



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

STUPEFACENTI E TOSSICODIPENDENZA

TRATTAMENTO SANZIONATORIO, CARCERE E MISURE ALTERNATIVE

a cura di

GABRIELE FORNASARI

ANTONIA MENGhini

2024



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

89

2024

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2024

by Università degli Studi di Trento

Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-086-1

ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea grazie al contributo del Dipartimento Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli con ISBN 979-12-235-0124-5.

Dicembre 2024

STUPEFACENTI E TOSSICODIPENDENZA

TRATTAMENTO SANZIONATORIO, CARCERE
E MISURE ALTERNATIVE

a cura di
GABRIELE FORNASARI
ANTONIA MENGHINI

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

	Pag.
Antonia Menghini	
<i>Prefazione</i>	VII
Silvio Riondato	
<i>Profili di politica penale e criminale nella lotta contro gli stupe-</i> <i>facenti</i>	1
Isabella Merzagora	
<i>Le droghe e lo spirito del tempo</i>	19
Fabio Gianfilippi	
<i>Dipendenze e alternative alla detenzione</i>	43
Elena Mattevi	
<i>Il lavoro di pubblica utilità per i casi contemplati dal Testo Uni-</i> <i>co in materia di sostanze stupefacenti (d.P.R. 9 ottobre 1990, n.</i> <i>309). Una sanzione sostitutiva in ascesa</i>	63
Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg	
<i>Riflessioni sull'affidamento in prova in casi particolari</i>	89
Andrea Di Nicola, Giulia Perrone	
<i>Rieducazione e tossicodipendenza: il punto di vista del crimino-</i> <i>logo</i>	129
Antonia Menghini	
<i>Carcere, droga e tossicodipendenza. La realtà dei circuiti a cu-</i> <i>stodia attenuata per detenuti tossicodipendenti</i>	141
Sandro Libianchi	
<i>Patologie da dipendenza e trattamento sanitario in carcere e</i> <i>nelle misure alternative. L'esigenza di integrazione dei saperi</i> <i>professionali è prioritaria per consentire l'esercizio dei diritti</i> <i>dell'adulto autore di reato</i>	171

INDICE

	Pag.
Francesca Pesce	
<i>Analisi economica del diritto penale e misure alternative per tossicodipendenti</i>	205
Maurizio Sgrò	
<i>Giustizia penale, misure alternative e prestazioni sanitarie penitenziarie nell'ambito della dipendenza da sostanze psicoattive</i>	217

RIFLESSIONI SULL'AFFIDAMENTO IN PROVA IN CASI PARTICOLARI*

Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Premesse metodologiche: per un approccio “intersezionale”. 3. Caratteri generali e storia dell’istituto. 4. Posizione nell’ambito delle misure predisposte a favore delle persone con disturbo da uso di sostanze stupefacenti. 5. Presupposti per l’accesso alla misura. 5.1. Lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza. 5.2. L’aver in corso un programma di recupero o l’intenzione di sottoporvisi. 5.3. Allegati alla domanda. 6. I possibili esiti della misura. 7. I problematici rapporti fra l’art. 94 T.U.L.S. e le preclusioni alla concessione dell’affidamento in prova ordinario. 7.1. Preclusioni ex art. 4-bis o.p. 7.2. Preclusioni ex art. 58-quater o.p. 8. Art. 94 T.U.L.S. e riforma Cartabia. 9. L’affidamento in prova in casi particolari del condannato minorenni. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

La presente relazione non si dilungherà né su questioni “pacifiche” né su temi meramente procedurali relativi all’istituto in esame. Ciò, infatti, porterebbe lontano dall’obiettivo di questa riflessione, che è quello di approfondire luci e ombre dell’istituto dell’affidamento in prova in casi particolari, affrontando punti spinosi che sono rimasti, tendenzialmente, in secondo piano.

Tutti i rami dell’ordinamento si preoccupano di “assistere” le persone che abusano di sostanze alcoliche o stupefacenti, primo fra tutti il diritto civile, con l’(ormai quasi sconosciuto alla prassi) istituto dell’inabilitazione.

* Si ringraziano i professionisti in servizio presso il Ser.D. di Trento, il carcere di Bergamo, alcuni S.M.I. lombardi e la comunità terapeutica “Casa di Giano” per i preziosi spunti e consigli.

Così anche il diritto penale, che sembra trattare il fenomeno della tossicodipendenza in modo incostante¹, ben rispecchiando una società che, in questo più che in altri luoghi del discorso politico, risulta assai polarizzata².

In questo contesto si colloca l'istituto dell'affidamento in prova in casi particolari, che si manifesta in due "forme".

Il riferimento va, in primo luogo, alla misura alternativa disciplinata dall'art. 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, emanato a seguito di delega conferita al Governo con legge 162/1990³.

¹ Questo emerge con evidenza in varie pieghe ordinamentali. Si pensi, per esempio, alle aggravanti previste per l'ubriachezza abituale (art. 94, co. 1, c.p.) e per la commissione del reato sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze (art. 94, co. 3, c.p.). Al netto di disarmonie interne allo stesso art. 94 c.p., queste situazioni non sono nettamente distinguibili da quelle, aventi rilievo attenuante o addirittura di esclusione della pena, della cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti (art. 95). Si pensi, ancora, alle rigide sanzioni previste per la cessione e vendita di sostanze stupefacenti, cui fa da contraltare l'area sempre più ampia di irrilevanza penale quanto all'uso personale.

² Si è efficacemente osservato che «il pendolo delle strategie di contrasto penale è continuamente oscillato tra posizioni assistenzialiste, che considerano il drogato una persona da curare e/o da recuperare alla società, e ondate proibizioniste, che eleggono nel diritto penale lo strumento per cercare di sradicare il problema o quantomeno emarginare l'autore che tale problema rappresenta, togliendolo alla vista della società»: O. DI GIOVINE, *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" oppure "un fascio per ogni erba"?*, in *Legislazione penale*, 2020, 5.

³ L'art. 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Affidamento in prova in casi particolari) oggi recita: "1. Se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero o che a esso intenda sottoporsi, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma da lui concordato con un'azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116. L'affidamento in prova in casi particolari può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Alla domanda è allegata, a pena di inammissibilità, 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 alcooldipendenza, 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 la sua idoneità, ai fini del recupero del condannato. Affinché il trattamento sia eseguito a carico del Servizio sanitario nazionale, la struttura interessata deve essere in possesso dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8-*quater* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, ed aver stipulato gli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies* del citato decreto legislativo. 2. Se l'ordine di carcerazione è stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza il quale, se l'istanza è ammissibile, se sono offerte 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 disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al comma 4. Sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il magistrato di sorveglianza è competente all'adozione degli ulteriori provvedimenti di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. 3. Ai fini della decisione, il tribunale di sorveglianza può anche acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico concordato; deve altresì accertare che lo stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 92, commi 1 e 3. 4. Il tribunale accoglie l'istanza se ritiene che il programma di recupero, anche attraverso le altre prescrizioni di cui all'articolo 47, comma 5, della legge 26 luglio 1975, n. 354, contribuisce al recupero del condannato ed assicura la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati. Se il tribunale 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'alcooldipendente inizi immediatamente o prosegua il programma di recupero. L'esecuzione della pena si considera iniziata dalla data del verbale di affidamento, tuttavia qualora il programma terapeutico al momento della decisione risulti già positivamente in corso, il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione. 5. (Comma abrogato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10). 6. Si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla legge 10 giugno 1986, n. 663. 6-*bis*. 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 socia-

Una ulteriore declinazione dell'affidamento in prova in casi particolari, di cui si tratterà *breviter* alla fine della presente relazione, è quella di misura penale di comunità di cui all'art. 2, d.lgs. 121 del 2 ottobre 2018, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*⁴.

2. Premesse metodologiche: per un approccio "intersezionale"

Sono molte le chiavi di lettura con cui potrebbe essere approcciato il tema oggetto del presente contributo.

Si potrebbero mettere in luce i complessi rapporti fra la legge e la scienza medica, oltre alle non secondarie 'tensioni' all'interno della stessa scienza medica circa i migliori metodi diagnostici da applicare nel campo dei disturbi da uso di sostanze⁵.

le anche qualora la pena residua superi quella prevista per l'affidamento ordinario di cui all'articolo 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354. 6-ter. Il responsabile della struttura presso cui si svolge il programma terapeutico di recupero e socio-riabilitativo 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 e dell'accreditamento di cui all'articolo 117, ferma restando l'adozione di misure idonee a tutelare i soggetti in trattamento presso la struttura".

⁴ Come si vedrà *infra*, § 9, la misura, in questi casi, si colora di alcuni ulteriori presupposti, previsti proprio dal menzionato art. 2.

⁵ Si pensi, per esempio, alla 'concorrenza' tra il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (breviter D.S.M.), elaborato dalla *American Psychiatric Association*, e la classificazione statistica internazionale delle malattie e dei problemi sanitari correlati (breviter ICD-10) adottata dall'Assemblea Mondiale della Sanità (WHA), i cui criteri diagnostici vengono espressamente citati nel *Protocollo operativo tra FeDer-SerD (federazione italiana degli operatori dei dipartimenti e dei servizi delle dipendenze) e CONAMS (coordinamento nazionale magistrati di sorveglianza) per la applicazione dell'affidamento in prova in casi particolari ai sensi dell'art. 94 del d.P.R. 309/90*, sottoscritto a Roma il 19 gennaio 2018, 8.

Si potrebbero affrontare le armonie e le dissonanze del rapporto tra la liberazione dalle dipendenze e la libertà personale⁶.

Si potrebbe parlare di determinismo e di libero arbitrio, temi molto amati dalla dogmatica classica, che però si declinano in modo affatto particolare quando fanno il loro ingresso nel discorso le dipendenze, oppure della contrapposizione fra le impietose statistiche e gli umani successi nella cura delle dipendenze resi possibili dall'affidamento in casi particolari.

Ancora, il tema potrebbe essere affrontato valutando il peso dei molti pregiudizi sulla vita dei destinatari di questa misura, che a volte preferiscono non fruirne per evitare lo stigma che ne conseguirebbe, come contrapposti alla preparazione dei professionisti che si trovano a fronteggiare giorno per giorno i mille problemi posti dalla cura della dipendenza⁷.

⁶ Si consideri che, a volte (anche se raramente), è meglio curare una dipendenza in carcere piuttosto che fuori dal carcere, o comunque con la 'minaccia' di un eventuale ritorno in carcere nel caso in cui il soggetto trasgredisca. Infatti, allo scadere della misura alternativa dell'affidamento in casi particolari molti abbandonano i programmi per ricadere nel dramma della tossicodipendenza. Ad ogni modo, tendenzialmente, come rilevato nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale, «[t]ossicodipendenza e carcere non si coniugano. È dato inconfutabile, infatti, che il carcere acuisca in modo esponenziale le problematiche dell'individuo: incide, ancor di più, su un'interiorità e un'esistenza già provate; accentua il tasso di recidiva di coloro che ivi scontano la pena (al contrario di coloro che usufruiscono delle misure alternative). Quest'ultimo dato, soprattutto, è idoneo a smentire l'ipotesi che il carcere possa avere un qualche effetto deterrente per chi è abitualmente dedito ad assumere sostanze stupefacenti. Questa ipotesi è contraddetta anche dagli studi neurobiologici, che dimostrano che il "premio" (il piacere/sollievo procurato dalle droghe) ha sempre un potere motivante sull'individuo superiore alla "punizione", anche quando certa» (p. 18).

⁷ Non solo. Si potrebbe anche parlare della difficoltà per gli operatori di porsi degli obiettivi nella cura delle dipendenze, a cavallo fra la necessità di disintossicare e la voglia di riabilitare; dei rapporti fra privato e pubblico nella gestione delle alternative al carcere per i soggetti che abusano di sostanze; del precario equilibrio fra istanze di prevenzione ed esigenze di cura; della complessità del fenomeno regolato, che cozza con la semplificazione necessaria e insita nella legiferazione; dei rischi che porta con sé tale – pur necessaria – semplificazione concettuale, madre di perniciose tassonomie dimentiche della necessità di un approccio integrato al problema della tossicodipendenza e delle alternative al carcere. Si pensi, per esempio, alla pericolosa contrapposizione tra

Da ultimo, ed è questo l'approccio che adotterò, si potrebbe mettere al centro il destinatario di queste misure nella sua individualità, con un approccio, se si vuole, di tipo "intersezionale"⁸.

Questa chiave di lettura della discriminazione è utile anche per studiare la posizione giuridica di una persona che si trova ad avere a che fare con l'esecuzione penale.

Non è possibile comprendere appieno la situazione in cui si trova una persona analizzando separatamente le distinte normative di cui essa è destinataria in ragione, per esempio, del suo essere affetta da disturbo da uso di sostanze, del fatto che debba scontare una pena detentiva, della sua minore età, della sua condizione di straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato, ecc.⁹.

programmi territoriali e di comunità, due "poli" che dovrebbero essere integrati in prospettiva diacronica seguendo la cura del soggetto.

⁸ "Intersezionalità" (*intersectionality*) è un concetto coniato da Kimberlé Crenshaw in un noto articolo del 1989 (K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Iss. 1, Article 8). Si tratta di un neologismo che ha, alla base, la metafora dell'incrocio stradale. Più nel dettaglio, «se pensiamo a una persona situata al centro di un incrocio e ipotizziamo che il veicolo proveniente da ogni strada che vi converge sia una categoria dell'identità, allora si può desumere che gli incidenti (discriminazioni, oppressioni, discorsi d'odio) causati simultaneamente da più autovetture al centro dell'incrocio siano "qualitativamente diversi" da quelli prodotti da un veicolo alla volta. Fuori dalla metafora, dall'*interazione* tra due o più caratteristiche dell'identità derivano specifici insulti, discriminazioni, immagini e forme di oppressione "qualitativamente diversi" (Crenshaw 1991) da quelli sperimentati sulla base di una singola categoria. Le categorie dell'identità si fondono in un modo che rende difficile, se non impossibile, ricondurre "l'incidente" discriminatorio od ostile a una sola tra loro: è all'intersezione tra loro che bisogna, dunque, guardare»: B.G. BELLO, *Il discorso d'odio (non) è (sempre) a compartimenti stagni*, in https://www.treccani.it/magazine/lingua_italiana/speciali/Hate_speech/02_Bello.html.

⁹ Per questo sono fondamentali i rilievi, contenuti nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale (p. 19), secondo cui per «[...] gli stranieri senza permesso di soggiorno [...] spesso la dipendenza da alcool o stupefacenti risulta essere il reale approdo del fallimento del loro progetto migratorio, acuendone l'emarginazione e la vulnerabilità. Tale "fetta" consistente della popolazione carceraria gode, fra l'altro, di minori benefici rispetto al detenuto "indigeno". Nella stragrande maggioranza, infatti, i detenuti "dipendenti" stranieri non riescono ad accedere ai benefici connessi al loro

La posizione giuridica di un minorenne straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato che deve scontare una pena in una condizione di disturbo da uso di sostanze è frutto dell'intersecarsi di complesse normative che solo contemplate nel loro insieme rivelano al teorico i problemi che ostano, nella pratica, al reinserimento – o addirittura all'inserimento – in società del singolo.

Questo approccio è, fra l'altro, costituzionalmente fondato. Come noto, infatti, la Costituzione mette al centro del proprio disegno la persona umana (artt. 2 e 3) e in particolare, per quanto qui più interessa, il condannato (art. 27, co. 3, Cost.) in carne e ossa¹⁰.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della *singola* persona umana, del *singolo* condannato, con tutto il suo fardello, non di un idealtipo (trasfigurato in normotipo) di “condannato”, di “immigrato”, di “tossicodipendente”, di “minore”, ecc.

Il processo di generalizzazione, astrazione e compartimentalizzazione – nonché, in una certa misura, semplificazione – che inevitabilmente caratterizza l'attività legislativa, rischia di comprimere i diritti fondamentali dei singoli che, lungi dal rispondere al normotipo di uno solo di questi plessi normativi, si collocano nei punti di intersezione fra questi¹¹.

status di dipendenza, anche quando ne hanno diritto, per il semplice fatto che non sono nelle condizioni di proporre una progettualità terapeutica e di reperire all'esterno quella residenzialità in grado di fornire sufficienti garanzie alla magistratura di sorveglianza».

¹⁰ Si è affermato, sul punto, che «[l']entrata in vigore del testo costituzionale segna [...] il necessario superamento dell'impostazione figlia della supremazia speciale e del carcere quale “istituzione totale”: è lo stesso impianto della Carta costituzionale, che statuisce il “primato della persona umana e dei suoi diritti” attraverso l'affermazione perentoria del principio personalista e di quello di uguaglianza sostanziale, ad esigerlo, come peraltro non manca di segnalare anche la Corte costituzionale in alcuni importanti arresti [...]»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 163-164.

¹¹ Si pensi, per esempio, agli enormi problemi che si trovano a dover affrontare le persone senza fissa dimora o gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato per poter accedere alle misure alternative, leniti dalla sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 7458 del 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006). A questo proposito, il Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale ha unanimemente avanzato la proposta (n. 3) di «Procedere a una revisione complessiva della legislazione sulla droga secondo le seguenti linee: [...] 6) defini-

Ciò premesso, è possibile ora procedere allo studio di un istituto che già di per sé nasce come “intersezionale”, rivolgendosi a condannati affetti da disturbo da uso di sostanze alcoliche e stupefacenti.

3. Caratteri generali e storia dell'istituto

Giova premettere che le misure alternative rappresentano modi di punire alternativi al carcere di competenza della magistratura di sorveglianza. Esse intervengono a giudizio già formato e, a volte, anche dopo che è stata scontata una parte della pena, per favorire il graduale reinserimento del soggetto nella società.

Si tratta quindi di misure, molto diverse fra loro, che coniugano limitazioni della libertà (componente afflittiva) e contenuti che mirano alla risocializzazione (componente rieducativa)¹².

La misura alternativa più significativa è l'affidamento in prova al servizio sociale, che permette al condannato di uscire dal carcere (o di non entrarvi) in cambio dell'impegno di questi a sottoporsi a una prova che dura quanto il periodo della pena da espiare. Lo svolgimento della prova è costantemente monitorato dall'Ufficio di esecuzione penale esterna.

La misura oggetto del presente contributo presenta caratteri fortemente differenziati non solo rispetto alle altre misure alternative, ma anche rispetto al suo “fratello” più prossimo, e cioè al poc'anzi menzionato affidamento in prova al servizio sociale¹³.

zione del diritto certo degli stranieri alle alternative terapeutiche (per i detenuti stranieri, apolidi o senza fissa dimora deve prevedersi espressamente che essi fruiscano della assistenza relativa alla condizione di tossicodipendenza a carico del Servizio sanitario nazionale nel cui territorio hanno dimora ovvero nel quale comunque si trovano o, infine, nel territorio in cui ha sede l'istituto penitenziario di assegnazione)». Si tratta di una indicazione che tenta proprio di controbilanciare la tendenza alla generalizzazione implicita nel legiferare con un'analisi (intersezionale) dei problemi posti dai casi singoli, necessario motore di un miglioramento delle norme generali e astratte.

¹² F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, 177-178.

¹³ Posta questa necessaria premessa, va rilevato che queste misure, basandosi su un programma, pur avendo ‘volti’ diversi possono facilmente convergere nella prassi. Sul

Ragioni di tempo non permettono di evidenziare, in questa sede, tutti i punti di contatto e di distanza fra queste due misure; è però fondamentale chiarire quali siano i motivi di questa forte differenziazione della misura dell'affidamento in casi particolari.

Come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 377/1997 (redattore Onida),

[l]'affidamento in prova "in casi particolari" [...] pur inserendosi come *species* nel *genus* dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario [...], pur non essendo del tutto estraneo alla logica generale dell'affidamento in prova, quella cioè di perseguire la risocializzazione del condannato attraverso regimi diversi da quello carcerario, si fonda su presupposti e persegue finalità nettamente differenziati.

Infatti,

nel caso del tossicodipendente la prima e fondamentale azione di risocializzazione da perseguire è la cura dello stato di tossicodipendenza, attraverso programmi che non potrebbero essere eseguiti se proseguisse o iniziasse la detenzione in carcere.

Certo, però, "non è tutto oro quel che luccica": come opportunamente rilevato nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale, infatti,

punto, si consideri che il Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale ha unanimemente avanzato la proposta (4.1) di «[i]ntensificare l'affidamento ordinario per i soggetti con uso problematico/dipendente; promuovere una maggiore integrazione fra affidamento terapeutico e affidamento ordinario. Promuovere protocolli sull'esempio di quello sottoscritto nel 2010 fra la Regione Emilia-Romagna e il Tribunale di sorveglianza di Bologna che, in merito all'esecuzione penale nei confronti di tossicodipendenti, prevede: "Considerati i limiti rigorosi di concedibilità dell'affidamento terapeutico e le diverse tipologie di problemi legati al consumo di stupefacenti, può essere ravvisata dalla Magistratura di sorveglianza, in base alle proprie fonti istruttorie, l'opportunità di concedere altre misure alternative o di disporre misure di sicurezza... inserendo nelle relative ordinanze prescrizioni che prevedano il contatto col Sert per accertamento ed eventuale monitoraggio/cura/sostegno rispetto all'uso di sostanze o abuso di alcol"».

[l]'attuale struttura complessiva della disciplina riguardante l'incrocio fra dipendenza ed esecuzione penale sembra scontare [...] un difetto di origine: essa è stata congegnata – e sviluppata nel tempo – muovendo da un'idea della dipendenza quale fattore di rischio per la collettività e, comunque, elemento idoneo a porre in una posizione di subvalenza l'esigenza di tutela della salute del dipendente da sostanze alcoliche o stupefacenti¹⁴.

Questo istituto venne introdotto nell'articolato della legge sull'ordinamento penitenziario a metà anni Ottanta¹⁵ all'art. 47-*bis*, topicamente vicino all'affidamento in prova "ordinario". La disposizione è poi "confluita" nel d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U.L.S.)¹⁶.

Significativamente, nel corso degli anni il limite di pena entro il quale si può chiedere l'affidamento in prova in casi particolari è lievitato fino ad arrivare agli attuali sei anni (o quattro se la pena da scontare è relativa a un titolo esecutivo "comprendente reato di cui all'art. 4-*bis*" della legge sull'ordinamento penitenziario).

4. Posizione nell'ambito delle misure predisposte a favore delle persone con disturbo da uso di sostanze stupefacenti

Per quanto attiene alla sua portata applicativa nei confronti della persona condannata affetta da disturbo da uso di sostanze stupefacenti, questa misura sembra costituire una via di mezzo fra altri due strumenti predisposti dal legislatore.

Il riferimento va, da un lato, al diritto, garantito a chiunque si trovi in stato di custodia cautelare o di espiazione di pena e che abbia pro-

¹⁴ Pp. 21-22. *De iure condendo*, quindi, si può solamente rilevare che una disciplina matura dovrà liberarsi di questo "scheletro nell'armadio".

¹⁵ Decreto-legge 22 aprile 1985, n. 144, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 1985, n. 297.

¹⁶ Ciò è avvenuto dopo alcuni anni di problematica convivenza fra l'art. 47-*bis* o.p. e l'art. 94 T.U.L.S. ad opera dell'art. 3 della legge 27 maggio 1998, n. 165 (*Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*): L. CARACENI, A. PRESUTTI, *Affidamento in prova in casi particolari*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, 1244-1245.

blemi di tossicodipendenza, di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti carcerari a scopo di riabilitazione, previsto dall'art. 96 T.U.L.S.¹⁷.

Il diritto all'assistenza non comporta l'uscita del paziente dal carcere. La cura avviene, infatti, in apposite sezioni o istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti¹⁸.

Dall'altro lato l'art. 90 T.U.L.S. disciplina la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva “nei confronti di persona che debba espiare una pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione al proprio stato di tossico-dipendente”, che può portare, ai sensi dell'art. 93 T.U.L.S., all'estinzione della pena “se il condannato nei cinque anni successivi non commette un delitto non colposo punibile con la reclusione”.

Quest'altra misura, che non comprime lo *status libertatis*, può essere concessa oggi soltanto a coloro i quali siano stati sottoposti con esito positivo a un programma terapeutico e socioriabilitativo¹⁹.

¹⁷ All'art. 96, co. 2, T.U.L.S. si può leggere che tale disposizione si applica anche al tossicodipendente non ammesso, per divieto di legge o a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, alle misure sostitutive previste negli articoli 90 e 94 per la prosecuzione o l'esecuzione del programma terapeutico al quale risulta sottoposto o intende sottoporsi.

¹⁸ Proprio quanto a questi istituti, in una recente monografia si può leggere che la loro «previsione generale si ritrova nel terzo comma dell'art. 115 reg. exec., in cui il bilanciamento tra istanze meramente custodialistiche e trattamentali è sciolto decisamente a favore di queste ultime, come precisato espressamente dalla [...] circolare del DAP del 1993. Infatti, a differenza dei circuiti di Alta sicurezza – in cui la c.d. classificazione è immediata e discendente [...] esclusivamente o principalmente dal titolo di reato – per l'inserimento nelle sezioni a Custodia attenuata – in particolare negli ICATT [...] – l'assegnazione avviene seguendo l'iter virtuoso [...] di cui all'art. 30 reg. exec., e dunque attraverso l'osservazione scientifica della personalità, specificamente funzionale all'individualizzazione del trattamento», e ancora che «[c]on riferimento all'allocatione nel circuito a c.d. Custodia attenuata non si evidenziano problemi particolari, in quanto effettivamente, nel caso degli ICATT e degli ICAM (quali strutture a Custodia attenuata), il bilanciamento tra sicurezza e trattamento vede in linea di massima una netta prevalenza del profilo trattamentale su quello di custodia»: A. MENGhini, *Carcere e Costituzione*, cit., 306.

¹⁹ M. TALANI, *Riflessioni sulla sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 90 t.u.l.s.*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 127.

5. *Presupposti per l'accesso alla misura*

Per comprendere appieno l'originalità e la specialità della misura alternativa dell'affidamento in prova in casi particolari è fondamentale analizzare i requisiti necessari per beneficiarne, rappresentati, essenzialmente, dai seguenti:

1. lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza (c.d. presupposto soggettivo)²⁰;
2. il fatto che sia in corso (o che l'interessato intenda sottoporsi a) un programma di recupero concordato con una azienda unità sanitaria locale (o con una struttura privata) e idoneo ai fini del recupero del condannato²¹;
3. il fatto che la pena detentiva da espiare, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non sia superiore a sei anni (o a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-bis o.p.: c.d. presupposto oggettivo)²².

Nel prosieguo verranno enucleati alcuni dei profili più problematici che questi presupposti presentano.

5.1. *Lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza*

Lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza è il principale requisito per accedere alla misura *de qua* e contribuisce a chiarire la *ratio* dell'istituto stesso. Si vuole cercare, insomma, di allontanare il soggetto dal carcere, perché si ritiene che questo non sia il luogo migliore per la cura della tossicodipendenza.

²⁰ A differenza di quanto prevede la misura dell'art. 90 T.U.L.S., per accedere alla misura dell'affidamento in casi particolari non è necessario che la commissione del reato sia conseguenza della personale condizione di tossicodipendenza.

²¹ A differenza di quanto prevede la misura dell'art. 90, il programma non dev'essersi già concluso con esito positivo.

²² Similmente, il beneficio di cui all'art. 90 può essere concesso solo quando debba essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni o a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-bis.

È necessario premettere che, come messo efficacemente in luce in una recente pubblicazione,

la disciplina dell'affidamento terapeutico è stata costruita sull'idea del tossicodipendente da eroina, già in carico ai servizi (questa è ancora la tipologia di utenza prevalente nei Ser.D.), la cui dipendenza è facilmente riconfermabile dai test urinari. Ma i modelli di consumo sono molto cambiati, così come le droghe usate sono oggi più varie²³.

In altre parole, il processo di generalizzazione alla base di questo istituto ha portato con sé delle inevitabili frizioni con il fenomeno regolato, in particolare sotto due profili.

Il primo profilo di frizione (se si vuole, “orizzontale” o concernente il tipo di sostanza che viene in questione) è dovuto al fatto che non si parla più di tossicodipendenza (al singolare) ma di disturbo da uso di sostanze (al plurale).

Certo, la misura *de qua* sembra adattarsi bene all'idealtipo cui è rivolta (e cioè, come indicato nel XIV libro bianco, al soggetto che abusa di eroina); tuttavia, le cose mutano quanto ai soggetti che abusano di sostanze diverse dall'eroina, tanto che si potrebbe forse revocare in dubbio l'efficacia della misura, arrivando addirittura ad affermarne l'inadeguatezza (forse anche per eccesso) quanto ad alcune specifiche categorie di sostanze stupefacenti oggetto di abuso.

Un secondo profilo di frizione (se si vuole, “verticale” o concernente la gravità del disturbo) concerne il fatto che, anche fra i soggetti che

²³ M. STAGNITTA, G. ZUFFA, *Droghe e carcere*, in G. ZUFFA, F. CORLEONE, S. ANASTASIA, L. FIORENTINI, M. PERDUCA, M. CIANCHELLA (a cura di), *La traversata del deserto - Quattordicesimo Libro Bianco sulle Droghe*, Lecce, 2023, 35. La stessa osservazione è rinvenibile nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale, in cui si legge che «il Testo Unico sugli stupefacenti è nato nell'ambito di un contesto (anni Ottanta) caratterizzato dalla massiccia diffusione di eroina e mantiene quindi un approccio anacronistico a fronte delle caratteristiche del quadro attuale», e che «le caratteristiche del “tossicodipendente” da cocaina, da sostanze stimolanti o da alcol, si discostano notevolmente da quelle del consumatore di oppiacei» (p. 28).

abusano della stessa sostanza, è possibile individuare disturbi di gravità diverse²⁴.

È d'immediata evidenza che un disturbo lieve da uso di "droga leggera" è molto diverso rispetto a un disturbo grave da uso di "droga pesante". *De iure condito*, però, entrambi i fenomeni rientrano nello spettro dell'art. 94.

Questi profili di attrito fra la legge e la realtà, solo parzialmente superabili con una formulazione individualizzata dei programmi, sono in qualche misura inevitabili conseguenze del fatto che il fenomeno regolato è estremamente vario e complesso.

Sarebbe però auspicabile superare almeno un profilo di disallineamento fra il dispositivo dell'art. 94 e le ultime acquisizioni della scienza e della prassi in relazione alla cura delle tossicodipendenze. Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 94, alla domanda di affidamento va allegata non solo una "certificazione [...] attestante lo stato di tossicodipendenza", ma anche una certificazione sulla "*procedura* con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche".

Il rapporto fra queste due parti della disposizione è problematico. Tentando di parafrasare il testo di legge, il legislatore vuole da un lato avere la certezza della sussistenza di uno stato di tossicodipendenza, non rinunciando però, dall'altro lato, a garantire la verificabilità della *procedura* con cui esso è stato accertato. Tuttavia, quando richiede la certificazione sulla *procedura* di accertamento, sparisce il riferimento allo stato di tossicodipendenza, e compare un problematico riferimento al diverso concetto di "uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche".

Da ciò potrebbe dedursi che il legislatore dia per scontato che il concetto di alcool- e tossicodipendenza implichi *almeno* l'uso abituale di sostanze stupefacenti o alcoliche²⁵.

²⁴ La V edizione del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (D.S.M.) elaborato dalla *American Psychiatric Association*, contenente un autorevole sistema di classificazione delle psicopatologie, distingue infatti disturbi lievi, moderati e gravi.

²⁵ Altra sarebbe stata la conclusione se il legislatore avesse richiesto una certificazione sullo stato di tossicodipendenza e sulla procedura con cui tale stato è stato accertato.

Tuttavia, una simile interpretazione non convince, perché sarebbe irragionevole escludere dall'area di operatività di questa misura alternativa i casi di tossicodipendenza e alcooldipendenza che non si estrinsecano in un uso abituale.

Come ricordano alcune illuminanti righe del Protocollo stipulato nel 2018 fra la federazione italiana degli operatori dei dipartimenti e dei servizi delle dipendenze e il coordinamento nazionale magistrati di sorveglianza²⁶, in alcuni casi è

corretto considerare, ai fini della concessione della misura terapeutica, l'attualità della sola condizione di dipendenza psichica e ritenere idoneo il programma predisposto per il trattamento terapeutico globale della persona. Una tale evenienza si presenta, ad esempio, qualora la misura venga chiesta dal carcere, magari dopo un significativo periodo di detenzione. In tal caso, la sola astensione dall'uso di sostanze imposta dal contingente fattore della reclusione e la conseguente assenza di evidenze che attestino l'attualità dell'assunzione di sostanze, non può essere valutata come remissione stabile dello stato di dipendenza: la presenza di elementi/sintomi – debitamente descritti – che sostengano l'attualità di una condizione di “dipendenza psichica” andrebbe assunta come parametro per accertare l'attualità della tossicodipendenza ai fini della concessione della misura.

Nello stesso senso si era già mossa, d'altronde, la Corte di Cassazione. La Suprema Corte lasciò intendere, tra le righe di una sentenza

²⁶ Tale protocollo affonda le radici in un auspicio contenuto nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale (p. 28). Nello stesso senso si muovono proprio le considerazioni contenute in quest'ultima relazione, in cui si può leggere che «[l]a legge 49/2006 ha spostato il *focus* della diagnosi dall'aspetto psicosociale e psicologico a quello prettamente bio-medico (positività al test delle urine o del capello), sicché la magistratura di sorveglianza può decidere di non concedere la misura alternativa a chi non risulta positivo a tali accertamenti. Questo itinerario diagnostico costituisce un evidente *vulnus* al diritto alla cura del detenuto e, al contempo, un forte vincolo all'azione dei sanitari: esso, infatti, non tiene conto che la tossicodipendenza è una malattia cronica recidivante e, dunque, può riproporsi nel corso del tempo. Ciò significa che la dichiarazione di dipendenza da sostanze stupefacenti – che, come previsto dall'ord. penit., può intervenire in qualunque momento della carcerazione – potrebbe non essere diagnosticata attraverso il mero ricorso ai test ma dovrebbe essere affidata al solo strumento della valutazione anamnestica che, però, la legge non consente» (p. 23).

del 2013²⁷, che vi può essere alcooldipendenza anche senza l'uso abituale (attuale) di tale sostanza, nel caso in cui ciò sia il risultato di un percorso terapeutico di successo. Lo stesso vale per l'uso di sostanze stupefacenti²⁸.

Non sono questi gli unici episodi in cui la Suprema Corte, lungi dal farsi imbrigliare dal dispositivo di legge, ha dimostrato una certa permeabilità al “formante scientifico” e alle criticità riscontrate nella prassi.

Più nel dettaglio, è interessante constatare la sensibilità della giurisprudenza della Cassazione al mutamento di prospettiva rappresentato dal passaggio dalla IV alla V edizione del già citato *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (D.S.M.) elaborato dalla *American Psychiatric Association*.

²⁷ Il riferimento va alla decisione della Cassazione n. 11575 del 05.02.2013 (dep. 12.03.2013). In questo caso, il Tribunale di Sorveglianza aveva, da un lato, evidenziato che al ricorrente erano somministrati farmaci (alcover) per la disassuefazione dall'alcol e, dall'altro, aveva escluso lo stato di alcooldipendenza sulla base del fatto che il ricorrente, nell'arco di tempo di un anno e mezzo, era risultato sempre negativo ai controlli (quattordici), così negando l'accesso alla misura. La Cassazione osserva che il Tribunale cade in un'insuperabile aporia logica, atteso che la negatività dei controlli circa l'assunzione di alcool è il risultato di una terapia tuttora in atto e non del superamento della dipendenza, costituente il presupposto della domanda avanzata ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990, art. 94.

²⁸ Sul punto, si pensi al caso deciso da Cass. sent. n. 20564 del 23.04.2012 (dep. 28.05.2012). La Corte sostiene che, sebbene il tribunale abbia correttamente recepito il dato dell'intervenuta astinenza del soggetto all'uso di stupefacenti, non può essere trascurato il rischio di ricaduta. La Corte afferma quindi, in linea con la sua precedente giurisprudenza, che l'attualità dello stato di tossicodipendenza e la necessità di un idoneo programma di recupero possono avere riguardo – qualora l'interessato abbia superato la fase della dipendenza fisica dallo stupefacente – anche alla sola dipendenza psichica. E invero il tossicodipendente 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 di supporto psicologico (Sez. 1, 06.10.2004, n. 46228). La Corte afferma, quindi, significativamente, che il programma di affidamento terapeutico può essere mirato a rafforzare la motivazione dell'astinenza e quindi non necessariamente deve essere inteso quale comoda via alternativa al carcere, una volta raggiunta la soglia dell'astinenza all'assunzione.

Secondo il D.S.M. IV, la dipendenza da sostanze stupefacenti, comunemente intesa come tossicodipendenza, rappresentava una condizione patologica differente da quella dell'abuso di tali sostanze²⁹.

Diversamente, secondo il successivo D.S.M. V, edito negli Stati Uniti nel 2013, non andrebbero distinti tossicodipendenza e abuso di sostanze stupefacenti, giacché tutte le dipendenze e i relativi problemi comportamentali rientrano nella categoria generale dei “disturbi da uso di sostanze”.

Pertanto, se prima della modifica la Cassazione sosteneva la non coincidenza fra l'uso abituale o continuativo di stupefacenti e lo stato di tossicodipendente³⁰, in alcuni recenti arresti la Suprema Corte argomenta nel senso che non rileva, alla stregua dei parametri del D.S.M. V, la distinzione tra stato di tossicodipendenza e uso abituale di stupefacenti, in quanto le due nozioni si inquadrano nella categoria generale “disturbi da dipendenza e correlati all'uso di sostanze”, all'interno della quale devono essere distinti disturbi lievi, moderati e gravi³¹.

Da ultimo, è necessario riportare che, con la sent. n. 3805 del 28 novembre 2023 (dep. 30.01.2024), la Cassazione sembra essere tornata sui propri passi. Ritene il Collegio che

²⁹ Tale ultima condizione, infatti, non sarebbe stata assimilabile a quella della tossicodipendenza, caratterizzandosi per la ricorrenza di una sola delle seguenti condizioni: l'assunzione ricorrente, che determina incapacità di assolvere ai propri compiti, sociali, domestici e lavorativi; l'assunzione ricorrente, nonostante esposizione a pericoli fisici; problematiche legali correlate alla frequenza dell'assunzione; l'uso continuativo delle sostanze stupefacenti assunte, nonostante il persistere di problemi sociali e interpersonali. Sul punto, si consulti la chiara Cass. sent. n. 14008 del 2016.

³⁰ Continua la Corte sostenendo che l'uso abituale e lo stato di tossicodipendenza sarebbero categorie distinte, aventi autonomo riconoscimento normativo e, comunque, non omologabili, sicché l'accertamento della tossicodipendenza non si risolve in quello dell'uso abituale, il quale – alla stregua dei parametri del DSM IV, costituenti criteri guida aventi natura scientifica largamente riconosciuti nella comunità scientifica internazionale – costituisce condizione essenziale ma non sufficiente per la diagnosi della tossicodipendenza (Cass. sent. n. 38040 del 27.06.2012).

³¹ Cass. sent. n. 14008 del 13.01.2016 (dep. 07.04.2016). Altro (doveroso compito) è interrogarsi in merito alla corretta “traduzione” del pensiero scientifico nel discorso giurisprudenziale.

il mero consumo di sostanze stupefacenti – pur se abituale – non possa rientrare in una condizione patologica tale, da far ipotizzare *ex se* la sussistenza della situazione clinica legittimante la misura di cui all'art. 94, d.P.R. n. 309 del 1990.

La Corte perviene dunque alla conclusione secondo cui

non ricorre una condizione di tossicodipendenza, ai fini della concessione della misura dell'affidamento c.d. terapeutico, allorquando l'assunzione della sostanza avvenga secondo cadenze non atte a consolidare la relativa condizione di concreta dipendenza.

Si tratta di una conclusione tautologica e difficile da riempire di contenuto. Più interessante e feconda risulta, invece, l'osservazione secondo cui nonostante le condizioni di uso, di abuso e di dipendenza siano state fuse all'interno dell'unica categoria nosografica del disturbo da uso di sostanze stupefacenti, «i criteri utilizzabili per le rispettive diagnosi risultano commisurati alla contemporanea sussistenza di un differente numero di sintomi».

Sembra di potersi affermare che la Corte, con questo riferimento ai criteri diagnostici, voglia aprire la strada a un approccio “sostanzialistico” al fenomeno della tossicodipendenza che, al contrario dell'approccio “per etichette” finora privilegiato, potrebbe contribuire a semplificare il dialogo con i Ser.D.

Come si è già osservato, per accedere alla misura non deve necessariamente esservi un nesso tra la tossicodipendenza e il reato commesso; inoltre, non è nemmeno necessario che lo stato di tossicodipendenza sussista al momento della commissione del fatto.

Questa soluzione è senza dubbio in sintonia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., oltre che con gli altri principi costituzionali in materia.

Sarebbe irragionevole concedere la misura a soggetti già tossicodipendenti al momento del fatto, e non a soggetti che lo sono diventati in carcere³². Infatti, chi cede alla tossicodipendenza a causa delle difficili

³² Il discorso muta, ovviamente, per i casi in cui lo stato di tossico- o alcooldipendenza sia preordinato al conseguimento del beneficio. L'art. 94 prevede, infatti, che il

condizioni di vita in prigione non può dirsi meno degno di essere curato da parte dello Stato.

5.2. *L'aver in corso un programma di recupero o l'intenzione di sottoporvisi*

Originariamente, la misura poteva essere concessa solo al soggetto che avesse in corso un programma di recupero. Con la legge Gozzini (l. 663/1986) è stata aggiunta la possibilità di accedere alla misura in base alla mera manifestazione dell'intenzione di sottoporsi a un simile programma.

In entrambi i casi, è evidente l'importanza del "programma", vero e proprio cardine di questa misura alternativa³³, che deve essere "concordato"³⁴.

Tribunale di Sorveglianza debba escludere la sussistenza di tale preordinazione. Si tratta, com'è evidente, di un giudizio assai arduo.

³³ L'idea del "programma" caratterizza, ormai, trasversalmente l'esecuzione penale, non solo in ambito carcerario (art. 13, co. 5, o.p.) ma anche all'esterno del carcere. Si pensi, fra i molti esempi che si potrebbero fare, alla semilibertà sostitutiva (art. 55 l. 689/81) e alla detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56 l. 689/81). Anche questi istituti ruotano attorno al perno di un "programma".

³⁴ Si tratta, evidentemente, di una *fictio*: infatti, in questo caso si ha senza dubbio una parte debole (il tossicodipendente) e una parte forte (il suo interlocutore). Illuminanti, su questo punto, le parole contenute nella relazione del Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale, in cui si afferma che «è la minaccia del carcere – o la prospettiva di prolungarne la permanenza al suo interno, anche dopo aver raggiunto la "soglia" di pena per poter accedere alla misura ex art. 94 d.P.R. 309/90 – a spingere il tossicodipendente a intraprendere un percorso di recupero; la scelta terapeutica non costituisce la strada per uscire dalla dipendenza, bensì la via per evitare il carcere. Una scelta, quindi, indotta dall'esigenza di "salvarsi" dal carcere e in cui la "volontà" di epurazione dalla dipendenza assume valenza del tutto secondaria; a dispetto dell'estrema rilevanza della volontarietà per la buona riuscita del trattamento terapeutico» (p. 24). Sulla base di queste considerazioni, nella relazione si sostiene che «[l]a "strada" del recupero extramurario dalla dipendenza del condannato/imputato [...] dovrebbe costituire, invece, l'oggetto di un'offerta dello Stato e non già la controprestazione rispetto a un impegno trattamentale assunto dal detenuto» (p. 24). Questo punto è evidentemente ignorato dalla Corte di Cassazione che, in un precedente, ha ritenuto illegittimo l'affidamento concesso al tossicodipendente subordinatamente al rispetto da parte sua delle prescrizioni e del programma terapeutico così

Quanto ai contenuti del programma, dal testo della norma si può trarre che esso deve essenzialmente contribuire al recupero del condannato (parte terapeutica) e assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati³⁵ (parte prescrittiva di stampo special-preventivo)³⁶.

Considerato che sul programma si concentra il contenuto dell'affidamento in casi particolari, è necessario analizzare più nel dettaglio i problemi che il carattere programmato di questa misura alternativa solleva.

In primo luogo, se generalmente il programma è elaborato dall'Ufficio di esecuzione penale esterna (o con la sua intesa), nell'affidamento in prova in casi particolari il programma deve essere concordato con l'azienda unità sanitaria locale (A.U.S.L.) o con una struttura privata

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

³⁵ Su questo punto si è pronunciata la Suprema Corte con la sent. n. 48041 del 09.10.2018 (dep. 22.10.2018), secondo la quale l'affidamento in prova per fini terapeutici, dovendo assicurare la prevenzione dei reati, non può essere concesso al condannato tossicodipendente ritenuto attualmente pericoloso, atteso che il programma terapeutico postula la collaborazione del soggetto interessato, negata in radice dalla sua stessa condizione di persona pericolosa (Fattispecie nella quale la pericolosità sociale è stata desunta dai precedenti penali per il reato di associazione di tipo mafioso e altri gravi reati, nonché dalle informative negative della polizia giudiziaria in merito ai persistenti legami con un sodalizio criminale).

³⁶ Qualche indicazione in più può essere tratta dal summentovato Protocollo stipulato nel 2018 fra la federazione italiana degli operatori dei dipartimenti e dei servizi delle dipendenze e il coordinamento nazionale magistrati di sorveglianza, in cui le parti convengono che «il programma venga formulato sulla base dei dati clinico-diagnostici derivanti da una valutazione multidisciplinare [...] che consenta di ponderare la possibilità e la volontà di cambiamento del soggetto, le capacità e le risorse personali ed ambientali a disposizione, la storia tossicomantica, la salute psichica, la presenza di eventuali patologie correlate, senza ignorare anche l'andamento di eventuali precedenti trattamenti di recupero. Dovrebbe, altresì, esplicitare gli obiettivi da conseguire e i tempi necessari, prevedere gli strumenti e i tempi di valutazione [...]»; i programmi ambulatoriali [vengano] articolati in tempi e fasi definite, prevedendo, laddove possibile e di concerto con l'UEPE, anche l'attivazione delle risorse del territorio, per favorire un trattamento che tenga adeguatamente conto di molteplici aspetti: risposta a bisogni primari (spesso pre-requisiti per poter accedere alla misura dell'affidamento in prova), famiglia, affetti, socializzazione, lavoro, tempo libero, cultura, ecc.».

autorizzata³⁷. Inoltre, il destino dei soggetti affidati in casi particolari è spesso nelle mani di enti privati, quali sono le comunità.

In altre parole, è delegato a enti – anche privati, sia pure qualificati – che non sono abituati a trattare “dei delitti e delle pene” il compito, molto delicato, di prendersi cura di un soggetto potenzialmente pericoloso, predisponendo gli strumenti per assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

Considerato, quindi, che dalla norma (e dallo stesso programma) potrebbero sorgere nuove posizioni di garanzia in capo ai soggetti che amministrano le strutture cui è affidato il controllo della condotta dei soggetti sottoposti al trattamento, c'è il rischio che queste stesse strutture, intimorite dalla possibile responsabilità che potrebbe derivare dalla “gestione” della persona affetta da disturbo da uso di sostanze stupefacenti, concentrino le proprie attenzioni più sulla prevenzione del pericolo della commissione di reati che sulla cura del soggetto.

Si rischierebbe, insomma, di degenerare in una sorta di “trattamento difensivo”, germoglio dei più ampi fenomeni della medicina e della amministrazione difensiva. Di più: nella peggiore delle ipotesi, sussiste addirittura il rischio che, a causa delle pesanti responsabilità loro attribuite, le strutture private si rifiutino di prendere in carico questi soggetti.

Una possibile soluzione starebbe nel far intervenire l'U.E.P.E. già nella fase di predisposizione del programma. In questo modo, ogni attore si occuperebbe, dialogicamente ed *ex ante*, della tutela delle esigenze di cura (A.U.S.L. e privati qualificati) e di prevenzione (U.E.P.E.)³⁸.

³⁷ Si pensi, a titolo di esempio, ai dodici “S.M.I.” (Servizi Multidisciplinari Integrati) attivi in Regione Lombardia che fanno parte, insieme ai servizi per le dipendenze pubblici (Ser.D.), ai servizi residenziali (comunità) e semi residenziali (centri diurni), della rete dei servizi per le dipendenze lombarda: <https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioServizio/servizi-e-informazioni/Cittadini/Persone-casa-famiglia/Fragilita-e-dipendenze/rete-servizi-dipendenze/rete-servizi-dipendenze>.

³⁸ In tal senso si muovono, sia pure timidamente, alcune indicazioni sparse nel *Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS*, cit. Giova comunque sottolineare che, in ogni caso, ai sensi del richiamo contenuto al co. 6 dell'art. 94 T.U.L.S., l'U.E.P.E. manterrà il suo ruolo, previsto dall'art. 72 o.p., di controllare l'esecuzione dei programmi da parte degli ammessi alle misure alternative, di riferirne all'autorità

Un ulteriore problema, emergente nella prassi, è che spesso i programmi sono standardizzati³⁹. Questo rischia non solo di andare a detrimento dell'efficacia della misura nel caso concreto, ma anche di far sentire il singolo un "ingranaggio" di un meccanismo più complesso, che è messo in moto da una scelta (certo, del soggetto, ma) scontata: carcere o programma.

La standardizzazione porta con sé altresì una inevitabile ma pernicioso semplificazione. Spesso si assiste, infatti, alla contrapposizione tra programmi comunitari e programmi territoriali, con una predilezione della magistratura di sorveglianza per i primi, assai impegnativi per il singolo, «anche nei casi in cui non esistono né una specifica prescrizione normativa, né indicatori clinici ed epidemiologici che depongano per una sua maggiore appropriatezza»⁴⁰.

In realtà, un approccio maturo e individualizzato al tema non dovrebbe "contrapporre" queste *species* di programma, ma vederle, in un'ottica dinamica, come possibili evoluzioni di uno stesso percorso trattamentale che, per esempio, potrebbe iniziare come comunitario evolvendosi poi, al raggiungimento di determinati obiettivi, in ambulatoriale.

Di più: i programmi, lungi dall'essere strutturati avendo come punto di riferimento un percorso terapeutico di successo e privo di sbavature, potrebbero (dovrebbero?) già contenere gli "antidoti" a un'eventuale trasgressione.

Si pensi, per esempio, a un programma che stabilisca un iniziale collocamento in comunità e un successivo approccio alla cura della dipendenza di tipo territoriale o ambulatoriale, con la previsione che si torni

giudiziaria e di proporre eventuali interventi di modifica o di revoca. Tuttavia, tale ruolo sarà necessariamente secondario rispetto a quello della struttura.

³⁹ Nel *Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS*, cit., 4, la magistratura di sorveglianza ha rilevato, fra le criticità, quella di «programmi ambulatoriali inaffidabili, deboli (scarsamente individualizzati, relativamente strutturati, poco contenitivi), in ordine alla capacità di recupero della persona condannata e di prevenzione del rischio di recidiva», dovuta forse anche alla «limitata concessione della misura in presenza di programmi ambulatoriali anche se individualizzati e strutturati, e frequenti indicazioni di inserimento in comunità residenziali, ritenute in assoluto più contenitive, prescindendo dalle indicazioni dei Ser.D. [...]»: criticità, quest'ultima, rilevata proprio dai Ser.D.

⁴⁰ *Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS*, cit., 10-11.

al collocamento in comunità nel caso di reiterata inosservanza delle prescrizioni stabilite per la “fase ambulatoriale”.

I vantaggi di un simile approccio alla stesura del programma, più completo e proiettato anche alla previsione e soluzione di eventuali momenti patologici, sarebbero vari. In primo luogo, si otterrebbero risultati deflativi, dato che non sarebbe necessario investire l'autorità giudiziaria di ogni piccola “trasgressione”, essendo essa stessa “risolvibile” in seno al programma stesso. In secondo luogo, il programma sarebbe molto più “individualizzato” e realistico, giacché si tratterebbero le piccole trasgressioni come fenomeni che, nel corso del trattamento di disturbi così complessi come quelli da uso di sostanze, possono manifestarsi e quotidianamente si manifestano.

5.3. *Allegati alla domanda*

Rimane da affrontare il tema degli allegati da accompagnare alla richiesta a pena di inammissibilità⁴¹.

Alla domanda va allegata, in primo luogo, una certificazione attestante lo stato di tossicodipendenza. La certificazione deve anche attestare la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti.

Si tratta di un importante indizio della necessità, da parte del giudice, di operare una verifica scientifica sul metodo di accertamento di tale stato di tossicodipendenza, che pone problemi simili a quelli dell'accertamento delle “norme di copertura” del nesso di causalità.

Il problema, però, è che raramente il giudice ha la capacità di svolgere questa verifica. Sarà perciò fondamentale il contributo di esperti, che potrebbero essere coinvolti in forza degli ampi poteri istruttori concessi al Tribunale dal co. 3 dell'art. 94.

⁴¹ Come ricordato da una recente sentenza della Cassazione, è causa di inammissibilità della domanda di affidamento in prova terapeutico, che può essere dichiarata “de plano” dal Presidente del tribunale di sorveglianza, la mancata o incompleta allegazione della certificazione attestante lo stato di tossicodipendenza, la procedura accertativa di essa e l'idoneità del programma concordato: Cass. sent. n. 43852 del 18.09.2019 (dep. 28.10.2019).

Va quindi allegata una certificazione sulla idoneità del programma ai fini del recupero del condannato⁴². Sono plurimi i profili problematici posti da questo requisito⁴³.

In primo luogo, se questa certificazione non viene da un ente terzo rispetto a quello che ha concordato il programma, nel migliore dei casi essa sarà inutile, perché è ovvio che chi ha predisposto il programma ritiene anche che esso sia idoneo, mentre, nel peggiore dei casi, essa potrebbe rivelarsi dannosa. Forte del suo potere di certificazione l'ente potrebbe infatti rinunciare alla formulazione di un programma completo e attuabile, a detrimento della qualità e della personalizzazione del trattamento.

Non sembra sufficiente, al fine di evitare i rischi insiti in questa superfetazione, il successivo controllo del Tribunale che, anzi, potrebbe sentirsi rassicurato da una certificazione "formale" priva di vero senso pratico.

In secondo luogo, non è dato comprendere quale sia il termine cui l'idoneità del programma deve rifarsi. Il programma dev'essere idoneo a contribuire al recupero del condannato, oppure a recuperare il condannato?

Indicazioni nel primo senso vengono dal co. 4 dell'art. 94, ove si prevede (meno draconianamente) che il Tribunale accoglie l'istanza se "il programma di recupero [...] *contribuisce* al recupero del condannato". Indicazioni nel secondo senso vengono, invece, dal co. 1, che richiede l'allegazione di una certificazione della idoneità del programma *ai fini del recupero* del condannato, *sic et simpliciter*.

⁴² Si consideri che, secondo Cass. sent. n. 53761 del 22.09.2014 (dep. 30.12.2014), il giudizio di idoneità del programma terapeutico non vincola il giudice posto che questi è soggetto solo alla legge e non anche agli atti della P.A., ed essendo inoltre necessaria una complessa valutazione circa il probabile conseguimento delle finalità del programma proposto, in relazione ai parametri della pericolosità del condannato e della attitudine del trattamento a realizzare un suo effettivo reinserimento nella società.

⁴³ Sul punto si è pronunciata Cass. sent. n. 16905 del 20.12.2017 (dep. 16.04.2018) secondo la quale, ove ricorrano i presupposti soggettivi e oggettivi per l'applicazione dell'istituto indicati dalla citata disposizione, il giudice è chiamato a effettuare una complessa valutazione circa il probabile conseguimento delle finalità del programma terapeutico, tenendo conto della pericolosità del condannato e dell'attitudine del trattamento a realizzare un suo effettivo reinserimento sociale.

I due *standard* si collocano quasi agli antipodi: una cosa è essere idonei a recuperare, un'altra essere idonei a contribuire al recupero. Il primo *standard* si pone in un'ottica assolutizzante, il secondo, invece, colloca idealmente il recupero – più realisticamente – come ideale risultato di un processo multifattoriale.

Identificare quale sia il parametro da valorizzare – idoneità a recuperare o a contribuire al recupero – è fondamentale, in particolare, per l'interpretazione delle locuzioni “esito positivo” e aver “positivamente terminato la parte terapeutica del programma”⁴⁴.

Infatti, se il programma dev'essere idoneo al recupero del condannato, esso termina solo se e quando tale recupero avvenga; se, invece, il programma deve solamente “contribuire” al recupero, si potrebbe dire positivamente terminata la parte terapeutica anche nel caso in cui siano completati gli *step* previsti dal programma, senza addivenire però a un completo recupero.

Da ultimo, e si tratta forse della questione più delicata, richiedere che venga allegata un'attestazione circa l'andamento di un programma già in corso rischierebbe di porsi in contrasto con l'art. 3 Cost.

Infatti, tale richiesta rischia nel migliore dei casi di essere inutile, perché se un soggetto ha iniziato un programma in modo infruttuoso gli basterà, prima di chiedere la misura, rivolgersi a un altro ente per iniziare un “nuovo” programma; e, nel peggiore dei casi, di essere dannosa, giacché porrebbe in una situazione di svantaggio soggetti che hanno già iniziato il programma, rispetto a quelli che lo devono ancora iniziare, i quali, evidentemente, non dovranno produrre un certificato circa lo stato di avanzamento del programma.

Con il rischio ulteriore di disincentivare l'accesso “anticipato” alla programmazione terapeutica.

6. I possibili esiti della misura

I possibili “esiti” della misura dell'affidamento in prova in casi particolari vanno dedotti dal combinato disposto dell'art. 94 e delle ri-

⁴⁴ V. *infra*, § 6.

chiamate norme dell'ordinamento penitenziario. Fra questi, i più significativi sono i seguenti.

In primo luogo, è possibile che il soggetto termini la parte terapeutica del programma prima che sia trascorso il periodo di affidamento. Per questa ipotesi, esplicitamente disciplinata dall'art. 94, co. 6-bis ma scarsamente ricorrente nella prassi, si prevede la possibilità di una prosecuzione della misura, previa rimodulazione delle prescrizioni, anche se la pena supera quella prevista per la concessione dell'affidamento ordinario.

La *ratio* della disposizione è chiara: si vuole evitare che un soggetto, che non abbia più i requisiti per beneficiare dell'affidamento in casi particolari perché ormai guarito, non possa nemmeno beneficiare dell'affidamento ordinario perché la pena da scontare è ancora troppo elevata.

Da ciò si deduce che avere terminato la parte terapeutica del programma non corrisponde ancora a un "esito positivo" dell'affidamento in prova in casi particolari (con l'effetto di estinguere la pena detentiva) perché, per questo caso, è prevista una conversione della misura, non una sua cessazione: la durata della misura alternativa resta quella della pena inflitta, salvo le riduzioni per la liberazione anticipata⁴⁵.

In secondo luogo, è possibile che il soggetto, pur non avendo terminato la parte terapeutica del programma, riesca a terminare il periodo di affidamento, pari alla durata della pena da scontare, senza incorrere in una revoca⁴⁶.

⁴⁵ In questo senso sembrano muovere le conclusioni della recente Cassazione, sent. n. 2343 del 10.12.2020, a detta della quale «la durata dell'affidamento in prova è uguale alla pena da scontare (art. 47, comma 1, ord. pen.) e non è prevista alcuna possibilità di sua conclusione anticipata (salvo la possibilità di usufruire della liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. pen.) [...]». La norma dell'art. 94, comma 6-bis d.P.R. 309 del 1990, che prevede che il Magistrato di Sorveglianza disponga la prosecuzione della misura quando il piano è terminato positivamente dal punto di vista terapeutico, conferma tale circostanza: la durata della misura alternativa resta quella della pena inflitta, salvo le riduzioni per la liberazione anticipata».

⁴⁶ Si interpreta quindi la locuzione "esito positivo" come equivalente a "contribuzione al recupero". Sarà così possibile aversi estinzione della pena anche se il soggetto non sarà completamente disintossicato. Si accoglie, in sostanza, la tesi secondo cui «[c]ontroversa è l'esatta individuazione del concetto di esito positivo: a chi ritiene che

In forza del richiamo generale, contenuto al co. 6, alle norme sull'ordinamento penitenziario, e in particolare all'art. 47, co. 12, o.p., in questo caso si avrà estinzione della pena.

Da ultimo, è possibile che il soggetto non collabori con le strutture cui è affidato. Per questa ipotesi, la soluzione indicata dal legislatore è quella di applicare le norme in materia di affidamento ordinario, ai sensi delle quali “[l]’affidamento è revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova” (art. 47, co. 11, o.p.).

Non si può che rinviare, quanto all’interpretazione di questa clausola, alla ricca giurisprudenza in materia di affidamento ordinario, che non è possibile in questa sede approfondire⁴⁷.

esso sia equivalente alla mera disintossicazione fisica dalla sostanza [...] si contrappone chi afferma come necessario anche il superamento dello stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza [...] e addirittura il recupero sociale del soggetto [...]. In posizione intermedia si colloca chi sottolinea la inevitabile sfasatura sussistente tra tempo occorrente per il successo della terapia e tempo di durata della pena da espiare con il trattamento alternativo, nonché l'estrema variabilità soggettiva dei destinatari della misura e, pertanto, suggerisce come preferibile la soluzione di far coincidere la positività della prova con l'accertata osservanza del programma terapeutico concordato [...]. L'adempimento, da parte del condannato, dell'impegno assunto anche attraverso la sottoscrizione del verbale di prescrizioni sarebbe, in sostanza, indicativo di una sua proiezione comportamentale almeno verso l'uscita dalla dipendenza, restando impregiudicato che la rimozione di tale situazione dipende da tempi e modi di attuazione dell'intervento terapeutico». (L. CARACENI, A. PRESUTTI, *Affidamento in prova in casi particolari*, cit., 1264).

⁴⁷ Si segnalano solamente Cass. sent. n. 27854 del 22.05.2013 (dep. 26.06.2013), secondo la quale all'affidamento in prova al servizio sociale, disposto nei confronti di tossicodipendenti ai sensi dell'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si applica il comma undicesimo dell'art. 47 della legge 354 del 1975 relativamente alle condizioni che legittimano la revoca del beneficio (in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto illegittima la revoca dell'affidamento in prova giustificata sulla circostanza che il soggetto era stato vittima di un agguato, elemento insufficiente a dimostrare il fallimento del percorso riabilitativo) e Cass. sent. n. 27711 del 06.06.2013 (dep. 24.06.2013), secondo la quale la revoca della dell'affidamento in prova terapeutico, pur in presenza di un comportamento del soggetto contrario alle prescrizioni, è rimessa alla discrezionalità del tribunale di sorveglianza, che ha l'obbligo di giustificare l'uso del potere conferitogli, con motivazione logica, adeguata e non viziata.

Giova precisare, però, che il requisito della incompatibilità con la prosecuzione della prova, nel caso dell'affidamento terapeutico, non può che essere interpretato alla luce del diverso contesto di riferimento.

Una delle criticità rilevate dai Ser.D. consiste proprio nel fatto che nella prassi si vedono «[r]evoche pressoché automatiche qualora vengano segnalati episodi di difformità rispetto a quanto previsto dal programma (uso di droghe/alcol e altri fatti significativi)»⁴⁸.

Tenendo conto del fatto che «la tossico/alcol dipendenza è una malattia a prevalente andamento cronico recidivante»⁴⁹, e del fatto che la “prova” stessa è di competenza di servizi quali il Ser.D., non si può negare che siano questi stessi servizi a dover esprimere almeno un parere non vincolante in merito alla compatibilità o meno della condotta trasgressiva del programma con una sua prosecuzione.

In questo senso si muove il più volte menzionato Protocollo fra FeDerSerD e CONAMS, in cui le parti

concordano nel sottolineare la necessità che la valutazione dell'eventuale ricaduta debba essere personalizzata e contestualizzata di caso in caso, in quanto possibile evento “atteso” in un percorso di cura, anche positivo. Pertanto, la sola ricaduta potrebbe non costituire di per sé motivo sufficiente per considerare inefficace il programma e per revocare la misura.

Di conseguenza, lo stesso Protocollo auspica che

la magistratura di sorveglianza [...] valuti, caso per caso, di ricorrere alla revoca della misura quale *extrema ratio* nei casi in cui il percorso terapeutico sia ritenuto assolutamente inutile o pericoloso sotto il profilo della recidiva⁵⁰.

Infatti, se tale condotta trasgressiva si concretizza nell'uso di sostanze, essa non farebbe che confermare lo stato di tossicodipendenza del soggetto e l'urgenza di un suo trattamento programmato.

⁴⁸ Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS, cit., 5.

⁴⁹ Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS, cit., 11.

⁵⁰ Protocollo operativo tra FeDerSerD e CONAMS, cit., 11-12.

7. I problematici rapporti fra l'art. 94 T.U.L.S. e le preclusioni alla concessione dell'affidamento in prova ordinario

Si è già fatto riferimento alla norma contenuta nel co. 6-bis dell'art. 94, la quale prevede che “[q]ualora 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”.

Al netto delle perplessità “generiche” già manifestate da alcuni autori che si sono occupati del tema⁵¹, preme in questa sede affrontare le problematiche che emergono da un approccio “intersezionale”⁵² a questo tema.

Un primo problema consiste nel fatto che la norma sembra lasciare intendere che, terminata la parte terapeutica del programma (caposaldo dell'affidamento in casi particolari), la misura possa continuare, trasformandosi in affidamento ordinario⁵³.

Un secondo problema è rappresentato dalla circostanza che la norma non provvede per la seguente ipotesi: *quid iuris*, in sede di conversione dell'affidamento in casi particolari in affidamento ordinario, nel caso in cui il soggetto, pur avendo potuto accedere al primo, non potrebbe, in astratto, accedere al secondo per motivi diversi dai limiti di pena? Nel prosieguo verranno analizzati due esempi.

⁵¹ In particolare, secondo alcuni «[l']automaticità della trasformazione lascia perplessi: i differenti presupposti delle due misure richiederebbe l'intervento giurisdizionalizzato dell'organo collegiale»: M.G. COPPETTA, sub Art. 94 *Testo Unico Stupefacenti*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 1310.

⁵² V. *supra*, § 2.

⁵³ M.G. COPPETTA, sub Art. 94 *Testo Unico Stupefacenti*, cit., 1310. Cfr. anche L. CARACENI, A. PRESUTTI, *Affidamento in prova in casi particolari*, cit., 1267. Sulla base di questa premessa implicita, è possibile comprendere il motivo per cui il legislatore concede al giudice di “derogare” ai limiti di pena al di sotto dei quali è possibile concedere l'affidamento in prova ordinario.

7.1. Preclusioni ex art. 4-bis o.p.

Come rilevato dalla dottrina, il c.d. doppio binario dell'esecuzione penale è riconoscibile anche nel settore dell'esecuzione delle pene dei condannati tossicodipendenti.

Infatti – se, in genere, possono accedere alla misura dell'affidamento in casi particolari i soggetti che devono espiare una pena detentiva non superiore a sei anni –, laddove nel testo del titolo esecutivo figuri un reato annoverato fra quelli dell'art. 4-bis possono godere dell'affidamento in casi particolari solamente le persone che devono espiare una pena non superiore a quattro anni⁵⁴.

Essendo la tossicodipendenza sempre uguale a sé stessa, si potrebbe revocare in dubbio la ragionevolezza e, quindi, la legittimità, del ricorso anche in questa sede a un “doppio binario penitenziario”⁵⁵. Ciò è tanto

⁵⁴ Sul punto la giurisprudenza è chiara. Da ultimo, secondo Cass. sent. n. 29873 del 24.03.2023 (dep. 10.07.2023), in tema di affidamento in prova terapeutico, prevedendo la condizione di accesso alla misura che la pena detentiva inflitta o ancora da espiare sia contenuta nel limite di sei anni ovvero di quattro anni, se relativa a titolo esecutivo comprendente reati di cui all'art. 4-bis, legge 26 luglio 1975 n. 354, non è consentito lo scioglimento del cumulo, in caso di pena da espiare superiore ai quattro anni, al fine di imputare quella già espiata ai reati in questione. Non sono, invece, applicabili, in questa sede, le preclusioni di cui all'art. 4-bis, come statuito da Cass. sent. n. 24721 del 13.05.2015 (dep. 11.06.2015), secondo la quale per l'affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari, ai sensi dell'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, non opera il divieto di concessione delle misure alternative alla detenzione, stabilito dall'art. 4-bis dalla legge n. 354 del 1975 in relazione alle condanne inflitte per i reati in esso indicati.

⁵⁵ Ancora più “duri” i rilievi contenuti nella relazione di accompagnamento licenziata dal Tavolo 4 (Minorità sociale, vulnerabilità, dipendenze) degli Stati generali dell'esecuzione penale, in cui si afferma che «l'accesso all'affidamento in prova terapeutico non dovrebbe essere coordinato ad alcuna soglia di pena da scontare né, a maggior ragione, differenziata per tipologia di delitti (oggi, invece, graduata fra i sei e i quattro anni a seconda che si tratti di reati “comuni” ovvero delitti indicati nell'art. 4-bis ord. penit.)» (p. 25). Su questo punto si è pronunciata, di recente, la Cassazione. Al rilievo difensivo secondo cui sarebbe stato necessario parificare le condizioni di accesso al beneficio (anni sei di residuo pena da scontare) come unica opzione costituzionalmente sostenibile, la Suprema Corte, nella sent. n. 20702 del 16.06.2020 (dep. 10.07.2020), ha opposto che sarebbe manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in relazione agli artt. 3, 27 e 32 Cost., nella parte in cui prevede un diverso requisito di accesso all'affidamento in prova terapeutico

più vero se si considera che la restrizione dei requisiti per l'accesso alla misura (i.e., l'abbassamento della soglia di pena espianda) avviene *se anche solo figura* nel titolo esecutivo una condanna a reato ostativo⁵⁶.

Inoltre, sempre considerando che il condannato a reati di cui al 4-bis può essere ammesso all'affidamento in casi particolari⁵⁷, è necessario interrogarsi in merito alla sorte della misura nel caso in cui egli termini positivamente la parte terapeutica del programma. Per questo caso, il più volte menzionato art. 94, co. 6-bis, pur prevedendo una deroga ai limiti edittali dell'affidamento ordinario, non sembra fare eccezione alle preclusioni derivanti dall'art. 4-bis alla concessione dell'affidamento ordinario⁵⁸. Con la conseguenza che il recuperato "ostativo", non avendo più diritto al trattamento per i casi particolari, dovrebbe rientrare nell'orbita delle preclusioni dell'art. 4-bis⁵⁹.

Una simile interpretazione sarebbe però del tutto inaccettabile giacché nessuno sarebbe spinto a disintossicarsi sapendo che, nel caso di

per coloro che debbano scontare un residuo di pena riferito a reato ostativo previsto dall'art. 4-bis, ord. pen. in quanto la norma non stabilisce alcuna preclusione assoluta, ma prevede una diversa modalità di accesso al beneficio giustificata dalla gravità dei reati ostativi inclusi nel titolo esecutivo, indicativi di una maggiore pericolosità sociale del detenuto.

⁵⁶ Si consideri, per esempio, la situazione di un soggetto che debba scontare anni due di reclusione per aver commesso un reato ostativo e anni sei di reclusione ad altro titolo. In questo caso, una volta scontata la pena relativa al titolo ostativo, egli non potrà accedere al beneficio giovandosi del regime "comune" dell'affidamento in casi particolari (sei anni di pena residua), ma dovrà comunque attendere il raggiungimento della soglia di anni quattro di pena da espiare, scontando per anni due, salvo liberazione anticipata, una reclusione che non può che dirsi ingiusta e anzi deleteria per la cura del suo stato di alcool- e/o tossicodipendenza.

⁵⁷ Come messo recentemente in luce, infatti, quello oggetto del presente elaborato è uno degli «istituti che possono essere concessi anche ai condannati per reati di cui all'art. 4-bis co. 1 o.p. Ciò si piega perché si tratta evidentemente di misure vocate ad un'istanza esclusivamente umanitaria»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 115, n. 113.

⁵⁸ Questa ipotesi interpretativa sembra rafforzata dal rinvio all'o.p. operato dal co. 6 dell'articolo, che va inteso principalmente come riferito alla regolamentazione dell'affidamento in prova ordinario.

⁵⁹ *Ex multis*, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 110 ss.

recupero, la sua misura non potrebbe convertirsi in affidamento ordinario, con la conseguenza che gli toccherebbe tornare in prigione.

Sono due le possibili soluzioni interpretative a questo problema.

La prima è quella di sostenere che, una volta concessa la misura, essa prosegue, indipendentemente dal superamento o meno dei limiti di pena previsti per la concessione dell'affidamento ordinario, anche in caso di guarigione del soggetto. In questo senso, il comma 6-*bis* sarebbe inutile, perché lungi dal convertirsi in affidamento ordinario, continuerebbe a fare il suo corso la misura dell'affidamento in casi particolari, sottratta alle preclusioni del doppio binario.

La seconda è quella di interpretare la misura di cui al co. 6-*bis* come un *tertium genus*. In questo modo, si otterrebbe il duplice effetto positivo di sottrarla alle rigide preclusioni di cui all'art. 4-*bis* e di distinguerla – come, in fin dei conti, sembra aver voluto fare il legislatore – dall'affidamento in prova in casi particolari, misura elettivamente destinata alla cura⁶⁰.

Entrambe queste interpretazioni avrebbero il pregio di valorizzare la specialità della disciplina dell'affidamento in casi particolari, una misura alternativa dal carattere prettamente umanitario.

7.2. Preclusioni ex art. 58-quater o.p.

L'art. 58-*quater* o.p. stabilisce che “al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47-*ter*, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma” non può essere concesso, fra gli altri, l'affidamento in prova al servizio sociale per un periodo di tre anni dal momento in cui è stato emesso il provvedimento di revoca (co. 1, 2 e 3)⁶¹.

Secondo la tesi più convincente, questa preclusione non potrebbe operare con riferimento all'affidamento in prova in casi particolari. Ciò

⁶⁰ In entrambi i casi permarrrebbe, forse, un profilo di criticità. Infatti, si avrebbero condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* trattati in due modi diversi, a seconda che abbiano completato un programma di trattamento, oppure che non abbiano mai avuto problemi di tossicodipendenza.

⁶¹ *Ex multis*, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 251-252.

trova riscontro in una recente sentenza della Corte di Cassazione⁶², secondo la quale il divieto triennale di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione, previsto dall'art. 58-*quater* o.p., non opera nell'ipotesi di revoca dell'affidamento in prova in casi particolari di cui all'art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in quanto l'infruttuosa applicazione di tale misura, oltre a non essere espressamente contemplata fra le condizioni "pregiudicanti" di cui all'art. 58-*quater*, comma 2, cit. in ragione della peculiare situazione dei soggetti che ne fruiscono, non determina alcuna presunzione assoluta di incapacità del condannato di conformarsi ai benefici aventi finalità di rieducazione comune.

Se questa importante sentenza stabilisce la impermeabilità della disciplina delle preclusioni "ordinarie" a una eventuale revoca dell'affidamento in casi particolari, è altrettanto importante sottolineare che il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione non opera, secondo altra giurisprudenza, quando è richiesta l'applicazione dell'affidamento in prova in casi particolari previsto dall'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990, in quanto tale misura non è espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa dell'art. 58-*quater* che, per il suo carattere restrittivo, non è suscettibile di interpretazione analogica⁶³.

Se in giurisprudenza è già filtrata, pertanto, questa convincente "impermeabilità" delle preclusioni nei confronti degli affidati (o affidandi) in casi particolari, maggiori problemi pone la questione della prosecuzione dell'affidamento in casi particolari una volta terminata con successo la parte terapeutica del programma (art. 94, co. 6-*bis*, T.U.L.S.).

Anche in questo caso, infatti, si pone il problema della possibilità di applicare l'affidamento ordinario a soggetti che (normalmente) non potrebbero accedervi. Anche in relazione a questa ipotesi, la soluzione potrebbe essere considerare l'affidamento ordinario "da conversione" un *tertium genus* al quale continuano a non poter essere applicate le

⁶² Sent. n. 24425 del 26.04.2023 (dep. 07.06.2023).

⁶³ Così Cass., sent. n. 6287 del 23.10.2014 (dep. 12.02.2015).

preclusioni che, a monte, non trovano applicazione nei casi di affidamento in casi particolari⁶⁴.

Una diversa interpretazione frustrerebbe, infatti, il delicato lavoro di sottrazione dell'affidamento in casi particolari, in quanto misura speciale e diversa da quelle "comuni", alle ordinarie preclusioni, giustificato dal fatto che il peso specifico della *ratio* di tali preclusioni è inversamente proporzionale a quello del contenuto umanitario che contraddistingue l'affidamento in casi particolari.

8. Art. 94 T.U.L.S. e riforma Cartabia

Come noto, la riforma Cartabia non ha aggiunto né l'affidamento in prova, né l'affidamento in prova in casi particolari fra le pene sostitutive delle pene detentive brevi. Questo produce una serie di tensioni intra-sistematiche.

Preme sottolineare che l'omessa considerazione dell'affidamento in prova in casi particolari fra le pene sostitutive comporta delle conseguenze ancora più gravi, perché rischia di ritardare l'intervento della giustizia a favore del soggetto debole e tossicodipendente alla fase dell'esecuzione.

Ciò a maggior ragione in un contesto in cui

circa tre su quattro beneficiari dell'affidamento ordinario sono affidati in prova dallo stato di libertà; la proporzione si inverte per i tossicodipendenti: quasi tre su quattro passano dal carcere prima di accedere alla misura alternativa. Questo nonostante la difficile compatibilità tra tossicodipendenza, carcere, diritto alla salute, accesso ai servizi⁶⁵.

⁶⁴ Gioia, da ultimo, precisare che non vale a risolvere i problemi posti dalla conversione la tesi per cui, in ogni caso, in caso di esito positivo potrebbe essere chiesta la sospensione della pena per il tossicodipendente. Tale istituto, infatti, non vale per gli alcooldipendenti, né per i casi in cui non vi sia un nesso fra la tossicodipendenza e il delitto commesso.

⁶⁵ M. CIANCHELLA, *Le conseguenze penali e sanzionatorie del proibizionismo in materia di droghe*, in G. ZUFFA, F. CORLEONE, S. ANASTASIA, L. FIORENTINI, M. PER-

Stranamente, però, l'art. 545-bis c.p.p. recita oggi che

[a]l fine di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva [...] il giudice può acquisire [...] dai soggetti indicati dall'articolo 94 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e il programma terapeutico, che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi.

Il testo della relazione illustrativa d.lgs. 150/2022 chiarisce il motivo di questo riferimento all'art. 94, nonostante questa misura non sia stata inserita fra le pene sostitutive. Si afferma, infatti, che

[s]i intende per tale via richiamare l'attenzione del giudice, pur a fronte della mancata inclusione dell'affidamento in prova ai servizi sociali tra le pene sostitutive, sulla possibilità e sull'opportunità di applicare pene sostitutive con finalità terapeutica, in vista delle esigenze di cura e di reinserimento sociale dei condannati affetti da disturbo da uso di alcol, di sostanze o da gioco d'azzardo (previsione, quest'ultima, innovativa anche rispetto all'ordinamento penitenziario e suggerita dalle più recenti acquisizioni scientifiche; cfr. il DSM-5), ovvero da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria⁶⁶.

Non si può che auspicare che i giudici facciano ricorso a questa “valvola di sfogo” lasciata aperta dal nuovo testo del codice di procedura penale.

DUCA, M. CIANCHELLA (a cura di), *La traversata del deserto - Quattordicesimo Libro Bianco sulle Droghe*, cit., 15.

⁶⁶ Prosegue la relazione affermando che «[i]n particolare, se il condannato presenta le predette condizioni di salute e intende intraprendere o proseguire un programma di recupero, il giudice può applicare, in luogo della pena detentiva (destinata ad essere ‘sostituita’ in sede di esecuzione da una misura alternativa, a distanza di molti mesi o anni), una pena sostitutiva il cui programma di trattamento contempli la sottoposizione ai programmi di cura e assistenza correlativi alle condizioni di salute. [...] Le pene sostitutive, applicate dal giudice di cognizione ed immediatamente esecutive, dopo la definitività della sentenza, possono infatti consentire cure, assistenza e recupero sociale più immediato rispetto alle misure alternative alla detenzione, applicabili in sede di esecuzione dal tribunale di sorveglianza, non di rado a distanza di mesi o anni dall'istanza».

Dalle “ceneri” della mancata previsione dell’affidamento in prova in casi particolari fra le pene sostitutive, che hanno portato a questa strana e ortopedica ibridazione fra pene sostitutive e finalità terapeutiche, potrebbe infatti nascere, per i motivi che seguono, una fenice inaspettatamente elegante⁶⁷. Come si è visto⁶⁸, il fatto che l’U.E.P.E. non ricopra alcun ruolo nella redazione del programma dell’affidamento in casi particolari potrebbe portare a degli esiti distorsivi nel modo in cui l’affidamento in casi particolari si manifesta nella prassi. Come noto, l’U.E.P.E. gioca invece un ruolo di prim’ordine nell’ambito della programmazione delle nuove pene sostitutive. Pertanto, questa “ibridazione” fra pene sostitutive e finalità terapeutiche, menzionata nella relazione accompagnatoria al d.lgs. 150/2022, potrebbe aiutare a sperimentare quel modello che si auspicava venisse inserito già nell’art. 94 T.U.L.S., che vede coinvolto anche questo Ufficio, insieme all’ente che si occupa della cura del tossicodipendente, nella predisposizione del programma di trattamento, con vantaggi per tutti i soggetti interessati.

9. *L’affidamento in prova in casi particolari del condannato minorenne*

Come si è visto *supra*, un’altra declinazione dell’affidamento in prova in casi particolari è quella di misura penale di comunità⁶⁹ ai sensi dell’art. 2, d.lgs. 121/2018⁷⁰.

⁶⁷ Vi sono, però, delle linee di continuità con il passato. Come si può leggere in una recente monografia, con la riforma Cartabia «si è espressamente previsto che il giudice, nella scelta della sanzione sostitutiva, debba valutare anche le condizioni di dipendenza da alcool, droga e gioco d’azzardo, certificate dai servizi pubblico o privati autorizzati indicati dall’art. 94 co. 1 d.P.R. n. 309/1990, nonché le condizioni di persona affetta da HIV conclamata o da grave deficienza umanitaria, sdoganandosi così definitivamente la prassi già invalsa di concepire anche una detenzione domiciliare associata ad un programma riabilitativo»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 499.

⁶⁸ V. *supra*, § 5.2.

⁶⁹ Sulle quali F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 330-335.

⁷⁰ Questo articolo oggi recita: “1. Sono misure penali di comunità l’affidamento in prova al servizio sociale, l’affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, l’affidamento in prova in casi particolari. 2. Le misure

All'affidamento in prova in casi particolari come misura di comunità tocca l'arduo compito non solo di cercare di guarire una dipendenza, ma anche di salvare giovani vite. Non potendo rimanere sorda alla par-

penali di comunità sono disposte quando risultano idonee a favorire l'evoluzione positiva della personalità, un proficuo percorso educativo e di recupero, sempre che non vi sia il pericolo che il condannato si sottragga all'esecuzione o commetta altri reati. Tutte le misure devono prevedere un programma di intervento educativo. 3. (La Corte costituzionale, con sentenza 5 novembre - 6 dicembre 2019, n. 263, in G.U. 1^a s.s. 11.12.2019, n. 50, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo comma) 4. Il tribunale di sorveglianza decide sulla base dei risultati dell'osservazione e della valutazione della personalità del minorenne, delle condizioni di salute psico-fisica, dell'età e del grado di maturità, del contesto di vita e di ogni altro elemento utile, tenuto conto della proposta di programma di intervento educativo redatta dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni e dei percorsi formativi in atto. 5. Nella scelta della misura si tiene conto dell'esigenza di garantire un rapido inserimento sociale con il minor sacrificio della libertà personale. 6. La durata delle misure penali di comunità è corrispondente alla durata della pena da eseguire. 7. L'esecuzione delle misure penali di comunità avviene principalmente nel contesto di vita del minorenne e nel rispetto delle positive relazioni socio-familiari, salvo motivi contrari e, in ogni caso, purché non vi siano elementi tali da far ritenere collegamenti con la criminalità organizzata. 8. Con l'applicazione delle misure può essere disposto il collocamento del minorenne in comunità pubbliche o del privato sociale. Per favorire il percorso educativo del condannato, le comunità possono essere organizzate, in deroga a quanto previsto dall'articolo 10, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272, anche in modo da ospitare solamente minorenni sottoposti a procedimento penale ovvero in esecuzione di pena. 9. Ai fini dell'applicazione delle misure penali di comunità, l'osservazione è svolta dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni che acquisisce i dati giudiziari e penitenziari, sanitari, psicologici e sociali, coordinandosi con i servizi socio-sanitari territoriali di residenza del minorenne e, per i detenuti, anche con il gruppo di osservazione e trattamento dell'istituto di appartenenza. Il tribunale di sorveglianza può disporre approfondimenti sanitari anche avvalendosi dei servizi specialistici territoriali. 10. Il tribunale di sorveglianza acquisisce informazioni sul contesto di vita familiare e ambientale, sui precedenti delle persone con cui il minorenne convive e sull'idoneità del domicilio indicato per l'esecuzione della misura. 11. L'ufficio di servizio sociale per i minorenni predispone gli interventi necessari ai fini della individuazione di un domicilio o di altra situazione abitativa, tale da consentire l'applicazione di una misura penale di comunità. 12. Le disposizioni sull'affidamento in prova al servizio sociale, sulla detenzione domiciliare e sulla semilibertà di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, nonché sull'affidamento in casi particolari previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applicano, in quanto compatibili, alle corrispondenti misure di comunità di cui al presente decreto".

ticolare classe dei suoi destinatari, la misura viene quindi riempita di ulteriori contenuti. Si tratta di norme, invero, valide per tutte le misure penali di comunità, previste proprio dall'art. 2, che contiene

disposizioni che accomunano tutte le misure penali di comunità: definizione dei contenuti, delle finalità, dell'ambito di applicazione, dei soggetti che intervengono nell'esecuzione e delle attività loro demandate⁷¹.

Non essendo questa la sede per approfondire i caratteri generali delle misure di comunità, giova però ricordare che anche questa può essere applicata solamente se risulta idonea a favorire l'evoluzione positiva della personalità e un proficuo percorso educativo e di recupero.

Anch'essa deve, inoltre, prevedere un programma di intervento educativo, da attuarsi principalmente nel contesto di vita del minorenne e nel rispetto di "positive" – così si esprime, problematicamente, il dettato normativo – relazioni socio-familiari.

Si prevedeva altresì che, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, si applicasse l'articolo 4-bis, commi 1 e 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

Si trattava di una vera e propria ferita nel delicato tessuto della disposizione, sacrificando essa sull'altare di tratative considerazioni securitarie la speranza del recupero di giovani vite afflitte dall'alcool- e dalla tossicodipendenza.

Per fortuna non si è fatto attendere l'intervento della Consulta che, con la sentenza n. 263/2019, ha dichiarato incostituzionale questa disposizione per violazione, fra gli altri, degli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost.

La Corte ha correttamente rilevato che la norma censurata faceva sì che

le finalità di prevenzione generale e di difesa sociale [finissero] per prevalere su quelle di educazione e risocializzazione, restaurando un assetto in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, sottesi all'intera disciplina del nuovo ordinamento penitenziario minorile.

⁷¹ F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 332.

Certo, però, è che dal

superamento del meccanismo preclusivo che osta alla concessione delle misure extramurarie non deriva in ogni caso una generale fruibilità dei benefici, anche per i soggetti condannati per i reati elencati all'art. 4-*bis* ordin. penit. Al tribunale di sorveglianza compete, infatti, la valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie, secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo⁷².

Come acutamente rilevato in dottrina,

rispetto alla sent. n. 253, la n. 263 è ancora più drastica. Diversamente dalla precedente, che derubrica l'originaria presunzione legislativa da assoluta a relativa, nella pronuncia successiva quella stessa presunzione viene integralmente a cadere⁷³.

Non si può che accogliere con favore questa drasticità, soprattutto se si considera l'ulteriore profilo di irragionevolezza consistente nel fatto che, pur non essendo la preclusione di cui all'art. 4-*bis* applicabile all'affidamento in casi particolari per adulti, essa avrebbe potuto condizionare l'accesso all'affidamento in casi particolari – misura di comunità.

Infatti, il rinvio operato dall'art. 2, co. 12, alla disciplina dell'art. 94 T.U.L.S.⁷⁴, era (ed è) fatto sotto riserva di compatibilità della disciplina richiamata. E la disciplina dell'art. 94 T.U.L.S., nella parte in cui deroga all'applicazione delle ordinarie preclusioni *ex art. 4-bis o.p.*, non poteva sicuramente dirsi compatibile con la formulazione dell'art. 2 *ante* Corte cost. 263/2019.

10. Conclusioni

Dietro le righe fredde e inospitali di una disposizione di legge poco conosciuta, si nasconde un mondo fatto di comunità, di persone afflitte

⁷² Corte cost., sent. 263/2019.

⁷³ A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 510.

⁷⁴ F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 331.

da dipendenze difficilmente superabili e di tanti professionisti pronti a fare del loro meglio per aiutare i più deboli.

Il giurista, davanti a tutto questo, non può rimanere indifferente, soprattutto a fronte della noncuranza che la società sembra esprimere verso gli ultimi: non solo condannati, ma condannati alcool- e tossicodipendenti. Deve piuttosto vegliare sulla corretta attuazione dei principi costituzionali per far sì che alcune buone intuizioni legislative, fra le quali rientra senza dubbio l'affidamento in prova in casi particolari, non restino lettera morta o difficile appannaggio di pochi fortunati.

Nella trattazione si è tentato, in quest'ottica, di affrontare alcuni dei problemi che l'interprete potrebbe incontrare avvicinandosi all'istituto regolato dall'art. 94 T.U.L.S. Lo si è fatto, nei limiti del possibile, visitando comunità e interagendo con professionisti del settore. Oltre a questo, si è tentato anche di elaborare proposte per fare in modo che la misura possa fungere da vero strumento di guarigione, e non si riduca a rappresentare un conchiuso sistema di collocamento extracarcerario di soggetti che fanno fatica a confrontarsi con il carcere.