta confermata poi dai provvedimenti normativi successivi, tanto che la Cassazione¹⁰, qualche anno dopo, chiamata a pronunciarsi sul punto, chiari che non era necessario che il programma terapeutico prevedesse il soggiorno del tossicodipendente in una comunità “chiusa”, fosse cioè un programma residenziale, ma che era invece indispensabile che il programma fosse redatto in modo da consentire al giudice un adeguato controllo sulla sua capacità di favorire il recupero sociale del soggetto chi vi si sottoponeva.

La legge 297/1985, sulla scia di quanto aveva già fatto la legge 685/1975, si premurava comunque di garantire l'assistenza sanitaria ai tossico e alcool dipendenti sottoposti alla custodia cautelare in carcere parificandoli sotto questo profilo ai detenuti definitivi. L'art. 4 *-quater*, stabiliva, infatti, che “quando per divieto di legge o per disposizione dell'autorità giudiziaria, il tossicodipendente o l'alcool dipendente imputato o condannato non sia ammesso alla misura sostitutiva prevista, il programma terapeutico al quale l'interessato risulti sottoposto o intenda sottoporsi viene proseguito nello stato di detenzione per opera del servizio sanitario penitenziario con il concorso delle strutture sanitarie regionali”.

Tre anni dopo, nel 1988, con l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (entrato in vigore dal 24 ottobre dell'anno successivo), la custodia cautelare nei confronti dei soggetti tossicodipendenti viene regolata *ex novo*, riconducendo all'interno della disciplina codicistica le linee di fondo della normativa speciale degli ultimi anni. Inoltre, l'orientamento favorevole alla cura venne molto accentuato: la comparazione tra esigenze cautelari e prosecuzione del percorso terapeutico fu fatta in via presuntiva dal legislatore, dando prevalenza al secondo. Secondo la formulazione originaria del 5° comma dell'art. 275, il giudice procedente non poteva, infatti, disporre la custodia cautelare in carcere dell'imputato tossico o alcool dipendente che avesse in corso un programma di recupero comunitario, a meno che non ricorressero

¹⁰ Cass. Sez. VI, n. 2097/1993, Fuso, in Cassazione penale, 1995, p. 344.

esigenze cautelari di “eccezionale rilevanza”. Si prevedeva dunque in modo esplicito che le ordinarie esigenze cautelari, enunciate dall’art. 274, nel caso che ci si trovasse di fronte ad un soggetto tossicodipendente con un programma terapeutico comunitario in corso, non fossero sufficienti a giustificare una misura cautelare a carico dell’imputato. Il giudice, quindi, avrebbe dovuto bilanciare queste esigenze con quelle terapeutiche, ritenendo prevalenti le prime solo in caso ne riscontrasse eccezionale rilevanza. Questa previsione, al di là della sua innovatività, per la perentorietà con cui era formulata, in fin dei conti non rappresentava niente altro che la specificazione riferita ad un caso particolare del principio generale codificato nell’art. 273 c. 3 c.p.p., ove si prevede che “la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata”.

Ancora una volta l’assunto di fondo sembra essere la convinzione che la pericolosità del soggetto sia in gran parte legata allo stato di tossicodipendenza, per cui una volta che egli si è sottoposto ad un programma terapeutico la sua predisposizione criminale si affievolisce notevolmente. Come ha sottolineato parte della dottrina¹¹, anche questa disposizione, appare l’applicazione al caso particolare dei tossicodipendenti e alcool dipendenti, del principio di adeguatezza enunciato dal 1° comma dell’art. 275, secondo il quale nel disporre le misure, il giudice tiene conto della loro specifica idoneità: in questo caso lo *status* soggettivo di tossico sancisce l’idoneità, almeno in via di massima, del programma terapeutico (che può essere residenziale, ed eventualmente, ma non necessariamente, accompagnato dalla misura degli arresti presso la comunità, oppure domiciliare, ed eventualmente, ma non necessariamente, accompagnato dalla misura degli arresti domiciliari), ad evitare la custodia in carcere in forza dello schema normativo che collega le esigenze cautelari alla particolare condizione soggettiva del tossicodipendente.

Il nuovo codice di procedura penale ha previsto un’altra misura cautelare non detentiva specifica per i tossicodipendenti in grado di accompagnare e favorire il loro percorso terapeutico: l’obbligo di dimora. Questo istituto è regolato dall’art. 283, c.p.p. il cui 5° comma, dispone che il giudice nel determinare i limiti territoriali delle prescrizioni, deve considerare, ove possibile, le esigenze di assistenza dell’imputato e in particolare, laddove l’imputato è un tossicodipendente che già inserito abbia in corso un programma di recupero

¹¹ Cfr. V. Grevi, “*Misure cautelari*”, in V. Grevi e G. Conso (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 291 e ss. L. Chiavario, “*Variazioni sul tema delle misure coercitive nel processo penale tra nuovo codice e “legge anticipatrice”*”, in *Giurisprudenza Penale*, 1989, pt. III, p. 4.

presso una struttura terapeutica autorizzata, deve anche disporre i controlli necessari per accertare che il programma di recupero prosegue. Quest'ultima prescrizione testimonia ancora una volta l'importanza che il legislatore attribuisce al percorso terapeutico per combattere lo stato di tossicodipendenza e la tendenza a delinquere ad esso considerata connaturata.

4.2. L'art. 89 del T.U. del 1990: "Provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti e alcool dipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici"

Con l'approvazione del Testo Unico del 1990, il 5° comma dell'art. 275 c.p.p., diventa il primo comma dell'art. 89 dello stesso T.U., rubricato "Provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti o alcool dipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici". Il 5° comma dell'art. 275 c.p.p. fu però soppresso formalmente solamente dal 2° comma dell'art. 5, legge n. 222 del 14 luglio 1993¹² che riformulo l'art. 89, T.U. del 1990. In linea con la normativa precedente e con il diritto di cura riconosciuto agli utenti delle sostanze psicotrope, il T.U. del 1990 riconosce, come ricordato, a chi si trova "in stato di custodia cautelare" -- come a chi è in espiazione pena -- "per reati connessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza o sia ritenuto dall'autorità sanitaria abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope o che comunque abbia problemi di tossicodipendenza", il diritto "di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti carcerari a scopo di riabilitazione".

Subito dopo la libertà del giudice di valutare lo scemare della pericolosità del tossicodipendente che ha intrapreso il programma comunitario e di bilanciarla con le esigenze terapeutiche e la tutela del diritto alla salute, venne parzialmente limitata dalle modifiche apportate dai numerosi decreti (spesso reiterati e poi convertiti con sostanziali modifiche), emanati sull'onda dell'emergenza conseguente alle stragi di Capaci e via D'Amelio. In conseguenza di questi interventi normativi¹³, che portarono, tra l'altro, all'introduzione, con ripetute modifiche, dell'art. 4-*bis* nella legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento

¹² Come vedremo questo non è un caso isolato per gli istituti in qualche modo duplicati dal T.U. del 1990, anche l'art. 47-*bis* della legge sull'Ordinamento Penitenziario, che conteneva l'originario regolamento dell'affidamento terapeutico, sarà abrogato non dallo stesso T.U. che regolamenta nuovamente l'istituto, ma solo dopo alcuni anni.

¹³ Vanno ricordati il D.L. 13/5/1991 n. 152 convertito con modifiche nella L. 203 del 15/7/1991 che modificò tra l'altro l'art. 275 c.p.p.; il D.L. 8/6/1992 convertito con modifiche nella legge n. 356 del 7 agosto 1992, che modificò tra l'altro l'art. 407 c.p.p.; il D.L. 13/3/1993 n. 60, reiterato con il D.L. 14/5/1993 n. 139 a sua volta convertito nella L. 14/7/1993 n. 222 che modificò tra l'altro (art. 5) l'originario art. 89 del T.U. sugli stupefacenti.

penitenziario, il giudice fu obbligato a disporre la custodia cautelare in carcere nei confronti del soggetto tossicodipendente che avesse in corso un programma di recupero, quando lo stesso fosse imputato dei gravissimi reati ivi previsti. Nella sua formulazione originaria il 4° comma dell'art. 89 individuava i reati che imponevano la custodia in carcere anche del tossicodipendente (e dell'alcool dipendente che voleva continuare o intraprendere un percorso terapeutico), attraverso il rinvio al 3° comma dell'art. 275 c.p.p.. Il 2° comma dell'art. 21, legge 332/95, riformulò interamente il 3° comma dell'art. 275 del codice di rito, modificò il testo del 4° comma dell'art. 89, sostituendo il rinvio ai delitti elencati dal 3° comma dell'art. 275, con quello ai delitti contemplati dall'art. 407, comma 2, lett. a), numeri da 1) a 6), del codice di rito e che disciplina i termini di durata massima delle indagini preliminari. La sostituzione si rese necessaria, perché la legge n. 332/1995 circoscrisse ai soli delitti di criminalità mafiosa l'elenco dei reati, contenuto nel 3° comma dell'articolo 275, in ordine ai quali derogare al principio di eccezionalità della custodia cautelare in carcere. Il 1° comma dell'art. 21 della legge del 95 inserì nell'art. 407 l'elenco degli altri reati precedentemente compresi nel 3° comma dell'art. 275, mentre il secondo comma dello stesso articolo sostituì con il richiamo al nuovo art. 407, all'interno di ciascuno degli istituti, il riferimento all'articolo precedente.

La disciplina della custodia cautelare dei delitti elencati dal 2° comma, lett. a) dell'art. 407 c.p.p., non è però uniforme. Occorre distinguere i reati di criminalità mafiosa da tutti gli altri. Per i primi, elencati ai numeri 1 (limitatamente all'art. 416-*bis* c.p.) e 3 del 2° comma, lett. a), la custodia in carcere è presuntivamente obbligatoria, infatti, se l'accusa è supportata da gravi indizi di colpevolezza, ai sensi del 3° comma dell'art. 275, grava sul giudice, nel caso ritenga di non disporre la custodia cautelare in carcere, un onere di motivazione negativa circa l'inesistenza di esigenze cautelari. Per le fattispecie di reato richiamate dai numeri 1 (salvo il richiamo all'art. 416-*bis* c.p.), 2, 4, 5 e 6, fra le quali si annoverano i reati previsti dagli articoli 73 (limitatamente all'ipotesi aggravata in concorso con il 2° comma dell'art. 80) e 74 del D.P.R. 309/90¹⁴, si applica il regime ordinario previsto per le misure cautelari e, pertanto, la misura prevista dall'art. 285 del codice di rito dovrà essere disposta dal giudice soltanto quando le esigenze cautelari del caso concreto non possono essere soddisfatte da una forma di limitazione della

¹⁴Com'è stato notato (R. Ricciotti, *op. cit.*, pp. 283-284), l'art. 21 della legge 332/95 inserendo all'interno del punto n. 6), lett. a), del 2° comma, art. 407 del codice di procedura penale queste due fattispecie ha esteso fino a due anni i termini di durata massima delle indagini preliminari ad esse relative.

libertà personale meno gravosa. Sostanzialmente, il legislatore ha operato una tripartizione dei reati: i reati di mafia, per i quali vige, salvo motivazione contraria, una presunzione di pericolosità che giustifica la custodia in carcere e che prevale sull'esigenza di sottoporre tossico ed alcool dipendenti ad un trattamento terapeutico¹⁵, altri gravi reati individuati dall'art. 407, comma 2, lett. a), numeri da 1) a 6)¹⁶, per i quali il giudice deve valutare le ordinarie esigenze cautelari, che prevalgono sull'esigenza terapeutica, al fine di stabilire la misura adatta, tutti gli altri reati per i quali le esigenze terapeutiche prevalgono su quelle cautelari ed escludono la custodia in carcere.

In parziale controtendenza andarono le modifiche apportate all'art. 89 dalla legge 222 del 1993 che estese l'ambito dei casi in cui il tossico e l'alcool dipendente non potevano essere assoggettati alla custodia cautelare in carcere. Il primo comma dell'art. 89 ribadiva il divieto, se si prescinde dai reati di cui all'art. 407, comma 2, per l'autorità giudiziaria procedente di disporre la custodia cautelare in carcere nei confronti di un tossico o alcool dipendente imputato con un programma di recupero in corso, al fine di non pregiudicarne le istanze disintossicanti, salvo che ricorressero esigenze cautelari di particolari rilevanza, tali da giustificare il sacrificio del diritto di cura del ristretto. Il 2° comma dell'art. 89, introdotto dalla legge 222/1993, prevede l'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente, fatte sempre salve le esigenze cautelari eccezionali e i reati di cui al 2° comma dell'art. 407 c.p.p., di revocare la custodia cautelare in carcere, quando l'indagato o imputato intende sottoporsi ad un programma di recupero presso il Ser.T. od altra struttura autorizzata ed avanza un'istanza alla quale è allegata la certificazione dello stato di tossicodipendenza e la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento rilasciata dalla struttura individuata. Quindi, la custodia cautelare in carcere oltre a fungere da pungolo per la volontaria intrapresa di un programma di recupero prima dell'inizio del procedimento penale, in conformità alla *ratio* di fondo del T.U. del 1990, assurge, in linea anche con quanto previsto in generale per la detenzione carceraria, come strumento principale di convincimento a sottoporsi al programma terapeutico. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 89

¹⁵ Questa prevalenza è stata valutata costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale (sentenza n. 339, del 20 luglio 1995) che ha ritenuto ragionevole la scelta compiuta a livello di politica legislativa, di differenziare il regime cautelare dei tossicodipendenti imputati di un reato *ex art.* 275, comma 3, c.p.p., da quello destinato ai tossicodipendenti imputati di un diverso reato.

¹⁶ Vale la pena ricordare che per quanto attiene l'individuazione del termine massimo di custodia cautelare relativo alla fase delle indagini preliminari per i delitti di cui al 2° comma, lett. a) dell'art. 407 c.p.p., questo è fissato, ai sensi dell'art. 303, 1° comma, lett. a), n. 3 del codice di rito, in un anno e a questi reati non si applica inoltre la disciplina, introdotta dall'art. 14 della legge 332/95 che ha aggiunto i commi 2-*bis* e 2-*ter* all'art. 301 c.p.p., che ha sensibilmente ridotto i termini di durata della custodia carceraria disposta per fini probatori.

configurano, in sostanza, la custodia cautelare in carcere come strumento attraverso il quale indurre (*rectius*: coartare) l'abituale dedito al consumo di stupefacenti indagato, od imputato, ristretto nelle mura del provvedimento cautelare di cui all'art. 285 del codice di rito, ad avviare un percorso curativo diretto al suo recupero psico-fisico¹⁷.

Dottrina e giurisprudenza hanno discusso sui criteri per determinare le esigenze cautelari di "eccezionale rilevanza" che la normativa aveva posto come vincolo oggettivo alla concessione al tossicodipendente imputato di proseguire, od intraprendere, il percorso terapeutico all'esterno delle mura carcerarie. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che per configurarsi un'esigenza di "eccezionale rilevanza" si deve trascendere la normale situazione di pericolo che porta alla comminazione della custodia cautelare in carcere: ci si deve trovare di fronte ad una minaccia degli interessi della collettività tale da prevalere sul diritto di cura del soggetto tossicodipendente e sull'interesse collettivo rappresentato dal suo recupero:

In materia di provvedimenti restrittivi nei confronti di tossicodipendente, il comma 1 dell'art. 89 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 esclude la possibilità di applicare il regime di favore ove ricorrano "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza". Tali esigenze, della cui sussistenza il giudice deve dare congrua e logica motivazione, non coincidono con una normale situazione di pericolo, ma si identificano in un'esposizione al pericolo dell'interesse di tutela della collettività di consistenza tale da non risultare compensabile rispetto al valore sociale rappresentato dal recupero del soggetto tossicodipendente. L'eccezionale rilevanza, quindi, non attiene, "tout court", alle normali esigenze cautelari, ma afferisce alla graduazione dell'intensità delle stesse, che deve essere tale da far ritenere insostituibile la misura carceraria¹⁸

Questa impostazione comporta, in primo luogo, che il Giudice deve dare conto delle ragioni per le quali intende derogare alla regola del divieto della custodia in carcere. Deve spiegare perché a suo parere si configurino esigenze cautelari di "eccezionale rilevanza" che gli fanno considerare talmente elevata pericolosità del soggetto in libertà da giustificare il superamento¹⁹. Inoltre, come la Cassazione ha chiarito, questa impostazione comporta che quando si procede ad una valutazione probabilistica della reiterazione del reato, i precedenti penali

¹⁷ R. Ricciotti, M. M. Ricciotti, *op. cit.*, p. 284.

¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno 2005, n. 34218, precedentemente in senso analogo cfr. Cass., Sez. IV, n. 13302/2004, Fadda, in CED, Rv. 228037.

¹⁹ Cfr. Cass. pen. sez. I, 10 dicembre 1996 n. 6610, Verdini, in Cassazione penale 1998, p. 154.

per reati connessi alla droga, “sono utili per una prognosi di reiterazione criminosa, ma non di per sé sintomatici dell’eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari”, poiché, ai sensi dall’art. 89 T.U., “l’esposizione a pericolo nell’interesse di tutela della collettività” deve imporsi “con caratteristiche di importanza del tutto straordinarie”. Essi non possono quindi impedire l’attuazione di un percorso terapeutico di recupero del tossicodipendente, neppure essendo assunti come indicatori probabilistici negativi del suo successo²⁰. Orientamento ribadito qualche anno dopo, quando la Corte ha sostenuto²¹ che

“i precedenti penali del tossicodipendente, se sono sufficienti per una prognosi di reiterazione criminosa, non sono di per sé sintomatici della richiesta “eccezionale rilevanza” delle esigenze cautelari che impedisce la revoca della medesima, intendendosi tale eccezionalità nel senso di un’esposizione al pericolo dell’interesse di tutela della collettività in modo assolutamente importante e del tutto straordinario, tale cioè da non risultare compensabile o meglio recessiva rispetto al valore sociale rappresentato dal recupero del soggetto, ancorché emergente in termini di probabilità”.

E ancora, successivamente, ha affermato che “tali eccezionali esigenze cautelari non possono desumersi solo dai trascorsi e precedenti penali dell’indagato, i quali, se sono idonei a postulare una prognosi di reiterazione criminosa, non danno ancora, di per sé, contezza della loro eccezionale rilevanza ai fini che occupano”²².

Infine, la Cassazione²³, annullando con rinvio un’ordinanza resa dalla Sezione Riesame del Tribunale di Messina, in data 10 novembre 2005, ha stabilito il superato di una restrizione alla prevalenza delle esigenze terapeutiche rispetto alle normali necessità cautelari derivava dalla generale previsione, introdotta dalla legge n. 4 del 19 gennaio 2001²⁴, aggiungendo all’art. 284 c.p.p. il comma 5-*bis*, alla stregua del quale la concessione di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere è in generale inibita nei confronti di chi sia stato condannato per il reato di evasione, nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede. In questa occasione, la Corte ha precisato che “nei confronti del tossicodipendente che abbia in corso programmi di recupero, la condanna per il reato di evasione intervenuta nei cinque anni

²⁰ Cass. Sez. VI, n. 1771/1995, 3 maggio 1995, Bevilacqua, in CED, Rv. 202591 e Cassazione penale, 1996, p. 650.

²¹ Cass. Sez. VI, 29 gennaio 1999 n. 294, D’Agostino, in CED RV 214051.

²² Cass. Sez. VI, n. 22122/2002, Quaranta, in CED, RV 222243.

²³ Cass. pen. sez. II, 26 aprile 2006 n. 19348, in CED 2006.

²⁴ Legge di conversione del D.L. 341/00.

precedenti al fatto per il quale si procede non è d'ostacolo alla concessione degli arresti domiciliari, perché rispetto alla previsione generale di cui all'art. 284, comma 5 *bis* c.p.p., che esprime una presunzione legale del pericolo di fuga, la norma di cui all'art. 89 D.P.R. n. 309 del 1990 ha natura speciale e prescrive che solo in presenza di eccezionali esigenze cautelari, che non si individuano nel solo pericolo di fuga presunto ex art. 284, comma 5 *bis* c.p.p., possa essere disposta la misura più afflittiva della restrizione carceraria". La Corte ritiene un dato pacifico, quello che la comune esperienza evidenzia e che costituisce il filo rosso di oltre trent'anni di politiche penali di contrasto alla diffusione della droga, cioè che il tossicodipendente è un soggetto con una forte propensione alla reiterazione dei reati "della stessa specie di quelli per cui si procede", poiché istigato a delinquere dalla necessità di reperire i mezzi per sostentare la propria condizione. Solo la sua disintossicazione può far scemare questa sua tendenza alla recidiva, per cui il fatto che prima di intraprendere il percorso terapeutico abbia commesso numerosi reati connessi all'uso delle sostanze psicotrope o sia evaso non può essere assunto come indicatore del fallimento del percorso stesso.

Per quanto riguarda il caso del soggetto che ha un programma in corso, previsto dal primo comma dell'art. 89 T.U., si è presto affermata la convinzione che la sottoposizione alla terapia disintossicante prima dell'arresto comprovasse l'intenzione del soggetto indagato, od anche imputato, di reinserirsi in un contesto di legalità²⁵. Il 1° capoverso dell'art. 89 richiedeva poi, per escludere la misura di cui all'art. 285 c.p.p., a carico di un soggetto alcool o tossico dipendente indagato, che l'interruzione del programma potesse pregiudicare la disintossicazione dell'interessato. La Suprema Corte ha stabilito che spetta all'indagato fornire la prova "che la terapia intrapresa abbia assunto il carattere di serietà, così da collegarsi ad una definitiva risoluzione di distacco dalla droga", e che questa venga attuata sulla base di un programma "la cui interruzione potrebbe pregiudicare il disegno di disintossicazione"²⁶.

Più complessa è stata la discussione sul caso previsto dal 2° comma dell'art. 89. Questo, infatti, statuisce che quando il soggetto tossicodipendente è detenuto, la documentata intenzione di intraprendere *ab initio* un percorso terapeutico e socio-riabilitativo, prevale sulle esigenze cautelari, sempreché queste non sono di straordinaria consistenza. Secondo il dettato normativo, per sospendere la custodia cautelare era sufficiente che l'interessato producesse

²⁵ Trib. Trapani, 24 dicembre 1990, *ANPP*, 1991, P. 434.

²⁶ Cass. Sez. VI, 4 luglio 1992, *Rizzo*, *ANPP*, 1993, P. 327.

un'istanza rilasciata dal Servizio pubblico competente, attestante lo stato di tossicodipendenza e la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento della struttura, il provvedimento di custodia cautelare in carcere doveva essere revocato²⁷. L'ultimo periodo del 2° comma imponeva al Servizio pubblico per le tossicodipendenze di accogliere, in ogni caso, la richiesta dell'abituale dedito al consumo di stupefacenti di sottoporsi ad un programma terapeutico socio-riabilitativo. Ancora una volta, in coerenza con il carattere terapeutico del percorso di recupero, la giurisprudenza²⁸ ha sostenuto che, in presenza della idoneità terapeutica del programma e della garanzia di controllo sulla puntuale realizzazione del piano di cura, la scelta dell'interessato in ordine all'attuazione del piano terapeutico presso un Servizio pubblico funzionante come struttura "aperta", e non presso una struttura residenziale "chiusa", non può essere causa del diniego della revoca della misura cautelare "essendo rimessa allo stesso interessato in base al dettato normativo, la scelta tra l'una o l'altra forma di trattamento". A fronte di questo "quasi automatismo" per cui alla dichiarazione di volontà del tossicodipendente si metteva in moto il meccanismo di revoca della custodia in carcere, in dottrina non è mancato chi ha paventato il rischio che l'istituto della revoca fosse utilizzato in via strumentale da parte del tossicodipendente, che intraprendeva il percorso terapeutico al solo scopo di sfuggire ad una misura più afflittiva. Come nella discussione sull'affidamento terapeutico, queste voci hanno sottolineato la necessità di una prassi che indaghi sulla reale volontà al reinserimento sociale del soggetto interessato da un provvedimento cautelare, allo scopo di verificare se la revoca della custodia cautelare possa elidere i *pericula libertatis* che avevano condotto l'autorità giudiziaria a prescrivere la custodia cautelare in carcere²⁹. Altri autori hanno sottolineato che sembra sufficiente che il giudice valuti l'adeguatezza del programma, sia in rapporto alla sua finalità di recupero e di riabilitazione, sia in rapporto alle circostanze ricavabili dalle caratteristiche personali dell'interessato. Per il resto, i controlli volti a verificare la prosecuzione del

²⁷ Richiedendo la legge che la tossicodipendenza del soggetto sia documentata da apposita certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze la Suprema Corte (Cass. pen. 20/05/1998) ha considerato insufficiente la certificazione rilasciata dal medico privato. In precedenza, la sentenza della Cass. Sez. VI, 4 maggio 1995, Coniglione, in Rassegna di studi penitenziari, 1996, p. 650, aveva ritenuto inidonea la nota rilasciata dal Servizio pubblico per le tossicodipendenze, che si era limitato a registrare le dichiarazioni dell'interessato, senza compiere alcuna verifica ed, in particolare, senza svolgere gli accertamenti clinici e di laboratorio specificamente demandatigli ai sensi dell'art. 113, 1° comma, lett. b), D.P.R. 309/90.

²⁸ Cass. Sez. VI, 2 luglio 1993, Fuso, in Cassazione penale, 1995, p. 344; Cass. Sez. VI, 8 marzo 1994, Implia, MCP, 1994, fasc. 10, m. 25

²⁹ F. Schellino, "Commento art. 275 c.p.p.", in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale. Secondo aggiornamento*, UTET, Torino, 1993, pp. 100 e ss.

percorso terapeutico intrapreso dal soggetto sottoposto ad un procedimento penale, che il giudice deve *ex lege* stabilire, allontanano il pericolo che i programmi terapeutici e socio-riabilitativi siano utilizzati in modo fraudolento dal soggetto non motivato per accedere ad un canale trattamentale preferenziale e meno afflittivo³⁰.

Secondo quanto già previsto originariamente dal 5° comma dell'art. 275 c.p.p. il giudice per le indagini preliminari o del dibattimento, con il provvedimento con il quale afferma che non si deve dare luogo alla custodia in carcere, stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossico o l'alcool dipendente effettivamente si attenga al programma di recupero.

Il terzo comma dell'art. 89, introdotto dal D.L. 139/1993 convertito nella legge 222/93, prevede poi che il giudice dovesse disporre la custodia cautelare in carcere, o il suo ripristino, "quando accerta che la persona ha interrotto l'esecuzione del programma ovvero mantiene un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione, o quando accerta che la persona non ha collaborato alla definizione del programma o ne ha rifiutato l'esecuzione". Anche questa norma non è che un'ipotesi speciale, ritagliata sulle misure cautelari per il tossico e l'alcool dipendente, del principio generale statuito all'art. 276 c.p.p., rubricato "provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte". Come è noto tale norma prevede che, alla presenza di trasgressioni inerenti ad una misura cautelare, il giudice possa sostituire la misura cautelare o cumulare la stessa con altra più grave, "tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione". Nel caso specifico, probabilmente come contrappeso al regime di favore³¹, il legislatore ha previsto, che quando si è derogato all'esigenze che comportavano la custodia cautelare in carcere, il giudice non può valutare il provvedimento da prendere, ma deve necessariamente disporre, o ripristinare, la custodia in carcere. Le ipotesi indicate dal comma 3 dell'art. 89 (interruzione del programma, comportamento incompatibile con la corretta esecuzione dello stesso, l'assenza di collaborazione), rappresentano, in altre parole, la tipizzazione, tassativa, dei motivi che comportano la sostituzione con la custodia in carcere della misura stabilita per il tossico e l'alcool dipendente in virtù dei programmi terapeutici intrapresi o in procinto di essere intrapresi. E' ovvio che in presenza di violazioni delle prescrizioni diverse da quelle tipizzate, deve applicarsi la

³⁰ G. Amato, "Droga e attività di polizia", cit., p. 200.

³¹ G. Amato, "Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti", Laurus Robuffo, Roma, 2006, p. 61: tale soluzione appare "ben spiegabile con il fatto che si è in presenza di una trasgressione ad un regime di favore, di cui, all'evidenza, l'interessato non si è dimostrato meritevole".

normativa generale di cui all'art. 276 c.p.p. e quindi il giudice può valutare la misura ritenuta più idonea al caso concreto.

Nella previsione del 3° comma dell'art. 89 T.U. ricade sicuramente il caso che un soggetto che sta seguendo il programma terapeutico commetta un nuovo reato vengono meno i presupposti della prevalenza dell'esigenze riabilitativo terapeutiche su quelle cautelari. La previsione dell'art. 89 consente di giungere a questa conclusione anche escludendo che possa aggravarsi il regime cautelare *ex art. 276 c.p.p.*, non essendo assimilabile la commissione di un reato alle violazioni delle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare. La reiterazione della condotta criminosa nel corso del programma terapeutico può essere infatti considerata – salvo ipotesi particolari, da valutare caso per caso – “un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione” del programma e ne dimostra l'inefficacia. Pertanto, qualora venga commesso un reato per il quale debba disporsi la custodia in carcere, il Giudice dovrebbe poter dare per scontate le esigenze di cautela di eccezionale rilevanza.

La dottrina si è divisa sulla necessità di una connessione fra i controlli disposti dal giudice, da un lato, l'imposizione di una misura cautelare e l'obbligo di ordinare, o predisporre nuovamente, a carico del soggetto la misura di cui all'art. 285 c.p.p., dall'altro. Secondo la tendenza prevalente la possibilità di ordinare o ripristinare la custodia cautelare in carcere sussiste soltanto se è stata comunque comminata una misura cautelare, per esempio gli arresti domiciliari presso la comunità di recupero, e nei termini di durata massima della stessa. Tuttavia, una parte della dottrina ha sostenuto che a norma del 1° comma dell'art. 89, i controlli necessari per verificare il rispetto del programma di recupero possono essere disposti a prescindere dall'adozione di qualsiasi misura cautelare. Ciò comporterebbe, per l'imputato, l'onere di proseguire il programma senza limiti di tempo se non quello della raggiunta disintossicazione, pena l'assoggettamento al provvedimento custodiale preventivo di cui all'art. 285 del codice di procedura penale³². Secondo questa tesi il meccanismo previsto dall'art. 89 T.U., farebbe rientrare anche l'assenza di misure cautelari per mancanza di esigenze “di eccezionale rilevanza” a fronte di un programma terapeutico in corso o di imminente inizio, nell'ambito del 4° comma dell'art. 299 c.p.p., che prevede l'aggravamento delle misure coercitive cautelari sulla base dell'accertamento condotto dall'autorità giudiziaria procedente *ex officio*, previa richiesta del pubblico ministero.

³² In senso contrario, Cfr., G. Amato, “Misure cautelari e tossicodipendenza, anche alla luce delle modifiche della l. 8 agosto 1995, n. 332”, Cassazione penale, 1995, pp. 2813 e ss.

Dal combinato disposto degli articoli 284 c.p.p., 116, 6° comma, lett. b) e 96, 6° comma, D.P.R. 309/90, gli arresti domiciliari presso una comunità terapeutica o riabilitativa, emergono come una misura cautelare³³ diversa dalla custodia in carcere e quindi adottabile anche nei casi in cui non ci siano esigenze cautelare di eccezionale rilevanza. Secondo la disposizione del 1° comma dell'art. 284 c.p.p. il tossicodipendente può essere posto agli arresti domiciliare nella propria abitazione, in "altro luogo di privata dimora", cioè in una comunità privata presso una famiglia diversa da quella d'origine dell'imputato, o in "un luogo pubblico di cura ed assistenza", cioè in ospedale per la disintossicazione fisica o in una comunità pubblica a fini riabilitativi. In quest'ultimo caso, il costo degli arresti domiciliari e del trattamento terapeutico grava sul Ministero della giustizia se le strutture per la riabilitazione ed il reinserimento sociale dei tossicodipendenti sono iscritte agli albi regionali e provinciali istituiti ai sensi dell'art. 116, 6° comma, lett. b) del D.P.R. 309/90. Questa disposizione è contenuta nel 6° capoverso dell'art. 96, richiamato dal 5° comma dell'art. 89 che si premura di precisare che la disposizione vale non solo per chi avesse il programma terapeutico già in corso ma anche per chi decidesse di intraprenderlo nelle more della custodia cautelare in carcere. Infatti, il citato comma dell'art. 96 chiarisce e ribadisce quanto era stato disposto dall'art. 25 della legge 398/84, stabilendo: "grava sull'amministrazione penitenziaria l'onere per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica della persona sottoposto agli arresti domiciliari allorché tale misura sia eseguita presso le comunità terapeutiche o di riabilitazione individuate, tra quelle iscritte negli albi di cui all'art. 116, con decreto del Ministero di grazia e giustizia, sentite le regioni interessate"³⁴. Questa disposizione segnala un piccolo sfavore per i programmi di tipo domiciliare, perché non prevede che gravino sull'amministrazione penitenziaria, ma sulle strutture sanitarie regionali, le spese, non certo di mantenimento, ma di cura ed assistenza, per quei tossico ed alcool dipendenti per i quali viene formulato un programma che non richiede la residenza in comunità e di conseguenza viene stabilita la misura degli arresti domiciliari nella propria abitazione.

Porre l'onere di mantenimento, cura e assistenza medica del tossicodipendente in custodia cautelare in comunità a carico

³³ Ai sensi del 5° comma dell'art. 284, infatti, "l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare".

³⁴ Dopo la riforma del 2006, in conseguenza della ricordata modifica degli art. 116 (e 117) per equiparare le strutture private, anche per quanto concerne la certificare lo stato di tossicodipendenza, le strutture private a quelle pubbliche, il comma parla di "struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116 e convenzionata con il Ministero della Giustizia".

dell'Amministrazione penitenziaria, assunta la normale impossibilità di farvi fronte da parte del soggetto stesso, mira da un lato ad alleggerire il carico finanziario per le Regioni, che sarebbero chiamate a farvi fronte, dall'altro a favorire l'accesso al trattamento terapeutico di quei soggetti, che tra i tossicodipendenti non sono pochi³⁵, privi di residenza che non troverebbero alcuna Regione pronta a farsi carico della spesa. La concreta applicazione della detenzione domiciliare in comunità presenta però problemi non indifferenti legati alle diverse peculiarità operative delle varie strutture comunitarie, disintossicanti e/o socio-riabilitative. Peculiarità il cui rispetto dovrebbe implicare la subordinazione dell'esecuzione degli arresti domiciliari presso una di loro al consenso della stessa circa l'accettazione del soggetto imputato. Gli operatori delle comunità di recupero hanno spesso sottolineato gli effetti destabilizzanti che possono derivare dall'immissione all'interno del circuito comunitario di soggetti non vagliati dall'*équipe* trattamentale della struttura. Questa esigenza però stride con la previsione dell'ultimo periodo del 2° comma, art. 89 del D.P.R. 309/90, secondo cui "il Servizio pubblico è comunque tenuto ad accogliere la richiesta dell'interessato di sottoporsi a programma terapeutico", di chi vuole sottrarsi alla custodia in carcere, sia esso o meno agli arresti domiciliari.

4.3. Le modifiche alla disciplina delle misure cautelari introdotte nel 2006

La legge 49/2006, oltre ad innovare, come ricordato, la normativa sostanziale facendo venir meno la distinzione, a livello sanzionatorio, tra droghe "leggere" e quelle "pesanti" e introducendo il parametro della "quantità" nell'accertamento del reato, nonché la tipizzazione dei criteri giurisprudenziali in merito alla prova in ordine alla finalità di spaccio della sostanza stupefacente, ha modificato le disposizioni dell'art. 89 D.P.R. 309/1990 che definivano, in modo parzialmente derogatorio alla disciplina ordinaria, i criteri di applicazione delle misure cautelari personali a soggetti alcool e tossico dipendenti, al fine di favorirne il recupero e la riabilitazione. Il nuovo art. 89 del D.P.R. 309/90 configura gli arresti domiciliari come unico istituto a cui ricorrere in queste circostanze. In particolare, laddove era previsto, al primo comma, il divieto di applicazione della custodia in carcere, salvo la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, per il soggetto tossicodipendente

³⁵ La marginalità sociale che spesso si accompagna alle condizioni di tossicodipendenza non di rado, infatti, porto anche alla cancellazione dalle liste anagrafiche del Comune di residenza.

che avesse in corso un programma terapeutico di recupero e per il quale l'interruzione del programma stesso potesse pregiudicare la disintossicazione, è stato imposto l'obbligo di applicare la misura degli arresti domiciliari, con contestuale prescrizione dei controlli necessari per accertare che il soggetto prosegua il programma di recupero. Analogamente il comma successivo, che disciplinava la revoca della misura cautelare in carcere per il soggetto che, documentato il proprio stato di alcool o tossico dipendenza e la disponibilità ad accoglierlo della struttura che doveva attuare il programma, oggi prevede che per il tossico o l'alcool dipendente in custodia cautelare carceraria che soddisfi i requisiti previsti siano disposti gli arresti domiciliari.

E' evidente il mutamento di prospettive del legislatore del 2006 e il sacrificio, che appare ai limiti della legittimità costituzionale, che viene imposto all'esigenze terapeutiche e al diritto di cura. La norma pre-esistente fissava un divieto di stabilire la custodia cautelare in carcere o, al secondo comma, di prevedere la sua revoca, quando non ricorrevano esigenze cautelare di eccezionale rilevanza, rimettendo alla discrezionalità del giudice l'individuazione della misura cautelare proporzionata ed idonea al singolo soggetto inquisito, consentendogli, al limite, come accennato, anche di non prevedere alcuna misura cautelare, qualora ritenesse l'andamento del programma terapeutico soddisfacente e capace di attenuare la pericolosità del soggetto. Oggi invece questa possibilità di tener conto delle specifiche esigenze terapeutiche, oltre che degli specifici indici di pericolosità è stata soppressa. Qualora il giudice ritenga che il soggetto, che ha in corso, o intende intraprendere, un percorso terapeutico, dovrebbe essere sottoposto, in mancanza del programma terapeutico stesso, alla custodia cautelare in carcere e qualora non ritenga che ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza tali da prevalere su quelle terapeutico-riabilitative, la nuova formulazione della norma gli impone di disporre comunque gli arresti domiciliari.

E' evidente quindi che si restringe la libertà *tout court* del tossicodipendente, che in astratto dovrebbe essere sottoposto alla custodia cautelare in carcere, e la libertà terapeutica di chi deve elaborare e gestire il programma di recupero. Questo, infatti, non potrà essere svolto con il sussidio di misure cautelari, quali il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il divieto o l'obbligo di dimora, o al limite in condizioni di libertà, ma dovrà necessariamente avvenire in regime di arresti domiciliari. Non sembra dunque infondata la tesi di chi in dottrina ha sostenuto che il nuovo regime dell'art.89, D.P.R. 309/90 risente "dell'impostazione rigidamente rigoristica e dell'approccio

prevalentemente punitivo e restrittivo che il legislatore ha dimostrato nella formulazione delle modifiche al testo sugli stupefacenti”, affermando che tale modifica suscita “perplexità e dubbi di costituzionalità”³⁶. L’unico parziale elemento di elasticità introdotto dal legislatore del 2006 è l’aggiunta al 1° comma dell’art. 89, che però appare logico estendere anche alla detenzione domiciliare applicata non *ab origine* ma in sostituzione della custodia cautelare in carcere in forza del 2° comma dell’art. 89, secondo cui il giudice può indicare i giorni e gli orari nei quali il soggetto sottoposto ad arresti domiciliari può assentarsi per l’attuazione del programma. A fronte della rigidità sul tipo di misura da adottare questa previsione consente al giudice una grande discrezionalità sul suo effettivo contenuto e sulle sue modalità, discrezionalità che va naturalmente utilizzata per assecondare le esigenze di recupero e risocializzazione.

Come è stato osservato³⁷, non è che le altre misure cautelari non possono più essere disposte per il soggetto tossicodipendente. L’obbligo di applicare la misura degli arresti domiciliari sorge soltanto allorquando il giudice valuta la situazione dell’imputato talmente grave da ritenere in astratto di dover adottare la misura cautelare in carcere. Qualora invece “il giudice non ritenga necessario il ricorso alla misura carceraria per soddisfare le esigenze cautelari non si pone neppure un problema di possibile applicabilità del regime di favore, nulla vietando il ricorso ad altre più gradate (sic!) misure (magari calibrate a soddisfare le esigenze del recupero e della riabilitazione: arresti domiciliari presso una struttura terapeutica, ecc.)”. In questo caso però l’aver intrapreso un programma terapeutico o il volerlo intraprendere, non facilita più la concessione di misure cautelari compatibili con il programma rieducativo. Esse potranno essere prescritte ai soggetti alcool o tossicodipendenti che hanno un programma riabilitativo in corso, o che si accingono ad iniziarlo, solo se il giudice, valutando *esclusivamente* i criteri stabiliti dall’art. 274 c.p.p. le riterrà idonee, senza operare alcun bilanciamento tra esigenze terapeutiche, soggettive ed oggettive, ed esigenze cautelari.

Sebbene dunque sia venuto meno il segnale forte che era dato da una norma che sanciva l’inapplicabilità per i tossicodipendenti della custodia cautelare in carcere, essa resta possibile nel solo caso sia giustificata dalle esigenze cautelari di “eccezionale rilevanza”. Mentre le esigenze terapeutiche

³⁶ C.A. Zaina, “La nuova disciplina penale delle sostanze stupefacenti”, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2006, pp. 504 e ss.

³⁷ G. Amato, “Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti”, cit., pp. 58 ss.

consentono di derogare alle normali esigenze cautelari che porterebbero alla custodia in carcere, solo al fine di prescrivere in sua vece gli arresti domiciliari. In questa situazione il programma potrà essere residenziale (cioè svolto agli arresti presso il proprio domicilio o altra privata dimora) o comunitario, cioè svolto agli arresti presso una comunità terapeutica convenzionata ai sensi dell'art. 116 dello stesso T.U.. Questo si deduce *a contrario* dalla disposizione, contenuta nei nuovi primo e secondo comma dell'art. 89, secondo cui “quando si procede per gli articoli 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale e comunque nel caso sussistano particolari esigenze cautelari”, gli arresti domiciliari possono essere concessi solo qualora il programma sia incorso o verrà intrapreso presso “una struttura residenziale”.

Queste norme evidenziano che il legislatore ha introdotto una graduazione delle esigenze cautelari³⁸. Esse non si distinguono più soltanto nelle normali esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. e nelle esigenze cautelari di “eccezionale rilevanza”, per la cui definizione dovrebbe valere l'orientamento della giurisprudenza consolidatosi con la previgente normativa. E' stato introdotto un livello intermedio tra i due, “le particolari esigenze cautelari”, che impedisce la custodia cautelare in carcere e impone il particolare tipo degli arresti domiciliari in comunità. Si prescrive, quindi, un sacrificio della libertà terapeutica del soggetto preposto alla cura in favore di questo tipo di esigenze cautelari. Dunque, anche qualora i Ser.T. ritenessero più idoneo un programma domiciliare dovranno, se il giudice ritenesse la sussistenza di esigenze cautelari “particolari”, oppure quando si procede per gli articoli 628, terzo comma (rapina aggravata), e 629, secondo comma (estorsione aggravata), del codice penale, predisporre un programma comunitario.

Resta il problema di definire in cosa consistono queste “particolari esigenze cautelari”. E' evidente che esse devono essere valutate in base a parametri diversi da quelli fissati dalla giurisprudenza per definire le esigenze cautelari di “eccezionale rilevanza” che possono essere salvaguardate soltanto attraverso la custodia in carcere. E' altrettanto evidente che – in una scala di graduazione dell'intensità delle esigenze cautelari – esse devono essere superiori a quelle che non consentono l'allontanamento del soggetto dal proprio domicilio per

³⁸ In questo senso G. Amato, “*Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti*”, cit., p. 57 ss., che scrive: “il concetto di rilevanza, al quale si richiama l'articolo 89, riguarda non già la natura delle esigenze cautelari, bensì la “graduazione dell'intensità” di esse, che si vuole sia particolarmente elevata allorché la custodia cautelare in carcere deve essere applicata nei confronti di un tossicodipendente o di un alcool dipendente, in vista della possibilità di favorire l'esecuzione di un programma di recupero, alternativo rispetto alla misura coercitiva, in nome della finalità genericamente rieducativi alla quale deve essere improntato complessivamente il trattamento sanzionatorio (cfr. art. 27, comma 3, della Costituzione)”

l'attuazione del programma di recupero. Il rischio da evitare non può essere configurato dal fatto che la prosecuzione del programma terapeutico domiciliare espone alla possibilità di allontanarsi dal luogo in cui ha esecuzione la misura, dato che, se il giudice soprassiede alla prescrizione della custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 274 c.p.p., "deve" applicare gli arresti domiciliari.

Ci troviamo, indubbiamente, di fronte ad una regolamentazione di una misura cautelare di contenuto terapeutico connotata da profili di illogicità, poiché gli arresti domiciliari con un programma di tipo comunitario, e non domiciliare, non sono determinati sulla base di esigenze terapeutiche, bensì in base alle esigenze cautelari enumerate dall'art. 274 c.p.p. e desunte dai parametri di riferimento da esso indicati, e nel caso della rapina e dell'estorsione aggravata, addirittura dalla fattispecie di reato. Il giudice dovrà quindi fare una scelta terapeutica sulla base di un giudizio prognostico in concreto, affermando che il soggetto, se non sottoposto al controllo derivante dalla permanenza in una struttura residenziale, reitererebbe la condotta criminosa, si darebbe alla fuga ovvero comprometterebbe la genuinità del materiale probatorio mediante contatti con estranei. La cosa appare ancora più illogica se si tiene conto che la norma non vieta al giudice, prescrivendo la detenzione domiciliare in comunità, di adottare i provvedimenti di cui al comma 3 dell'art. 284 c.p.p., anzi, la ricordata modifica al 1° comma dell'art. 89, secondo cui il giudice può indicare i giorni e gli orari nei quali il soggetto sottoposto ad arresti domiciliari può assentarsi per l'attuazione del programma, sembrano rappresentare un avallo alla sua applicazione. Quindi, ad esempio, qualora il programma di recupero lo consenta, o lo consideri addirittura opportuno, il giudice può consentire al soggetto sottoposto a misura cautelare di prestare attività lavorativa fuori dalla comunità stessa. La necessità del giudicante di disporre gli arresti domiciliari del tossicodipendente presso strutture terapeutiche sta però determinando, di fatto, un complessivo irrigidimento delle prescrizioni contenitive a discapito di quelle riabilitativo-risocializzanti.

Sembra che il legislatore abbia valutato il trattamento comunitario non in base al suo valore terapeutico ma al suo valore contenitivo, se non punitivo. Questa sensazione è rafforzata dal comma 5-*bis* dell'art. 89, aggiunto dalla legge 49/2006 che configura il responsabile della struttura come il controllore della misura cautelare, imponendogli l'obbligo di "segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma" e sanzionando l'inosservanza di tale obbligo, nel caso in cui chi è sottoposto al

programma commetta un reato, con la sospensione o la revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 116 e dell'accreditamento di cui all'articolo 117, “ferma restando l'adozione di misure idonee a tutelare i soggetti in trattamento presso la struttura”. In dottrina si è considerata questa previsione come un “ovvio contrappeso del maggior ruolo attribuito a dette strutture con la parificazione ai servizi pubblici”³⁹. Questa previsione andrebbe, invece, ricollegata, a parere della scrivente, all'obbligo del giudice di adottare la misura degli arresti domiciliari presso la struttura, non potendo egli imporre misure cautelari diverse e più lievi alla cui violazione non consegue il delitto di evasione. Infatti, se il tossicodipendente si sottrae agli arresti commette il delitto di evasione e ciò comporta le durissime sanzioni sopra descritte per la comunità che non segnala il fatto all'autorità giudiziaria. Questa *ratio* spiega anche l'imposizione terapeutica del programma comunitario: gli arresti presso il proprio domicilio comporterebbero un riscontro, da parte degli operatori del Ser.T., molto meno immediato dell'allontanamento del soggetto che vi era sottoposto. Va infine ricordato che qualora gli arresti domiciliari vengano disposti presso un luogo pubblico di cura un obbligo analogo grava sul suo responsabile in forza dell'art. 362 c.p. (omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio).

Per quanto riguarda il 2° comma dell'art. 89, il legislatore ha reso più numerosi e specifici i documenti che devono essere allegati all'istanza di modificazione della misura della custodia cautelare in carcere negli arresti domiciliari. Oggi, deve essere prodotta: a) certificazione, rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi, ai sensi del nuovo articolo 117 che ha conferito anche alle strutture private la possibilità di accreditarsi per formulare questa certificazione, attestante lo stato di tossicodipendenza; b) la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, c) la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento rilasciata dalla struttura. Dal tenore della norma sembra pacifico che il giudice debba verificare la sussistenza della documentazione allegata, non per valutare l'adeguatezza e la personalizzazione del programma, ma solo per accertare la sussistenza dei presupposti per la concessione degli arresti domiciliari. Sia in fase di concessione di questa misura *ab origine* che in sostituzione della custodia cautelare in carcere, il sindacato giudiziale non sembra potersi estendere al

³⁹ G. Amato, “Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti”, cit., pp. 54-55.

contenuto del programma medesimo, non essendoci una previsione normativa sul punto.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità è orientata in senso diverso, affermando che l'art. 89, comma 2 D.P.R. n. 309 del 1990, sia pure inserito in una normativa la cui *ratio* è di tendere al recupero dell'imputato tossicodipendente, nel disporre la produzione di documentazione attinente al programma di recupero, implica una valutazione di congruità da parte del giudice sulla adeguatezza, specificità e personalizzazione del programma. Tale valutazione è stata giustificata con la necessità di evitare che l'istanza di scarcerazione si tramuti in un espediente per sottrarsi al carcere.

La legge 49/2006 ha ampliato poi l'elenco dei reati che escludono la possibilità, sia in fase di scelta della misura cautelare che di sua revoca, di derogare alle esigenze che impongono la custodia cautelare in carcere a favore di quelle terapeutiche. Con la normativa previgente, come visto, la preclusione riguardava solo i reati previsti dall'art. 407, comma 2, lettera *a*), numeri da 1 a 6, mentre ora riguarda tutti i delitti previsti dall'art. 4-*bis* legge 354/1975, salvo che si tratti di delitti di rapina aggravata ed estorsione aggravata⁴⁰ (purché, in tale caso, non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata o eversiva, art. 89, commi 1 e 4 D.P.R. 309/1990), per i quali, come detto, sono applicabili gli arresti domiciliari in comunità. Il rinvio operato nella norma citata non ha carattere recettizio, ci si limita a richiamare i delitti elencati nell'art. 4-*bis*, senza recepire la condizione di inapplicabilità della norma, cioè l'assenza di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Con la conseguenza che potrà essere costretto alla custodia cautelare in carcere il tossico o l'alcool dipendente, con un programma di recupero in corso, anche se l'autorità precedente non ha

⁴⁰ Il 30 dicembre 2005, al momento dell'emanazione del decreto n. 272 si trattava dei seguenti delitti: produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope aggravati per l'ingente quantità delle predette sostanze (art. 73-80 comma 2 D.P.R. 309/90); l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74); associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolarne l'attività; nonché dei delitti di omicidio volontario (art. 575 c.p.), di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.); di sequestro di persone a scopo di estorsione (art. 630 c.p.). Il legislatore ha poi aggiunto a questo elenco nuovi reati, la prima volta quindici giorni prima della conversione del decreto, avvenuta il 21 febbraio 2006, con la legge 6 febbraio 2006, n. 38, e poi ancora con il D.L. n. 11 del 23 febbraio 2009, convertito dalla L. 23 luglio 2009, n. 99. Così che ad oggi ai reati per i quali, originariamente, il legislatore aveva escluso la possibilità di derogare per esigenze terapeutica alla custodia cautelare in carcere, si sono aggiunti quelli previsti dagli articoli 600-bis, secondo e terzo comma, 600-*ter*, terzo comma, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, dall'articolo 291-*ter* del Testo Unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

“elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva” (art. 4-*bis* comma 1-*ter*) o addirittura ha acquisito “elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva” (art. 4-*bis* comma 1-*bis*). Quindi, non potrà svolgere un programma di recupero extra-murario un soggetto che invece, una volta condannato, potrà usufruire dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative alla detenzione.

Tale illogicità è stata evidenziata da parte della dottrina che, con riguardo a questa preclusione, ha osservato che “la circostanza che si proceda per uno dei reati indicati nell'art. 4 *bis* non implica, di per sé, che il giudice debba necessariamente applicare la custodia cautelare in carcere quale unica misura adeguata e proporzionata”⁴¹. Secondo un orientamento della Corte di Cassazione⁴², risalente al tempo in cui l'art. 89 faceva ancora riferimento ai reati indicati dall'art. 407, comma 2, lettera *a*), numeri da 1 a 6, il fatto che si proceda per reati considerati dal legislatore particolarmente gravi non impone necessariamente di adottare la custodia cautelare in carcere. Anche in queste ipotesi, in astratto⁴³, il giudice deve adottare la custodia cautelare in carcere, dopo aver valutato la sussistenza di tutti i presupposti di cui all'art. 273 c.p.p. oltre alle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. e alle condizioni di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p.. Deve cioè prima accertare, in concreto, che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte soltanto con la misura della custodia cautelare in carcere. Quando, procedendo nei confronti di un tossicodipendente

⁴¹ G. Amato, “Le modifiche alla normativa sugli stupefacenti”, cit., p. 56

⁴² Nella sentenza Cassazione, Sez. II, 2 dicembre 2004, n. 5437, Signorelli, si legge: “È vero, infatti, che l'art. 89 prevede, nell'articolazione di cui ai primi due commi, come fatto del tutto eccezionale che possa essere disposta o mantenuta la misura cautelare della custodia carceraria nei confronti dei tossicodipendenti che abbiano in corso un programma terapeutico di recupero (l.c.) ovvero che intendano sottoporvisi” (*omissis*) “Tale ipotesi è subordinata al vaglio della sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza”. È altrettanto vero che il comma IV della medesima norma pone una deroga a tale trattamento per l'ipotesi in cui si proceda per uno dei delitti previsti dall'art. 407 c. Il lett. a) [...] ma tale eccezione non stabilisce [...] che vi sarebbe un divieto di concessione degli arresti domiciliari presso la comunità terapeutica ove si proceda per uno di detti delitti. La norma in esame va invece intesa, secondo la formulazione del dato testuale e nell'ottica di un corretto coordinamento con le altre norme di rilievo, nel senso che, non operando il trattamento di favore di cui ai ricordati primi due commi, si debba fare riferimento alle norme generali in tema di misure cautelari personali, contenute nel codice di procedura penale.

Per disporre la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di un tossicodipendente o di un alcool dipendente, che abbia in corso o intenda sottoporsi ad un programma di recupero terapeutico, va verificata la sussistenza delle ordinarie esigenze cautelari secondo i criteri di cui agli artt. 273 - 275 c.p.p., e va accertato che tali esigenze possano essere soddisfatte solo con la misura della custodia carceraria”.

⁴³ A dispetto della tesi della Cassazione i casi in cui, procedendo per un reato ritenuto grave dal legislatore, il giudice non ricorre in concreto alla custodia cautelare in carcere sono rarissimi, come vedremo la tendenza è anzi opposta: si tende a ricorrere alla custodia cautelare in carcere anche quando si procede per reati che il legislatore considera di lieve entità, come quelli previsti dall'art. 73 5° comma T.U. stupefacenti.

che abbia in corso (ovvero intenda intraprendere) un programma di recupero, per un reato di cui all'art. 4-bis o.p., non giunge ad una tale conclusione può applicare una misura cautelare meno restrittiva, come gli arresti domiciliari presso il domicilio del soggetto indagato o imputato presso una comunità residenziale di recupero, o, sempre in astratto, nessuna misura cautelare.

Merita, infine, di essere sottolineato che, forse un po' contraddittoriamente, la legge 49/2006 ha modificato il comma 9 lettera a) dell'art. 656 c.p.p., prevedendo, come eccezione al divieto di sospensione pena per i delitti di cui dall'art. 4-bis legge 354/1975, la sospensione della condanna per uno di questi delitti nei confronti di un soggetto già ammesso alla misura cautelare prevista dall'art. 89 D.P.R. 309/1990. Per cui, di nuovo, il tossicodipendente indagato o imputato, con un programma terapeutico in corso, per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della legge 354/1975, deve interrompere il programma e subire la custodia cautelare in carcere. Se invece lo stesso soggetto tossicodipendente sta svolgendo il programma terapeutico in misura cautelare per un altro delitto e viene condannato per uno dei delitti previsti dall'art. 4-bis della legge 354/1975 può proseguire il programma di recupero, anche eventualmente domiciliare.

4.4. Il peso della detenzione cautelare nell'aumento della carcerazione: il problema del 5° comma dell'art. 73 T.U.

Se si esaminano i dati relativi alla presenza in carcere per posizione giuridica, di cui nella pagina successiva si riporta la serie storica dal 30 giugno 1990 al 31 dicembre 2010, con dati a cadenza semestrale⁴⁴, balza agli occhi che se si confronta il dato del giugno 2006, rilevato a pochi giorni dall'emanazione dell'indulto, che era di 61.264, e quello del giugno 2010, in cui si è raggiunto il picco storico delle presenze nelle carceri italiane, che era 68.258, si nota che c'è stato un aumento di 6.994 detenuti. Questo aumento è interamente dovuto a quello dei detenuti in attesa di giudizio che, il 30 giugno del 2010 erano 7.881 meno che il 30 giugno 2006.

⁴⁴ Rielaborazioni dati *Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica*. Reperiti per il periodo 30/6/1991-30/6/2010 in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp;jsessionid=31985F340905D19C8830820563CFF0BF.ajpAL01?facetNode_1=1_5_0&previousPage=mg_1_14&contentId=SST165666 e per il secondo semestre del 2010 in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST519948. Riportando quest'ultimo dato il ministero segnala che per 90 detenuti ancora non ha la posizione giuridica.

DATA	TOT.	IMPUTATI	SU ULT. RIL.	DEFINITIVI	SU ULT. RIL.	INTERNATI
30/06/1991	31.053	17.103 (55,07%)		12.698		1.252
31/12/1991	35.469	19.875 (56,03%)	+2.772	14.319		1.275
30/06/1992	44.424	24.579 (55,19%)	+4.704	18.510		1.335
31/12/1992	47.316	25.343 (53,56%)	+764	20.567		1.406
30/06/1993	51.937	26.789 (51,57%)	+1.446	23.718		1.430
31/12/1993	50.348	25.497 (50,51%)	-1.292	23.503		1.348
30/06/1994	54.616	26.041 (47,68%)	+544	27.203		1.372
31/12/1994	51.165	23.544 (46,01%)	-3.503	26.265		1.356
30/06/1995	51.973	23.559 (45,32%)	+115	27.093		1.321
31/12/1995	46.908	19.431 (41,42%)	-4.128	26.089		1.388
30/06/1996	48.694	20.452 (42%)	+1.021	26.882		1.360
31/12/1996	47.709	19.375 (40,61%)	-1.077	26.962		1.372
30/06/1997	49.554	21.242 (42,86%)	+1.867	26.987		1.325
31/12/1997	48.495	20.510 (42,29%)	-732	26.646		1.339
30/06/1998	50.578	21.854 (43,20%)	+1.344	27.451		1.273
31/12/1998	47.811	21.952 (45,91%)	+98	24.551		1.308
30/06/1999	50.856	23.342 (45,89%)	+1.390	26.167		1.347
31/12/1999	51.814	23.699 (45,73%)	+357	26.674		1.441
30/06/2000	53.537	23.766 (44,39%)	+67	28.321		1.450
31/12/2000	53.165	24.295 (45,69%)	+529	27.414		1.456
30/06/2001	55.393	24.989 (45,11%)	+694	28.962		1.442
31/12/2001	55.275	23.302 (42,15%)	-1.687	30.658		1.315
30/06/2002	56.277	22.411 (39,82%)	-891	32.729		1.137
31/12/2002	55.670	21.682 (38,94%)	-729	32.854		1.134

30/06/2003	56.403	20.524 (36,38%)	-1.158	34.695		1.184
31/12/2003	54.237	20.225 (37,29%)	-299	32.865		1.147
30/06/2004	56.532	20.151 (35,64%)	-74	35.291		1.090
31/12/2004	56.068	20.036 (35,73%)	-115	35.033		999
30/06/2005	59.125	21.037 (35,58%)	+1.001	36.995		1.093
31/12/2005	59.523	21.662 (36,39%)	+625	36.676		1.185
30/06/2006	61.264	21.820 (35,61%)	+158	38.193		1.251
31/12/2006	39.005	22.145 (56,77%)	+325	15.468		1.392
30/06/2007	43.957	25.514 (58,04%)	+3.369	17.042		1.401
31/12/2007	48.693	28.188 (57,95%)	+2.674	19.029		1.476
30/06/2008	55.057	30.279 (55,81%)	+2.091	23.243		1.535
31/12/2008	58.127	29.901 (51,44%)	-378	26.587		1.639
30/06/2009	63.630	31.281 (49,16%)	+1.380	30.549		1.800
31/12/2009	64.791	29.809 (46%)	-1.472	33.145		1.837
30/06/2010	68.258	29.691 (43,49%)	-118	36.781		1.786
31/12/2010	67.961	28.692 (42,43%)	-999	37.432		1.747

In altre parole, se le nostre carceri hanno superato il numero dei detenuti, che nel 2006 fece parlare di “emergenza umanitaria” e spinse il Parlamento ad approvare l’indulto ciò è dovuto alla custodia cautelare in carcere. I condannati definitivi al momento dell’approvazione dell’indulto erano 1.412 in meno di quelli presenti al 30 giugno 2010. Sarebbe interessante capire se e come la legge del 49 ha influito sull’aumento in 4 anni del 36,11% dei detenuti in custodia cautelare.

Un’analisi accurata della diversa composizione della popolazione in custodia cautelare, per quanto estremamente interessante, va oltre l’ambito della presente analisi dell’esecuzione penale relativa ai tossicodipendenti: costituisce una ricerca a se, molto impegnativa, per lo svolgimento della quale in modo accurato probabilmente non ci sono neppure i dati disponibili. Vista la difficoltà

di stimare l'impatto dell'indulto del 2006 sulle custodie cautelare⁴⁵ e date le numerose norme che negli ultimi anni hanno aumentato in casi in cui il mandato di arresto è obbligatorio, è estremamente difficile dire se la legge 49 ha avuto un impatto sull'impressionante incremento dei detenuti non definitivi. Si può dire che l'art. 89 T.U. sembra avere un'applicazione molto scarsa se non nulla al momento dell'arresto. Del resto questo accadeva anche prima della riforma, che ha, come detto, notevolmente ridotto la pressione verso la custodia cautelare non carceraria del tossicodipendente.

Non ci sono dati relativi ai soggetti tossicodipendenti in custodia cautelare presso comunità terapeutiche o agli arresti domiciliari con un programma Ser.T. Questo dipende dal fatto che i soggetti in tale stato non sono di competenza del D.A.P., che non viene neppure a conoscenza di questi provvedimenti. Il dato dovrebbe essere raccolto dai vari uffici giudiziari, distretto per distretto. Come nel caso, che vedremo, della sospensione pena ex art. 90, il fatto che questo dato non sia stato citato in nessuna "Relazione annuale al Parlamento sullo stato delle tossicodipendenze", fa pensare che esso sia assolutamente insignificante. Del resto nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso si era visto che per far funzionare al momento del primo arresto il meccanismo previsto dall'art. 89 T.U. era necessario organizzare un coordinamento tra Ser.T. e procure, in modo che i primi venissero informati in tempo reale degli arresti dei tossicodipendenti, e potessero, se li avevano già in carico, organizzare tempestivamente un programma terapeutico comunitario da svolgere durante la custodia cautelare⁴⁶.

Sicuramente incide in modo significativo sul numero dei detenuti in attesa di giudizio la custodia cautelare in carcere per il reato di cui all'art. 73 T.U.. Gli ingressi dalla libertà, che si possono considerare per la stragrande maggioranza dovuti a provvedimenti cautelari, per violazione dell'art. 73 sono costantemente aumentati dal gennaio 2006 al giugno del 2008, passando da poco più del 27% degli ingressi totali in carcere al 30% di essi.

⁴⁵ Se si esaminano i dati relativi agli anni dal 1991 al 1994 si nota che i detenuti in attesa di giudizio erano oltre il 50%, questo era dovuto al fatto che il 12 aprile 1990 con D.P.R. n. 79 era stata proclamata un'amnistia, seguita il 22 dicembre dello stesso anno dall'indulto proclamato con il D.P.R. n. 394. Dell'amnistia si possono giovare solo i soggetti definitivamente condannati, per cui essa altera le percentuali tra detenuti definitivi e in custodia cautelare. L'effetto dell'indulto, dato che viene applicato provvisoriamente anche ai soggetti in attesa di giudizio, è più difficile da stimare. Sebbene anche i soggetti con un procedimento in corso possano usufruire dell'applicazione provvisoria dell'indulto.

⁴⁶ Un'organizzazione di questo genere era stata sperimentata per qualche anno, con buoni risultati a Milano, ma poi è stato interrotto; si ha notizia di un esperimento simile anche a Padova.

INGRESSI DALLA LIBERTÀ			
Anno	Totale	Ristretti per i reati previsti dall' art.73 del DPR 309/90 % su totale	Stranieri Ristretti per i reati previsti dall' art.73 del DPR 309/90 % su ingressi <i>ex art. 73</i>
1/1/2006 30/6/2006	47.117	12.763 (27,08%)	4.989 (39,08%)
1/7/2006 31/12/2006	43.597	12.636 (28,98%)	5.336 (42,46%)
1/1/2007 30/6/2007	45.810	13.632 (29,75%)	5.746 (42,15%)
1/7/2007 31/12/2007	44.631	13.353 (29,91%)	5.847 (43,78%)
1/1/2008 30/6/2008	47.108	14.474 (30,72%)	6.382 (44,09%)

Questo massiccio afflusso di soggetti arrestati per violazione dell'art. 73 T.U. è dovuto al fatto che all'art.380, comma 2, lett. *h*), c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio per questa fattispecie. Come accennato però, l'art. 73 D.P.R. 309/1990 prevede anche al 5° una fattispecie attenuata che lo stesso articolo 380, comma 2, lett. *h*) c.p.p., esclude dall'arresto obbligatorio in flagranza. Nei casi dunque in cui il fatto contestato *ex art. 73 T.U.* a chi è colto nella flagranza del reato sia di lieve entità, la misura dell'arresto non deve essere disposta obbligatoriamente ma facoltativamente. Cioè, ai sensi del comma 4 dell'art. 381 c.p.p., dato che siamo per definizione di fronte ad un fatto che "per le modalità e le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e la quantità delle sostanze" è di lieve entità. L'autorità di pubblica sicurezza può procedere "all'arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata [...] dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità". Siamo di fronte ad un coacervo normativo molto ambiguo. Da un lato i criteri che configurano l'ipotesi attenuata sono definiti in modo molto aleatorio rispetto a quella di cui all'art.73 comma 1-*bis* lett. a) D.P.R. 309/'90, dall'altro essi si sovrappongono in gran parte a quelli del comma 4° art. 381 c.p.p. Questo spinge evidentemente ad un'applicazione automatica della normativa che finisce per essere in *malam partem*. Nella casistica quotidiana si riscontra che l'autorità di pubblica sicurezza contesta – genericamente – la violazione di una delle condotte di cui all'art. 73, commi 1 e 1-*bis*, senza realizzare alcuna valutazione oggettiva dell'eventuale lievità dei fatti di reato commessi dai soggetti agenti.

Una volta che l'autorità di pubblica sicurezza ha proceduto all'arresto, ritenuto obbligatorio di un soggetto colto in flagranza a cedere una quantità seppur apparentemente modesta di droga, difficilmente la successiva fase della convalida (entro 48 ore) e dell'applicazione di una misura cautelare non è influenzata da questa prima valutazione. Sicuramente, il PM non è obbligato, o

comunque indotto, a richiedere al Giudice l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, ma per poter trasmettere al G.I.P. richieste cautelari diverse da quella di cui agli artt. 285 e/o 284 c.p.p. non si può che basare sulle circostanze evidenziate nel verbale di arresto dalla PG operante. In questa situazione l'unico accertamento oggettivo che potrebbe riportare alla sussunzione del fatto nel comma 5° dell'art. 73 T.U. sarebbe l'accertamento dell'effettiva "qualità e quantità della sostanza". Ma questo accertamento non può essere condotto in fase di decisione sulla misura cautelare né dal Pubblico ministero né dal Giudice che quindi non hanno elementi per contestare la formulazione dell'imputazione del reato, classificandolo come fatto di modesta entità. L'unico strumento, infatti, per una rapida valutazione della sostanza è il dispositivo del narcotest, ma è stato messo in evidenza che i suoi accertamenti non hanno il carattere della certezza assoluta, dal momento che i reagenti utilizzati possono evidenziare la presenza di stupefacenti anche in relazione a sostanze del tutto prive di principi attivi. Per questo in dottrina⁴⁷ si sostiene che la valenza processuale del narcotest, inoltre, dovrebbe essere limitata ai soli fini del sequestro della sostanza risultata positiva al test, mentre con riferimento all'applicazione delle misure restrittive della libertà personale, il rischio di errore dovrebbe imporre un'estrema prudenza nell'utilizzo, specie con riferimento alle condotte di mera detenzione.

Non sorprende dunque che di fronte a cessione di quantità apparentemente modeste soprattutto di droghe che una volta si sarebbero dette "leggere", ciò che finisce per decidere sulla custodia in carcere è "la pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità". Cioè riusciranno ad evitare il carcere i soggetti incensurati e, se stranieri, comunque regolarmente presenti in Italia: non è un caso che gli stranieri rappresentino una percentuale abnorme, e crescente, da poco meno del 40% a quasi il 45%, degli ingressi dalla libertà per violazione dell'art. 73. Anche questa selezione finisce dunque per confermare quel ruolo di strumento sanzionatorio della marginalità cui il carcere sembra sempre più inesorabilmente tendere.

⁴⁷ S. Zancani, *"I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope"*, cit., p. 85.

CAPITOLO QUINTO

L’AFFIDAMENTO IN CASI PARTICOLARI (TERAPEUTICO)

SOMMARIO: 5. L’AFFIDAMENTO IN CASI PARTICOLARI (TERAPEUTICO) - 5.1. L’INTRODUZIONE DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA IN CASI PARTICOLARI - 5.2. LE MODIFICHE APPORTATE ALL’ART. 47 BIS O.P. DALLA LEGGE 663/86 - 5.3. L’AFFIDAMENTO IN CASI PARTICOLARI PREVISTO DAL T.U. DEL 1990 - 5.3.1. CHI PUÒ ANDARE IN AFFIDAMENTO TERAPEUTICO? - 5.3.2. IL PROGRAMMA TERAPEUTICO - 5.3.3. LA RIPETIBILITÀ DELLA MISURA - 5.3.4. L’IMPORTANZA DELLA DISCUSSIONE SULLA NATURA E SULLE FINALITÀ DELL’ISTITUTO PER LA VALUTAZIONE DEL SUO ESITO - 5.3.5. IL RAPPORTO TRA L’ISTITUTO DELL’AFFIDAMENTO TERAPEUTICO E L’ORDINAMENTO PENITENZIARIO - 5.3.5.1. L’ARTICOLO 4-BIS DELL’ORDINAMENTO PENITENZIARIO - 5.3.5.2. L’ARTICOLO 58-QUATER DELL’ORDINAMENTO PENITENZIARIO - 5.3.5.3 LA PRECLUSIONE EX ART. 67 DELLA LEGGE N. 689 DEL 1981 - 5.3.6. LE MODALITÀ DI ACCESSO ALLA MISURA DI CUI ALL’ART. 94 D.P.R. 309/1990 E IL PROCEDIMENTO - 5.3.6.1. CHI PUÒ PRESENTARE L’ISTANZA DI AFFIDAMENTO TERAPEUTICO? - 5.3.6.2. LA PROCEDURA INDICATA DAL T.U. E I POTERI DEL P.M. - 5.3.6.3. LA VALUTAZIONE DELL’IDONEITÀ DEL PROGRAMMA E LA VALUTAZIONE DELLA STRUMENTALITÀ DELL’ISTANZA DI AFFIDAMENTO TERAPEUTICO - 5.3.6.4. LA PROCEDURA PARALLELA DI Istanza di Affidamento Terapeutico dalla Libertà Introdotta dalla Riforma dell’Art. 656 C.P.P. - 5.3.6.5. L’IMPATTO DELL’ART. 4-BIS SULLA SOSPENSIONE DELL’ORDINE DI ESECUZIONE EX ART. 656 C.P.P. - 5.4. LE MODIFICHE APPORTATE ALL’ISTITUTO DALLA LEGGE 49/2006 E I LORO EFFETTI - 5.4.1. GLI EFFETTI PRECLUSIVI DELLA RECIDIVA - 5.4.2. BREVI CENNI SUL CONFERIMENTO AI PRIVATI DEL POTERE DI CERTIFICAZIONE DELLO STATO DI DIPENDENZA - 5.4.3. LA RIDUZIONE DEGLI AFFIDAMENTI TERAPEUTICI DOPO L’INDULTO: UNA CONSEGUENZA DELLA RIFORMA?

5. *L’affidamento in casi particolari (terapeutico)*

Nel corso degli anni ottanta, la graduale massificazione del consumo di droga porta ad un sensibile incremento dei tossicodipendenti detenuti, ponendo l’amministrazione penitenziaria di fronte ad una situazione di pressoché totale ingovernabilità¹. Questa situazione pone dunque con forza la questione, se il carcere fosse lo strumento idoneo per affrontare e contrastare la diffusione della droga o se, invece, fosse necessario prevedere per il soggetto, autore di reato e assuntore di sostanze stupefacenti un regime volto a favorire anche la cura della dipendenza dalla droga. Sotto la pressione della numerosa presenza dei tossicodipendenti in carcere, il legislatore abbandona le cautele, emerse nel dibattito dell’epoca sull’utilizzo della comunità terapeutica per i soggetti tossicodipendenti sottoposti alla custodia cautelare e imbecca la strada della decarcerizzazione che appare quasi obbligata². Con la legge n. 297 del 21 giugno 1985, in materia di provvedimenti di restrizione della libertà personale e

¹ B. Guazzaloca, “L’esecuzione della pena del tossicodipendente”, cit., p. 506.

² Cfr. B. Guazzaloca, “L’esecuzione della pena del tossicodipendente”, cit., p. 506. G. Neppi Modona, “Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n.144, convertito in legge 21/6/1985 n.297”, cit., p. 20, scriveva “Le spinte verso questa direzione trovano la loro causa immediata nella difficile situazione carceraria, in quanto su circa 45.000 detenuti almeno un terzo lo sono per reati connessi all’uso di sostanze stupefacenti”. Fino a quel momento, va ricordato, i percorsi alternativi erano stati predisposti solo per la fase cautelare, non per la fase esecutiva.

di libertà provvisoria, da un lato, come detto, vengono superate le cautele suggerite dalla dottrina sull’uso della custodia cautelare in comunità per i tossicodipendenti in nome della parità di trattamento con gli imputati non tossicodipendenti e, dall’altro, per la prima volta, viene previsto per i tossicodipendenti e gli alcool dipendenti, autori di reato che avessero intrapreso un programma riabilitativo, un percorso alternativo al carcere³. Esso, negli auspici del legislatore, avrebbe dovuto incidere sul numero di detenuti tossicodipendenti in esecuzione di una pena detentiva a seguito di una condanna definitiva.

5.1. L’introduzione dell’affidamento in prova in casi particolari

La vera innovazione in materia di trattamento del detenuto tossicodipendente introdotta dalla legge n. 297 del 1985 è rappresentata dall’inserimento all’interno dell’Ordinamento Penitenziario, legge n. 354 del 26 luglio 1975 (*Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure private e limitative della libertà*), dell’art. 47-bis che istituisce un’ipotesi particolare di affidamento in prova per i tossicodipendenti e alcool dipendenti ricalcata su quella di affidamento ordinario prevista dall’art. 47 della stessa normativa⁴. Il legislatore, allarmato dal crescente numero di tossicodipendenti

³ Nel corso del dibattito parlamentare sulla legge 297/1985 appare evidente l’allarme per la situazione carceraria: si è sostenuto, infatti, che “su 46 mila detenuti, uno su quattro” era tossicodipendente e che “un detenuto su tre” era in carcere per fatti direttamente o indirettamente connessi alla droga (intervento del deputato G. Maceratini nella seduta del 14 giugno 1985, in “Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni”, (1985), pp. 28786). Si sottolinea che i tossicodipendenti danno vita al fenomeno del cosiddetto “pendolarismo carcerario”, cioè entrano ed escono dal carcere, spesso per pene brevi e per reati di lieve entità, a dimostrazione dell’impossibilità di condurre seri programmi di recupero all’interno delle istituzioni penitenziarie (interventi dei deputati Felisetti e Bocchino Schelotto nella seduta del 27 maggio 1985, in “Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni”, (1985), pp. 28178-28185). In particolare, si evidenzia che nei casi in cui la condanna alla pena detentiva interrompa un programma terapeutico in corso presso una comunità, costringendo il tossicodipendente ad abbandonarlo, si abbandona anche ogni possibilità di riscatto dello stesso dalla droga e dalla delinquenza, normalmente, strettamente connessa. Si manifesta, dunque, in Parlamento, oltre alla preoccupazione per la situazione del sovraffollamento delle carceri, anche una sensibilità verso la tossicodipendenza, per cui: “nell’alternativa tra la galera -fatalmente destinata a perpetuarsi- ed il recupero sociale” si poteva, privilegiare quest’ultima via” senza che ciò significasse rinunciare alla potestà punitiva dello Stato, dato che la Costituzione prevede che “la pena deve tendere alla rieducazione del condannato” e che per raggiungere questa finalità può essere riempita di contenuti terapeutici (Intervento on. Felisetti, *riv. cit.*, p. 28177).

⁴ Legge 21 giugno 1985, n. 297 (in Gazz. Uff., 22 giugno, n. 146). – “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 aprile 1985, n. 144, recante norme per la erogazione di contributi finalizzati al sostegno delle attività di prevenzione e reinserimento dei tossicodipendenti nonché per la distruzione di sostanze stupefacenti e psicotrope sequestrate e confiscate”, Art. 4-ter. Dopo l’art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente:

"Art. 47-bis. - (Affidamento in prova in casi particolari). - Quando una sentenza di condanna a pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcool dipendente che abbia in corso un programma di recupero, l’interessato può chiedere al pubblico ministero o al pretore competente per la esecuzione di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire l’attività terapeutica sulla base di un programma concordato dall’interessato

detenuti, nell'urgenza di far fronte a una situazione che, di fatto, appariva di difficile governabilità, modellò sulla falsariga di uno strumento già a sua disposizione, ma non molto utilizzato fino a quel momento, una misura capace di consentire almeno una parziale decarcerizzazione dei tossicodipendenti, dando così una risposta quanto più possibile immediata all'emergenza in corso⁵. La necessità e urgenza di una risposta legislativa,⁶ per arginare il fenomeno della presenza dei tossicodipendenti in carcere è evidenziata, tra l'altro, dal fatto che l'istituto è introdotto attraverso un emendamento al momento della conversione del decreto legge n. 144 del 22 aprile 1985, in cui, invece, non si faceva cenno al trattamento del detenuto tossicodipendente. L'unico collegamento tra l'istituto dell'affidamento in casi particolari e le altre norme della legge, rubricata *Norme per l'erogazione di contributi finalizzati al sostegno delle attività di prevenzione e reinserimento dei tossicodipendenti*

stesso con una unità sanitaria locale o con uno degli enti, associazioni, cooperative o privati di cui all'art. 1- bis del decreto-legge 22 aprile 1985, n. 144. Alla domanda deve essere allegata certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcool dipendenza e l'idoneità, ai fini del recupero del condannato, del programma in corso.

In tal caso il pubblico ministero o il pretore, dopo aver determinato la pena complessiva da eseguire, anche ai sensi dell'art. 582 del codice di procedura penale, se non vi ostano le condizioni e i limiti indicati nel primo e nel secondo comma dell'articolo precedente e nell'ottavo comma del presente articolo, in luogo di emettere ordine di carcerazione trasmette gli atti alla sezione di sorveglianza del luogo ove è eseguito il programma terapeutico.

Se la richiesta perviene dopo che l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, il pubblico ministero o il pretore provvede a norma del comma precedente, ordinando la liberazione del condannato.

La sezione di sorveglianza, nominato un difensore di ufficio al condannato che non abbia indicato un difensore di fiducia nella richiesta, fissa la data della deliberazione entro dieci giorni dal ricevimento degli atti, dandone avviso al condannato, al difensore ed al pubblico ministero almeno cinque giorni prima. Se non è possibile effettuare la notifica dell'avviso al condannato nel domicilio indicato nella richiesta e lo stesso non compare all'udienza, la sezione di sorveglianza respinge la richiesta.

Ai fini della decisione la sezione di sorveglianza può anche acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso; deve altresì accertare che lo stato di tossicodipendenza o alcoolodipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio.

Dell'ordinanza che conclude il procedimento è data immediata comunicazione al pubblico ministero o al pretore competente per l'esecuzione, il quale, se l'affidamento non è disposto, emette ordine di carcerazione.

Se la sezione di sorveglianza dispone l'affidamento, tra le prescrizioni impartite devono essere comprese quelle che determinano le modalità di esecuzione del programma. Sono altresì stabilite le prescrizioni e le forme di controllo per accertare che il tossicodipendente o l'alcool dipendente prosegua il programma di recupero. L'esecuzione della pena si considera iniziata dalla data del verbale di affidamento.

L'affidamento in prova al servizio sociale non può essere disposto, ai sensi del presente articolo, più di una volta.

Si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dalle altre norme della presente legge per la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale".

⁵ Cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, *“Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente”*, cit., p. 841 che parlano di “cultura dell'emergenza” per connotare l'atteggiamento con cui il legislatore ha negli ultimi trent'anni affrontato e disciplinato i nuovi problemi.

⁶ Non è un caso che la dottrina che pure salutò con molte critiche il nuovo istituto sostenne che ad esso si era dato vita “per sole ragioni di governabilità dell'istituzione carceraria” (B. Guazzaloca, *“L'esecuzione della pena del tossicodipendente”*, cit., p. 511).

nonché per la distruzione di sostanze stupefacenti e psicotrope sequestrate o confiscate, è rappresentato dal fatto che i finanziamenti previsti dalla legge all'art. 1 erano destinati agli enti pubblici e privati che ne avessero fatto richiesta e la cui attività fosse finalizzata al recupero e al reinserimento dei soggetti tossicodipendenti.

Una parte non trascurabile della dottrina si schierò “ideologicamente” contro il nuovo istituto sostenendo che, prevedendo misure “particolari” per alcune categorie di soggetti, in questo caso i tossicodipendenti, si legittimavano “diritti speciali”, giustificati da esigenze special-preventive considerate preminenti rispetto alle esigenze di retribuzione e prevenzione generale⁷ (in sostanza, la posizione riecheggiava un po’ le polemiche dei classici contro la scuola positiva). Agli occhi di questi autori l’affidamento in casi speciali tramutava in modo “generalizzato” la pena in programma terapeutico, creando “una pericolosa confusione e sovrapposizione fra gli obiettivi terapeutici e quelli punitivi-repressivi”, con il rischio di deresponsabilizzare il tossicodipendente che poteva, quindi, pensare che gli fosse riconosciuta, in campo penale, una “una sostanziale incapacità di autocontrollo”. Il nuovo istituto appariva, in altre parole, come una sorta di “diritto di asilo”⁸ per il tossicodipendente autore di reati, che finiva per vanificare l’impostazione rigorosa sposata dal codice Rocco in punto di responsabilità. Secondo i sostenitori di questa tesi si sarebbero dovute applicare ai tossicodipendenti le misure alternative “comuni”, applicabili anche a tutti gli altri soggetti, dando rilievo al loro particolare *status* soggettivo solo nel caso in cui la richiesta di una misura alternativa fosse stata accompagnata “da una chiara domanda di cura del condannato”⁹. Nella misura in cui l’affidamento in casi particolari nasceva sull’onda dell’emergenza carceraria, queste tesi erano destinate a cadere nel vuoto. Il legislatore, infatti, percepiva l’esigenza di decarcerizzare i tossicodipendenti a causa delle difficoltà che questi soggetti incontravano nell’ottenere la concessione di misure alternative ordinarie.

⁷In tal senso cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, cit., pp. 864 ss.; E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*”, cit., pp. 47 e ss.; G. Neppi Modona, “*Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n. 144, convertito in legge 21/6/1985 n. 297*”, cit., pp. 19 e ss.; B. Guazzaloca, “*L’esecuzione della pena del tossicodipendente*”, cit., pp. 510-511; R. Stocco, “*L’affidamento in prova al servizio sociale*”, in Flora G. (a cura di), *Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 199-200; G. Grasso, “*L’affidamento in prova del tossicodipendente e dell’alcool dipendente*”, cit., p. 668.

⁸ Cfr. E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n.297*”, cit., p. 48.

⁹A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, cit., p. 864.

Appare opportuno soffermarsi, brevemente, sulla normativa dell’“affidamento in prova in casi particolari” (o terapeutico) dato che questo istituto, anche se trasmigrato dall’ordinamento penitenziario al T.U. sugli stupefacenti, con poche varianti sostanziali rispetto alla normativa del 1985, continua ad essere la misura alternativa principe per i tossicodipendenti.

Si ricorda che questa misura alternativa poteva essere concessa soltanto a tossicodipendenti o alcool dipendenti¹⁰ e, tra loro, solo a chi avesse già iniziato, prima della condanna, un programma terapeutico di riabilitazione. Già allora la dottrina sostenne che per la definizione di tossicodipendente si doveva far riferimento alla norma che individua i titolari al trattamento terapeutico in esecuzione di pena detentiva, ovvero all’art. 84 della legge 685/1975 che definiva il tossicodipendente come “persona abitualmente dedita all’uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope”. Parte della dottrina criticò che l’applicabilità della misura non fosse limitata a chi avesse commesso il delitto “a causa” dello *status* di tossicodipendente. Ciò che rilevava, infatti, ai fini dell’ammissibilità al beneficio era che la condizione di tossicodipendenza fosse attuale al momento dell’esecuzione della pena (quindi *a contrario*, anche se su questo la dottrina non si soffermò, chi avesse commesso un reato, etiologicamente era legata allo stato di dipendenza, ma al momento dell’esecuzione penale si fosse già liberato da tale condizione non poteva richiedere la misura¹¹). Per parte della dottrina manifestò sconcerto per l’omissione della previsione del nesso dipendenza/reato, considerato che l’alternativa carcere-affidamento in prova era ammissibile solo in conseguenza della constatazione che il tossicodipendente delinque a causa delle sue condizioni. Pertanto, liberare il soggetto autore di reato dalla dipendenza dalla droga voleva dire far venir meno anche la sua tendenza a delinquere e quindi la sua pericolosità. La tesi ancora una volta era che: prescindere non solo dal nesso eziologico tossicodipendenza/reato, ma addirittura dalla sussistenza dello stato di tossicodipendenza al momento della commissione del reato, significava creare un diritto “speciale” per i tossicodipendenti, privilegiando tale categoria di soggetti. L’istituto introdotto, infatti, sembrava consentire al neo-condannato tossicodipendente di evitare del tutto il circuito penitenziario, a

¹⁰L’accostamento dell’alcool dipendenza alla tossicodipendenza costituisce un’anomalia, non solo di carattere sistematico, ma anche logico immediatamente rilevata dalla dottrina. Cfr. E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n.297*”, cit., p. 52.

¹¹ Il problema in pratica si pose molto di rado, il T.U. del 1990 ha, comunque, ovviato a questa situazione prevedendo che in questo caso il soggetto possa usufruire della sospensione pena, che oggi è applicabile solo al tossicodipendente che abbia già svolto con successo il programma terapeutico.

prescindere da qualsiasi tipo di analisi individuale pre-esecutiva, posto che – come si osservò in dottrina¹² – “l’inizio del procedimento per la concessione della misura può avvenire prima dell’inizio dell’esecuzione”. Sembrava dunque che l’affidamento terapeutico, a differenza di quanto stabilito dal 2° comma dell’art. 47 o.p. per quello ordinario, potesse applicarsi indipendentemente dalla prognosi favorevole di non recidività e di recupero sociale del soggetto interessato. In effetti, sotto questo profilo, i presupposti per la concessione della misura si limitavano “all’idoneità” del programma concordato, che assorbiva il giudizio di prognosi su recidiva e recupero sociale¹³, tenuto anche conto che il giudice disponeva, a fini special-preventivi, del potere di corredare la concessione dell’affidamento terapeutico con prescrizioni specifiche¹⁴. Non si deve poi dimenticare che l’istituto trovava, in gran parte, la propria giustificazione nella “semplice” ragione di “indurre, sotto la minaccia del carcere, ad una pratica terapeutica”¹⁵.

Molti sostennero che questa normativa configurava l’affidamento in casi particolari non come uno strumento “rieducativo” o, forse meglio, “special-preventivo”, ma come uno strumento premiale, spingendo i soggetti verso una “*strumentale precostituzione delle condizioni di tossicodipendente al fine di usufruire del trattamento alternativo al carcere*”¹⁶. Alcuni autori compresero invece, da un lato, che la mancanza della richiesta del nesso fra reato commesso e stato di tossicodipendenza ai fini dell’affidamento in prova era allo stesso tempo conseguenza e testimonianza del carattere eminentemente terapeutico dell’istituto il cui obiettivo era il “recupero” del soggetto inteso come liberazione della dipendenza, che era, evidentemente, assunta dal legislatore “di per sé come un valore”¹⁷. Dall’altro, capirono che la *ratio* della previsione era di evitare che l’ingresso in carcere, sia pur al fine di permettere un’indagine sulla persona e una prognosi sull’esito della misura stessa, potesse compromettere la continuità del programma di recupero intrapreso,

¹² F. Corbi, *L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, cit., p. 1123.

¹³ La sezione di sorveglianza, per fare il giudizio di prognosi, poteva comunque acquisire gli atti del procedimento, oltre a disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso.

¹⁴ *Ivi*, pp. 1125 e 1154: “Certo è che ad una sostituzione del genere, tacendo il legislatore, deve pervenirsi unicamente in via interpretativa”. Cfr. anche G. Grasso, *L’affidamento in prova del tossicodipendente e dell’alcool dipendente*, cit., p. 670.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. G. Neppi Modona, “*Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n. 144, convertito in legge 21/6/1985 n. 297*”, cit., pp. 26-27; E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*”, cit., p. 49; A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, cit., p. 869.

¹⁷ In tal senso F. Corbi, *L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, cit., p. 1160.

pregiudicando, verosimilmente, le possibilità di reinserimento sociale del condannato¹⁸.

La normativa affermava comunque la necessità di verificare che lo “stato di tossicodipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non fossero preordinati al conseguimento del beneficio”. La dottrina considerò, da una parte, questa richiesta come la testimonianza che il legislatore era consapevole che l’istituto poteva dare origine ad abusi e strumentalizzazioni. D’altra parte, si osservò¹⁹ che non avendo il legislatore “individuato espressamente dei dati probatori indispensabili e tipizzati”, non era chiaro come questi accertamenti potessero essere operati. Si sostenne che, in particolare, l’accertamento richiesto alla sezione di sorveglianza, riguardo alla preordinazione del programma terapeutico, fosse una sorta di *probatio diabolica*, dato che la legge presupponeva che il programma fosse già in corso, per cui il tossicodipendente doveva averlo già predisposto. Chiedere al giudice di distinguere tra “predisposizione” del programma al fine del recupero e sua “preordinazione” al fine di sottrarsi al carcere significava chiedere “un'indagine di coscienza da riservarsi piuttosto al confessionale che ad un'aula di giustizia”²⁰. Dato lo spirito della norma, si deve ricordare comunque, che anche quando fosse emerso che il tossicodipendente avesse intrapreso il programma per sottrarsi al carcere, sussistono comunque le condizioni per soddisfare le esigenze di recupero e terapeutico e sociale che l’istituto mira a raggiungere.

Come accennato, la condizione essenziale per ottenere la concessione della misura alternativa in esame era che il tossicodipendente avesse “in corso un programma di recupero”. Dunque, in questa prima fase, il beneficio dell’affidamento terapeutico, come era accaduto per le misure cautelari presso le comunità di recupero, venne limitato soltanto a coloro che avessero già in atto un programma terapeutico per evitare, da un lato, le richieste strumentali fatte per sottrarsi al carcere, dall’altro, per garantire l’autenticità della volontà di sottoporsi ad un programma terapeutico; autenticità considerata presupposto essenziale per la sua riuscita²¹. Il programma terapeutico-riabilitativo doveva essere concordato con una “unità sanitaria locale o con uno degli enti, associazioni, cooperative o privati di cui all'art. 1-*bis* del D.L. del 22

¹⁸ G. Grasso, “L’affidamento in prova del tossicodipendente e dell’alcool dipendente”, cit., p. 665.

¹⁹ F. Corbi, “L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva”, cit., p. 1157.

²⁰Cfr. F. Corbi, “L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva”, cit., p. 1121; R. Stocco, “L’affidamento in prova al servizio sociale”, in Flora G. (a cura di), “Le nuove norme sull’ordinamento penitenziario”, cit., p. 197.

²¹ Su questo punto, nel corso del dibattito parlamentare, insisté molto l'on. Felisetti “Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni”, (1985), pp. 28178.

aprile 1985 n. 144”, destinatari dei contributi governativi regolati dalla legge. Chi aveva un programma in corso presso una struttura diversa per richiedere la misura alternativa doveva concordare un nuovo programma con un ente abilitato. Questa norma aveva lo scopo precipuo di consentire allo Stato di controllare gli enti preposti al trattamento. Inoltre la legge prevedeva che le strutture sanitarie pubbliche, cioè le unità sanitarie locali (U.S.L.), rilasciassero una certificazione “attestante lo stato di tossicodipendenza e l'idoneità, ai fini del recupero del condannato, del programma in corso”, certificazione che il detenuto doveva allegare all’istanza di richiesta del beneficio.

La certificazione d’idoneità era, evidentemente, stata prevista dal legislatore con una duplice finalità. Da un lato, di consentire al Tribunale di Sorveglianza la verifica dell’effettiva esistenza della struttura curativa esterna delegata ad accogliere il tossicodipendente in esecuzione alternativa della pena, dall’altro, di ostacolare la precostituzione dello stato di tossicodipendenza quantomeno attraverso la garanzia che, attraverso un programma fittizio o comunque non capace di condizionare il comportamento del tossicodipendente, il beneficio si traducesse in una sostanziale disapplicazione del diritto punitivo statale. La valutazione di idoneità del programma di recupero, nella struttura della misura, intesa come idoneità a combattere lo stato di dipendenza e quindi la pericolosità del soggetto che da essa si assume derivare, affiancandosi, o sostituendo, nel caso di concessione della misura dalla libertà, all’attività d’osservazione “scientifica” della personalità²², costituisce l’elemento sul quale il collegio giudicante deve fondare il giudizio prognostico, per la concessione dell’affidamento.

Su questo punto in dottrina si aprì subito un dibattito concernente l’oggetto della certificazione. Il dibattito, tutto’ora in corso, è all’origine di una delle modifiche più significative introdotte all’istituto dalla L. n. 49 del 2006. Era, infatti, evidente che ogni U.S.L. avrebbe ritenuto “idoneo” il programma che essa stessa aveva predisposto. In ultima istanza, quindi, a decidere se era “idoneo” un programma svolto presso una comunità terapeutica, ovvero un

²² L’osservazione della personalità è definita, con un lessico da criminologia positivista, “scientifica” dal legislatore del 1975. Secondo quanto stabiliva l’allora primo comma dell’art. 27 del D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431 “Approvazione del regolamento di esecuzione della L. 26 luglio 1975, numero 354, recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà” (oggi la prima parte del primo comma dell’art. 27 D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230) “L’osservazione scientifica della personalità è diretta all’accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all’instaurazione di una normale vita di relazione”. Se si confronta la nuova versione dell’art. 27 del Regolamento con quella originaria si apprezza lo sforzo di chi l’ha redatto di liberarsi del linguaggio veteropositivista ridefinendo i termini più connotati in questo senso utilizzati dall’o.p..

trattamento psicoterapeutico ambulatoriale, oppure erano necessari gli interventi domiciliari o i trattamenti con metadone, era chiamata la sezione di sorveglianza, con la conseguenza che l’effettivo scrutinio dell’idoneità del programma, di per sé non agevole per la mutevolezza delle valutazioni tecnico-scientifiche, veniva a dipendere dalla specializzazione dei giudici in materia di trattamento del tossicodipendente. Il rischio che si paventava era che i criteri e parametri utilizzati cambiassero da decisione a decisione. Chi avanzava queste critiche richiedeva una definizione normativa dei “parametri di valutazione” da porre alla base della certificazione di idoneità del programma e, comunque, tradiva una preferenza per i programmi presso le comunità residenziali. Era abbastanza generalizzato l’accordo che l’idoneità del programma presupponesse almeno “un preventivo accertamento di una seria motivazione al trattamento da parte del tossicodipendente e la predisposizione di un’attività terapeutica volta al recupero non solo fisico ma anche psichico del soggetto”²³.

Merita di essere ricordato che, come è stato sottolineato in dottrina²⁴, prevedendo la norma che il programma fosse in corso al momento della concessione dell’affidamento terapeutico, questo era in origine con ogni probabilità “atipico”, cioè non realizzato dalle strutture qualificate richiamate dall’art. 47-*bis*. In prima battuta, in questo caso, il Tribunale di Sorveglianza doveva valutare, semplicemente, che il percorso riabilitativo fosse stato “utilmente” intrapreso, indipendentemente dai requisiti di forma, e poi ‘soltanto’ *successivamente* che fosse rimodulato, in modo da essere ritenuto idoneo da parte di una struttura sanitaria pubblica (Usl) e da svolgersi presso la stessa o presso “uno degli enti, associazioni, cooperative o privati di cui all’art. 1- bis del decreto-legge 22 aprile 1985, n. 144”.

Non poteva richiedere la concessione dell’affidamento in prova chi aveva una pena detentiva superiore a due anni e sei mesi (tre anni nel caso di persona infra-ventunenne o ultrasettantenne) o una misura di sicurezza detentiva (ex art. 47 *bis*, 2° comma che rimandava all’art. 47 o.p. ²⁵). L’art. 47 *bis*, nella sua

²³A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, cit., pp. 867-868.

²⁴ E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*”, cit., p. 54.

²⁵ Gli allora primi due comma dell’articolo 47, legge n. 354/’75 così disponevano: “Allorché alla pena detentiva inflitta non segua una misura di sicurezza detentiva e la pena non superi un tempo di due anni e sei mesi ovvero di tre anni nei casi di persona di età inferiore agli anni ventuno o di persona di età superiore agli anni settanta, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dell’istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare. L’affidamento al servizio sociale non si applica, quando il condannato abbia precedentemente commesso un delitto della stessa indole ed in ogni caso è escluso per i delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione”.

formulazione originaria, si apriva affermando che l’affidamento in casi particolari poteva essere richiesto “quando una sentenza di condanna a pena detentiva *deve essere eseguita* nei confronti di una persona tossicodipendente”, poi rimandava per il limite di pena entro il quale la misura era concedibile all’art. 47 relativo all’affidamento ordinario che però fissava tale limite, con riferimento alla pena “inflitta” (e non “da eseguire”). Questa discrasia, in parte, rese meno acuti i problemi, che aveva sollevato un’analoga disposizione relativa all’affidamento ordinario, relativi alla determinazione del *quantum* di pena che consentiva la concessione dell’affidamento. Dato per pacifico che, valeva anche per l’affidamento in casi particolari, l’orientamento giurisprudenziale, non unanime, elaborato con riferimento all’affidamento ordinario, secondo cui non doveva essere considerata, ai fini del limite per l’ammissibilità, la parte di pena eventualmente condonata (e che quindi non deve essere eseguita)²⁶, la dottrina, concordemente, sostenne che dato il riferimento era alla pena che “deve essere eseguita”, differentemente a quanto previsto per l’affidamento ordinario, ai fini del computo del limite di pena si doveva tener conto anche dell’eventuale custodia cautelare presofferta²⁷.

Il legislatore aveva anche previsto che alcuni delitti fossero ostativi alla concessione della misura: non poteva essere concesso l’affidamento ex art. 47 bis nei confronti di chi era stato condannato per i delitti di rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, associazione di tipo mafioso (combinato disposto degli artt. 47 bis, 2° comma e 47, 2° comma)²⁸.

Infine, era previsto che l’affidamento in casi speciali potesse essere concesso solo una volta. Questo requisito apparve incongruo a molti²⁹, in quanto un’analoga previsione non esisteva per l’affidamento ordinario e appariva irrazionale, dato che avrebbe potuto costringere il detenuto tossicodipendente che avesse completato con successo l’affidamento, affrancandosi, almeno parzialmente, dallo stato di dipendenza, a tornare in carcere per un reato

²⁶Cass. Pen., sez. I, 9 marzo 1982, Mazzara, in Cassazione penale, 1983, 1212; Cass. Pen., sez. I, 30 settembre 1980, Vessio, in Cassazione penale, 1982, p.366.

²⁷G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 206. Si legge invece, nella già ricordata sentenza Cass. Pen., sez. I, 9 marzo 1982, Mazzara cit., riguardo all’affidamento ordinario: “ne deriva che, ai fini indicati, deve tenersi conto anche di quella parte della pena eventualmente già scontata”.

²⁸Si ricorda che, se si configura il tentativo di un delitto come reato autonomo, la condanna per aver tentato uno dei diritti ostativi non è precludente.

²⁹Merita di essere sottolineato che, se nel corso del primo affidamento il soggetto fosse stato in grado di liberarsi anche della dipendenza psicologica non poteva comunque usufruire di un nuovo affidamento terapeutico, per scontare la condanna sopravvenuta, in quanto era venuta meno, grazie al programma svolto in misura alternativa, lo stato di tossicodipendenza, che della misura costituiva presupposto.

commesso prima della condanna eseguita in affidamento³⁰. Come è stato osservato, l’impossibilità di reiterare la misura non sembra aver nulla a che fare con “il riconoscimento di uno stato patologico” su cui, invece si fonda la sua concessione: “sembra quasi che il legislatore abbia avvertito un certo timore nel proseguire sulla strada di considerare il tossicodipendente un soggetto nel quale l’aspetto della patologia clinica fa aggio sull’aspetto della patologia sociale, rappresentata dal fatto criminale”³¹. E’ importante chiarire che, ai fini del divieto di reiterazione della misura, non ha alcun rilievo la precedente concessione dell’affidamento in prova ordinario: la formula “ai sensi del presente articolo” elimina ogni dubbio in merito, circoscrivendo al solo affidamento in casi particolari la portata del limite³².

Anche le disposizioni procedurali contenute nell’art. 47 *bis* introdotto dalla legge 297/1985 meritano di essere analizzate, perché anch’esse, tracciano un sentiero che sarà ripercorso, seppure con andamento ondivago, nel quarto di secolo successivo.

Il provvedimento per la concessione dell’affidamento in casi particolari è stato disciplinato, per molti aspetti, in modo diverso da quello ordinario.

Le innovazioni miravano a consentire al tossicodipendente di poter beneficiare della misura senza interrompere il programma terapeutico in corso. La prima novità riguardava l’inizio del procedimento e le funzioni degli organi chiamati a raccogliere l’istanza. Il procedimento si avviava su impulso dell’interessato, mediante presentazione della “domanda” al pubblico ministero o al pretore (in quanto svolgente le funzioni di pubblico ministero) competente per l’esecuzione, a cui, eccedendo le loro normali funzioni, era affidato il compito di verificare che il tossicodipendente fosse nelle condizioni di presentare la domanda. Se si riscontrava la presenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, in luogo di emettere l’ordine di carcerazione trasmettevano gli atti alla sezione di sorveglianza. Se il tossicodipendente, non fosse stato “libero”, ma già detenuto, il p.m., verificata l’esistenza di tutte le precondizioni, doveva disporre la scarcerazione del condannato³³. Nel caso in cui l’accertamento

³⁰Nel corso della discussione parlamentare questa disposizione era stata giustificata con l’idea che “il condannato in cura, sapendo che avrebbe potuto usufruire di questo privilegio una sola volta, sarebbe stato portato ad impegnarsi, avendo di fronte come possibile alternativa solo carcere” (Intervento dell’on. Bocchino Schelotto nella seduta del 14 giugno 1985, in “Atti parlamentari, Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni”, (1985), pp. 28783).

³¹ F. Corbi, “L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva”, cit., p. 1120.

³² E. Fassone, “Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297”, cit., p.54.

³³ Merita di essere ricordato che, come detto, la stessa legge 297/1985 aveva aperto la strada per evitare la custodia cautelare in carcere del tossicodipendente, per cui il legislatore poteva

avesse invece rivelato la mancanza di qualcuno dei requisiti previsti per l’ammissibilità della misura, il pubblico ministero doveva emettere l’ordine di esecuzione della pena detentiva. La dottrina, unanimemente, sostenne che avverso il provvedimento con il quale il pubblico ministero non accordava la provvisoria sospensione della pena a beneficio di un soggetto ristretto, con problemi di dipendenza, l’interessato poteva proporre incidente d’esecuzione e non ricorso per Cassazione³⁴.

Molto criticata in dottrina fu la previsione secondo cui il pubblico ministero doveva trasmettere gli atti “alla sezione di sorveglianza del luogo ove è eseguito il programma terapeutico”. In questo modo, si sosteneva, che si consentiva al tossicodipendente di scegliere la sezione di sorveglianza competente a decidere sulla sua richiesta³⁵. La sezione di sorveglianza doveva fissare l’udienza entro “dieci giorni” dal ricevimento degli atti, termine ordinatorio non previsto nella procedura ordinaria e difficilmente rispettabile date le esigenze di carattere procedurale, quali l’effettuazione delle notifiche o l’acquisizione di atti presso le autorità giudiziarie che avevano giudicato nel merito del reato. L’art. 47bis prevedeva poi, di nuovo innovando rispetto al procedimento ordinario, che la sezione di sorveglianza doveva rigettare l’istanza se non fosse stato possibile notificare l’avviso di fissazione dell’udienza “al condannato nel domicilio

considerare la sua detenzione cautelare in carcere al momento della condanna come un caso residuale.

³⁴La dottrina invece si divise riguardo al ruolo del p.m. e ai compiti che gli spettavano. Alcuni hanno sostenuto che il p.m. dovesse compiere un controllo meramente “formale” degli atti presentati dal tossicodipendente, e che sia nel caso che accertasse l’esistenza dei presupposti per la concessione, sia nel caso che accertasse la loro mancanza ed emettesse l’ordine di esecuzione della pena detentiva dovesse comunque trasmettere gli atti alla sezione di sorveglianza, unico giudice competente per la concessione o il diniego dell’affidamento; in tal senso G. Grasso, “*Misure alternative alla detenzione*”, cit., p. 671. e E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n.297*”, cit., p. 61-62. Altri, pur sostenendo che il p.m. avesse solo poteri di controllo “formale”, ritenevano, evidenziando, sulla scorta di un rapporto di antecedenza necessaria tra il provvedimento adottato in via transitoria e la decisione finale del collegio di sorveglianza, che il giudizio innanzi al Tribunale di sorveglianza presuppone lo stato di libertà del destinatario della misura: quindi nel caso negasse la sussistenza dei requisiti ed emettesse l’ordine di esecuzione della pena detentiva, il pubblico ministero non doveva trasmettere gli atti alla sezione di sorveglianza. Questa tesi (sostenuta per esempio F. Corbi, “*L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*”, cit., pp. 1140-1143), evitava la pendenza della questione presso due distinte sedi giurisdizionali, quella del giudice dell’esecuzione adito in opposizione al diniego di scarcerazione pronunciato dal pubblico ministero e quella del Tribunale di sorveglianza. Essa però privava il tossicodipendente della possibilità di ottenere un controllo di merito sulla sua istanza da parte dell’organo giurisdizionale competente, la sezione di sorveglianza. Il rimedio giurisdizionale a sua disposizione, l’incidente di esecuzione avverso l’ordine di esecuzione, gli avrebbe consentito di investire della questione la sezione di sorveglianza, solo se il giudice dell’esecuzione avesse rilevato l’erroneità della decisione del p.m. e quindi l’illegittimità dell’ordine di esecuzione, in questo caso, infatti, avrebbe trasmesso la sua ordinanza, unitamente agli atti, alla sezione di sorveglianza che a quel punto sarebbe stata investita della decisione sul merito della concessione della misura.

³⁵Come osserva Corbi (“*L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*”, cit., p. 1147) la funzione di deroga alle norme ordinarie sulla competenza era quella di permettere uno più stretto controllo da parte della sezione di sorveglianza sullo svolgimento dell’affidamento.

indicato nella richiesta” e se lo stesso condannato non fosse “comparso all'udienza”. La *ratio* della disposizione era quella di verificare l'affidabilità del soggetto richiedente l'affidamento in prova. Al fine di non penalizzare il tossicodipendente che pur potendo in astratto usufruire dell'affidamento in casi particolari, non disponeva di un domicilio stabile (situazione non infrequente), la dottrina ha concordemente inteso che causa del rigetto, poteva essere solo la mancata comparizione in udienza. Questa interpretazione, in effetti, garantiva lo scopo per cui il legislatore aveva introdotto la norma, penalizzando il meno possibile il richiedente tossicodipendente.

Per emettere la decisione, la sezione di sorveglianza poteva “acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso”. L'accertamento dell'idoneità del programma era, per parte della dottrina, uno dei punti dolenti della normativa. Il legislatore aveva evidentemente pensato a quella del Tribunale di Sorveglianza come un'indagine condotta sugli atti e sulle certificazioni prodotte con riferimento al programma terapeutico in corso. Tra l'altro, come accennato, se il condannato non era stato in custodia cautelare, la sorveglianza non avrebbe, *neppure in via teorica*, potuto avere a disposizione i risultati dell'osservazione “scientifica” della personalità condotta per almeno un mese in carcere³⁶. Se la sezione di sorveglianza avesse negato la concessione del beneficio, il p.m. avrebbe dovuto emettere l'ordine di esecuzione della pena detentiva. Disponendo, invece, l'affidamento, la sorveglianza doveva impartire le prescrizioni “che determinano le modalità di esecuzione del programma”. Doveva poi stabilire “le prescrizioni e le forme di controllo, per accertare che il tossicodipendente proseguisse il programma di recupero”. La dottrina osservò subito che tali prescrizioni, essendo finalizzate al puntuale svolgimento dell'attività di recupero, non dovevano rendere più difficile lo svolgimento del programma. Le funzioni del servizio sociale cui il tossicodipendente era affidato, che erano importanti e di sostegno nello svolgimento dell'affidamento ordinario, vengono ridotte, con riguardo all'affidamento in casi particolari, al mero controllo, poiché i compiti non solo terapeutici, ma anche di recupero ricadevano in capo all'ente presso il quale il tossicodipendente aveva in corso il programma.

³⁶ Il periodo di osservazione previsto dall'art. 47, 3° comma, o.p., a cui l'art. 47bis rinviava, era di tre mesi ma la stessa legge 297/1985 lo ridusse ad un solo mese. La questione è puramente teorica perché comunque l'osservazione non è mai iniziata dalle carceri prima che la sentenza diventi definitiva, per cui anche il periodo di custodia cautelare trascorso, di fatto, consente alla sorveglianza di potersi basare su di essa.

Rinviando l'art. 47-*bis*, per tutto ciò che non dispone direttamente, all'art. 47 dell'o.p., si ritenne, pacificamente, che anche il buon esito dell'affidamento in prova “in casi particolari” estinguesse la pena e ogni altro effetto penale. In caso invece di mancato giudizio positivo sull’esito dell’affidamento o della revoca dello stesso durante il suo svolgimento si apriva la questione, già molto discussa con riferimento all’affidamento ordinario, della computabilità o meno del periodo trascorso in affidamento come pena scontata. Dato per pacifico che la revoca comportava l’ingresso in carcere dell’affidato³⁷ perché scontasse la pena “residua”, rimanevano forti dubbi sulle modalità di determinazione della pena “residua”. Quella parte della dottrina che vedeva con sospetto la “specialità” dell’istituto, sostenuta anche da alcune pronunce della Corte di cassazione, affermava che non si dovesse computare il periodo trascorso in trattamento terapeutico, in caso di revoca. Questa, infatti, si sosteneva, era indice del mancato rispetto delle prescrizioni e, considerare come “pena utilmente espiata” un periodo in cui il tossicodipendente non aveva osservato le prescrizioni, avrebbe rafforzato il carattere di normativa speciale dell’art. 47*bis*³⁸. Relativamente all’affidamento ordinario la giurisprudenza si era subito posta il problema se l'affidamento, essendo una misura “alternativa” alla pena, potesse essere considerato come periodo di pena espiato e se, quindi, il periodo trascorso, prima della revoca, dovesse essere scomputato dalla pena “residua”. Il problema era stato risolto dalla Corte Costituzionale che stabilì che si dovesse considerare l'affidamento “non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa” e, con sentenza additiva, dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’articolo 47 nella parte in cui non consentiva che valesse come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento dei provvedimenti di ammissione³⁹. Richiamandosi a questa sentenza, parte della dottrina osservò che a maggior ragione doveva essere

³⁷ In effetti, di solito, il ritorno in carcere si ha con il provvedimento di sospensione del Magistrato di sorveglianza a norma dell’art. 51 *ter* (*Sospensione cautelativa delle misure alternative*) che recita: “Se l’affidato in prova al servizio sociale o l’ammesso al regime di semilibertà o di detenzione domiciliare o di detenzione domiciliare speciale pone in essere comportamenti tali da determinare la revoca della misura, il magistrato di sorveglianza nella cui giurisdizione essa è in corso ne dispone con decreto motivato la provvisoria sospensione, ordinando l’accompagnamento del trasgressore in istituto. Trasmette quindi immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza per le decisioni di competenza. Il provvedimento di sospensione del magistrato di sorveglianza cessa di avere efficacia se la decisione del tribunale di sorveglianza non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti”

³⁸Cfr. E. Fassone, “*Commento all’art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n.297*”, cit., p. 69.

³⁹ Corte Cost., 13 giugno 1985, n. 185, in Foro italiano, 1 (1985), p. 1888. “Il giudice *a quo* sottolinea come il periodo trascorso in affidamento è vissuto dal condannato in un impegno di emenda” e “comporta per lo stesso l’osservanza di prescrizioni restrittive della sua libertà e insieme la soggezione ai costanti controlli del servizio sociale” così da “dedurre che” la misura stessa “non costituisca un’alternativa alla pena, ma una pena essa stessa”.

considerato fungibile con la pena detentiva il periodo in cui il tossicodipendente si era sottoposto al trattamento terapeutico, dato che “la disintossicazione costituisce sempre per il tossicodipendente un dolente sforzo, essendo dotata di un’ineliminabile carica afflittiva⁴⁰”. Si sosteneva, dunque, che nel caso dell’affidamento terapeutico, anche in caso di revoca, non si potesse ritenere come *tam quam non esset* il periodo trascorso in affidamento terapeutico.

A distanza di sei mesi, la Corte Costituzionale emise una sentenza analoga⁴¹, dichiarando l’illegittimità costituzionale del medesimo articolo nella parte in cui non prevedeva che valesse come pena espiata il periodo di affidamento al servizio sociale, nel caso di revoca della misura. Parte della dottrina interpretò queste pronunce come statuenti che tutto il periodo trascorso in prova dovesse essere considerato come pena espiata e, quindi, scomputato dal calcolo della pena residua, indipendentemente dalla valutazione dei motivi che hanno causato la revoca della misura.

La Corte Costituzionale, con sentenza 15 ottobre 1987, n. 343, tornò sull’argomento dichiarando l’illegittimità costituzionale del decimo comma dell’art. 47 nella parte in cui - in caso di revoca del provvedimento di ammissione all’affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova - non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova⁴². La soluzione adottata dalla Corte apparve subito equilibrata. Il Tribunale di sorveglianza investito del compito di individuare il periodo utilmente trascorso in affidamento in prova può, infatti,

⁴⁰ U. Pioletti, “*Brevi note sul trattamento penale del tossicodipendente*”, in *La Giustizia penale*, 1, 1986, pp. 382-384.

⁴¹ Corte Cost., 6 dicembre 1985, n. 312 in Cassazione penale, 1986, p. 210. La sentenza, richiamando la precedente pronuncia n. 185/’85, così dispone “È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli art. 3 e 13 cost., l’art. 47 comma 10 l. 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione l’affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova”.

⁴² Il ragionamento della Corte muove dall’assunto che “le prescrizioni inerenti all’affidamento in prova hanno carattere sanzionatorio con la conseguenza che esse rientrano a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale che l’art. 13 Cost. circonda di particolari cautele; ed il carattere sanzionatorio del nostro sistema è ispirato - come si desume dallo stretto collegamento tra gli articoli 3 e 13 della Costituzione - ai principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena, che devono essere applicati, non solo nella fase di cognizione ma anche in quella esecutiva”. Da questa premessa la Corte fa derivare il dovere del tribunale di sorveglianza che procede alla revoca dell’affidamento in prova per comportamento incompatibile con la sua prosecuzione di “determinare la durata della residua pena detentiva da scontare tenendo conto, sia del periodo di prova trascorso dal condannato nell’osservanza delle prescrizioni imposte e del concreto carico di esse sia della gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha dato luogo alla revoca”.

valutare l’andamento della prova in concreto e non penalizzare ingiustamente l’affidato, valutando se il fallimento della prova è imputabile, *in toto* o in parte, al condannato e l’influenza del contesto ambientale entro il quale l’affidato ha intenzione di reinserirsi. Allo stesso tempo l’affidato è consapevole che l’inosservanza delle prescrizioni imposte e del programma terapeutico saranno sanzionate. Il potere conferito al Tribunale in fase di revoca dalla Corte può quindi avere una certa efficacia intimidatoria nei confronti del tossicodipendente.

Quest’ultima pronuncia ha fissato definitivamente i paletti della strada da seguire in caso di revoca dall’affidamento, rimettendo il computo della pena residua da scontare all’esclusiva valutazione del Tribunale di Sorveglianza sulla base della condotta serbata dall’affidato. La successiva giurisprudenza della Corte di cassazione⁴³ ha precisato la necessità che il collegio di sorveglianza, investito del proprio apprezzamento discrezionale, valuti l’effettiva gravità del comportamento posto in essere dall’interessato e la qualità delle limitazioni imposte all’affidato, con riferimento anche alla durata delle stesse, così da proporzionare la residua pena, al carico delle prescrizioni adempiute ed al grado di risocializzazione raggiunto dall’affidato.

5.2. *Le modifiche apportate all’art. 47 bis o.p. dalla legge 663/86*

Sulla disciplina dell’affidamento in casi particolari incise l’anno dopo, questa volta nel quadro di un disegno complessivo di riforma dell’ordinamento penitenziario e in particolare di facilitazione dell’accesso alle misure alternative, la legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (*Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), nota come “legge Gozzini” dal nome senatore fiorentino suo primo firmatario, approvata quasi all’unanimità in Parlamento. In linea con lo spirito della riforma, le modifiche apportate dall’art. 12 della legge 663/1986 all’art. 47-bis ord. pen. miravano a rendere più agevole l’accesso all’affidamento in casi particolari. Due modifiche rafforzano notevolmente la possibilità di ricorrere all’istituto. La prima è la previsione della possibilità di chiedere la concessione della misura non solo da parte del tossicodipendente che abbia il trattamento terapeutico in corso, ma anche da parte di quello che “intenda intraprendere un’attività terapeutica”. La seconda è rappresentata dall’eliminazione della

⁴³ Cass., 26 maggio 1997, Caputo, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1998, p. 101 e Cass., 20 novembre 1996, Nardo, in *Cassazione penale*, 1997, p. 3567.

possibilità di chiedere l’affidamento terapeutico una sola volta. La legge Gozzini, infatti, prevede espressamente che l’affidamento in prova al servizio sociale non possa “essere disposto più di due volte”. Quest’ultima previsione ovvia al rischio di ingresso in carcere per un tossicodipendente che abbia già scontato con successo l’affidamento, qualora sopraggiunga un ordine di esecuzione per un reato commesso antecedentemente al primo affidamento, all’eventualità, vanificando il lavoro terapeutico già svolto. Di fatto, in questo modo, si dà “una seconda *chance*” al tossicodipendente, riconoscendo l’oggettiva difficoltà connessa al percorso di disintossicazione⁴⁴.

Queste due modifiche sembrano porre definitivamente a base dell’istituto “la presunzione di incompatibilità tra stato di tossicodipendenza e stato di detenzione”⁴⁵, delineandolo compiutamente come uno specifico tipo di affidamento in prova, differenziato da quello ordinario, avente finalità prettamente “rieducative”.

L’estensione dell’ambito di applicazione dell’affidamento in prova anche al tossicodipendente che non avesse già il programma terapeutico in corso “sconvolgeva” la *ratio* originaria della misura, che era di evitare l’interruzione di un programma già in corso nel momento in cui un soggetto fosse stato raggiunto da un ordine di esecuzione e, sanciva l’irrilevanza delle tesi di quella parte della dottrina che aveva, ripetutamente, evidenziato il rischio di strumentalizzazione della misura⁴⁶. Il legislatore con tali modifiche ribadisce la convinzione che l’esperienza carceraria possa nuocere alla risocializzazione dei tossicodipendenti e che, quindi, per questi soggetti, il contatto con l’ambiente carcerario sia in contrasto con le finalità special-preventive che la pena, a norma dell’art. 27 co. Cost., deve avere. Sembra essersi consolidata la convinzione che la risocializzazione del tossicodipendente può essere assicurata solo dal trattamento terapeutico, in quanto solo l’eliminazione dello stato di dipendenza può scemare la sua tendenza a delinquere e la pericolosità sociale dello stesso. Sembra sia da pacifico il dato, che la maggioranza dei reati commessi dai soggetti tossicodipendenti sono direttamente o indirettamente finalizzati a procurarsi i mezzi per comprare la droga. Muovendo da tale

⁴⁴ Cfr. R. Stocco, “*L’affidamento in prova al servizio sociale*”, cit., p. 196.

⁴⁵ Cfr. F. Corbi, “*L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*”, cit., pp. 1110 e ss.; G. Ambrosini, P. Mileto, G. Ambrosini, P. Mileto, “*Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*”, cit., pp. 116 e ss.; R. Stocco, “*L’affidamento in prova al servizio sociale*”, cit., pp. 190 e ss.

⁴⁶ Naturalmente gli autori (cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, “*Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*”, cit., p. 876), che già avevano criticato la vecchia normativa, sottolinearono che l’estensione dell’ambito di applicabilità della misura aumentava notevolmente i rischi di strumentalizzazioni rendendo sempre più facile sfruttare tale beneficio per sottrarsi al carcere.

assunto, la “terapia” clinica di disintossicazione del tossicodipendente è considerata, se non coincidente con, quantomeno prodromica alla “terapia sociale”. Liberare il soggetto dalla dipendenza dell’uso di droga significa risocializzarlo, o porre le basi per farlo, “assicurando” alla società il venire meno della sua tendenza a delinquere; “la guarigione sociale si identifica e collima con la cessazione dello stato di tossicodipendenza”⁴⁷.

Coerenti con questa nuova impostazione sono anche altre due innovazioni legislative. La prima è rappresentata dall’eliminazione sia dell’elenco dei reati ostativi alla concessione della misura sia dell’ostatività della misura di sicurezza. Evidentemente, il legislatore valutò che anche la pericolosità, di cui erano indici i gravi reati che avevano portato alla comminazione della misura di sicurezza, doveva essere ricondotta alla dipendenza. L’eventuale misura di sicurezza plausibilmente, se l’affidamento, si conclude con un esito positivo deve essere revocata, perché tale conclusione attesta che la pericolosità del soggetto è venuta meno. Inoltre, si prevedeva che l’affidamento in casi speciali potesse essere richiesto “in ogni momento”. Questa disposizione più che avere un effetto pratico, rappresentava il chiaro segnale che, quando possibile, esso era ritenuto la via di gran lunga preferibile per l’esecuzione della pena nei confronti dei tossicodipendenti. Sul piano pratico, infatti, essendo già previsto che il tossicodipendente potesse chiedere la misura prima che la condanna diventasse esecutiva, prima che l’ordine di carcerazione emesso fosse eseguito e quando il soggetto si trovava già detenuto in esecuzione pena, l’impatto di questa norma non era chiarissimo. Essa indusse parte della dottrina ad ammettere che l’istanza di concessione potesse essere proposta anche dal soggetto detenuto in custodia cautelare, una volta emanato l’ordine di esecuzione definitivo, prima che esso fosse notificato.

La finalità della misura diventa, evidentemente, di “incentivare il condannato tossicodipendente alla scelta terapeutica, collegando alla manifestazione di questa intenzione l’immediata acquisizione della libertà”⁴⁸. Il legislatore cerca di favorire una scelta che, per quanto possa essere

⁴⁷ F. Corbi, “L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva”, cit., p.1159. Questa impostazione emerge chiaramente anche dal provvedimento clemenziale preso due mesi dopo l’approvazione della Gozzini. L’art. 10 del D.P.R. n. 865 (Concessione di amnistia ed indulto), emanato il 16 dicembre 1986, concesse l’estinzione di due anni di pena per i reati contro il patrimonio (esclusi sequestro di persona a scopo di estorsione, estorsione, e rapina aggravata dall’uso di armi) commessi da chi era tossicodipendente al momento del fatto, aveva commesso il reato a causa del suo stato e non era più tossicodipendente al momento dell’istanza di applicazione dell’indulto (cfr. G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 200).

⁴⁸ V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario: commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006, p. 527.

strumentale o forzata, porta il tossicodipendente a conoscere la realtà delle comunità, o comunque dei servizi sanitari di assistenza e cura. Si passa dall’idea che l’esecuzione penale debba assecondare la scelta del tossicodipendente di iniziare un programma di detossicazione, a quella che l’ordinamento debba mettere il tossicodipendente di fronte alla secca alternativa di accettare un programma terapeutico oppure di scontare la pena in carcere. Parte della dottrina sottolinea che questa scelta rischiava di “snaturare” la funzione propria del carcere, che veniva reso in qualche modo “strumentale” all’opzione terapeutica, o quantomeno ridotto al rango di “monito sufficiente per decidersi verso l’adesione a certi modelli comportamentali”⁴⁹, dando così l’impressione che si fosse scelto di “appiattire il carcere su una funzione puramente segregativa”⁵⁰.

Sul piano procedurale il legislatore, sollecitato anche dalle critiche che avevano evidenziato che, determinando il giudice competente in base al luogo in cui veniva eseguito il programma, si conferiva al tossicodipendente la possibilità di scegliere, a sua discrezione, il giudice che si sarebbe pronunciato sull’istanza, fissò la competenza a decidere sulla richiesta di affidamento in capo a Tribunale di sorveglianza (così la legge del 1986 rinomina la “Sezione di sorveglianza”) del luogo in cui ha sede il pubblico ministero (o il pretore) che procede all’esecuzione. Fu abolito poi l’irrealistico termine ordinatorio di dieci giorni per la fissazione della data dell’udienza di trattazione, a favore di una nuova disposizione che imponeva al Tribunale di fissare “senza indugio” la data dell’udienza. All’indeterminatezza della disposizione si rispose in via interpretativa, applicando il termine massimo di quarantacinque giorni già previsto nell’art. 47 o.p., in virtù del rinvio generale a quella disciplina.

Rimanevano invece senza risposta le sollecitazioni a definire meglio l’ambito delle disposizioni relative all’accertamento della non preordinazione dello *status* di tossicodipendente e dell’“idoneità del programma”. Questa scelta appare tutto sommato coerente con la *ratio* dell’istituto. Come detto, la strumentalità della scelta della misura alternativa, prima considerata ambigualmente dalla normativa, sembra ora quasi sollecitata e, comunque, messa in conto dal legislatore; mentre sull’idoneità del programma sembra evidente la volontà di concedere grande flessibilità agli apparati terapeutici, a seconda delle singole

⁴⁹Cfr. A. Presutti, “Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche”, in V. Grevi, (a cura di), *L’ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Cedam, Padova, 1988, p. 191.

⁵⁰A. Beconi, L. Ferrannini, “Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente”, cit., p. 871.

esigenze e, quindi, di non limitare in alcun modo, con criteri astratti, l’ambito di opzioni a loro disposizione.

L’unica preconditione su cui la legge n. 663 del 1986 incide negativamente concerne il limite di pena che consentiva di usufruire dell’affidamento in prova. Questo viene innalzato a tre anni, ma la normativa relativa all’affidamento in casi speciali viene equiparata a quella dell’affidamento ordinario. Pertanto, il riferimento viene ad essere alla pena detentiva “inflitta” e non più a quella “da eseguire”. Ciò comportava per il condannato che da essa non poteva essere scomputata l’eventuale custodia cautelare presofferta. All’epoca, infatti, come accennato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione era divisa circa le modalità del computo della pena ai fini dell’accesso alla misura dell’affidamento in prova al servizio sociale; l’orientamento prevalente ammetteva la detraibilità dal totale del quantum di pena irrogata del quantum, eventualmente, dichiarato estinto per effetto di condono o di altra causa estintiva, ma non anche di quello già espiato al momento della presentazione della domanda di affidamento⁵¹. L’orientamento minoritario sosteneva invece che per “pena inflitta” doveva intendersi, esclusivamente, la “pena irrogata in sentenza”, senza tenere conto di eventuali condoni o del periodo espiato⁵². Per risolvere questo contrasto, erano intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵³, che avevano aderito alla tesi minoritaria più restrittiva. Secondo questa pronuncia per determinare la pena detentiva inflitta al fine dell’ammissibilità dell’affidamento in prova al servizio sociale, si doveva guardare alla pena irrogata con la sentenza o le sentenze di condanna, eventualmente risultante per effetto del cumulo, senza considerare le cause estintive della sola pena, come l’indulto, che influiscono sulla determinazione della pena da eseguire in concreto e non di quella inflitta.

Sul tema intervenne nel luglio del 1989 la Corte Costituzionale con la sentenza 386 la cui massima sembrò chiudere la questione⁵⁴. Essa, infatti, dichiarò l’illegittimità costituzionale “dell’art. 47, primo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (così come sostituito dall’art. 11 della legge 10 ottobre 1986 n. 663 - Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulle misure

⁵¹ Cass., Sez. 1, 13 febbraio 1989, Nasti, in Cassazione penale, 1990, I, 679; Cass., Sez. I, 21 novembre 1988, Calvaruso, in Cassazione penale, 1990, I, 152; Cass., Sez. I, 21 dicembre 1987, Amico, in Foro italiano 1988, II, 356, con nota di Albergiani.

⁵² Cass., Sez. I, 4 novembre 1988, Gallo, in Cassazione penale, 1990, I, 152; Cass., Sez. I, 22 gennaio 1988, Zarbo, in Foro italiano, 1988, II, 355, con nota di Albergiani.

⁵³ Sentenza 26 aprile 1989, Russo, in Cassazione penale, 1989, 1443. Questa pronuncia fu ribadita nel giro di un mese da altre due pronunce della prima Sezione penale: Cass., Sez. I, 22 maggio 1989, Pagano, in Cassazione penale, 1990, I, 1800; Cass., Sez. I, 22 maggio 1989, Izzi, in Cassazione penale, 1990, I, 1799).

⁵⁴ Corte cost., sent. 11 luglio 1989, in Foro italiano, 1989, I, 3340, con nota di Albergiani.

privative e limitative della libertà -), nella parte in cui non prevede che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate”. La portata di questa massima era però, in effetti, molto inferiore a quello che il suo tenore poteva far pensare. La Corte si era pronunciata su un caso di cumulo e il problema sottoposto riguardava il caso di un soggetto condannato più volte a pene detentive che singolarmente non superavano i tre anni, ma cumulativamente superano il limite stabilito dall’art. 47 o.p. per la concessione dell’affidamento. Inoltre, nel caso in oggetto, il condannato aveva già scontato una parte della pena risultante dal cumulo e, il residuo era inferiore a tre anni. Quindi, il Tribunale di Brescia, giudice remittente, lamentava che il condannato doveva essere considerato ammissibile alla misura. La pronuncia della Corte, dunque, come la stessa Corte Costituzionale successivamente sottolineò, era riferita soltanto alle ipotesi di cumulo di pene, singolarmente, inferiori a tre anni e non doveva essere considerata come asserente un principio generale⁵⁵. In effetti, con la sentenza 386/89 la Corte aveva sostenuto che il momento al quale si doveva far riferimento per la determinazione della “pena inflitta” è quello del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Quindi, nel caso di un’unica sentenza di condanna alla “pena inflitta”, e, nel caso di più condanne, al passaggio in giudicato dell’ultima di esse. Si dovevano escludere dalla “pena inflitta”, dunque, la parte di pena già espiata e quella condonata o condonabile in forza di provvedimenti di clemenza al momento in cui interveniva l’ultima sentenza parte del cumulo. Era invece erronea la deduzione tratta dalla massima che non si dovessero distinguere i casi di cumulo da quelli in cui era inflitta, per un solo reato, una pena superiore a tre anni dato che si doveva dare rilievo esclusivo alla pena residua.

Al momento della pronuncia con cui la Corte Costituzionale affermava che non era stata affrontata la questione dell’applicabilità dell’affidamento in prova al servizio sociale nei confronti dei soggetti con un residuo pena inferiore a tre anni parte di una pena superiore al detto limite irrogata per un unico reato, si riapri la questione interpretativa su cosa intendere per “limite di pena”, con riferimento all’affidamento ordinario. Per l’affidamento terapeutico il problema non si poneva, perché la questione era stata già definita dal legislatore con l’art.

⁵⁵ Sentenza 24 gennaio 1992, n. 17 in Cassazione penale, 1992,1976, con osservazioni di Maiorano, “In tema di affidamento in prova al servizio sociale”.

90 T.U., che prevedeva espressamente, come limite, “la pena detentiva inflitta nel limite di quattro anni o ancora da scontare nella stessa misura”⁵⁶.

5.3. L’affidamento in casi particolari previsto dal T.U. del 1990

La regolamentazione dell’affidamento in prova in casi particolari contenuta nell’art. 94 riproduce sostanzialmente quella dell’art. 47 *bis* dell’ordinamento penitenziario. Questa, infatti, seppure nata, come ricordato, quasi come un calco dell’affidamento ordinario, sotto la pressione derivante dall’esigenza di dover predisporre strumenti e misure idonee ad affrontare l’emergenza

⁵⁶ Per quanto concerne l’affidamento ordinario ci fu invece una nuova pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza 1 luglio 1992, Alessandria, in Cassazione penale, 1993 con nota di Cesaris, “*Affidamento in prova al servizio sociale tra Cassazione rigorista e legislazione lassista*”), che alla luce di quanto precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.17/92, ribadiva che la pronuncia di incostituzionalità del 1989 riguardava solo il caso in cui il limite di tre anni è superato dalle pene cumulate e non quello in cui è superato dalla pena relativa ad un singolo reato. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 386/89 e nella successiva ordinanza n. 509/90 nel frattempo pronunciata sullo stesso tema affermando che la precedente pronuncia di incostituzionalità concerneva, oltre al cumulo delle pene inflitte con più sentenze di condanna, quello delle pene inflitte con un’unica sentenza, aveva, in altre parole, semplicemente evitato gli effetti negativi del cumulo delle pene impedendo che in conseguenza di un cumulo complessivamente superiore ai tre anni sia precluso al condannato l’affidamento in prova al servizio sociale quando l’esecuzione ancora in corso è riferibile ad una o più pene che di per sé non sarebbero ostative. In questo modo gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale venivano molto contenuti, rispetto a quelli che sarebbero derivati dal riconoscere l’affidamento concedibile per qualunque reato, quale sia la pena irrogata, quando il suo residuo si era ridotto a tre anni.

Il legislatore, al fine di eliminare i dubbi interpretativi, è poco dopo intervenuto con l’art. 14 *bis* della legge 7 agosto 1992, n. 356, sancendo che “la disposizione del primo comma dell’art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui indica i limiti che la pena inflitta non deve superare perché il condannato possa beneficiare dell’affidamento in prova al servizio sociale, va interpretata nel senso che deve trattarsi della pena da espiare in concreto, tenuto conto anche dell’applicazione di eventuali cause estintive”. Nel frattempo il Tribunale di sorveglianza di Brescia aveva nuovamente adito la Corte, per un procedimento relativo all’affidamento in prova al servizio sociale di un soggetto avente un residuo di pena da espiare inferiore a tre anni, ma inizialmente condannato a 15 anni di reclusione, chiedendo la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 47 1° comma o.p. in quanto non consentiva la concessione della misura a chi aveva un residuo pena di tre anni. La Corte Costituzionale, con l’ordinanza 9 novembre 1992 n. 422, rimise gli atti al giudice *a quo* per un nuovo esame della questione, alla luce dell’intervenuto art.14-*bis* della legge n. 356/92. Ribadì però che il punto relativo alla concedibilità del beneficio anche a soggetti cui resti da espiare un residuo di pena inferiore a tre anni, ma ai quali sia stata inizialmente irrogata una pena superiore al detto limite per un unico reato, non era stato esaminato dalla sentenza n. 386/89 della stessa Corte che aveva avuto riguardo a soggetti condannati a pena iniziale superiore ai tre anni per effetto di cumulo di pene *ex se* non eccedente detto limite, donde in materia vigeva la piena libertà interpretativa in proposito del giudice ordinario.

Sull’art. 14-*bis* legge n. 356/92 si pronunciarono l’anno successivo le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione (sentenza 18 giugno 1993, Manisco) sostenendo che la “pena da espiare in concreto tenuto conto anche della applicazione di eventuali cause estintive” va intesa nel senso di pena irrogata con la sentenza di condanna, depurata, innanzitutto, della parte di pena eventualmente estinta per effetto di causa estintiva e poi anche della parte di pena già espiata in custodia cautelare e/o in esecuzione. Con questa pronuncia si è chiusa la lunga diatriba con il riconoscimento che per delimitare l’accesso dell’affidamento si deve avere riguardo alla pena che residua, detraendo da quella inflitta con un’unica sentenza di condanna o da quelle inflitte con più sentenze di condanna cumulate, non solo la pena o le pene dichiarate eventualmente estinte, ma anche quelle già espiate dal condannato (Cass.9 dicembre 1992, n. 5069; Cass. pen. sez. I, 18 novembre 1996, n. 6013). Questa soluzione giurisprudenziale è stata recepita dal legislatore che ha a poco a poco previsto che i limiti per l’ammissione alle misure alternative devono essere intesi come riferibili anche a detenzione da scontare “residua di maggiore pena”.

rappresentata dell’ingente numero di tossicodipendenti in carcere, era stata perfezionata nel corso degli anni, grazie all’opera della giurisprudenza e agli interventi della Corte Costituzionale. Poi, con le modifiche della legge Gozzini, la disciplina era stata armonizzata con le altre disposizioni dell’ordinamento penitenziario, dimostrandosi poi sufficientemente articolata ed in grado di disciplinare le possibili situazioni che, di fatto, si verificano nel corso dell’esecuzione penale dei tossicodipendenti.

La similarità tra le disposizioni contenute nell’art. 47 *bis* e quelle del nuovo art. 94 T.U. hanno posto il problema del rapporto esistente fra i due istituti. In dottrina, alcuni sostennero che la disposizione di cui all’art. 94 T.U. n. 309 era una mera riproduzione dell’art. 47 *bis*, che, quindi, doveva considerarsi implicitamente abrogato⁵⁷. Altri invece ritenevano che le differenze fra le due disposizioni fossero tali configurare due istituti contemporaneamente vigenti, cosa che comportava che di volta in volta avrebbe dovuto essere applicata la norma più favorevole al reo⁵⁸. In effetti, le differenze tra i due istituti erano di carattere prevalentemente formale e le poche di esse che incidevano sulla fisionomia dell’istituto rendevano le disposizioni contenute nell’art. 94 T.U. più favorevoli al reo, rendendo, di fatto, abrogato l’art. 47 *bis*. Così il legislatore decise di mettere fine alla *querelle* con l’abrogazione espressa dell’art. 47 *bis* per opera dell’art. 3 della legge n. 165 del 1998 (cosiddetta “legge Simeone”).

Vale la pena analizzare nel dettaglio la disciplina sull’“affidamento in prova in casi particolari” contenuta nell’art. 94 del Testo Unico 309/1990, evidenziando non solo i profili di novità rispetto alla normativa dell’art. 47 *bis* dell’ordinamento penitenziario ma anche i problemi che essa ha posto, perché in questo modo si pongono le basi per comprendere ragioni ed effetti delle modifiche apportate poi nel 2006 all’istituto.

5.3.1. Chi può andare in affidamento terapeutico?

Il legislatore non modificò la previsione, tanto contestata dalla dottrina, secondo cui per concedere l’affidamento in casi particolari lo stato di tossicodipendenza non deve sussistere necessariamente al momento della commissione del reato, bensì nel momento in cui la pena deve essere eseguita. Essa del resto sembra perfettamente coerente tanto con l’impostazione di fondo

⁵⁷ G. Di Gennaro, G. La Greca, *La droga, traffico, abusi, controlli*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 324; M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 264.

⁵⁸ In tal senso B. Guazzaloca, “L’esecuzione della pena del tossicodipendente”, cit., p. 518.

della legge quanto con il sistema dell’esecuzione penale che essa tratteggia. La *ratio* della parte sull’esecuzione penale del T.U. è, infatti, come ricordato, di utilizzare la pena per spingere i tossicodipendenti ad intraprendere la terapia e, ogni volta che le circostanze lo consentono, far loro intraprendere un percorso alternativo alla detenzione. Questa scelta fu operata in considerazione della peculiare fragilità derivante dalla tossicodipendenza e della difficoltà di gestire le esigenze dei tossicodipendenti all’interno del carcere.

Si deve tener presente inoltre che, quando il reato commesso è etiologicamente riconducibile allo stato di tossicodipendente, il legislatore ha previsto che al tossicodipendente suo autore sia concessa la sospensione dell’esecuzione della pena *ex art.* 90 T.U. purché esso abbia intrapreso o, addirittura, concluso un programma terapeutico. In altre parole, laddove, non è soltanto la presunzione derivante dall’esperienza generale, dal *quod plerumque accidit*, ma l’evidenza dei fatti ad indicare che la pericolosità sociale del soggetto dipende dal suo stato di tossicodipendenza, il legislatore del 1990 ha ritenuto che, una volta avviato o concluso, il percorso terapeutico, sia sufficiente una misura, non afflittiva e che non prevede alcun controllo e non è necessario l’affidamento in casi speciali che, come ha sancito la ricordata giurisprudenza della Corte Costituzionale, deve essere considerato pena a tutti gli effetti e comporta la sottoposizione del condannato ad un controllo stringente.

E’ stato poi posto il problema se, per considerare tossicodipendente un soggetto al momento dell’esecuzione della pena, è necessario che egli sia afflitto da dipendenza fisica, o basta che manifesti dipendenza psicologica. Il problema è stato risolto dalla Corte di Cassazione, in linea con un orientamento largamente condiviso a partire dalla legislazione del 1975, nel senso che deve essere considerato attuale lo *status* di tossicodipendente al momento dell’esecuzione della pena anche quando, superata la dipendenza fisica, sussista ancora la dipendenza psichica, ritenuta anche più difficile da superare.

La Corte, che aveva già affermato con riferimento all’istituto previsto dall’art. 47-*bis*, che il giudice non poteva rigettare l’istanza con cui il detenuto chiedeva l’affidamento in casi particolari, in base al “semplice richiamo al lasso di tempo trascorso dal periodo di assunzione della sostanza, dovendosi disporre un adeguato accertamento tecnico”⁵⁹ in quanto non esistono criteri sulla base dei

⁵⁹ Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 1986 n. 3293, Carminati, in Cassazione penale, 1987, p. 1819.

quali calcolare per quanto tempo l’assunzione di droga provoca dipendenza, nel 1995 afferma che:

l’attualità dello stato di tossicodipendenza può avere riguardo qualora l’interessato abbia superato la fase della dipendenza fisica dallo stupefacente anche alla sola dipendenza psichica: il tossicodipendente, infatti, non può ritenersi guarito in base alla mera constatazione della circostanza che non assume più droghe, avendo egli necessariamente bisogno di un ulteriore periodo di mantenimento terapeutico e supporto psicologico⁶⁰.

L’orientamento giurisprudenziale è sicuramente condivisibile in quanto riconosce che il tossicodipendente non può ritenersi guarito in base alla mera constatazione della circostanza che non assume più droghe, dato che superata la dipendenza fisica egli ha sicuramente bisogno di un ulteriore periodo di mantenimento terapeutico e di supporto psicologico. Legare alla sola dipendenza fisica la concessione dell’affidamento in casi particolari vorrebbe dire svuotare l’istituto della sua *ratio*. Come accennato, infatti, la farmacologia ha messo a disposizione prodotti capaci di annullare in breve tempo la dipendenza fisica generata da molte sostanze stupefacenti e psicotrope. Ciò che rimane estremamente difficoltoso per il soggetto tossicodipendente è affrontare e superare un percorso di disintossicazione “psichica”. Proprio per la difficoltà di questo percorso, spesso le terapie non prevedono una disintossicazione fisica immediata ma graduale e gestita in accordo con il paziente, in modo da aiutarlo a costruire consapevolezza e determinazione necessarie per liberarsi dalla dipendenza fisica. Del resto, come aveva già evidenziato la dottrina in relazione all’art. 47-*bis*, se si intendesse la concessione della misura subordinata alla sussistenza della dipendenza fisica, la disposizione sarebbe incongrua nella parte in cui prevede che la misura possa essere concessa anche a chi ha un provvedimento terapeutico in corso. Dato, infatti, che la disintossicazione fisica avviene, più o meno velocemente, a seconda delle condizioni del paziente, nella prima fase del programma, chi ha un trattamento in corso è normalmente già libero dalla dipendenza fisica, per cui dovrebbe scontare la sua pena in carcere, interrompendo il percorso riabilitativo e rendendo vani tutti gli sforzi fatti fino a quel momento.

⁶⁰ Cass. Pen., sez. I, 17 luglio 1995, Scangerla, in *La Giustizia penale*, 1996, II, 106. Questa tesi è stata ribadita pochi anni dopo: Cass. 21 aprile 1997 n. 2872, Fiorillo, in *Cassazione penale*, 1998.

Confermando quanto disposto dalla legge n. 663 del 1986 relativamente all'art. 47-*bis*, il legislatore ha disposto che la misura può essere concessa al tossicodipendente che “abbia in corso un programma di recupero o ad esso intenda sottoporsi”. La conferma dell’accessibilità della misura anche al tossicodipendente che dichiara di voler intraprendere il percorso riabilitativo è ancora una volta pienamente conforme allo spirito della normativa che mira ad incoraggiare, *rectius* a spingere con forza, il soggetto tossicodipendente in esecuzione pena ad intraprendere un percorso terapeutico, dandogli la possibilità di evitare la pena detentiva tramite il beneficio dell'affidamento. La Corte di Cassazione ha specificato che l'intenzione di “sottoporsi ad un programma terapeutico costituisce condizione necessaria ma non sufficiente, per l'applicazione dell'affidamento in prova, occorrendo, comunque, la sussistenza di elementi atti a giustificare un giudizio prognostico favorevole”⁶¹. Per concedere il beneficio, il giudice deve dunque accertare la serietà della motivazione del soggetto ad intraprendere il percorso trattamentale⁶² e l'idoneità del programma ai fini del recupero del tossicodipendente. Per facilitare tale accertamento la norma prevedeva (al primo comma), come già faceva l'art. 47-*bis*, che all'istanza con cui si richiede la misura debba essere “allegata certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica attestante lo stato di tossicodipendenza e l'idoneità, ai fini del recupero del condannato, del programma concordato”. La certificazione richiesta per attestare la sussistenza della condizione di dipendenza dalla droga poteva essere rilasciata solo da una struttura sanitaria pubblica, cioè il Servizio pubblico per le tossicodipendenze (Ser.T) operante presso ogni USL⁶³, mentre il giudice non poteva riconoscere alcuna validità alle certificazioni equipollenti o sostitutive, rilasciate per esempio dal medico privato⁶⁴. Allo stesso tempo, secondo la Corte,

⁶¹ Cass. Pen., sez. I, 17 marzo 1993, Colonnetti, in Cassazione penale, 1994, 1649.

⁶² Sulla necessità che il giudice valuti anche le motivazioni che spingono il soggetto a richiedere la misura insiste in particolare G. Morelli, “*L'affidamento in prova al servizio sociale tra certezza della pena e finalità rieducativa*”, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 1995, p. 103. Naturalmente, dato il disegno e la finalità del Testo Unico, valutare la serietà delle motivazioni, non può voler dire appurare se il soggetto avrebbe intrapreso il percorso riabilitativo anche senza la pressione rappresentata dall'incombente ed evitabile pena detentiva (che tra l'altro rappresenterebbe un accertamento contro fattuale impossibile). Come ricordato, una richiesta opportunistica sembra essere considerata dal legislatore comunque uno strumento utile per far avviare il percorso riabilitativo. La serietà sembra debba essere valutata soprattutto in termini di proposito a portare a compimento il percorso.

⁶³ I servizi pubblici per le tossicodipendenze sono stati introdotti dallo stesso Testo Unico in materia di stupefacenti (art. 118), prevedendo che in tempi brevi si sarebbe dovuto istituire almeno un Ser.T per ogni unità (ora azienda) sanitaria locale. Poco dopo l'entrata in vigore del D.P.R. 309/1990, il Ministro della sanità ha emanato un decreto (n. 444 del 30 novembre 1990) contenente il regolamento in materia di organizzazione e funzionamento dei Ser.T.

⁶⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. I, 25 giugno 1998, Regia, in CED. RV 210874; la Corte sostiene che vada rigettata l'istanza di affidamento terapeutico in quanto il ricovero del condannato in comunità era

la mancata allegazione della certificazione richiesta non costituiva di per sé motivo di rigetto dell'istanza nel caso in cui fosse stata comunque presentata “probante documentazione proveniente da una comunità di recupero”, in quanto il Tribunale di sorveglianza, a norma del 3° comma dell’art. 94 T.U., può esercitare i “relativi poteri istruttori” per ottenere la prevista certificazione dello stato di tossicodipendenza e dell'idoneità del programma di recupero⁶⁵.

L’ultimo parametro fissato dall’art. 94 T.U. per poter accedere all'affidamento terapeutico riguardava il limite di pena. Il legislatore del 1990 aveva ribadito il limite di tre anni fissato dall'art. 47-*bis* riformato dalla legge n. 663 del 1986. Tale limite fu innalzato a quattro anni dall'art. 7 del d.l. 193 del 1993 (convertito nella legge n. 222 del 14 luglio 1993, *Disposizioni urgenti relative al trattamento di persone affette da HIV*). L’allentamento del limite di pena ostativo era coerente con lo scopo di sollecitare la decisione del tossicodipendente di intraprendere un programma di recupero attraverso l’esonero dell’esperienza carceraria, ma, nel caso concreto, come hanno sottolineato gran parte dei commentatori⁶⁶, esso sembrava essere stato deciso soprattutto per limitare la presenza di detenuti tossicodipendenti nelle carceri. Per quanto riguarda però la pena da considerarsi ostativa per la concessione del beneficio, la modifica più rilevante apportata dal legislatore derivava dalla decisione di rivedere la sua connotazione operata nel 1986 quando, modificando la formulazione esistente, fu stabilito che per richiedere il beneficio, la “pena detentiva inflitta” al tossicodipendente dovesse essere inferiore ai tre anni. L'art. 94, nella sua formulazione originaria, dispose che si dovesse tener conto della “pena detentiva inflitta nel limite di quattro anni – oggi portati a sei dalla riforma del 2006 -- o ancora da scontare nella stessa misura”. Le due previsioni sembravano riferirsi rispettivamente, quando si parla di “pena detentiva inflitta”, al tossicodipendente che chiede la misura prima dell’inizio dell’esecuzione della pena e, quando si parla di pena “ancora da scontare”, al tossicodipendente che chieda la misura dal carcere, presumibilmente perché aveva una pena superiore ai quattro anni, o per qualsiasi altro motivo. Resta però il fatto che la norma consentiva di considerare, la pena residua, ovvero ancora da espiare, ai fini del calcolo del *quantum* di pena rilevante per l'ammissione al beneficio. Si poteva quindi,

avvenuto sulla base di certificato rilasciato dal medico privato e non sussisteva l’attestazione dalla ASL competente.

⁶⁵ Cass. Pen., sez. I, 31 marzo 1995, *cit.*

⁶⁶ Cfr. M. Pavarini, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, cit., p. 455; A. Presutti, “*Commento all'art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., p. 427.

anche a fronte di una domanda presentata dalla libertà, tornare a tener conto, come avveniva prima della riforma del 1986, “delle cause estintive, dei fattori di ridimensionamento della pena irrogata con la sentenza di condanna e anche dell’avvenuta parziale espiazione, senza esclusione dell’eventuale custodia cautelare presofferta”⁶⁷. Inoltre, come avveniva per la formulazione originaria dell’art. 47-*bis*, non fu attribuito alcun effetto ostativo a un’eventuale misura di sicurezza la cui esecuzione dovesse seguire la pena.

5.3.2. *Il programma terapeutico*

L’art. 94 richiedeva che il programma fosse “concordato con un’unità sanitaria locale – quindi concretamente con un Ser.T -- o con uno degli enti previsti dall’articolo 115 o privato”. Oggi, la normativa prevede, invece, che il programma possa essere concordato oltre che con il Ser.T., “con una struttura privata autorizzata ai sensi dell’articolo 116”. Sulla *ratio* di tale modifica si tornerà nel paragrafo relativo alle modifiche introdotte con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con L. 21 febbraio 2006, n. 49, ciò che ora interesse è capire quale sia l’esatto significato da attribuire a “concordato”. La giurisprudenza ha stabilito che il programma si può definire “concordato”, quando il tossicodipendente abbia partecipato attivamente alla definizione del trattamento terapeutico da intraprendere in modo che esso risulti conforme alle sue esigenze. La Corte di Cassazione ha ritenuto illegittimo l’affidamento concesso al tossicodipendente “subordinatamente al rispetto da parte sua delle prescrizioni e del programma terapeutico così come approvato dalla struttura sanitaria pubblica, giacché in tal modo il trattamento risulta imposto, e non invece voluto, nemmeno là dove si presuppone l’accordo sul metodo da seguire”⁶⁸. Quando il programma debba essere attuato presso una comunità, la Suprema Corte ha sancito che possa ritenersi “concordato” solo quando vi sia stato un vero e proprio accordo in tal senso, ovvero un “contratto terapeutico”, e non anche quando la comunità attesti una semplice

⁶⁷ M. Pavarini, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, cit., p. 455. Merita di essere ricordato che ai fini del computo della pena per essere ammessi all’affidamento, tanto a quello ordinario quanto a quello in casi particolari, non contano i periodi di liberazione anticipata concessi. L’art. 54 4° comma o.p. stabilisce, infatti, che questi periodi contano “agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiaato per essere ammessi” esclusivamente ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale.

⁶⁸Cass. Pen., sez. I, 2 dicembre 1992, Bosco, in *Rivista penale*, 1993, 1059.

disponibilità all'accoglienza⁶⁹. In dottrina⁷⁰ si è fatto notare che questa enfaticizzazione della partecipazione attiva del tossicodipendente alla messa a punto del programma sembra voler stendere un velo di ipocrisia sull'istituto: dato che se il tossicodipendente non “concorda” il programma deve affrontare la pena detentiva, è difficile sostenere che la sua condivisione sia autentica e libera.

L’USL deve rilasciare anche la certificazione dell'idoneità del programma ai fini del recupero. Questa idoneità deve però comunque costituire oggetto di autonoma valutazione da parte del Tribunale di Sorveglianza, al quale la norma, concede il potere di disporre le necessarie verifiche allo scopo. Merita di essere sottolineato che, anche nel 1990 il legislatore non recepì le tesi di quella parte della dottrina che invocava la statuizione di specifici criteri in base ai quali il giudice potesse valutare l'idoneità del programma. Ancora una volta è prevalsa la convinzione che definire specifici parametri oggettivi, in base ai quali accertare l'idoneità del programma, e quindi in ultima istanza la prevedibilità della sua “efficacia”, è impossibile dato che l'efficacia dello stesso dipende dalla personalità e dalle condizioni psico-fisiche del tossicodipendente e che quindi si dovrebbero prendere in considerazione una serie infinita di variabili individuali che ben difficilmente potrebbero essere tradotte in parametri di riferimento generali⁷¹.

Come è stato osservato⁷², non si può ritenere il giudice vincolato dalle certificazioni rilasciate dal Ser.T, pena la violazione del principio costituzionale (art. 101 Cost.) che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge: il Tribunale di sorveglianza, diversamente opinando, sarebbe, infatti, chiamato ad una ratifica meramente formale di una valutazione fatta dalla pubblica amministrazione. Appare pertanto non condivisibile la tesi secondo cui, in presenza dell'attestazione di tutti requisiti previsti dalla legge per la concessione del beneficio, graverebbe in capo al giudice l'obbligo di concederlo⁷³. La Cassazione

⁶⁹ Cass. Pen., sez. I, 21 giugno 1994, Limuti, in *La Giustizia penale*, 1995, II, 108. La dottrina maggioritaria ritiene comunque che, mentre è necessaria la sottoscrizione del programma da parte del responsabile della struttura comunitaria, non si dovrebbe far discendere dalla mancanza della sottoscrizione del tossicodipendente il rigetto del beneficio, dato che il suo consenso risulta implicitamente dalla presentazione dell'istanza con il programma di recupero in allegato.

⁷⁰ A. Presutti, “*Commento all'art. 94 T.U. 309/1990*”, in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2000, p. 435.

⁷¹ F. Introna, “*Tossicodipendenza, alcool dipendenza e misure alternative alla detenzione*”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1986, p. 995, intervenendo in questa discussione ai tempi dell'introduzione dell'art. 47-bis aveva suggerito l'opportunità che il Tribunale si facesse affiancare da degli esperti per questa valutazione.

⁷² Cfr. B. Guazzaloca, “*L'esecuzione della pena del tossicodipendente*”, cit., p. 523.

⁷³ In questo senso M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, p. 270.

ha preso posizione, anche dopo la promulgazione del T.U. stupefacenti, ribadendo la necessità di sottoporre al vaglio del collegio di sorveglianza il programma terapeutico concordato con una struttura sanitaria pubblica, ritenendo non vincolante per l’autorità giudiziaria chiamata a disporre l’affido in prova speciale, la semplice attestazione di idoneità al recupero proveniente dal Ser.T. competente⁷⁴.

La documentazione richiesta è necessaria al fine di valutare *prima facie* la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l’ammissione all’affidamento in prova, tra l’altro essa può essere l’unico elemento in mano al Tribunale perché, come accennato, mancando la detenzione, manca l’osservazione “scientifica” della personalità condotta durante essa. Ma, il giudice può disporre gli “opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico concordato” (art. 94 terzo comma), per valutare quanto attestato e la sua corrispondenza con la realtà. Il fatto che il Tribunale debba procedere ad una propria autonoma valutazione comporta, come ha riconosciuto la Cassazione, che l’istanza possa essere rigettata per un errore di valutazione di chi lo ha redatto e quindi non per fatto da doversi imputare al tossicodipendente o per le sue condizioni, ma per una “mancanza [...] riconducibile a responsabilità tecnico-professionali di chi nell’ambito dell’ente o organismo abilitato ha elaborato il programma”⁷⁵.

Al di là delle discussioni in dottrina, in concreto, il problema della valutazione del programma terapeutico da parte del Tribunale ha riguardato, non l’affidabilità terapeutica dei singoli programmi per i quali i giudici si sono rimessi, di massima, alla valutazione dei Sert.T che di prassi propongono un programma standardizzato anche per facilitare il controllo del suo andamento da parte dell’autorità giudiziaria, utilizzando modalità già ampiamente sperimentate⁷⁶ e che quindi garantiscono una certa affidabilità⁷⁷, ma la scelta

⁷⁴ Cass. 30 maggio 1997, Leopardi, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1997, p. 811.

⁷⁵ Cass. Pen., sez. I, 28 febbraio 1995, Cavicchia, in *Cassazione penale*, 1996, 1288; Cass. Pen., sez. I, 31 marzo 1995, Marrone, in *Cassazione penale*, 1996, 1287.

⁷⁶ Sotto questo profilo sarebbe anzi necessario che i giudici controllassero che il programma non sia troppo standardizzato e sia invece rispondente alle personali esigenze relazionali dell’assuntore.

⁷⁷ La tipologia di programma più diffusa prevede come prima cosa un “contratto terapeutico” stipulato tra comunità e tossicodipendente che formalizza l’impegno di quest’ultimo a impegnarsi alla realizzazione del programma attenendosi alle regole della comunità e alle prescrizioni stabilite. La principale funzione di questo contratto è quella di legittimare agli occhi del tossicodipendente stesso il potere disciplinare degli operatori che vigilano sulle regole della comunità. Si tratta normalmente di regole molto semplici, come il divieto di comportamenti violenti, l’obbligo di partecipare alle varie attività, l’obbligo di rispettare gli altri utenti e gli operatori, mirate da un lato ad abituare l’affidato al controllo della propria aggressività e all’autocontrollo in generale e dall’altro a preservare la vita “comunitaria”. Il trattamento in comunità fa, infatti, grande affidamento sulla responsabilizzazione del soggetto messo a confronto

tra un “programma territoriale” e un “programma residenziale”. Il programma territoriale consiste essenzialmente in un trattamento farmacologico sostitutivo tramite il metadone, in periodici colloqui psicologici con gli operatori del Ser.T e in frequenti controlli tossicologici delle urine per accertare se il soggetto sta continuando ad utilizzare sostanze stupefacenti e psicotrope. Esso consente al tossicodipendente di seguire un programma domiciliare e di godere di una libertà di movimento (entro i limiti delle prescrizioni della sorveglianza): il solo vincolo di tipo terapeutico è la *compliance* con la terapia, cioè il rispetto dei tempi dei colloqui e dell’assunzione del metadone, oltre naturalmente all’obbligo di non assumere sostanze che causano dipendenza. Spesso i magistrati mostrano diffidenza rispetto a questo tipo di programma. Tale atteggiamento è indotto proprio impianto del T.U. che privilegia, sicuramente, i programmi di

con i suoi “compagni di esperienza” e quindi sul meccanismo dell’emulazione: il suo perno è rappresentato dall’idea che il percorso di reinserimento sia facilitato dallo svilupparsi all’interno di un contesto microsociale protetto. Data questa impostazione terapeutica è chiaro che basta che un solo soggetto si mostri inesorabilmente riottoso alle regole comuni per creare scompiglio e mettere in crisi tutto il meccanismo della comunità.

Il trattamento in senso stretto è diviso in due fasi, spesso svolte anche in ambienti differenziati: la fase dell’accoglienza, svolta normalmente in un ambiente differenziato all’interno della comunità, denominato di solito “centro di prima accoglienza”, il cui obiettivo è la disintossicazione del soggetto tossicodipendente, e la fase del trattamento terapeutico, svolta nella sede della comunità vera e propria, finalizzata alla rieducazione e al reinserimento. Il cuore della prima fase è la disintossicazione del soggetto attraverso una terapia farmacologica a base di metadone o suoi derivati, stabiliti ovviamente dal Ser.T che determina anche le modalità e i tempi della terapia, “a scalare”, cioè delle riduzioni delle somministrazioni del metadone. Essa è poi incentrata sull’osservazione e l’orientamento dell’affidato, in base ai suoi risultati si aggiusta anche la terapia secondo le esigenze personali che si manifestano (in ogni comunità convenzionata operano normalmente educatori, assistenti sociali, uno o più psicologi, almeno uno psichiatra e un medico). Nel suo corso si sviluppa la conoscenza reciproca tra operato e tossicodipendente, gli operatori cercano di far capire all’affidato l’importanza del rispetto delle regole e di tenere comportamenti corretti quando si trovano a contatto con gli altre utenti. In questa fase il ruolo degli operatori è molto attivo e si divide tra momenti in cui devono essere molto “impositivi” per ottenere il rispetto delle regole e momenti in cui si devono adoperare nel sostegno del tossicodipendente per le notevoli difficoltà che gli procura la disintossicazione fisica. L’ultimo problema rilevante che gli operatori devono affrontare è quello di far elaborare all’affidato il “lutto” della condanna, che normalmente all’inizio del percorso è ossessivo (del resto è normalmente questa ossessione ad averlo spinto ad entrare in comunità) e rende difficoltoso lo svolgimento del programma.

La seconda fase ha invece un carattere relazionale ed è prevalentemente autogestita dagli affidati. Infatti superata la dipendenza fisica, si deve vincere la dipendenza psichica, passaggio ostico che si può conseguire solo grazie alla volontà del soggetto. Gli operatori sottolineano l’importanza della solidarietà tra i membri del gruppo che innesca un circolo virtuoso: se si crea un gruppo molto affiatato i tossicodipendenti si stimolano a vicenda. Quando viene raggiunto un buon livello di motivazione a seguire il percorso viene lasciata loro maggiore autonomia in modo da responsabilizzarli e far loro acquisire autostima e sicurezza in se stessi. Cosa per la quale sono fondamentali, come accennato, il confronto reciproco e l’emulazione. In questa fase, l’approccio diventa quasi esclusivamente di tipo relazionale e, si incentra sul sostegno e sull’aiuto, in modo da stimolare la motivazione e l’impegno personale dell’utente”. Gli operatori sono consapevoli che, per quanto si possano mettere in atto le strategie più svariate, se a questo punto la condivisione del programma non diventa veramente sentita e l’affidato non ha acquisito quel minimo di maturità necessario per seguirlo con serietà, il percorso tratta mentale, anche se giungerà a termine, è destinato a fallire e una volta scontata la pena il tossicodipendente libero interromperà ogni percorso riabilitativo. Per le testimonianze sul funzionamento delle comunità cfr. Vittoria Furfaro, “L’art. 94 D.P.R. 309/1990 attraverso alcune esperienze di operatori giuridici e sociali e di tossicodipendenti beneficiari della misura” in www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/vitty/index.htm, consultato 6 giugno 2010.

tipo comunitario. La diffidenza nasce dalla consapevolezza che i Ser.T non sono in grado, data la struttura organizzativa e l’organico degli uffici, di seguire in modo ravvicinato il tossicodipendente e dal fatto che il colloquio settimanale non è un tipo di controllo da cui si ricavano elementi tali da poter stare sicuri sul comportamento dell’affidato. Merita di essere osservato che la Cassazione ha comunque stabilito che, non richiedendo l’art. 94 D.P.R. 309/1990 “che il programma terapeutico debba essere necessariamente attuato in struttura “residenziale”, ma soltanto che esso sia concordato con un’unità sanitaria locale o con un ente ausiliario, deve escludersi che il diniego della misura alternativa in questione possa essere validamente motivato con il semplice richiamo alla mancata previsione dell’attuazione del programma di recupero in struttura residenziale”⁷⁸.

La scarsa propensione a concedere l’affidamento con programma territoriale non vuol dire che esso non sia mai concesso. A tale modalità di svolgimento della misura si ricorre, spesso, per esempio in tutti i casi in cui il tossicodipendente, nelle more del processo, ha già intrapreso il percorso di recupero prima del passaggio in giudicato della sentenza e dell’emissione del provvedimento di esecuzione, specialmente se ha già trovato un lavoro o dispone di un contesto familiare stabile e affidabile. A fronte di queste condizioni, un suo collocamento in comunità sarebbe non una forma di inserimento sociale, ma di sradicamento sociale. Si può obiettare che questa scelta della magistratura di sorveglianza comporta per il soggetto, comunque, una misura più afflittiva rispetto a quella prevista dal legislatore per i coloro che siano già parzialmente disintossicati, vale a dire la sospensione della pena. D’altra parte il provvedimento è indubbiamente legittimo in quanto nessun medico potrà mai certificare che l’ex assuntore di droghe si è affrancato anche dalla dipendenza psicologica e che quindi non necessita di assistenza psichica. La magistratura di sorveglianza preferisce, in questi casi, l’affidamento in casi particolari con un programma di tipo territoriale, perché esso consente di esercitare un controllo sull’andamento del percorso terapeutico vuoi attraverso l’U.E.P.E che deve sorvegliare sulla misura, vuoi attraverso i rapporti che il Ser.T., in caso di affidamento, ma non in caso di sospensione condizionale, deve presentare trimestralmente sull’andamento della misura. Questa diffusa scelta dei Tribunali di Sorveglianza ha reso, come vedremo, la sospensione della pena una misura, di fatto, del tutto marginale, quasi desueta.

⁷⁸ Cass. pen., sez. I, 26 ottobre 1995, n. 5347, Siciliani, in Cassazione penale, 1996, p. 3766.

Nel caso il Tribunale ritenga il programma inidoneo è pacifico che non possa formularne lui stesso uno diverso, ma debba limitarsi a rigettare l’istanza. E’ l’interessato, con l’ausilio del Ser.T. ed eventualmente della comunità terapeutica, a doversi attivare per presentare la nuova proposta basata sul programma residenziale da sottoporre al vaglio della sorveglianza⁷⁹. Va osservato che nelle motivazioni di rigetto delle istanze di affidamento terapeutico di tipo territoriale, qualora il Tribunale ritenga adeguato un programma residenziale, di prassi, lo esplicita, facilitando così la proposizione di una nuova istanza dell’istanza. Resta il fatto che, se l’istanza era stata presentata dalla libertà, il rigetto comporta l’ingresso in carcere per tossicodipendente istante. Tale rischio, sovente, spinge il condannato a presentare dalla libertà programmi di tipo residenziale.

5.3.3. *La ripetibilità della misura*

Il Testo Unico ha anche confermato la disposizione, introdotta nell’art. 47 *bis* dalla legge n. 663 del 1986, secondo la quale “l’affidamento in prova al servizio sociale non può essere disposto per più di due volte” (art. 94 quinto comma). Come accennato, l’innalzamento del limite di sbarramento a due volte, contro la sola prevista dalla prima formulazione dell’art. 47 *bis*, è apparso subito opportuno in quanto tiene realisticamente conto delle difficoltà e degli ostacoli che il tossicodipendente inevitabilmente incontra nel corso della disintossicazione e nel superamento della dipendenza. D’altra parte, consentire al tossicodipendente di beneficiare dell’affidamento in casi particolari un numero illimitato di volte, a prescindere dal nuovo compimento di reati dopo essersi sottoposto a due programmi terapeutici, sembrava veramente configurare un diritto speciale di tipo premiale. Di fatto, è come se il legislatore avesse presunto che, se anche il secondo tentativo va a vuoto, il soggetto è irrecuperabile. La giurisprudenza ha seguito questo ragionamento rigoristico, sostenendo che il divieto non è relativo alla singola esecuzione pena, ma deve intendersi come vincolo che impedisce al tossico o all’alcool dipendente di poter disporre del beneficio più di due volte nella propria vita, anche in relazione a condanne diverse da quelle che hanno determinato l’accesso al beneficio. Secondo la Cassazione, il divieto di disporre l’affidamento terapeutico per più di due volte è giustificato dalla verificata assenza di ragionevoli prospettive di utile

⁷⁹ Cfr. F. Introna, “Tossicodipendenza, alcool dipendenza e misure alternative alla detenzione”, cit., p. 995.

sperimentazione dello speciale trattamento alternativo e, pertanto, è svincolato dalle condanne per le quali l’affidamento è stato concesso ed opera in via generale nei confronti del condannato che ne ha beneficiato, anche se viene richiesto in relazione a condanne diverse⁸⁰.

In effetti, i percorsi dei tossicodipendenti dimostrano che la ricaduta nell’uso delle sostanze stupefacenti o psicotrope e di conseguenza nel reato non è infrequente. Una volta finito il programma terapeutico e lasciata la comunità, spesso, il soggetto ha difficoltà di reinserimento in società ed è sovente emarginato da contesti sociali non criminogeni, in quanto portatore di un doppio stigma⁸¹, quello di “tossico”⁸² e di “delinquente”. Non è infrequente che i

⁸⁰ Cass. pen. sez.I, 20 maggio 2003 n. 25329, Passamani, in Cassazione penale, 2004, p. 2017.

⁸¹ Riprendendo il significato originario del lemma “stigma”, che nell’antica Grecia indicava i segni fisici associati agli aspetti insoliti e criticabili della condizione morale di chi li possedeva, Erving Goffman (*Stigma: l’identità negata*, Giuffrè, Milano, 1983) tratteggia un evento frequente nell’interazione sociale che porta alla frattura tra l’identità sociale che virtualmente dovrebbe essere riconosciuta ad un individuo e quella che concretamente gli viene assegnata, in virtù di un meccanismo, spesso inconsapevole, che questi “segni” fanno scattare. Lo “stigma”, in altre parole, mette in moto un meccanismo per cui automaticamente si “degrada” (cfr. H. Garfinkel, “Condition of Successful Degradation Ceremonies”, *American Journal of Sociology*, LXI (1956), tr. it. in E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit., pp. 250-57), l’identità degli individui che lo portano. Lo “stigma” è un attributo soggettivo, più o meno visibile, a cui, in un dato contesto sociale, è legato lo stereotipo di un’identità screditata e quindi l’aspettativa di comportamenti “devianti”. Coloro che possiedono un attributo stigmatizzante sono denigrati dai consociati: la diversità che caratterizza questi individui è predominante, cancella il valore positivo degli altri attributi personali.

La consapevolezza della stigmatizzazione produce in chi sa che la propria diversità è già conosciuta, la consapevolezza di essere un soggetto *screditato*, mentre i portatori di stigma non visibili e non ancora conosciuti (come i molti tossicodipendenti che nascondono il proprio status all’ambiente in cui vivono), sanno di poter essere in ogni momento *screditabili* e vivono con questo stato d’animo. Nel momento in cui lo “stigma” è noto, normalmente nel soggetto, colpito dalla stigmatizzazione, si produce la sensazione di “non-essere-a-proprio-agio” (cfr., E. Goffman, *Alienation from Interaction, Human Relations*, X, 1957, pp. 45-60). Il soggetto arriva frequentemente a considerare l’interazione con i “normali” come negativa, in quanto lesiva della propria intimità. Questo stato d’animo può sfociare, per usare la classificazione di Robert Merton (*Social Theory and Social Structure*; 1957; tr. it. Bologna, Il Mulino, 1959, pp. 171-276), o in atteggiamento “rinunciario” per cui lo stigmatizzato, per evitare l’imbarazzo si sottrae all’interazione sociale, o in un atteggiamento “ribelle” che dà vita a interazioni caratterizzate da ostilità provocatoria.

E’ comunque opportuno non dimenticare, sottolinea Goffman, che, da un lato, a volte, nel corso dell’interazione intersoggettiva, la connotazione di un attributo può assumere significati mutevoli perdendo la sua funzione stereotipizzante. Dall’altro normalmente, i soggetti stigmatizzati non sono completamente esclusi dall’interazione sociale. Si crea un microcosmo sociale in seno al quale essi si sentono accettati. Questo microcosmo è composto da individui accomunati dallo stesso stigma o, comunque, da altri attributi screditanti e da soggetti che Goffman definisce “saggi”, cioè persone “normali” che per motivi particolari sono comprensivi e partecipi alle esperienze dell’individuo stigmatizzato (la fedele consorte del malato di mente, la figlia dell’ex-detenuto, il genitore del paralitico o del tossicodipendente, le persone che si fanno carico del problema sociale degli stigmatizzati).

Il formarsi di un “gruppo di stigmatizzati” favorisce il fenomeno per cui le persone colpite dalla stigmatizzazione tendono ad elaborare sul piano conoscitivo la loro comune esperienza dando così vita ad un processo di adattamento progressivo alla stigmatizzazione che dà vita a quella che Goffman chiama la “carriera morale” degli stigmatizzati. La prima tappa di questa carriera è il processo di socializzazione attraverso cui lo stigmatizzato impara ad interiorizzare il punto di vista delle persone “normali” e le conseguenze che derivano dalla sua connotazione come screditato. La “carriera morale” dello stigmatizzato diventa molto veloce nei casi in cui esso è inserito in un’istituzione -- quale la prigione, il manicomio, la comunità terapeutica -- dedita al trattamento di persone caratterizzate da un determinato stigma. In questo caso, infatti, gran

Tribunali di Sorveglianza, quando hanno reputato che, durante l'affidamento, i tossicodipendenti si siano bene comportati e abbiano risolto, almeno temporaneamente, il problema della dipendenza, abbiano aggirato il divieto di usufruire per la terza volta dell'affidamento in casi particolari, concedendo un affidamento ordinario o una detenzione domiciliare, accompagnati da prescrizioni di tipo terapeutico. L'incostituzionalità di questa norma fu sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze con ordinanza di rimessione del 19 luglio 2005 e iscritta al n. 524 del registro ordinanze per l'anno 2005⁸³. La questione di costituzionalità venne sollevata con riferimento al caso di un detenuto presso la Casa Circondariale di Livorno che, in seguito alla presentazione di una istanza di affidamento in prova a scopo terapeutico, era stato scarcerato su ordine della Procura della Repubblica, in attesa della decisione del Tribunale di Sorveglianza. Dopo la scarcerazione l'interessato aveva fatto ingresso in una comunità terapeutica, ritenuta idonea ai fini del recupero del soggetto, secondo il programma concordato con il Ser.T., e mostrato di affrontare il programma con spirito e motivazione adeguati. Nella camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza, il collegio rilevò che l'interessato aveva già usufruito in precedenza di due affidamenti in prova a scopo terapeutico, in relazione ad altre condanne già eseguite. Quindi Tribunale, come esso stesso scrive nell'ordinanza di remissione, avrebbe dovuto, senz'altro, “rigettare l'istanza di affidamento terapeutico in esame – nonostante, [...], il promettente inizio del percorso comunitario, affrontato dal condannato con motivazione diversa rispetto al passato e in maniera non strumentale – con conseguente reingresso del soggetto nella struttura carceraria, ove appare evidentemente impossibile praticare il tipo di trattamento attuabile in una comunità terapeutica per tossicodipendenti”.

parte di quello che apprende del proprio stigma viene comunicato dalla convivenza protratta con i compagni di sofferenza (per questo effetto sui detenuti cfr. D. Clemmer, *The prison Community*, cit., tr. it. parziale in E. Santoro, *Carcere e Società liberale*, cit., pp. 210-225, dove, come ricordato, questo processo di socializzazione viene definito “prigionizzazione”).

⁸² Il legislatore sia nel 1990 che nel 2006 ha scelto di stigmatizzare pesantemente i comportamenti correlati all'uso delle droghe. Il T.U. comunica, infatti, una valutazione sociale immediatamente percettibile come fortemente negativa dell'assunzione della droga, che non è venuta meno neppure con il *Referendum* abrogativo del 1993 ed è anzi stata rafforzata nel 2006. Questa valutazione, al di là della definizione delle fattispecie penali, mira a sollecitare e orientare l'attività degli operatori, pubblici e privati, dell'area socio-sanitaria, competenti nella cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenza, verso il perseguimento dell'unico obiettivo del soggetto “*drug free*”.

⁸³ Purtroppo, nella camera di consiglio del 21 febbraio 2007, la Corte Costituzionale ha, con propria ordinanza del 5 marzo 2007, restituito gli atti al rimettente a cagione della riforma, sebbene essa non avesse toccato il 5° comma dell'art. 94 T.U. che fissa il limite delle due volte, intervenuta (con legge 49/2006) nelle more del giudizio che ha mutato i presupposti sostanziali per l'accesso alla misura premiale del condannato e, sulla scorta della quale, lo stesso rimettente avrebbe dovuto procedere ad una nuova valutazione della questione (ancorché rimasta impregiudicata).

Questa vicenda porta il Tribunale di sorveglianza di Firenze a dubitare che il limite delle due volte violi il principio di uguaglianza, quello di ragionevolezza, il principio della finalità rieducativa della pena e il diritto alla salute. Sul piano della ragionevolezza il Tribunale nota che per “l’istituto dell’affidamento in prova c.d. ordinario (cioè per condannati che non presentano problematiche di tossicodipendenza od alcool dipendenza) previsto dall’art. 47 legge 354/1975 [...] non vi è alcun limite alla concessione, salvo quello dell’entità della pena da espiare e quello del titolo di reato ostativo all’applicazione di misure alternative alla detenzione, in mancanza di utile collaborazione con la giustizia, ai sensi dell’art. 4-*bis* comma 1 legge 354/1975” e, si chiede se l’affidamento terapeutico abbia “caratteristiche e connotati” tali da giustificare questa disparità di regolamentazione. Il Tribunale sottolineando che, a suo parere, “non è ragionevole limitare la possibilità di concessione dell’affidamento terapeutico a due sole volte, perché vi possono essere concrete prospettive di utile sperimentazione di tale tipo di trattamento, anche oltre il suddetto limite”. In altre parole, il divieto di concessione di un terzo affidamento terapeutico colpisce soprattutto quei soggetti che, per la complessità della condizione patologica e dei problemi ad essa correlati, hanno bisogno di un più lungo periodo di mantenimento terapeutico e di supporto psicologico, finendo quindi per precludere proprio ai soggetti più deboli un percorso riabilitativo.

Si è posto il problema se il divieto della terza concessione riguardasse solo condanne per reati commessi dopo il secondo affidamento in casi particolari, o qualsiasi condanna a pena detentiva, e dunque anche a quelle relative a fatti antecedenti la misura alternativa. La dottrina⁸⁴ ha pacificamente considerato sussistente il divieto relativo alla concessione di un terzo affidamento per fatti commessi dopo la seconda concessione, mentre ha considerato il divieto non operante per nuove condanne sopraggiunte dopo il conseguimento del secondo beneficio ma relativi a reati commessi prima della sua concessione.

La giurisprudenza si è limitata ad osservare che “il divieto si riferisce alla concessione del beneficio e non alla mera estensione del medesimo”⁸⁵. Al di là della lettera dell’art. 94 T.U. questa interpretazione appare coerente anche con l’art. 51 *bis* dell’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975, introdotto dalla legge 663/1986) che distingue chiaramente la nuova concessione del beneficio dalla prosecuzione dell’affidamento in corso. Questa norma, infatti,

⁸⁴ Cfr. A. Presutti, “*Commento all’art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., p. 426; B. Guazzaloca, “*L’esecuzione della pena del tossicodipendente*”, cit., pp. 521-522.

⁸⁵ Cass. Pen., sez. I, 21 settembre 1995 n. 4240, Rella, in Cassazione penale, 1996, 1990.

dispone che in caso di “sopravvenienza di nuovi titoli privativi della libertà”, che consentano comunque di rimanere entro i limiti previsti per la concessione del beneficio, il magistrato di sorveglianza dispone con decreto, successivamente convalidato con provvedimento del Tribunale di sorveglianza, la “prosecuzione provvisoria” della misura che, perciò, non può intendersi come nuova concessione del beneficio⁸⁶. Sarebbe del resto in contrasto con la *ratio* dell’istituto e con lo spirito del T.U. perseguire lo svolgimento del trattamento terapeutico e del percorso di recupero del tossicodipendente, esimendolo dalla detenzione, e poi restringerlo in istituto per condanne sopravvenute in corso di esecuzione della misura alternativa, relative a reati commessi antecedentemente ad essa⁸⁷.

La giurisprudenza non si è invece pronunciata sul caso, pure possibile, che la condanna per un fatto antecedente all’affidamento sopraggiunga una volta che questo si è concluso. In questo caso non si può ricorrere all’estensione dell’affidamento. Sul piano formale, in tale ipotesi, dovrebbe valere il limite che non consente di concedere più di due affidamenti, con la conseguenza che si creerebbe un’assurda disparità di trattamento tra chi conclude il proprio affidamento prima che la nuova condanna, per fatto antecedente all’affidamento stesso, vada in esecuzione e chi invece è ancora in affidamento quando ciò accade⁸⁸. La disparità di trattamento sarebbe, evidentemente, dovuta esclusivamente ai tempi della giustizia e non certo al comportamento dell’affidato, anzi potrebbe influire la lunghezza della pena in esecuzione e quindi la gravità del reato da lui commesso, con il paradosso che chi si è macchiato di un reato più grave e ha una pena più lunga ha più probabilità di riuscire a scontare in affidamento terapeutico la nuova condanna per fatto antecedente.

Probabilmente, si può superare questo paradosso ricorrendo all’istituto della sospensione pena *ex art.* 90 T.U. La condanna a pena detentiva per un fatto antecedente alla misura, sopraggiunta dopo che l’affidamento si è concluso con esito positivo, ugualmente, non dovrebbe porre problemi di carcerazione, dato che questa situazione pare configurare il caso tipico in cui si dovrebbe

⁸⁶ In tal senso cfr. M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, pp. 271-272.

⁸⁷ Se, infatti, il tossicodipendente commettesse un reato durante la misura, questa sarebbe prima sospesa e poi revocata e non si potrebbe avere una sua estensione.

⁸⁸ Anche il Tribunale di sorveglianza, nella ricordata ordinanza di remissione, sottolineava che “si possono avere ... risultati iniqui, con soggetti che beneficiano dell’affidamento terapeutico in relazione a più di due condanne, anche per lunghi periodi di tempo, per il meccanismo dell’estensione sopra indicato, e soggetti che, invece, magari condannati a pene brevi e per reati meno gravi, non possono fruire del terzo affidamento terapeutico solo perché il titolo esecutivo relativo alla terza condanna è divenuto definitivo successivamente alla conclusione dei due precedenti affidamenti”.

concedere la sospensione pena ex art. 90 T.U.. Dato che l’unica alternativa in questo caso è una nuova carcerazione che rischierebbe di interrompere il percorso riabilitativo effettuato, in questo caso appare legittimo che non si dia troppo rilievo alla dipendenza psichica, che probabilmente, per quanto latente perdura.

5.3.4. L’importanza della discussione sulla natura e sulle finalità dell’istituto per la valutazione del suo esito

Molti problemi nascono dal rapporto, molto discusso, fra l’affidamento in prova “in casi particolari” regolato dall’art. 94 del T.U. 309/1990 e l’affidamento in prova “ordinario” regolato dall’art. 47 o.p. Si è sostenuto che l’affidamento “terapeutico” debba essere considerato non un istituto completamente autonomo, ma una specificazione dell’affidamento “ordinario”, con la conseguenza della generale applicabilità delle disposizioni di quest’ultimo all’affidamento terapeutico. La dottrina prevalente respinge questa tesi e ritiene che l’affidamento “in casi particolari” sia uno “speciale e autonomo trattamento riservato al tossicodipendente”⁸⁹ e in quanto tale sostanzialmente indipendente dall’istituto regolato dall’articolo 47 o.p., anche se, necessariamente, si deve ricorrere alla disciplina di questo, stante il generale rinvio alle norme dell’ordinamento penitenziario operato dal 6° comma dell’art. 94⁹⁰.

Questa netta distinzione discende dalla marcata finalità terapeutica dell’affidamento in casi speciali, non a caso, come accennato, spesso definito anche “terapeutico”. Mentre l’affidamento in prova ordinario appare mirato alla “rieducazione del reo” e ad assicurare “la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati” (art. 47 o.p.), l’affidamento in casi particolari è stato istituito, per consentire che il tossicodipendente autore di un reato possa “proseguire o intraprendere un programma terapeutico”, considerato che, come emerse nel corso del dibattito parlamentare, questi aveva grandi difficoltà ad accedere alle misure alternative ordinarie.

⁸⁹ B. Guazzaloca, “L’esecuzione della pena del tossicodipendente”, cit., p. 519.

⁹⁰ Parte del problema deriva dal fatto che lo stesso affidamento ordinario e, più in generale, tutte le misure alternative alla detenzione in carcere, previste dall’Ordinamento Penitenziario, hanno cambiato, negli ormai trentacinque anni abbondanti di vita, la loro *ratio* varie volte: sono state originariamente collocate dal legislatore all’interno di un meccanismo che considerava l’accesso dei detenuti a tali istituti come il momento conclusivo della positiva partecipazione al percorso trattamentale predisposto in seno alle carceri; poi sono diventate modalità di esecuzione extra-carceraria delle pene brevi; sono state pensate come strumenti per realizzare il precetto dell’art. 27 3° comma della Costituzione e quindi rieducare il condannato, ma utilizzate prevalentemente come strumenti di deflazione carceraria e qualche volta di induzione alla collaborazione con le autorità giudiziarie impegnate nell’attività di repressione della mafia o del terrorismo.

L’affidamento in casi speciali, dunque, come ha sottolineato il legislatore, anche sul piano simbolico, spostando la sua regolamentazione dall’Ordinamento Penitenziario al T.U. sugli stupefacenti, trova il proprio fulcro nella terapia. Coerente con questa finalità è la circostanza che, come abbiamo visto accadere già con l’art. 47-*bis*, la sua concessione prescinde dall’osservazione “scientifica” della personalità⁹¹, al contrario di quanto accade per l’affidamento ordinario, la cui concessione è subordinata alla valutazione prognostica del Tribunale in ordine all’idoneità della misura a favorire la rieducazione del reo e, soprattutto, a prevenire il rischio di recidiva.

Di tale impostazione dovrebbe tenere conto il Tribunale nel momento in cui impone le prescrizioni nell’ordinanza di concessione dell’affidamento. Le prescrizioni, infatti, dovrebbero essere dirette, esclusivamente, a consentire l’espletamento degli interventi terapeutici da parte degli operatori della comunità o dell’ASL, tenuto conto che l’intervento dei servizi sociali è confinato ad un ruolo di mero controllo. In tale prospettiva, l’affidamento dovrebbe essere considerato come positivamente concluso una volta eliminata la dipendenza dalla droga, senza richiedere anche un compiuto reinserimento sociale del condannato⁹². La giurisprudenza non è stata, nei quindici anni successivi all’entrata in vigore dell’art. 94, di questo avviso. Essa ha, certamente, accolto la netta distinzione tra la *ratio* dell’affidamento terapeutico e quella delle altre misure alternative, riconoscendo che il primo ha come scopo il recupero del tossicodipendente in quanto tale e “non postula né progressi compiuti nel corso del trattamento né l’esistenza delle condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società”⁹³ e, quindi, che ciò che rileva per la sua concessione è il solo *status* di tossicodipendente, ma allo stesso tempo ha, gradatamente, ampliato l’ambito di azioni richiesto a questo particolare tipo di affidamento, facendogli carico di conseguire non solo la disintossicazione del soggetto, ma anche il suo reinserimento sociale. Come ricordato, pochi anni dopo la promulgazione del T.U. la Corte di Cassazione ha sostenuto che la volontà del detenuto di sottoporsi ad un programma terapeutico non è sufficiente per la concessione di questo tipo di affidamento, “occorrendo comunque la

⁹¹ Come notato l’osservazione della personalità del detenuto è, in qualche modo, condotta da chi redige il programma e la sua valutazione assorbita dal giudizio sull’idoneità del programma stesso, idoneità che deve essere giudicata in riferimento allo specifico soggetto richiedente la misura.

⁹²In tal senso A. Presutti, “*Commento all’art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., pp. 421 e ss. e F. Corbi, “*L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*”, cit., p. 1154.

⁹³ Cass. Pen., sez. I, 14 marzo 1995, Brandaleone, in *La Giustizia penale*, 1996, II, 179.

sussistenza di elementi atti a giustificare un giudizio prognostico favorevole”⁹⁴ circa la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale. Successivamente la Suprema Corte ha ribadito quest’indirizzo, affermando che il giudice doveva valutare l’idoneità del programma anche nel “merito”, compiendo, se necessario, “gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico concordato”. Si deve stimare, dunque, anche la possibilità che esso, oltre che idoneo a conseguire le finalità del percorso terapeutico, sia adatto “a realizzare un effettivo reinserimento del soggetto in società”⁹⁵. Si è teso insomma affidare a questa misura l’erculeo compito di accompagnare il tossicodipendente lungo un percorso terapeutico capace di risolvere non solo la dipendenza, ma anche i problemi di disadattamento sociale⁹⁶. A sostegno di questa posizione si osserva che l’affidamento in prova speciale non si rivolge al tossicodipendente condannato per reati connessi al suo stato, bensì a chi è tossicodipendente al momento dell’esecuzione della pena. L’esclusione di un trattamento rieducativo a beneficio esclusivo di un percorso terapeutico non appare giustificato per quei

⁹⁴ Cass. Pen., sez. I, 15 febbraio 1993, Colonnetti, in Cassazione penale, 1994, 1649.

⁹⁵ Cass. Pen., sez. I, 5 settembre 2001, Di pasqua, in CED. RV 220029.

⁹⁶ La letteratura criminologica sottolinea che i tossicodipendenti autori del reato sono normalmente persone con problemi di carattere personale e sociale, già prima che inizi la dipendenza, altrimenti non sarebbero cadute nel “tunnel della droga”. Normalmente gli utenti della droga sono dipinti come persone che hanno deciso di “sfogare”, o comunque di vivere il proprio disagio, attraverso comportamenti, se non dichiaratamente anti-giuridici, “devianti” rispetto alle regole di una “normale” vita sociale. Le ricerche socio-criminologiche tendenzialmente tratteggiano il tossicodipendente autore di reati come un soggetto che ha cominciato l’uso delle droghe avendo sullo sfondo difficoltà familiari, mancanza di comunicazione con i genitori, mancanza di figure genitoriali autorevoli, capaci di emergere come guide educative di riferimento. Da questa situazione di disagio familiare e sociale deriverebbe scarsa autostima e una personalità fragile. Si evidenzia anche come normalmente i tossicodipendenti provengono da aree suburbane e ambienti degradati e socialmente depressi, in cui si dà scarsa importanza alla scolarizzazione – molti di loro non sono andati oltre il diploma di scuola media inferiore -- e dove sono scarse le possibilità di trovare un lavoro mentre è facile venire a contatto con persone che hanno intrapreso una carriera criminale o comunque deviante. Questo *background* piuttosto problematico giustifica la richiesta che essi siano sottoposti, oltre che ad un trattamento terapeutico per risolvere il problema della dipendenza, anche ad un trattamento rieducativo e risocializzante che consenta loro di recuperare gradualmente la fiducia in se stessi e nelle proprie capacità e li accompagni nel reinserimento lavorativo e sociale.

Merita di essere sottolineato che questa caratterizzazione del tossicodipendente autore dei reati risulta alla luce di alcune ricerche etnografiche un po’ stereotipata e viziata da un utilizzo meccanicistico delle teorie di Edwin Sutherland (E. Sutherland – D. Cressey, *Criminologia*, tr. it. Milano, Giuffrè, 1963) sulla disorganizzazione sociale che sottolinea una “stretta dipendenza tra la destabilizzazione dei valori culturali di una società e la irregolarità della condotta dei suoi membri”. Questa teoria, di impostazione interazionista, viene trasformata in un modello causale per cui i fattori disorganizzativi sociali – come la perdita delle strutture sociali primarie di controllo, quali in primo luogo la famiglia - annullano i parametri di riferimento normativo e di guida della condotta dei membri di quella società (per una lettura delle tesi di Sutherland di questo genere cfr. F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, Cedam, Torino, 1984, pp. 265 e ss.; per una diversa valutazione delle teorie sulla disorganizzazione sociale cfr. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit., pp. 41 e ss). Inoltre l’analisi si riferisce principalmente ad un tipo di tossicodipendente, l’eroinomane, considerato il prototipo del tossicodipendente di strada. Mentre non si attanaglia affatto a quelle persone che lavorano tranquillamente, anche ricomprendo mansioni rilevanti e direttive, ma che, occasionalmente, fanno uso di sostanze come la cocaina, finendo per trovarsi dipendenti ed assuefatte. Questi nuovi “tossici”, che spesso non si riconoscono tali, oggi rappresentano una fetta rilevante della popolazione con problemi di dipendenza.

soggetti in cui si è palesata l’attitudine a commettere reati indipendentemente dalla tossicodipendenza. Per costoro, il programma terapeutico non garantisce, anche in caso di successo, l’eliminazione della pericolosità sociale.

L’esperienza di questi vent’anni conferma che tale impostazione sopravvaluta enormemente i reali effetti dei percorsi in affidamento terapeutico. Questi includono normalmente anche momenti di reinserimento lavorativo e di socializzazione, ma si scontrano sempre con la difficoltà di superare la dipendenza psichica, soprattutto dall’eroina. Normalmente, per favorire il reinserimento sociale la comunità e i Ser.T prevedono nel corso del programma molteplici attività da svolgere a contatto con il mondo esterno⁹⁷ e, soprattutto cercano reperire per gli affidati, fin dall’inizio del trattamento, un lavoro, solitamente attraverso le c.d. “borse lavoro” che consentono di finanziare percorsi di inserimento lavorativo basati su tirocini formativi presso quelle poche cooperative e aziende disponibili ad accogliere soggetti tossicodipendenti in esecuzione pene. Aver sviluppato una capacità lavorativa, cosa di cui è assolutamente privo il tossicodipendente in senso stretto, è sicuramente la preconditione essenziale per il reinserimento sociale. Sotto questo profilo molto difficoltoso è il reinserimento dei soggetti affetti da AIDS o da epatiti che, come accennato, sono effetti secondari dell’assunzione di sostanze stupefacenti e psicotrope, essendo poco idonei a tollerare lavori manuali.

Gli psicologici dei Ser.T. continuano a seguire gli affidati, che lo vogliano, anche dopo la misura e, di solito, anche gli operatori delle comunità sono disposti a farlo. Spesso, però, i quattro anni di terapia accompagnata, non sono sufficienti, come probabilmente non lo saranno i sei anni ora previsti, per risolvere il problema della dipendenza psicologica dalla droga e, quindi, è molto frequente che, a dispetto dei sostegni a cui può ricorrere, il tossicodipendente, che pure ha portato a termine con successo il suo programma di recupero, si ritrovi a fare nuovamente uso di sostanze stupefacenti e a commettere reati⁹⁸, accettando il ruolo che la società sembra attribuirgli⁹⁹.

⁹⁷ Ci sono molte comunità che non accettano affidati se le prescrizioni dettate dal magistrato non consentono loro di allontanarsi, seppure accompagnati, dalla comunità.

⁹⁸ Sebbene le aspettative poste, in astratto, alla base dell’affidamento terapeutico siano irrealistiche, questa misura sembra rappresentare “*comunque*” un valido strumento per affrontare il problema del detenuto tossicodipendente oltre che una misura in grado di abbattere i tassi di recidiva post-pena. Cfr. Santoro-Tucci, Lenoardi cit., e capitolo quarto.

⁹⁹ Il sociologo americano Edewin Lemert (*Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Giuffrè, Milano, 1981) ha studiato come le istituzioni del controllo sociale diano forma e significato alla devianza, giungendo a stabilizzarla come devianza secondaria, indicando con quest’ultima nozione la devianza che consegue alla reazione sociale, all’etichettamento di una persona come deviante realizzato dagli agenti del controllo sociale. Il concetto di devianza secondaria sottolinea la trasformazione delle motivazioni che spesso separano l’iniziale atto deviante e quelli successivi, trasformazione che avviene a seguito della reazione sociale, prima informale e poi estesa e

Del resto, queste difficoltà erano ben presenti al legislatore quando ha innalzato a due volte il limite in cui è concedibile l’affidamento in casi particolari e ha, a poco a poco, allungato il periodo di durata dell’affidamento terapeutico, portandolo dagli originari due anni e mezzo agli attuali sei.

La tendenza della giurisprudenza di richiedere non solo il successo terapeutico, ma anche il reinserimento sociale rivela il suo impatto maggiore quando si tratta di revocare la misura alternativa o di valutarne, a sua conclusione, l’esito. In questi momenti, infatti, la magistratura è chiamata a valutare se il comportamento tenuto dal tossicodipendente è stato conforme al percorso che gli veniva richiesto e, di conseguenza, a stabilire se il periodo in prova possa essere considerato come pena utilmente espiata.

La discussione sulla natura dell’affidamento terapeutico è estremamente rilevante in tema di valutazione dell’esito della prova. Il T.U. sugli stupefacenti non dà, infatti, alcuna indicazione esplicita, per cui i criteri per effettuarla devono essere ricavati dalla normativa dell’Ordinamento Penitenziario e, dato che anch’essa è scarna, dall’elaborazione giurisprudenziale relativa a revoca dell’affidamento ordinario e valutazione dei suoi esiti.

L’art. 94 del T.U. tace relativamente all’esito della prova, per cui, attraverso la disposizione di chiusura contenuta nel 6° comma dell’articolo, si ricorre per analogia all’art. 47 comma 12° che relativamente all’affidamento ordinario, stabilisce che “l’esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale”¹⁰⁰. La declaratoria di estinzione della pena è di competenza del Tribunale di sorveglianza. Naturalmente le ambiguità e le controversie sulla natura dell’istituto dell’affidamento in casi particolari si ripercuotono su cosa si debba intendere per “esito positivo”. Chi ritiene che la

formalizzata, degli agenti del controllo sociale. Tale reazione, sostiene Lemert, determina dei cambiamenti nella struttura psichica del soggetto “deviante”: nel corso di questa particolare interazione sociale la devianza muta qualitativamente fino a stabilizzarsi entro ruoli sociali ben definiti e i comportamenti sociali del soggetto tendono a rispondere alle aspettative che su di lui, in quanto “criminale”, si è creato l’ambiente circostante.

¹⁰⁰ Indice dell’essenzialità, per non dire delle lacune, della normativa è il fatto che nessuna norma definisce cosa si debba intendere per “effetto penale” per cui la determinazione delle conseguenze della declaratoria dell’affidamento, tanto ordinario che “in casi speciali”, è rimessa ad una scarna giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. Un., 20 aprile 1994, Volpe; Sez. I, 5 ottobre 1992, Berti), per giunta relativa ad una normativa molto particolare, quale il codice penale militare. La Corte di Cassazione stima che l’effetto penale abbia le seguenti connotazioni: a) derivazione diretta da una sentenza irrevocabile di condanna e non pure da altri provvedimenti discrezionali della p.a. ancorché aventi come necessario presupposto oggettivo la pronuncia suddetta (secondo la Corte il fatto che, l’art. 20 c.p., elevando a criterio di distinzione tra pene principali ed accessorie il fatto che queste ultime discendono di diritto dalla condanna come effetti penali, consente di ritenere che il legislatore abbia caratterizzato tali effetti “in base alla loro peculiarità di essere conseguenza automatiche, *ope legis*, della sentenza di condanna”); b) natura sanzionatoria (il profilo integra la sostanza tipizzante dell’effetto penale, con riferimento allo scopo intrinseco della norma “che, prevedendo una determinata conseguenza in senso lato pregiudizievole, può essere stata posta con finalità di punizione oppure per la tutela di specifici interessi pubblici nei vari settori dell’ordinamento”).

misura abbia una mera finalità terapeutica, sostiene che l’esito positivo consista nel superamento dello stato di dipendenza, salvo i dubbi sul fatto che si possa accertare il superamento dello stato di dipendenza psicologico e se esso veramente possa cessare per tutti i tossicodipendenti.

Chi, invece, sostiene che l’obiettivo sia anche il reinserimento lavorativo e sociale del tossicodipendente valuterà l’esito della prova alla luce di tali parametri. La prassi prevalente dei Tribunali di sorveglianza è, ragionevolmente, di prescindere da questa disputa e riconoscere il buon esito dell’affidamento indipendentemente dai risultati che esso consegue, basandosi sulla serietà con cui il tossicodipendente ha seguito il percorso tracciato e sui comportamenti da lui tenuti nel corso dell’affidamento¹⁰¹ e, subito dopo la sua cessazione, nelle more della valutazione del suo esito¹⁰².

Neppure sulla revoca, come accennato, esiste una disciplina specificamente prevista per l’affidamento in casi particolari. La normativa di riferimento è perciò l’art. 47 comma 11° o.p. che regola la revoca dell’affidamento ordinario, disponendo che “l’affidamento è revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova”. In concreto, i Tribunali di Sorveglianza revocano la misura, quando il condannato tiene un atteggiamento non conforme agli obblighi e ai doveri imposti direttamente dalla legge o dall’ordinanza del Tribunale di sorveglianza di concessione della misura, al rispetto dei quali si era impegnato, per i primi, implicitamente proponendo istanza per l’affidamento e, per i secondi, esplicitamente sottoscrivendo il verbale contenete le prescrizioni. Merita di essere sottolineato che, mentre la commissione di un reato in corso della misura alternativa, comporta, di norma, la sua revoca, una singola violazione del programma “concordato” o delle prescrizioni non ha necessariamente questa conseguenza. La norma, infatti, subordina la revoca non alla singola violazione delle prescrizioni, ma alla tenuta di un “comportamento contrario ad esse”, lasciando intendere che, in fase di revoca, si deve compiere non un giudizio sul singolo fatto, ma una valutazione dell’atteggiamento generale dell’affidato. Fino alla riforma del 2006 sembrava opinione abbastanza diffusa che nel caso dell’affidamento terapeutico questa valutazione dovesse seguire criteri più “morbidi” di quella condotta per

¹⁰¹ V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *op. cit.*, pp. 438-439.

¹⁰² Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 13 marzo 2002 (c.c. 27 febbraio 2002), n. 5 - Pres. Vessia - Rel. Canzio - P.m. Iadecola (parz. diff.) - Martola, ricorrente, e suo commento in Tucci R., “*Riflessioni sulla natura dell’affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle sezioni unite*”, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, settembre-dicembre 2003, pp. 101-136.

l’affidamento ordinario, specialmente in tema di violazione dell’eventuale obbligo di astenersi dall’uso di certe sostanze. E’, infatti, esperienza comune che, raramente, i percorsi di riabilitazione dei tossicodipendenti siano senza ricadute e, riportare il tossicodipendente in carcere alla prima ricaduta, finirebbe per vanificare l’istituto. La violazione più grave nell’ambito dell’affidamento terapeutico è rappresentata dall’abbandono del programma, mentre l’assunzione di sostanze in corso di trattamento è considerate, come accennato, dagli operatori “fisiologica” in un percorso di recupero. Le assunzioni di stupefacenti vengono in rilievo solo se diventano frequenti. In questo caso, infatti, da esse si desume non solo il persistere della dipendenza, ma il fatto che il soggetto continua o ha ripreso a frequentare gli “spacciatori” e quindi, potrebbe facilmente essere portato a commettere nuovi reati. Si rileva sul punto che nella prassi sono frequenti i casi di affidamenti terapeutici, in comunità o sul territorio, interrotti e successivamente ripresi.

Nel caso di trasgressione delle prescrizioni il Ser.T e l’U.E.P.E., anche su segnalazione della comunità se si tratta di un percorso residenziale¹⁰³, devono informare il magistrato di sorveglianza¹⁰⁴ a cui fa carico la responsabilità “giuridica” della misura alternativa e quindi l’obbligo, in prima battuta, di supervisionare l’andamento del beneficio. Si deve ritenere pienamente applicabile a questa ipotesi l’art. 51 *ter* o.p.¹⁰⁵, introdotto dalla legge 663/1986 e quindi oggetto del rinvio del 6° comma dell’art. 94¹⁰⁶. Il magistrato di sorveglianza può quindi sospendere la misura in via cautelativa e trasmette gli atti al Tribunale che, in trenta giorni, deve decidere se revocare la misura oppure farla proseguire, perché valuta che si sia trattato di un "incidente di percorso" o perché reputa la violazione non particolarmente grave. Se il Tribunale non decide nei trenta giorni la misura riprende il suo corso. Da

¹⁰³ Nella prassi le comunità si sono rivolte direttamente al magistrato. Il nuovo comma 6 *ter* dell’art. 94 introdotto con la riforma del 2006 pone esplicitamente in capo al responsabile della comunità il dovere di informare delle violazioni l’autorità giudiziaria.

¹⁰⁴ Questo obbligo si ricava in dottrina per analogia da quanto dispone il primo periodo del 1° comma dell’art. 51 *bis*: “Quando durante l’attuazione dell’affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare o della detenzione domiciliare speciale o del regime di semilibertà sopravviene un titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il direttore dell’istituto penitenziario o il direttore del centro di servizio sociale informa immediatamente il magistrato di sorveglianza”.

¹⁰⁵ 51-*ter*. *Sospensione cautelativa delle misure alternative*. “Se l’affidato in prova al servizio sociale o l’ammesso al regime di semilibertà o di detenzione domiciliare o di detenzione domiciliare speciale pone in essere comportamenti tali da determinare la revoca della misura, il magistrato di sorveglianza nella cui giurisdizione essa è in corso ne dispone con decreto motivato la provvisoria sospensione, ordinando l’accompagnamento del trasgressore in istituto. Trasmette quindi immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza per le decisioni di competenza. Il provvedimento di sospensione del magistrato di sorveglianza cessa di avere efficacia, se la decisione del Tribunale di Sorveglianza non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti”.

¹⁰⁶ Il rinvio è, infatti, alla “disciplina prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla legge 10 giugno 1986, n. 663”.

quando il legislatore ha introdotto il comma 12 *bis* all’art. 47¹⁰⁷, estendendo la liberazione anticipata all’affidamento, il magistrato a fronte di violazioni che ritiene non così gravi da comportare la revoca, può negare, a causa della condotta posta in essere in un determinato semestre i quarantacinque giorni di sconto di pena, che sarebbero spettati all’affidato, se avesse osservato le prescrizioni¹⁰⁸. Non ci sono indagini che evidenzino se questo nuovo strumento ha portato a punire infrazioni prima condonate in quanto “fisiologiche” o, al contrario, a punire in questo modo comportamenti che prima comportavano la più grave sanzione della revoca della misura.

Dalla revoca *ex art.* 47 comma 11 o.p. va distinta la revoca *ex art.* 51 *bis* o.p. cioè quella revoca *non* dovuta ad un comportamento tenuto dal condannato nel corso dell’affidamento, bensì al sopraggiungere di nuovi titoli privativi della libertà personale che portino il *quantum* della pena da scontare a superare il limite dei 4 anni e, quindi, non consentono l’estensione del beneficio. Soprattutto nel caso dell’affidamento terapeutico, ci si pone il problema della razionalità di tale revoca, dato che essa finisce comporta, a causa di una condotta criminosa pregressa, un’interruzione del programma terapeutico che sta procedendo positivamente, così vanificando tutti i risultati, fino a quel momento, raggiunti¹⁰⁹. In questo caso, poi, senza alcun dubbio, l’intero periodo trascorso in affidamento deve essere considerato come pena espiata. Non vi è parimenti dubbio che questo debba accadere anche in tutti i casi in cui la revoca è disposta per la scoperta dell’assenza di uno dei presupposti per la concessione della misura e l’errore non dipendente dal comportamento dell’affidato, per esempio nell’ipotesi di un errore nel calcolo della pena, oppure quando l’affidamento terapeutico era stato precedentemente concesso per due volte. Più dubbio è invece il computo della pena residua a fronte di una revoca disposta per il venire meno di uno dei presupposti della concessione dell’affidamento, a causa del comportamento dell’affidato: si pensi al condannato che preordina lo stato di tossicodipendenza per usufruire della misura extramuraria. In proposito, la Corte di Cassazione¹¹⁰ ha precisato che la revoca deve operare *ex tunc*, cioè dalla data del verbale di affidamento, quando

¹⁰⁷ Lo ha fatto con l’art. 3, L. 19 dicembre 2002, n. 277.

¹⁰⁸ Al diniego della liberazione anticipata possono portare anche le “note di demerito” che alcune comunità comunicano all’U.E.P.E. per il mancato rispetto delle regole da parte dell’affidamento (possono essere paragonate ai “rapporti della polizia penitenziaria” per il comportamento dei detenuti, rapporti che hanno la stessa incidenza sulla liberazione anticipata). Normalmente però gli operatori della comunità ricorrono di rado a questo strumento, che tra l’altro può spingere l’affidato ad abbandonare la struttura, preferendo far capire al soggetto in cosa ha sbagliato attraverso un colloquio diretto.

¹⁰⁹ cfr. Corte Cost., 7 aprile 2000, n. 96 in Giurisprudenza Costituzionale, 2000, p. 94.

¹¹⁰ Cass. Pen., sez. I, 6 febbraio 1996, Sfragara, in La Giustizia penale, 1996, II, 586.

sia dovuta non ad una causa sopraggiunta nel corso della prova, ma ad un comportamento tenuto dal soggetto, prima della concessione della misura, incompatibile con la sua concessione e, all'epoca, sconosciuto. Infatti, se tale comportamento fosse stato noto al Tribunale avrebbe precluso l'ammissione al beneficio.

Prendendo atto delle sentenze della Corte Costituzionale che hanno affidato al Tribunale di sorveglianza, nel momento in cui dispone la revoca, il compito di stabilire il *quantum* di pena ancora da scontare, l'orientamento ormai quieto della Cassazione è che *"il Tribunale di sorveglianza deve prendere in considerazione le limitazioni patite per raffrontarle con quelle osservate, in modo da stabilire fino a quando possa ragionevolmente ritenersi che l'affidato abbia contribuito al raggiungimento di un grado parziale di risocializzazione"*¹¹¹. Anche in caso di revoca dell'affidamento terapeutico, la Suprema Corte ha affermato che i criteri da seguire in questa operazione sono due: uno oggettivo, relativo all'afflittività della misura, e uno soggettivo, relativo all'atteggiamento dell'affidato¹¹².

I criteri sulla determinazione della pena residua da espiare in caso di annullamento sono gli stessi validi per la revoca: il Tribunale deve ponderare le limitazioni prescritte e quelle effettivamente osservate per capire se la prova ha avuto un contenuto afflittivo ed è quindi stata effettivamente una misura “alternativa” alla pena detentiva anche se usata dall'interessato come un *escamotage* per sottrarsi all'esecuzione della pena intramuraria. Si può dire che il periodo trascorso in affidamento, sia esso ordinario o terapeutico, in forza della giurisprudenza della Corte Costituzionale, deve essere valutato alla luce dei comportamenti tenuti dall'affidato che rilevano sotto due differenti aspetti: la loro tendenza a vanificare le prescrizioni, svuotando il contenuto afflittivo della misura, e la loro tendenza a perseguire finalità diverse da quelle cui è preordinata la misura. La valutazione del Tribunale sarà più complessa quando i due criteri divergono. I problemi più difficili in ordine alla valutazione della pena residua si porranno cioè nel caso in cui ad un comportamento dell'affidato conforme alle prescrizioni, quindi ad una misura che dispiega il suo potenziale afflittivo e costituisce “pena”, si accompagnano strategie mirate a commettere altre violazioni di legge che dimostrano l'assoluta riottosità dell'affidato ad

¹¹¹ Cass. Pen., sez. I, 8 ottobre 1997 n. 5601, Ferrato, in *La Giustizia penale*, 1998, pt. II, p. 597.

¹¹² Cass. Pen., sez. I, 28 ottobre 2004, n. 43928, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 9, ‘. 70: “Anche nelle ipotesi di revoca dell'affidamento in prova in casi particolari previsto dall'art. 94 D.P.R. 309/90 il tribunale di sorveglianza ha l'obbligo di determinare la pena residua da espiare, tenuto conto delle limitazioni della libertà personale patite dal condannato e della sua condotta durante il periodo di affidamento”.

adeguarsi ad un comportamento socialmente compatibile. Il Tribunale, se il comportamento tenuto dal soggetto è risultato totalmente irrispettoso delle prescrizioni impartite o addirittura si riscontrano ripetute violazioni di legge può considerare inutile, ai fini degli obiettivi della stessa misura alternativa, l'intero periodo di prova trascorso e, quindi, disporre che la pena ricominci a decorrere dal momento della concessione dell'affidamento¹¹³. Merita di essere sottolineato che, per alcuni¹¹⁴, ogni volta che il periodo trascorso in affidamento venga ritenuto, interamente, inutilmente espiato, la misura da alternativa alla detenzione, per la parte eseguita, si trasforma, di fatto, in una misura aggiuntiva ad essa.

5.3.5. Il rapporto tra l'affidamento terapeutico e l'Ordinamento Penitenziario (e alcune altre norme relative all'esecuzione penale).

A questo punto è necessario esaminare alcuni problemi che nascono dal rapporto tra la regolamentazione disposta dall'art 94 T.U. e le norme dell'Ordinamento Penitenziario. I problemi sono dovuti, principalmente, alla decisione di collocare l'affidamento in casi speciali al di fuori dell'ordinamento penitenziario. In concreto, le difficoltà sono sorte soprattutto relativamente all'applicabilità, all'affidamento terapeutico delle disposizioni ostative all'accesso all'esecuzione penale esterna contenute nell'ordinamento penitenziario e segnatamente dell'art. 4-*bis* (relativo al divieto di concessione dei benefici verso condannati per taluni delitti) e dell'art. 58-*quater* (relativo al divieto di concessione di benefici verso condannati per il delitto di evasione o che abbiano subito la revoca di una misura alternativa prevista dai precedenti artt. 47, 47-*ter* e 51).

Dopo una prima fase di assestamento, dottrina e giurisprudenza si sono orientate verso il riconoscimento della funzione tipica dell'istituto di cui all'art. 94 D.P.R. 309/1990, quale misura alternativa del tutto peculiare rispetto a quelle previste dalla legge 354/1975. Tale posizione si fondava su argomenti di coerenza teleologica e sistematica che portano a configurare l'istituto in commento come uno strumento attraverso cui il legislatore ha cercato di creare le condizioni necessarie per il recupero dalla tossicodipendenza, affinché la pena possa avere un effetto risocializzante. Se il fine ultimo dell'affidamento in

¹¹³ Cass. Pen., sez. I, 16 maggio 1995, Mostardini cit.; nel caso esaminato dalla suprema corte in tale sentenza che ha indotto al drastico risultato di non considerare affatto il periodo trascorso in affidamento come periodo di pena, il tossicodipendente non aveva mai smesso di assumere sostanze stupefacenti.

¹¹⁴ Cfr. B. Guazzaloca, "L'esecuzione della pena del tossicodipendente", cit., p. 527.

prova per il tossicodipendente e l’alcol dipendente è sostanzialmente di tutelare la salute dei suoi destinatari, mal si giustifica l’applicazione ad esso di norme relative a misure alternative intese, da un lato, come strumenti atti a favorire un proficuo reinserimento sociale dell’esecutato e, dall’altro, come benefici connessi alla valutazione positiva di questo stesso percorso.

Questa impostazione è però presto stata messa a dura prova e il problema riproposto dalle modifiche apportate dal legislatore all’art. 656 c.p.p. che escludevano la sospensione della pena per i condannati per uno dei reati di cui all’art. 4-*bis* o.p.

5.3.5.1. *L’articolo 4-bis dell’ordinamento penitenziario*

Il problema più macroscopico derivante dalla controversa configurazione della misura prevista dall’art. 94 e dai problemi che pone il coordinamento tra la sua regolamentazione e le norme dell’ordinamento penitenziario. La questione si è posta in particolar modo con l’introduzione dell’art. 4 *bis*¹¹⁵. L’impatto di questa norma sull’affidamento terapeutico è stato molto discusso fino alla riforma dell’art. 94 del T.U. nel 2006, e probabilmente la discussione non si è conclusa definitivamente neppure attraverso di essa.

Come è noto l’art. 4 *bis* o.p. (tra l’altro nel corso degli anni più volte riformato, tanto che il suo primo comma originario, quello contenente i reati ostativi, è stato diviso in quattro commi) dispone il “*divieto di concessione dei benefici*” nel caso in cui il reo abbia commesso taluni reati considerati di rilevante spessore criminale e indice di notevole pericolosità sociale. Si tratta di reati¹¹⁶ direttamente o indirettamente connessi alla criminalità organizzata come quelli previsti dall’art. 416 *bis* c.p., e dall’art. 74 dello stesso T.U. sugli stupefacenti, o commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine costituzionale o comunque caratterizzati da un comportamento di notevole disvalore sociale, in questa categoria rientravano originariamente solo i reati previsti dagli art. 575 (omicidio), 628, 3° comma (rapina aggravata); 629 2° comma (estorsione aggravata), successivamente questa categoria è stata estesa più volte fino a ricomprendere oggi molte altre fattispecie (venticinque)¹¹⁷. Chi

¹¹⁵ L’art. 4 *bis* è stato inserito nell’Ordinamento penitenziario, dall’art. 1 del decreto legge n. 152 del 13 maggio 1991, convertito nella legge n. 203 del 12 luglio 1991, quindi a poca distanza dal varo del T.U. sugli stupefacenti, e poi ripetutamente modificato.

¹¹⁶ In merito all’estensione della disposizione normativa di riferimento, poi, è stato sostenuto che la condanna avente ad oggetto una delle ipotesi elencate nel 1° comma dell’art. 4-*bis* o.p. deve avere ad oggetto un delitto consumato e non anche tentato.

¹¹⁷ Vale dire, oltre le tre fattispecie originariamente previste, quelle indicate dagli articoli 416, primo e terzo comma, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474

sosteneva che le preclusioni di tale articolo valessero anche per l'affidamento “terapeutico” riportava l’accesso a questa misura a una situazione simile a quella del periodo antecedente la legge n. 663 del 1986, quando l’art. 47-*bis* prevedeva, come accennato, una serie di “delitti ostativi” alla concessione del beneficio.

Si è posto relativamente all’applicazione dell’art. 4-*bis* un problema in via generale che ha, se si ritiene che le preclusioni in esso elencate valgano anche per l’affidamento terapeutico, un’indubbia rilevanza anche sull’ammissione dei detenuti a questa misura alternativa. Il problema è quello del cumulo di pene inflitte per reati diversi, di cui solo alcuni compresi nell’elenco di cui all’art. 4-*bis* legge n. 354/1975. Un primo orientamento giurisprudenziale riteneva di far prevalere le esigenze di politica criminale che avevano portato all’adozione del art. 4-*bis*, individuando un “rapporto unitario” fra i più reati eterogenei compresi nel cumulo e quindi estendeva il regime ostativo da esso previsto all’accesso delle misure alternative anche agli altri reati ricompresi nel cumulo. La conseguenza era che in questi casi gli interessati richiedevano lo scioglimento del cumulo. In seguito, le Sezioni Unite della Cassazione¹¹⁸ hanno accolto un diverso indirizzo per cui il condannato doveva essere comunque ammesso ai benefici penitenziari e alle misure trattamentali se aveva già scontato la pena relativa ai reati ostativi. La Corte ha in altre parole ritenuto che nel corso dell’esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, così da consentire la distinzione della pena da scontare per i reati che non sono ostativi alla concessione di detti benefici. Questo indirizzo è chiaramente più favorevole al condannato dato che comporta un semplice scioglimento ideale del cumulo, con l’imputazione della prima parte della pena scontata ai reati ostativi in modo da non paralizzare, una volta scontata tutta la pena riferibile ad essi, l’accesso alle misure alternative.

Il dubbio sulla relazione tra articolo 4-*bis* o.p. e articolo 94 T.U. sugli stupefacenti si è posto perché il primo fa riferimento alle “misure alternative alla detenzione previste dal capo VI”, quindi non dovrebbe riguardare la

del medesimo codice, 416 realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, 600, 600-bis, primo, secondo e terzo comma, 600-ter, primo, secondo e terzo comma, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies, e 630 del codice penale, agli articoli 291-ter e 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall’articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

¹¹⁸ Cass. pen. sez. I, 12 aprile 2006 n. 14563 in CED 2006.

disciplina dell'affidamento terapeutico contenuta nell'art. 94 D.P.R. n. 309/1990, mentre, fino alla sua abrogazione nel 1996, avrebbe dispiegato i suoi effetti sull'analogo istituto previsto dall'art. 47-*bis*, collocato nel capo VI dell'Ordinamento penitenziario. La maggioranza della dottrina¹¹⁹ ha sostenuto, vista la mancanza di un riferimento esplicito alla misura alternativa contenuta nel Testo Unico sugli stupefacenti, l'inapplicabilità della normativa restrittiva all'affidamento terapeutico in casi particolari di cui all'art. 94 D.P.R. n. 309/1990. Tuttavia la Corte di Cassazione, che pure ha dato vita in materia ad una giurisprudenza ondivaga, prima dell'esplicita abrogazione dell'art. 47 *bis*, affermò in prima battuta che “il riferimento alle misure alternative previste dal capo VI della legge n. 354/1975 fatto dall'art. 4-*bis* della stessa legge comprende anche l'affidamento in casi particolari, previsto e disciplinato dall'art. 47-*bis*, e ciò anche dopo l'inserimento della norma nell'art. 94 del D.P.R. 309/1990”¹²⁰. Il ragionamento della Suprema Corte non era proprio perspicuo, che l'art. 4-*bis* valesse anche per l'affidamento in casi particolari regolato dall'art. 47-*bis* era esplicitamente previsto, mentre appare discutibile che l'art. 47-*bis* sia stato “inserito” nell'art. 94 del T.U. e a maggior ragione che da questo si dovesse desumere che l'ostatività dei reati elencati all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario valesse anche per l'istituto regolato dalla nuova disposizione. In favore dell'applicazione anche alla misura dell'affidamento terapeutico previsto dal T.U. dell'art. 4-*bis* o.p. si cita il sesto comma dell'art. 94 che rinvia alla “legge 26 luglio, n. 354, come modificata dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663”. Questa formulazione però sembra indicare che il legislatore non ha usato una tecnica di redazione normativa rispondente ad una visione di “proiezione verso il futuro”, in questo capo avrebbe richiamato genericamente l'Ordinamento Penitenziario riferendosi così automaticamente a tutte le future variazioni di questa legge. Invece con il richiamo in particolare alla “legge Gozzini” la tecnica di redazione normativa è stata quella di un rinvio ad una specifica categoria di disposizioni legislative. Si può quindi legittimamente ritenere che il riferimento non comprende quelle norme che, come l'art. 4 *bis*, sono state prodotte da modifiche successive alla legge 663/86¹²¹.

¹¹⁹ In termini più radicali, A.Margara, “*Intervento*”, in *Traccie*, (6/8), 1997, p. 68, secondo il quale l'art. 4-*bis* o.p. non doveva essere inserito tra le restrizioni per l'accesso alla misura. Cfr. anche A. Presutti, “*Commento all'art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., pp. 423-424; M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, p. 502-503. In senso contrario, invece, G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 391; B. Guazzaloca, “*L'esecuzione della pena del tossicodipendente*”, cit., p. 522.

¹²⁰ Cass. Pen., sez. I, 14 febbraio 1997, Longo, in *Rivista penale*, 1997, 767.

¹²¹ Questa tesi sembra avallata da Cass., 17 aprile 1998, Bruzzone, *Gazz. giur.*, 1998, IV, p. 58.

Questa tesi, sebbene mai chiaramente esplicitata, si fondava, da un lato, sul fatto che dovesse essere considerata prevalente, in quanto speciale la definizione del proprio campo applicativo contenuta nello stesso art. 4 *bis*, rispetto al rinvio all’intero Ordinamento Penitenziario operato dall’art. 94 T.U.. Dall’altro, faceva leva sulle finalità dell’affidamento in casi particolari, ovvero incentivare quanto più possibile il detenuto tossicodipendente ad intraprendere un percorso terapeutico: come sosteneva la stessa Suprema Corte, essendo la misura finalizzata alla “cura del tossicodipendente, ai fini della sua applicazione non può farsi esclusivo riferimento alla pericolosità sociale, ma si deve valutare principalmente l’idoneità della misura stessa al conseguimento del suindicato obiettivo”¹²².

Rispetto al consolidamento di questa interpretazione si configurò come incongruente la scelta del legislatore che con la legge n. 165, del 27 maggio 1998, la stessa che abrogò formalmente l’art. 47-*bis* o.p., introdusse la lett. a), 9° comma del nuovo art. 656 c.p.p., ai sensi del quale la sospensione da parte del pubblico ministero dell’ordine di carcerazione, risulta preclusa quando è in esecuzione una condanna avente per oggetto taluno dei delitti elencati dal 1° comma del sopra richiamato art. 4-*bis*, legge 354/75, senza distinguere se l’ordine stesso è destinato ad un tossico o alcool-dipendente che può richiedere l’affidamento terapeutico in casi particolari o la sospensione pena, o un normale condannato che può accedere dalla libertà all’affidamento ordinario, alla detenzione domiciliare e alla semilibertà.

Si è venuta, dunque, a creare una situazione paradossale da un punto di vista sistematico¹²³. Il combinato disposto delle due norme mentre imponeva al pubblico ministero di emettere l’ordine di esecuzione nei confronti di un condannato tossicodipendente, autore di un delitto di cui all’art. 4-*bis* o.p., senza sospenderne l’efficacia, nel momento in cui il soggetto si trovasse in carcere lo considerava legittimato, ai sensi del 4° comma dell’art. 91, D.P.R. 309/90, a presentare, allo stesso pubblico ministero che aveva emesso l’ordine di esecuzione, l’istanza di affidamento terapeutico, facendo sì che questi dovesse sospendere la pena, verificata la formale sussistenza del requisito

¹²² Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1999, Condello, in CED. RV 213348.

¹²³ Questa a dire il vero non è l’unica incongruenza che la normativa introdotta dal nuovo art. 656 c.p.p. presenta rispetto a quella prevista dall’Ordinamento Penitenziario. Per esempio, il reato di evasione, che a norma dell’art. 58-*quater*, comma 1, della legge 354/1975, comporta il divieto di concessione dei benefici penitenziari, non è stato inserito tra quelli ostativi alla sospensione dell’esecuzione della pena, secondo il meccanismo delineato dall’art. 656, comma 5, del codice di procedura penale, propedeutico all’accesso privilegiato alle misure alternative alla detenzione per le pene detentive brevi.

temporale di cui al 1° comma dell’art. 94, in attesa della decisione del Tribunale di Sorveglianza¹²⁴.

Questa paradossale situazione sarà analizzata nel corso della discussione del rapporto tra l’art. 656 c.p.p. e l’analisi delle procedure previsti dal T.U. per l’accesso all’affidamento terapeutico, in questa sede basta sottolineare che mentre rimaneva controverso il problema della sospensione pena, in giurisprudenza, specialmente dopo l’esplicita abrogazione dell’art. 47-*bis*, prevalse l’orientamento volto a concedere l’affidamento in casi particolari anche a soggetti condannati per un reato di cui all’art. 4-*bis*, ritenendo quest’ultimo non applicabile a tale misura alternativa (Cass. pen. 46914/2004; Cass. pen. 34250/2005). Questa tesi è stata sostenuta in modo sostanzialmente univoco dalla Cassazione negli anni prima della riforma del 2006 che ha affermato che la mancata operatività dell’art. 4 *bis* in questo caso è “pienamente corrispondente alla particolare disciplina e alla peculiare funzione dell’affidamento terapeutico”¹²⁵. La questione relativa al rapporto tra articolo 4 *bis* e affidamento terapeutico è stata definitivamente risolta, come vedremo, dalla riformulazione dell’art. 94 T.U. operata dalla riforma del 2006 che ha differenziato la quantità della pena sostituibile con l’affidamento per i condannati per un reato di cui all’art. 4 *bis* (rimasta a quattro anni) da quella sostituibile per i tossicodipendenti condannati per altri reati (portata a 6 anni).

5.3.5.2. *L’articolo 58-quater dell’ordinamento penitenziario*

I problemi di coordinamento tra art. 94 T.U. sugli stupefacenti e Ordinamento penitenziario hanno dato vita ad una spinosa questione sulle conseguenze della revoca. Quando viene revocato l’affidamento ordinario, la detenzione domiciliare o la semilibertà, l’art. 58-*quater*, commi 2° e 3° o.p., prescrive, rinviando al primo comma che sancisce che l’evasione preclude la concessione di queste misure, originariamente ai soli condannati per un reato di cui all’art. 4-*bis* o.p., oggi dopo la modifica apportata dall’art. 7 della legge 5

¹²⁴ Cfr. F. Della Casa, “*Democratizzazione dell’accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull’esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 165*”, in *Legislazione penale*, 1998, fasc. IV, pt. II, pp. 810-811. In dottrina (V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *op. cit.*, p. 424) si auspicava un’interpretazione idonea ad ammettere la sospensione automatica dell’esecuzione anche quando la sanzione detentiva inflitta al tossicodipendente, consegue ad una condanna per un delitto compreso nel 1° comma dell’art. 4-*bis*, legge 354/75, ma a questo auspicio non avevano fatto seguito significative pronunce giurisprudenziali.

¹²⁵ Cass. Pen., sez. I, 9 novembre 2004, n. 46914, nella quale vengono richiamate due precedenti sentenze: Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 1998, Bruzzone e Cass. Pen., sez. I, 15 dicembre 1998, Postillo, in CED. RV 212263; cfr. M. Pavarini, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, cit., p. 454.

dicembre 2005, n. 251, per qualsiasi reato, che per un periodo di tempo di tre anni non devono essere concessi “*l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio, l’affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall’articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà*”. La giurisprudenza, dopo aver sostenuto che l’art. 58-*quater*, comma 2 o.p., così come l’art. 4-*bis* della stessa legge n. 354/1975, non operava per l’affidamento in prova in casi particolari di cui all’art. 94 D.P.R. n. 309/1990, in quanto tale misura non era espressamente menzionata nelle disposizioni ostative del citato art. 58-*quater* che, stante il carattere restrittivo, non erano suscettibili di applicazione analogica¹²⁶, sembra essersi orientata nel senso che, pur in assenza di una disciplina espressamente riferita all’affidamento “terapeutico”, ha sostenuto che la preclusione di cui all’art. 58-*quater*, secondo comma valga anche per questa misura¹²⁷. Secondo questa tesi si dovrebbe considerare preclusa la possibilità di accedere all’affidamento terapeutico nei tre anni successivi alla revoca di una delle tre misure alternative ricordate.

La questione praticamente non dovrebbe interessare molti soggetti in esecuzione pena perché è molto raro che un tossicodipendente usufruisca prima di un affidamento ordinario, della semilibertà o della detenzione domiciliare, e poi dell’affidamento terapeutico. Normalmente il detenuto va in affidamento terapeutico e poi eventualmente, se ha già usufruito di due affidamenti terapeutici, richiede l’affidamento ordinario o la detenzione domiciliare. Il caso in cui concretamente si potrebbe porre il problema dell’applicabilità dell’art. 58 *quater*, terzo comma, è quello di un tossicodipendente che ha scontato la misura cautelare degli arresti domiciliari in comunità e che questi siano poi stati trasformati in una detenzione domiciliare poi, per qualche motivo, revocata¹²⁸.

L’ultimo orientamento della Cassazione, confermato come vedremo anche dopo la novella del 2006, appare comunque in via di diritto poco convincente. L’art. 58-*quater*, infatti, è stata introdotto dal 6° comma dell’art. 1 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, n. 203, e quindi non dovrebbe costituire oggetto del rinvio di cui al 6° comma dell’art. 94 T.U. Questi, come ricordato è alla “legge 26 luglio, n. 354, come modificata dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663” e non genericamente

¹²⁶ Cfr. Cass. pen. sez. I, 4051/2001 in CED

¹²⁷ Cass. pen. sez. I, 6 ottobre 2004 n. 46227, in Cassazione penale, 2006, 5, p. 1912; Cass. Pen., sez. I, 11 maggio 2005, n. 24371, in CED.

¹²⁸ Anche questa è un’ipotesi non frequente, perché l’istituto della misura cautelare degli arresti domiciliari in comunità è stata fino ad oggi poco utilizzato.

all’Ordinamento Penitenziario, e quindi porterebbe ad escludere, dall’oggetto delle norme utilizzabili, quelle che come l’art. 4-*bis* e 58-*quater* sono state prodotte da modifiche successive alla legge 663/86. C’è anche da dire che in questo caso non ci sono nemmeno dubbi che il legislatore avesse voluto ricomprendere comunque l’istituto dell’affidamento terapeutico tra quelli preclusi, perché il rinvio non è, come al 5° comma dello stesso articolo, alle “misure alternative alla detenzione previste dal capo VI”, formula che avrebbe ricompreso anche l’art. 47-*bis* all’epoca formalmente non abrogato, ma è specificamente a “l’affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall’art. 47”: non si capisce il legislatore come avrebbe potuto essere più preciso e specifico di così.

Ancora meno convincente, appare la tesi, con effetti pratici molto più dirompenti, sostenuta sempre dalla Cassazione che la revoca dell’affidamento terapeutico comporta il divieto di concessione delle misure elencate dall’art. 58 *quater*. A sostegno di quest’ultima estensione analogica la Suprema Corte argomenta che l’affidamento in casi speciali è in genere concesso più facilmente per favorire il recupero del tossicodipendente per cui non vi sarebbe alcuna ragione valida per escludere l’applicabilità della disposizione di cui all’art. 58 *quater* nel caso di richiesta di un affidamento ordinario, quando si sia già subita la revoca di quello terapeutico¹²⁹.

Sul piano sostanziale, dubbio appare l’uso dell’analogia in materia di esecuzione penale, in tema cioè di libertà degli individui, ancor più dubbia appare l’equiparabilità tra affidamento ordinario e affidamento in casi particolari, dato che le due misure hanno contenuto diverso e perseguono obiettivi parimenti differenti: essendo il primo, come più volte ricordato, finalizzato al reinserimento sociale, e in primo luogo lavorativo, del reo, mentre il secondo essendo mirato al recupero psico-fisico del tossicodipendente. Differenza che il legislatore ha voluto sottolineare spostando la regolamentazione dell’affidamento dall’Ordinamento Penitenziario al T.U. sugli stupefacenti. Sul piano formale questa volta non incide neppure il rinvio contenuto nell’art. 94 T.U. all’ordinamento penitenziario e alle modifiche ad esso apportate dalla “legge Gozzini”. Anche in questo caso infatti il legislatore non ha fatto un generico rinvio alle misure alternative, l’art. 58-*quater* enumera una per una quelle misure a cui non si può accedere nei tre anni successivi alla revoca e le misure alternative la cui revoca ha questo effetto.

¹²⁹ In tal senso Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2004, n. 46227 cit.

Si deve poi tenere conto che contrariamente alle altre misure alternative l’affidamento in casi particolari ha un proprio limite di concessione: non può essere concesso più di due volte. Dato che il legislatore non ha posto altre regole, nulla osta che l’affidamento terapeutico sia concesso la seconda volta dopo la revoca del primo senza che da questa revoca siano passati tre anni: se un affidamento terapeutico può essere concesso dopo la revoca di un precedente affidamento terapeutico perché non può esserlo dopo la revoca di un affidamento ordinario o di una detenzione domiciliare? E viceversa perché una di queste misure non dovrebbe poter essere concessa dopo la revoca di un affidamento in casi particolari, se può essere concesso un nuovo affidamento in casi particolari?

Qualche problema lo pone anche il 5° comma dell’art. 58 *quater*, introdotto dall’art. 14 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306. Questa norma stabilisce che *“l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell’art. 4-bis¹³⁰, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell’articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all’esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione”*. Il problema è posto dalla diversa formulazione usata dalla norma quando si riferisce alle misure alternative alla detenzione che vengono precluse dal comportamento, formulazione che specifica che si deve trattare delle misure alternative “previste dal capo VI” dell’Ordinamento Penitenziario, e la formulazione usa per indicare il momento in cui deve essere commesso il reato per causare la revoca, formulazione che fa genericamente riferimento “alle misure alternative alla detenzione”. Un’interpretazione letterale porterebbe a concludere che la commissione di “un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni” nel corso dell’affidamento terapeutico, che pure sicuramente è misura alternativa alla detenzione, non comporterebbe l’obbligo di revocarlo, non essendo lavoro all’esterno, un permesso premio o una misura alternativa alla detenzione prevista dal capo VI. Essa causerebbe invece l’impossibilità di concedere “l’assegnazione al lavoro

¹³⁰ Questa è la formulazione odierna della norma, datagli dalla lettera b) del comma 27 dell’art. 2, L. 15 luglio 2009, n. 94, dopo che il primo comma dell’art. 4-bis era stato diviso a sua volta in quattro commi, originariamente il rinvio era al solo primo comma.

all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI”, ma non quella di concedere un nuovo affidamento terapeutico. Questa interpretazione avrebbe da un punto di vista della *ratio* a suo favore la specificità del soggetto a cui è destinato l’affidamento terapeutico, il tossicodipendente considerato per la sua condizione clinica instabile psicologicamente, e la finalità eminentemente terapeutica dell’istituto. Inoltre questa interpretazione sarebbe conforme alla *ratio* originaria dell’istituto dell’affidamento (e a maggior ragione di quello terapeutico) che si evince dal comma 11° dell’art. 47, che prevede per la revoca dell’affidamento, non la commissione di un reato, ma la valutazione del comportamento nel suo complesso: non bastano singoli atti “contrari alla legge”, dizione che evidentemente include anche i reati, o alle prescrizioni, ma si deve essere di fronte ad un atteggiamento complessivamente incompatibile con la prosecuzione della misura. In questo senso sembra andare anche la pronuncia della Cassazione che, annullando con rinvio, un ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Milano del 5 Giugno 2007, ha precisato che l’affidamento in prova al servizio sociale (nei confronti di tossicodipendente, ai sensi dell’art. 94 D.P.R. n. 309/1990), non è soggetto a revoca automatica per il solo fatto che l’affidato venga successivamente sottoposto ad una misura cautelare, dovendo invece verificarsi in concreto se gli elementi indicati nell’ordinanza di custodia cautelare siano o meno sintomatici del fallimento dell’esperienza rieducativa¹³¹. Da questa decisione si ricava implicitamente che il magistrato di sorveglianza non deve procedere alla sospensione dell’affidamento perché il soggetto che vi è sottoposto è sospettato di aver commesso un reato, anche se gli indizi accusatori sono tali da giustificare una misura cautelare, e anche la sua pericolosità è tale da aver indotto il giudice ad applicarla.

Sul piano formale si potrebbe sostenere che nel 1992 quando la norma fu introdotta erano vigenti sia l’art. 47-*bis* (che rientrava nel capo VI dell’ordinamento penitenziario) sia l’art. 94 T.U., per cui si può assumere, se non si ritiene che lo spostamento dell’istituto dall’Ordinamento Penitenziario al T.U. sugli stupefacenti non abbia sancito anche legislativamente la sua peculiare natura di misura terapeutica, che il legislatore volesse ricomprendere tra le misure precluse l’istituto dell’affidamento in casi particolari. Si può di contro osservare che, se questa era veramente la sua volontà, il legislatore poteva inserire il riferimento esplicito all’istituto di cui all’art. 94 T.U. quando,

¹³¹ Cass. pen. Sez. I, 19 marzo 2008 n. 14668, in Cassazione penale, 2009, 5, p. 2159.

con la legge 15 luglio 2009, n. 94, ha messo mano a questo comma dell’art. 58-*quater* o.p. per adattarlo alle modifiche dell’art. 4 *bis*.

Naturalmente dalla revoca *ex art.* 47 comma 11 o.p. va distinta la revoca *ex art.* 51 *bis* o.p. cioè la revoca non dovuta ad un comportamento tenuto dal condannato nel corso dell’affidamento, ma dovuta al sopraggiungere di nuovi titoli privativi della libertà personale che portino il *quantum* della pena da scontare a superare il limite dei 4 anni e quindi non consentono l’esonero del beneficio. E’ pacifico che questa revoca non faccia scattare le sanzioni previste dall’art. 58 *quater*¹³².

Merita anche di essere sottolineato che la Cassazione ha sostenuto che il pubblico ministero non deve emettere sospenso, *ex art.* 656 c.p.p., l’ordine di carcerazione nel caso che la pena detentiva da eseguire sia determinata in conseguenza di una revoca di affidamento. In questo caso, secondo la Suprema Corte, non opera l’automatismo “*avente la funzione di evitare che il soggetto bisognoso di cure sia sottoposto all’esperienza carceraria [...] in quanto [...] viene a cadere la ragionevole aspettativa della concessione del beneficio, in considerazione della quale è stata prevista la sospensione dell’esecuzione*”¹³³. Questa decisione si riconnette alla discussione sugli effetti interdittivi della revoca dell’affidamento terapeutico, in quanto assume implicitamente che non si applichi a questa misura la normativa dell’art. 58 *quater* o.p., dato che, se l’ostatività prevista da quella norma operasse, il problema non si porrebbe. L’aspetto problematico di questa pronuncia è rappresentato dal fatto che se quello revocato è il primo affidamento in casi particolari di cui il tossicodipendente usufruisce, essa per quanto comprensibile da un punto di vista equitativo (si sospende un ordine di carcerazione emesso per la revoca di una misura in vista della concessione della stessa misura revocata) non appare basata su alcuna disposizione normativa¹³⁴. Non si può neppure sostenere che il divieto di sospendere la pena non sarebbe che un’anticipazione implicita dell’automatico rigetto dell’istanza del Tribunale di Sorveglianza *ex art.* 666, 2° comma c.p.p., infatti, in questo caso non è detto che la richiesta sia manifestamente infondata, ma l’infondatezza dipende dalla vicenda concreta e dalle sue circostanze, e sicuramente non siamo di fronte alla riproposizione di una richiesta già rigettata.

¹³² Cfr. R. Tucci, “*Riflessioni sulla natura dell’affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle sezioni unite*”, cit.

¹³³ Cass. Pen., sez. VI, 4 giugno 1998, Petruccelli, in *Gazzetta giuridica* 1998, 57.

¹³⁴ In dottrina A. Presutti, “*Commento all’art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., p. 432 ha sostenuto che questa sentenza fissa un principio, che per quanto possa essere considerato condivisibile, potrebbe essere considerato operativo solo se statuito dal legislatore.

5.3.5.3. *La preclusione ex art. 67 della legge n. 689 del 1981*

La giurisprudenza si è anche soffermata sulla preclusione contenuta nell'art. 67 della legge n. 689 del 1981 (*Modifiche al sistema penale*). Secondo questa norma l'affidamento in prova al servizio sociale non può essere concesso quando la pena detentiva in espiazione derivi dalla conversione, per mancato rispetto delle prescrizioni impartite, delle pene sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata. La questione è stata risolta dalla Corte Costituzionale, che ha stabilito che la preclusione di cui all'art. 67 non opera per l'affidamento “terapeutico” in primo luogo per ragioni di ordine sistematico: l'art. 94 contiene un rinvio alla legge n. 354 del 1975, mentre il divieto di concessione dell'affidamento in prova è stabilito da una legge diversa che per di più fa riferimento al solo affidamento “ordinario” per cui il divieto non può essere esteso in via analogica all'affidamento “in casi particolari”. La Corte poi pone a fondamento della sua decisione anche ragioni di carattere teleologico. A suo parere, il legislatore ha escluso l'applicabilità della misura dell'affidamento ordinario assumendo la violazione delle prescrizioni, inerenti alla semidetenzione o alla libertà controllata, come indizio della probabile inosservanza di quelle dell'affidamento ordinario. Muovendo dalla già sottolineata differenza fra le due misure, la Corte ha ribadito che l'affidamento in casi particolari non è finalizzato a mettere alla prova la capacità di reinserimento del soggetto, ma a favorire la sua sottoposizione alla terapia: “la *ratio* - scrive la Corte - è nel senso di una preminenza data dalla norma all'intento di cura dello stato di dipendenza, donde l'essenzialità del programma di recupero; intento che mal si presta ad essere paralizzato dall'esito negativo di una “prova” di tutt'altro genere, in nulla mirata sul medesimo stato di dipendenza”¹³⁵. Queste motivazioni dovrebbero essere rimediate da quei giudici e quegli autori che hanno sostenuto l'estensione per via analogica delle preclusioni precedentemente discusse.

5.3.6. *Le modalità di accesso alla misura di cui all'art. 94 D.P.R. 309/1990 e il procedimento*

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali l'art. 94 rimandava ad alcune norme (art. 91 commi 3 e 4; art. 92 commi 2 e 3) previste per la concessione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, oltre che

¹³⁵ Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 377 in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, 1997.

all’Ordinamento Penitenziario e alle norme sul procedimento di sorveglianza. Questa procedura già regolava, tra l’altro, la possibilità che il tossicodipendente condannato a pena detentiva ottenesse la sospensione dell’ordine di esecuzione e scontasse la pena in affidamento terapeutico (o accedesse alla sospensione pena. Il comma 3 dell’art. 91 D.P.R. n. 309/1990, prevedeva, infatti, che il pubblico ministero, cui era inoltrata l’istanza nei casi in cui l’ordine di carcerazione non era stato ancora emesso o eseguito, poteva sospendere temporaneamente l’emissione del provvedimento o la sua esecuzione, fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza cui gli atti erano trasmessi immediatamente.

Nel 1998 con la legge n. 165 (nota alle cronache come legge Simeone-Saraceni), fu profondamente cambiato il contenuto dell’art. 656 c.p.p. – rubricato “*Esecuzione delle pene detentive*” – con l’intento di favorire l’accesso dei condannati a pene detentive brevi alle misure alternative alla detenzione, comprese l’affidamento terapeutico e la sospensione pena *ex art.* 90 T.U.

La prima parte dell’art. 656 c.p.p. (rimasta sostanzialmente invariata, salvo la soppressione dell’ingiunzione a costituirsi per le pene sotto i sei mesi) stabilisce che il pubblico ministero emette l’ordine di esecuzione, rilasciandone copia all’interessato (comma 1). Se il condannato è già detenuto, l’ordine di esecuzione gli deve essere notificato in carcere (comma 2); se è a piede libero è notificato al difensore del condannato. Se questi fosse sprovvisto di un difensore di fiducia, il pubblico ministero dovrebbe nominare, attingendo dagli appositi elenchi, un difensore d’ufficio per la fase di esecuzione della pena detentiva. L’ordine di esecuzione contiene le generalità della persona interessata, l’imputazione e il dispositivo del provvedimento (comma 3). L’ordine che dispone la carcerazione deve essere eseguito secondo modalità tali da salvaguardare i diritti della persona ad esso sottoposta (comma 4). La novità introdotta dalla legge n. 165/1998 riguarda il meccanismo della sospensione automatica dell’esecuzione di pene detentive brevi. Questo meccanismo, sulla falsariga di quanto aveva già fatto il T.U. del 1990 per quanto concerne la sospensione della pena e l’affidamento terapeutico, ma prevedendo che si attivasse solo ad istanza di parte, assegna al pubblico ministero il ruolo di centro propulsore della fase esecutiva, chiamandolo ad eseguire e sospendere un ordine di esecuzione, senza che rispetto a questo potere sia stato previsto un controllo da parte di altro organo (art. 655 c.p.p.).

Nella versione originale il meccanismo prevedeva che il pubblico ministero presso il Giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire (individuato ai

sensi dell’art. 665 c.p.p.) sospendesse l’esecuzione, salvo che l’ordine di esecuzione di una pena detentiva non fosse già stato sospeso (comma 7) ovvero che non si procedesse verso soggetti condannati per uno dei delitti previsti dall’art. 4-*bis* legge n. 354/1975, ovvero verso soggetti già sottoposti a custodia cautelare per la stessa causa (comma 9), se la pena detentiva da eseguire, anche se residua, non era superiore a 3 ovvero a 4 anni (limitatamente a coloro che possono accedere all’affidamento terapeutico e alla sospensione pena *ex art.* 90 T.U.). Se ricorrono le condizioni, il pubblico ministero emette l’ordine di esecuzione, con contestuale decreto di sospensione, notificando entrambi i provvedimenti al condannato e al difensore nominato per la fase dell’esecuzione o che lo ha assistito in sede di cognizione. L’ordine di esecuzione contiene anche l’avviso che entro 30 giorni dalla notifica deve essere presentata, a cura dell’interessato o del suo difensore, un’istanza per accedere ad una misura alternativa o sostitutiva della pena detentiva (*ex artt.* 47, 47-*ter*, 47-*quater*, 47-*quinquies*, 48 legge 354/1975 ovvero *ex artt.* 90, 94 D.P.R. 309/1990). L’avviso informa, altresì, che ove non è presentata un’istanza o questa sia dichiarata inammissibile, l’esecuzione della pena avrà corso immediato.

Ai sensi del comma 6, l’istanza di accesso ad una misura alternativa o sostitutiva, di cui al comma 5, può essere presentata al pubblico ministero direttamente dal condannato ovvero dal difensore (di fiducia o d’ufficio). Il pubblico ministero trasmette l’istanza, unitamente alla documentazione richiesta, per la sua ammissibilità, al Tribunale di Sorveglianza territoriale individuato: per i liberi in relazione al luogo ove ha sede l’ufficio del pubblico ministero presso il Giudice che ha emesso il provvedimento di condanna in esecuzione o divenuto irrevocabile per ultimo (art. 665 c.p.p.); per i detenuti in relazione all’Istituto di pena ove è eseguita la detenzione (art. 677 c.p.p.). Sull’istanza, il Tribunale di Sorveglianza decide in camera di consiglio nel termine (ordinatorio) di 45 giorni dalla presentazione dell’istanza (art. 666 c.p.p.).

Rispetto al meccanismo della sospensione automatica della pena (comma 5), il comma 10 si occupa di una situazione particolare, propria di chi, al momento della condanna, si trova agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della stessa condanna. In questo caso, il pubblico ministero sospende l’esecuzione della pena e trasmette gli atti al Tribunale di Sorveglianza competente in relazione al luogo in cui ha sede il proprio ufficio (comma 6) affinché provveda, sussistendone i requisiti, in merito ad una misura alternativa o sostitutiva.

5.3.6.1. Chi può presentare l’istanza di affidamento terapeutico?

Il primo comma dello stesso art. 94 prevedeva, e prevede tutt’ora, che “l’interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale per intraprendere o per proseguire l’attività terapeutica”. La formulazione letterale di questa norma sembrerebbe riservare al solo soggetto tossicodipendente la possibilità di presentare l’istanza di affidamento. Questa riserva è stata considerata da parte della dottrina¹³⁶ in linea con la norma che sancisce l’inammissibilità dell’istanza se l’interessato non compare in udienza (art. 92 comma 1 T.U. n. 309/1990) e con la disposizione che sancisce che il programma terapeutico debba essere “concordato” dall’interessato. Il mancato inserimento dell’affidamento in casi particolari tra le misure per le quali l’art. 57 o.p., estende la “legittimazione alla richiesta dei benefici” anche ai prossimi congiunti e al consiglio di disciplina sarebbe in quest’ottica parte di un disegno del legislatore mirato a stimolare l’attivazione del tossicodipendente.

Altri autori hanno invece sostenuto che la circostanza che l’affidamento in casi particolari non sia menzionato dall’art. 57 o.p., a cui si potrebbe ricorrere in virtù del rinvio del 6° comma dell’art. 94 T.U. alla legge n. 354/1975 come modificata dalla legge n. 663/1986, sarebbe frutto di un mancato coordinamento tra norme, di una dimenticanza del legislatore, dato che l’art. 57 o.p. fu redatto dieci anni prima dell’inserimento dell’art. 47 *bis* nell’ordinamento penitenziario¹³⁷, a cui risale, la formulazione è ripetuta pedissequamente dall’art. 94 T.U. Secondo questa tesi consentire, come avviene per le altre misure alternative, che la legittimazione ad agire spetti anche ad altre figure, oltre che all’interessato, renderebbe più facile l’accesso alla misura in particolare al tossicodipendente già detenuto che potrebbe avere difficoltà a procurarsi le certificazioni che la legge richiede di allegare all’istanza¹³⁸. Questa argomentazione sembra poco convincente almeno sotto due profili. In primo luogo appare forzato attribuire ad una dimenticanza del legislatore e ad un difetto di coordinazione che si protrae da oltre 25 anni la regolamentazione di una materia in cui si sono succeduti numerosissimi interventi legislativi, tenendo anche conto che nel 2002, e quindi ben dopo l’approvazione del T.U., con l’art. 299, D.Lgs. 30 maggio, n. 113 e l’art. 299, D.P.R. 30 maggio, n. 115, il

¹³⁶ Cfr. G. Catelani, *op. cit.*, p. 388; *Id.*, *Il codice penitenziario*, Laurus Robuffo, Roma, 2001, p. 132.; M. Pavarini, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, cit., p. 455.

¹³⁷ Come detto l’art. 47 *bis* è stato introdotto dalla legge n. 287 del 1985, mentre l’ordinamento penitenziario è del 1975 (legge n. 354).

¹³⁸ Cfr. A. Presutti, “*Commento all’art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., p. 427-428; F. Corbi, “*L’affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*”, cit., p. 1126.

legislatore è intervenuto sull’art. 57 per eliminare la remissione del debito dai benefici che potevano essere richiesti. Così come forzata appare la tesi relativa alle difficoltà di allegazione delle certificazioni richieste da parte del detenuto, dato che queste certificazioni dovevano essere rilasciate dai Ser.T. che operano in tutte le carceri italiane (paradossalmente oggi, specialmente per stranieri e senza fissa dimora, a causa sulle norme che fissano la competenza di questi servizi sulla base della residenza, da liberi è più difficile ottenere un programma terapeutico che da detenuti). Andrebbe inoltre sottolineato che in favore della personalità dell’istanza milita la circostanza che, trattandosi di affidamento “terapeutico”, è doveroso tutelare il diritto del tossicodipendente alla libertà di scelta delle cure e alla riservatezza sulle stesse¹³⁹.

L’art. 656 c.p.p., nella formulazione datagli dalla legge n. 165 del 27 maggio 1998, al sesto comma, ha previsto che nel corso del procedimento di sospensione automatica dell’esecuzione ad iniziativa del pubblico ministero l’*“istanza possa essere presentata dal condannato o dal difensore”*¹⁴⁰. La parte della dottrina favorevole all’ampliamento della legittimazione ha sostenuto che, essendo una disposizione più favorevole al condannato, può ritenersi applicabile in via analogica in ogni ipotesi di richiesta della misura. Se si ritiene che invece che la personalità dell’iniziativa sia posta a tutela dei diritti del tossicodipendente rispetto alla propria cura, si può notare che i soggetti che questa disposizione non autorizza ad agire sono tutti quelli indicati dall’art. 57 o.p.: essa, infatti, non prevede, come l’art. 57 o.p. che l’istanza possa essere presentata anche dai prossimi congiunti e dal consiglio di disciplina. L’avvocato è una figura che agisce su mandato dell’interessato, cosa che sicuramente non fa il consiglio di disciplina legittimato ex art. 57 o.p., la cui iniziativa potrebbe avere solo un carattere paternalistico (come probabilmente quella dei prossimi congiunti). Inoltre il potere di presentare l’istanza, sostituendosi all’interessato, è attribuito all’avvocato nell’ambito di una procedura che ha un termine relativamente breve. In altre parole esso può trovare giustificazione nell’urgenza imposta dal fatto che l’ordine di carcerazione va in esecuzione se l’istanza non è presentata entro un mese dalla sua notifica.

¹³⁹ Questa tesi, trascurata in dottrina, a parere della scrivente è più convincente. In fin dei conti la previsione dell’inammissibilità della richiesta, se il condannato non compare all’udienza potrebbe costituire un valido motivo per consentire che altri presentino la domanda dato che comunque l’interessato la può lasciar decadere, appunto, non presentandosi.

¹⁴⁰ La legittimazione anche al difensore sia che si tratti del difensore nominato dal condannato per la fase dell’esecuzione sia che si tratti del difensore nominato d’ufficio, è stata introdotta dalla legge n. 4 del 2001, che ha notevolmente innovato la procedura per la presentazione dell’istanza di affidamento terapeutico prevista dall’art. 656 c.p.p.

5.3.6.2. La procedura indicata dal T.U. e i poteri del pubblico ministero

La competenza a ricevere l'istanza spetta al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la condanna sulla base del combinato disposto dagli artt. 655, 656 e 665 c.p.p.; se il tossicodipendente istante è già detenuto la richiesta deve essere presentata, a norma dell'art. 99 D.P.R. n. 230/2000, regolamento di esecuzione penale, al direttore dell'istituto, “*il quale la trasmette senza ritardo all'organo del pubblico ministero competente per l'esecuzione*”¹⁴¹. Secondo quanto disponeva l'art. 91, comma 3 D.P.R. n. 309/1990, se l'istanza era proposta da un tossicodipendente ancora in stato di libertà, il pubblico ministero era tenuto a sospendere l'emissione dell'ordine di carcerazione, o se lo aveva già emesso, a sospendere l'esecuzione. Se l'istanza era proposta da un tossicodipendente già in esecuzione pena il pubblico ministero doveva ordinare la scarcerazione del condannato (art. 91 comma 4°). In entrambi i casi il pubblico ministero procedeva solo “*se non osta il limite di pena*” e doveva poi trasmettere “*immediatamente*” gli atti al Tribunale di Sorveglianza, che avrebbe dovuto decidere sull'istanza.

Con la nuova normativa si è riproposta la discussione relativa ai poteri attribuiti al pubblico ministero nel decidere sulla sospensione dell'esecuzione o sulla scarcerazione che si era svolta sull'art. 47 *bis*. La dottrina maggioritaria sostenne che il pubblico ministero si dovesse limitare ad un mero controllo formale sull'istanza e sulla relativa documentazione, mentre il controllo di merito fosse riservato al Tribunale di Sorveglianza. Secondo la lettera della norma il pubblico ministero avrebbe dovuto limitarsi a vagliare la sola sussistenza del limite di pena, accertato il quale, avrebbe dovuto procedere alla sospensione dell'esecuzione o alla scarcerazione, quindi non avrebbe potuto avere alcun ruolo di filtro delle istanze presentate strumentalmente per ritardare l'esecuzione della pena detentiva o, nel caso di detenuto, per ottenere la scarcerazione. Molti in dottrina proposero che il controllo del pubblico ministero, per quanto formale, si intendesse esteso anche alle altre condizioni e ai requisiti previsti dalla legge per la concessione del beneficio, quali per esempio l'attestazione dello stato di tossicodipendente, la provenienza di tale

¹⁴¹ Questa possibilità non era prevista naturalmente dal vecchio regolamento di esecuzione penale (D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) che stabiliva solo la procedura prevista per l'istanza di affidamento ordinario. Sebbene l'affidamento terapeutico sia stato introdotto nel 1986, solo nel 1989 con l'art. 25 del D.P.R. 18 maggio 1989, n. 248, il legislatore ha modificato il vecchio regolamento di esecuzione penale introducendo l'art. 91-*bis* che introduce la disciplina tutt'ora vigente per la presentazione dell'istanza di affidamento terapeutico da parte di un soggetto detenuto.

documentazione da ente pubblico e la sussistenza della condizione preclusiva di aver già usufruito due volte della misura.

La Corte di Cassazione andò anche oltre e, seguendo in parte le tesi della dottrina, sostenne che il pubblico ministero dovesse valutare il *fumus* di tutti i presupposti voluti dalla legge, sui quali si sarebbe dovuto pronunciare poi il Tribunale di Sorveglianza; in particolare il pubblico ministero doveva verificare “non solo l’esistenza del requisito dell’entità della pena, ma anche la serietà, l’idoneità del programma di recupero concordato, e l’inesistenza di prove o sospetti circa una dolosa preordinazione dello stato patologico e del conseguente programma di recupero”¹⁴². In definitiva il pubblico ministero doveva effettuare un controllo che per quanto formale, accertasse la sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge per l’affidamento terapeutico. In verità il controllo di tutti i requisiti che non risultano immediatamente evidenti (limite della pena e reiterazione della richiesta) erano resi problematici dalla circostanza che l’art. 94 T.U. non prevedeva che all’istanza dell’affidamento dovessero essere allegate le certificazioni. L’orientamento dottrinale prevalente, piuttosto, riteneva che la mancata presentazione di tale certificazione restasse, se del caso, priva di conseguenze almeno con riguardo al provvedimento sospensivo adottato dall’organo dell’esecuzione. Parte della dottrina¹⁴³ si era mostrata perplessa per la strada presa dalla Cassazione, sostenendo che il 3° comma dell’art. 94 riservava i poteri d’indagine sulla documentazione prodotta dal condannato al Tribunale di Sorveglianza che era individuato come unico referente, competente ad accertare la sussistenza dei requisiti soggettivi richiesti dal 1° comma dell’art. 94, sembrava quindi illegittimo riconoscere poteri all’organo dell’esecuzione che si trovava sprovvisto delle basi su cui verificare il *fumus* dell’esistenza dei presupposti per l’ammissibilità della richiesta.

Merita di essere sottolineato che la Corte Costituzionale non sembra aver dato molto peso ai pericoli di strumentalizzazione del meccanismo che consentiva al pubblico ministero di interrompere provvisoriamente l’esecuzione della pena in atto, infatti, con l’ordinanza n. 367 del 1995, lo ha giudicato costituzionalmente corretto in virtù della sua finalità di favorire la scelta terapeutica, preminente rispetto ad ogni altro intento risocializzante. Va comunque ricordato che il rigetto da parte del pubblico ministero della richiesta di sospensione o di scarcerazione non pregiudicava in alcun modo la decisione

¹⁴² Cass. Pen., sez. I, 6 febbraio 1995, Licastro, in *La Giustizia penale*, 1995, II, 701.

¹⁴³ V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *op. cit.*, p. 430.

sull’affidamento terapeutico che spettava solo al Tribunale di Sorveglianza, a cui doveva comunque trasmettere gli atti.

Le discussioni sull’art. 47 *bis* avevano lasciato aperto il problema dell’esistenza in capo al pubblico ministero di un vero e proprio obbligo di trasmettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza anche nel caso di rigetto dell’istanza. Fu subito considerato pacifico che contro il provvedimento con cui il pubblico ministero neghi l’affidamento terapeutico non poteva essere proposto ricorso per cassazione, ma “esclusivamente incidente davanti al giudice dell’esecuzione”¹⁴⁴. Nonostante questa giurisprudenza ormai consolidata, la dottrina maggioritaria insisté sull’obbligo del pubblico ministero di trasmettere “immediatamente” gli atti al Tribunale di Sorveglianza, in quanto organo giurisdizionale competente a valutare l’istanza nel merito.

Al momento dell’entrata in vigore del T.U., dato che l’art. 94 non richiamava la disposizione prevista dal 1° comma dell’art. 91 per la sospensione pena, che fissa la competenza territoriale in capo al Tribunale di Sorveglianza del luogo di residenza del condannato, la competenza era determinata sulla base del criterio stabilito dall’allora 3° comma dell’art. 47 o.p. Quindi, anche per l’affidamento in prova in casi particolari, regolato allora sia dall’artt. 47-*bis* o.p. e 94 T.U., la competenza a decidere della richiesta spettava al Tribunale di Sorveglianza del distretto sede dell’ufficio del pubblico ministero investito dell’esecuzione, come disposto, in via eccezionale, ai sensi del 2° comma dell’art. 677, codice di rito. La legge n. 165 del 27 maggio 1998 ha modificato il 3° comma dell’art. 47 o.p., eliminando il riferimento alla competenza a decidere sulla questione, e distinta la posizione del richiedente libero e quella del richiedente detenuto¹⁴⁵. Per il primo ha rimandato alle prescrizioni dettate dal novellato 4° comma dell’art. 47 o.p. secondo il quale la decisione sulla richiesta di affidamento in prova effettuata dal carcere è di competenza del Tribunale di Sorveglianza del luogo dove la pena è eseguita, come disposto dal 1° comma dell’art. 677 c.p.p.. Per il condannato “libero” invece l’art. 656 comma 6° c.p.p., fissa la competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza del distretto sede dell’ufficio del pubblico ministero investito dell’esecuzione. In entrambi i casi il condannato attende la decisione del Tribunale da “libero” in forza della sospensione pena *ex art. 656 c.p.p.* o avendo ottenuto la scarcerazione *ex comma 4 art. 91 T.U.*

¹⁴⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 17 luglio 2001, Iacono, Rivista penale, 2001, 715.

¹⁴⁵ Prima sia che il condannato fosse “libero” che detenuto la competenza spettava al Tribunale di sorveglianza del distretto sede dell’ufficio del p.m. investito dell’esecuzione.

Questo dato oltre che l’esigenza di accelerare l’inizio del percorso terapeutico o di non interrompere il suo svolgimento hanno portato il legislatore a disegnare un procedimento che si svolgesse più celermente di quello ordinario di sorveglianza. Da questa esigenza traggono origine le peculiarità previste per le attività propedeutiche all’attivazione dell’udienza camerale dinanzi al Tribunale di Sorveglianza territorialmente competente a decidere della questione e lo svolgimento di questa. Il Tribunale di Sorveglianza deve fissare “senza indugio la data della trattazione dandone avviso al richiedente, al difensore e al pubblico ministero almeno cinque giorni prima” (art. 92 D.P.R. n. 309/1990).

L’art. 92, ripete poi la disposizione introdotta dall’art. 47-bis e prevede che “*se non è possibile effettuare l’avviso -- della data dell’udienza -- al condannato nel domicilio indicato nella richiesta e lo stesso non compare all’udienza, il Tribunale dichiara inammissibile la richiesta*”. Ormai si è consolidata l’interpretazione per cui l’inammissibilità deriva solo dall’assenza in udienza dell’interessato, non anche dalla mera impossibilità di effettuare la notifica¹⁴⁶.

5.3.6.3. *La valutazione dell’idoneità del programma e la valutazione della strumentalità dell’istanza di affidamento terapeutico*

Il T.U. non ha lasciato aperto il problema della valutazione da parte del Tribunale sulla sussistenza della condizione di tossicodipendenza e sull’idoneità del programma terapeutico concordato, ma anche dell’accertamento, richiesto dall’art. 94, terzo comma, della circostanza “*che lo stato di tossicodipendenza o l’esecuzione del programma non siano preordinati al conseguimento del beneficio*”. Lo stesso comma stabilisce che il Tribunale di Sorveglianza può “*acquisire copia degli atti del procedimento – che ha portato alla condanna -- e disporre gli opportuni accertamenti*”. La Corte di Cassazione ha ribadito più volte che il Tribunale non è vincolato dalle attestazioni prodotte dai servizi pubblici per le tossicodipendenze (Ser.T), o oggi dalle certificazioni rilasciate dagli enti privati convenzionati, ma deve disporre tutte le verifiche che ritiene opportune per “*valutare se la misura richiesta possa contribuire alla rieducazione del reo, con un giudizio prognostico che tenga conto di ogni elemento a sua disposizione*”¹⁴⁷. La Suprema Corte si è comunque premurata di sottolineare “*l’obbligo per il Tribunale di motivare adeguatamente la eventuale decisione di*

¹⁴⁶ Cfr. Cass. Pen., sez. I, 6 ottobre 1995, Brigandi, in Cassazione penale, 1996, 2366.

¹⁴⁷ Cass. Pen., sez. I, 30 giugno 1997, Leopardi, CED RV 207990; Cass. Pen. Sez. I, 16 marzo 1994, Bravin, in Cassazione penale, 1995, p. 702.

discostarsi” dalle certificazioni prodotte¹⁴⁸. Il Tribunale avrà a disposizione, oltre il programma del Ser.T., la “relazione sociale” redatta, dagli assistenti sociali dell’U.E.P.E., sulla base delle informazioni ottenute esaminando il soggetto durante la sua vita da libero, facendo particolare attenzione alle sue relazioni sociali e familiari, ad eventuali percorsi terapeutici già intrapresi e al modo di porsi rispetto alla commissione dei reati e alle prospettive future che potrebbe avere. Non potrà contare, invece, se l’istanza viene presentata ad inizio pena, anche se il richiedente è detenuto in custodia cautelare, sulla cosiddetta “relazione di sintesi” redatta, sulla base dell’osservazione “scientifica” della personalità condotta nel periodo di carcerazione, dell’équipe operante nella casa circondariale, di cui fanno parte il direttore e l’educatore del carcere, nonché l’assistente sociale dell’U.E.P.E. Questa relazione è, infatti, il risultato dell’osservazione “scientifica” della personalità che l’Ordinamento Penitenziario prevede debba essere condotta solo sul detenuto e non è mai iniziata prima che il detenuto sia condannato in modo definitivo. A parte dunque la relazione dell’U.E.P.E. e, per il tossicodipendente già in esecuzione della pena detentiva, la relazione di “sintesi”, entrambe non sempre in grado di fornire elementi indicativi, come già accadeva vigente l’art. 47-*bis* o.p., i poteri di indagine conferiti al Tribunale non gli consentono altro che affidarsi a degli esperti in materia e quindi in ultima istanza agli stessi enti pubblici che hanno prodotto le attestazioni. Può al massimo come ha suggerito qualcuno in dottrina nominare dei periti perché valutino aspetti specifici del programma.

Come già accennato quelli sulla preordinazione dello stato di tossicodipendenza e sulla strumentalità dell’accettazione del programma sono accertamenti pressoché impossibili: quasi una richiesta di certificare qualcosa di cui forse neppure il tossicodipendente interessato è pienamente sicuro. In dottrina si è sostenuto che per stabilire se lo stato di tossicodipendenza è preordinato basta verificare quando è iniziato: se esso non sussisteva al momento della sentenza di condanna è evidentemente preordinato. Questa posizione da un lato è semplicistica. Su tempi e modalità dell’uso delle droghe e sulla circostanza se questo stato sia stato ininterrotto, tanto la relazione dell’U.E.P.E. quanto quella dell’équipe del carcere possono dare indicazioni molto scarse. Questo è un dato accertabile solo per quei soggetti che sono stati, in modo continuativo, in carico al Ser.T in terapia metadonica, e comunque anche questa indagine può al massimo dire qualcosa sullo stato di dipendenza

¹⁴⁸ Cass. Pen., sez. I, 6 febbraio 1996, n. 774, Sfragara, in *La Giustizia penale*, 1996, II, p. 589.

fisica, dato che quella psichica è uno stato di fragilità che il soggetto porta con sé spesso per tutta la vita. Dall’altro questa presunzione prova troppo: niente esclude che un soggetto, casomai non più tossicodipendente, torni, o ricominci, ad assumere sostanze di fronte al pericolo di andare in carcere. Ma anche nel caso in cui l’assunzione di droghe sia una preordinazione dello stato necessario per usufruire dell’affidamento in prova, si deve considerare il soggetto che l’ha messa in atto sano e quindi mandarlo in carcere, o malato e avviarlo ad un programma di recupero? L’unica cosa che forse si può accertare è l’uso *ad hoc* di sostanze nell’imminenza dell’esecuzione pena che non provoca una vera e propria dipendenza. Ma anche questo accertamento non può essere fatto in tempi rapidi, esso richiede quello che viene definito “monitoraggio in laboratorio”, ovvero l’effettuazione sul soggetto di controlli costanti o periodici per verificare se continua ad assumere sostanze stupefacenti¹⁴⁹, che solo consente di capire a che livello di assuefazione il soggetto è arrivato. Comunque questa indagine non permette di accertare se l’uso di sostanze stupefacenti e psicotrope, anche se non provoca dipendenza, sia dovuto a ragioni strumentali. Una qualche presunzione sulla strumentalità dell’istanza di affidamento la si può forse ricavare dal comportamento del tossicodipendente che, pur passando un lungo tempo tra il momento di presentazione dell’istanza di affidamento terapeutico e la decisione su di essa, non dà inizio al programma concordato con il Ser.T.. Questo indizio naturalmente non poteva essere rilevato se il tossicodipendente si avvaleva della possibilità, offerta dal comma 6 dell’articolo 656 c.p.p., di presentare il programma cinque giorni prima dell’udienza. Resta comunque dubbio che anche di fronte a un comportamento del genere lo spirito della legge non sia quello di concedere la misura, per far “assaggiare” al tossicodipendente il programma terapeutico.

La richiesta della legge di accertare la strumentalità della decisione di sottoporsi a programma terapeutico può, infatti, essere considerata contraddittoria con il suo impianto tutto basato sulle pressioni esercitate dalle sanzioni per spingere i tossicodipendenti ad intraprendere la via terapeutica. Una volta scelta la via di esercitare tutte le pressioni possibili per spingere il tossicodipendente a provare l’esperienza comunitaria per sottrarsi al giogo della droga, si deve accettare il rischio che la sua scelta sia strumentale e che il suo comportamento dimostri che non ha alcuna seria intenzione di seguire il programma. Oserei dire, dato l’impianto della normativa, che il legislatore ha

¹⁴⁹ Cfr. F. Introna, “*Tossicodipendenza, alcool dipendenza e misure alternative alla detenzione*”, cit., p. 993.

messo in conto questo pericolo, facilmente rimediabile attraverso la revoca dell’affidamento. Magistrati e operatori sembrano consapevoli della forza che esercita la possibilità di evitare la detenzione su chi propone l’istanza di affidamento in casi particolari. La loro esperienza quotidiana li fa incontrare con tossicodipendenti che nella maggioranza dei casi decidono di intraprendere il percorso terapeutico solo per evitare il carcere. Si sono in qualche modo assuefatti alla logica della legge che sul desiderio di evitare la sanzione penale ha costruito tutto il suo impianto. Spesso sono gli stessi tossicodipendenti a dichiarare onestamente che la loro scelta è dovuta alla paura della detenzione. Né questa consapevolezza né i ripetuti fallimenti sembravano, almeno fino alla riforma della normativa del 2006, avere indotto in magistrati ed operatori la sfiducia verso il percorso terapeutico. Tendenzialmente essi per anni sono sembrati in generale convinti dell’opportunità di concedere il beneficio per tentare il recupero del tossicodipendente, per offrirgli, anche se lui forse non la vuole veramente, la possibilità di poter iniziare una nuova vita, attraverso un percorso in cui la sua volontà è sorretta, anche dalla minaccia della sanzione carceraria, per vedere, se nel corso del percorso stesso, la sua decisione strumentale si trasforma in una motivazione sincera. Capita che la motivazione provenga dalla stessa comunità, capita cioè che il tossicodipendente capisca di non poter più condurre una certa vita e si impegni a portare a termine il contratto terapeutico sottoscritto “*obtorto collo*”. In fin dei conti la scommessa del legislatore sembra proprio quella che chi entra nel percorso motivato dal solo intento di evitare la detenzione, ad un certo punto si possa rendere conto che, essendo in comunità, ha la possibilità di scontare la pena e disintossicarsi e decida di intraprendere con serietà il percorso trattamentale.

Compiuti tutti gli accertamenti che ritiene opportuni, il Tribunale di Sorveglianza doveva decidere sull’istanza, a norma del 3° comma dell’art. 91 T.U., “*entro quarantacinque giorni*” dalla presentazione della stessa. Secondo parte della dottrina, in omaggio alle già sottolineate esigenze di celerità, tutto il procedimento deve essere compiuto invece “*senza indugio*” a prescindere dal termine ordinario previsto¹⁵⁰. Il termine di quarantacinque giorni era comunque ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza meramente ordinatorio, altrimenti, da un lato, la sua inosservanza avrebbe comportato la carcerazione del tossicodipendente per cause indipendenti dal suo comportamento¹⁵¹,

¹⁵⁰ La locuzione “*senza indugio*” è utilizzata dal 1° comma dell’art. 92 T.U. in riferimento alla fissazione dell’udienza.

¹⁵¹ Cfr. A. Presutti, “*Commento all’art. 94 T.U. 309/1990*”, cit., p. 436.

dall’altro si sarebbe tradito l’interesse preminente alla cura che è perseguito dalla legge. Con l’ordinanza che accoglie l’istanza il Tribunale fissa le prescrizioni da osservarsi nel corso dell’affidamento. Il quarto comma dell’art. 94 stabiliva che *“fra le prescrizioni impartite devono essere ricomprese quelle che determinano le modalità di esecuzione del programma. Sono altresì stabilite le prescrizioni e le forme di controllo per accertare che il tossicodipendente prosegua il programma di recupero”*. E’ ovvio che le prescrizioni devono essere compatibili con il programma terapeutico e non intralciare il suo svolgimento. Esse devono quindi essere modulate sul programma stesso e consentono all’affidato di svolgere le attività della comunità, che molto spesso prevedono un contatto con il mondo esterno. Normalmente le prescrizioni impartite dai Tribunali di Sorveglianza mirano solo a definire l’ambito di libertà di cui l’affidato può godere. Esse comunemente consistono nell’obbligo di entrare ed uscire dal domicilio ad una certa ora, nel divieto di frequentare pregiudicati e a volte tossicodipendenti, naturalmente a parte quelli presenti nella comunità, nel divieto di uscire da un determinato ambito territoriale. Nel caso, molto raro, che il programma terapeutico finisse prima del termine previsto per l’affidamento (detratta pure l’eventuale liberazione anticipata) il Magistrato di Sorveglianza, a norma degli articoli 97 e 98 D.P.R. n. 230 del 30 giugno 2000 *“Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”*, poteva modificare le prescrizioni e, sulla base delle informazioni fornite dall’U.E.P.E. trasformare l’affidamento da prevalentemente terapeutico in prevalentemente risocializzante¹⁵².

L’ordinanza conclusiva del procedimento è *“immediatamente esecutiva”* (art. 97 D.P.R. n. 230/2000) e deve essere notificata in ogni caso *“senza ritardo”* al richiedente la misura, al difensore e al pubblico ministero competente per l’esecuzione (art. 92 T.U., 3° comma). Contro di essa, secondo le regole generali del provvedimento di sorveglianza, può essere proposto ricorso per Cassazione (ex art. 666 comma 6° c.p.p). Se il Tribunale di Sorveglianza rigetta l’istanza, il pubblico ministero *“emette ordine di carcerazione”*; se invece l’affidamento terapeutico è concesso, *“l’esecuzione della pena si considera iniziata dalla data del verbale di affidamento”* (art. 94 comma 4°), che non sempre coincide con quella di emissione dell’ordinanza di concessione della misura¹⁵³. Se il

¹⁵² Oggi, il nuovo comma 6-bis dell’art. 94 T.U. prevede che, concluso con successo il programma terapeutico, il Magistrato di Sorveglianza trasformi l’affidamento in casi particolari in affidamento ordinario.

¹⁵³ M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, p. 226.

tossicodipendente era già detenuto la pena dalla data di sottoscrizione prosegue nella forma dell’affidamento.

L’ordinanza di concessione è trasmessa anche all’ufficio di sorveglianza competente per la prova, e all’ufficio dell’esecuzione penale esterna (U.E.P.E), già centro di servizio sociale per adulti (C.S.S.A.)¹⁵⁴. Il tossicodipendente in affidamento terapeutico viene preso in carico dall’U.E.P.E. competente, che si occupa della gestione della misura, dei controlli e delle verifiche sull’andamento del programma. E’ però il Ser.T., che tra l’altro si fa carico della spesa della retta per il soggiorno in comunità, soprattutto nella prima fase in cui dispone il trattamento sostitutivo a base di metadone, a prendere in carico il tossicodipendente da un punto di vista terapeutico. Mentre, come accennato, nell’affidamento ordinario ha, principalmente, una funzione di sostegno, nel caso dell’affidamento terapeutico l’U.E.P.E svolge precipuamente una funzione di controllo sull’andamento dell’affidamento, dato che il sostegno nel corso della terapia è offerto dagli operatori della comunità e del Ser.T. Il suo controllo non sarà comunque un controllo “di polizia”, ma sarà orientato a finalità terapeutiche, e dovrà mirare a valutare in particolare il processo di interiorizzazione delle norme da parte del tossicodipendente e di trasformazione comportamentale. Questo ufficio nell’ambito della propria attività di gestione della misura, è obbligato a svolgere periodicamente dei colloqui con il tossicodipendente affidato e sulla base di essi, delle informazioni date dalla comunità e/o dal Ser.T, a redigere delle relazioni sull’andamento del programma. Con questa sua attività fa da intermediario nelle comunicazioni fra comunità, Ser.T. e magistrato di sorveglianza, per cui deve sempre essere al corrente dell’attività della comunità, delle richieste di permessi del tossicodipendente e delle violazioni delle prescrizioni. E’ tenuto a riferire al magistrato di sorveglianza notizie sul comportamento del soggetto almeno ogni tre mesi (ex art. 97, 9° comma, D.P.R. n. 230/2000).

Se l’affidamento terapeutico procede senza intoppi al termine del periodo di pena da scontare in misura alternativa, l’U.E.P.E. redige una relazione conclusiva, sempre basata sulle notizie e sulle attestazioni che provengono dalla comunità, e la trasmette al Tribunale di Sorveglianza. Il T.U. sugli stupefacenti, come accennato non dà alcuna indicazione relativa alla dichiarazione di buon esito dell’affidamento, quindi la determinazione del Tribunale competente viene fatta in base alla disposizione di chiusura

¹⁵⁴ L’ufficio per l’esecuzione penale esterna, che è un ufficio dell’amministrazione penitenziaria, competente è determinato in riferimento alla competenza del Tribunale di Sorveglianza.

contenuta nel 6° comma dell’articolo, da cui si desume, in analogia con la disciplina dettata per l’affido ordinario, che la competenza a disporla residua in capo al Tribunale di Sorveglianza titolare del provvedimento od individuato in relazione al luogo di svolgimento del programma terapeutico¹⁵⁵.

In base alle informazioni contenute nella relazione dell’U.E.P.E. il Tribunale di Sorveglianza emetterà la declaratoria di buon esito della misura alternativa e con un atto formale dichiarerà estinta la pena e ogni altro effetto penale (art. 47, comma dodicesimo, o. p.). A questo punto l’U.E.P.E. archivia il fascicolo ed il soggetto è libero, perciò se il programma di recupero non fosse terminato, può decidere liberamente di proseguirlo oppure interromperlo. Come è immaginabile, anche per l’effetto liberatorio che ha la comunicazione della fine della pena, la maggior parte dei tossicodipendenti abbandonano il programma. Non si riscontrano in giurisprudenza, anche quando il Tribunale decide dopo che il programma è stato interrotto con il termine dell’espiazione della pena, anche se non era concluso dal punto di vista terapeutico, decisioni che considerano questo atteggiamento indice della strumentalità della decisione di intraprendere il percorso e fissano un residuo di pena da scontare. Questo orientamento appare condivisibile, una pena determinata dopo che il programma è stato seguito in maniera sufficientemente scrupolosa da concludersi senza intoppi, provocherebbe con ogni probabilità un forte contraccolpo psicologico che renderebbe solo più veloce la ricaduta nell’uso delle sostanze.

5.3.6.4. La procedura parallela di istanza di affidamento terapeutico dalla libertà introdotta dalla riforma dell’art. 656 c.p.p.

Il legislatore con la legge n. 165 del 1998 ha introdotto, come accennato, all’art. 656, co. 5° e ss. c.p.p. un meccanismo per favorire l’esecuzione delle pene detentive brevi con una delle misure alternative previste dal nostro ordinamento, compreso l’affidamento in casi particolari. Questa norma dispone che, se la pena detentiva da eseguire non è superiore a tre anni, o a quattro (oggi sei) nel caso che il condannato sia un tossicodipendente che può richiedere l’affidamento in casi particolari, il p.m. emette l’ordine di esecuzione

¹⁵⁵ Con la riforma del 2006 il legislatore, modificando il secondo comma dell’art. 93 ha definito il Tribunale di sorveglianza competente per valutare l’esito della sospensione pena, ma il secondo comma dell’art. 93 non è più tra le norme a cui rinvia l’art. 94 (che originariamente rinvia al 1° e al 3° comma di questo articolo, rinvio però abrogato dalla riforma del 2006). Perciò ancora oggi la determinazione della competenza del Tribunale di sorveglianza viene fatta in base alle regole previste per l’affidamento ordinario.

e, contestualmente, lo sospende, invitando il condannato a presentare entro trenta giorni istanza per la concessione di una misura corredata, dopo la modifica introdotta dalla legge 4/2001, a pena di inammissibilità, dalla documentazione necessaria. Se l’istanza correttamente formulata non è presentata allo scadere del mese, l’esecuzione ha inizio immediato.

Questo meccanismo è stato pensato per favorire l’esecuzione non carceraria delle pene brevi dal momento della loro comminazione. Questa possibilità era fino a quel momento rimessa, per il tossicodipendente detenuto, alla diligenza con cui controllava la propria posizione giuridica, cosa che, di fatto, escludeva tutti i tossicodipendenti *strictu sensu* detenuti, che nella prima fase della carcerazione dovevano spesso gestire anche le crisi da astinenza fisica più o meno gravi oltre che psicologica. Mentre per il condannato, non sottoposto a misure cautelari, la concreta possibilità di usufruire della sospensione dell’ordine di esecuzione dipendeva dalla possibilità di ricorrere alle prestazioni professionali di un difensore di fiducia (oltre che, anche in questo caso, dalla lucidità e dalla consapevolezza che gli dovevano consentire di capire che doveva attivarsi in sua tutela). La possibilità di sospendere l’ordine, infatti, dipendeva solo dal tempismo dell’avvocato, che doveva presentare istanza nel periodo compreso tra la condanna e la sua esecuzione. L’avvocato, cui era chiesto di vigilare sul passaggio in giudicato della sentenza di condanna, al fine di presentare tempestivamente all’organo dell’esecuzione, una richiesta volta ad ottenere uno dei benefici alternativi o sostitutivi della pena previsti dalla legge, non poteva giocare troppo d’anticipo sul provvedimento d’esecuzione emesso dal pubblico ministero, poiché era necessario attendere l’arrivo della comunicazione ufficiale da parte della Cassazione, che consentiva di accedere al procedimento.

L’unico caso in cui la procedura aveva tempi certi era quello disciplinato dal 2° comma dell’art. 656 c.p.p., che prevedeva, per il condannato ad una pena detentiva non superiore ai sei mesi, l’invito a presentarsi spontaneamente in carcere entro cinque giorni dalla notifica dell’ordine di carcerazione, definendo così il lasso temporale entro il quale poteva essere proposta un’istanza volta ad ottenere una misura alternativa alla detenzione. La sospensione d’ufficio dell’esecuzione, notificata all’interessato, e poi anche al suo difensore, con il termine di trenta giorni, per poter proporre l’istanza ha posto tutti i condannati, più o meno, nelle stesse condizioni e facilitato enormemente l’accesso alle

misure alternative dalla libertà, tanto che queste sono diventate la maggioranza di quelle concesse¹⁵⁶.

L’art. 1, legge n. 165, come accennato, ha confermato, salva l’amputazione del capoverso sull’ingiunzione di costituirsi in carcere per i condannati con pena detentiva inferiore a sei mesi, il contenuto dei primi quattro commi dell’art. 656 c.p.p., così come predisposti dal legislatore del 1988. Le novità introdotte riguardano i commi successivi, dal 5° al 10°. La normativa è stata poi modificata dall’art. 10, comma 1, lett. a), legge di conversione, del D.L. 341/00, n. 4 del 19 gennaio 2001, che ha stabilito l’ordine d’esecuzione e il contestuale decreto sospensione che, secondo il testo originario, dovevano essere “consegnati personalmente” all’interessato, sono “notificati” a questo e “al difensore nominato per la fase dell’esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio”. La modifica si è resa necessaria perché la normativa previgente, avendo legato la procedura esecutiva alla notifica personale, tramite “consegna”, dei provvedimenti emessi dall’organo dell’esecuzione, comportava che il meccanismo si paralizzasse ogni volta che era impossibile consegnare all’interessato l’ordine di esecuzione, a causa di irreperibilità involontaria o dalla volontaria e consapevole sottrazione del destinatario¹⁵⁷, strumentale ad un’illimitata sospensione della procedura esecutiva. A questi, infatti, non poteva essere contestato, per mancanza del presupposto costitutivo, l’addebito richiamato dal 1° comma dell’art. 296, c.p.p., configurante il provvedimento di latitanza. La nuova disposizione è stata temperata dal comma 8-*bis*, introdotto contestualmente dall’art. 10, comma 1, lett. f), legge di conversione, del D.L. 341/00, n. 4 del 2001, secondo cui, “quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell’avviso di cui al comma 5, il pubblico ministero può assumere, anche presso il difensore, le opportune informazioni, all’esito delle quali può disporre la rinnovazione della notifica”. Questo temperamento, appare opportuno date le severe conseguenze della presentazione tardiva dell’istanza: ai sensi del comma 8 dell’art. 656, infatti, ove l’istanza *ex artt.* 90 e 94 D.P.R. 309/1990 è intempestiva, inammissibile, rigettata, nonché nei casi in cui il programma *ex art.* 94 non è iniziato entro 5 giorni dalla presentazione ovvero risulta interrotto, il Pubblico ministero deve revocare immediatamente il decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione.

¹⁵⁶ Cfr. dati in capitolo quarto sull’affidamento terapeutico.

¹⁵⁷ F. Della Casa, “*Democratizzazione dell’accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull’esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 165*”, cit., pp. 780-781.

Questo meccanismo costringeva, in teoria, il p.m. a sospendere sempre le pene con un residuo da eseguire minore di quattro anni e non di tre, poiché dal fascicolo processuale non sempre era possibile escludere con certezza che il condannato non fosse tossicodipendente, perché il condannato poteva essere diventato tossicodipendente dopo la commissione del reato o anche dopo il processo di primo grado. E, considerato che ciò che rileva, per l’accesso all’affidamento terapeutico è lo stato di tossicodipendente al momento dell’esecuzione, il condannato poteva, in astratto, avere diritto alla sospensione pena per una condanna fino a quattro anni di reclusione. In questo senso, i condannati con una pena da eseguire tra i tre e i quattro anni avevano tutto l’interesse (come oggi, nonostante l’abrogazione del 3° comma dell’art. 91 T.U., lo hanno i condannati alla pena della reclusione tra i tre e i sei anni) a presentare comunque l’istanza, come se il terzo comma dell’art. 91 fosse ancora vigente, per ricordare al p.m. che erano tossicodipendenti.

Da un punto di vista sistematico, per quanto riguarda la richiesta dell’affidamento in casi particolari, si pose il problema della convivenza della procedura introdotta dal quinto comma dell’art. 656 c.p.p. con quella prevista dall’art. 91 T.U.¹⁵⁸: nel sistema dell’esecuzione penale infatti a quel momento, e fino, come vedremo, alla riforma del 2006, vigevano due diversi percorsi, con normative sostanzialmente differenti, per la richiesta dell’affidamento terapeutico dalla libertà. A molti apparve convincente la tesi di chi sosteneva che, con l’introduzione del meccanismo di sospensione automatica dell’esecuzione, si fosse implicitamente abrogato il disposto dell’art. 91, terzo comma, la cui abrogazione esplicita è stata poi disposta dalla riforma del 2006. Questa tesi non era però scevra di dubbi. Merita di essere sottolineato che in senso inverso alla tesi dell’abrogazione implicita sembrava andare la sentenza con cui la Suprema Corte¹⁵⁹, dopo la riforma dell’art. 656 c.p.p., ribadì che “in tema di sospensione dell’ordine di esecuzione a seguito di presentazione di istanza ex art. 90 o 94 D.P.R. n. 309 del 1990” il p.m. può esercitare solo un controllo formale sulla documentazione allegata. Da questa decisione si desume che la Cassazione non ha ritenuto che con l’entrata in vigore del nuovo articolo 656 fosse stata soppressa, implicitamente, la procedura prevista dall’art. 91 3° comma T.U.

Il primo problema di coordinamento della procedura introdotta dal quinto comma dell’art. 656 c.p.p. con quella regolata dal T.U. si pose con riferimento

¹⁵⁸ Cfr. R. Ricciotti, M. M. Ricciotti, *op. cit.*, pp. 430-431.

¹⁵⁹ Cass. pen. Sez. I, 27 febbraio 2004 n. 14951, D.M., in Cassazione penale, 2005, p. 2350.

alla previsione dell’art. 94, secondo cui l’interessato può chiedere “in ogni momento” di essere ammesso alla misura dell’affidamento. Come accennato, questa formulazione era stata adottata dal legislatore del 1986, quando introdusse l’art. 47 *bis*, allo scopo di porre fine ad un lungo dibattito interpretativo relativo al problema se la misura potesse essere richiesta anche dal tossicodipendente in custodia cautelare. La scelta di riprodurre quella formulazione probabilmente doveva leggersi nel senso che il legislatore ribadiva che poteva presentare l’istanza di affidamento in casi particolari il tossicodipendente che sottoposto alla misura della custodia cautelare al momento della condanna. La “legge Simeoni-Saraceni” ha però introdotto il nono comma dell’art. 656 c.p.p. che sancisce il divieto per il p.m. di procedere alla sospensione automatica dell’esecuzione, se il tossicodipendente si trova in stato di custodia cautelare in carcere disposta in relazione al reato oggetto della sentenza di condanna per cui si emette l’ordine di esecuzione. In questo senso, si è pronunciata la Corte di Cassazione che ha chiarito che

atteso il carattere derogatorio che deve attribuirsi alle disposizioni del comma 9 dell’art. 656 c.p.p. rispetto alla disciplina generale in tema di sospensione dell’esecuzione delle pene detentive brevi contenuta nei commi precedenti, e dovendosi quindi interpretare dette disposizioni con criterio restrittivo, è da escludere che possa essere considerato ostativo alla sospensione il fatto che il condannato si trovi in stato di custodia cautelare in carcere per fatto diverso da quello che forma oggetto della sentenza di condanna da eseguire¹⁶⁰.

Se la custodia cautelare in carcere è stata disposta per un altro reato, l’esecuzione della condanna sopravvenuta, a norma dell’art. 656 c.p.p., deve invece essere sospesa per rispetto alla preminenza assegnata al percorso terapeutico. Infatti, non è detto che al momento in cui il Tribunale di sorveglianza si pronuncia continuino a sussistere le ragioni che hanno indotto ad emettere il provvedimento di custodia cautelare in carcere. Ai sensi del 2° comma dell’art. 298 c.p.p., dato che non tutte le misure cautelari sono incompatibili con le misure alternative alla detenzione, spetterà poi al Tribunale di sorveglianza verificare se il beneficio richiesto e, a suo parere, concedibile è effettivamente compatibile con la misura cautelare in atto in quel momento¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 2001 n. 8880, Aspromonte, in Arch. nuova proc. pen., 2001, p. 424.

¹⁶¹ In questo senso, la citata Cass. pen. 14668/2008, secondo cui l’affidamento in prova al servizio sociale (nei confronti di tossicodipendente, ai sensi dell’art. 94 D.P.R. 309/1990), non è

L’interpretazione più convincente anche in questo caso sembrò di far prevalere la nuova normativa e quindi escludere che l’istanza di affidamento potesse essere presentata dal tossicodipendente in custodia cautelare. In effetti, questa volta la questione era più complessa e si poteva ben sostenere la netta distinzione dei due percorsi. Era in altre parole era legittimo argomentare che una cosa era la sospensione automatica dell’esecuzione della pena prevista dall’art. 656 c.p.p. e una cosa diversa era l’istanza di affidamento in casi particolari prevista dall’art. 94, in virtù del 2° comma dello stesso articolo, regolata dall’art. 91 comma 3 e che, quindi, la disciplina della prima non doveva avere alcuna influenza sul secondo percorso. Le implicazioni pratiche di questa tesi erano però praticamente nulle.

In effetti, non è chiara l’importanza di riconoscere il diritto di presentare istanza di affidamento in casi particolari al tossicodipendente in custodia cautelare. E’, infatti, evidente che essendo quella richiesta una misura alternativa, essa non può essere concessa fino a che la sentenza non passi in giudicato. L’art. 91 comma 3 T.U. concedeva al p.m., che aveva ricevuto l’istanza, di sospendere “l’ordine di carcerazione”, ma come sottolineò la Corte di Cassazione¹⁶², il tossicodipendente in custodia cautelare non può valersi di questa procedura, in quanto, in questo caso, non viene emesso un ordine di carcerazione e “l’ordine di esecuzione della pena interviene solo a mutare il titolo di detta detenzione”. Il tossicodipendente doveva quindi chiedere, come prosegue la Cassazione, la scarcerazione di cui all’art. 91 comma 4°, cioè il p.m. doveva seguire la procedura prevista nel caso in cui l’ordine di carcerazione era stato eseguito “se non osta il limite di pena di cui al 1° comma dell’art. 94”. Non era chiaro quindi a cosa servisse riconoscere al tossicodipendente in custodia cautelare il diritto di presentare l’istanza di affidamento in casi particolari, considerato che questi poteva essere scarcerato solo con provvedimento del p.m. ex art. 94 1° comma.

Un problema di coordinamento analogo si è posto anche per la previsione del 7° comma dell’art. 656 c.p.p. secondo cui *“la sospensione dell’esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta più di una volta, anche se il condannato ripropone nuova istanza sia in ordine ad una diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima, diversamente motivata, sia in ordine alla sospensione dell’esecuzione della pena di cui all’art. 90”* D.P.R. 309/1990. Il

soggetto a revoca automatica per il solo fatto che l’affidato venga successivamente sottoposto ad una misura cautelare.

¹⁶² Cass. Pen., sez. I, 5 aprile 1997, Abbagnara, in CED RV 207240.

limite di una sola sospensione non esisteva, infatti, nel T.U., era quindi discutibile se tale limite riguardasse la sola sospensione automatica, e non, ove si ritenesse il percorso ancora esistente in parallelo a quello della sospensione automatica, la sospensione ad istanza *ex art. 91, 3° comma*¹⁶³. Questa disposizione presenta anche un altro problema, perché fa esplicita menzione della sospensione pena *ex art. 90 T.U.*, ma non dell’affidamento terapeutico. La giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto, in modo unanime¹⁶⁴, che quest’ultimo istituto rientrasse tra “le misure alternative” dato che il comma richiamava questi istituti in genere e non esclusivamente le misure previste dal capo VI dell’Ordinamento penitenziario.

Per quanto riguarda i poteri del p.m., che abbiamo visto erano un punto controverso nella procedura prevista per la concessione dell’affidamento dalla libertà secondo il percorso tracciato dal T.U., la Corte di Cassazione¹⁶⁵, immediatamente subito dopo la modifica dell’art. 656 c.p.p., riconobbe al p.m. il potere di verificare il rispetto della previsione del 7° comma dello stesso art. 656 c.p.p. e quindi “*se il condannato ripropone nuova istanza sia in ordine ad una diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima, diversamente motivata, sia in ordine all’esecuzione della pena*” prevista dall’art. 90 T.U.. Secondo la Corte quando si trova di fronte alla reiterazione della medesima richiesta in precedenza respinta dal Tribunale di sorveglianza il p.m. non deve trasmettere gli atti al Tribunale di sorveglianza e dà esecuzione alla pena detentiva. Detto questo, si deve ritenere che, nell’operare la sospensione

¹⁶³ Questa tesi non ha trovato grande seguito in giurisprudenza. Per tutti si veda l’ordinanza del Tribunale di Milano (22/01/2001) secondo cui il limite previsto dal 7° comma dell’art. 656 c.p.p. valesse anche per la procedura prevista dal T.U. e negò la scarcerazione del condannato tossicodipendente che aveva presentato istanza di affidamento in prova ai sensi degli art. 91 e 94 D.P.R. 309/1990, avendo, per la stessa condanna, l’istante già usufruito di una precedente sospensione cui era stata legata la richiesta di un’altra misura alternativa.

¹⁶⁴ In questo senso si è espresso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che ha confermato che nella valutazione dei presupposti di applicazione della sospensione dell’esecuzione della pena (scarcerazione) in favore dell’imputato tossicodipendente, prodromico alla richiesta applicazione delle misure alternative speciali di cui agli art. 90 ss. D.P.R. 309/1990, si deve tener conto del disposto dell’art. 656 comma 7 c.p.p., che limita ad una sola volta, per la stessa condanna, il differimento temporaneo della pena, cui si aggiunge, in quanto disposizione non incompatibile, l’ulteriore criterio previsto dall’art. 91 comma 4 D.P.R. 309/1990, relativo al limite di pena detentiva comminata o *de residuo* di anni 4 (Trib. S. Maria Capua Vetere 02/04/2001). Il Tribunale di Sorveglianza di Milano nella già ricordata ordinanza, (Trib. Milano 22/01/2001), andò anche oltre affermando che il fatto che l’art. 656 comma 7 c.p.p. richiami il solo istituto previsto dall’art. 90 D.P.R. 309/1990 non esclude l’operatività del divieto nel caso di istanza di affidamento in prova di cui al successivo art. 94, posto che quest’ultimo, consistendo in una forma particolare dell’affidamento di cui all’art. 47 legge 354/1975, prevista per il caso in cui il condannato sia soggetto tossicodipendente, rientra tra le misure alternative alla detenzione già contemplate dalla prima parte della norma codicistica. Appare non molto convincente in questa motivazione l’affermazione dell’analogia tra affidamento ordinario e terapeutico, per altro non necessaria ed influente, bastando la semplice riconduzione dell’affidamento terapeutico al *genus* misure alternative.

¹⁶⁵ Cass. Pen., sez. I, 21 settembre 1996, Boldrini, in Cassazione penale, 1998, 252.

automatica della pena, il p.m., come la Corte¹⁶⁶ ha ribadito anche dopo la riforma dell’art. 656 c.p.p. con riferimento alla sospensione dell’ordine di esecuzione a seguito di presentazione di istanza *ex art. 90 o 94 D.P.R. n. 309 del 1990*, “*il Pm ha esclusivamente il potere di controllare l’esistenza e la regolarità formale della documentazione allegata all’istanza, ai sensi rispettivamente dell’art. 91, comma secondo, e 94 comma primo, ultima parte, stessa legge (D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309), ma non quello di valutare nel merito tale documentazione per verificare la rispondenza in concreto del programma predisposto alle esigenze del condannato*”.

Merita di essere sottolineato che la procedura prevista dall’art. 656 c.p.p. non ha reso più agevole il controllo del p.m. sul *fumus* dell’istanza di sospensione dell’ordine di esecuzione suggerito da parte della dottrina e dalla giurisprudenza. Il quinto comma dell’art. 656 c.p.p., così come modificato dalla legge 4 del 2001, prevede, infatti, che emettendo l’ordine di esecuzione sospeso, il p.m. inviti a presentare l’istanza “*corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessaria*” e, aggiunge che “*l’avviso informa altresì che, ove non sia presentata l’istanza nonché la certificazione da allegare ai sensi degli art. 91, 2° co., e 94, 1° co., t.u. approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, l’esecuzione della pena avrà corso immediato*”. E fin qui nessun problema: se l’istanza deve essere corredata di tutte le certificazioni necessarie il p.m. può, infatti, valutare il *fumus* dell’ammissibilità alla misura come gli chiede la Cassazione. Ma, il successivo comma 6 dell’articolo 656 c.p.p., sempre introdotto dalla legge 4 del 2001, quindi non si può parlare di difetto di coordinazione tra norme lontane nel tempo, contraddittoriamente, afferma che “*se l’istanza non è corredata dalla documentazione prescritta o necessaria, questa può essere depositata nella cancelleria del tribunale di sorveglianza fino a cinque giorni prima dell’udienza fissata a norma dell’art. 666, 3 c.*¹⁶⁷”. E’ evidente che se la documentazione può essere presentata fino a cinque giorni prima dell’udienza, non è necessario allegarla all’istanza. La seconda norma elide la prima e impedisce il controllo da parte del p.m.. La questione è stata risolta solo con la riforma del 2006 che ha precisato che la possibilità di allegazione tardiva è consentita solo là dove la documentazione non è richiesta a pena di inammissibilità, quindi non è consentita per l’affidamento in casi particolari.

¹⁶⁶ Cass. pen. Sez. I, 27 febbraio 2004 n. 14951 cit.

¹⁶⁷ Che, in effetti, fissa il termine alla fine della presentazione delle memorie.

Si è anche sostenuto che l’entrata in vigore della legge 27 maggio 1998, n. 165, abbia creato un doppio binario per l’accesso alla misura anche del tossicodipendente detenuto che non era più obbligato a proporre l’istanza di affidamento in prova in casi particolari all’organo dell’esecuzione, ma poteva, in alternativa alla procedura tracciata dall’art. 91 4° comma T.U., far valere il suo diritto alla sospensione temporanea dell’ordine di esecuzione anche dinanzi al Magistrato di sorveglianza. Infatti, l’art. 2 della legge 165/1998, ha modificato il 4° comma dell’art. 47, conferendo al Magistrato di sorveglianza, in presenza di determinate condizioni, il potere di sospendere l’esecuzione penale e ordinare la scarcerazione del condannato, nelle more della decisione sull’affidamento. Questa tesi sembra però difficilmente sostenibile, dato che il rinvio operato dal 6° comma dell’art. 94 all’Ordinamento Penitenziario vale per quanto “non diversamente stabilito”, mentre in questo caso la materia era “espressamente” regolata dal 4° comma dell’art. 91 del T.U. In mancanza di un’espressa previsione normativa, a questa procedura dovrebbe poter invece ricorrere il tossicodipendente cui il Tribunale di sorveglianza ha respinto l’istanza di affidamento presentata al momento della notifica dell’ordine di esecuzione sospeso. Infatti, il 7° comma dell’art. 656 sancisce l’inammissibilità della reiterazione dell’istanza volta ad ottenere la sospensione della pena, non la presentazione di una nuova istanza volta ad ottenere la scarcerazione, anche se presentata appena eseguita un ordine di esecuzione conseguente al rigetto della misura chiesta da libero¹⁶⁸. Anche se è probabile che il magistrato di sorveglianza *ex art. 666, 2° comma c.p.p.*, dichiarerà la richiesta inammissibile, in quanto mera riproposizione di una richiesta già rigettata.

5.3.6.5. L’impatto dell’art. 4-bis sulla sospensione dell’ordine di esecuzione ex art. 656 c.p.p.

A questo punto si può tornare sul problema del rapporto tra la sospensione dell’ordine di esecuzione regolata dall’art. 656 c.p.p. e la sospensione dello stesso ordine di esecuzione o della stessa detenzione *ex art. 91 commi 3 e 4 D.P.R. 309/1990*. Come ricordato il problema era particolarmente complesso nel caso in cui la condanna riguardasse un reato di cui all’art. 4-*bis*, caso per il

¹⁶⁸ Cfr. F. Della Casa, “*Democratizzazione dell’accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull’esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 165*”, cit., p. 771. Anche in questo caso, la riproposizione di un’istanza appena rigettata appare illogica, ma la situazione appare del tutto analoga a quella della sospensione pena conseguente a revoca di affidamento e, non esiste alcuna norma che la proibisce.

quale l’art. 91 non dettava una disciplina *ad hoc*, mentre l’art. 656 c.p.p. precludeva la sospensione automatica dell’ordine di esecuzione. Anche ammettendo l’abrogazione implicita del 3° comma dell’art. 91 per merito della legge 165/1998 che ha novellato l’art. 656 c.p.p., restava, come accennato, il paradosso che ove si fosse ritenuto che la sospensione automatica non avrebbe potuto operare a causa dei limiti posti dall’art. 4-*bis* legge 354/1975 era sempre possibile bloccare l’esecuzione della pena, ai sensi dell’art. 91 4° comma D.P.R. 309/1990, intraprendendo o chiedendo di intraprendere un programma di recupero. La contraddizione era evidente: da un lato, la legge imponeva di assoggettare ad immediata detenzione il tossicodipendente condannato per uno dei reati *ex art. 4-bis* (art. 656 comma 9 c.p.p.); dall’altro, ne consentiva la scarcerazione immediata alla presenza dei soli requisiti previsti dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/1990 (art. 91, comma 4 D.P.R. 309/1990).

La prima conseguenza di queste contraddizioni condusse la Corte di Cassazione a risolvere in senso negativo il problema dell’applicabilità del regime ostativo previsto dall’art. 4-*bis* legge 354/1975 ai condannati con problematiche di dipendenza che avessero proposto istanza per l’accesso alle misure previste dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/1990. Questa scelta, data forse troppo frettolosamente per assodata, comportò anche l’affermazione chiara che la preclusione prevista dal nuovo art. 656 comma 9 c.p.p. non impediva la sospensione dell’ordine di esecuzione nei confronti dei soggetti tossicodipendenti, condannati per un reato di cui all’art. 4-*bis* o.p., con i requisiti per accedere all’affidamento terapeutico (o per chiedere la sospensione pena). Con sentenza 6359/1998 la Corte, infatti, affermò:

Attesa l’applicabilità, anche in favore di soggetti che siano stati condannati per taluno dei reati previsti dall’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario, dell’affidamento in prova in casi particolari, quale ora previsto e disciplinato unicamente dall’art. 94 del t.u. in materia di stupefacenti approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (dopo l’espressa abrogazione dell’art. 47-bis dell’ordinamento penitenziario, disposta dall’art. 3 l. 27 maggio 1998, n. 165), deve ritenersi che sia tuttora applicabile, per i medesimi soggetti, anche la disciplina della sospensione dell’esecuzione in caso di presentazione dell’istanza di affidamento terapeutico, prevista dall’art. 91 del citato t.u., dovendosi escludere l’abrogazione implicita di detta ultima disposizione per effetto dell’art. 1 della summenzionata l. n. 165 del 1998, introduttivo del nuovo testo dell’art. 656 c.p.p., nella parte in cui esso dispone, in generale, il divieto di sospensione

dell’esecuzione nei confronti di tutti i condannati per delitti di cui al richiamato art. 4 bis ord. pen.

Sembra che la Corte affermi che, vista la preclusione del 9° comma dell’art. 656 c.p.p. per tossico e alcool dipendenti autori di un reato di cui all’art. 4-bis o.p., continui ad operare la procedura prevista dall’art. 91 del T.U.. Quindi, sebbene non operi la sospensione automatica dell’ordine di esecuzione, resta l’obbligo del p.m. di sospendere la pena, qualora ne ricorrono i presupposti, su istanza del condannato.

Questa tesi è stata ribadita, a riforma avvenuta, ma con riferimento alla normativa previgente, quando con la sentenza 12372/2006 la Cassazione, annullando con rinvio un’ordinanza Tribunale Genova del 7 Novembre 2005, ha sostenuto che

La giurisprudenza è costante (e non si notano oscillazioni o elementi di novità che possano preludere a modifiche dell’orientamento) nell’affermare che il D.P.R. n. 309 del 1990, art. 91, è tuttora in vigore e non si applicano ad esso le preclusioni di cui all’art. 656 c.p.p., comma 9. In particolare, “le modifiche introdotte dalla L. n. 165 del 1998 (c.d. legge Simeone) hanno mantenuto inalterata la disciplina delle misure alternative per i tossicodipendenti prevista dal D.P.R. n. 309 del 1990. Pertanto, quando il condannato proponga istanza di concessione di una delle due misure alternative previste rispettivamente dal medesimo D.P.R. n. 309 del 1990, artt. 90 e 94 (sospensione della esecuzione della pena detentiva o affidamento in prova al servizio sociale), il potere di sospensione della esecuzione del Pubblico Ministero trova fondamento in quanto previsto nel decreto stesso, art. 91, comma 3 e 4, e non nella nuova formulazione dell’art. 656 c.p.p., comma 5. Ne deriva che per la sospensione dell’esecuzione in favore dei tossicodipendenti non si applica la preclusione derivante dal titolo di reato, prevista dallo stesso art. 656 c.p.p., comma 9, lett. a).

In verità, al contrario di quanto sostiene l’incipit di questo passo¹⁶⁹, la giurisprudenza della stessa Corte era stata tutt’altro che univoca nel sottrarre l’affidamento in prova in casi particolari al regime ostativo previsto dall’art. 4-bis legge 354/1975. Non molto tempo prima, infatti, la Suprema Corte¹⁷⁰ aveva sostenuto che il testo dell’art. 656, commi 5 e 7 c.p.p., come novellato dalla legge 165/1998, richiama espressamente gli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/1990, per

¹⁶⁹ Del resto la stessa ordinanza del Tribunale di Genova che aveva dato adito alla pronuncia della Corte dimostrava che il dibattito intorno al complessivo sistema normativo inerente le misure alternative o sostitutive della pena detentiva previste dal D.P.R. 309/1990 non si era affatto sopito.

¹⁷⁰ Cass. pen. Sez. I, 21 ottobre 2005 n. 40919, in Cassazione penale 2006, 11, p. 3721.

cui i divieti di sospensione dell’esecuzione della pena previsti dall’art. 656, commi 7 e 9 c.p.p. devono considerarsi di carattere generale e valere anche per i tossicodipendenti che hanno presentato domanda proprio per i benefici di cui al D.P.R. n. 309, con la conseguenza che è illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell’esecuzione sospende il provvedimento di esecuzione della pena nei confronti di un condannato per un reato ostativo *ex art. 4 bis* della legge n. 354 del 1975, il quale abbia chiesto la sospensione dell’esecuzione della pena e l’affidamento terapeutico. Tesi ribadita, sempre in riferimento al quadro normativo previgente alla legge 49/2006, poco dopo la sentenza citata sopra per esteso, quando la corte¹⁷¹ ha sostenuto che *“i divieti di sospensione dell’esecuzione della pena di cui all’articolo 656, commi settimo e nono, cod. proc. pen. rivestono carattere generale e sono, pertanto, applicabili anche nei confronti di condannati tossicodipendenti che abbiano presentato istanza per la concessione dei benefici previsti dagli articoli 90 e 94 del D.P.R. n. 309 del 1990”*.

Merita di essere sottolineato che, al di là dei rapporti con la disciplina prevista dal T.U., la preclusione della sospensione della pena *ex art. 656 c.p.p.* per le condanne relative ad un delitto di cui all’art. 4-*bis* o.p. ha posto molti problemi rilevanti anche per i tossicodipendenti richiedenti le misure di cui agli articoli 90 e 94 T.U. Il primo di questi riguarda l’estendibilità dell’effetto ostativo ai delitti tentati che, si è risolto richiamando il consolidato principio per cui il tentativo di reato costituisce una figura delittuosa autonoma e, dunque applicando questo postulato al regime ostativo di cui all’art. 4-*bis* legge 354/1975¹⁷².

Altro problema di ordine generale, risolto dalla giurisprudenza di merito¹⁷³, in modo apparentemente non controverso, è relativo al condannato per uno dei delitti di cui all’art. 4-*bis* legge 354/1975, che all’atto del passaggio in giudicato della sentenza si trovi sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari. Si è ritenuto che in questo caso non può trovare applicazione la causa di esclusione della sospensione dell’esecuzione della pena di cui al comma 9, lett. *a*) dell’art. 656, dato che il comma 10 del citato articolo, prevedendo che il condannato rimanga in stato di detenzione domiciliare sino alla decisione del Tribunale di sorveglianza sulla concessione di tale misura,

¹⁷¹ Cass. pen. Sez. I, 12 maggio 2006 n. 24581 in CED

¹⁷² La principale conseguenza del principio di autonomia del delitto tentato è che gli effetti giuridici previsti per singole norme incriminatrici, salvo specificazioni espresse, valgono solo per la forma consumata. Cfr. Siniscalco, *Tentativo*, in Enciclopedia giuridica, XXX, 1993; Fiandaca – Musco, *Diritto penale, parte generale*, 2005, Zanichelli; Romano, *Commentario*, p. 566; Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 1984, Radziszsky, in Cassazione penale, 1985, p. 1093; id., 20 luglio 1993, Scialpi, in CED RV 195511;

¹⁷³ Trib. Milano 16/04/1999 in Foro Ambrosiano, 1999, p. 350.

non fa alcun riferimento alle cause ostative di cui al comma 9. La “*ratio legis*” della norma sembra, infatti, quella di garantire la continuità tra gli arresti e la detenzione domiciliare senza distinguere la posizione dei condannati in relazione al titolo del reato oggetto della condanna da eseguire.

5.4. *Le modifiche apportate all’istituto dalla legge 49/2006 e i loro effetti*

La legge 49/2006 ha sostanzialmente riscritto gli articoli dal 90 al 94 del T.U., modificando profondamente la normativa e, forse, anche la natura tanto dell’istituto dell’affidamento terapeutico quanto della sospensione pena. Brevemente, le modifiche hanno riguardato: l’aumento dello spettro di pena edittale per accedere alle citate misure (art. 90, comma 1 e art. 94, comma 1); l’introduzione di un rigoroso formalismo circa le modalità di accertamento della condizione di dipendenza problematica (art. 94, comma 1); l’equiparazione delle strutture private a quelle pubbliche anche per la certificazione dello stato di dipendenza e la definizione dei programmi di trattamento (art. 94, comma 1); l’individuazione di una competenza funzionale a decidere delle domande in capo al Magistrato di Sorveglianza (artt. 91, comma 4 e 94 comma 2), chiamato ora a verificare anche che il programma di recupero assicuri la prevenzione del pericolo di commissione di nuovi reati (art. 94, comma 4); la possibilità per il soggetto ammesso all’affidamento terapeutico di poter proseguire, dopo avere terminato il programma, il reinserimento sociale in regime di affidamento ordinario, ai sensi dell’art. 47 legge 354/1975 (art. 94, comma 6-*bis*); la previsione di obblighi a carico dei responsabili delle strutture terapeutiche presso cui si svolge la misura analoghi a quelli che abbiamo già visto essere stati introdotti per le misure cautelari (art. 94, comma 6-*ter*).

Discuterò successivamente della sospensione della pena, soffermandomi ora sulle modifiche dell’affidamento in casi particolari. La prima variazione, quella apparentemente, ma come vedremo *solo* apparentemente, più significativa riguarda comunque entrambe le misure: si tratta dell’ampliamento del limite di pena che permette l’adozione dei due benefici. Infatti, con la novella del 2006, le misure di cui agli artt. 90 e 94 sono concedibili, come già ricordato, a chi deve scontare una pena detentiva non superiore, anche ove residua e congiunta a pena pecuniaria, ai 6 anni o ai 4 anni, se relativa ai delitti compresi nell’articolo 4-*bis* legge 354/1975. In precedenza, per effetto delle modifiche apportate alla norma della legge 222/1993, il limite di pena detentiva per accedere alle misure

era comunque di quattro anni¹⁷⁴. Merita di essere sottolineato che la formulazione scelta, “quando deve essere espiata una pena.”, sia per l’istituto della sospensione pena, che per l’affidamento, conferma l’orientamento affermatosi, pur con un testo più normativo più ambiguo¹⁷⁵, con la formulazione definita nel 1990, per cui il giudice deve far riferimento alla pena che, in concreto, il soggetto deve ancora espiare.

L’innalzamento del limite di pena detentiva da 4 a 6 anni, in astratto amplia notevolmente le opportunità di applicazione del beneficio; che già in precedenza poteva coinvolgere (con il tetto dei 4 anni) un numero cospicuo di soggetti. La scelta è probabilmente dovuta al tentativo di introdurre, in sede esecutiva, un palliativo per temperare il rigore derivante dall’accorpamento sotto l’unica sanzione prevista dall’art. 73 commi 1 e 1-bis D.P.R. 309/1990 di tutti i comportamenti delittuosi concernenti gli stupefacenti; senza distinzione in ordine alla tipologia di droga¹⁷⁶. Tuttavia essa potrebbe consentire l’accesso alla sospensione pena ai detenuti che né alcol né tossicodipendenti al momento del reato e alla misura dell’affidamento ai detenuti che tossico o alcool dipendenti al momento del reato, sono divenuti tali al momento dell’esecuzione della pena, oggettivamente, possono aver tenuto condotte di notevole gravità o allarme sociale. Mentre, infatti, può ottenere la sospensione pena anche l’autore di un delitto non legato agli stupefacenti, purché collegato eziologicamente alla sua condizione di tossicità, l’affidamento terapeutico può essere concesso anche per un reato commesso da un soggetto diventato solo successivamente tossico (o alcool-) dipendente. Da un lato, dunque, l’innalzamento del limite di pena detentiva per accedere alle misure sembrerebbe ribadire che l’obbiettivo dell’esecuzione penale nei confronti dei soggetti tossicodipendenti è in primo luogo il recupero del soggetto, obbiettivo a cui viene subordinata la pericolosità sociale desunta dalla gravità del fatto commesso e delle conseguenze che da esso derivano. Dall’altro, l’opzione dell’innalzamento della pena prevista per l’ammissibilità, contrasta, palesemente, con l’atteggiamento di severità nei confronti dei reati in materia di stupefacenti, con l’elenco ormai amplissimo dei delitti che precludono l’accesso alle due misure e con il rigore degli elementi che

¹⁷⁴ Come detto, originariamente il T.U. prevedeva un limite di pena detentiva di 3 anni.

¹⁷⁵ In effetti, mentre l’art. 90 T.U. fa sempre riferimento alla pena che “deve essere espiata”, il nuovo testo dell’art. 94 contiene ancora oggi due diverse formulazione, in apertura si parla di pena “che deve essere eseguita” e poi, come detto, che “deve essere espiata”. Dato il carattere pressoché sinonimico (si può dire che cambi solo il punto di vista, in un caso si parla da quello del condannato dall’altro da quello del sistema penale), questa duplice formulazione non crea ambiguità sul parametro di riferimento.

¹⁷⁶ In quest’ottica, non appare casuale che il limite per la concessione delle misure coincide con il minimo editale previsto dall’art. 73 T.U. per le fattispecie di cui ai primi due commi.

il magistrato deve accertare per la loro concessione. Questa contraddizione di fondo, come si cercherà di mostrare, ha portato, in concreto, ad una sostanziale diminuzione nell'utilizzo dell'affidamento terapeutico, vanificando completamente gli effetti dell'innalzamento della pena edittale prevista per la sua concessione¹⁷⁷.

Si potrebbe pensare che l'innalzamento a sei anni del termine di pena entro cui si può usufruire della misura ha quantomeno diminuito la probabilità di revoca della misura stessa *ex art. 51-bis o.p.*, cioè causata non da un comportamento tenuto dal condannato nel corso dell'affidamento, ma dal sopraggiungere di nuovi titoli privativi della libertà personale che portino il *quantum* della pena da scontare a superare il limite previsto. Come vedremo, qualche effetto in questo senso l'innalzamento lo ha fatto sentire, ma dato che si è accompagnato all'innalzamento di pena per i detentori di droghe leggere è difficile, in mancanza di dati di indagine precisi, valutare il suo impatto.

Merita poi di essere sottolineato che il termine di sei anni non è previsto con riferimento allo status di alcool o tossico dipendente del richiedente, o di soggetto che ha commesso un reato a causa della sua tossicodipendenza, ma in funzione della misura che viene richiesta. Per cui, se un tossicodipendente richiede l'affidamento ordinario, semplicemente perché ha già usufruito di due affidamenti terapeutici, il limite della pena da espiare torna ad essere quello previsto dalla regolamentazione della misura richiesta, senza alcuna rilevanza della sua condizione o della condizione in cui ha commesso il reato. Questo vuol dire che nel caso di ordine sospeso per una pena fino a tre anni, il tossicodipendente non può che richiedere l'affidamento terapeutico, o qualora ne ricorrano le condizioni, la sospensione pena *ex art. 90 T.U.* Se richiede una misura diversa l'istanza deve essere rigettata e l'ordine di carcerazione eseguito¹⁷⁸.

Anche la possibilità per il soggetto ammesso all'affidamento terapeutico di poter proseguire, dopo avere terminato il programma, il reinserimento sociale in regime di affidamento ordinario, ai sensi dell'art. 47 legge 354/1975 (art. 94, comma 6-*bis*), può sembrare a prima vista una chiara indicazione del carattere

¹⁷⁷ Anzi l'innalzamento del limite della pena, entro cui si può concedere l'affidamento, sembra aver avuto quasi esclusivamente un effetto perverso se è vero che il Tribunale di Sorveglianza di Torino con ordinanza del 18/11/2008 ha escluso l'idoneità del programma al recupero del condannato tossicodipendente, allorché la pena in esecuzione abbia una durata così esigua da non consentire l'utile attuazione del programma stesso.

¹⁷⁸ E' plausibile sostenere che tra gli accertamenti che il p.m. deve fare prima di emettere l'ordine di esecuzione sospeso per una pena tra i tre e i sei anni, ci sia anche quello relativo al numero degli affidamenti terapeutici di cui il soggetto ha già usufruito e se dagli atti risulti che ha già compiuto il programma di recupero.

“terapeutico” dell’affidamento in casi particolari. Questa previsione, sembra, infatti, sancire a livello normativo che l’affidamento in prova in casi particolari consiste in una particolare modalità di esecuzione della pena detentiva avente come fine ultimo la disintossicazione del reo, e non la rieducazione come l’affidamento al servizio sociale. Di quest’ultima si può parlare solo a programma concluso. Solo una volta curato, il soggetto intossicato può essere in grado di comprendere il significato della sanzione inflittagli e potrà quindi essere risocializzato. Ha senso dunque che, conclusasi la misura volta alla cura, inizi l’affidamento in prova al servizio sociale misura alternativa alla detenzione tendente al reinserimento sociale. Questo dovrebbe voler dire che nel valutare l’idoneità del programma “ai fini del recupero del condannato” per l’affidamento in casi particolari e il suo successo la magistratura di sorveglianza dovrebbe tener conto esclusivamente degli effetti terapeutici: il “recupero” richiesto dal legislatore alla luce di questa impostazione dovrebbe essere un recupero di tipo terapeutico e non sociale.

Tutto questo si può affermare in linea teorica: questa previsione è, infatti, probabilmente, destinata a rimanere lettera morta, poiché, nessun medico certificherà mai che un ex assuntore di droghe si è affrancato anche dalla dipendenza psicologica e che, dunque non necessita almeno di un trattamento di sostegno psicologico.

L’accentuazione del carattere terapeutico della misura non è però una caratteristica comune alle altre innovazioni legislative che, contraddittoriamente, non si sono limitate ad assecondare l’indirizzo giurisprudenziale che, lungi dal riconoscere alla misura un valore prettamente terapeutico, le richiedeva di farsi carico del reinserimento del condannato¹⁷⁹, ma sono andate ben oltre, richiedendo al magistrato di valutare, nell’accogliere l’istanza, che il programma sia idoneo ad “assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati” (art. 94 comma 4° T.U.).

Questa dizione appare incostituzionale. Essa, infatti, da un lato sembra imporre alla misura di perseguire non il reinserimento sociale, che la Corte Costituzionale ha più volte indicato come il fine a cui deve tendere la pena ex 3° comma art. 27 Cost., ma la “rieducazione” in senso veteropositivistico, lombrosiano. Dall’altro richiede al giudice di accertare non se la pena “tende alla rieducazione”, ma se l’“assicura”. L’unica strada ermeneutica costituzionalmente orientata per dare significato legittimo a questa prescrizione

¹⁷⁹ Per tutti si veda la già ricordata Cass. Pen., sez. I, 5 settembre 2001, Di pasqua.

(sfruttando anche il richiamo alle prescrizioni che il magistrato può impartire ex art. 47, 5° comma, o.p. che essa contiene), appare di leggerla come se essa chiedesse al magistrato di assicurare che il programma e le relative prescrizioni assicurino *nel corso della misura*, e solamente in esso, “la prevenzione del pericolo” che il condannato commetta nuovi reati. Questa lettura, che sembra essere quella adottata in questi anni dalla giurisprudenza, capovolge la prospettiva che il comma 6-*bis* pare suggerire e lo riduce ad una norma forse pleonastica, ma quantomeno riconducibile all’ambito delle prescrizioni costituzionali in materia di esecuzione penale. A dire il vero nel suo enfatizzare un dato scontato, essa ha il difetto di suggerire di subordinare le esigenze terapeutiche a quelle securitarie e, in questo senso, lascia comunque alcune perplessità sulla costituzionalità della norma.

Come accennato, la novella ha risolto la discussione sulla relazione tra l’art. 4-*bis* o.p. e l’affidamento terapeutico, estendendo espressamente la concessione della misura anche in favore dei condannati per uno dei reati previsti dall’art. 4-*bis* legge 354/1975, nei limiti in cui, tuttavia, la pena da eseguire, anche in via residuale, non sia superiore a 4 anni (e non a 6 anni, come previsto per le ipotesi ordinarie). Essa non sembra invece aver risolto l’incongruenza creata dalle disposizioni della lett. a), 9° comma dell’art. 656 c.p.p..

La legge 49/2006 è intervenuta sul punto, modificando le disposizioni che regolavano l’accesso alle misure previste dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/1990 in modo da eliminare il doppio percorso per l’accesso da esse dalla libertà che si era venuto a creare nel 1998, quando il legislatore aveva affiancato a quello originariamente previsto dal T.U., la sospensione automatica dell’ordine di esecuzione regolata dall’art. 656 c.p.p. Infatti, oltre a inserire nel comma 1 dell’art. 94 D.P.R. 309/1990 la menzione espressa dell’applicazione della misura anche nei confronti dei condannati per i reati previsti dall’art. 4-*bis*, la legge 49/2006 ha modificato il procedimento di concessione della misura, abrogando formalmente il comma 3 dell’art. 91 D.P.R. 309/1990, che parte della dottrina aveva ritenuto implicitamente abrogato e riformulando il comma 4 dell’art. 91, che ora si riferisce solo all’istanza di sospensione pena, e il comma 2 dell’art. 94 in modo da eliminare il conflitto che la disposizione aveva con la previsione contenuta nel comma 9, lett. a) dell’art. 656 c.p.p. Essa è infine intervenuta anche su quest’ultima norma. Oggi dunque l’art. 91 T.U., regola esclusivamente la presentazione dell’istanza della sospensione pena ex art. 90, essendo da un lato stato abrogato il 2° comma dell’art. 94 che ad esso

rinviava e dall’altro le modalità di concessione di questo regolate dai nuovi commi 1° e 2° dello stesso art. 94 T.U.

L’art. 4-*octies*, comma 1, lettere *a*), *c*) e *d*) D.L. 272/2005, convertito in legge 49/2006, ha abrogato i commi 1 e 3 dell’art. 91 lettere *a*) e *c*) dell’art. 4-*octies*) e interamente sostituito il successivo comma 4 (lett. *d*) dello stesso art. 4-*octies*). Mentre l’art. 4-*undecies* lettere *a*) e *b*) della stessa legge hanno sostanzialmente modificato i primi due commi dell’art. 94 T.U. Per effetto di queste modifiche, è venuto meno il percorso tracciato originariamente dal legislatore: il condannato alcool o tossico dipendente ha perso la possibilità di proporre istanza di sospensione pena in vista della concessione dell’affidamento terapeutico e, il solo tossicodipendente, della sospensione della pena *ex art.* 90. Per loro, come per tutti gli altri condannati, la possibilità che l’ordine di esecuzione sia sospeso è regolata esclusivamente dall’art. 656 c.p.p.. Naturalmente, i tossicodipendenti possono accedere anche alle due misure previste *ad hoc* per loro e possono ottenere la sospensione della pena fino ai 6 anni.

La soppressione del percorso originariamente tracciato dal T.U. taglia alla radice tutti i problemi relativi all’applicabilità delle preclusioni di cui all’art. 4-*bis* all’affidamento terapeutico, essa impedisce, infatti, di sospendere l’esecuzione della pena verso qualsiasi condannato per uno dei reati di cui all’art. 4-*bis* legge 354/1975 (art. 656, comma 9, lett. *a*) c.p.p.), a prescindere dalla sua condizione di dipendenza da stupefacenti o sostanze psicotrope.

Le modifiche agli articoli 91 e 94 del T.U., oltre ad eliminare la possibilità di presentare istanza per le misure di cui agli articoli 90 e 94 T.U. stupefacenti del condannato libero (vecchio comma 3), ha spostato (comma 4 art. 91 e comma 2 art. 94) dal pubblico ministero al magistrato di sorveglianza la competenza a ricevere la stessa istanza proposta da un soggetto detenuto. In questo modo, si sono superati i problemi sorti sulla valutazione del p.m. e sui mezzi di impugnazione del suo eventuale rigetto dell’istanza per mancanza dei presupposti. Inoltre, la procedura per la concessione dell’affidamento terapeutico si è allineata a quella della concessione dell’affidamento ordinario, statuendo che il magistrato di sorveglianza, quando vi sono “concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l’accoglimento della domanda ed al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, qualora non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza del pericolo di fuga”, può applicare immediatamente la misura nelle more della decisione del Tribunale di sorveglianza. L’unica peculiarità, che appare tra l’altro logica dato che si sta parlando di un percorso terapeutico, è che per

l’affidamento ordinario l’art. 47 comma 3° o.p. prevede che il magistrato di sorveglianza si limiti a sospendere l’esecuzione della pena e non applichi provvisoriamente la misura¹⁸⁰.

Il nuovo secondo comma dell’art. 91 T.U., richiede come fa anche il nuovo primo comma dell’articolo 94 T.U. per l’istanza ordinaria, che all’istanza di sospensione dell’esecuzione della pena sia “allegata, a pena di inammissibilità, certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l’attività di diagnosi prevista dal comma 2, lettera d), dell’articolo 116 attestante, ai sensi dell’articolo 123, la procedura con la quale è stato accertato l’uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo scelto, l’indicazione della struttura ove il programma è stato eseguito, le modalità di realizzazione ed i risultati conseguiti a seguito del programma stesso”. Questa previsione è uno degli elementi più significativi di innovazione dell’art. 94 T.U. e non soltanto per il già ricordato maggior dettaglio della documentazione richiesta, ma anche, e soprattutto, perché questa è richiesta “a pena di inammissibilità”. Questo vuol dire che il tossicodipendente in carcere non può più evitare qualche giorno di detenzione (a volte mesi) proponendo istanza, nelle more del completamento della documentazione, che comunque doveva sopraggiungere prima della camera di consiglio per la decisione. Ma, soprattutto, questa previsione, unita ai requisiti che deve avere il programma proposto, in virtù delle modifiche dell’art. 656 c.p.p. finisce, come vedremo, per rendere proibitivo l’accesso alla misura dalla libertà a molti tossicodipendenti, in particolare a coloro che non sono già stati in carico ad un Ser.T..

Riguardo alla documentazione da produrre, la giurisprudenza di merito si è attenuta all’orientamento formatosi con la normativa previgente, ritenendo che *“l’affidamento in prova per fini terapeutici presuppone l’attualità dello stato di tossicodipendente del beneficiario, per l’accertamento del quale il tribunale di sorveglianza non è vincolato dalla certificazione rilasciata al riguardo dalla struttura sanitaria pubblica”*¹⁸¹. Merita di essere sottolineato, però, come ha riconosciuto la Cassazione¹⁸² una delle prime volte che è stata chiamata a pronunciarsi sulla nuova normativa, che il Tribunale di Sorveglianza, lungi

¹⁸⁰ Appare dunque non convincente la tesi di chi, F. Fiorentin, “Pena sospesa se il soggetto è recuperato”, Guida al Diritto, il Sole 24 Ore, n. 12, 2006, p. 111 ha voluto vedere in questa differenza una previsione normativa più restrittiva rispetto a quella prevista per l’affidamento ordinario. E’ assurdo, invece, dato il carattere premiale della misura che sia richiesto anche il grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione (art. 90 comma 2 per la sospensione).

¹⁸¹ Trib. sorv. Torino 29/01/2008 in Rivista penale, 2008, 6, p. 673.

¹⁸² Cass. pen. sez. I, 10 maggio 2006 n.18517, in Diritto e Giustizia, 29, p. 80.

dall’acceptare supinamente il programma stesso, è chiamato dalla legge a valutare la pericolosità del condannato e la sua attitudine ad intraprendere positivamente un trattamento, al fine di garantire un effettivo reinserimento sociale. Come accennato, il legislatore ha sposato l’indirizzo giurisprudenziale più lontano da quello che riconosceva alla misura un valore prettamente terapeutico¹⁸³. Il Tribunale di Sorveglianza, come ha sottolineato il Tribunale di Sorveglianza di Torino¹⁸⁴, è chiamato dalla nuova normativa ad operare una complessa valutazione circa il probabile conseguimento delle finalità del programma proposto, tenuto conto della pericolosità del condannato e dell’attitudine del trattamento a realizzare un suo effettivo reinserimento nella società. La già ricordata nuova dizione del comma 4 dell’art. 94 T.U. contiene, quantomeno, un invito al Tribunale di sorveglianza a dare prescrizioni ulteriori a quelle necessarie all’esecuzione del programma, al fine di assicurare la prevenzione del pericolo che il condannato commetta altri reati. Appare evidente che il legislatore, se non impone, come ha fatto per la custodia cautelare, quando si procede per certi reati, “suggerisce” al giudice di appoggiare la misura in prevalenza ad un programma di recupero espletato nell’ambito di una struttura che assicuri adeguate modalità contenitive del tossicodipendente. Questo “suggerimento” ostacola sicuramente la concessione della misura sulla base di un programma che prevede il solo accesso diurno dell’interessato presso il Servizio pubblico e quindi in ultima istanza, ancora una volta, pregiudica la libertà terapeutica.

Spia del modificato atteggiamento richiesto dal legislatore, e purtroppo anche della disponibilità della Corte di Cassazione ad adeguarsi, è la giurisprudenza della Suprema Corte in materia di divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa. Prima della legge 49/2006, come ricordato, si confrontavano due diversi orientamenti. In un primo momento si era affermata la convinzione che secondo cui l’art. 58-*quater*, comma 2 o.p., così come l’art. 4-*bis* della stessa legge 354/1975, non operava per l’affidamento in prova in casi particolari di cui all’art. 94 D.P.R. 309/1990, in quanto tale misura non era espressamente menzionata nelle disposizioni ostative del citato art. 58-*quater* che, stante il carattere restrittivo, non erano suscettibili di applicazione analogica¹⁸⁵. Successivamente fece la sua apparizione la tesi che invece

¹⁸³ Per tutti si veda la già ricordata Cass. Pen., sez. I, 5 settembre 2001, Di pasqua.

¹⁸⁴ Trib. Sorveglianza Torino 07/05/2008

¹⁸⁵ Cfr. Cass. pen. 4051/2001 in CED 2001.

riteneva la norma operante. Oggi sembra decisamente prevalere quest’ultimo orientamento. Infatti, dopo la novella del 2006, la Corte di Cassazione¹⁸⁶ ha affermato il principio secondo cui il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione ai sensi degli artt. 47, comma 11, e 58-*quater*, comma 2 legge 354/1975, opera anche nell’ipotesi di affidamento in prova in casi particolari di cui all’art. 94 D.P.R. 309/1990, in forza del rinvio effettuato dal comma 6 di tale norma alle disposizioni dell’ordinamento penitenziario.

Il nuovo articolo 94 si conclude, come accennato, con una nuova ipotesi di responsabilità introdotta dal comma 6-*ter*, che riguarda il responsabile della struttura presso cui si svolge il programma terapeutico di recupero e socio-riabilitativo. Questi, analogamente con quanto è prescritto per gli arresti domiciliari presso la comunità terapeutica, è tenuto a segnalare all’autorità giudiziaria le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma. Qualora tali violazioni integrino un reato, in caso di omissione, l’autorità giudiziaria ne dà comunicazione alle autorità competenti per la sospensione o revoca dell’autorizzazione di cui all’articolo 116 D.P.R. 309/1990 e dell’accreditamento di cui all’articolo 117 D.P.R. 309/1990, ferma restando l’adozione di misure idonee a tutelare i soggetti in trattamento presso la struttura. Il responsabile della struttura viene quindi quasi equiparato all’addetto ad un pubblico servizio, al quale compete di segnalare il reato ai sensi dell’art. 347 c.p.p. con il proprio rapporto¹⁸⁷.

Vista la nuova regolamentazione dell’istituto, si deve tornare all’art. 656 c.p.p.. Prima però di entrare nel merito delle novità apportate dal D.L. 272/2005, convertito in legge 49/2006, va ricordato che con la legge 125/2008, il legislatore, non ritenendo sufficiente l’elenco dei reati ostativi ormai previsti dall’art. 4-*bis* o.p., aveva ritenuto necessario impedire l’accesso dalla libertà alle

¹⁸⁶ Cass. pen. sez. I, 6 luglio 2007 n. 29143, in Cassazione penale 2008, 11, p. 4322. La giurisprudenza sul punto è dunque contrastante. In senso conforme alla pronuncia del 2007, v. Sez. I, 11 maggio 2005, Mei, in *C.E.D. Cass.*, n. 232113; Sez. I, 6 ottobre 2004, Tatone, in Cassazione penale 2006, p. 1912. Per un contrario orientamento, nel senso che «il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dall’art. 58-*quater*, comma 2, della l. 26 luglio 1975, n. 354, non opera per l’affidamento in prova in casi particolari di cui all’ art. 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in quanto tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata nelle disposizioni ostantive del citato art. 58-*quater* che, per il loro carattere restrittivo, non sono suscettibile di applicazione analogica», v. Sez. I, 10 ottobre 2001, Mura, in *C.E.D. Cass.*, n. 220239.

¹⁸⁷ Come sottolineato discutendo dell’analogia norma prevista per gli arresti domiciliari in comunità, dirigenti ed addetti ai Ser.T. già rispondevano della mancata segnalazione in quanto addetti ad un pubblico servizio.

misure dell’affidamento ordinario, della detenzione domiciliare e della semilibertà, per i condannati a pena detentiva inferiore ai tre anni e all’affidamento terapeutico e alla sospensione pena di cui all’art. 90 T.U. per i condannati ad un pena inferiore ai sei, anche per i reati di cui agli articoli 423-*bis* (incendio boschivo), 624 (furto), quando ricorrono due o più circostanze tra quelle indicate dall’articolo 625¹⁸⁸, 624-*bis* (furto in abitazione e furto con strappo) del codice penale. Il legislatore aveva escluso anche gli autori dei delitti per i quali ricorreva l’aggravante di cui all’articolo 61, primo comma, numero 11-*bis* (aggravante di clandestinità), del medesimo codice. Quest’ultima preclusione è però stata eliminata dalla Corte Costituzionale che con sentenza 249 dell’8 luglio 2010 ha dichiarato incostituzionale questa aggravante. L’elenco di questi reati ostativi è stato aggiunto direttamente nel comma 9 lettera a) dell’art. 656 c.p.p.. Merita di essere ricordato che a norma della lettera b) dello stesso comma l’ordine di esecuzione non è emesso sospeso, se il soggetto è in custodia cautelare in carcere. Quindi si possono giovare della sospensione solo coloro per i quali non si è ritenuto sussistere, tra gli altri, il rischio della ripetizione del reato, o lo si è ritenuto tale da essere contenuto da una misura diversa dalla detenzione in carcere.

L’art. 656, al comma 9 lett. a), adesso esclude la sospensione dell’ordine di esecuzione di una pena detentiva (quale ipotesi generale prevista ai sensi del comma 5 della disposizione), “nei confronti dei condannati per i delitti di cui all’articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni [...]”¹⁸⁹ fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell’articolo 89 del T.U. n. 309 del 1990 e successive modificazioni”. Questa norma, in sostanza, esercita una forte pressione verso l’utilizzo degli arresti domiciliari, per tossicodipendenti imputati di un reato di cui all’art. 4-*bis*; paradossalmente, per questi imputati può essere meno afflittivo essere sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari con un programma terapeutico (quasi sicuramente comunitario) che rimanere a piede libero. Infatti, il quadro normativo costruito da legislatore, da un lato, con la modifica dell’art. 656, comma 9, lett. a c.p.p., esclude la sospensione dell’esecuzione della pena verso il soggetto con problematiche di dipendenza, condannato per un reato previsto dall’art. 4-*bis* legge 354/1975 che non sia già agli arresti

¹⁸⁸ Forse è utile, in via esemplificativa, ricordare che in virtù di questa disposizione non può usufruire della sospensione dell’ordine di esecuzione chi sottrae oggetti esposti sui banconi di un supermercato, dato che, nella specie, spesso ricorre l’aggravante dell’uso del “mezzo fraudolento” o delle “cose [...] esposte [...] alla pubblica fede”. L’esempio è scelto tra i reati spesso commessi dai tossicodipendenti per spiegare il loro tasso di incarcerazione.

¹⁸⁹ L’*omissis* è relativo al lungo ricordato elenco di fattispecie introdotte dalla legge 125/2008.

domiciliari ai sensi dell’art. 89 D.P.R. 309/1990. Dall’altro, con la modifica degli articoli 91, comma 4 e 94 comma 2 D.P.R. 309/1990, esclude che, una volta in carcere, questi acceda, sulla base del solo presupposto del limite di pena, alle misure previste dagli artt. 90 e 94 D.P.R. 309/1990.

Si ricorda che l’art. 656 c.p.p. è stato oggetto di un’ulteriore modifica in fase di conversione dell’art. 4-*undevicies* lettera b) del d.l. 272/2005, di solito trascurata dai commentatori, che sembra però aver avuto un effetto dirompente rispetto alla possibilità di accedere all’affidamento terapeutico. Il comma 6 dell’art. 656 c.p.p., con una previsione che in effetti, come accennato, un po’ stonava nel sistema vigente, stabiliva che, se l’istanza di misura alternativa non era, al momento della presentazione, cioè entro un mese dall’emissione dell’ordine di carcerazione sospeso, “corredata dalla documentazione utile”, tale documentazione potesse “essere depositata nella cancelleria del tribunale di sorveglianza fino a cinque giorni prima dell’udienza fissata” per la discussione sulla concessione della misura stessa. Oggi questa possibilità è limitata ai casi in cui la documentazione non sia richiesta “a pena di inammissibilità”. Gli unici casi in cui la documentazione è richiesta, sempre per un’innovazione introdotta dalla legge 49/2006, “a pena di inammissibilità” sono, come ricordato, quelli dei due istituti previsti *ad hoc* per i tossicodipendenti dall’art. 90 e 94 del T.U.. Per questi due istituti e solo per essi, l’istanza di accesso alla misura sostitutiva o alternativa deve essere in origine corredata di tutti gli elementi necessari per valutare la proficua partecipazione dell’interessato al percorso terapeutico e socio-riabilitativo ovvero l’avvenuta definizione dello stesso, pena la sua inammissibilità espressa. In altre parole in conseguenza delle modifiche introdotte dalla legge 49/2006, quindi il Pubblico ministero è tenuto a trasmetterle al Tribunale di sorveglianza anche ove sprovviste della documentazione necessaria, eccettuato il controllo del requisito oggettivo del limite di pena (3 anni) nel caso di istanze relative alle misure di cui agli artt. 47, 47-*ter*, 47-*quater*, 47-*quinqies*, 48 legge 354/1975. Mentre nel caso di istanze relative alla sospensione pena *ex art.* 90 e all’affidamento terapeutico di cui all’art. 94 D.P.R. 309/1990 egli ha anche il potere di verificare la documentazione necessaria ai fini della loro ammissibilità (cioè *ex art.* 90, la certificazione del Ser.T. o di altro ente abilitato circa il programma concluso; ed *ex art.* 94, anche dell’indicazione della procedura con cui la dipendenza è stata accertata, e l’idoneità del programma terapeutico e socio-riabilitativo), determinandone la ricevibilità o meno.

Questa innovazione, seppur apparentemente modesta rispetto alle altre introdotte, deve ritenersi, a parere di chi scrive, la prima causa della drastica riduzione degli affidamenti terapeutici concessi dalla libertà¹⁹⁰. E’, infatti, impensabile, che un Ser.T, o a maggior ragione una struttura privata, possa nel giro di un mese produrre per un tossicodipendente che non ha mai avuto in carico, un programma terapeutico individualizzato concordato con il tossico o l’alcool dipendente e la certificazione della sua idoneità ai fini delle esigenze di recupero. Nel giro di un mese è molto difficile “capire” la personalità del tossicodipendente e le sue problematiche e quindi è quasi impossibile non solo elaborare un programma personalizzato e non standardizzato, ma anche individuare una comunità terapeutica che si adatti alle sue caratteristiche e alle esigenze contenitive enfatizzate dal legislatore.

5.4.1. *Gli effetti preclusivi della recidiva*

Con la legge 251/2005 (passata alle cronache come *ex Cirielli*) è stato reso molto più difficoltoso l’accesso alle misure alternative per quei soggetti a cui è stata riconosciuta l’aggravante della recidiva (art. 99 comma 4° c.p.). Il comma 7-*bis* dell’art. 58-*quater* da essa introdotto prevede che “l’affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall’articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma, del codice penale”. Altre disposizioni, sempre introdotte dalla legge 251/2005, prevedono che la semilibertà possa essere concessa ai recidivi, solo dopo che abbiano scontato due terzi (invece di metà) della pena, tre quarti di essa (invece dei suoi due terzi) se sono stati condannati per un reato di cui all’art. 4-*bis* (art. 50-*bis* o.p.); che i recidivi non possono essere ammessi alla detenzione domiciliare generica per residuo pena fino a due anni (art. 47-*ter*, comma 1-*bis*), mentre per accedere alla detenzione domiciliare prevista per soggetti in situazioni particolari (donna incinta o madre con prole inferiore a dieci anni di età ovvero padre nei casi in impossibilità della madre; persona in gravi condizioni di salute; persona di età superiore a sessanta anni o di età inferiore a ventuno anni) solo se hanno un residuo pena di tre anni (invece dei quattro previsti normalmente) (art. 47-*ter*, comma 1.1). Anche l’accesso ai permessi premio è stato reso più difficile per coloro ai quali è stata riconosciuta la recidiva: essi possono usufruirne dopo un terzo della pena quando

¹⁹⁰ V. infra tabella dati .

normalmente possono essere concessi subito, dopo la metà della pena quando normalmente possono essere concessi dopo un terzo, dopo due terzi quando normalmente possono essere concessi dopo metà pena (art. 30-*quater*). Inoltre, l’applicazione della recidiva preclude in via generale la possibilità di vedersi sospendere la pena *ex art.* 656 c.p.p. (comma 9° lettera c) aggiunta dalla legge 251/2000).

Originariamente limiti più rigorosi erano stati previsti anche per la sospensione dell’esecuzione della pena *ex art.* 90 T.U. e per l’affidamento terapeutico. L’art. 8 della legge 251 del 5 dicembre 2005 aveva inserito nel T.U. l’art. 94-*bis* secondo cui queste misure potevano essere concesse ai tossicodipendenti e, l’affidamento terapeutico, agli alcool dipendenti, riconosciuti recidivi, se la pena da scontare non superava i tre anni, quindi uno meno del limite allora previsto e la metà di quello che di lì a pochi giorni sarà previsto dalla legge 49 del 2006. Ma venticinque giorni dopo la sua approvazione questa norma fu soppressa dal D.L. 30 del 30 dicembre 2005, n. 272 poi convertito appunto nella legge 4)/2006. La norma, che rappresentava la versione italiana delle criticate politiche statunitensi “*three strikes you are out*”, approvata in nome di una crociata contro chi commette ripetutamente reati è, evidentemente, sembrata incongruente quando il legislatore si è fermato a ragionare, seppure nel quadro di un generale inasprimento del trattamento degli utenti delle droghe, soprattutto di quelle leggere, di tossicodipendenti: cioè di soggetti che la normativa riconosce come molto deboli e soggetti a continue ricadute nella dipendenza e, quindi, nel crimine. Quindi ad oggi l’applicazione della recidiva di cui all’art. 99, comma 4 c.p. non ha alcun impatto: essi possono essere alcool dipendenti e tossicodipendenti in esecuzione pena, recidivi *ex art.* 99, comma 4 c.p., possono accedere alle misure *ex artt.* 90 e 94 D.P.R. 309/1990 negli stessi limiti in cui lo possono fare i soggetti non riconosciuti recidivi.

L’applicazione della recidiva *ex art.* 99, comma 4 c.p. ha un piccolo effetto solo per quanto riguarda la sospensione pena *ex art.* 656 c.p.p.. Mentre in generale in caso di applicazione della recidiva, come accennato, il p.m. non deve emettere l’ordine di esecuzione sospeso, alcool dipendenti e tossicodipendenti possono giovare della sospensione della pena se hanno in corso un programma di recupero. Quindi la preclusione vale solo per quei soggetti che facciano istanza di affidamento terapeutico dichiarando di voler iniziare il programma terapeutico, basta che lo comincino prima del deposito della sentenza e la

recidiva non ha alcun effetto preclusivo¹⁹¹. Questo vuol dire che il p.m. deve sempre emettere l’ordine di carcerazione sospeso nei confronti di alcool e tossicodipendenti, perché non può sapere se essi hanno intrapreso il programma terapeutico.

5.4.2. Brevi cenni sul conferimento ai privati del potere di certificazione dello stato di dipendenza

L’art. 94 richiedeva che il programma fosse “concordato con un’unità sanitaria locale – quindi concretamente con un Ser.T -- o con uno degli enti previsti dall’articolo 115 o privato”, ovvero con “enti ausiliari” tra i quali rientrano in primo luogo le comunità, cioè “gruppi di volontariato che svolgono senza fini di lucro la loro attività con finalità di prevenzione del disagio psico-sociale, assistenza, cura, riabilitazione e reinserimento dei tossicodipendenti” o anche “associazioni con finalità di educazione dei giovani, di sviluppo socio-culturale della personalità, di formazione professionale e di orientamento al lavoro” (art. 115 D.P.R. 309/1990). Questi enti entrano sempre in gioco, quando il tossicodipendente richiede l’affidamento in prova sulla base di un programma terapeutico di tipo “residenziale”. In questo caso, all’istanza si deve allegare anche la disponibilità all’accoglienza da parte di una comunità accreditata dal Ser.T, con il quale viene stipulata un’apposita convenzione (art. 117 T.U. 309/1990)¹⁹². La comunità “deve” essere iscritta nell’albo a ciò predisposto tenuto dalle regioni e dalle provincie autonome di Trento e Bolzano, e l’iscrizione è subordinata al possesso di alcuni requisiti minimi, quali personalità di diritto pubblico o privato, o natura di associazione riconosciuta o riconoscibile; disponibilità di locali ed attrezzature adeguate al tipo di attività;

¹⁹¹ Infatti, l’art. 4 comma 2 della legge 49/2006 prevede che: “La disposizione di cui alla lettera c) del comma 9 dell’articolo 656 del codice di procedura penale – cioè quella che sancisce la non so spendibilità della pena per i recidivi - non si applica nei confronti di condannati, tossicodipendenti o alcool dipendenti, che abbiano in corso, al momento del deposito della sentenza definitiva, un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l’assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell’ambito di una struttura autorizzata, nei casi in cui l’interruzione del programma può pregiudicarne la disintossicazione. In tale caso, il pubblico ministero stabilisce i controlli per accertare che il tossicodipendente o l’alcool dipendente prosegua il programma di recupero fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza e revoca la sospensione dell’esecuzione, quando accerta che la persona lo ha interrotto”.

¹⁹² La convenzione doveva essere conforme allo “schema tipo predisposto dal Ministro della sanità e a quello predisposto dal Ministro della giustizia ai fini di cui all’art. 94” ex art. 117 comma terzo (abrogato dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con L. 21 febbraio 2006, n. 49).

personale sufficiente ed esperto in materia di tossicodipendenti (art. 116 primo secondo comma)¹⁹³.

5.4.3. La riduzione degli affidamenti terapeutici dopo l’indulto: una conseguenza della riforma?

I dati relativi alla concessione dei nuovi affidamenti sono chiari: nel 2005 (anno precedente all’indulto e all’entrata in vigore della legge 49) gli affidamenti terapeutici iniziati erano 3.168. Nel 2009 - ultimo anno riguardo al quale si hanno dati completi - erano 2.457, più di un quarto in meno. Si tratta di capire se questa diminuzione dipende dalla legge n. 49/2006 oppure se è imputabile ad altri fattori, non ultimo l’effetto ritardato dell’indulto.

Ogni ragionamento sull’impatto delle varie modifiche dell’affidamento terapeutico è reso molto difficile dal fatto che dati forniti dal Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria sono assolutamente inaffidabili e “ballerini”.

La tabella che presento è ricostruita, per i dati dal 2005 in poi, sui dati forniti direttamente dal D.A.P. attraverso il sito web del Ministero della Giustizia alla rubrica “Statistiche”¹⁹⁴. Per gli anni precedenti il sito del Ministero non fornisce più i dati. Quindi mi sono rivolta ad altre fonti. I dati relativi al 2004 sono ricavati da un articolo¹⁹⁵, apparso nel 2005 sulla *Rassegna penitenziaria e criminologica*, edita dallo stesso D.A.P., del Consigliere Riccardo Turrini Vita, allora Direttore generale dell’esecuzione penale esterna. I dati relativi agli anni tra il 1990 e il 2003, sono ricavati da una tabella reperita sul sito di Ristretti orizzonti¹⁹⁶ che ha salvato una tabella a suo tempo presente sul sito del Ministero recante i dati relativi alle “Misure alternative alla detenzione dal 1976 al 2003”.

L’articolo di Turrini Vita chiarisce un’ambiguità dei dati del D.A.P. che si riferisco agli affidamenti dei soggetti tossicodipendenti, senza specificare se si tratta di affidamento ex art. 94 T.U. (e fino al 1990 ex art. 47-bis) o di affidamento ordinario, di cui ben possono usufruire i soggetti tossicodipendenti e di cui, come ricordato, essi spesso usufruiscono, specialmente quando hanno già goduto di due affidamenti terapeutici. Nelle tabelle riportate da Turrini Vita, infatti, accanto alla dizione “Affidati tossicodipendenti dalla libertà” e “Affidati

¹⁹³ L’iscrizione è condizione necessaria per lo svolgimento delle attività di riabilitazione e reinserimento sociale dei tossicodipendenti (art. 116, secondo comma) nonché per poter ottenere i contributi e i benefici da parte dello stato di cui agli artt. 127 e ss. D.P.R. 309/1990.

¹⁹⁴ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

¹⁹⁵ R. Turrini Vita, “Riflessioni sul futuro dell’esecuzione penale”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2-3, 2005.

¹⁹⁶ <http://www.ristretti.it/areestudio/statistiche/anno2004/altstorico.htm>

tossicodipendenti dalla detenzione” ci sono i codici, rispettivamente, 94TL e 94TD che non sembrano lasciare dubbi sul fatto che quando il D.A.P. usa queste definizioni fa riferimento esclusivamente agli affidamenti terapeutici ex art. 94 T.U.

Il D.A.P. fornisce due numeri relativamente agli affidamenti: uno relativo ai “casi pervenuti”, con cui indica i casi presi in carico dagli Uffici di esecuzione penale esterna nel corso dell’anno, e uno relativo ai “casi seguiti” (o, nelle rilevazioni più recenti, quelle del 2009 e del 2010, “gestiti”). Con questa seconda definizione è indicata la somma dei casi pervenuti nel periodo di rilevazione e dei casi in carico al 1 gennaio dell’anno a cui i dati si riferiscono. Questo dato perciò non è molto significativo in termini assoluti, dato che esso non si riferisce agli affidamenti in corso in un determinato momento, come quello delle presenze dei detenuti in carcere. Per avere il dato degli affidamenti in corso si dovrebbe fotografare la situazione in un determinato giorno. Il dato fornito dal D.a.p. si riferisce ai casi conteggiati al primo gennaio dell’anno, perché ad esso somma tutti i casi presi in carico durante l’anno, né ad un giorno successivo, perché non da indicazioni né sulle date di inizio dei casi presi in carico né su quelle di cessazione dei casi già in carico. Dato come sono costruite le categorie di raccolta dei dati, per costruire un dato statistico al primo gennaio di ogni anno si devono sottrarre dai “casi gestiti” i “casi pervenuti”, il D.A.P. non fornisce questo dato, che ho calcolato io, per gli anni in cui sono disponibili i dati relativi ai casi pervenuti, fino al 2003, infatti, sono stati forniti solo i dati relativi ai “casi gestiti”. Il motivo per cui il D.A.P. fornisce un dato insignificante è oscuro. Certo che leggendo i numeri dei “casi gestiti” si ha l’impressione che gli affidamenti in generale e, per quello che in questa sede ci interessa quelli terapeutici, siano un numero molto più grande di quello che in realtà sono.

TOSSICODIPENDENTI IN AFFIDAMENTO EX ART. 94 D.P.R. 309/90, DAL 1987 AL 2010¹⁹⁷					
Affidamenti terapeutici					
Casi pervenuti					
Anno	Da libertà	Da detenzione	Da arr. o det. dom. ¹⁹⁸	Tot. Casi seguiti ¹⁹⁹	Normativa vigente
1987				(245)	Art. 47-bis L. 354/75 modificata da L. 663/86
1988				(453)	Art. 47-bis L. 354/75 modificata da L. 663/86
1989				(572)	Art. 47-bis L. 354/75 modificata da L. 663/86
1990				(686)	DPR 309/90 (T.U. Stupefacenti: art. 94)
1991				(953)	
1992				(1.702)	
1993				(2.704)	Referendum abrogativo criminalizzazione uso personale
1994				(3.662)	
1995				(4.120)	
1996				(4.486)	
1997				(8.589)	
1998				(7.455)	L. 165/98 (Simeone-Saraceni)
1999				(6.358)	
2000				(6.740)	
2001				(6.836)	
2002				(6.958)	
2003				(6.883)	
2004	2.486	846		3.489 (6.821)	
2005	2.616	1.002		3.983 (7.061)	
2006	1.865	1.065		3.582 (6.782)	L. 49/2006 (Fini-Giovanardi); L. 241/2006 (Indulto)
2007	502	525		608 (1.735)	
2008	576	731	148	906 (2.361)	
2009	795	1.086	276	916 (3.373)	
2010 ²⁰⁰	860	1.143	317	995 (3.355)	

Non mi soffermo sul calo complessivo degli affidamenti terapeutici, data la pluralità di dati contraddittori, tema su cui tornerò tra poche righe. Mi soffermo per il momento sulle sole concessioni di affidamento terapeutico, sulle quali quelli forniti dalla sezione “Statistiche” del sito web del Ministero della giustizia²⁰¹ sono gli unici dati disponibili. Tralasciando i dati relativi al 2006, anno in cui l’indulto si è accompagnato all’entrata in vigore della legge 49 rendendo di difficile lettura il trend delle concessioni della misura, si può notare che le concessioni dalla libertà nel 2007 e nel 2008 sono circa un quinto

¹⁹⁷ Tabella elaborata su dati forniti dal D.A.P.

¹⁹⁸ Questi dati sono forniti solo dal 2008 non è dato sapere se prima questi affidamenti erano inclusi in quelli dalla libertà (non provenendo da una detenzione carceraria) o dalla detenzione (provenendo comunque da una detenzione). Sicuramente erano inclusi nei dati degli affidamenti presi in carico perché questi sono forniti dagli U.E.P.E. per cui riguardano sicuramente tutti gli affidamenti che iniziano nell’anno. Probabilmente dato che l’istruttoria condotta dagli uffici U.E.P.E. per gli affidamenti provenienti da arresti o detenzione domiciliare è fatta secondo le procedure previste per quelli per i soggetti liberi (cioè senza contatti con gli operatori carcerari) erano inseriti negli affidamenti dalla libertà. Ma è solo una congettura basata sull’esperienza delle modalità di lavoro degli U.E.P.E.

¹⁹⁹ Nella colonna “Totale casi gestiti” il dato D.A.P. è indicato tra parentesi dato il suo scarso valore (esso indica al più una tendenza), mentre in grassetto ho indicato il dato da me calcolato.

²⁰⁰ Al 30 giugno ultimo dato rilevato dal D.A.P..

²⁰¹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

di quelle del 2004 e 2005 e arrivano a circa un terzo di queste nel 2009. Se, come probabilmente è corretto si considerano come conteggiati fino a quel momento come dalla libertà gli affidamenti concessi da arresti e detenzione domiciliare, la concessioni arrivano nel 2007 a poco meno di un terzo e nel 2009 a meno della metà di quelle pre-riforma del 2006. Mentre le concessioni dal carcere, che pure nel 2007 erano la metà del 2005, nel 2009 sono tornate sugli stessi livelli, superando anzi per qualche unità quelle dell’ultimo anno della vigenza della vecchia normativa.

Questo fenomeno è notato anche dalla già ricordata Relazione al Parlamento del 2010 del Senatore Carlo Giovanardi, Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega alle politiche per la famiglia, al contrasto delle tossicodipendenze e al servizio civile. Questa relazione, pur basandosi sugli affidamenti in corso (non si comprende bene a quale data), e quindi, come vedremo, su dati numerici diversi di cui non si indica le modalità di calcolo, si rileva che nel 2002 gli affidamenti terapeutici dalla libertà erano poco meno dell’80% del totale degli affidamenti *ex art.* 94 T.U., mentre quelli dal carcere rappresentavano solo poco più del 20%. Tale situazione è pressoché capovolta nel 2009 anno in cui gli affidamenti terapeutici dal carcere rappresentano più del 60% del totale degli affidamenti *ex art.* 94 T.U., mentre quelli dalla libertà sono meno del 40%. Ed è significativo che l’inversione di percentuali, con gli affidamenti dal carcere che superano in numero quelli dalla libertà avviene nel 2007 ad un anno dall’entrata in vigore della legge 49²⁰². Nella stessa “Sintesi” della relazione²⁰³ si sottolinea che la percentuale degli affidamenti terapeutici dal carcere è passata dal 37% del 2006, primo anno di funzionamento della legge 49, al 51% del 2007 fino a giungere al 63% del 2009. Si tace però che questa percentuale era inferiore al 30% nel 2005 e che l’aumento delle percentuali avviene, fino al 2008 compreso, nonostante il sensibile calo anche degli affidati dal carcere.

Sicuramente su questi dati influisce l’effetto “strascico” dell’indulto, per cui molte pene brevi, relative a fatti commessi anteriormente al 2.05.2006, destinate ad essere sospese e a venire scontate in affidamento terapeutico concesso dalla libertà sono state assorbite dall’indulto. E’ però evidente la differenza di velocità con cui dopo l’indulto sono cresciute, da un lato, le incarcerazioni (sebbene come abbiamo visto l’incremento è dovuto soprattutto

²⁰² <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf> “Figura III.4.14: Percentuale di soggetti tossicodipendenti provenienti dalla detenzione e percentuale di soggetti tossicodipendenti provenienti dalla libertà, affidati al servizio sociale. Anni 2002 – 2009”, p. 255.

²⁰³ <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf>, p. XII.

alla custodia cautelare in carcere) e gli affidamenti dal carcere e, dall’altro, gli affidamenti dalla libertà. Le prime hanno portato la popolazione detenuta a superare quella reclusa nel luglio 2006 e gli affidamenti dal carcere pure hanno nel 2009 superato quelli concessi nel 2005, mentre gli affidamenti dalla libertà nel 2009 stentano a raggiungere la metà di quelli concessi nel 2005. Questa netta differenza di velocità non può essere dovuta solo agli effetti tardivi dell’indulto.

La spiegazione dei dati, su questo punto convergenti, sembrano suggerire, fa perno sulla la nuova procedura, prevista dal combinato disposto dell’art. 656 c.p.p. e dell’art. 94 1° comma T.U., per la presentazione dell’istanza di affidamento terapeutico dalla libertà. Questa procedura rappresenta un serio ostacolo alla possibilità di richiedere la misura. Essa, infatti, come sottolineato, prevede che alla domanda di affidamento, da presentarsi entro un mese dall’emissione dell’ordine di carcerazione sospeso, sia allegato, “a pena di inammissibilità, la certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura privata accreditata per l’attività di diagnosi prevista dal comma 2, lettera d), dell’articolo 116 attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcool dipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l’uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, l’andamento del programma concordato eventualmente in corso e – in ogni caso -- la sua idoneità, ai fini del recupero del condannato”. E’ evidente tutto questo è possibile, ma comunque non facile, per un soggetto già conosciuto dai Ser.T. o dalle strutture comunque autorizzate ad emettere la certificazione, mentre è praticamente impossibile per tutti quei tossicodipendenti che non sono mai stati presi in carico da queste strutture. Questi sono destinati quantomeno ad iniziare la loro pena in carcere, anche se l’ordine di carcerazione è stato emesso sospeso. Per verificare con certezza questa ipotesi esplicativa si dovrebbe fare una ricerca sui provvedimenti emessi sospesi da ogni singolo Tribunale. A parte questo metodo di verifica diretta, se l’ipotesi avanzata fosse corretta, qualora fosse possibile incrociare i dati sui tossicodipendenti con quelli sugli stranieri, dovrebbe risultare che sono soprattutto gli stranieri, che difficilmente, specialmente se irregolari, sono stati presi in carico dai Ser.T. da liberi, a non riuscire ad usufruire dell’affidamento terapeutico dalla libertà. Purtroppo la Relazione di Giovanardi si limita a dire che nel 2009 solo il 5,8% dei soggetti in affidamento terapeutico sono stranieri, senza chiarire quanti degli stranieri hanno avuto l’affidamento dal carcere e quanti dalla libertà e soprattutto senza dare un trend rispetto agli anni precedenti e in particolari rispetto a quelli degli anni

precedenti al 2006. Merita di essere sottolineato che il D.A.P., contrariamente a quanto fa per le presenze in carcere, non suddivide i dati relativi agli affidamenti sulla base della nazionalità, ma solo sulla base di età, residenza e sesso.

Nella “Sintesi” della sua Relazione il sottosegretario Giovanardi sottolinea che

“resta critica la condizione conseguente ad un bassissimo utilizzo dell’art. 94 del DPR 309/90 rispetto alle necessità e possibilità esistenti. Da più parti è stata segnalata la necessità di ricorrere all’art. 94 per il trasferimento dei tossicodipendenti dalle carceri alle comunità terapeutiche e o servizi territoriali se ben controllati e particolarmente qualificati²⁰⁴”.

Il primo intervento (*rectius*, il secondo, il primo è l’aumento del *budget* previsto per il pagamento delle rette alle comunità) a cui mettere mano per consentire questo travaso dal carcere all’affidamento terapeutico dei tossicodipendenti è il ritorno alla possibilità di presentare la documentazione a sostegno della domanda di affidamento presentata dalla libertà entro cinque giorni prima dell’udienza fissata dal Tribunale di Sorveglianza per la sua decisione, come accadeva prima del 2006.

Come accennato, i problemi sulla lettura dei dati e la loro affidabilità non finisco con quelli incontrati per formulare la precedente tabella, anzi quelli menzionati sono tutti problemi in qualche modo gestibili. Appare invece ingestibile la pluralità di dati forniti dallo stesso D.A.P. o dalla già ricordata Relazione al Parlamento del 2010 del Sottosegretario Giovanardi, che comunque indica come fonte il D.A.P.. Questa pluralità di dati rende impossibile ogni studio serio sull’impatto delle politiche e delle leggi penali in Italia.

Per quanto riguarda i dati sull’affidamento terapeutico per il primo semestre 2010, alla rubrica “STATISTICHE” del sito del Ministero della Giustizia, oltre al tradizionale documento “Misure alternative alla detenzione - Dati complessivi - I Semestre 2010”

(http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST204203) c’è (o meglio c’era da fino al 28 dicembre 2010, data dell’ultima mia verifica) un altro documento “Misure alternative - Dati complessivi - Incarichi al 30 giugno 2010” (http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST214863) che fornisce dati diversi dalla prima. Nella tabella ricostruita nel testo ho riportato i dati del primo documento un po’ per amore di coerenza, dato che il nome che lo contraddistingue

²⁰⁴ <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf>, p. XII.

è lo stesso che contraddistingue i documenti contenenti i dati degli altri anni (per i quali non si verifica il raddoppio dei documenti), un po’ per la maggiore plausibilità rispetto ai dati precedenti dei dati in esso contenuti. Per il secondo documento, nel primo semestre del 2010, i nuovi casi di affidamento di tossicodipendenti dalla libertà sono stati 860 (e non 515), dalla detenzione 1.143 (e non 761) e 317 (e non 205), da arresti e detenzione domiciliare, per un totale di 2.320, quindi, ben più dei 1.481 riportati dalla prima tabella. Questo dato, che confuterebbe gran parte del ragionamento svolto in sede di commento, sarebbe anomalo in quanto indicherebbe che, nel solo primo semestre del 2010, sono stati concessi affidamenti terapeutici in un numero quasi analogo a quelli concessi in tutto il 2009, quando erano stati 2457. Per chiarire l’arcano non resta che aspettare il D.A.P. fornisca i dati relativi all’intero 2010.

Per quanto riguarda la Relazione al Parlamento, fatta nel 2010 dal Sottosegretario Giovanardi, ci si deve, nuovamente, riportare alla già discussa “Tabella I.4.1: Ingressi di soggetti negli istituti penitenziari, soggetti in carcere con problemi socio-sanitari droga correlati, detenuti assistiti dai Ser.T. e detenuti per reati DPR 309/90. Anni 2002 – 2009”²⁰⁵. In questa sede, interessa l’ultima colonna di questa tabella contenente i numeri dei “Soggetti con affidamento in prova art. 94 DPR 390/90”, che nella nota a piè di pagina si dice fondata su dati forniti dal “Ministero della giustizia – Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria – Direzione generale dell’esecuzione penale esterna”. Ora questi dati non corrispondono né ai numeri forniti dal D.A.P. relativi ai “casi pervenuti” né a quelli relativi ai “casi seguiti”, né, infine, ai conteggi da me fatti, sottraendo dai “casi seguiti” i “casi pervenuti”, relativi ai casi effettivamente in carico al primo gennaio. La dizione fa pensare che i dati si riferiscano ai soggetti effettivamente in affidamento durante l’anno, ma non è chiaro come sono stati calcolati e a che momento dell’anno si riferiscono. Ciò che balza agli occhi è che: questi numeri sono, fino alla legge 49/2006, sempre chiaramente meno della metà dei “casi seguiti” e nettamente inferiori alla mia stima dei casi effettivamente in carico al primo gennaio. Dal 2007 il rapporto con questi due dati cambia: i dati sono superiori alla metà di “casi seguiti” con la tendenza ad aumentare progressivamente la proporzione, fino a giungere quasi ai due terzi nel 2009, e sono costantemente superiori alla mia stima sui casi effettivamente in carico al primo gennaio. Il divario è particolarmente significativo per il 2009, quando gli affidati secondo la tabella della relazione Giovanardi sono più del doppio di quelli

²⁰⁵ <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf> La tabella si trova a p. 117 della Relazione.

che risultano sottraendo dai “casi seguiti” i “casi pervenuti”. Non appare invece in alcun modo esserci una relazione significativa tra i dati della tabella i dati forniti dalla sezione “Statistiche” del sito del Ministero della giustizia²⁰⁶ relativamente ai “casi pervenuti”. Nella “Sintesi” della sua Relazione il sottosegretario Giovanardi enfatizza il significativo aumento, addirittura del 48%, degli affidamenti terapeutici del 2009 rispetto a quelli del 2008²⁰⁷. Proprio la straordinarietà dell’aumento, che in parte conferma i dati anomali del D.A.P. per il primo semestre del 2010, richiederebbe grande chiarezza sulla modalità di calcolo dei dati.

Anno	Soggetti con affidamento in prova art. 94 DPR 390/90 Giovanardi	Casi seguiti fonte Statistiche sito Ministero Giustizia	Casi pervenuti fonte Statistiche sito Ministero Giustizia	Casi in carico al primo gennaio secondo mio calcolo
2002	3.189	(6.958)		
2003	3.109	(6.883)		
2004	3.058	(6.821)	3.332	3.489
2005	3.329	(7.061)	3.168	3.983
2006	2.799	(6.782)	2.930	3.582
2007	982	(1.735)	1.127	608
2008	1.382	(2.361)	1.455	906
2009	2.047	(3.373)	2.457	916
2010 ²⁰⁸	n.r.	(2.355)	1.481	874

Fatta questa constatazione, se si passa dall’esame della qualità dei dati alle indicazioni che essi forniscano, l’indicazione più rilevante che si può ricavare dalla tabella contenuta nella relazione di Giovanardi è quella relativa al rapporto tra soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati detenuti e soggetti a cui viene concesso l’affidamento terapeutico, che in astratto, come abbiamo visto, si rivolge proprio a questa platea di soggetti, o, se si vuole scegliere una platea di candidati ad ottenere la misura più ristretta, tra detenuti in carico ai Ser.T. e detenuti affidati *ex art. 94 DPR 309/1990*.

Anno	Soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati (A)	Detenuti in carico ai Ser.T. (B)	Affidati <i>ex art. 94 DPR 309/90</i>	% affidati su (A)	% affidati su (B)
2002	24.356	16.661	3.189	13,09%	19,14%
2003	23.719	18.392	3.109	13,10%	16,42%
2004	24.683	19.805	3.058	12,38%	15,44%
2005	25.168	17.105	3.329	13,22%	19,46%
2006	24.493	18.075	2.799	11,42%	15,48%
2007	24.371	15.790	982	3,97%	6,21%
2008	30.528	16.798	1.382	4,52%	8,22%
2009	25.180	17.166	2.047	8,12%	11,92%

²⁰⁶ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

²⁰⁷ <http://www.politicheantidroga.it/media/333133/relazione%202010.pdf>, p. XII.

²⁰⁸ I dati del D.a.p. si riferiscono al 30 giugno.

Questi dati mostrano in maniere abbastanza eloquente come la riforma del 2006 abbia drasticamente ridotto la possibilità di accedere all’affidamento terapeutico a dispetto dell’aumento del minimo di pena per concederlo, rispetto alla platea potenziali di utenti, sia considerata in modo ampio che in modo ristretto. Il dato è ancora più evidente se la percentuale si calcola sulla base degli affidati risultati dal calcolo da me fatto sulle presenze effettive al primo gennaio, dato che secondo questi calcoli gli affidamenti sono più numerosi di quelli riportati dalla Tabella della Relazione fino al 2006 e meno numerosi di quelli riportati dalla Relazione dopo il 2006. Sostituendo questi dati a quelli della Relazione si accentua in modo netto la tendenza che già emerge dalla precedente Tabella. Infatti fino al 2006 aumento leggermente gli affidati rispetto sia ai detenuti con problemi socio-sanitari droga correlati sia ai detenuti in carico ai Sert.T., mentre dal 2007 queste percentuali diminuiscono drasticamente. Soprattutto la decisa risalita degli affidamenti che i dati della Relazione Giovanardi segnalano per il 2009, diventa un modesto aumento in linea con quelli degli anni precedenti.

Anno	Soggetti con problemi socio-sanitari droga correlati (A)	Detenuti in carico ai Ser.T. (B)	Affidati al 1/1 mio calcolo	% affidati su (A)	% affidati su (B)
2004	24.683	19.805	3.489	14,13%	17,61%
2005	25.168	17.105	3.983	15,46%	22,75%
2006	24.493	18.075	3.582	14,62%	19,81%
2007	24.371	15.790	608	2,49%	3,85%
2008	30.528	16.798	906	2,96%	5,39%
2009	25.180	17.166	916	3,63%	5,33%

Resta infine da valutare se la nuova normativa ha inciso sulle revoche dell’affidamento. Purtroppo i dati forniti dal D.A.P. sono poco indicativi. Essi, infatti, usano come riferimento i “casi gestiti” che, come detto, sono un’entità, in concreto, non esistente e poi partono dal 2005 non permettendo di ricostruire una serie storica sufficientemente lunga per capire quale era il trend prima dell’entrata in vigore della legge 49. Comunque, ricostruendo i dati rinvenibili nella sezione “Statistiche” del sito web del Ministero della Giustizia²⁰⁹ si ottiene la seguente tabella:

²⁰⁹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

anno		gestiti	Rev. and. negativo		Rev. nuova pos. giurica		Rev. delitto in misura		Rev irreperib.		Altre rev.		totale	
			R	%R	R	%R	R	%R	R	%R	R	%R	R	%R
2010 ²¹⁰	Da libertà	1.235	53	4,29%	4	0,32%	2	0,16%	0	0,00%	0	0,00%	59	4,78%
	Da deten.	1.675	116	6,93%	9	0,54%	5	0,30%	6	0,36%	5	0,30%	141	8,42%
	Da domicil.	445	17	3,82%	3	0,67%	2	0,45%	1	0,22%	2	0,45%	25	5,62%
2009	Da libertà	1.296	81	6,25%	6	0,46%	2	0,15%	0	0,00%	1	0,08%	90	6,94%
	Da deten.	1.697	192	11,31%	9	0,53%	4	0,24%	6	0,35%	4	0,24%	215	12,67%
	Da domicil.	380	18	4,74%	3	0,79%	3	0,79%	0	0,00%	1	0,26%	25	6,58%
2008	Da libertà	973	63	6,47%	5	0,51%	8	0,82%	0	0,00%	1	0,10%	77	7,91%
	Da deten.	1.137	138	12,14%	7	0,62%	7	0,62%	3	0,26%	2	0,18%	157	13,81%
	Da domicil.	151	6	3,97%	0	0,00%	0	0,00%	1	0,66%	0	0,00%	7	4,64%
2007	Da libertà	941	47	4,99%	5	0,53%	4	0,43%	0	0,00%	0	0,00%	56	5,95%
	Da deten.	794	84	10,58%	10	1,26%	6	0,76%	4	0,50%	1	0,13%	105	13,22%
2006	Da libertà	4.766	291	6,11%	34	0,71%	7	0,15%	4	0,08%	1	0,02%	337	7,07%
	Da deten.	2.016	227	11,26%	27	1,34%	9	0,45%	0	0,00%	0	0,00%	263	13,05%
2005	Da libertà	5.238	414	7,90%	45	0,86%	11	0,21%	4	0,08%	2	0,04%	476	9,09%
	Da deten.	1.823	244	13,38%	27	1,48%	9	0,49%	4	0,22%	6	0,33%	290	15,91%

Ai nostri fini la divisione su affidamenti dalla libertà o dalla detenzione non è molto indicativa. I principali punti da verificare tra le novità introdotte dalla legge 49 sono: a) l'incidenza sulle revoche del dovere di segnalazione all'autorità giudiziaria delle violazioni del programma e dei reati commessi dall'affidato gravante ora sul responsabile della struttura in cui viene svolto l'affidamento b) l'efficacia dell'estensione a 6 anni di pena del periodo trascorribile in affidamento al fine di evitare le revoche per condanne, relative ai fatti antecedenti l'affidamento, sopraggiunte in corso di esso; c) l'incidenza sui reati commessi nel corso della misura dell'esplicita previsione dell'accertamento da parte del Tribunale di Sorveglianza che il programma "assicura la prevenzione del pericolo" che l'affidato commetta nuovi reati. Dato i dati disponibili per verificare questi elementi ho raggruppato le revoche per andamento negativo, quelle per nuova posizione giuridica (assumendo che questa dizione facesse riferimento alla nuova durata della pena che si viene a determinare in conseguenza di una condanna sopraggiunta in corso di misura) e infine quelle per delitto compiuto nel corso della misura. I dati così raccolti per determinare un qualche *trend*, seppure in maniera molto approssimativa dato la ricordata possibilità di confrontare i dati post-legge 49 con quelli relativi al solo 2005, avrebbero dovuto essere confrontati con quelli degli affidamenti effettivamente incorso durante l'anno. Questo dato come più volte

²¹⁰ Al 30 giugno ultimo dato rilevato dal D.A.P.

ricordato però non è fornito dal D.A.P. Ho quindi confrontato i dati con quelli relativi ai “casi gestiti” per avere quantomeno un dato, se non preciso, indicativo costruito con dati ufficiali del D.A.P., oltre che con i dati da me ricostruiti sugli affidamenti in corso al primo gennaio e quelli sugli affidamenti incorsi forniti nella relazione del sottosegretario Giovanardi. Ancora una volta i diversi dati danno risultati diversi.

Per quanto riguarda le revisioni per andamento negativo della misura la serie ricostruita mettendo le revoche a confronto con i dati relativi agli affidamenti in corso forniti dalla relazione del sottosegretario Giovanardi e con i “casi seguiti”, pur con dati percentuali notevolmente diversi, indicano che la revoche successive all’entrata in vigore della legge 49, sono sempre in percentuale inferiore a quelle del 2005. Mentre se si confrontano i dati delle revoche con i dati ottenuti sottraendo dai “casi seguiti” i “casi pervenuti”, si ottengono percentuali tutte superiori a quelle del 2005, tranne quella del 2006. Quindi, secondo le indicazioni fornite dai primi due *trend*, sembrerebbe che il nuovo obbligo di segnalazione gravante in capo ai gestori delle comunità non ha avuto conseguenze sulle revoche degli affidamenti terapeutici. Secondo il dato da me costruito ha invece avuto un’influenza rilevante comportando un aumento, tra l’altro tendenzialmente crescente delle revoche. Usando il dato da me costruito, le revoche si aggirano nel 2005 poco sopra e nel 2006 poco sotto il 15%, per poi oscillare tra un quinto e un terzo degli affidamenti in corso. Sulla base dei dati forniti dalla Relazione del sottosegretario esse sono quasi il 20% nel 2005, il 18,5% nel 2006 e poi si stabilizzano intorno al 14%.

Revisione per andamento negativo della misura

Anno	(A) Casi seguiti	(B) Ipotesi casi in carico	(C) Giovanardi Affidam. in corso	Revisi- sioni	% (A)	% (B)	% (C)
2005	7.061	3.983	3.329	658	9,31%	16,52%	19,76%
2006	6.782	3.582	2.799	518	7,63%	14,46%	18,50%
2007	1.735	608	982	131	7,55%	21,54%	13,40%
2008	2.361	906	1.382	207	8,76%	22,84%	14,97%
2009	3.373	916	2.047	291	8,62%	31,78%	14,21%
2010 ²¹¹	3.355	995	n.r.	286	8,52%	28,74%	

Anche sugli effetti dell’innalzamento a sei anni del periodo di pena che può essere trascorso in affidamento terapeutico c’è qualche discrasia a seconda del dato che si usa come base di calcolo. Usando i dati della Relazione Giovanardi e quelli relativi ai “casi seguiti” non ci sono dubbi che tale innalzamento ha diminuito in modo anche sensibile (circa della metà) le revoche per condanna sopraggiunta. Se

²¹¹ Al 30 giugno ultimo dato rilevato dal D.A.P.

si usa come base invece il dato che si ottiene sottraendo dai “casi seguiti” i “casi pervenuti” questo effetto è molto meno sensibile ed evidente: sia nel 2007 che nel 2009 la percentuale di revoche risulta superiore a quella del 2005, e nel 2008 essa è inferiore di solo circa un terzo.

Revisione per condanna sopraggiunta

Anno	(A) Casi seguiti	(B) Ipotesi casi in carico	(C) Giovanardi Affidam. in corso	Revisi- sioni	% (A)	% (B)	% (C)
2005	7.061	3.983	3.329	72	1,01%	1,84%	2,16%
2006	6.782	3.582	2.799	61	0,89%	0,16%	2,17%
2007	1.735	608	982	15	0,86%	2,46%	1,52%
2008	2.361	906	1.382	12	0,50%	1,32%	0,86%
2009	3.373	916	2.047	18	0,53%	1,96%	0,87%
2010 ²¹²	3.355	995	n.r.	16	0,47%	1,60%	

I dati sono più univoci invece sull’effetto dell’esplicita previsione dell’accertamento da parte del Tribunale di Sorveglianza che il programma assicuri “la prevenzione del pericolo” che l’affidato commetta nuovi reati sui reati commessi nel corso della misura. Se questo effetto c’è stato è del tutto trascurabile se, da un’accurata analisi qualitativa del *sentencing*, risultasse che questa previsione rende più difficile concedere l’affidamento terapeutico si dovrebbe pensare di abrogarla perché in questo caso i suoi effetti negativi sarebbero inferiori di quelli positivi. Qualsiasi base di partenza si usi i dati relativi al 2007 e al 2008 indicano che i reati commessi nel corso della misura sono stati percentualmente molti di più di quelli commessi nel 2005, e che quelli commessi nel 2006 sono stati inferiori a questi in percentuale irrilevante. I dati si differenziano di più relativamente al 2009 dove usando come base i “casi seguiti” la percentuale è sostanzialmente analoga al 2005, usando i dati della Relazione Giovanardi è leggermente inferiore, usando il dato che ho calcolato quasi il doppio.

Revisione per delitto commesso nel corso della misura

Anno	(A) Casi seguiti	(B) Ipotesi casi in carico	(C) Giovanardi Affidam. in corso	Revisi- sioni	% (A)	% (B)	% (C)
2005	7.061	3.983	3.329	20	0,28%	0,50%	0,60%
2006	6.782	3.582	2.799	16	0,23%	0,44%	0,57%
2007	1.735	608	982	10	0,57%	1,64%	1,01%
2008	2.361	906	1.382	15	0,63%	1,65%	1,08%
2009	3.373	916	2.047	9	0,26%	0,98%	0,43%
2010 ²¹³	3.355	995	n.r.	9	0,26%	0,90%	

²¹² Al 30 giugno ultimo dato rilevato dal D.A.P.

²¹³ Al 30 giugno ultimo dato rilevato dal D.A.P.

CAPITOLO SESTO

LA SOSPENSIONE DELLA PENA DELLA RECLUSIONE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

SOMMARIO: 6. LA SOSPENSIONE DELLA PENA - 6.1. LA NATURA DELL'ISTITUTO: TRA SOSPENSIONE CONDIZIONALE E AFFIDAMENTO TERAPEUTICO - 6.2. CHI PUÒ USUFRUIRE DELLA SOSPENSIONE EX ART. 90 T.U - 6.3. IL RAPPORTO TRA SOSPENSIONE PENA E AFFIDAMENTO TERAPEUTICO - 6.4. LA PROCEDURA DI CONCESSIONE DELLA SOSPENSIONE PENA - 6.5. CONCLUSIONE DELLA SOSPENSIONE PENA - 6.6. LA RIFORMA DELL'ISTITUTO DEL 2006 - 6.7. IL SOSTANZIALE NON UTILIZZO DELLA MISURA

6. La sospensione pena

Come accennato, la legge n. 162 del 26 giugno 1990 ("Jervolino-Vassalli") introdusse con il suo art. 24 un nuovo istituto: la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, ora disciplinata dagli articoli dal 90 al 93 del T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottato con D.P.R. 309/90. Lo scopo dell'istituto è sempre quello di far pressione sul tossicodipendente condannato affinché intraprenda un percorso di cura e riabilitazione. In questo caso il meccanismo disegnato mira soprattutto ad incentivare addirittura il completamento dell'intero percorso terapeutico o, nella formulazione originaria, almeno il suo inizio, ancor prima della condanna. Esso consentiva, infatti, di sottrarsi alla esecuzione della pena detentiva a chi, avendo commesso un reato "in relazione al proprio stato di tossicodipendenza", si fosse sottoposto od avesse in corso un programma terapeutico e socio-riabilitativo. Il principale merito di questa misura consiste, anche nella formulazione odierna che ne rende comunque più difficile l'accesso, nell'offrire una strada che eviti la carcerazione, e quindi la probabile ricaduta nell'uso della droga, a chi, avendo commesso un reato a causa della sua condizione di tossicodipendenza, abbia compiuto con successo un programma di recupero. Prima dell'introduzione della misura in commento non esisteva una disposizione di legge che potesse consentire al tossicodipendente di evitare il carcere, dopo avere ultimato proficuamente, in relazione ad una condanna connessa con il pregresso stato di soggetto dipendente, un programma di recupero. L'unica strada prevista in questa ipotesi era rappresentata dalla misura della grazia.

6.1. *La natura dell'istituto: tra sospensione condizionale e affidamento terapeutico*

Proprio il carattere incentivante dell'istituto ha posto qualche dubbio sulla sua natura. L'incentivo era, anche nella formulazione originaria dell'art. 90 T.U., rivolto, infatti, ad un *facere* in larga parte precedente all'espletamento della misura stessa -- aver completato o almeno intrapreso il percorso terapeutico e riabilitativo -- e solo marginalmente ricadente -- portare a termine il programma stesso quando esso era stato solo iniziato -- nel periodo della sua esecuzione. Per la dottrina maggioritaria e la Corte Costituzionale, queste caratteristiche configurano la sospensione pena *ex art. 90 T.U.* come una misura essenzialmente premiale: essa, secondo questa lettura, serve a ricompensare la scelta dei tossicodipendenti autori di reato che hanno dimostrato di volersi sottrarre alla rete della droga. La Corte Costituzionale¹ in particolare ha sostenuto che il presupposto dell'effettuazione di un programma terapeutico e socio riabilitativo, configura l'istituto come "volto a favorire il recupero dei tossicodipendenti, che [...]concretamente e meritevolmente abbiano mostrato di volersi adoperare per sottrarsi al giogo della droga e nello stesso tempo si siano astenuti dal commettere altri delitti (non colposi). Sicché, questa speciale sospensione dell'esecuzione della pena detentiva assume un carattere velatamente premiale (che l'accomuna con la disciplina, altrettanto speciale, della custodia cautelare e dell'affidamento in prova prevista rispettivamente dagli artt. 89 e 94 T.U. cit., ove è prevista per il tossicodipendente che si sottopone ad un programma terapeutico di recupero) ed una connotazione incentivante del recupero stesso (perché la mancata prosecuzione del programma comporta la revoca del beneficio).

Come mostrano anche le parole della Corte, che citano da un lato un istituto come l'affidamento terapeutico che la Corte stessa ha qualificato come modalità di esecuzione pena, pur parlando di istituto premiale, l'esatta natura giuridica dell'istituto della sospensione *ex art. 90 e ss. T.U.* appare ambigua e quindi molto discussa. Il problema nasce dalla sua disciplina che in parte sembra configurarla come un caso speciale, per quanto anomalo, dalla sospensione condizionale, regolata dagli articoli 163 e ss. c.p., pur presentando numerosi punti di contatto con la misura alternativa dell'affidamento in prova in casi particolari, regolata dall'art. 94 dello stesso T.U. Si è molto discusso se questa

¹ Cfr. sentenza Corte Costituzionale 27 marzo 1992, n. 133, in Cassazione penale, 1992, p. 2612.

sospensione pena speciale prevista per i tossicodipendenti sia un'ibridazione dell'istituto codicistico della sospensione condizionale con la normativa sull'affidamento terapeutico, o al contrario nasca dall'innesto delle norme sulla sospensione condizionale della pena nel tronco dell'affidamento in casi speciali. Di fronte a questo dilemma, in dottrina qualcuno ha anche sostenuto che essa è caratterizzata da elementi peculiari che la configurano come non riconducibile a nessuno dei due istituti.

L'avvicinamento ad uno dei due istituti appare fondamentale soprattutto per sciogliere un'incongruenza sugli effetti di questa sospensione pena determinata dal contrasto tra la rubrica e la lettera dell'art. 93 T.U., incongruenza non eliminata neppure con la riforma del 2006. Questo articolo nella prima parte della rubrica, che suona *Estinzione del reato. Revoca della sospensione*, richiama evidentemente l'art. 167 c.p. relativo alla sospensione pena ordinaria che reca in rubrica *Estinzione del reato*. Il problema nasce dal fatto che la sua formulazione però non ripete quella del 1° comma dell'art. 167 c.p. secondo cui *“se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto”*. Disponendo invece che se il condannato *“nei cinque anni successivi non commette un delitto non colposo punibile con la reclusione, si estinguono la pena e ogni altro effetto penale”*, l'art. 93 1° comma T.U. richiama le regole dell'art. 47 o.p. per l'affidamento ordinario e, come detto, applicabili, in forza dell'esplicito rinvio a queste disposizioni, all'affidamento in prova in casi particolari di cui all'art. 94 T.U. La dottrina maggioritaria ha dato rilievo non alla rubrica, ma alla normativa e ha considerato l'istituto una causa estintiva della pena, come l'affidamento, ma c'è chi attenendosi alla rubrica lo ha considerato una causa di estinzione del reato, come la sospensione pena codicistica.

Alcuni autori hanno sostenuto che, pur presentando alcuni elementi di raccordo con l'istituto della sospensione condizionale della pena, di cui agli artt. da 163 a 168 c.p., la sospensione esecutiva disciplinata dagli artt. 90 e ss. del D.P.R. 309/90, si discosta dalla causa di estinzione del reato di matrice codicistica soprattutto perché il suo contenuto impone un *facere*, quale l'osservanza del percorso riabilitativo. Questa tesi non appare molto convincente dato che già quasi dieci anni prima dell'approvazione del T.U. sugli stupefacenti la legge n. 689/1981 aveva modificato l'art. 165 c.p. stabilendo che il giudice possa subordinare la concessione della sospensione condizionale di cui all'art. 163 c.p. *“all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o*

provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; [...] salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” e, “se il condannato non si oppone”, perfino “alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna”. I tempi in cui queste prestazioni devono essere compiuti sono addirittura fissati dalla stessa sentenza attraverso la quale il beneficio viene concesso. Il giudice poi, di norma², deve obbligatoriamente imporre uno di questi comportamenti quando concede la sospensione condizionale della pena a chi ne ha già usufruito. E' abbastanza evidente quindi che un *facere* può o deve essere previsto anche per la concessione della sospensione pena *ex art.* 163 codice penale. Merita di essere sottolineato, poi, che dalla sospensione pena per i tossicodipendenti *ex art.* 90 T.U. non derivava necessariamente un *facere*: questo era richiesto esclusivamente al soggetto che aveva solo iniziato il percorso terapeutico. Nessun nuovo comportamento attivo doveva invece essere tenuto dal soggetto che ha già compiuto il programma terapeutico. Inoltre il *facere* richiesto a chi aveva il programma terapeutico in corso non appariva certo più pesante di quello che può essere imposto *ex art.* 165 c.p., tenuto conto che la decisione di intraprendere il programma nonché il periodo iniziale di disintossicazione rappresentano sicuramente due momenti molto pesanti per il tossicodipendente, e che questi erano da considerarsi superati al momento della proposizione della richiesta della sospensione.

La sospensione prevista dal T.U. è speciale in quanto rivolta ad un bacino d'utenza delimitato dalla specificità di essere stato tossicodipendente al momento della commissione del reato, e quindi non universale come quello a cui si rivolge la misura prevista dal codice. A parte questa evidente differenza, la diversità normativa più rilevante fra la sospensione codicistica e quella *ex art.* 90 T.U. è quella relativa agli organi preposti alla loro concessione e alla modalità per essa previste. Queste modalità fanno sì che i due benefici non si

² Unica eccezione è prevista quando la sospensione sia stata concessa ai sensi del quarto comma dell'art. 163 c.p. che prevede: “*Qualora la pena inflitta non sia superiore ad un anno e sia stato riparato interamente il danno, prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni, nonché qualora il colpevole, entro lo stesso termine e fuori del caso previsto nel quarto comma dell'articolo 56, si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena, determinata nel caso di pena pecuniaria ragguagliandola a norma dell'articolo 135, rimanga sospesa per il termine di un anno*”.

pongano mai come alternativi. Infatti, nel momento in cui il giudice di merito concede la sospensione pena *ex art.* 163 c.p. il condannato non deve scontare alcuna pena. La sospensione condizionale prevista dall'art. 90 T.U. può essere invece disposta dal Tribunale di Sorveglianza solo a chi “è stato condannato ad una pena detentiva”. Essa è quindi concedibile solo nel momento in cui in sede di cognizione l'interessato non è ammesso a fruire dell'istituto contemplato dagli articoli 163 e ss. del codice penale. I due benefici dunque non possono coesistere poiché nel momento in cui si ottiene la sospensione pena codicistica, il soggetto condannato non è più esposto ad una pena da scontare concretamente. Diversamente, il problema di applicare l'istituto previsto dal T.U. si pone solo nel momento in cui in sede di cognizione l'interessato non è ammesso a fruire dell'istituto contemplato dagli articoli 163 e ss. del codice penale.

La sospensione prevista dal T.U. si configura dunque, a differenza di quella codicistica, come un istituto relativo alla fase dell'esecuzione della pena. Esso, pur non avendo come contenuto un programma riabilitativo, si avvicina, come ha sottolineato la Cassazione³, alle forme della *probation*, in quanto tende ad esercitare un effetto dissuasivo rispetto all'uso di sostanze stupefacenti e a svolgere, perciò, sul comportamento dell'individuo, per il tramite di interventi psico-sociali, un'influenza che va oltre l'astensione dal commettere reati, obiettivo che è, invece, il solo della tradizionale sospensione condizionale della pena, che, come ricordato, determina l'estinzione del reato, e non della pena soltanto. Questa connotazione comporta che la sua concessione dovrebbe prescindere da tutti quei requisiti miranti a tener conto della condotta antecedente al reato e delle modalità della sua esecuzione, richiesti dall'art. 164 c.p. per la concessione della sospensione pena da parte del giudice della cognizione. Questa norma, infatti, esclude la concessione “*se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133*”, il giudice non ritiene di poter fare una prognosi positiva sul futuro comportamento del colpevole escludendo la commissione di nuovi reati. Essa inoltre non può essere concessa “*a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione*”, a chi è stato dichiarato contravventore abituale o professionale o è ritenuto talmente pericoloso da richiedere la comminazione di una misura di sicurezza personale. La configurazione di istituto proprio della fase esecutiva della sospensione prevista dal T.U. del 1990, a parte la

³ Cass. pen. sez. I, 4 giugno 1999, n. 4134, Rebellato, in CED 1999.

presunzione operata dalla legge che la pericolosità del soggetto dipenda dallo stato di tossicodipendenza ormai neutralizzato o in via di neutralizzazione grazie al programma terapeutico⁴, fa sì che la valutazione che deve compiere il Tribunale di Sorveglianza si debba basare su criteri più simili a quelli previsti per i normali istituti di *probation*, e quindi soprattutto sul comportamento tenuto dopo il reato, e non prima di esso, è più precisamente, data la struttura particolare dell'istituto, addirittura dopo l'inizio del percorso terapeutico.

6.2. Chi può usufruire della sospensione ex art. 90 T.U.

A differenza dell'affidamento in casi particolari, la sospensione pena prevista dal T.U. per quanto concerne i presupposti per la sua concessione è in primo luogo riservata, ai soli tossicodipendenti, e non anche agli alcool-dipendenti. Inoltre, essi devono essere stati condannati per un reato connesso al loro stato di dipendenza e devono aver concluso, o secondo la formulazione originaria anche solo intrapreso, un programma terapeutico e socio-riabilitativo. Da questa previsione si è dedotto che il beneficio non può essere concesso a chi fa uso solo occasionalmente di droghe, se questo uso non rende necessario il programma terapeutico e socio-riabilitativo. La questione è stata sottoposta alla Corte Costituzionale segnalando una possibile irragionevole disparità di trattamento⁵. La Corte costituzionale, con sentenza n. 133 del 1992 (che ha accertato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 90 D.P.R. 309/1990, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.), ha ritenuto l'esclusione dalla fruibilità del beneficio dell'individuo solo occasionalmente dedito al consumo di stupefacenti conforme al principio di ragionevolezza, sostenendo che

nel caso di consumo occasionale ovvero di consumo abituale che non abbia causato alcuno stato di tossicodipendenza viene meno il presupposto della misura premiale nel senso che l'eventuale persistere del soggetto nel consumo della droga è pienamente ed integralmente nella sfera del libero

⁴ Parte della dottrina, facendo leva sulla disposizione di cui al 3° comma dell'art. 164 c.p. in tema di effetti dell'ammissione alla sospensione condizionale, secondo cui la concessione della misura rende *ab initio* inapplicabili le misure di sicurezza diverse dalla confisca, ha sostenuto che la sola sottoposizione al programma produce l'effetto di riassorbire la pericolosità sociale del condannato.

⁵ Merita di essere sottolineato che analoga remissione alla Corte non è stata fatta per la previsione che non consente la concessione della misura agli alcool-dipendenti, che pure sono generalmente equiparati ai tossicodipendenti in fase di esecuzione penale, anche se con forti perplessità della dottrina cfr. G. Grasso, "Misure alternative alla detenzione", cit..

arbitrio, sicché non è ingiustificatamente discriminante per la diversità delle situazioni poste in comparazione che non trovi applicazione la speciale misura della sospensione dell'esecuzione della pena, non essendo ipotizzabile alcuna terapia o riabilitazione del tossicofilo non tossicodipendente da incoraggiare o sostenere.

La Corte ha comunque contestualmente auspicato che il legislatore prevedesse una parallela misura premiale anche in favore di questa categoria di utenti della droga.

Un secondo presupposto, anche questo non previsto, come accennato, per l'affidamento terapeutico, richiede che il reato sia stato "commesso in relazione" allo stato di tossicodipendenza dell'autore. Questa locuzione ha suscitato qualche dubbio in dottrina. Alcuni⁶ hanno sostenuto che ai fini della fruibilità della misura in esame non è sufficiente che il reato sia stato commesso durante il periodo nel quale l'autore era tossicodipendente, ma deve sussistere un nesso causale tra la motivazione al compimento del fatto penalmente rilevante e la condizione di tossicodipendente: è necessario in altre parole che emerga un rapporto di stretta connessione tra la situazione personale del condannato e la commissione del fatto di reato. Da questa tesi desumono l'applicabilità della misura esclusivamente per i delitti concernenti la violazione delle disposizioni del D.P.R. 309/1990. Altra parte della dottrina⁷ ammette la concessione del disposto premiale dell'art. 90 anche tutti i reati collegati ad una tale conclamata condizione di dipendenza a prescindere dalla transeunte alterazione connessa ad un consumo diretto.

La dottrina maggioritaria sostiene che la norma è pensata per il soggetto che commette il reato allo scopo di procurarsi, più o meno direttamente, la sostanza stupefacente o psicotropa da cui dipende. Secondo questa tesi è sufficiente la sussistenza dello stato di tossicodipendenza al momento della commissione del reato, la "connessione" si avrebbe in altre parole anche quando viene commesso un qualsiasi reato, patrimoniale o non, sotto l'effetto di droga. Questa interpretazione comporta un'estensione decisamente più ampia della misura, facendovi rientrare anche i delitti contro il patrimonio, compiuti dal tossicodipendente per procacciarsi i mezzi necessari ad acquistare la dose giornaliera, nonché quelli, anche colposi, commessi sotto l'azione di stupefacenti e sostanze psicotrope. In via generale la misura è dalla giurisprudenza ritenuta applicabile in favore di chi, essendo tossicodipendente,

⁶ Cfr. G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit..

⁷ V. Pistorelli, *Stupefacenti, sostanze psicotrope, stati di tossicodipendenza*, Giappichelli, Torino, 1990.

ha commesso il reato a cagione della propria personale condizione, ovvero al fine di procurarsi i mezzi per sostentarla. La Cassazione⁸ ha ritenuto la misura concedibile tanto per i reati commessi da chi fosse al momento del fatto in stato di tossicodipendenza, quanto per quelli la cui commissione sia stata direttamente motivata da detta patologica situazione.

Questa discussione si è intrecciata con l'intervento della legge n. 222/93, che elevando a quattro anni la pena detentiva sospendibile ha posto un problema relativo al significato dell'ultimo periodo del 1° comma dell'art. 90 T.U. soppresso dalla riforma del 2006. Con l'ultimo periodo del primo comma il legislatore del 1990 aveva disposto che la previsione contenuta nella prima parte del comma era applicabile anche per i reati previsti dal 5° comma dell'art. 73 dello stesso T.U. quando la pena detentiva comminata, o ancora da scontare, non era superiore ai quattro anni di reclusione, mentre in via generale la sospensione poteva essere concessa per una pena detentiva fino a tre anni (eventualmente anche congiunta a pena pecuniaria). Questa previsione aveva un chiaro significato: il legislatore riteneva questi reati, cioè quelli di piccolo "spaccio", tipici dei tossicodipendenti, e quindi, per la loro commissione, innalzava il limite di pena sospendibile rispetto a quello ordinariamente previsto. La sussistenza di questa fattispecie, è importante ricordarlo, prima del referendum del 1993 si presumeva in caso di possesso di una quantità di droga superiore alla dose media giornaliera. La legge del 1993, recante *Disposizioni urgenti relative al trattamento di persone affette da HIV*, modificò il primo comma dell'art. 90 portando a quattro anni il limite ordinario di pena detentiva sospendibile, tra l'altro modificò, come accennato anche l'art. 94, prevedendo che anche l'affidamento terapeutico potesse essere concesso entro lo stesso limite di pena. Con l'equiparazione del limite di pena generalmente sospendibile e quello sospendibile per la commissione di reati previsti dall'art. 73, 5° comma, dello stesso T.U., aveva perso ogni significato l'ultimo periodo del 1° comma dell'art. 90 T.U. Non vi era più alcun bisogno di questa specificazione, lasciava quindi perplessi il fatto che il legislatore non l'avesse abrogata. Quella norma a detta di molti era solo il risultato di un difetto di coordinazione che rimaneva a ricordare il favore del legislatore verso gli autori di quei reati.

In dottrina si è levata qualche voce che ha sostenuto che il mantenimento della norma indicasse, invece, la volontà del legislatore di preservare qualche condizione di favore agli autori dei reati di cui al 5° comma dell'art. 73 del T.U.,

⁸ Cass. pen. sez. I, 14 giugno 2001 n. 35678, Lupo, in Cassazione penale, 2002, p. 3208.

o comunque che essa potesse essere utilizzata in via ermeneutica in questa direzione. Questa tesi si giocava sul significato da attribuire alla locuzione “la stessa disposizione”. Se essa si riteneva riferita a tutte le condizioni previste dalla prima parte del 1° comma dell’art. 90, alla norma non si poteva attribuire alcuna incidenza. Qualche autore fece leva sullo spirito della norma sostenendo che il *favor* del legislatore si potesse tradurre in una interpretazione meno stringente del requisito della “connessione” tra stato di tossicodipendenza e le condotte di reati di detenzione o spaccio di un quantitativo minimo di droga, e che quindi in questo caso fosse sufficiente per la sospensione della pena che il soggetto fosse tossicodipendente al momento della commissione del reato. Questo sforzo ermeneutico sembra però la classica montagna che partorisce il topolino dato che la detenzione o lo spaccio di piccole dosi di droghe da parte di soggetti tossicodipendenti si può considerare *in re ipsa* connesso casualmente allo stato di dipendenza. Un’analoga considerazione si può fare in riferimento alla tesi di chi sostenne che la sopravvivenza dell’ultimo periodo del 1° comma dell’art. 90, consentiva di sostenere che, in riferimento a questi reati, si dovesse adottare una lettura formale di questo comma in grado di estendere il beneficio a favore di chi, *sic et simpliciter*, detiene o spaccia un quantitativo minimo di droga, senza essere legato ad essa da un vincolo di dipendenza abituale. Siccome il soggetto autore del reato doveva comunque essere in condizioni tali da essere ammesso a un programma terapeutico, l’impatto di questa tesi sarebbe stato al massimo di consentire la sospensione della pena anche ai consumatori occasionali il cui stato di salute era in qualche modo compromesso, usando un parametro fornito dallo stesso T.U. si sarebbe potuta estendere la sospensione della pena agli utenti della droga che, pur non essendo dipendenti in senso stretto, avessero comunque “problemi di tossicodipendenza”, come abbiamo visto recitare l’art. 96 per definire la platea dei titolari al diritto del trattamento terapeutico intramurario.

Per quanto riguarda la determinazione della pena sospendibile la formulazione dell’art. 90 T.U. che parla di “*persona condannata ad una pena detentiva non superiore a quattro anni, anche se congiuntamente a pena pecuniaria, [...] ovvero che [...] debba ancora scontare una pena di durata non superiore a quattro anni*” chiarisce in modo netto che il legislatore voleva che si tenesse conto della pena che il condannato doveva effettivamente scontare, con esclusione dal computo sia delle pene già espiate, sia di quelle estinte per indulto od altra causa. Il 4° comma dell’art. 90 prevedeva che la sospensione potesse essere concessa, anche se la pena detentiva di quattro anni da scontare

era il risultato di un cumulo di più condanne, purché tutte riportate prima dell'istanza di sospensione. Esso poi stabiliva, e ancora oggi stabilisce, che la sospensione pena non può essere concessa più di una volta. Parte della dottrina⁹, in analogia con quanto avviene per l'affidamento, anche se per la sospensione pena *ex art. 90 T.U.* non era previsto l'istituto dell'esenzione della misura, riteneva ammissibile una seconda, o comunque una plurima, concessione della sospensione nei casi in cui i titoli esecutivi sopravvenuti all'ammissione al beneficio, ma relativi a fatti antecedenti all'intrapresa del programma terapeutico, non superassero cumulativamente il limite quantitativo fissato dalla legge. Il Tribunale di Sorveglianza di Milano però, con ordinanza del 14 aprile 1999, aveva evidenziato che, dato che l'art. 90, diversamente dall'art. 94, non rimandava alle norme dell'ordinamento, non era applicabile il disposto di cui all'art. 51-*bis* della legge n. 354/1975, dettata per disciplinare la sopravvenienza di nuovi titoli privativi della libertà.

Come più volte detto, l'ultimo requisito previsto per la sospensione pena era che il condannato si fosse sottoposto con successo, caso in cui la sospensione è ancora oggi concedibile, o avesse almeno in corso un programma terapeutico e socio-riabilitativo. A norma del 2° comma dell'art. 91, alla domanda doveva essere allegata una certificazione rilasciata dal Ser.T. competente ed attestante il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo prescelto, l'indicazione della struttura ove il programma era stato eseguito o era in corso, le modalità di realizzazione e l'eventuale completamento del programma. La legge non indicava, e non indica, un limite di tempo entro cui, una volta compiuto il programma, si potesse, e tutt'oggi si possa, ottenere la sospensione pena. La Cassazione¹⁰, con una sentenza ormai risalente, affermò che il programma deve essere attuato e completato in epoca prossima alla presentazione dell'istanza. Questa tesi non è molto convincente. Alla base di questo istituto sembra esserci, come accennato la presunzione che la pericolosità del soggetto dipenda dallo stato di tossicodipendenza e che una volta sostenuto l'appropriato trattamento per uscire da questo stato nulla più giustifichi l'esecuzione della pena. Per cui non sembra essere rilevante da quanto tempo il richiedente la sospensione della pena abbia compiuto il programma, ma solo che esso sia stato intrapreso dopo aver compiuto il reato, sia stato portato a termine con successo, e abbia funzionato, cioè che il

⁹ A. Presutti, *Tossicodipendenza e libertà personale. Misure processuali e penitenziarie*, Milano, 1989.

¹⁰ Cass., 21 aprile 1993, Monteleone, *Rassegna di studi penitenziari*, 1994, p. 213.

soggetto non abbia più commesso reati. Il 2° comma dell'art. 90 T.U., infatti, prevede che la sospensione della pena non possa essere concesso se il richiedente ha commesso un altro delitto non colposo punibile con la reclusione, sola o congiunta alla multa, "nel periodo compreso tra l'inizio del programma e la pronuncia della sospensione". La commissione del nuovo reato è, infatti, assunta come indice che il programma non ha neutralizzato la capacità a delinquere e quindi la pericolosità del tossicodipendente. Qualora la condanna intervenga prima della decisione del Tribunale di Sorveglianza, questa, rappresenterà una condizione ostativa alla concessione della sospensione pena, qualora la condanna, intervenga dopo la sospensione, ma abbia ad oggetto un fatto antecedente ad essa, questa dovrà essere revocata per il sopravvenuto accertamento di una circostanza ostativa preesistente.

6.3. *Il rapporto tra sospensione pena e affidamento terapeutico*

Il nuovo istituto si rivolgeva dunque a chi, anche non più abitualmente dedito all'uso di droga, fosse stato condannato ad una pena, o comunque avesse un residuo pena, inferiore a quattro anni, per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, così come era previsto anche per l'ammissibilità all'affidamento terapeutico, purché si fosse già sottoposto o avesse attualmente in corso un programma terapeutico concordato con il Ser.T. o con un ente autorizzato. Esso quindi in parte si sovrapponeva all'affidamento in casi particolari, in parte si presentava come complementare ad esso in quanto concedibile al condannato che avesse già portato a termine con buoni risultati un programma di recupero. Come vedremo l'area di sovrapposizione è stata eliminata dalla riforma del 2006 che ha riservato la sospensione pena solo a chi abbia già concluso il programma terapeutico.

La sovrapposizione si verificava nel caso dell'esecuzione della pena nei confronti di un tossicodipendente che aveva commesso il reato a causa del suo stato di dipendenza e che aveva, al momento dell'inizio dell'esecuzione, già intrapreso un programma terapeutico. Fatta salva questa ipotesi, l'alternativa fra i due istituti non si poneva mai, per la carenza dei presupposti di uno di essi. Nel caso di possibile utilizzazione di entrambi gli istituti il Tribunale di Sorveglianza poteva essere chiamato a pronunciarsi sulle due istanze alternativamente proposte. In questo caso in dottrina era pacifico che il criterio di scelta fra i due istituti non doveva essere il *favor libertatis*, non esisteva in

altre parole un diritto del condannato al trattamento meno afflittivo. La situazione era piuttosto accostata al caso in cui il Tribunale di Sorveglianza fosse chiamato a scegliere tra due modalità alternative di esecuzione pena: il giudice doveva scegliere, tra gli strumenti volti a favorire la risocializzazione del condannato, quello più idoneo, da un lato, a evitare la reiterazione dei reati e, dall'altro, a favorire la conclusione positiva del trattamento terapeutico di recupero, tenuto conto delle condizioni soggettive del beneficiario. Questa tesi della dottrina è stata accolta dalla Cassazione che con due sentenze a distanza di pochi anni¹¹ ribadì che il criterio da seguire per ritenere applicabile la misura è la pericolosità sociale del soggetto condannato in via definitiva e la sua affidabilità. Con la prima sentenza¹² la Suprema Corte reputò legittimo dare luogo alla sospensione dell'esecuzione nel caso di soggetto che, avuto riguardo ai suoi trascorsi, al suo grado di reinserimento ed alla sua personalità, appaia probabilmente dotato di capacità di autocontrollo tali da consentirgli una gestione autonoma del programma di recupero. Mentre, ha ritenuto doversi preferire l'affidamento terapeutico quando, anche per la persistenza di un pericolo (comunque necessariamente limitato) di reiterazione dei reati, appaia, per converso, probabile che il soggetto non sia in grado di sottostare al programma riabilitativo se non in quanto affidato ad una struttura che in concreto lo segua e lo controlli. Il medesimo principio è stato esplicitato anche dalla sent. n. 29019/2003 della Corte di Cassazione, secondo cui nella scelta tra l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di soggetto condannato per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza (art. 90) e quello dell'affidamento in prova al servizio sociale a scopo terapeutico per tossicodipendenti (art. 94), il criterio da seguire non può ispirarsi alla valutazione dell'opportunità e dell'idoneità del programma riabilitativo, trattandosi di requisiti previsti per entrambi gli istituti anzidetti, e neppure può ispirarsi ad un preteso principio generale dell'ordinamento, secondo cui, quando possibile, dovrebbe essere data alle pene concreta esecuzione, poiché ciò porterebbe alla pratica vanificazione del dettato di cui all'art. 90 D.P.R. 309/1990.

Merita di essere sottolineato che, come già accennato e come vedremo meglio in seguito, la prassi dei Tribunali di Sorveglianza fu al contrario orientata alla concessione di quella misura che consentisse il maggiore

¹¹ Cass. pen. Sez. I, 30 novembre 2000 n. 6965, Gurrera, in Cassazione penale 2002, p. 3209; Cass. pen. 29019/2003 in CED 2003.

¹² Cass. pen. 6965/2000 cit.

“controllo” del reo. Infatti, tra le due possibilità fu quasi sempre scelto l'affidamento, in quanto permetteva di seguire l'andamento della misura attraverso il C.S.S.A. (oggi U.E.P.E.).

Fino alla riforma del 2006, nulla si opponeva che potesse usufruire della sospensione pena chi, autore di un delitto commesso in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, per il quale fosse stato condannato ad una pena inferiore ai quattro anni, avesse svolto o stesse svolgendo in carcere un programma di mera detossicazione fisica e volesse intraprendere un percorso socio-riabilitativo all'esterno; caso, questo, tra i più frequenti, essendo i programmi di riabilitazione psicologica, come abbiamo visto, molto difficili da attuare in carcere. La normativa originaria considerava, infatti, questa misura premiale concedibile genericamente alla persona che si fosse “sottoposta [...] un programma terapeutico e socio-riabilitativo”. Il dubbio nasceva dal fatto che la legge richiedeva che il programma fosse anche “riabilitativo” ma sembra ragionevole ritenere che per l'accesso alla misura dovesse prevalere l'aspetto sostanziale su quello formale. Per cui, visto che la normativa dell'epoca prevedeva che si potesse continuare il programma in sospensione pena, non si sarebbe dovuto considerare ostativo il fatto che il percorso terapeutico fosse diviso formalmente in due programmi, uno di disintossicazione fisica e uno di riabilitazione psicologica. Appariva quindi plausibile che un tossicodipendente che stesse intraprendendo, o addirittura, avesse concluso, con successo un percorso carcerario di disintossicazione fisica, fosse considerato ammissibile alla sospensione pena. Con la legge n. 49/2006 questa ipotesi è venuta meno perché la norma, come più volte detto, presuppone che il “programma terapeutico e socio-riabilitativo” sia concluso con successo. Mentre non dovrebbe essere venuta meno la possibilità di chiedere la sospensione pena *ex art. 90 T.U.* per chi abbia avuto la fortuna di svolgere con successo in carcere un programma terapeutico e socio-riabilitativo e per chi abbia solo iniziato questo programma in carcere e poi concluso in libertà, casomai in affidamento terapeutico. Infatti, la nuova normativa prevede che il Tribunale di Sorveglianza “accerti che la persona si è sottoposta con esito positivo ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo eseguito presso una struttura sanitaria pubblica od una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116”: il Ser.T. carcerario che elabora e segue il programma del detenuto durante la detenzione è, infatti, una struttura sanitaria pubblica.

Il Tribunale può poi trovarsi di fronte ad una richiesta di sospensione di esecuzione di una pena detentiva, fino a quel momento espiata in affidamento.

Passare dalla misura dell'affidamento alla sospensione della pena, dal punto di vista del soggetto in esecuzione pena, presenta dei vantaggi e degli svantaggi. Un tal passaggio consente, in via immediata, al condannato di liberarsi dell'obbligo di osservare le prescrizioni, aggiuntive a quelle terapeutiche, imposte dal Tribunale di Sorveglianza¹³. D'altra parte alla conclusione dell'affidamento terapeutico con andamento positivo, si estingue ogni effetto penale della condanna, mentre se si sospende la pena il condannato dovrà attendere cinque anni dalla sospensione per ottenere un effetto, che nonostante le correzioni apportate dalla legge n. 49/2006 sembra meno favorevole. L'espressione dubitativa è dovuta, come accennato, alla mancata definizione normativa delle "conseguenze penali" ed alla non perfetta coincidenza del dispositivo degli articoli 90 comma 3 e 93 comma 1, T.U.

Secondo quanto disposto dall'art. 90 comma 3, fino al 2006, la sospensione della pena, rendeva inapplicabili le misure di sicurezza, tranne la confisca, ma non aveva effetto sulle pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna, lasciava poi sussistere le obbligazioni civili derivanti dal reato, mentre, se non veniva commesso alcun delitto non colposo punito con la reclusione, e veniva attuato il programma terapeutico dopo cinque anni, si dovevano estinguere "la pena ed ogni effetto penale". I suoi effetti erano quindi, almeno nell'immediato, molto meno vantaggiosi di quelli dell'affidamento terapeutico. Se la misura era premiale nella sua essenza, lo era molto meno nella regolamentazione dei suoi effetti accessori. La disciplina relativa ad essi mostrava chiaramente che il legislatore si era preoccupato di sospendere tutti quegli effetti penali che potevano intralciare il programma di recupero¹⁴, ma non di utilizzare la loro sospensione per incentivare ulteriormente il percorso terapeutico. Il soggetto condannato con pena sospesa si vedeva assoggettare alla confisca e nei cinque anni successivi alla sospensione continuava a vedersi applicare le pene accessorie¹⁵ e ad essere esposto agli altri effetti penali della

¹³ M. Canepa, S. Merlo, *op. cit.*, pp. 291-293.

¹⁴ Cfr. G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 203; V. Pistorelli, *Stupefacenti, sostanze psicotrope, stati di tossicodipendenza*, cit., p. 143.

¹⁵ Stante il disposto dell'art. 19 c.p., le pene accessorie: a) in relazione ai delitti: l'interdizione dai pubblici uffici; l'interdizione da una professione o da un'arte; l'interdizione legale; l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese; l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; la decadenza o la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori; b) in relazione alle contravvenzioni: la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte; la sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (Cass. pen. 1994/2004). Pena accessoria comune ai delitti e alle contravvenzioni è la pubblicazione della sentenza penale di condanna (Cass. pen. 11033/2005). Non rientra in tale novero invece, la sospensione della patente di guida ai sensi dell'articolo 222 C.d.S., attesa la sua collocazione fra le sanzioni amministrative (Trib. Napoli 23/01/2004).

condanna. In dottrina alcuni autori¹⁶, sottolinearono l'incongruità del comportamento del legislatore che a pochi mesi di distanza ha modificato il 1° comma dell'art. 166, c.p., con la legge n. 19 del 7 febbraio del 1990, estendendo gli effetti della sospensione condizionale anche alle pene accessorie e, ha disposto che la sospensione della pena *ex art. 90 T.U.* non incidesse su di esse, finendo per assumere un atteggiamento punitivo nei confronti dei tossicodipendenti che avevano intrapreso il programma terapeutico, senza attendere la condanna. Trascorsi i cinque anni senza che il soggetto avesse compiuto delitti non colposi puniti con la reclusione, sebbene l'art. 93 primo comma prevedesse (e prevede) l'estinzione della "pena ed ogni effetto penale", è plausibile che le cose confiscate al condannato non venissero restituite¹⁷. Oggi, per effetto delle modifiche introdotte dal legislatore, la situazione è quantomeno stata equiparata a quella della sospensione condizionale codicistica, per cui si sospendono anche le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna, ma continua a sopravvivere, oltre naturalmente alle obbligazioni civili derivanti dal reato, la confisca che invece l'affidamento dovrebbe estinguere e i cui effetti, pur continuando ancora oggi a prevedere l'art. 93 primo comma, che si estinguono "la pena ed ogni effetto penale della condanna", rimangono intoccabili¹⁸.

Se sospensione pena e affidamento terapeutico erano già stati originariamente richiesti in via alternativa, la Cassazione ha sostenuto che la richiesta di sospensione dell'esecuzione pena in affidamento poteva essere rigettata, ai sensi del 2° comma dell'art. 666 c.p.p., già dal pubblico ministero o comunque con decisione adottata dal Tribunale di Sorveglianza, con la dichiarazione giudiziale che è ritenuta inammissibile una richiesta che costituisce una riproposizione di quanto già domandato¹⁹. Anche questa decisione appare molto discutibile: in effetti, il Tribunale di Sorveglianza può considerare non sufficiente il programma terapeutico svolto dal richiedente e quindi optare per l'affidamento terapeutico. Se una volta concluso il programma terapeutico il soggetto propone domanda di sospensione pena *ex art. 90 T.U.*

¹⁶ G. Ambrosini, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 150.

¹⁷ Il problema sul permanere degli effetti della confisca si pone anche per la sospensione condizionale prevista dal Codice, questa però non estingue "la pena ed ogni effetto penale" bensì il reato (art. 167, 1° comma) c.p.

¹⁸ Merita di essere sottolineato che, sebbene il suo esito continui ad essere meno favorevole a quello dell'affidamento terapeutico, in dottrina c'è chi ha molto criticato l'estensione degli effetti sospensivi, parlando di "magnanima opzione...non facilmente comprensibile", sostenendo, smentito come abbiamo visto dai fatti, che tale scelta "favorirà l'accesso ad un beneficio importante (tale addirittura da evitare l'espiazione di pena detentiva) a soggetti che, seppur tossicodipendenti, oggettivamente possono aver tenuto condotte di indubbia gravità o allarme sociale" (F. Fiorentin, *Pena sospesa se il soggetto è recuperato*, cit., p. 107-8).

¹⁹ Cass., 16 maggio 1995, Moscardini, in Cassazione penale, 1996, p. 2366.

appare difficile considerare questa istanza una riproposizione di quella originariamente proposta, in quanto sono evidentemente mutate le sue condizioni in quanto si tratta di soggetto che ha concluso con successo il percorso richiesto dalla legge. In questo senso, la previsione del nuovo comma 6-bis dell'art. 94 T.U., secondo cui, come ricordato, *“qualora nel corso dell'affidamento disposto ai sensi del presente articolo l'interessato abbia positivamente terminato la parte terapeutica del programma, il magistrato di Sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporre la prosecuzione ai fini del reinserimento sociale anche qualora la pena residua superi quella prevista per l'affidamento ordinario di cui all'articolo 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354”*, non indica una via esclusiva. Se, infatti, al termine dell'affidamento, il soggetto in esecuzione pena chiede la sospensione ex art. 90 T.U. il Tribunale di Sorveglianza può ben decidere di disporre questa misura premiale invece che l'affidamento ordinario, ipotesi molto remota visto il generale *favor controlli* che ha caratterizzato l'operato della magistratura di Sorveglianza in questi anni.

A tutt'oggi, come accennato, la sospensione pena appare concedibile, quando una persona, che ha già usufruito di due affidamenti terapeutici, riceve una condanna per un fatto antecedente al trattamento intrapreso durante il secondo, e il Tribunale di Sorveglianza, essendo già stata pronunciata la dichiarazione di conclusione con buon esito del secondo affidamento e non potendosi quindi estendere l'affidamento, non ritiene di poter concedere lo stesso in virtù della preclusione stabilita dal 5° comma dell'art. 94. Analogamente appare concedibile l'affidamento terapeutico per l'esecuzione di una pena compiuta dopo la sospensione condizionale, anche nel caso che la pena sia comminata per il reato che ha comportato la revoca della sospensione. Il legislatore non ha infatti stabilito nessuna preclusione all'intreccio fra le due misure. Così come, in mancanza di un'espressa preclusione normativa, appare concedibile l'affidamento terapeutico per la pena derivante da un delitto non colposo, punibile con la reclusione, commesso nel periodo compreso tra l'inizio del programma e la pronuncia sull'istanza di sospensione, come anche per la pena dovuta a un delitto che ha comportato la revoca della sospensione, se la pena sospesa aggiunta alla pena per il nuovo delitto non supera il limite massimo previsto.

6.4. *La procedura di concessione della sospensione pena*

La procedura per la sospensione esecutiva della pena è disciplinata, come lo era in origine quella dell'affidamento in casi particolari, dagli artt. 91 e 92 del T.U. stupefacenti. Come abbiamo già visto queste disposizioni ricalcano in larga parte le prescrizioni dettate in genere dal codice di rito per il procedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza e quelle previste dalla legge n. 354/75 per l'ammissione al beneficio ordinario dell'affidamento in prova.

Una prima differenza, rispetto all'affidamento terapeutico, riguardava i criteri di determinazione del giudice competente all'esecuzione. Il 1° comma dell'art. 91, oggi soppresso, stabiliva la competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza del luogo in cui l'interessato risiedeva, qualunque fosse la sua situazione, allo scopo di assicurare un collegamento più agevole con i servizi socio-sanitari locali²⁰. Limitatamente alle richieste provenienti dal condannato in libertà, a seguito della legge n. 165/98, la richiesta di sospensione della pena *ex art. 90 T.U.*, come quella di affidamento in prova in casi particolari, deve essere proposta al Tribunale di Sorveglianza del luogo ove ha sede l'ufficio del pubblico ministero competente per la fase esecutiva della pena. In questo modo si è opportunamente attribuito allo stesso giudice la competenza a disporre *ab origine* entrambe le misure sostitutive della pena detentiva previste dal T.U. del 1990 a beneficio dei tossicodipendenti condannati²¹. La differenza di competenza era invece permanente per le istanze presentate dopo l'inizio dell'esecuzione per le quali rimane valido il criterio della residenza stabilito dal 1° comma dell'art. 90, mentre per quelle di affidamento la competenza è determinata in base al luogo di esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva, ai sensi dell'art. 677 c.p.p..

Anche per la sospensione pene come per l'affidamento l'art. 91 prevedeva che se l'ordine di esecuzione non era stato eseguito l'istanza doveva essere presentata al pubblico ministero, il quale sospendeva l'ordine di esecuzione in attesa della decisione del Tribunale. Mentre nel caso in cui il soggetto fosse

²⁰ Anche questa disposizione, come quella che stabiliva la competenza a decidere sull'affidamento terapeutico in base al luogo di svolgimento della terapia, fu criticata perché, secondo alcuni autori, consentiva al condannato di scegliere il giudice competente modificando la propria residenza in ragione degli orientamenti dei tribunali di sorveglianza.

²¹ F. Della Casa, "Democratizzazione dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 165", cit., p. 782.

detenuto era previsto come per l'affidamento che il pubblico ministero disponesse la scarcerazione se non ostava il limite di pena. La giurisprudenza²² aveva affermato anche in questo caso, che ferma la competenza, inderogabile, del Tribunale di Sorveglianza, il pubblico ministero doveva compiere la valutazione preliminare dell'ammissibilità dell'istanza. Naturalmente anche per la sospensione pena fino all'entrata in vigore della legge n. 49/2006 si sono posti tutti problemi relativi al rapporto tra le procedure stabilite dall'art. 91 T.U. e quelle introdotte con le modifiche apportate dalla legge n. 165/1998 all'art. 656 c.p.p. e in particolare si è posto il già analizzato conflitto giurisprudenziale relativo all'assoggettamento anche della misura della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ai divieti sanciti dai commi 7° e 9° dell'art. 656 del codice di rito.

Il 2° comma dell'art. 91 T.U. prevedeva che all'istanza di sospensione dovesse essere allegata *“la certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze attestante il tipo di programma e socio-riabilitativo prescelto, l'indicazione della struttura, anche privata, ove il programma è stato eseguito o è in corso, le modalità di realizzazione e l'eventuale completamento del programma”*. La giurisprudenza di legittimità²³ aveva affermato che l'omessa allegazione originaria poteva essere superata da una produzione successiva, ma pur sempre anteriore all'esame dell'istanza da parte degli organi competenti. Questa decisione era in linea con la generale previsione dell'art. 666, 3° comma c.p.p. sul procedimento di esecuzione, che concede di presentare memorie in cancelleria fino a 5 giorni prima dell'udienza, e seguiva per analogia la normativa che, come abbiamo visto, allora era vigente per l'affidamento terapeutico.

Non è previsto che il Tribunale accerti per la concessione della sospensione della pena la non preordinazione sia dello stato di tossicodipendenza, sia dell'esecuzione della terapia al conseguimento del beneficio. Essendo l'istituto pensato per premiare chi ha già concluso positivamente o, in origine, almeno intrapreso, un programma terapeutico, e quindi per incoraggiare questa scelta, la preordinazione dell'esecuzione della terapia è in qualche modo l'oggetto della norma, quello che conta è la modalità con cui è stato svolto e portato a termine il programma. Il 2° comma dell'art. 92 dispone infatti che ove lo ritenga adeguato, il Tribunale di Sorveglianza è investito del potere di *“disporre gli opportuni accertamenti in ordine al*

²² Cass. Sez. Un. 27 giugno 2001 n. 29024, Tempesta, in *Rivista Penale*, 2001, p. 801.

²³ Cass. pen. sez. IV, 14 febbraio 1997 n. 622, Arseni, in *Cassazione penale*, 1998, p. 949.

programma terapeutico e socio riabilitativo effettuato". Questa previsione solleva problemi analoghi a quelli discussi in tema di accertamento dell'idoneità del programma disposto per l'affidamento terapeutico. Non essendo poi richiesto, a differenza di quanto previsto per la concessione dell'affidamento terapeutico, la condizione di tossicodipendenza al momento dell'esecuzione della pena, non è pensabile una sua preordinazione al fine di ottenere la misura, al più il condannato avrà potuto usare la condizione di dipendenza per giustificare la commissione del reato.

Per quanto riguarda l'ampliamento dei soggetti legittimati a presentare la domanda di sospensione, visto che l'art. 91, comma 1°, riconosceva tale legittimazione solo al condannato, in particolare per quanto riguarda l'estendibilità a questa istanza della disciplina dell'art. 57 o.p., valevano le considerazioni svolte per l'analoga questione discussa in tema di legittimazione a presentare la domanda di affidamento terapeutico, con qualche precauzione in meno, specialmente nel caso in cui il percorso terapeutico si fosse già concluso, facendo venir meno la necessità di garantire l'autonomia del paziente nella sua scelta. Non ponendosi problemi di scelta terapeutica la questione è completamente scemata, nel 2006, con la soppressione del primo comma dall'art. 91: oggi quindi appare plausibile che a presentare l'istanza siano i soggetti previsti dall'art. 57 o.p.

Anche relativamente al 1° comma dell'art. 92 che prevede l'inaammissibilità dell'istanza se non è potuta avvenire la notifica al domicilio indicato nella richiesta e se l'interessato non compare in udienza valgono le considerazioni già fatte in tema di procedimento per la concessione dell'affidamento terapeutico. A questo proposito si deve però aggiungere che parte della dottrina è perplessa circa l'obbligatorietà della presenza dell'interessato all'udienza camerale per la sospensione pena. Alcuni sottolineano l'opportunità di questa prescrizione, volta a consentire al giudice, analogamente a quanto avviene per l'affidamento terapeutico, di stabilire un contatto con il richiedente, al fine di vagliarne la personalità e avere un ulteriore elemento per emettere il proprio giudizio prognostico sulla possibilità di un recupero dello stesso. Qualcuno fa invece notare che questa previsione può penalizzare il soggetto che sta continuando a combattere la dipendenza psicologica²⁴.

Rinvio alle problematiche discusse per l'affidamento terapeutico si può fare anche per la procedura prevista dal 4° comma dell'art. 91, T.U. Secondo la

²⁴ G. Amato, *Droga e attività di polizia*, cit., p. 204.

versione originaria di questo comma l'istanza per la concessione del beneficio sospensivo dell'esecuzione di una condanna detentiva poteva essere proposta dall'interessato, nei confronti del quale era già stato emesso l'ordine di carcerazione, al pubblico ministero presso la magistratura di Sorveglianza del luogo di residenza dell'interessato. Questo, previa verifica formale del presupposto temporale indicato dal 1° comma dell'art. 90, sospendeva con proprio decreto l'ordine di esecuzione della pena detentiva ed il condannato attendeva la decisione sulla richiesta di sospensione in stato di libertà.

6.5. Conclusione della sospensione pena

Gli effetti estintivi, intorno al cui contenuto c'è, come detto, qualche discussione, si verificano se chi si è visto concedere la misura nei cinque anni successivi non commette un altro delitto non colposo punibile con la reclusione²⁵ e, vigente la vecchia normativa, eventualmente fosse stato ancora in corso al momento della concessione, porta a compimento il programma terapeutico. Infatti, a norma del 2° comma dell'art. 93 T.U., l'abbandono del percorso terapeutico e riabilitativo comportava la revoca della misura. Lo stesso art. 93 prevede che la sospensione dell'esecuzione sia revocata di diritto se il condannato, nel termine dei cinque anni, commetta un delitto non colposo per cui venga inflitta la pena della reclusione²⁶. In quest'ultimo caso, la dottrina appare unanime nel ritenere che il termine di cinque anni attenga al momento in cui il delitto viene commesso e non a quello dell'intervenuta sentenza di condanna definitiva, anche se la revoca diverrà operante solo al momento del passaggio in giudicato della pronuncia di condanna. Il legislatore nel 2006 ha invece fissato con il comma 2-*bis* dell'art. 93 il termine da cui decorrono i cinque anni: tale momento coincide con la data di presentazione dell'istanza, a seguito del provvedimento di sospensione adottato dal pubblico ministero ai sensi dell'articolo 656 c.p.p. per i soggetti in libertà, e con la data della domanda di cui all'art. 91, comma 4, per i soggetti detenuti.

Stante la diversa natura dei due istituti, uno è modalità di esecuzione della pena e l'altro è sospensione della stessa, le regole relative alla revoca della

²⁵ La norma diceva con "la sola reclusione", ma la dottrina ritenne priva di senso questa espressione considerando assurdo che non influisse sulla sospensione pena un reato punito con la reclusione e una pena pecuniaria, il legislatore nel 2006 ha corretto questa anomalia parlando delitti non colposi puniti con "la reclusione".

²⁶ Cass. pen. sez. I, 12 gennaio 2000 n. 230, Bellonzi, in Cassazione penale, 2001, p. 2800, ha escluso che l'applicazione della pena detentiva su richiesta di parte, di cui all'art. 444 c.p.p., possa giustificare la revoca del beneficio.

sospensione pena sono notevolmente diverse da quella relative alla revoca dell'affidamento in casi particolari. Per l'affidamento terapeutico i comportamenti che incidono sul buon esito della misura devono essere realizzati nel periodo della pena da eseguire, o al massimo nelle more della pronuncia sul buon esito della misura stessa, mentre sulla revoca del beneficio della sospensione della pena incidono i comportamenti tenuti in un periodo, indipendente dalla durata della condanna, "di cinque anni successivi al provvedimento di sospensione".

L'accertamento di un'eventuale responsabilità penale relativa ad un delitto doloso punibile con la reclusione del soggetto ammesso a fruire della misura di cui all'art. 90 e rimesso naturalmente all'autorità giudiziaria risulterà dal casellario penale. Più complessa, data la mancata previsione dell'attivazione degli assistenti sociali dell'U.E.P.E. per seguire i condannati con pena sospesa *ex art. 90 T.U.*, era la verifica dell'ingiustificata interruzione del programma di recupero. L'art. 123 del D.P.R. 309/90 disponeva che il Ser.T. territoriale dovesse trasmettere, previa espressa richiesta, al Tribunale di Sorveglianza una relazione sull'andamento del programma, sul comportamento del soggetto e sui risultati conseguiti dal beneficiario della misura.

La legge non prevede l'intervento del Magistrato di Sorveglianza nella procedura di revoca. Questo appare coerente con le caratteristiche della misura che, da un lato, non prevede un monitoraggio continuo sul condannato, infatti, anche nella versione originaria, assumeva il programma come già quantomeno iniziato e quindi concordato al momento della concessione della sospensione pena e non attribuiva alcun poter alla Magistratura di Sorveglianza di impartite al soggetto ulteriori prescrizioni rispetto a quelle già previste. Dall'altro, la configurazione della misura non lascia lo spazio per la sua sospensione provvisoria, diversamente da quanto succede per l'affidamento terapeutico; Quindi non c'è alcun ruolo per il singolo magistrato a cui invece nel quadro di quest'ultima misura sono affidati i rapporti con la struttura sanitaria responsabile dell'attuazione del programma terapeutico.

Fino alla riforma del T.U. del 2006 era aperto il problema della competenza in tema di revoca della sospensione dell'esecuzione. In assenza di una specifica disciplina normativa, si riteneva che alla revoca della sospensione, nell'ipotesi in cui il condannato si sottraesse al programma senza giustificato motivo, dovesse provvedere direttamente il Tribunale di Sorveglianza, competente *ex art. 677 c.p.p.* (e, quindi, secondo criteri diversi da quelli previsti dall'art. 91 primo comma T.U. per l'individuazione del Tribunale competente per la

concessione della sospensione). Mentre, nel caso di perpetrazione di reati dolosi punibili con la reclusione, in analogia con la sospensione condizionale della pena, si riteneva che la competenza per la revoca fosse del giudice competente ad infliggere la nuova condanna e, solo in via subordinata, quella del giudice dell'esecuzione²⁷, ai sensi dell'art. 674 c.p.p. (che coincideva con il Tribunale di Sorveglianza che aveva emesso il provvedimento sospensivo della pena detentiva ai sensi dell'art. 90). La legge n. 49/2006 ha risolto la questione, attribuendo, esplicitamente, la competenza ad emettere il provvedimento di revoca al Tribunale di Sorveglianza che ha disposto la sospensione.

La diversa natura dei due istituti differenzia anche nettamente gli effetti della revoca della sospensione della pena da quelli dell'affidamento terapeutico. Infatti, il soggetto in affidamento subisce una limitazione della propria libertà per effetto di un provvedimento afflittivo che, come ha stabilito la Corte Costituzionale, è a tutti gli effetti una pena, tanto che, come abbiamo visto, l'intervento di una causa ostativa alla sua prosecuzione, imputabile al beneficiario, non coinvolge necessariamente l'intero periodo di pena trascorso in affidamento, che può essere considerato come pena eseguita. Al contrario, la sospensione della pena configura un periodo in cui il soggetto è "libero", per cui la sua revoca produce, inevitabilmente, l'esecuzione dell'intera pena sospesa.

6.6. La riforma dell'istituto del 2006

La riforma del 2006 ha risolto il problema della concorrenza tra sospensione pena e affidamento terapeutico, ma così facendo, a dispetto della scarsissima applicazione dell'istituto, ha, come accennato, notevolmente limitato la possibilità di accedere all'opzione premiale prevista dall'art. 90 D.P.R. n. 309/1990. Essa, infatti, consente la sua adozione nei soli casi in cui un

²⁷ La Corte di cassazione (Cass., 20 ottobre 1993, Boni, in Cassazione penale, 1995, p. 614.), chiamata a pronunciarsi sui limiti delle attribuzioni alla magistratura di sorveglianza rispetto alle diverse questioni di spettanza del giudice dell'esecuzione (riguardo alle quali non era stato specificato se ricomprendere o meno anche la revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena), ha affermato che "la esclusiva competenza della magistratura di sorveglianza in ordine ai meccanismi di cui agli artt. 90 e 91 D.P.R. 309/90 in materia di stupefacenti [...] ed a quello relativo all'affidamento in prova, contemplato dal successivo art. 94, non importa una *vis* attrattiva su tutte le questioni che si presentano nella materia dell'esecuzione della pena". La Suprema corte, proseguendo la propria disamina, ha individuato il limite della competenza dell'organo giurisdizionale di sorveglianza nella possibilità di modificare il titolo esecutivo, ma ha chiarito i confini di altre competenze sostitutive di quelle spettanti al giudice dell'esecuzione.

tossicodipendente abbia già attuato, anteriormente all'esecuzione della condanna a pena detentiva, un programma di recupero.

Oggi dunque per la concessione della sospensione pena *ex art.* 90 T.U. devono sussistere: *a)* una condanna a pena detentiva che non superi, anche se residua, i 6 anni ovvero i 4 anni se relativa ad un titolo esecutivo comprendente un reato di cui all'*art.* 4-*bis* legge n. 354/1975 (in seguito alla novella di cui alla legge n. 49/2006); *b)* la commissione di un reato come conseguenza della personale condizione di tossicodipendenza; *c)* l'accertato esperimento da parte dell'interessato di un programma terapeutico e socio-riabilitativo intrapreso presso una struttura pubblica o privata autorizzata ai sensi dell'*art.* 116 D.P.R. n. 309/1990 già definito, od in corso alla presentazione dell'istanza, che si sia (comunque), concluso con un esito positivo; *d)* la dimostrazione del grave pregiudizio che deriverebbe dalla protrazione dello stato di detenzione; *e)* l'inesistenza di elementi legittimanti il pericolo di fuga. Per il resto, anche in questo caso, come per l'affidamento terapeutico, la modifica più appariscente del 1° comma dell'*art.* 90 riguarda l'aumento del limite di pena che consente la concessione della misura e l'esplicita previsione che ad essa possono accedere, anche in questo caso in analogia con quanto stabilito per l'affidamento terapeutico, i condannati di un reato di cui all'*art.* 4-*bis* o.p., ma con un limite di pena irrogata inferiore. In virtù di queste modifiche oggi, la disposizione consente al tossicodipendente condannato di fruire del beneficio sospensivo della pena detentiva, ove la sanzione irrogata dal Giudice, anche se congiunta a pena pecuniaria, costituente o meno residuo di maggior pena in parte già scontata, non sia superiore al limite quantitativo di 6 anni ovvero di 4 anni per reati compresi nell'*art.* 4-*bis* legge n. 354/1975.

Oggi dunque l'istituto dell'affidamento terapeutico (*art.* 94 T.U.) e quello della sospensione pena (*art.* 90 T.U.) hanno presupposti chiaramente distinti. L'affidamento in prova in casi particolari presuppone l'attualità dello stato di tossicodipendenza ed il serio intendimento del condannato di sottoporsi ad un percorso terapeutico e socio-riabilitativo con finalità detossicanti. La sospensione dell'esecuzione della pena trova il proprio fondamento nella situazione esattamente opposta, data dall'avvenuto completamento, con esito positivo, del percorso terapeutico da parte del richiedente, già condannato per un reato commesso a cagione del proprio stato di tossicodipendenza. Il legislatore ha dunque ritenuto di assecondare la prassi della Magistratura di Sorveglianza che, come visto, ha ritenuto l'istituto della sospensione pena meno adatto ai soggetti che hanno un programma in corso rispetto all'affidamento

terapeutico che, grazie alle prescrizioni e i controlli, è sembrato contemperare meglio le esigenze di tutela della collettività da una parte e della salute dell'interessato dall'altra.

Come visto la legge n. 49/2006 ha poi profondamente modificato l'art. 91 D.P.R. n. 309/1990 che regola il procedimento applicativo della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

Il comma 1° della disposizione, che individuava la competenza a decidere sulla misura in capo al Tribunale di Sorveglianza del luogo di residenza, è stato abrogato, in quanto ritenuto pleonastico, dato che la competenza a decidere a questo organo è già attribuita dal primo comma dell'art. 90.

Il 2° comma dell'articolo è stato novellato prevedendo che, come è stato disposto per l'istanza di affidamento terapeutico, la documentazione afferente l'esperimento del programma terapeutico e socio-riabilitativo presso una struttura pubblica o privata autorizzata (ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 309/1990), nonché la certificazione della procedura di accertamento dello stato di tossicodipendenza del soggetto deve essere allegata all'istanza di sospensione a pena di nullità. Mentre sembra possa avvenire in un momento successivo l'acquisizione della relazione finale di cui all'art. 123 D.P.R. n. 309/1990²⁸, prevista dal nuovo primo comma dell'art. 90. In questo caso però le conseguenze della previsione dell'allegazione all'istanza a pena di nullità è molto meno devastante, vuoi per lo scarso utilizzo della misura, vuoi, soprattutto perché, riguardando la certificazione un percorso ormai avvenuto, non si pone il problema dell'accesso alla misura di soggetti segnalati ai Ser.T. per la prima volta in conseguimento del loro arresto. Non si pone, in altre parole, il problema dei tempi ristretti per l'elaborazione del programma e la predisposizione delle certificazioni, che finisce per escludere molte persone con problemi di dipendenza dall'affidamento terapeutico.

E' stato infine riformulato il 4° comma dell'art. 91 prevedendo – nel caso in cui venga presentata una domanda di sospensione in relazione ad un ordine di

²⁸ Articolo 123 Verifica del trattamento in regime di sospensione di esecuzione della pena nonché di affidamento in prova in casi particolari

1. Ai fini dell'applicazione degli istituti di cui agli articoli 90 e 94, viene trasmessa dall'azienda unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alle tabelle I e II, sezioni A, B e C, previste dall'articolo 14.

1-bis. Deve, altresì, essere comunicata all'autorità giudiziaria ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento adottato.

carcerazione già eseguito –la competenza a decidere in capo al Magistrato di Sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione e non più in capo al pubblico ministero (in argomento all’abrogazione del comma 3 dell’art. 91).

Sempre per quanto riguarda la procedura il legislatore del 2006 ha, inoltre, novellato il 2° comma dell’art. 90 prevedendo che la commissione di un delitto non colposo punibile con la reclusione, successiva all’inizio del programma e antecedente alla concessione, già prevista come fatto ostativo alla stessa concessione del beneficio, rende inammissibile la domanda.

La legge n. 49 ha risolto anche la problematica relativa alla mancanza di una normativa circa il sopraggiungere a carico del soggetto che si è giovato della sospensione pena di un nuovo titolo esecutivo che importi il superamento del parametro edittale previsto dalla norma (6 anni ovvero 4 anni, in presenza di delitti previsti dall’art. 4-*bis* legge 354/1975). Il legislatore ha infatti aggiunto all’art. 90 il comma 4-*bis*, secondo il quale alla misura prevista dall’art. 90 D.P.R. n. 309/1990 “*Si applica, per quanto non diversamente stabilito ed ove compatibile, la disciplina prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*”. Ora è quindi pacifico che anche per questo istituto vale l’art. 51-*bis* legge n. 354/1975 per cui si procederà a revoca della misura solo nel caso di sopravvenienza di titoli privativi della libertà che determinino il superamento del parametro oggettivo per accedere alla misura sostitutiva della pena detentiva.

Per quanto riguarda la revoca va sottolineato che la nuova formulazione dell’art. 93 comma 2°, del T.U. sugli stupefacenti prevede espressamente che il Tribunale di Sorveglianza si pronunci sull’estinzione della pena al termine del periodo di sospensione.

E’ stato poi previsto che “il Tribunale di Sorveglianza, qualora l’interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può altresì sospendere anche l’esecuzione della pena pecuniaria che non sia stata già riscossa”. L’estensione della sospensione anche alla pena pecuniaria che non sia stata già escussa, in favore del soggetto che versa in disagiate condizioni economiche, è stata prevista anche per il buon esito dell’affidamento ordinario e, quindi, anche terapeutico.

Per quanto attiene al buon esito dell’affidamento il problema dell’estinzione della pena pecuniaria era stato a lungo oggetto di una controversia giurisprudenziale²⁹. Il Tribunale di Sorveglianza di Roma, che ha sempre

²⁹ R. Tucci, “*Riflessioni sulla natura dell’affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle sezioni unite*”, cit.

adottato una giurisprudenza secondo cui il buon esito dell'affidamento estingue anche la pena pecuniaria, si era pronunciato³⁰ anche in favore dell'inclusione della pena pecuniaria negli effetti sospensivi della misura prevista dall'art. 90 D.P.R. n. 309/1990, quale disposizione tendente al recupero del condannato per violazione della legge sugli stupefacenti pur riferita all'esecuzione delle sole pene detentive, anche alla esecuzione di una pena non detentiva. La Cassazione invece si era presto orientata nel senso che il buon esito dell'affidamento non estingue la pena pecuniaria e riguardo all'affidamento ha sostenuto³¹ che

L'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena previsto, con espresso riferimento alla pena detentiva, dall'art. 90 t.u. sugli stupefacenti approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in favore di soggetti che siano stati condannati per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, non può trovare applicazione - in considerazione, oltre che del testuale tenore della norma, anche delle sue specifiche finalità - con riguardo alla pena pecuniaria, il cui pagamento non può essere ritenuto di ostacolo al conseguimento dei risultati del programma terapeutico e socio-riabilitativo in vista della cui attuazione la sospensione viene disposta

La scelta del legislatore è stata in generale accolta con favore anche dalla dottrina più critica della premialità dell'istituto che ha valutato l'innovazione comunque "apprezzabile [...] attesa l'indubbia valenza di tale possibilità sotto il profilo della risocializzazione dei condannati, anche se non avrebbe guastato un po' di lungimiranza in più nel concepire strumenti, che al condono del debito nei confronti dello Stato in favore del condannato, abbinassero forme di restituzione sociale e di risarcimento alle vittime dei reati"³².

6.7. Il sostanziale non utilizzo della misura

La disposizione di cui all'art. 90 aveva suscitato in dottrina, oltre a qualche plauso, molte critiche per l'eccessiva genericità delle proprie disposizioni, capaci di creare dubbi interpretativi. Tuttavia, a distanza di quattro lustri dalla sua introduzione, l'utilizzo che della stessa è stato compiuto ne ha palesato la sostanziale inutilità. La genericità della normativa, la carenza di parametri certi per l'individuazione concreta di quali siano i reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza, cui collegare l'applicazione della misura premiale, e la, conseguente, scarsa chiarezza dei confini entro cui deve essere utilizzata ha

³⁰ Trib. Roma 06/08/1998 in Giurisprudenza di merito, 1999, p. 338 (nota Palladino).

³¹ Cass. pen. sez. I, 28 novembre 2000 n. 5326, Sallicati, in Cassazione penale, 2002, p. 3208.

³² F. Fiorentin, *Pena sospesa se il soggetto è recuperato*, cit., p. 107-8.

provocato la sua sostanziale emarginazione dagli strumenti quotidianamente adoperati dalla Magistratura di Sorveglianza.

La prima considerazione che si deve fare è che una vasta area di soggetti che poteva accedere all'affidamento terapeutico non aveva i requisiti richiesti dalla legge per ottenere la sospensione condizionale della pena. Essa, infatti, diversamente dall'affidamento in casi particolari, non poteva essere richiesta da quei tossicodipendenti che, non avessero ancora iniziato il percorso terapeutico, ma avessero intenzione di farlo e da tutti gli assuntori di sostanze stupefacenti al momento dell'esecuzione penale che avevano commesso un reato non riconducibile al loro stato di dipendenza, quindi in primo luogo da coloro che non erano tossicodipendenti al momento del reato.

Dopo la riforma operata dalla legge n. 49 del 2006, la fascia di soggetti che possono accedere al beneficio è stata sulla carta ulteriormente ristretta, escludendo anche tutti coloro che hanno il percorso terapeutico ancora in corso. Restrizione più teorica che effettiva, considerato che la giurisprudenza si era già da tempo orientata in modo pressoché compatto verso la concessione dell'affidamento terapeutico per questi soggetti, dato il maggiore controllo sull'andamento del percorso terapeutico che esso consente.

Gli unici dati disponibili su questa misura sono quelli raccolti, ma non resi pubblici, dal Consiglio Superiore della Magistratura, sulla base delle indicazioni dei Tribunali di Sorveglianza, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, che non raccoglie i dati delle sospensioni delle pene, dato che non si tratta di una forma di esecuzione pena e che, quindi, non lo riguarda. Essendo poi i dati, in possesso del Consiglio Superiore della Magistratura, relativi ai provvedimenti adottati dai Tribunali, non ci sono dati relativi alle sospensioni pena *ex art.* 90 in corso anno per anno, ma solo sulle sue concessioni. Secondo i dati forniti dal Consiglio Superiore della Magistratura le sospensioni pena concesse dal 2002 al 2008 sono state: 166, a fronte di 1224 istanze (di cui 705 respinte e 353 dichiarate inammissibili) con una percentuale di concessione del 13,5% nel 2002; nel 2003 si registrano 99 concessioni a fronte 1255 istanze (di cui 724 respinte e 432 dichiarate inammissibili), con un tasso di concessione del 7,88%; nel 2004 le concessioni sono 173, le istanze 1219 (di cui respinte 686, quelle dichiarate inammissibili 360), con un tasso di concessione del 14,19%; nel 2005 si registrano 127 concessioni a fronte di 1031 istanze (di cui 572 domande respinte e 332 dichiarate inammissibili), con un tasso di accoglimento del 12,31%; nel 2006 anno dell'indulto, approvato a luglio, e della legge n. 49 (che fu in vigore tutto l'anno, dato che era stata

proceduta del decreto di fine dicembre 2005) le concessioni furono solo 68, su 710 istanze (di cui respinte 287, e 355 inammissibili) con un tasso di accoglimento del 9,57 per cento; nel 2007, anno su cui si continuano ad avvertire gli effetti dell'indulto le concessioni furono solo 21, le istanze appena 180 (di cui 79 respinte e 90 dichiarate inammissibili) con un tasso di accoglimento del 11,66%; nel 2008, nonostante che gli effetti dell'indulto cominciassero a scemare, anche tenuto conto che la sospensione pena viene concessa soprattutto dalla libertà, le misure concesse furono comunque pochissime, 18, a fronte di sole 355 istanze (di cui 124 respinte e 213 dichiarata inammissibili), con un tasso di accoglimento del 2,25%.

Purtroppo, il Consiglio Superiore della Magistratura non ha dati più recenti, e quindi non si può valutare il proseguimento del *trend*. Questi dati mostrano sia lo scarsissimo utilizzo della misura, sia l'effetto delle restrizioni, anche tenuto conto dell'effetto dell'indulto del luglio 2006, introdotte dalla legge n. 49. Sul primo punto basta confrontare i dati delle concessioni delle sospensioni pene con quelle risultanti dalle statistiche del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria³³ per rendersi conto dell'utilizzo marginale della misura premiale della sospensione ritenuta inadatta per la scarsità dei controlli che essa consente: nel 2004 dai dati del D.A.P. risultano 3332 affidamenti terapeutici presi in carico dall'amministrazione penitenziaria, a fronte di 173 sospensioni pena concesse (le sospensioni sono quindi il 5,19% degli affidamenti); nel 2005 gli affidamenti terapeutici iniziati furono 3618 a fronte delle 127 sospensioni concesse (il 3,51%); nel 2006, anno dell'indulto, gli affidamenti terapeutici iniziati erano 2930, a fronte di 68 concessioni di sospensione pena (2,32%); nel 2007 iniziarono 1127 affidamenti terapeutici e furono concesse 21 sospensioni pene (1,86%); nel 2008 gli affidamenti terapeutici iniziati furono 1455, le sospensioni concesse 18 (1,23%). Per quanto riguarda l'impatto della legge n. 49, i numeri sono chiari, le pur poche concessioni dal 2006 subiscono una drastica riduzione: a fronte di un numero di sospensioni pena oscillante tra le 100 e le 170 tra il 2002 e il 2005, ne abbiamo 21 nel 2007 e 18 nel 2008³⁴; le sospensioni pena passano dalla già modesta percentuale del 5,19% degli affidamenti terapeutici, alla percentuale quasi ridicola dell'1,23% di essi.

³³ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.wp

³⁴ Il dato del 2006 di 68 concessioni è molto ambiguo, sia per gli effetti dell'indulto, sia perché un certo numero di istanze furono sicuramente presentate a fine del 2005 e quindi ricadevano sotto la vecchia normativa.

La pochezza dei dati relativi all'istituto e, in particolare il fatto che esso non sia menzionato in alcuna delle "Relazioni annuali al Parlamento sullo stato delle tossicodipendenze" sono la più chiara testimonianza della sua sostanziale non-applicazione ed irrilevanza pratica.