



Istituto MEME

associato a

Université Européenne

Jean Monnet A.I.S.B.L. Bruxelles



La differenziazione trattamentale per ragioni terapeutiche

Scuola di Specializzazione: **Scienze Criminologiche**

Relatore: **Dott.ssa Roberta Frison**

Tesista specializzando: **Dott.ssa Vanessa Pellegrino**

Anno di corso: **Primo**

Modena, 08-06-2008

Anno accademico 2007-2008



INDICE

INTRODUZIONE	4
---------------------------	---

CAPITOLO I

DIFFERENZIAZIONE E CIRCUITI PENITENZIARI

1. La separazione dei detenuti tossicodipendenti dagli altri.....	6
2. Le strutture di primo livello.....	8
3. Le strutture di secondo livello o circuito penitenziario c.d. di custodia attenuata (C.A.).....	11

CAPITOLO II

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

A. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, ex art. 90 T.U.STUP.

1. La <i>ratio</i> dell'istituto.....	16
2. Condizioni di ammissibilità dell'istanza di sospensione.....	18
3. Gli effetti della sospensione e le ipotesi di revoca.....	23



B. L'affidamento in prova in casi particolari, ex art. 94 T.U. STUP.

1. Origine e finalità dell'istituto.....	25
2. Condizioni di applicabilità dell'istituto.	29
3. Modalità di accesso al beneficio.....	33
4. Contenuto e regime dell'affidamento terapeutico.	36
5. Il rapporto con l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.....	38
C. Il lavoro di pubblica utilità.....	40

CAPITOLO III

IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO DEI SOGGETTI AFFETTI DA AIDS CONCLAMATA O DA GRAVE DEFICIENZA IMMUNITARIA

1. Evoluzione normativa.....	42
2. Le misure alternative alla detenzione: l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare, ex art. 47-quater ord. pen.	45
3. Prevenzione e cura delle infezioni da virus HIV in ambito penitenziario.....	53



CONCLUSIONI 58

BIBLIOGRAFIA..... 59

INTRODUZIONE

Con il seguente lavoro, intendo dissertare sulla differenziazione trattamentale per ragioni terapeutiche ed esaminarne i criteri applicativi, con lo scopo di mostrare e avvalorare la possibilità di stabilire misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti a rischio.

A tal fine, mi propongo, prima di tutto, di spiegare cosa si intenda per differenziazione trattamentale.

La differenziazione trattamentale consiste in un'esecuzione della pena privativa della libertà personale che si attua in modi diversi dal regime ordinario, in ragione delle peculiarità caratterizzanti determinati soggetti e delle conseguenti valutazioni inerenti la loro personalità.

Uno dei criteri di differenziazione è applicabile, nello specifico, ad alcune categorie di condannati nei confronti delle quali l'ordinamento contempla speciali percorsi di alternatività. E' il caso dei soggetti tossicodipendenti i quali, oltre a scontare la pena in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi, supportati da particolari strutture ed equipe socio-psico-medico-sanitarie, possono beneficiare di misure alternative *ad hoc*, peraltro non più previste e disciplinate dalla legge penitenziaria, bensì dal Testo Unico in materia di stupefacenti.

Lo stesso legislatore, con il quale concordo, reputa opportuno che l'assoluta specificità dei condannati tossicodipendenti necessiti di essere regolamentata attraverso una normativa che si colloca al di fuori della legge penitenziaria, ragion per cui l'affidamento in prova c.d. terapeutico



e la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per il tossicodipendente trovano oggi la loro disciplina nel D.P.R. n. 309/1990 piuttosto che nella legge n. 354/1975.

Ne deriva l'auspicabilità ad un trattamento differenziato, e in vista di una *ratio* eminentemente terapeutico-assistenziale, e per l'effettiva incapacità dell'istituzione carceraria di farsi carico delle problematiche della tossicodipendenza all'interno delle mura della prigione.

Tengo, infine, a precisare come un particolare trattamento penitenziario sia riservato anche a quei soggetti che sono affetti da malattie particolarmente gravi; infatti, l'ordinamento penitenziario prevede apposite misure alternative per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, in considerazione del particolare *status* in cui tali soggetti versano a causa della loro malattia.

CAPITOLO I

DIFFERENZIAZIONE E CIRCUITI PENITENZIARI

SOMMARIO: **1.** La separazione dei detenuti tossicodipendenti dagli altri. – **2.** Le strutture di primo livello. – **3.** Le strutture di secondo livello o circuito penitenziario c.d. di custodia attenuata (C.A.).

1. La separazione dei detenuti tossicodipendenti dagli altri.

Per quanto concerne l'ambito penitenziario, particolari indicazioni, nel corso del tempo, sono state fornite dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria relativamente ai detenuti tossicodipendenti per consentire il loro recupero in luoghi idonei, evitando così la promiscuità divenuta veicolo di diffusione della droga e delle malattie.

La separazione dei detenuti tossicodipendenti dagli altri detenuti appare giusta ed utile perché, da una parte, elimina o riduce il pericolo di una diffusione dell'uso della droga e, dall'altra, sottrae i tossicodipendenti, soggetti più fragili psichicamente e soprattutto psicologicamente, al pericolo di prepotenze, sopraffazioni, ricatti, violenze di ogni genere da parte degli altri detenuti, specialmente quelli più pericolosi. La separazione dei tossicodipendenti dagli altri consente, infatti, di fare prevalere nei loro confronti le esigenze della solidarietà sociale su quella, pur importante, della sicurezza.

A norma dell'art. 95 del Testo Unico in materia di stupefacenti del 9 ottobre 1990, n. 309, “la pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e riabilitativi.”; ancora, l'art. 96 dello stesso T.U. stabilisce che colui il quale si trova in custodia cautelare o in espiazione di pena per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, o sia ritenuto dall'autorità sanitaria abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, o che, comunque, abbia problemi di tossicodipendenza, ha diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti carcerari a scopo di riabilitazione. Lo stesso art. 96 dispone, poi, che il ministro della giustizia organizza con proprio decreto, su basi territoriali, reparti carcerari opportunamente attrezzati, provvedendo d'intesa con le competenti autorità regionali e con i c.d. enti ausiliari previsti dall'art. 115 T.U. n. 309/90.

In esecuzione di tali disposizioni, l'Amministrazione Penitenziaria ha istituito per i detenuti tossicodipendenti due diversi tipi di strutture¹:

- 1) “strutture di primo livello”, ovvero interi istituti penitenziari o sezioni di istituti, dove vengono offerti ai detenuti tossicodipendenti in genere tutti i servizi di base con riferimento alla loro condizione e per la loro eventuale adesione a specifici programmi riabilitativi (in tali strutture si viene assegnati anche senza il consenso degli interessati);
- 2) “strutture di secondo livello” – o circuito penitenziario c.d. di custodia attenuata – per i detenuti tossicodipendenti che sono, o che nel corso del trattamento diventano, più suscettibili e più

¹ Circolare D.A.P., prot. n. 150346/4 -1-29, datata 22 maggio 1998.



motivati rispetto ad un'opera di riabilitazione e recupero sociale (l'assegnazione a tali strutture è subordinata al consenso e, normalmente, all'istanza degli interessati); questo secondo circuito comprende le Case Mandamentali e altre strutture appositamente individuate e particolarmente idonee.

Le strutture (sezioni) per tossicodipendenti devono essere completamente separate dalle sezioni destinate agli altri detenuti; i locali per le attività in comune, come i laboratori, le aule scolastiche, sale colloqui, cortili di passeggio, e quelle per i servizi, come la cucina e l'ambulatorio devono essere completamente indipendenti ed autonomi.

Inoltre, devono essere evitati, per motivi di opportunità, incontri con detenuti d'altri circuiti, ma in caso di necessità è possibile una deroga; in occasione di particolari ricorrenze o speciali manifestazioni, può essere autorizzata la presenza congiunta dei tossicodipendenti con gli altri detenuti dello stesso livello.

2. Le strutture di primo livello.

Il dato qualificante delle strutture di primo livello è rappresentato dalla piena operatività in esse di attività di cura e riabilitazione dalla dipendenza.

Preliminare alla definizione dei programmi socio sanitari e riabilitativi da riservare ai detenuti con problemi di dipendenza da sostanze stupefacenti o psicotrope è l'individuazione del soggetto tossicodipendente.

Nel corso dei colloqui e degli interventi, effettuati ordinariamente per tutti i detenuti all'atto dell'ingresso in un istituto penitenziario dalla libertà, è rilevata l'eventuale condizione di tossicodipendenza.

L'accertamento dell'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope si fonda su:

- a) riscontro documentale di trattamenti socio-sanitari per le tossicodipendenze presso strutture pubbliche e/o private;
- b) segni di assunzione abituale della sostanza stupefacente o psicotropa;
- c) sintomi fisici e psichici di intossicazione in atto da sostanza stupefacente o psicotropa;
- d) sindrome di astinenza in atto;
- e) presenza di sostanze stupefacenti e/o loro metabolici nei liquidi biologici e/o nei tessuti.

L'accertamento è affidato al medico e, in particolare, per i nuovi giunti dalla libertà, al medico che effettua la visita di primo ingresso. Il soggetto rilevato tossicodipendente è immediatamente smistato alla struttura all'uopo predisposta con la segnalazione degli interventi di urgenza e delle cautele da realizzare per fronteggiare la situazione attuale. Sono effettuati gli interventi eventualmente indicati come urgenti dal presidio, compreso l'inizio di un processo di disintossicazione o di mantenimento del trattamento farmacologico eventualmente già prescritto, in altre parole, il controllo delle reazioni di astinenza che il soggetto stesso presentasse.

Il soggetto è preso in carico oltre che dall'area sanitaria anche dall'area educativa trattamentale.

E', inoltre, attivato il servizio specializzato nel trattamento delle tossicodipendenze S.E.R.T. operante nell'istituto per l'avvio degli interventi di competenza. I detenuti tossicodipendenti, infatti, hanno diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti penitenziari a scopo di riabilitazione. Le Aziende Sanitarie Locali, d'intesa con gli Istituti Penitenziari ed in collaborazione con i servizi sanitari interni dei medesimi istituti, provvedono alla cura e alla riabilitazione dei detenuti tossicodipendenti ed alcolisti. Tutti gli istituti hanno stipulato una convenzione con le A.S.L.. Per le prestazioni socio-sanitarie ai tossicodipendenti detenuti le A.S.L., tramite i S.E.R.T., assicurano l'espletamento delle attività assistenziali ai tossicodipendenti anche in carcere.

Il servizio per le tossicodipendenze, compiuti i necessari accertamenti e sentito l'interessato che può farsi assistere da un medico di fiducia, definisce il programma terapeutico e socio riabilitativo; stabilisce, inoltre, le terapie di disintossicazione ed i trattamenti psico-sociali e farmacologici e ne controlla l'attuazione.

E' fatta periodicamente una valutazione congiunta da parte degli operatori penitenziari e degli operatori dei servizi territoriali che intervengono nel programma, sull'andamento del programma stesso e sulla condizione individuale dei singoli detenuti, anche al fine di segnalare i soggetti, la cui motivazione al trattamento risultasse esistente ed autentica, per il passaggio alle strutture di secondo livello².

² Vd. PATETE, *Manuale di diritto penitenziario*, edizioni Laruff Robuffo, 2001, pagg. 200-201.

3. Le strutture di secondo livello o circuito penitenziario c.d. di custodia attenuata (C.A.).

Dalla fine degli anni ottanta, a causa della sempre più consistente presenza negli istituti penitenziari di soggetti giovani tossicodipendenti, l'Amministrazione penitenziaria comincia a ipotizzare un particolare circuito di detenzione da attuare in strutture alternative definite a "custodia attenuata".

In uno di questi progetti, elaborato nel 1989, si fissano i criteri dell'istituto a custodia attenuata dove, rispetto alla sicurezza, viene privilegiato l'aspetto trattamentale-terapeutico ed un'esecuzione della pena finalizzata al recupero della tossicodipendenza e al reinserimento nell'ambiente esterno³.

I principi della custodia attenuata vengono recepiti dal legislatore che, all'art. 95 del T.U. n. 309 del 1990, afferma che la pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi.

Il modello di istituto a custodia attenuata, considerato come momento di passaggio tra la detenzione e la fase del reinserimento esterno, capace di fornire già durante l'esecuzione penale un iniziale trattamento psico-socio-riabilitativo dei soggetti interessati, e di gettare le basi per un valido proseguimento del lavoro con gli enti pubblici o privati competenti, deve far sì che il soggetto non "peggiori", offrendo un luogo

³ Cfr. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi editore, 2003, pag. 318.

detentivo dove egli non possa subire influenze negative e dove si vada verso il superamento di stili di vita e di comportamenti tipici degli ambienti devianti; cercando di avviare un progetto di recupero della potenzialità di ciascun utente, attraverso strumenti di riflessione idonei a stimolare il cambiamento, nonché a riattivare un rapporto costante e costruttivo tra il soggetto e l'ambiente esterno.

Di solito, la custodia attenuata si realizza in singoli istituti appositamente predisposti, o in singole e autonome sezioni di normali istituti penitenziari, a condizione che vengano attivate determinate procedure per l'ammissione dei soggetti e vengano mantenuti completamente separati tanto gli utenti quanto i regimi e i criteri di organizzazione della vita interna, e dove trovino posto cinquanta o sessanta unità e, comunque, non più di cento.

Anche il personale addetto al circuito della custodia attenuata deve essere separato da quello del circuito ordinario, poiché deve pervenire ad una competenza di intervento specifica.

Negli istituti a custodia attenuata gli spazi destinati allo svolgimento delle attività terapeutico-trattamentali saranno distinti da quelli relativi all'organizzazione della vita quotidiana; questi ultimi dovranno avere, per quanto possibile, aspetti di normalità che richiamino il "fuori", la vita sociale ordinaria, eliminando il senso della diversità e della non appartenenza.

I soggetti ammessi negli istituti a custodia controllata devono avere avuto, nel loro recente passato, problematiche e storie di tossicodipendenza o di alcooldipendenza e devono essere entrati nel circuito penale in relazione al loro stato.

Il percorso socio-riabilitativo deve essere scelto dal soggetto, che chiede di essere ammesso nell'istituto a custodia attenuata attraverso un'istanza con la quale si dichiara disponibile e motivato ad effettuare un'attività terapeutica trattamentale, impegnandosi ad osservare le regole della custodia attenuata stessa. In ogni momento, comunque, si può richiedere di interrompere il rapporto con la struttura e di rientrare nel circuito ordinario.

I soggetti da ammettere al regime di custodia attenuata devono avere un'età compresa fra i diciotto e i trentacinque anni; singole deroghe saranno valutate di volta in volta da un gruppo di osservazione, ma in ogni caso non si potrà superare il tetto dei trentotto anni. Questo al fine di evitare interventi su personalità ormai strutturate o comunque consolidate in senso delinquenziale e al fine di impedire il crearsi di posizioni di supremazia o di possibili plagi tra soggetti più forti e soggetti più deboli. Ancora, i detenuti ammessi alla custodia attenuata devono risiedere nella regione dove si trova la struttura penitenziaria; il che facilita i contatti con i familiari e con tutti gli operatori sociali che dovranno occuparsi di loro dopo la dimissione dal carcere.

Si richiede che i detenuti da ammettere alla custodia attenuata non abbiano gravi *deficit* psico-fisici, tali da compromettere la più ampia partecipazione alle attività proposte. Tuttavia, le eventuali caratteropatie o sociopatie tipiche dei tossicodipendenti non costituiscono di per sé ostacoli per l'ammissione.

Al fine di poter favorire il più possibile il trattamento rispetto alle esigenze della sicurezza, i detenuti da ammettere alla custodia attenuata non devono presentare particolari problemi che possano comprometterne il mantenimento. Perciò il gruppo, composto dall'*équipe* di osservazione integrata (operatori penitenziari, operatori del servizio

tossicodipendenze) e dal Magistrato di Sorveglianza, nell'esaminare l'istanza di ammissione, prende in considerazione il titolo del reato commesso e la pena da scontare anche come residuo, l'esito dell'osservazione, ove effettuata nel carcere di provenienza, la presenza di recidiva di reato, la presenza di segnalazioni significative.

Alla custodia attenuata non sono ammessi soggetti provenienti dallo stato di libertà.

Negli istituti a custodia attenuata particolare attenzione viene dedicata all'autoresponsabilizzazione dei detenuti che, all'interno delle zone previste per la quotidiana attività trattamentale e negli orari predisposti, dovranno potersi muovere senza essere accompagnati dal personale di polizia penitenziaria. L'incapacità di gestirsi responsabilmente verrà valutata e sanzionata e potrà portare all'allontanamento della struttura.

Gli orari quotidiani delle strutture a custodia attenuata consentono a tutti i detenuti il più ampio godimento degli spazi comuni con l'apertura delle celle non più tardi delle ore 8.00 e la chiusura non prima delle ore 21.00, mentre, per permettere a tutti di partecipare alle attività terapeutiche, scolastiche, culturali, ricreative e sportive, la giornata viene divisa in fasce orarie.

E' vietato il consumo di qualsiasi bevanda alcolica e sono previsti controlli a campione e a tappeto, senza preavviso, per prevenire l'eventuale uso di sostanze stupefacenti.

Nella custodia attenuata, particolare favore è accordato alla partecipazione della comunità esterna; pertanto, con l'autorizzazione del Magistrato di Sorveglianza, a norma dell'art. 17 dell'ordinamento penitenziario, si consente l'accesso a tutti coloro che, appartenendo al

volontariato organizzato e all'associazionismo, intendano collaborare per la concreta realizzazione del progetto psico-socio-riabilitativo predisposto per ciascun detenuto.

Il lavoro inframurario è obbligatorio per tutti e, perciò, le strutture a custodia attenuata distribuiscono gli incarichi e le mansioni di ciascun detenuto, operando in modo tale da non creare situazioni di soggetti più impegnati e di soggetti in condizione di inattività.

Il progetto rieducativo, poi, vuole che tutti i detenuti godano della medesima autonomia economica per non pesare sui familiari e per non dipendere dagli altri detenuti, e vedano distribuita la loro giornata tra ore dedicate al lavoro e ore dedicate alla formazione, all'attività fisica, all'attività terapeutica e a quella ricreativa. Inoltre, viene favorita la creazione di cooperative e attività produttive di tipo artigianale.

Infine, occorre menzionare che oggi il nuovo regolamento di esecuzione, all'art. 115, comma 3, parla di "istituti autonomi" o "sezioni di istituti" dove possono essere attuati regimi di custodia attenuata per detenuti o internati di non rilevante pericolosità per i quali risultano necessari interventi trattamentali particolarmente significativi.

Non pare, però, che questi regimi di custodia attenuata, giustificati solo dalla scarsa pericolosità dei soggetti, debbano riguardare anche i tossicodipendenti o alcooldipendenti dal momento che il comma 4 dello stesso art. 115 stabilisce che i detenuti ed internati che presentino problemi di tossicodipendenza o alcooldipendenza possono essere assegnati ad istituti autonomi o sezioni che assicurino un regime di trattamento intensificato.

CAPITOLO II

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI TOSSICODIPENDENTI

SOMMARIO: **A. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, ex art. 90 T.U. STUP.** – 1. La *ratio* dell'istituto. – 2. Condizioni di ammissibilità dell'istanza di sospensione. – 3. Gli effetti della sospensione e le ipotesi di revoca. – **B. L'affidamento in prova in casi particolari, ex art. 94 T.U. STUP.** – 1. Origine e finalità dell'istituto. – 2. Condizioni di applicabilità dell'istituto. – 3. Modalità di accesso al beneficio. – 4. Contenuto e regime dell'affidamento terapeutico. – 5. Il rapporto con l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. – **C. Il lavoro di pubblica utilità.**

A. LA SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA, EX ART. 90 T.U. STUP.

1. La *ratio* dell'istituto

La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, introdotta dalla legge n. 162 del 1990, e adesso disciplinata dagli artt. 90, 91, 92 e 93 T.U. n. 309 del 1990, è un istituto la cui funzione è quella di favorire la cura e la riabilitazione del tossicodipendente condannato, offrendogli la possibilità di sottrarsi all'esecuzione della pena detentiva allorché abbia

attuato, o abbia in corso, un programma terapeutico e socio-riabilitativo⁴. Si tratta, dunque, come ha affermato la Corte Costituzionale⁵, di un istituto che esplica un ruolo prettamente premiale.

Si è sottolineato, infatti, come tale istituto costituisca uno strumento giuridico volto a favorire il recupero dei soggetti tossicodipendenti che abbiano concretamente e meritevolmente mostrato di volersi adoperare per sottrarsi al giogo della droga e, nello stesso tempo, si siano astenuti dal commettere altri delitti non colposi; inoltre, al carattere premiale dell'istituto deve, altresì, aggiungersi una connotazione incentivante del recupero stesso, dal momento che la mancata prosecuzione del programma determina di diritto la revoca del beneficio.

Il collegamento tra sanzione applicata al reo e possibilità offerta allo stesso di evitarne la concreta applicazione dimostra la volontà del legislatore di privilegiare l'aspetto preventivo e riabilitativo della pena, a discapito di quello meramente repressivo, premiando il tossicodipendente che abbia concretamente dimostrato di volersi "disintossicare" e liberare dalla schiavitù della droga.

Il legislatore, con tale speciale disciplina, ha voluto favorire il tossicodipendente che, dopo la commissione del reato e la pronuncia della relativa condanna, dimostri concretamente di avviarsi alla soluzione dei problemi che lo hanno determinato a delinquere. A tale scopo, il momento della valutazione della situazione soggettiva del condannato è posticipato, rispetto alla generale normativa relativa alla sospensione condizionale della pena, per concedere maggiore spazio alla resipiscenza ed all'accostarsi ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo, non

⁴ Cfr. CORSO, *op. cit.*, pag. 329.

⁵ Sentenza 27.03.1992 n. 133, *FI*, 1992, II, pag. 2915.

dettata da casuali o precarie costrizioni psicologiche connesse all'imminenza del processo penale.

E', inoltre, da sottolineare come il ruolo della Magistratura di Sorveglianza, nella concedibilità del beneficio, sia vincolato *in toto* ai soli presupposti richiesti dalla legge; non è, infatti, consentita al giudice l'individuazione di parametri ulteriori e diversi rispetto al programma terapeutico in corso o al quale il soggetto si sia sottoposto, poiché l'introduzione di qualsivoglia differente criterio si risolverebbe in un'ammissibile integrazione e modificazione della norma il cui fine primario è il superamento, da parte del condannato, dello *status* di tossicodipendente, a prescindere dalle obiettive difficoltà di accertamento di tale fatto e senza che abbia rilevanza la possibile preordinazione del programma alla sospensione⁶.

2. Condizioni di ammissibilità dell'istanza di sospensione

Secondo la formulazione originaria dell'art. 90, 1° comma, prima parte, del D.P.R. 309/1990, la sospensione dell'esecuzione della pena poteva essere disposta nei confronti di una persona condannata ad una pena detentiva non superiore a tre anni, sola o congiunta a pena pecuniaria, per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza, dopo che si fosse accertato che la persona si era sottoposta o aveva in corso un programma terapeutico di recupero. Il limite di pena per la concessione del beneficio veniva esteso a quattro anni qualora le pene detentive applicate, anche se congiunte a pena pecuniaria, avessero riguardato il delitto di cui all'art. 73, 5° comma, del

⁶ Vd. PAVARINI, GUAZZALOCA, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, vol. I, Utet, 2002, pagg. 440-441.

D.P.R. 309/1990, ossia, un fatto di lieve entità (art. 90, 1° comma, seconda parte).

Sul punto, è intervenuto il legislatore con il d.l. 14-05-1993, n. 139, convertito nella l. 14-07-1993, n. 222, modificando il primo comma dell'art. 90 mediante l'introduzione del più ampio limite generale dei quattro anni di pena detentiva, inflitta o ancora da scontare; tutto ciò allo scopo di favorire il più possibile l'accostamento degli assuntori di stupefacenti alle strutture di recupero e di limitarne la presenza negli istituti di detenzione.

Di recente, è intervenuto anche il legislatore del 2006 che, privilegiando maggiormente rispetto al passato l'aspetto preventivo e riabilitativo della pena, a discapito di quello repressivo, ha previsto nuovi e più ampi limiti di pena, che sono elevati a sei per i condannati "comuni"; mentre, per i condannati "speciali", poiché riconosciuti colpevoli dei delitti di cui all'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, rimane fermo il vecchio limite di pena fissato in quattro anni, in ciò confermando la strutturazione a "doppio binario" dell'ordinamento quanto al trattamento rieducativi dei condannati.

Inoltre, ai fini della determinazione dei limiti massimi di pena entro cui può essere concesso il beneficio, non va considerata la pena originariamente inflitta, ma si fa riferimento a quella che il condannato deve effettivamente scontare all'atto dell'istanza.

Circa l'ambito soggettivo di applicazione, l'istituto *de quo* è applicabile solo in favore del tossicodipendente abituale; in quanto presuppone la sottoposizione ad un programma terapeutico di recupero, il beneficio non è applicabile anche al consumatore occasionale, per il quale, non sussistendo uno stato di tossicodipendenza, non è ipotizzabile

alcuna terapia di riabilitazione. In tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, con la sentenza 27-03-1992, n. 133, secondo la quale tale diversità di disciplina tra tossicodipendente abituale e occasionale non contrasta con il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 della nostra Costituzione, in quanto si è in presenza di situazioni non comparabili e, quindi, non parificabili sotto il profilo del trattamento giuridico.

Con l'intervento di riforma, però, si è inteso limitare l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva; infatti, il Tribunale di sorveglianza può concedere il beneficio solo a coloro che si sono già sottoposti, con esito positivo, al programma di recupero; quest'ultimo deve essere allegato, a pena di inammissibilità, all'istanza di sospensione; deve risultare da certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze, o da una struttura privata; deve attestare la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo scelto, l'indicazione della struttura ove il programma è stato eseguito, le modalità di realizzazione ed i risultati conseguiti a seguito del programma stesso (art. 91, 2° comma t.u. 309/1990).

In precedenza, l'istituto poteva applicarsi, invece, anche a chi tale programma avesse ancora in corso. La modifica è stata spiegata con la considerazione che, rispetto a questi ultimi soggetti, per i quali persistono ancora problemi di tossicodipendenza, dovesse preferirsi il diverso istituto dell'affidamento in prova, attraverso le relative prescrizioni, è parso meglio temperare le esigenze di tutela della collettività, da una parte, e della salute dell'interessato, dall'altra.

Ristretto l'ambito soggettivo di applicazione, è di contro ampliata la finestra di concedibilità della misura con riferimento alla condanna in esecuzione; infatti, il tribunale di sorveglianza, qualora l'interessato si

trovi in disagiate condizioni economiche, può altresì sospendere l'esecuzione della pena pecuniaria che non sia stata già riscossa.

Sinteticamente, quindi, può affermarsi che la nuova disciplina consente l'applicazione del beneficio in tre ipotesi:

1. pena non superiore a sei anni, anche se residua di una maggiore condanna o congiunta a pena pecuniaria, per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza;
2. pene detentive non superiori, anche de residuo, a quattro anni, se relative a titolo esecutivo comprendente taluno dei reati di cui all'art. 4 *bis* della l. 354/1975;
3. pena pecuniaria, di qualsiasi ammontare.

Inoltre, la riforma del 2006 ha sostituito l'intervento liberatorio del p.m. sull'istanza del condannato già detenuto, con quello di competenza del magistrato di sorveglianza. Infatti, in base all'art. 91, 4° comma, se l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione. Sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il magistrato di sorveglianza è competente a dichiarare la revoca di cui all'art. 93, 2° comma.

Per quanto concerne il concetto di "reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente", presupposto per la concessione del beneficio in esame, esso è oggetto di vivaci discussioni e critiche in dottrina.

Parte della dottrina, sostiene che sia sufficiente il mero dato temporale della commissione del reato durante il periodo nel quale il soggetto è tossicodipendente, rientrandovi, per esempio, i furti commessi dal

tossicodipendente allo scopo di procurarsi il denaro necessario per le proprie esigenze⁷.

Secondo la dottrina maggioritaria, invece, non è sufficiente il mero dato temporale della commissione del reato durante il periodo nel quale il soggetto era tossicodipendente, ritenendosi, invece, necessario un vero proprio rapporto di causa-effetto tra la condizione soggettiva presa in considerazione dalla norma, quindi lo stato di tossicodipendenza, e la realizzazione della fattispecie criminosa⁸.

Si deve trattare, in sostanza, di un reato la cui consumazione sia stata provocata, direttamente o indirettamente, dalla condizione di tossicodipendenza del reo e, per orientare il giudice nell'individuazione del presupposto in esame, vengono delineati alcuni criteri-guida:

- insufficienza – per la concessione del beneficio – della mera circostanza della commissione di un reato da parte di un tossicodipendente;
- necessità di uno stretto collegamento tra il reato commesso e lo stato di tossicodipendenza, affinché il reato risulti come un'estrinsecazione dello *status* dell'autore;
- non necessarietà che il reato sia previsto dalla legislazione degli stupefacenti.

Infine, occorre menzionare che, unitamente ai presupposti positivi di applicabilità, vengono individuate alcune condizioni ostative alla concessione del beneficio. Un primo presupposto negativo è individuato dall'art. 90, 2° comma, nella commissione da parte del condannato di altro delitto non colposo punibile con la reclusione, nel periodo compreso tra

⁷Così TUREL, BUONOCORE, *Droga: manette e riabilitazione*, Udine 1990, pag. 156.

⁸Così AMATO, *Droga ed attività di polizia*, Roma, 1992, pag. 202.

l'inizio del programma terapeutico di recupero e la pronuncia della sospensione da parte del Tribunale di Sorveglianza.

Un secondo presupposto negativo per la concessione del beneficio è individuato dall'art. 90, 4° comma, nella precedente concessione del beneficio stesso al soggetto istante. Infatti, a differenza dell'affidamento in prova al servizio sociale ex art. 94 del d.p.r. 309/1990, concedibile sino a due volte, la sospensione dell'esecuzione non può essere concessa più di una volta: il tossicodipendente che ne abbia già beneficiato, non può usufruirne per una seconda volta. Inoltre, la nuova formulazione dell'art. 90, 4° comma del t.u. 309/1990 consente la concessione della sospensione con riferimento soltanto a una pena unitaria, essendo stato eliminato il passo con il quale si ammetteva la possibilità per il giudice di concedere la sospensione tenendo conto cumulativamente di pene detentive inflitte con più sentenze, purché divenute definitive anteriormente all'istanza di sospensione.

3. Gli effetti della sospensione e le ipotesi di revoca

Circa gli effetti della sospensione, oltre alla non esecuzione della pena detentiva per cinque anni, stabilita dal 1° comma dell'art. 90, dispone il 3° comma dello stesso articolo, secondo cui il beneficio si estende alle misure di sicurezza, con la sola esclusione della confisca, ma non alle pene accessorie e agli altri effetti penali della condanna, nonché alle obbligazioni civili nascenti dal reato.

La previsione dell'inapplicabilità delle misure di sicurezza, fatta salva la confisca, si giustifica col fatto che la sottoposizione ad un

programma terapeutico dovrebbe far cessare la pericolosità che è alla base dell'applicazione di tali misure.

L'esclusione dalla sospensione delle pene accessorie e degli altri effetti penali della condanna si fonda, invece, sulla *ratio* stessa del beneficio in esame, ossia quella di evitare il contatto con il carcere del tossicodipendente e favorirne il recupero; tale esigenza non è incompatibile con l'esecuzione di altre misure non caratterizzate da tale contatto.

L'esclusione dall'istituto *de quo* delle obbligazioni civili nascenti dal reato, si fonda sull'esigenza di non penalizzare le persone danneggiate dallo stesso, pregiudicandole nel loro diritto ad ottenere il risarcimento de danni subiti.

L'art. 93, 2° comma, infine, prevede un'ipotesi di revoca del beneficio che, per espressa dizione normativa, opera "di diritto" nell'ipotesi in cui, nei cinque anni successivi al provvedimento di sospensione, il condannato commetta un delitto non colposo per il quale viene inflitta la pena della reclusione.

Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 93 non ha dissipato i dubbi di incostituzionalità dell'assetto normativo previgente, che non consentiva (e non consente) al tribunale di sorveglianza di graduare l'entità della revoca in rapporto alla gravità della condotta antiggiuridica realizzata dall'ammesso alla sospensione, di tal che essa è sempre pronunciata con effetto *ex tunc*.

Ma c'è di più: la nuova disciplina, oltre a precisare che il termine di cinque anni, di cui al 1° comma dell'art. 90, decorre dalla data di presentazione dell'istanza in seguito al provvedimento di sospensione

adottato dal p.m. ai sensi dell'art. 656 c.p.p.⁹, o della domanda di cui all'art. 91, 4° comma t.u. 309/1990, stabilisce, altresì, che il tribunale di sorveglianza, tenuto conto della durata delle limitazioni e prescrizioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare, in sede di applicazione del beneficio, una diversa e più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione.

Si tratta di una previsione del tutto innovativa che introduce, però un'evidente illogicità nel sistema: la disposizione prevede, infatti, che il giudice di sorveglianza possa valutare il comportamento del condannato posto in essere anteriormente all'applicazione della misura, al fine di stabilire, in buona sostanza, una durata minore del periodo di sospensione della pena; mentre, non è consentito un analogo scrutinio della condotta realizzata nel corso del beneficio, ai fini della graduazione degli effetti della revoca della misura (come accade, ad esempio, nell'ipotesi di revoca dell'affidamento in prova ordinario e in casi particolari: art. 47 dell'ordinamento penitenziario e art. 94 t.u. 309/1990).

B. L'AFFIDAMENTO IN PROVA IN CASI PARTICOLARI, EX ART. 94 T.U. STUP.

1. Origine e finalità dell'istituto

L'affidamento in prova "in casi particolari" è una misura alternativa introdotta nell'ordinamento penitenziario (art. 47 *bis*), in sede di

⁹ L'art. 656 c.p.p. prevede che, se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del t.u. 309/1990, il pm. dispone la sospensione dell'ordine di carcerazione.

conversione del d.l. 22 aprile 1985, n. 144, dalla l. 21 giugno 1985, n. 297, allo scopo di far fronte a due precise esigenze.

Anzitutto, al fenomeno del progressivo aumento, nella popolazione detenuta, di soggetti tossicodipendenti con conseguente prospettarsi di problemi di governabilità degli istituti penitenziari; in secondo luogo, al sempre più frequente verificarsi, nella prassi applicativa, di situazioni in cui soggetti tossicodipendenti in terapia vengono raggiunti da sentenza irrevocabile di condanna con conseguente interruzione del trattamento terapeutico per la necessità di fare luogo alla loro incarcerazione in esecuzione della pena¹⁰. La scelta di configurare una soluzione ritagliata sullo schema dell'affidamento in prova ex art. 47 ord. pen. si collega alla particolare struttura della misura penitenziaria presa a modello: essa sola, permettendo l'esecuzione della pena fuori dal carcere, risultava idonea a salvaguardare lo svolgimento di un trattamento terapeutico in libertà¹¹.

In coerenza con gli obiettivi perseguiti, la normativa allora approntata era riferita esclusivamente a condannati che già avessero in corso un programma terapeutico, avendo deciso autonomamente e liberamente di sottoporsi ad esso: per questi si prevedeva che la richiesta di affidamento in prova provocasse la sospensione o l'interruzione dell'esecuzione, obbligando il p.m., rispettivamente, a non emettere (o a non eseguire, ove già emesso) l'ordine di carcerazione nei confronti di condannato ancora in libertà e a disporre la scarcerazione del condannato se già detenuto. In ogni caso, la soluzione legislativa mirava a consentire

¹⁰Vd. NEPPI MODONA, *La legislazione penale*, Torino, 1986, pagg. 19 e ss.

¹¹Cfr. PRESUTTI, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma* (l. 10 ottobre 1986 n. 663), Padova, 1988, pag. 70.

la prosecuzione del trattamento terapeutico già iniziato, evitando la detenzione in carcere¹².

Con la successiva l. 10 ottobre 1986, n. 663 di riforma dell'ordinamento penitenziario, l'ambito applicativo della misura è stato esteso anche ai condannati che, durante l'esecuzione della pena, maturino la decisione di sottoporsi a terapia. Il meccanismo di interruzione dell'esecuzione penale è diventato operante anche relativamente a questa situazione, con la conseguenza che, in tal caso, la semplice presentazione della richiesta di affidamento in prova provoca la scarcerazione del condannato a prescindere e prima che sia instaurato un programma terapeutico.

Per effetto di questa innovazione, la misura in esame ha acquisito una funzione ulteriore: accanto all'obiettivo di salvaguardare gli effetti di una terapia in corso, si pone lo scopo di incentivare il condannato tossicodipendente alla scelta terapeutica, collegando alla manifestazione di questa intenzione l'immediata riacquisizione della libertà.

L'art. 94 d.p.r. n. 309/1990 costituisce in tutta evidenza la riproduzione della citata norma penitenziaria, tanto che, secondo parte della dottrina, l'art. 47 *bis* doveva intendersi implicitamente abrogato dalla disciplina contenuta nel testo unico sulla droga¹³. Altra parte della dottrina, tuttavia, non condivideva l'assunto, rilevando diversità non soltanto formali nella costruzione lessicale delle due norme¹⁴.

A risolvere la questione è intervenuta la legge n. 165/1998, che ha abrogato l'art. 47 *bis* ord. pen., cosicché l'affidamento in prova in casi

¹² Cfr. PRESUTTI, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, 2000, pag. 422.

¹³ Cfr. DI GENNARO, LA GRECA, *op. cit.*, pagg. 324 e ss.

¹⁴ Vd. GUAZZALOCA, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in INSOLERA (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, 1998, pag. 518.

particolari è oggi disciplinato esclusivamente dal testo unico sugli stupefacenti, quasi a rimarcare la specificità della misura in questione.

Occorre, inoltre, rilevare che la dottrina si è domandata se l'istituto dell'affidamento in prova di cui all'art. 94 d.p.r. n. 309/1990 debba intendersi come specificazione della disciplina ordinaria dell'affidamento in prova, ovvero quale speciale trattamento riservato al tossicodipendente e, pertanto, sganciato dalla *ratio* che contraddistingue l'art. 47 ord. pen., privilegiando questa seconda ipotesi e valorizzando, di conseguenza, il suo aspetto eminentemente terapeutico e non rieducativo¹⁵. Secondo tale orientamento, la disciplina dell'affidamento in prova per il tossicodipendente consentirebbe di fruire del percorso di alternative alla pena detentiva svincolando la concessione della misura da quella prognosi favorevole di non recidività che contraddistingue la concessione dell'affidamento in prova ordinario. Si è, infatti, evidenziato che, in presenza di determinati presupposti (pena inferiore a quattro anni, attualità dello stato di dipendenza, programma terapeutico in corso o intenzione di sottoporvisi, idoneità del programma terapeutico prescelto), il condannato è legittimato a chiedere in ogni momento di essere affidato al servizio sociale, quindi anche quando non sussista stato di detenzione, ovvero, quando sussista, ma in assenza di alcuna osservazione scientifica della personalità. Ciò ha portato a riconoscere che, nel caso di detenuto tossicodipendente, l'alternativa al carcere non si fonda, come l'affidamento in prova ordinario, su un giudizio prognostico favorevole di non recidività, poiché la valutazione special-preventiva viene qui prevalentemente sostituita dall'attestazione tecnica di idoneità del programma terapeutico ai fini della disintossicazione¹⁶.

¹⁵ Cfr. PRESUTTI, in GREVI (a cura di), *op. cit.*, 1988, pag. 153; CORBI, *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo "sostitutivo" della pena detentiva*, RIDPP, 1986, pag. 1110.

¹⁶ GUAZZALOCA, *op. cit.*, pag. 511.

2. Condizioni di applicabilità dell'istituto

L'area di operatività della misura è delimitata da presupposti soggettivi e da requisiti oggettivi che fungono da condizioni di ammissibilità.

Quanto ai primi, si richiede anzitutto che il condannato sia persona tossicodipendente o alcooldipendente. Come si può notare, la misura è applicabile anche all'alcooldipendente in virtù di un accostamento tra questa situazione e quella di tossicodipendente effettuato nelle ultime battute dei lavori parlamentari della legge n. 297/1985 - cui si deve l'introduzione della misura - allo scopo di rimediare ad un'ingiustificata disparità di trattamento ed al fine di articolare una risposta legislativa più adeguata per questo diffuso fenomeno¹⁷. Invero, secondo parte della dottrina, l'accostamento legislativo tra situazioni di tossicodipendenza e alcooldipendenza è abbastanza anomalo. Si nota, infatti, che tutta la legge n. 297 del 1985 è incentrata sul fenomeno della sola tossicodipendenza; cardine della misura alternativa prevista dal nuovo art. 47-bis, è il programma terapeutico concordato con enti che, per definizione, operano nel campo del recupero e del reinserimento sociale dei tossicodipendenti (comuni, aziende sanitarie locali, altri enti, associazioni di volontariato, cooperative e privati che operino senza scopo di lucro) e che, perciò, non hanno alcuna competenza specialistica in materia di alcooldipendenza. Inoltre, se in carcere è concepibile un programma terapeutico relativo al tossicodipendente perché sono previsti reparti carcerari opportunamente attrezzati, ben più difficile è prevedere

¹⁷ Cfr. PRESUTTI, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *op. cit.*, pag. 425.

un trattamento parallelo per l'alcooldipendente, che non può contare su analoghe strutture e che dovrà accontentarsi di una prevedibile approssimazione di diagnosi, di programmi e di interventi. Comunque, per economia di linguaggio ormai, a meno che le disposizioni normative non stabiliscano diversamente, il singolo termine "tossicodipendente" o "tossicodipendenza" si considera comprensivo anche della nozione di "alcooldipendente" o "alcooldipendenza"¹⁸.

In ogni caso, non occorre che la dipendenza sia in connessione con il reato che, pertanto, può essere stato commesso da persona tossicodipendente (ovvero alcooldipendente), ma non a causa del suo stato, ovvero, da persona non soggetta a dipendenza di alcun genere¹⁹.

Ciò che rileva non è, quindi, lo *status* esistente al momento della commissione del reato, bensì quello sussistente al momento in cui deve essere eseguita la pena. A differenza della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, non è necessaria alcuna connessione tra lo stato di tossicodipendente e il reato per il quale è stata riportata la condanna, dal momento in cui è sufficiente il presupposto soggettivo costituito dalla qualità di persona "tossicodipendente" del condannato.

In ordine alla definizione della nozione di "tossicodipendenza", vi sono pareri difformi in dottrina. Secondo alcuni, questa può essere definita come uno stato di soggezione alla sostanza stupefacente, il quale si risolve in disagi fisico-psichici quando l'assunzione della medesima non possa essere ripetuta²⁰; a parere di altri, invece, la nozione deve essere intesa correlandola con l'espressione "programma di recupero", di modo che, ai fini dell'applicazione dell'istituto, per "tossicodipendente"

¹⁸ Sul punto, vd. CORSO, *op. cit.*, pag. 317.

¹⁹ Così PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994, pag. 143.

²⁰ Così FASSONE, *Commento all'art. 4-ter del d.l. 22.04.1985, n. 44, convertito nella legge 21.06.1985, n. 297*, in LP, 1986, pag. 46.

dovrà intendersi il condannato per il quale appaia appropriata una terapia per elidere gli effetti derivanti dall'uso di sostanze stupefacenti²¹.

Ulteriore condizione soggettiva di ammissibilità è costituita dalla presenza di un programma terapeutico a cui il condannato sia già sottoposto o intenda sottoporsi. Si richiede, in ogni caso, che tale programma sia stato concordato con un'unità sanitaria locale o con uno degli enti, pubblici e privati, espressamente indicati dalla legge. E' prevista come necessaria la relativa certificazione da parte di una struttura sanitaria pubblica, alla quale spetta anche accertare l'idoneità del programma volto al recupero del soggetto; tale certificazione, da allegare alla richiesta di affidamento, sostituisce la documentazione relativa all'osservazione della personalità, non richiesta per la misura in esame.

Tra le condizioni soggettive di ammissibilità, va annoverato anche lo sbarramento stabilito alla ripetibilità condizionata della misura. Stando alla norma del 5° comma dell'art. 94 T.U. 309/90, infatti, l'affidamento in prova particolare non può essere disposto più di due volte, nel senso che tale divieto si riferisce alla concessione dell'affidamento e, pertanto, non impedisce la sua estensione ad un soggetto che, dopo averlo ottenuto, nuovamente lo richieda in relazione ad altra condanna sopravvenuta.

Per quanto concerne il requisito oggettivo, esso è rappresentato dal *quantum* della pena detentiva da espiare in concreto; originariamente fissato nella misura di tre anni, è stato rideterminato ed innalzato a quattro anni per effetto dell'art. 7 d.l. 139/93 (conv. L. 222/93); con la riforma del 2006, ancora una volta allo scopo di favorire quanto più possibile l'accostamento a programmi di recupero e di limitare la

²¹ Così PIGHI, *L'affidamento in prova al servizio sociale dopo la riforma*, in *LG*, 1988, pag. 133.



presenza di soggetti tossicodipendenti negli istituti penitenziari, tale limite è stato ulteriormente ampliato. Il nuovo art. 94, 1° comma del t.u. 309/1990 subordina, infatti, la concessione del beneficio solo quando deve 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'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario. Ai fini della sua determinazione, pertanto, si deve tener conto non solo di cause estintive e di fattori di ridimensionamento della pena irrogata con la condanna, ma anche dell'avvenuta parziale espiazione, non esclusa l'eventuale custodia cautelare presofferta²².

²² Cass. Sez. I, 31 MARZO 1995, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 1286.

3. Modalità di accesso al beneficio

Secondo il 1° comma dell'art. 94 t.u. 309/1990, la richiesta di affidamento in prova particolare può essere presentata dall'interessato in ogni momento; si prevede, inoltre, come si è già osservato, che alla relativa domanda deve essere allegata, a pena di inammissibilità, la certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura accreditata attestante lo stato di tossicodipendenza o 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 programma concordato.

Per la formulazione letterale della norma, si è ritenuto²³ che all'interessato spetti una titolarità esclusiva alla presentazione della richiesta di affidamento particolare, con esclusione della legittimazione concorrente di altri soggetti e segnatamente dei prossimi congiunti, nonché del consiglio di disciplina ex art. 57 ord. pen.

Tale richiesta può essere presentata in ogni momento: dunque, sia prima che la pena abbia avuto concreta esecuzione (in tal caso il p.m. sospenderà l'emissione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656 c.p.p.), sia che essa sia già in esecuzione. In quest'ultima ipotesi, la nuova versione dell'art. 94, 2° comma, prevede la competenza del magistrato di sorveglianza, il quale, ricorrendo le condizioni previste, può disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa. In tal caso, saranno impartite le prescrizioni provvisorie, destinate ad essere "doppiate" dalla pronuncia confermativa del tribunale di sorveglianza.

²³ Così CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè editore, 2002, pag. 388.

La norma da ultimo citata, in particolare, ricalca pedissequamente il disposto dell'art. 47, 4° comma dell'ordinamento penitenziario, con la differenza che quest'ultima norma consente al magistrato di sorveglianza unicamente di disporre la scarcerazione del detenuto, ma non l'applicazione provvisoria della misura dell'affidamento in prova ordinario; mentre, la disposizione dell'art. 94, 2° comma del t.u. 309/1990 ammette, invece, l'applicazione provvisoria della misura, ma non la scarcerazione del condannato. Tale considerazione induce a ritenere che la normativa in materia di recupero dei condannati affetti da problematiche di tossicodipendenza sia, sul punto, più restrittiva delle norme dettate per i condannati "comuni".

Il potere attribuito al magistrato di sorveglianza dalla nuova versione dell'art. 94, 2° comma del t.u. 309/1990 si discosta, inoltre, nettamente dalle attribuzioni in tema di scarcerazione provvisoria di competenza del p. m., ai sensi del "vecchio" articolo 94: la più recente giurisprudenza assegnava, infatti, al p.m. la funzione di controllo di mera legittimità formale degli atti²⁴. La nuova disciplina consente, invece, al magistrato di sorveglianza, in riferimento alle domande formulate da condannati in stato detentivo, una valutazione di merito e discrezionale sulla sussistenza dei presupposti sostanziali di concedibilità dell'istanza, sull'esistenza del grave pregiudizio che il protrarsi dell'esecuzione causerebbe all'interessato, nonché sulla sussistenza del pericolo di fuga.

E' verosimile ritenere che tale nuovo filtro risulterà ben più stringente del precedente, con la conseguente diminuzioni delle scarcerazioni di tossicodipendenti già detenuti. Anche sotto tale profilo,

²⁴ Cassazione penale, sezione I, 17 gennaio 1995, Fedele; Cassazione penale, sezione I, 26 marzo 2004, n. 14951, Di Martino.

dunque, la riforma pare avere introdotto norme più severe per i condannati tossicodipendenti rispetto alla disciplina ordinaria.

Inoltre, si ritiene che il provvedimento provvisorio del magistrato di sorveglianza, emesso ai sensi della nuova formulazione dell'art. 94 del t.u. 309/1990, non sia impugnabile, poiché ha natura interinale ed è destinato ad essere assorbito dalla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza.

Ai fini della decisione, il Tribunale di Sorveglianza può acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso o concordato, verificando altresì che lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio (art. 94, 3° comma, del d.p.r. 309/1990)²⁵.

Con specifica attenzione al modo in cui l'organo collegiale può verificare il programma, si sostiene in dottrina che, in caso di mancata approvazione, questo non dovrebbe formulare un nuovo e diverso tipo di programma, ma invitare l'interessato a presentare una nuova e diversa proposta da sottoporre a verifica, non essendo ipotizzabile che, a mezzo di un'ordinanza, sia il Magistrato a dire come deve essere curato il tossicodipendente²⁶.

Infine, in base al richiamo all'art. 94, 2° comma, operato dall'art. 92, 3° comma, dell'ordinanza che conclude il procedimento è data immediata comunicazione al p.m. competente per l'esecuzione il quale, se l'affidamento non è disposto, emette ordine di carcerazione.

²⁵ Vd. PAVARINI, GUAZZALOCA, *op. cit.*, pag. 457.

²⁶ Sul punto, vd. INTRONA, *Tossicodipendenza, alcooldipendenza e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1986, pag. 995.

4. Contenuto e regime dell'affidamento terapeutico

Per quanto attiene alle prescrizioni, che costituiscono il contenuto sostanziale della misura, l'art. 94, 4° comma del D.P.R. dispone che il Tribunale di Sorveglianza deve imporre al condannato le prescrizioni che “determinano le modalità di esecuzione del programma” e deve, inoltre, stabilire “le prescrizioni e le forme di controllo per accertare che il tossicodipendente o l'alcooldipendente prosegue 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 e più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione.

In caso di esito positivo della prova, deve ritenersi operante la regola dettata all'art. 47, 12° comma, ord. pen., che annette alla buona riuscita del trattamento alternativo l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale, ad eccezione della cancellazione della sentenza di condanna dal casellario giudiziale; non solo perché ciò si verifica solamente nei casi stabiliti tassativamente all'art. 687 c.p.p., ma anche e soprattutto per la presenza del divieto di concedere l'affidamento particolare per più di due volte²⁷.

Controversa è l'esatta individuazione del concetto di esito positivo: mentre una parte della dottrina ritiene che esso sia equivalente alla mera

²⁷ PRESUTTI, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *op. cit.*, pag. 438.

disintossicazione fisica dalla sostanza²⁸, un'altra parte afferma come necessario anche il superamento dello stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza²⁹ o, addirittura, il recupero sociale del soggetto³⁰; un'altra parte ancora suggerisce come preferibile la soluzione di far coincidere la positività della prova con l'accertata osservanza del programma terapeutico concordato³¹.

Quanto alla possibile conclusione negativa dell'affidamento particolare, va distinto il caso di una sua revoca da quello di annullamento del provvedimento applicativo della misura, proprio come stabilito con riguardo all'affidamento in prova ordinario; dalla disciplina prevista per quest'ultimo si ricava (art. 47, 11° comma, ord. pen.) che presupposto per la revoca è la presenza di un comportamento, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, incompatibile con la prosecuzione della prova.

A tal proposito, occorre sottolineare che l'affidamento in prova, pur importando il non ingresso in carcere o l'uscita dal carcere del condannato, rappresenta pur sempre, soprattutto per le prescrizioni imposte, una modalità esecutiva della pena, con l'importante conseguenza che, in caso di revoca della misura, il periodo di tempo trascorso in affidamento deve essere considerato, a determinate condizioni, come pena regolarmente eseguita e, quindi, computato nella pena complessiva da scontare.

Da ultimo, va presa in considerazione l'ipotesi di interruzione della prova per cause indipendenti dal comportamento assunto dal condannato

²⁸ Sul punto vd. CASTELLANI-FASSONE, in *Quest. Giust.* 85, 377.

²⁹ Così CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, pag. 1159.

³⁰ Così STOCCO, in FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, pag. 201.

³¹ Vd. PRESUTTI, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, pag. 331.

durante l'esecuzione dell'affidamento particolare, ma per cause, originarie o sopravvenute, che determinano l'annullamento del provvedimento di applicazione della misura. Vi rientra, oltre alla mancanza del presupposto (comune con l'affidamento ordinario) inerente al limite della pena inflitta (anche per il sopravvenire di un nuovo titolo privativo della libertà personale), pure l'accertata sussistenza dei requisiti propri della misura in esame: quelli relativi alla non preordinazione sia dello stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza, sia dell'esecuzione del programma terapeutico, nonché al limite di non concedibilità per più di due volte. Quanto al caso di sopravvenienza di un nuovo titolo privativo della libertà personale che incide sul *quantum* di pena utile per l'ammissione alla misura, opera la disciplina di cui all'art. 51-bis dell'ord. pen.: se il cumulo non supera il limite di quattro anni, il Magistrato di Sorveglianza disporrà la prosecuzione provvisoria della misura, ferma la decisione definitiva del Tribunale di Sorveglianza.

Infine, in caso di annullamento, l'intero periodo trascorso in prova va dedotto dalla pena da espiare, così da evitare che sul condannato ricadano conseguenze non provocate da un suo comportamento negativo.

5. Il rapporto con l'istituto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva

Le differenze fondamentali tra l'affidamento in prova particolare e la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva rilevano innanzitutto sotto il profilo soggettivo: infatti, mentre il primo istituto è applicabile, sussistendo i presupposti stabiliti dalla legge, tanto al soggetto tossicodipendente quanto al soggetto alcooldipendente, il secondo trova applicazione solo riguardo al soggetto tossicodipendente. Inoltre, lo stato

di tossicodipendenza attuale al momento dell'istanza costituisce condizione essenziale per la concessione dell'affidamento in casi particolari e, al contempo, causa di inammissibilità dell'istanza di sospensione della pena (che presuppone, secondo la nuova formulazione dell'art. 90, 1° comma del t.u. 309/1990, la conclusione positiva di un programma di recupero).

Ancora, per quanto concerne la concessione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, occorre un vero e proprio rapporto di causalità tra condizione soggettiva e realizzazione della fattispecie criminosa, non essendo sufficiente il mero dato temporale della commissione del reato durante il periodo nel quale il soggetto era tossicodipendente; tale concessione, invece, non è prevista per l'affidamento in prova terapeutico, anche se non si può escludere che il condannato abbia commesso il reato a causa del suo *status*.

Inoltre, a differenza dell'affidamento terapeutico, che può essere concesso non più di due volte, l'altra misura può essere concessa in una sola occasione: tuttavia, si ritiene ammissibile una seconda o plurima concessione della sospensione nei casi in cui i titoli esecutivi sopravvenuti alla prima concessione non superino il limite quantitativo stabilito relativamente alla pena³².

Il tenore letterale della norma riguardante l'affidamento in prova, inoltre, induce a ritenere che il beneficio non possa essere concesso in rapporto alla (sola) pena pecuniaria, di qualsiasi ammontare essa sia, a differenza di quanto, invece, disposto dall'art. 90 del t.u. 309/1990 per la sospensione dell'esecuzione della pena.

³² Sul punto, vd. PALAZZO, *La recente legislazione penale.*, Padova, 1985, pag. 140.

Ulteriori differenze tra i due istituti riguardano la natura delle misure e le conseguenze che ne derivano in caso di revoca del beneficio: l'affidamento in prova particolare ha carattere sanzionatorio, perché rappresenta un modo di esecuzione della pena, onde deve tenersi conto del periodo trascorso in affidamento in caso di revoca del relativo provvedimento, valutandosi all'uopo le ragioni della revoca, la durata delle limitazioni patite dal condannato ed il suo comportamento durante il periodo trascorso in affidamento; la sospensione determina, invece, una neutralizzazione degli effetti della pena detentiva, con la conseguenza che, in caso di revoca, non può tenersi conto del periodo di sospensione ai fini del computo della pena residua, la quale dovrà essere espiata dall'inizio e per intero³³. Trattasi, pertanto, di istituti complementari, la cui differenza sostanziale risiede nel fatto che, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 90 del D.P.R. 309/1990, l'esecuzione della pena viene sospesa, nel caso dell'affidamento in prova terapeutico ci si trova di fronte ad una vera e propria misura alternativa alla detenzione e, pertanto, la pena continua ad essere eseguita e non viene sospesa³⁴.

C. La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità.

Con l'intervento di riforma del 2006, ci si è mossi nell'ottica del recupero del tossicodipendente. Infatti, il nuovo comma 5 *bis* dell'art. 73 t.u. prevede che il giudice, nell'ipotesi in cui ritenga sussistente il fatto di lieve entità, limitatamente ai reati di cui all'art. 73, possa applicare, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., anziché la pena detentiva e pecuniaria, quella

³³ Cfr. AMATO, *op. cit.*, pag. 207.

³⁴ Vd. PAVARINI, GUAZZALOCA, *op. cit.*, pag. 458.

del lavoro di pubblica utilità prevista dall'art. 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

Sostanzialmente, l'applicazione del lavoro di pubblica utilità è subordinata al riconoscimento da parte del giudice dell'attenuante del fatto di lieve entità; e proceduralmente a tre diverse condizioni:

- 1) alla circostanza che il giudice non ritenga di dover concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena;
- 2) alla esplicita richiesta dell'imputato che risulti, peraltro essere tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope;
- 3) al parere (non vincolante) del p.m., che deve essere sentito sulla richiesta dell'imputato.

Si è in presenza, chiaramente, di una disposizione volta al recupero del trasgressore tossicodipendente o anche solo assuntore di sostanze stupefacenti, giacchè è volta ad evitare a questi l'ingresso nel circuito carcerario. Sotto questo profilo, compensa, nell'economia complessiva della legge, l'indubbio aggravamento derivato dall'assimilazione, nel trattamento sanzionatorio, delle ex droghe leggere alle ex droghe pesanti.

Va anzi notato, per apprezzare l'ampiezza del beneficio, che questo può essere concesso anche a chi non sia tossicodipendente, ma semplice assuntore: è la prima ipotesi normativa in cui tale qualità soggettiva assume rilievo ai fini del funzionamento della disciplina in commento.

Va ancora notato che il riconoscimento del beneficio rappresenta una sorta di riconoscimento normativo della figura del tossicodipendente/assuntore che sia anche spacciatore, laddove si consideri che il reato di cui all'art. 73 è configurabile solo a carico di chi



risulti attinto da un quadro probatorio dimostrativo quantomeno del fatto che questi abbia detenuto droga per uso non esclusivamente personale.

CAPITOLO III

IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO DEI SOGGETTI AFFETTI DA AIDS CONCLAMATA O DA GRAVE DEFICIENZA IMMUNITARIA

SOMMARIO: **1.** Evoluzione normativa. – **2.** Le misure alternative alla detenzione: l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare, ex art. 47-quater ord. pen. – **3.** Prevenzione e cura delle infezioni da virus HIV in ambito penitenziario.

1. Evoluzione normativa

Il problema del trattamento dei detenuti che versassero in condizioni di salute gravi venne affrontato con l'ingresso del nuovo codice di procedura penale al 4° comma dell'art. 275.

Tale norma si limitava a prevedere il divieto della custodia cautelare in carcere di persona che si trovasse in condizioni di salute particolarmente gravi, salvo che non sussistessero esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, caso in cui il giudice aveva facoltà di applicare comunque la misura della custodia cautelare in carcere. La disposizione consentiva, comunque, l'applicazione di ogni altra misura secondo le regole ordinarie.

Con il d.l. 09.09.1991, n. 292, convertito in l. 08.11.1991, n. 356, il legislatore intervenne sul 4° comma dell'art. 265, limitandone

L'applicazione ai casi in cui le condizioni di salute particolarmente gravi non consentissero le cure necessarie in stato di detenzione.

Successivamente la l. 14.07.1993, n. 222 introdusse l'art. 286-bis c.p.p., disciplinante il trattamento dei malati di AIDS.

Ai sensi di tale norma, non poteva essere mantenuta, né applicata la custodia cautelare in carcere nei confronti di persone affette da virus HIV qualora ricorresse una situazione di incompatibilità con lo stato di detenzione.

L'incompatibilità era presunta *ex lege* in caso di AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria. L'AIDS si riteneva conclamata secondo le disposizioni di cui alla circolare del Ministero di Sanità 13.02.1987, n. 5 (pubbl. in G.U. 27.02.1987, n. 48); mentre, si era in presenza di grave deficit immunitario quando vi fosse un numero di linfociti T/CD4+ pari o inferiore a 100/mmc, valore questo confermato da almeno due esami consecutivi.

Infine, ex art. 3, d.m. 25.05.1993, la certificazione di diagnosi di AIDS o di accertamento di deficit immunitario doveva essere convalidata da strutture ospedaliere pubbliche, ovvero, unità ospedaliere o universitarie di malattie infettive.

Una volta accertata l'incompatibilità, il giudice disponeva la revoca della misura cautelare, ovvero, gli arresti domiciliari presso l'abitazione; poteva, inoltre, disporre il ricovero provvisorio in una struttura del Servizio Sanitario Nazionale per il periodo necessario ad accertare l'incompatibilità con lo stato di detenzione, ovvero, qualora ricorressero particolari esigenze terapeutiche. Cessate le esigenze di ricovero, il giudice poteva dare contezza dell'accertata incompatibilità, ripristinare la

custodia cautelare in carcere, ovvero, provvedere ai sensi dell'art. 299 c.p.p.

La successiva l. 08.08.1995, n. 332 modificò ulteriormente il 4° comma dell'art. 275, il cui nuovo testo prevedeva che non potesse essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistessero esigenze cautelari di particolare rilevanza, quando fosse imputata una persona in condizioni di salute particolarmente gravi, incompatibili con lo stato di detenzione e, comunque, tali da non consentire adeguate cure all'interno del carcere.

Nell'ottobre del 1995, la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità del 1° comma dell'art. 286-bis del c.p.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone indicate nella norma, anche qualora sussistessero le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza previste dal 4° comma dell'art. 275 c.p.p. e l'applicazione della misura potesse avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e degli altri detenuti. La stessa Corte dichiarava l'illegittimità dell'art. 166 c.p. “nella parte in cui prevede che il differimento della pena ha luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti” con conseguente ampia discrezionalità del giudice di sorveglianza.

Attualmente, con la l. n. 231 del 12.07.1999, è stato unificato sotto il profilo normativo il trattamento cautelare degli imputati o indagati affetti da malattie particolarmente gravi, ovvero, da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, patologie incompatibili con lo stato di detenzione e non adeguatamente curabili in carcere.

Tale legge ha soppresso il 4° comma dell'art. 275 c.p.p. poiché la relativa previsione è stata inserita nel comma 4°-bis dell'art. 275, che prevede un'incompatibilità *in re ipsa* nei casi in cui il soggetto sia affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, salva comunque la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. In tale caso, per non recare ulteriore pregiudizio alla salute dell'imputato e degli altri detenuti, il giudice dovrà disporre gli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o accoglienza, ovvero, in caso di AIDS, in uno dei luoghi indicati nel 4°-ter co. dell'art. 275.

La legge del 1999 ha, inoltre, introdotto l'art. 47-quater nell'ordinamento penitenziario ad un solo anno di distanza dalla legge n. 165 del 1998 (legge Simeone), che già profondamente aveva modificato l'art. 47 e l'art. 47°-ter. Tale novella, pertanto, appare disciplinare in modo non coordinato con dette disposizioni, nonché con le norme del codice di rito e del codice penale, le misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria.

2. Le misure alternative alla detenzione: l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare, ex art. 47-quater ord. pen.

Destinatari delle misure possono essere i condannati ed altresì gli internati, sulla base dell'espressa estensione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 47-quater, che è diretta ad evitare ingiustificate disparità di trattamento.

La novità della previsione merita particolare attenzione soprattutto per quanto riguarda la detenzione domiciliare, fino ad ora concedibile

solo ai condannati, come si deduce dall'inequivoco dettato dell'art. 47-ter ord. pen., che fa riferimento alla pena della reclusione e a quella dell'arresto, nonché al "condannato". Per quanto concerne, invece, l'affidamento in prova, originariamente la concessione era preclusa nei confronti dei condannati che, espiata la pena, dovessero essere sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva, essendo limitato l'ambito di operatività dell'art. 47 ord. pen. a soggetti a basso indice di pericolosità quale poteva ricavarsi non solo dalla tenue entità della pena inflitta, ma anche dall'assenza di misure di sicurezza. Caduto il divieto con la legge 663/1986, l'istituto è operante anche per coloro cui debba essere applicata una misura di sicurezza detentiva.

L'affidamento in prova non è, invece, concedibile a coloro che abbiano già in corso una misura di sicurezza, non solo in forza del dettato normativo che parla di "pena" e di "condannato", ma anche e soprattutto per l'evidente contraddizione che ne diverrebbe, essendo la misura di sicurezza sinonimo di pericolosità³⁵. L'affidamento è, infatti, concedibile a coloro che non presentano pericolosità o la cui pericolosità è stata neutralizzata dal trattamento risocializzante operato in istituto durante l'esecuzione della pena. La sottoposizione alla misura di sicurezza consegue all'accertamento della pericolosità attraverso l'analisi concreta degli elementi indicati dall'art. 133 c.p. e alla prognosi di recidiva ex art. 203 c.p.; se, dunque, l'accertamento è risultato sfavorevole al soggetto, tale da comportare un giudizio di pericolosità e, quindi, l'applicazione della misura di sicurezza, si deve ritenere preclusa la concessione dell'affidamento, che ha come presupposto una valutazione di rieducabilità e di non recidiva.

³⁵ Così FASSONE, BASILE, TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, pag. 125.

La *ratio* della previsione espressa nell'ultimo comma dell'art. 47-*quater* è quella di consentire l'espiazione di pena con modalità meno afflittive anche a chi, versando in condizioni di salute peculiari, si trovi rinchiuso in istituti che spesso sono meno attrezzati di quelli penitenziari sotto il profilo igienico-sanitario e, soprattutto, di garantire una tutela efficace del diritto alla salute³⁶.

La concedibilità delle misure non è subordinata alla previsione di alcun livello di pena inflitta o costituente residuo di pena, contrariamente a quanto accade per i detenuti "comuni", per i quali valgono le soglie edittali rispettivamente fissate negli artt. 47 e 47-*ter* ord. pen.

Sotto il profilo soggettivo, occorre che il condannato, o l'internato, sia affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertata ai sensi dell'art. 286-bis c.p.p. (art. 47-*quater*, 1° comma); è compito del Ministro della Sanità, di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia, definire i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria e di stabilire le procedure diagnostiche e medico legali per il loro accertamento. Attualmente, occorre fare riferimento al decreto emesso in data 07.05.2001, secondo cui la grave deficienza immunitaria ricorre quando la persona presenta anche uno solo dei seguenti parametri:

- numero di linfociti TCD4+ pari o inferiore a 100/mmc, come valore ottenuto in almeno due esami consecutivi effettuati a distanza di 15 giorni l'uno dall'altro;
- indice di Karnofsky pari o inferiore a 50.

Tale situazione patologica deve essere attestata da una certificazione rilasciata dal servizio sanitario pubblico o dal servizio sanitario penitenziario.

³⁶ Vd. PRESUTTI, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *op. cit.*, pag. 474.

Inoltre, occorre che il condannato abbia in corso o voglia intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS (art. 47-quater, 1° comma).

L'istanza di concessione è presentata dal detenuto o dal suo avvocato al Tribunale di Sorveglianza; all'istanza deve essere allegata certificazione che attesti la sussistenza delle condizioni di salute indicate e la concreta attuabilità del programma di cura e assistenza, in corso o da effettuare, presso le unità. Non è, invece, espressamente prevista la possibilità di presentare l'istanza al Magistrato di Sorveglianza per la sospensione provvisoria dell'esecuzione.

Si discute in merito alla natura del potere spettante al Tribunale di Sorveglianza in ordine all'applicazione di una delle misure previste dall'art. 47-quater della l. 354/1975: occorre, cioè, stabilire se, una volta accertata la sussistenza delle condizioni di cui al 1° comma dell'art. 47-quater, il giudice conservi un margine di discrezionalità nel concedere o meno la misura alternativa richiesta.

Si è sostenuto in dottrina che, se da un lato è vero che la norma non prevede alcun automatismo, dall'altro sembra difficile negare che la discrezionalità del giudice sia circoscritta all'accertamento dei presupposti oggettivi – stato di salute, programma di cura e concreta attuabilità dello stesso – con la conseguenza che, nel caso in cui venga accertata la sussistenza dei presupposti *de quibus*, il Tribunale sia obbligato a concedere una delle misure indicate³⁷. Occorre, tuttavia,

³⁷ Vd. PRESUTTI, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *op. cit.*, pag. 475. La particolare condizione delle persone affette da AIDS conclamata assume rilievo ex art. 275, comma 4-ter c.p.p. anche nell'ambito della disciplina delle misure cautelari. Sul punto, cfr. Cass. Sez. III, 31.01.2003, Ajaio, in *Ced*, 223926, secondo cui, ai fini dell'applicazione o del mantenimento della custodia

osservare che un maggiore spazio decisionale sembra profilarsi nel caso in cui il condannato abbia già fruito di analogo beneficio e questo sia stato revocato da meno di un anno. In tale ipotesi, secondo quanto dispone l'art. 47-quater, 5° comma, della legge 354/1975, il Tribunale di Sorveglianza "può non applicare la misura": la precedente revoca può, dunque, essere valutata come elemento preclusivo alla concessione di una nuova misura.

Sembra irragionevole escludere che il Tribunale di Sorveglianza possa rigettare l'istanza anche per ragioni diverse da quelle costituite dalla mancanza delle condizioni stabilite dal 1° comma dell'art. 47-quater e, in particolare, per ragioni collegate alle condizioni ed al genere di vita del condannato, ad eventuali precedenti negative esperienze di cura e riabilitazione, al grado di motivazione dimostrato dal soggetto nell'intraprendere il programma e, infine, alla sua pericolosità sociale considerata anche in relazione ai reati commessi. In quest'ottica, deve pertanto riconoscersi al Tribunale il potere di rigettare l'istanza tendente ad ottenere la concessione di una delle misure previste dall'art. 47-quater, nel caso in cui ritenga sussistente un concreto e rilevante pericolo di recidiva e tale pericolo non sia adeguatamente contenibile neppure mediante il ricorso alla detenzione domiciliare.

Non vi è dubbio, tuttavia, che la discrezionalità del Tribunale di Sorveglianza sia destinata ad esplicarsi soprattutto in ordine alla scelta della misura, affidamento o detenzione domiciliare, da applicare al condannato affetto da AIDS conclamata o gravemente immunodepresso.

cautelare in carcere nell'ipotesi di AIDS conclamata, occorre che il giudice accerti: a) che l'istituto penitenziario sia dotato di adeguate strutture sanitarie, b) che la permanenza in framuraria possa svolgersi senza pericolo per la salute dell'imputato o degli altri detenuti ed, infine, c) che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza le quali devono fondarsi su un pericolo non comune, di spiccatissimo rilievo, da argomentare in base ad elementi concreti e puntuali.

In mancanza di specifiche indicazioni legislative in ordine ai parametri di riferimento ai criteri valutativi utilizzabili, deve ritenersi che il Tribunale deve applicare la misura che appare idonea ad attuare un adeguato temperamento tra la salvaguardia della salute del condannato e le esigenze di tutela della collettività che possono essere pregiudicate dalla reiterazione di condotte criminose da parte del soggetto che ha chiesto l'applicazione di uno dei benefici previsti dall'art. 47-quater.

In questa prospettiva, dovrà essere preferito l'affidamento laddove non sussista pericolosità, ovvero, questa sia presente solo in minima parte, mentre dovrà essere disposta l'applicazione della detenzione domiciliare nel caso in cui la pericolosità del soggetto risulti meglio contenibile attraverso l'unica prescrizione di non allontanarsi dal luogo prestabilito se non per le cure necessarie³⁸.

La l. 231/1999 ha, inoltre, modificato l'art. 146, 1° comma, n. 3 c.p., introducendo un'ulteriore ipotesi di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nei confronti del condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, ovvero, da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la fase della malattia è tale da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

³⁸ Cfr. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pagg. 202 e ss., ove si osserva che la possibilità di disporre l'applicazione dell'affidamento risponde alla necessità di soddisfare le esigenze ricollegate al programma terapeutico e, in particolar modo, quelle riguardanti le variazioni che possono intervenire, nel corso dell'espiazione, con riferimento all'entità ed al tipo di contatti con i presidi coinvolti nell'apprestare le terapie che potrebbero essere pregiudicate dai limiti e dalle restrizioni inerenti la detenzione domiciliare, per superare le quali il condannato deve chiedere, volta per volta, al Magistrato di Sorveglianza una modifica delle prescrizioni imposte con l'ordinanza applicativa del beneficio.

La fattispecie contemplata dalla norma codicistica presenta un ambito di applicazione parzialmente coincidente con quello dell'art. 47-ter, 1°-ter comma – detenzione domiciliare sostitutiva del differimento – e dell'art. 47-quater, limitatamente al caso di condannato affetto da AIDS conclamata o gravemente immunodepresso. In proposito, si è osservato che, se sussiste ancora la possibilità di recupero del soggetto e la volontà dello stesso di sottoporsi ad un programma terapeutico, l'applicazione di una delle misure terapeutiche di cui all'art. 47-quater ord. pen. sarà in grado di tutelare la salute del reo unitamente all'esecuzione della pena in forma attenuata; l'incompatibilità della patologia con il regime detentivo, anche in assenza di un programma terapeutico, potrà in ogni caso essere superata con la detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell'esecuzione; verificandosi la condizione di cui all'ultima parte del disposto dell'art. 146, comma 1°, n. 3 c.p., l'obbligatorietà del rinvio dell'esecuzione impedirà che possa essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., perché ormai la pena, anche se eseguita in forma attenuata, sarebbe solo un'inutile sofferenza, contraria al senso di umanità³⁹.

L'ambito di applicazione del differimento deve, dunque, essere circoscritto ai soli casi in cui le condizioni di salute del condannato presentano un grado di gravità tale da prefigurare una prognosi infausta *quoad vitam*.

Il *favor curae* che connota l'istituto in esame è ulteriormente confermato dalla disciplina relativa alla revoca della misura alternativa. L'art. 47-quater, 6° comma, stabilisce che la misura alternativa può essere revocata qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto

³⁹ Così COMUCCI, *op. cit.*, pag. 219.

a misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p. (delitti che comportano l'arresto obbligatorio in flagranza) in ordine a fatti commessi dopo la concessione della misura stessa.

Tuttavia, per effetto del rinvio all'art. 47-ter, operato dall'8° comma dell'art. 47-quater, deve ritenersi che l'affidamento possa essere revocato anche nel caso in cui il comportamento del soggetto, contrario alla legge e alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura (art. 47-ter, 6° comma)⁴⁰.

Per quanto concerne la disciplina dell'istituto, va inoltre segnalato:

- che, tra le prescrizioni che devono essere impartite dal Tribunale di Sorveglianza, devono essere comprese, secondo quanto dispone l'art. 47-quater, 3° comma, anche quelle relative alle modalità di esecuzione del programma;
- che, per quanto non diversamente stabilito dall'art. 47-quater, si applicano le disposizioni dettate dall'art. 47-ter in materia di detenzione domiciliare (art. 47-quater, 8° comma); si profila, pertanto, una particolare figura di affidamento in prova, ciò che accentua la specialità dell'istituto, cui sono applicabili le regole previste per la detenzione domiciliare;
- che non è applicabile il divieto di concessione dei benefici di cui all'art. 4-bis, ma la decisione è ancorata agli accertamenti circa la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. E' evidente, pertanto, che la sussistenza di tali elementi potrà costituire motivo di rigetto della domanda; il senso della disposizione è quello di rimettere al Tribunale di Sorveglianza la

⁴⁰ Vd. CANEPA-MERLO, *op. cit.*, pag. 351; CANEVELLI, *Commento alla legge 231/1999*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pag. 1229.

ponderazione, caso per caso, della prevalenza dell'aspetto sanitario o di quello preventivo.

3. Prevenzione e cura delle infezioni da virus HIV in ambito penitenziario

Il trattamento sanitario dei detenuti affetti da virus HIV pone all'Amministrazione Penitenziaria specifiche e complesse problematiche.

Il test per la ricerca degli anticorpi contro l'HIV è proposto a tutti i detenuti che fanno ingresso dalla libertà ed è effettuato a tutti coloro che ne facciano richiesta e vi acconsentano. In base alla legge n. 135 del 05.06.1990, nessun detenuto può essere sottoposto al test in questione senza il suo consenso, se non per necessità cliniche e nel suo interesse.

E' stato chiarito, infatti, che l'effettuazione del test senza il consenso del detenuto può avvenire solo nel caso in cui la condizione clinica dello stesso è tale da richiedere l'accertamento della sieropositività al fine di ottenere interventi terapeutici o di profilassi altrimenti non consigliati.

Qualora il detenuto rifiuti di sottoporsi al test, l'accertamento è effettuato con le modalità del trattamento sanitario obbligatorio di cui all'art. 32 della legge n. 833 del 1978 e, dunque, inoltrando la relativa richiesta al Sindaco.

Molto importante è il colloquio tra il medico ed il detenuto al momento in cui il test è proposto; nel colloquio, il medico deve evidenziare al detenuto l'opportunità di conoscere il proprio stato in relazione all'infezione da HIV e prospettare le precauzioni da adottare nella vita in comune.

Il consenso da parte del detenuto al test è certificato mediante firma nell'apposito spazio della scheda "nuovi giunti dalla libertà"; nell'ipotesi in cui l'esame risulti positivo, i risultati sono comunicati al detenuto nel corso di un colloquio con il medico che adotta le massime cautele e chiarisce anche i controlli cui il soggetto deve periodicamente sottoporsi. Per testimoniare l'avvenuta comunicazione dell'esito del test, il detenuto deve firmare il registro del medico modello 99.

Negli istituti è predisposto un adeguato sostegno psicologico per i detenuti risultati sieropositivi al fine di aiutarli, per quanto è possibile, ad affrontare tale condizione, evitando in ogni modo e con ogni mezzo il radicarsi in tali soggetti della percezione di un isolamento psicologico che spesso preclude a crisi di disperazione se non a gesti di autosoppressione.

Ai fini della prevenzione, è di fondamentale importanza l'opera di informazione fatta in maniera ampia e continua sulle caratteristiche delle infezioni, sui canali e modalità del contagio.

Non esistono norme particolari di comportamento che gli operatori penitenziari (sanitari, parasanitari, amministrativi e di polizia) sono tenuti ad osservare per il controllo dell'infezione da HIV, ma sono applicabili le "linee guida di comportamento per gli operatori sanitari per il controllo dell'infezione da HIV" stabilite dalla Commissione Nazionale per la lotta contro l'AIDS ed emanate dal Ministero della Sanità.

Allo scopo di fornire ai detenuti una più qualificata assistenza sanitaria in relazione ai rischi di fenomeni epidemiologici, in particolare per quanto riguarda la sindrome di immunodeficienza acquisita, sono state inserite, fra i settori della medicina specialistica, anche l'infettivologia e l'immunologia. A tal fine, gli istituti hanno provveduto

a stipulare apposite convenzioni con le A.S.L. e, dove non è stato possibile, con liberi professionisti in modo da assicurare la presenza di uno specialista infettivologo o immunologo per l'esigenza sanitaria di ogni istituto.

Tutti i detenuti e gli internati che fanno ingresso in Istituto sono dettagliatamente informati delle misure da adottare per la precauzione di tutte le forme morbose, collegate al virus HIV ed alle malattie connesse.

Le informazioni relative alle norme di prevenzione da adottare in ordine alla diffusione del virus HIV ed ogni altra informazione utile in merito a tale patologia sono fornite a tutta la popolazione detenuta, non solo attraverso i colloqui individuali con il sanitario dell'istituto, ma anche attraverso incontri e riunioni collettive in cui il medico, assieme ad un esperto dell'Istituto, illustra correttamente le modalità di trasmissione dell'infezione, evidenzia i comportamenti a rischio e le precauzioni da adottare; sono chiarite anche le situazioni in cui non sussistono rischi di contagio.

Ai detenuti si raccomanda l'assoluta necessità dell'uso esclusivamente personale degli oggetti da toilette e come deve essere cura di ognuno custodirli nel modo più opportuno; di evitare di maneggiare indumenti ed oggetti imbrattati di sangue o di altri liquidi biologici; di evitare qualsiasi rapporto sessuale con altri detenuti. L'AIDS non è una malattia facilmente trasmissibile; tra le modalità di trasmissione dell'infezione da virus HIV sono state identificate quella sessuale, quella ematica e materno fetale. Si raccomanda, quindi, di evitare qualunque contatto con il sangue con altre persone, specialmente se sconosciute.

Gli Istituti di pena non sono e non possono essere, per ragioni strutturali ed insuperabili, in grado di fare fronte alle forme patologiche che richiedano cure particolari. Il servizio sanitario penitenziario è in grado di fornire l'assistenza di base e, quindi, non può assolutamente affrontare l'infezione da HIV quando essa raggiunge la forma conclamata. La Commissione Nazionale per la lotta all'AIDS ha, infatti, espresso il giudizio di totale incompatibilità dei soggetti affetti da AIDS con il regime penitenziario; si deve, quindi, procedere sempre al ricovero dei detenuti e degli internati affetti da AIDS conclamata presso le strutture sanitarie esterne. Per tali motivi, le Autorità Giudiziarie vengono informate sui rischi connessi al permanere del soggetto in carcere e, conseguentemente, sono invitate a valutare la sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti più idonei ad allontanare il soggetto dal circuito penitenziario e ad assicurargli un'adeguata assistenza sanitaria.

Il paziente con AIDS conclamata, avendo perso ogni capacità di difesa immunitaria, è estremamente suscettibile a contrarre infezioni, mentre l'ambiente carcerario, a causa dell'inevitabile promiscuità delle condizioni di vita, crea senz'altro rilevanti occasioni di incontro con gli agenti patogeni di esse responsabili. Avendo, dunque, alte probabilità di contrarre infezioni, il malato di AIDS deve essere periodicamente e frequentemente sottoposto ad accertamenti diretti ad evidenziare tali infezioni, così da consentire la tempestiva effettuazione dei trattamenti sanitari del caso. Tra le infezioni che colpiscono i pazienti affetti da AIDS vi è una netta prevalenza di malattie ad alta trasmissibilità quale, ad esempio, la tubercolosi aperta.

Dalle suddette considerazioni deriva che il permanere in ambito penitenziario comporta, per il malato di AIDS, il rischio di una riduzione



del tempo di sopravvivenza e, per gli operatori che vivono e lavorano a contatto con lui, il rischio di contagio delle patologie ad alta trasmissibilità. Della questione è sempre investita l'Autorità Giudiziaria, la quale deve valutare se sussistano i requisiti oggettivi e soggettivi che legittimano l'adozione di uno dei provvedimenti per l'allontanamento del detenuto dall'ambiente carcerario.

CONCLUSIONI

Nella presente tesi, mi sono prefissa di trattare e approfondire la precaria condizione in cui versano i soggetti tossicodipendenti, alcooldipendenti e i soggetti con condizioni di salute particolarmente gravi, con il precipuo obiettivo di sottolineare l'importanza degli speciali percorsi di alternative da cui le categorie in questione trarrebbero, a mio parere, senz'altro beneficio.

Concordo, infatti, appieno, con quanto sostenuto dal legislatore, perché ritengo che la mancanza di misure alternative al regime dominante peggiorerebbe lo *status* di questi condannati, relegandoli nella più completa emarginazione.

Sono giunta a queste considerazioni scandagliando le ipotesi più disparate, mediante un minuzioso lavoro di ricerca, indagine e approfondimento che non ha fatto altro che supportare e accrescere il lavoro delle proposte citate. Secondo me, infatti, è di primaria importanza guidare i soggetti in questione verso la riabilitazione, verso la maturazione di comportamenti responsabili, al fine di reinserirli produttivamente nella comunità, rieducandoli al valore della vita e alla responsabilità verso se stessi e gli altri, facendo acquisire loro fiducia nelle istituzioni e facendo loro comprendere la funzione delle norme che consentono un corretto svolgersi della vita sociale.

BIBLIOGRAFIA

- AMATO, *Droga ed attività di polizia*, Roma, 1992;
- AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991;
- BARTONE-IAZZETTI-IZZO, *Stupefacenti e sostanze psicotrope*, Napoli, 1991;
- BERANTI-DOMINIONI-GERVASONI-MASTROLUCA, *Infezione da HIV e compatibilità carceraria: aspetti medico-legali alla luce della recente normativa legislativa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, vol. I;
- BRUNETTI-ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, La tribuna, 2004;
- CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè editore, 2004;
- CANEVELLI, *Commento alla legge 231/1999*, in *Diritto penale e processo*, 1999, vol. II;
- CASTELLANI-FASSONE, in *Questione di giustizia*, 1986;
- CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè editore, 2002;
- CASS. SEZ. I, 31 marzo 1995, in *Cassazione penale*, 1996;
- CASS. SEZ. III, 31.01.2003, Ajaio, in *Ced*, 223926;
- COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2000;
- CORBI, *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo "sostitutivo" della pena detentiva*, in *RIDDP*, 1986;
- CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992;
- CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi editore, 2003;
- DEGLI INNOCENTI-FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè editore, 2005;
- DI GENNARO-LA GRECA, *La droga, traffico, abusi e controlli*, Milano, 1992;

- DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penitenziaria*, Cedam, 2003;
- DUBOLINO, *Il codice delle leggi sugli stupefacenti*, La tribuna, 1991;
- FASSONE, *Commento all'art. 4-ter del d.l. 22.04.1985 n. 44, convertito nella legge 21.06.1985 n. 297*, in LG, 1986;
- FASSONE-BASILE-TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987;
- FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di esecuzione penitenziaria*, Giuffrè editore, 2003;
- GARAVELLI-CASELLI, *Droga: in nome della legge*, Torino, 1990;
- GUAZZALOCA, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in INSOLERA (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, 1998;
- INTRONA, *Tossicodipendenza, alcooldipendenza e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1986;
- LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da hiv: evoluzione della normativa fino alla l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cassazione penale*, 2000, fasc. II;
- MAGLIONA, *Commento alla legge 231/1999*, in *Diritto penale e processo*, 1999, vol. II;
- NEPPI MODONA, *La legislazione penale*, Torino, 1986;
- NUZZO, *Il regime di custodia cautelare in carcere e la tutela della salute in base alla disciplina della l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cassazione penale*, 2000, marzo-aprile, fasc. III;
- PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985;
- PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994;
- PATETE, *Manuale di diritto penitenziario*, edizioni Laruf Robuffo, 2001;
- PAVARINI-GUAZZALOCA, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, 1995;
- PAVARINI-GUAZZALOCA, *Codice commentato dell'esecuzione penale, vol. I*, Utet, 2002;

- PAVARINI-GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Edizioni Martina, 2004;
- PAVARINI – GUAZZALOCA, *Saggi sul governo della penalità. Letture integrative al corso di diritto penitenziario*, edizioni Martina, 2007;
- PEPINO, *Droga e legge. Tossicodipendenza, repressione e prevenzione*, Milano, 1991;
- PIGHI, *L'affidamento in prova al servizio sociale dopo la riforma*, in *LG*, 1988;
- PRESUTTI, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (l. 10 ottobre 1986, n. 663)*, Padova, 1988;
- PRESUTTI, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994;
- PRESUTTI, *Commento all'art. 47 ord. penit.*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, 2000;
- SENTENZA 27 MARZO 1992, in *FI*, 1992, II;
- STOCCO, in FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987;
- TUREL-BUONOCUORE, *Droga: manette e riabilitazione*, Udine, 1990.