

GIURISPRUDENZA

**CASS. SEZ. I - C.C. 3 MARZO 2010 (DEP. 12 APRILE 2010),
N. 13542 - PRES. SILVESTRI - REL. CASSANO -
P.M. SALZANO (CONCL. CONF.) – RIC. S.A.**

Ordinamento Penitenziario - Affidamento in prova previsto dall'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990 - Applicabilità della revoca prevista dagli artt. 47, comma 11, e 58-quater, comma 2, dell'ordinamento penitenziario - Divieto di concessione dei benefici penitenziari - Non sussiste.

- L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 58-quater; D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 94

Autorità: Cassazione penale sez. I

Data udienza: 03 marzo 2010

Numero: n. 13542

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SILVESTRI Giovanni	- Presidente
Dott. GIORDANO Umberto	- Consigliere
Dott. BONITO Francesco M.S	- Consigliere
Dott. BRICCHETTI Renato	- Consigliere
Dott. CASSANO Margherita	- rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

1) S.A., n. il (OMISSIS);

avverso l'ordinanza n. 1751/2009 TRIB. SORVEGLIANZA di MILANO, del 30/09/2009;

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. CASSANO Margherita;

lette le conclusioni del PG Dott. SALZANO Francesco che ha chiesto il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Il 30 settembre 2009 il Tribunale di sorveglianza di Milano rigettava l'istanza di affidamento terapeutico avanzata da S. A., osservando che la previsione di cui alla L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater* e successive modifiche, in tema di inammissibilità della misura alternativa a seguito di revoca di una precedente misura, si estende anche all'affidamento terapeutico D.P.R. n. 309 del 1990, ex art. 94 e che, in ogni caso, S. non si era dimostrato in grado di gestire gli spazi di apertura concessigli, come dimostrato dall'intervenuta revoca della semilibertà, disposta dal Magistrato di sorveglianza di Milano il 23 ottobre 2008.

2. Avverso il citato provvedimento ha proposto ricorso per cassazione personalmente S., il quale lamenta violazione ed erronea applicazione della L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater* e successive modifiche e D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94.

OSSERVA IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. Si registra un contrasto interpretativo sulla questione, posta dal ricorso se il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dalla L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater*, comma 2, e successive modifiche, operi o meno anche per l'affidamento in prova in casi particolari (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94).

All'indirizzo secondo cui tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa di cui all'art. 58-*quater* cit., che, per il suo carattere restrittivo, non è suscettibile di interpretazione analogica (Cass., Sez. 1, 25 novembre 2009, P.G. in proc. pen. Bonillo), se ne contrappone un altro (Cass., Sez. 1, 10 marzo 2009, n. 13607, rv. 243497; Cass., Sez. 1, 6 luglio 2007, n. 29143, rv. 237332), secondo cui il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa

alla detenzione ai sensi della L. 26 luglio 1975 , n. 354 , art. 47, comma 11, e art. 58-*quater* , comma 2, opera anche nell'ipotesi di affidamento in prova in casi particolari di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 94, in forza del rinvio effettuato dal comma 6 di tale norma alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

2. Tale secondo orientamento esegetico non pare condivisibile per una molteplicità di ragioni.

Innanzitutto occorre sottolineare che dall'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 94 cit. si evince che in esso è contenuta, al comma 6, una clausola di chiusura, che opera un generico rinvio, "per quanto non diversamente stabilito" alla disciplina prevista dalla L. 26 luglio 1975 , n. 354 e successive modifiche. Tale clausola di salvezza non può intendersi limitata a norme particolari contenute nel D.P.R. n. 309 del 1990 e deve intendersi estesa ad ogni disposizione dello stesso ordinamento penitenziario che faccia specifico riferimento a singoli e diversi istituti in coerenza con il principio che la legge speciale deroga a quella generale, laddove il contrario non sia espressamente stabilito.

Ne consegue che l'affidamento terapeutico D.P.R. n. 309 del 1990, ex art. 94, per quanto non espressamente previsto dal citato testo unico in materia di stupefacenti, trova la sua fonte di disciplina nella L. n. 354 del 1975 , art. 47 e successive modifiche.

Tale conclusione, peraltro, non consente di affermare che, in virtù del rinvio operato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 6 alle norme di ordinamento penitenziario "per quanto non diversamente stabilito", comprenda anche l'estensione degli effetti impeditivi derivanti dalla revoca di altra misura alternativa previsti dalla L. n. 354 del 1975 , art. 58-*quater* , comma 2. Tali effetti sono, infatti, espressamente limitati, ai sensi del combinato disposto del secondo e dell'art. 58-*quater* cit., comma 1, all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47), alla detenzione domiciliare (art. 41-*ter*), alla semilibertà (art. 51). L'espresso rinvio all'affidamento in prova al servizio sociale "nei casi previsti dall'art. 47", presente nell'art. 58-*quater* , comma 1, sin dal testo originario introdotto con il D.L. n. 152 del 1991 è obiettivamente e univocamente indicativo della espressa esclusione dell'affidamento in prova terapeutico, già previsto nell'art. 41-*bis* e, successivamente, trasfuso nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, atteso che l'ordinamento penitenziario non prevede ulteriori e diverse forme di affidamento in prova.

Depone in tal senso anche l'interpretazione letterale e logico sistematica del comma 7-*bis* (introdotto dalla L. n. 251 del 2005) dell'art. 58-*quater* che, analogamente a quanto previsto dal comma

1 (riscritto dalla L. n. 251 del 2005, art. 7), menziona espressamente solo l'affidamento in prova al servizio sociale "nei casi previsti dall'art. 47".

3. Significative del diverso trattamento riservato dal legislatore all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.) e all'affidamento terapeutico (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94) sono anche le vicende legislative concernenti quest'ultima misura.

La L. 5 dicembre 2005, n. 251, nella versione originaria, introduceva nel D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94-*bis*, contenente restrizioni - sempre in maniera diversa rispetto alla disciplina di ordinamento penitenziario - per l'accesso al beneficio per i condannati cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 c.p., comma 4.

L'art. 94-*bis* cit. e i correlati inasprimenti del regime per i condannati tossicodipendenti veniva, peraltro, poco dopo soppressa ad opera del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 e l'abrogazione veniva mantenuta dalla L. n. 49 del 2006 che introduceva il divieto della sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti dei recidivi cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 c.p.p., comma 4 (art. 656 c.p.p., comma 9, lett. c) e, contemporaneamente, escludeva l'operatività del divieto nei confronti di coloro che si trovavano agli arresti domiciliari disposti nell'ambito di un programma terapeutico ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 89.

Il complesso dei predetti interventi normativi è significativo dell'autonomia delle due misure alternative e del conseguente diverso trattamento che il legislatore ha voluto riservare per l'accesso a ciascuna di esse, con lo scopo finale di sottrarre l'affidamento terapeutico alla nuova e più severa disciplina, mantenendo nel contempo le generale regola limitativa di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 5.

4. Tale approccio ermeneutico appare coerente con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale (ordinanza n. 367 del 1995 e sentenza n. 377 del 1997) secondo cui l'affidamento in prova i casi particolari, "pur inserendosi come *species* del *genus* dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, rappresenta una risposta ... differenziata dell'ordinamento penale" che trova la sua giustificazione nella "singolarità della situazione dei suoi destinatari", ossia le persone tossicodipendenti o alcooldipendenti.

Nell'affidamento in prova terapeutico, fondato su presupposti specifici e autonomi (accertato stato di tossicodipendenza e idoneità del programma terapeutico ai fini del recupero del condannato)

assume, quindi, un rilievo preminente la cura dello stato di tossicodipendenza e il recupero da tale condizione.

5. In tale contesto e avuto riguardo alla preminente finalità di recupero sottesa all'istituto disciplinato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94 si spiega la scelta legislativa di non attribuire rilievo all'esito negativo di un'altra misura che, a differenza dell'affidamento terapeutico, non sia modulata sullo stato di tossicodipendenza. In tale ottica assume un peculiare rilievo il divieto di disporre per più di due volte l'affidamento terapeutico, sancito dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, comma 6, a dimostrazione, ancora una volta, del fatto che, con specifico riguardo a tale misura, il legislatore ha ritenuto necessario un autonomo giudizio di bilanciamento, e ha attribuito preminente rilievo allo scopo terapeutico rispetto alla dimostrata inidoneità di un'altra misura analoga in vista a conseguire l'effetto di risocializzazione perseguito.

6. Conclusivamente è possibile affermare che il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dalla L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater*, comma 2, e successive modifiche, non opera per l'affidamento in prova in casi particolari (D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94), atteso che tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa di cui all'art. 58-*quater* cit., che, per il suo carattere restrittivo, non è suscettibile di interpretazione analogica.

7. Per tutte queste ragioni, tenuto conto del rilievo attribuito nell'iter argomentativo dell'ordinanza impugnata all'interpretazione analogica della L. n. 354 del 1975, art. 58-*quater*, s'impone l'annullamento della stessa e il rinvio per nuovo esame al Tribunale di sorveglianza di Milano.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Milano.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 3 marzo 2010.
Depositato in Cancelleria il 12 aprile 2010.

Possibili le misure terapeutiche in alternativa al carcere per i condannati tossicodipendenti nel caso di revoca di precedente misura: il *revirement* della Cassazione riapre una dibattuta questione.

SOMMARIO: 1. La più recente giurisprudenza della Corte conferma il *revirement*. 2. L'orientamento contrapposto. 3. Una lettura alternativa della disciplina delle preclusioni alla concessione delle misure "terapeutiche". 4. Il quadro emergente delle preclusioni con riguardo alle misure "terapeutiche". 5. L'applicazione costituzionalmente orientata delle preclusioni in materia di benefici penitenziari. 6. Conclusioni.

1. La più recente giurisprudenza della Corte conferma il revirement.

Con un nuovo arresto a breve distanza da analoga pronuncia resa su un caso analogo¹, la Cassazione ritorna sulla controversa interpretazione sull'applicazione della preclusione stabilita dall'art. 58-*quater*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario, d'ora in poi, O.P.)², in relazione a istanze di concessione dell'affidamento "in casi particolari" per condannati alcoldipendenti o tossicodipendenti (art. 94, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309)³, nel caso di precedente revoca di altra misura alternativa alla detenzione, ribadendo l'opzione interpretativa secondo cui, in stretta aderenza al tenore letterale della disposizione restrittiva in esame, il divieto di una nuova concessione non opera nel caso di affidamento "terapeutico".

La Suprema Corte ha confermato l'avviato *revirement*, riattualizzando il principio – già espresso nelle prime decisioni seguite all'introduzione della controversa disposizione – che la portata preclusiva della norma *de qua* non può estendersi oltre i casi

¹ Il riferimento è a Cass. Sez. I, 27.01.2010, n. 3476, rv. 245692, P.G. in proc. Bonillo, in *Ced Cass.*

² La norma restrittiva è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

³ Il quadro normativo concernente i presupposti per l'affidamento a scopo terapeutico è mutato per effetto delle modifiche introdotte, nel testo dell'art. 94, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 4-*undecies* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 303", convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49. Per una ricostruzione dell'istituto, anche in chiave diacronica, cfr. PRESUTTI in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, 2000, p. 508 ss.

ivi espressamente previsti e, in particolare, non trova applicazione nel caso di una nuova istanza "terapeutica" formulata da chi abbia subito la revoca di un precedente beneficio penitenziario. Pare, dunque, consolidarsi il recupero del primo indirizzo originariamente stabilito, e diviene più evidente il contrasto con l'ermeneutica seguita dall'orientamento contrapposto, che aveva, invece, assunto una posizione ispirata a una lettura coordinata del sistema delle preclusioni, estendendone l'applicabilità al campo delle misure alternative destinate ai condannati tossicodipendenti.

Il tema dello spazio applicativo concesso alle misure "terapeutiche" dal sistema di "filtri" normativi via via introdotti dalla legislazione ispirata alla *zero tolerance*, così attuale alla luce dell'ampio dibattito sulla funzione della pena e sul problema del sovraffollamento carcerario, trascende gli aspetti specifici del caso trattato, e consente di rivolgere lo sguardo allo sviluppo della problematica concernente la perimetrazione del sistema di blocchi normativi, preordinato dal legislatore per limitare l'applicazione dei benefici penitenziari; e alle conseguenti criticità di tale più severa disciplina sotto il profilo dell'armonia con i principi costituzionali che innervano la disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria.

La pronuncia in analisi, nel prendere atto del contrasto interpretativo attualmente vivo sulla questione, ritiene non condivisibile l'indirizzo secondo cui il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione ai sensi della L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 47, comma 11, e art. 58-*quater*, comma 2, opera anche nell'ipotesi di affidamento in prova di cui all'art. 94 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in forza del rinvio generale effettuato dal comma 6 di tale norma alle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

L'iter argomentativo della decisione in rassegna prende le mosse proprio da quest'ultimo profilo, osservando che il detto richiamo opera, quale norma di chiusura della disciplina speciale, rinviando alle disposizioni generali dettate dalla legge penitenziaria «per quanto non diversamente stabilito». Tale clausola di salvezza deve essere intesa nel senso che all'affidamento in casi particolari si applicano tutte le disposizioni dell'ordinamento penitenziario che facciano specifico riferimento «a singoli e diversi istituti in coerenza con il principio che la legge speciale deroga a quella generale, laddove il contrario non sia espressamente stabilito.» Ciò non vale, tuttavia, secondo il più recente indirizzo, a ritenere che tale generico rinvio comprenda anche la disciplina restrittiva prevista dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., poiché tale effetto è

testualmente circoscritto, alla luce della coordinata lettura dei commi 1 e 2 della medesima norma, all'affidamento in prova al servizio sociale; alla detenzione domiciliare e alla semilibertà. Di più: l'espresso riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale «nei casi previsti dall'art. 47», presente nell'art. 58-*quater*, comma 1, cit., appare univocamente diretto a escludere dal proprio alveo applicativo l'altra tipologia di affidamento prevista dall'ordinamento (quello "terapeutico", appunto).

Che all'affidamento di cui all'art. 94, d.p.r. n. 309/90 sia riservata una disciplina di favore e comunque differente da quella generale indurrebbero, del resto, univoci elementi: anzitutto la ricordata interpretazione letterale e logico sistematica del comma 7-*bis* dell'art. 58-*quater*, che, significativamente, fa menzione espressamente del solo l'affidamento in prova al servizio sociale «nei casi previsti dall'art. 47»; e inoltre la differenziata disciplina della sospensione dell'esecuzione della pena prevista dal nuovo testo dell'art. 656, c.p.p., come da ultimo riscritto dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251; dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 e quindi dalla L. n. 49 del 2006.

Tale differente disciplina appare coerente con la finalità di recupero del condannato tossicodipendente, sul piano sociale e terapeutico, che l'ordinamento persegue con la misura di cui all'art. 94, cit., e giustificerebbe la sottrazione dell'affidamento "terapeutico" ai rigori della disciplina delle preclusioni dettata per i casi di affidamento ordinario.

La stessa Corte costituzionale, nell'affermare (ordinanza n. 367 del 1995 e sentenza n. 377 del 1997) la peculiarità dell'affidamento in prova i casi particolari quale risposta "differenziata" dell'ordinamento penale, sottolinea la preminente funzione di strumento terapeutico della misura⁴.

⁴ Il riferimento è a Corte cost., 26.11 – 5.12.1997, n. 377. In tale arresto, la Corte, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 67, L. 24 novembre 1981, n. 689, ha affermato, tra l'altro, che l'affidamento "in casi particolari", pur inserendosi come *species* nel *genus* dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, « rappresenta una "risposta (...) differenziata dell'ordinamento penale" conformata alla (e giustificata dalla) "singolarità della situazione dei suoi destinatari", vale a dire le persone tossicodipendenti o alcolodipendenti (ordinanza n. 367 del 1995). Esso quindi, pur non essendo del tutto estraneo alla logica generale dell'affidamento in prova, quella cioè di perseguire la risocializzazione del condannato attraverso regimi diversi da quello carcerario, si fonda su presupposti e persegue finalità nettamente differenziati. » Da tale premessa deriva, secondo il Giudice delle leggi, che: «Stante la differenza fra i due istituti, non può ritenersi che ogni norma la quale si riferisca all'affidamento in prova, (...) si estenda automaticamente alla diversa ipotesi dell'affidamento in prova del tossicodipendente o dell'alcolodipendente, successivamente introdotta dal legislatore. Dal punto di vista testuale, del resto, l'art.

Con tale complessivo quadro, attesa la peculiare *ratio* dell'istituto di cui all'art. 94, T.U. stup., sarebbe, pertanto, coerente la scelta del legislatore di non attribuire rilevanza *tranchante* all'eventuale esito negativo di un'altra precedente misura che - a differenza dell'affidamento "terapeutico" - non sia finalizzata alla cura dello stato di tossicodipendenza, tenuto anche conto della circostanza che già la stessa disciplina speciale dell'affidamento "in casi particolari" prevede un'autonoma e specifica disposizione che limita a due le possibilità per il condannato di accedere alla detta misura⁵.

In conclusione, secondo l'orientamento in analisi, il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., non opera per l'affidamento in prova in casi particolari, non essendo tale misura espressamente menzionata tra quelle per cui si applica la previsione ostativa ivi indicata e per il divieto di interpretazione analogica di tale disciplina restrittiva.

Le motivazioni poste alla base della decisione in commento riecheggiano la prima giurisprudenza formatasi circa l'ampiezza dello spettro di efficacia delle disposizioni limitative alla concessione dei benefici penitenziari, introdotte con la legislazione emergenziale del 1991, recuperandone pressoché integralmente

94 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, là dove, al sesto comma, contiene una clausola di rinvio "per quanto non diversamente stabilito", si riferisce non già genericamente ad ogni altra norma in materia di affidamento in prova, ma solo alla "disciplina prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla legge 10 giugno 1986, n. 663" (come, parimenti, si riferiva alla "disciplina prevista dalla presente legge" l'art. 47-*bis* della legge n. 354 del 1975).»

⁵ Cfr. l'analogo ragionamento svolto in Corte cost. n. 377/97, *cit.* : «nel caso dell'affidamento "terapeutico" di persona tossicodipendente o alcolodipendente, da un lato, la *ratio* legislativa è nel senso di una preminenza data dalla norma all'intento di cura dello stato di dipendenza, donde l'essenzialità del programma di recupero come contenuto della misura: intento che mal si presta ad essere paralizzato dall'esito negativo di una "prova" di tutt'altro genere, in nulla "mirata" sul medesimo stato di dipendenza, qual è, in sostanza, l'applicazione della pena sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata. Dall'altro lato, soprattutto, il legislatore ha compiuto una autonoma valutazione dei limiti di ripetibilità di questa particolare "prova", sancendo il divieto di disporre questa forma di affidamento "più di due volte" (art. 94, comma 5, del testo unico sugli stupefacenti; e già prima art. 47-*bis*, comma 7, dell'ordinamento penitenziario). Con questa autonoma valutazione, intesa a bilanciare la preminenza dello scopo terapeutico con la constatazione eventuale della inidoneità della prova a conseguire l'effetto di risocializzazione perseguito, mal si concilia un rigido divieto, quale quello che conseguirebbe all'applicazione dell'art. 67 della legge n. 689 del 1981, di concedere anche una sola volta l'affidamento "speciale", in conseguenza (automatica) dell'esito negativo di una "prova" affatto diversa ed estranea al percorso terapeutico che caratterizza l'istituto in questione.»

il percorso argomentativo⁶. A tale indirizzo, che pare dunque conoscere una sorta di “seconda giovinezza”, se ne era sovrapposto – come si è anticipato – un secondo che appariva prevalente e in via di definitivo consolidamento, tanto che la stessa prassi giudiziaria aveva progressivamente finito per adeguarvisi, con l’effetto che le corti di merito si sono trovate – per così dire – “prese in contropiede” dall’improvviso *revirement* della Suprema Corte.

2. *L’orientamento contrapposto.*

L’indirizzo che sembrava consolidarsi, infatti, individua la regola applicabile alla fattispecie in esame attraverso un doppio richiamo: operato, rispettivamente, dall’art. 94, comma 6, T.U. stup., alla disciplina prevista dall’art. 47, L. n. 354/75; e da quest’ultimo all’art. 58-*quater*, della medesima legge⁷. Tali rimandi, letti sinotticamente, convergono – secondo questa opinione – a delineare gli effetti della intervenuta revoca dell’affidamento ordinario, per quanto concerne l’affidamento “terapeutico”, in termini del tutto analoghi a quelli valevoli per le misure alternative comuni previste dall’ordinamento penitenziario, con la conseguenza che, anche nel caso di istanza di misura “terapeutica”, scatterebbe la preclusione triennale a ulteriori applicazioni, come stabilito nella disposizione dell’art. 58-*quater*, cit.

Si tratta di tesi che desta non poche riserve sotto articolati profili, come subito si dirà.

Anzitutto, l’indirizzo favorevole all’applicazione delle preclusioni di cui all’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., appare piuttosto disomogeneo. Un primo precedente, infatti, ha affermato la legittimità della declaratoria di inammissibilità, formulata sulla base dell’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., delle istanze di affidamento in prova, semilibertà e detenzione domiciliare proposte da un condannato nei cui confronti era intervenuta la revoca della misura

⁶ Secondo Cass., Sez. I, 14.11.2001, n.40517, Mura, rv. 220239, in *Ced Cass.*, «Il divieto di concessione di benefici penitenziari al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, previsto dall’art.58-*quater*, comma 2, della legge 26/7/1975, n. 354, non opera per l’affidamento in prova in casi particolari di cui all’art. 94 del d.p.r. 9/10/1990, n. 309 (T.U. in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope), in quanto tale misura alternativa alla detenzione non è espressamente menzionata nelle disposizioni ostative del citato art. 58-*quater* che, per il loro carattere restrittivo, non sono suscettibili di applicazione analogica.» Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. I, 6.2.2003, Mangione, rv. 223579, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, rv. 230502, in *Ced Cass.*

⁷ Seguono tale orientamento Cass., Sez. I, 19.7.2007, n.29143, Cerretani, rv. 237332, in *Ced Cass e in Cass.Pen.*, 2009, 4, p. 1192; Cass., Sez. I, 28.6.2005, n. 24371, Mei, rv. 232113, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 10.3.2009, n. 13607, Conti, rv. 243497, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 6.7.2007, n. 29143, rv. 237332, in *Ced Cass.*

di cui all'art. 94, T.U. stup., precedentemente concessa, senza attendere il decorso del termine previsto dall'art. 58-*quater*, comma 3, O.P.⁸

In tale arresto, la Cassazione ha formulato alcune importanti considerazioni di carattere sistematico, che si collocano, per il vero, in senso antitetico alla tesi della piana applicabilità della disciplina restrittiva alle misure "terapeutiche": vi si afferma, in particolare, che è del tutto coerente, alla luce della *ratio* tesa al recupero del tossicodipendente che permea tutto il d.p.r. n. 309/1990, consentire senza limiti (dunque, anche in caso di fallimento di una misura ordinaria precedentemente disposta), la concessione dell'affidamento in casi particolari, e non ammettere l'ipotesi contraria, poichè nessuna ragione desumibile dal sistema giustifica, una volta fallito l'affidamento "terapeutico", la concessione di un affidamento ordinario o di altra misura aspecifica prima del decorso del triennio.

Un secondo precedente⁹, senz'altro più coerente con la tesi in esame, afferma che all'affidamento in casi particolari si applica la disposizione in tema di revoca di cui all'art. 47 comma 11, O.P. e, conseguentemente, il divieto di nuova concessione previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P. (che scatta in tutti i casi in cui sia stata disposta la revoca del beneficio ai sensi dell'art. 47 comma 11, cit.)¹⁰ e, discostandosi espressamente dall'unico precedente¹¹, afferma di non condividere l'assunto per il quale il divieto *de quo* non opererebbe per l'affidamento in prova in casi particolari, non essendo tale misura menzionata nell'articolo medesimo e non essendo le disposizioni restrittive suscettibili di interpretazione analogica, «e ciò perché (...) tale tesi non tiene conto del richiamo di cui all'art. 94 comma 6 D.P.R. 309/90 e perché, conseguentemente, è del tutto inconferente il riferimento al divieto di interpretazione analogica delle disposizioni restrittive.»¹²

⁸ Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, *cit.*

⁹ Cass., Sez. I, 28.6.2005, n. 24371, Mei, *cit.*

¹⁰ Il divieto di concessione di benefici penitenziari, previsto dall'art. 58-*quater*, comma 2, O.P. per il «condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6 e dell'art. 51, comma 1» del medesimo ordinamento, opera con riguardo a qualsiasi condannato, indipendentemente dal titolo del reato cui la condanna si riferisce, e non con riguardo soltanto ai condannati per taluno dei reati di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, cui si riferisce il comma 1 del citato art. 58-*quater* (Cass., Sez. I, 30.9.1996, Diofebo, rv. 205704, in *Ced. Cass.* e in *Mass. Foro it.*, Rep. 1996, voce Ordinamento penitenziario, n. 67).

¹¹ Cass., Sez. I, 14.1.2001, n. 40517, Mura, *cit.*

¹² Cfr. Cass., Sez. I, 6.10.2004, n. 46227, Tatone, *cit.* Secondo tale arresto, anche nel caso di affidamento di persona tossicodipendente, la revoca del beneficio

Il tenore della disposizione dell'art.58-*quater*, comma 2, O.P., il quale stabilisce che il divieto di concessione triennale si applica anche nei casi di revoca di una misura alternativa «ai sensi dell'art. 47, comma 11» della l. 26 luglio 1975, n. 354, ha – secondo il detto orientamento – portata generale e, stante il rinvio operato dall'art. 94, comma 6, d.p.r. 309/90, è applicabile anche con riferimento alla richiesta di affidamento in caso di soggetti tossicodipendenti. Tale assunto si fonda sulla premessa logico-sistematica secondo cui la revoca del beneficio, anche nel caso si tratti di affidamento in casi particolari, è sempre disposta ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P.¹³

In effetti, la disciplina speciale contenuta nel T.U. stup. non contiene una regolamentazione specifica delle ipotesi di revoca dell'affidamento in casi particolari (mentre è oggetto di specifica regolamentazione l'ipotesi di revoca del beneficio della sospensione della pena di cui all'art. 90, d.p.r. n. 309/90). Ne deriva che così che, nel rinvio operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., alle disposizioni della L. n. 354/75, deve ritenersi compreso l'istituto della revoca della misura, come normato dall'art. 47, comma 11, O.P. A sua volta, l'art. 58-*quater*, O.P., espressamente richiama la detta ipotesi di revoca quale condizione che fa scattare le preclusioni alla concessione di nuovi benefici.

Fino a questo punto, la traccia interpretativa appare abbastanza nitida. Assai meno persuasiva è l'ulteriore affermazione – priva di convincente svolgimento motivazionale – che il richiamo operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., eliderebbe *tout court* il divieto di interpretazione analogica della disposizione restrittiva di cui all'art. 58-*quater*, O.P., che costituisce, invece, una coordinata ermeneutica di valenza generale, laddove il *leading case* nella materia in esame – con motivazione ben più articolata – aveva censurato la declaratoria di inammissibilità, *ex art. 58-*quater*, cit.*, dell'istanza di affidamento in prova in casi particolari formulata da un condannato nei cui confronti era stato revocato il beneficio della detenzione domiciliare.

Con tale primo arresto, la Cassazione aveva – come si è già detto – stabilito che le disposizioni di carattere restrittivo di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 58-*quater* non prevedono, nella tassativa elencazione dei benefici che non possono più essere concessi al condannato che abbia posto in essere determinate condotte, l'affidamento in

dell'affidamento è disposta ai sensi dell'art. 47, comma primo, O.P., ed opera per l'effetto come divieto preclusivo ai sensi dell'art.58-*quater*, O.P. nei riguardi di ulteriori benefici.

¹³ Cass., Sez. I, n. 46227/04, *cit.*; cfr. anche Cass., Sez. I, 11.05.2005, n. 24371, *rv.232113*, in *Ced Cass.*

prova “terapeutico” di cui all’art. 94, T.U. stup., osservando che il legislatore ha avuto cura di bene specificare, con il riferimento normativo, che si tratta dell’istituto applicabile «nei casi previsti dall’art. 47» dell’ordinamento penitenziario, escludendo *a contrario* quello “terapeutico”¹⁴.

3. *Una lettura alternativa della disciplina delle preclusioni alla concessione delle misure “terapeutiche”.* -

La non persuasività dei precedenti richiamati dalla Corte non costituisce, peraltro, l’unico elemento che porta a dissentire dalla ricostruzione operata dall’indirizzo giurisprudenziale che oggi pare superato dalla più recente giurisprudenza.

L’ulteriore punto di perplessità concerne il tenore della concatenazione normativa che viene sinteticamente tracciata nell’orientamento favorevole all’estensione delle preclusioni dell’art. 58-*quater*, comma 2, O.P., all’affidamento in prova in casi particolari.

L’art. 94, T.U. stup., infatti, richiama espressamente la disciplina di cui all’art. 47, O.P., in due soli punti: precisamente, ai commi 4 e 6-*bis*, in entrambi i casi, riferendosi a profili particolari (a es. alle prescrizioni) della misura ordinaria e non alla disciplina generale di tale istituto, mentre nel testo dell’art. 47, cit., non vi è alcun accenno alla disposizione dell’art. 58-*quater*, O.P. A cercare di seguire tale percorso, in definitiva, si finisce in una sorta di vicolo cieco interpretativo.

Merita, piuttosto, di esaminare la tesi che pone al centro del ragionamento interpretativo la disposizione di cui all’art. 94, comma 6, T.U. stup., laddove stabilisce – con formula ampia, che «si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dalla L. 26 luglio 1975, n. 354», così schiudendo, secondo la sopra ricordata opinione, la possibilità di estendere alle misure “terapeutiche” la disciplina delle preclusioni stabilita per le misure alternative ordinarie.

Si tratta di una norma di chiusura, e tale veste è suggerita non soltanto dal suo tenore letterale bensì dalla stessa collocazione all’interno dell’art. 94, cit., dacché ne costituiva, nell’originaria formulazione, l’ultimo comma¹⁵.

A tale configurazione segue che tale esteso rimando deve essere

¹⁴ Cass. Sez. I, 14.11.2001, n. 40517, Mura, cit.

¹⁵ I commi successivi, che compaiono nell’attuale versione della norma in esame, sono stati aggiunti dall’art. *undecies*, comma 1, lett. e), del d.l. 30.12.2005, n. 272, conv. dalla l. 21.2.2006, n. 49.

inteso come una clausola onnicomprensiva, ma generica, di rinvio, per tutto quanto non espressamente regolato dalla normativa speciale in materia di stupefacenti, alla disciplina generale dettata dalla legge n. 354/75 per le (altre) misure alternative alla detenzione.

Dalla specificità della *ratio* sottesa all'istituto dell'affidamento "terapeutico", nell'accezione sopra richiamata deriva, inoltre, che deve escludersi che ogni disposizione relativa all'affidamento ordinario possa estendersi automaticamente all'affidamento in prova del tossicodipendente¹⁶.

Tale considerazione è confortata dall'evidenza che, pur senza negare gli elementi di affinità che connotano le due *species* di affidamento in prova (anche in virtù del già ricordato rinvio generico operato dalla disciplina "speciale" a quella ordinaria), si tratta pur sempre di istituti profondamente differenti, tanto per le condizioni che ne consentono l'applicazione quanto, sopra tutto, per le differenti finalità che ne caratterizzano la disciplina; e che di tali peculiari elementi caratterizzanti, frutto della scelta di politica legislativa di favorire nel caso di condannati tossicodipendenti, il recupero della persona piuttosto che la punizione del colpevole, non può non tenersi conto nel momento di applicare istituti di sfavore introdotti nella disciplina generale¹⁷.

¹⁶ Così si è espressa la più autorevole giurisprudenza: cfr. Corte cost., sent. 26.11 – 5.12.1997, n. 377, *cit.*; SS.UU., Iacono, *cit.* alla nota seguente, secondo cui: « *Alla peculiarità dei presupposti dell'affidamento terapeutico corrisponde la specificità della finalità perseguita dall'istituto, nel quale, accanto al generico scopo rieducativo proprio di ogni misura alternativa alla detenzione, è di determinante preminenza la finalità terapeutica di recupero e di liberazione dalla tossicodipendenza, onde deve escludersi che ogni norma relativa all'affidamento ordinario possa estendersi automaticamente all'affidamento in prova del tossicodipendente* (Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 377). »

¹⁷ La Corte costituzionale con la ricordata sentenza n. 377 del 1997, ha chiarito che l'affidamento "in casi particolari", di cui al citato art. 94, pur originando quale *species* dall'istituto dell'affidamento in prova già previsto dall'ordinamento penitenziario, rappresenta una risposta differenziata dell'ordinamento penale, giustificata dalla singolarità della situazione dei suoi destinatari cui è specificamente diretta (sull'arresto costituzionale n. 377/97, cfr. *amplius* note 4) e 5). Anche la Cassazione si era prevalentemente indirizzata a ritenere i due istituti *species* differenti: cfr. Cass., Sez. I, 11.10.1996, in *Cass.Pen.*, 1997, 2848. In base al rilievo che la materia è disciplinata in maniera completa ed autonoma dallo specifico testo legislativo in materia di tossicodipendenza, la prevalente giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto la misura alternativa in esso prevista sottratta alle preclusioni di cui all'art. 4-bis, O.P. (Cass., Sez. I, 17.4.1998, Bruzzone, rv. 202313, in *Ced Cass.*). L'approdo ermeneutico è stato definitivamente recepito dalle modifiche poi introdotte dalla legge 27 maggio 1998, n. 165, che ha anche formalmente abrogato la disposizione dell'art. 47-bis, O.P., che originariamente prevedeva l'affidamento "terapeutico" (in tema, cfr. Cass. Sez. I, 4.05.1999, De Felice, rv. 213837, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 3.02.1999, P.G. in proc. Pontillo, rv 212263, in *Ced Cass.*, e, più di recente, SS.UU., 27.06.2001, n.29025 Iacono, rv 219227, in *Ced Cass.* In dottrina, cfr. AMATO, 1995: 281; GUZZALOCA, 1998:483.

Questo primo approdo non pare in contrasto con la condivisibile affermazione che, essendo applicabile all'affidamento "terapeutico" la disciplina generale dettata dalla legge sull'ordinamento penitenziario e, dunque, essendo la revoca della misura "terapeutica" pronunciata ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P., ne deriva l'applicazione dell'art. 58-*quater*, comma 2, della medesima legge, che, in effetti, stabilisce a sua volta che tale effetto preclusivo si verifica nel caso di «revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6 o dell'art. 51, primo comma.»

Lo snodo cruciale è, infatti, se all'affidamento "terapeutico" si applichino non soltanto le disposizioni che stabiliscono *i casi di revoca*, bensì anche quelle che introducono preclusioni restrittive sulla base dell'intervenuta revoca (in altri termini: *gli effetti della revoca*).

Il dubbio interpretativo pare doversi risolvere in coerenza con la lettura stretta della norma preclusiva contenuta nella disciplina per le misure ordinarie, nel senso, cioè, che mentre i casi di revoca stabiliti per l'affidamento ordinario (art. 47, comma 11, O.P.) sono applicabili anche alla misura a connotazione "terapeutica"; gli effetti preclusivi che a tale negativo evento sono ricondotti dall'art. 58-*quater* della legge penitenziaria sono neutralizzati dalla ermeneutica restrittiva imposta dal carattere ablativo di detta disposizione.

L'interpretazione stretta sui limiti all'operatività, che si adotta pacificamente in relazione alla disposizione di cui all'art. 58-*quater*, cit., per i casi ordinari non v'è ragione non sia ribadita anche nel momento in cui essa si applica, in forza del già rammentato generico richiamo operato dall'art. 94, comma 6, T.U. stup., all'affidamento in casi particolari.

Sembra confortare tale conclusione l'osservazione che la disciplina speciale di cui al T.U. n. 309/90 già prevede gli effetti di plurime, precedenti concessioni delle misure "terapeutiche", vietando che le medesime siano concesse più di due volte (art. 94, comma 5, T.U. stup.). Richiamando lo svolgimento che precede, dunque, potrebbe revocarsi in dubbio che la legge generale successiva (che ha introdotto le preclusioni di cui all'art. 58-*quater*, O.P.) possa aver modificato la precedente disciplina speciale concernente gli effetti di precedenti concessioni di benefici (benché, a tutto considerare, la disposizione dell'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., ponga una preclusione temporalmente circoscritta – tre anni – rispetto al ben più drastico divieto di concedere più di due volte al condannato l'affidamento "in casi particolari", così che le due norme

parrebbero operare su piani differenti e – in questa prospettiva – non inconciliabili dal punto di vista logico e giuridico)¹⁸.

4. *Il quadro emergente delle preclusioni con riguardo alle misure "terapeutiche"*.

In definitiva, come pare suggerito dalla precisione dispiegata dal legislatore, il divieto triennale di concessione di un nuovo beneficio, di cui all'art. 58-*quater*, O.P., si riferisce solo alle istanze di benefici ordinari, quelli, cioè, *nominatim* indicati.

Che esclusivamente a tali misure il legislatore intendesse riferirsi è confermato dal tenore del comma 1 della norma in esame, ove, con puntigliosità coerente con il carattere ablativo della disciplina, il dettato normativo fa riferimento proprio e soltanto - per quanto in questa sede interessa - all' "affidamento in prova al servizio sociale, *nei casi previsti dall'art. 47* [il corsivo è dell'A.]", cioè a quello ordinario, di cui la misura "terapeutica" costituisce una differenziata tipologia.

La soluzione ispirata dal dato letterale trova, del resto,

¹⁸ I rapporti tra il limite di due applicazioni della misura "terapeutica" (art. 94, comma 5, T.U. stup.) e le preclusioni di cui all'art. 58-*quater*, O.P., sono stati scandagliati dalla ricordata sentenza costituzionale n. 377/97. Secondo il richiamato arresto, il limite delle due applicazioni è coesistente alla *ratio* dell'affidamento speciale, valendo a «bilanciare la preminenza dello scopo terapeutico con la constatazione eventuale della inidoneità della prova a conseguire l'effetto di risocializzazione perseguito» (e per questa ragione mal si concilierebbe con una preclusione assoluta derivante dalla particolare "genesì" del titolo detentivo). Si veda in tema, CORBI, 1986, 1110, che ritiene «ingiustificata» la disposizione. In generale, si ritiene che la peculiare finalità dell'affidamento previsto dall'art. 94 del d.p.r. n.309/90 che, oltre a perseguire il generico scopo di rieducazione, comune ad ogni misura alternativa, è precipuamente mirato al recupero terapeutico e alla liberazione dalla tossicodipendenza del condannato, e che in ciò trovi giustificazione « il divieto di disporre l'affidamento terapeutico più di due volte: disposizione che, da una parte, risulta di maggior favore rispetto al limite generale stabilito per le ordinarie misure alternative dall'art. 58-*quater*, comma 2, ord. pen. e, d'altra parte, è giustificata dalla verificata assenza di ragionevoli prospettive di utile sperimentazione dello speciale trattamento alternativo» (Cass. I, 11.6.03, n. 25329, rv. 225201, Gallano, in *Ced. Cass.* del 2003, inedita). Nella giurisprudenza di legittimità, prevale autorevole indicazione di SS.UU. 27.06.2001, n.29025 Iacono, rv. 219227, *cit.*: «La disamina della disciplina giuridica dei due istituti offre una dimostrazione univoca della specialità del particolare affidamento previsto dall'art. 94 del D.P.R. n. 309/90. Questo è connotato, anzitutto, dalla diversa ampiezza del limite della pena da espiare, fissato in quattro anni e non in tre anni come per l'affidamento ordinario (v. artt. 94 D.P.R. cit., 47 ord. pen. e 656 c.p.p.), dalla possibilità di applicazione per due volte (e, quindi, dalla non estensione del divieto di cui all'art. 58-*quater*, comma 2, ord. pen.) e dalla inoperatività - secondo un determinato indirizzo giurisprudenziale condiviso in dottrina - del divieto di applicare la misura alternativa speciale al tossicodipendente condannato per uno dei reati indicati nell'art. 4-bis ord. pen. (Cass., Sez. I, 4 maggio 1999, De Felice, rv. 213837; Cass., Sez. I, 15 dicembre 1998, Pontillo, rv. 212263).» Nel senso dell'autonomia dell'istituto di cui all'art. 94, T.U. stup., è la prevalente dottrina: RONCO 1993.

conforto nel riferimento alla *ratio* perseguita dal legislatore che, nell'introdurre le restrizioni di cui all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, O.P., ha utilizzato esattamente, *et pour cause*, la stessa dizione sopra vista, all'evidente scopo di sottrarre l'affidamento "terapeutico" alla più severa disciplina di nuovo conio (non a caso, è stata mantenuta in vigore la disposizione dell'art. 94, comma 5, T.U. stup.).

Asostenere il contrario, si arriverebbe, a tacer d'altro, alla illogica conseguenza di applicare una medesima norma interpretandone il contenuto in senso restrittivo per i condannati comuni e in senso estensivo per i soggetti tossicodipendenti, con fin troppo evidenti forzature del sistema.

Pare dunque ne consegua, sul piano degli effetti ablativi della revoca di precedente misura alternativa previste dall'art. 58-*quater*, O.P., e con riferimento al caso dell'affidamento in casi particolari, la seguente sistematizzazione: mentre la revoca di una misura a carattere terapeutico influirà negativamente ai fini della concessione di un nuovo beneficio ordinario (la misura "terapeutica", infatti, è revocata, per quanto sopra detto, ai sensi dell'art. 47, comma 11, O.P., fattispecie sussunta dalla norma stabilita nell'art. 58-*quater*, comma 2, O.P., ai fini di precludere la concessione dei benefici penitenziari tassativamente indicati nel comma 1 della medesima disposizione (precludendo quindi l'applicazione, a es. dell'affidamento ordinario, o della detenzione domiciliare); non vale l'ipotesi contraria.

Stante, infatti, la stretta interpretazione del citato art. 58-*quater*, deve ritenersi che la revoca di precedente misura - non importa se "terapeutica" ovvero ordinaria - non espliciti i negativi effetti già rammentati se non con riferimento alle misure *nominatim* menzionate, tra cui non compare l'affidamento in casi particolari, che - se ne deve concludere - rimane estraneo alla disciplina restrittiva stabilita per le misure ordinarie¹⁹.

Tale ricostruzione dell'ambito di operatività di cui all'art. 58-*quater*, O.P., sembra, peraltro, plausibile sul piano sistematico, con riferimento alla peculiare normativa in materia di benefici penitenziari riservati ai condannati tossicodipendenti, che è stata espressamente sottratta dal legislatore alla ventata rigorista che - a più riprese - ha introdotto estese preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari ordinari per determinate categorie di condannati.

In questa prospettiva, la lettura sopra proposta che, in buona

¹⁹ È questa, del resto, la corrente interpretazione dell'altra norma ablativa presente nell'ordinamento penitenziario (l'art. 4-*bis*), che pacificamente non si ritiene ostativa in relazione alle misure terapeutiche, ivi non indicate. In questo senso cfr. Cass., Sez. I, 3.2.1999, P.G. in proc. Pontillo, rv 212263, *cit*.

sostanza, sottrae i benefici a più spiccata connotazione terapeutica allo sbarramento della preclusione triennale sancita per i casi ordinari dalla norma dell'art. 58-*quater*, cit., pare convincente per un duplice ordine di argomenti.

Su un piano generale appare, infatti, coerente con l'opportunità di limitare ai casi espressamente indicati dal legislatore l'effetto ablativo, stabilito, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, sulla base di una valutazione legale di immeritevolezza, che sottrae al giudice la discrezionalità connessa al potere-dovere di verificare, caso per caso, la meritevolezza del condannato, così ponendosi, per molti interpreti, in contrasto con i canoni costituzionali e, in particolare, con i principi stabiliti negli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

La proposta sistemazione sembra inoltre maggiormente rispettosa della ricordata volontà del legislatore di sottrarre l'esecuzione penale nei confronti dei tossicodipendenti ai rigori delle preclusioni legali sopra richiamate, così emblematicamente palesata dal legislatore con l'abrogazione, *re melius perpensa*, della norma restrittiva di cui all'art. 94-*bis*, del d.p.r. n. 309/90²⁰.

Merita di osservare, in conclusione, che la ravvisata ammissibilità di istanze "terapeutiche" formulate da soggetti che hanno subito la revoca di un precedente beneficio rende ancor più pressante l'esigenza di una approfondita e pregnante valutazione del merito dell'istanza, in particolare sotto il profilo della verifica da parte del giudice della idoneità della misura richiesta a elidere il pericolo di recidiva. Tale disamina appare ancor più imprescindibile nel momento in cui non si ritiene operante, nella fattispecie, la preclusione derivante dalla valutazione legale di "inaffidabilità" introdotta dal legislatore con la disposizione dell'art. 58-*quater*, O.P.²¹

²⁰ L'art. 94-*bis*, T.U. stup., introdotto con l'art. 8 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge "ex-Cirielli"), è stato abrogato per effetto dell'art. 4 del d.l. n. 272/05, conv. dalla l. n. 49/2006, sulla considerazione che - per usare le parole della relazione sul disegno di legge - nei confronti dei condannati tossicodipendenti «il maggior rigore nell'applicazione dei benefici si tradurrebbe in una limitazione alle opportunità di "presa in carico" da parte dei servizi alternativi e di conseguente prospettiva di cura, riabilitazione e reinserimento sociale e lavorativo. Peraltro, occorre ancora sottolineare che mantenere nell'ordinamento penale il citato articolo 94-*bis* determinerebbe la permanenza nelle strutture carcerarie di un cospicuo numero di persone con accertata dipendenza da alcool e droghe, con gli inevitabili problemi di gestione degli istituti carcerari, già gravati dalla nota sovrappopolazione». Cfr. in tema GUZZALOCA, 2007:321.

²¹ «La *ratio* della norma è chiara volendo il legislatore impedire a un soggetto che si è dimostrato inaffidabile per aver violato le prescrizioni imposte con una misura alternativa che lo stesso benefici, almeno nel periodo detto, di una misura analoga che presuppone un atteggiamento da parte del beneficiario di adesione alla misura imposta»

5. *L'applicazione costituzionalmente orientata delle preclusioni in materia di benefici penitenziari.*

L'esigenza di una lettura costituzionalmente orientata delle preclusioni introdotte nella legge sull'ordinamento penitenziario dalla legislazione di questi ultimi anni si affaccia, del resto, nella più recente giurisprudenza. Con riferimento proprio alla norma dell'art. 58-*quater*, O.P., come rimodellata dalla l. n. 251/05 (c.d. "legge *ex-Cirielli*"), l'indirizzo prevalente ritiene non assoluto il divieto di concessione di una nuova misura alternativa nei confronti di coloro che siano stati riconosciuti responsabili del delitto di evasione. È stata, infatti, disattesa, l'opzione interpretativa secondo cui la condanna per il delitto in esame sia automaticamente preclusiva della possibilità di concessione di benefici penitenziari²².

Nello stesso senso, la Cassazione ha ritenuto che il divieto di plurima concessione di benefici al condannato cui sia stata applicata con il titolo in esecuzione la recidiva *ex* art. 99 c.p., comma 4, (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, modificato dall'art. 7, comma 7, l. 5 dicembre 2005, n. 251) non opera automaticamente, a prescindere, cioè, da qualsiasi valutazione in ordine all'avvenuta realizzazione di tutte le condizioni per usufruire di un differente beneficio richiesto²³.

Tale convergente orientamento interpretativo della portata applicativa delle preclusioni contenute nell'attuale tenore dell'art. 58-*quater*, O.P., origina dalle coordinate ermeneutiche di livello costituzionale, così come decodificate dalle più recenti decisioni della Consulta, che lasciano intravedere "una trama interpretativa

(Cass., Sez. I, 12.2.2009, n. 6123, in *Ced Cass.*). La giurisprudenza si è, de resto, già espressa più volte ribadendo il principio che la pericolosità rende inidonea la misura di cui all'art. 94, d.p.r. n. 309/1990: « Il legislatore, con la L. n. 49 del 2006, proprio in riferimento all'istituto dell'affidamento terapeutico, disciplinato dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 94, prevede al comma 4 che tale programma debba assicurare la prevenzione dei reati, così uniformandosi alla giurisprudenza di questa Corte, che più volte aveva segnalato come il giudice, ben lungi dall'accettare supinamente il programma stesso, dovesse valutare la pericolosità del condannato, la sua attitudine ad intraprendere positivamente un trattamento, al fine di garantire un effettivo reinserimento nel consorzio civile» (Cass., Sez. I, 4.4.2001, Di Pasqua, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 25.5.2006, n. 18517, in *Ced Cass.*).

²² Cfr. Cass., Sez. I, 28.5.2009, n. 22368, rv. 244130, secondo cui, in base ad una lettura in senso costituzionale della L. n. 251 del 2005, art. 7, comma 6, che ha novellato l'art. 58-*quater*, comma 1, della L. n. 354 del 1975, «la condanna per il delitto di evasione non è automaticamente preclusiva della possibilità di concessione di benefici penitenziari (...), dovendo il giudice impegnarsi nell'esame approfondito della personalità del condannato e sulla sua effettiva, perdurante, pericolosità sociale, oltre che sulla verifica della sussistenza di tutte le condizioni richieste per la concessione del beneficio.»

²³ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2007, n. 4688, rv. 236621, in *Ced Cass.*

unitaria, in base alla quale l'automatica preclusione dell'accesso ai benefici penitenziari in ragione di una scelta general-preventiva si porrebbe in evidente contrasto con la finalità rieducativa della pena e vanificherebbe i principi di proporzione e di individualizzazione della stessa che caratterizzano il trattamento penitenziario."²⁴

Ne deriva, secondo tale affermato indirizzo, che le coordinate costituzionali sopra richiamate configurano la portata delle preclusioni in esame nel senso che, in presenza delle condizioni sussunte dalla norma dell'art. 58-*quater*, O.P., il giudice debba svolgere «... un'analisi particolarmente approfondita sulla personalità del condannato, sulla sua effettiva e perdurante pericolosità sociale alla luce delle condotte (...) rilevanti ed oggetto di accertamento definitivo, sui progressi trattamentali compiuti e il grado di rieducazione raggiunto.»²⁵

6. Conclusioni.

Resta ora svolgere qualche considerazione, suggerita dalla perdurante incertezza in materia di disposizioni restrittive alla concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei soggetti tossicodipendenti, così evidente nella esaminata giurisprudenza che si è pronunciata sulla *vexata quaestio*.

Su un piano generale, l'introduzione ad opera del legislatore di "filtri" destinati ad operare automaticamente sulla base di valutazioni legali di "pericolosità", nella fase dell'accesso di determinate categorie di condannati alle misure extramurarie, è il frutto di una scelta politica avversata tanto in giurisprudenza quanto in dottrina²⁶.

²⁴ Tali principi generali sono stati recepiti in due recenti decisioni delle Sezioni Unite (SS.UU. 28.3.2006, ric. Alloussi; SS.UU., 30.5.2006, ric. Aloï, in *Ced Cass.*). In senso coerente con l'opzione indicata dalle Sezioni Unite è la prevalente giurisprudenza delle Sezioni semplici (Cass., Sez. I, 22.10.2009, n. 41956, Bello, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 12.3.2008, Ahmetovic, rv. 240142, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 5.6.1992, n. 1841, D'Onofrio, rv. 190521, in *Ced Cass.*). L'indirizzo contrario, costituito – a quanto consta – da un unico precedente (Cass., Sez. I, 13.2.2007, n. 9719, Taranto, in *Ced Cass.*), risale a epoca antecedente alla parziale declaratoria di incostituzionalità della norma in esame.

²⁵ Cass., Sez. I, 20.11.2009, n. 44669, rv. 245682, in *Ced Cass.*; Cass., Sez. I, 20.11.09, n. 44669, rv. 245682, P.G. in proc. Resta, in *Ced Cass.* Tali decisioni, pur esprimendo principi generali in materia di portata delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari, si riferiscono, precisamente, all'ipotesi di preclusione derivante da condanna dell'interessato per il delitto di evasione.

²⁶ La Corte costituzionale si è reiteratamente espressa nel senso indicato: «la tipizzazione per titoli di reato, non appare lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (sentenze n. 306 del 1993; n. 504 del 1995 e n. 445 del 1997). In dottrina, tra i più recenti, EUSEBI 2007:483; MANNA 2006:830; PADOVANI 2006, 32; ZAFFARONI 2006:757. Su particolari profili cfr. anche LA GRECA 1998:981.

La lettura restrittiva, in questa sede proposta, dei limiti all'applicazione delle valutazioni legali di pericolosità contenute nell'art. 58-*quater*, O.P., evita di stigmatizzare una pericolosità soggettiva, che finirebbe per creare una qualità personale – quella di “detenuto che ha subito la revoca di un beneficio” distinto dai condannati “comuni”, e un correlato regime a *doppio binario* nell'ambito dell'esecuzione penale, reintroducendo – in modo strisciante e in nome di esigenze di tutela della collettività - figure di “delinquente tipico” che devono (dovrebbero) ritenersi bandite dal nostro ordinamento.

La valorizzazione di percorsi penitenziari differenziati sulla base di una valutazione legale di pericolosità sociale (perciò stesso *presunta* e non *concretamente* accertata) contrasterebbe, del resto, con il principio di finalizzazione rieducativa delle pene (art. 27, comma 3, Cost.), il quale postula un meccanismo di rieducazione delle persone condannate a carattere flessibile, poiché collegato all'evoluzione della personalità del singolo condannato e non già rigidamente scandito da preclusioni collegate a determinate condotte o circostanze del passato, per quanto gravi esse si configurino.

Deve essere precisato che, a nostro parere, pur essendo criticabile in via di principio l'utilizzo, da parte del legislatore, di modelli normativi che ritagliano figure di “tipi d'autore”, in contrasto con il principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio e penitenziario, l'esteso regime di preclusioni recentemente introdotte non presta, di per sé, il fianco a censure di incostituzionalità, quantomeno sotto il profilo dell'irrazionalità della scelta legislativa, poiché non sembra costituire manifesta irragionevolezza la valutazione normativa di particolare pericolosità in rapporto ai soggetti indicati nella disposizione in esame e nel conseguente innalzamento dei limiti di pena che occorre avere espiato prima di accedere a istituti che consentono forme di immediato contatto con la società libera.

Quel che pare irrazionale, piuttosto, del meccanismo incentrato sulle figure del “tipo di autore”, è il fatto che esso subordina l'operatività (attuale) di istituti e benefici penitenziari con riferimento esclusivo alla “storia” delinquenziale del soggetto, con una visione – per così dire - strabica della personalità del reo, che guarda solo al passato senza alcun riguardo all'evoluzione della personalità successiva al delitto stigmatizzante, che potrebbe rendere inutilmente punitiva, con riferimento al parametro di cui all'art. 27, comma 3, Cost., la prosecuzione della pena detentiva *in vinculis*.

Censurabile è, ancora, l'assoluta carenza, nella nuova disciplina delle preclusioni, di parametri valutativi che consentano – pur in un quadro di maggior rigore che nel passato – di distinguere e graduare, all'interno di una categoria di detenuti "pericolosi" le singole posizioni, così da inserire il singolo condannato nel percorso rieducativo "individualizzato" prescritto dalla legge (artt.13 e 15, O.P.).

Premminente importanza assumono, allora, a fronte di scelte legislative volte alla generalizzata limitazione dell'accesso ai benefici penitenziari di determinati "delinquenti tipici", l'introduzione, nella medesima fattispecie ablativo-preclusiva, di "elementi individualizzanti", ad evitare l'innescio di automatismi legali dalle maglie così stringenti per il giudice da risolversi nella totale oblitterazione della flessibilità della pena, tratto connaturale alla funzione rieducativa della medesima²⁷.

²⁷ La connotazione di flessibilità della pena detentiva è un tratto peculiare dell'ordinamento vigente in materia di esecuzione penale, caratterizzato da una progressione nella premialità, cui fa da contrappunto una regressione nella medesima in ipotesi di «gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio» (v. sentenza n. 504 del 1995). La giurisprudenza costituzionale è particolarmente feconda di spunti nel senso indicato. Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, la Consulta, con sentenza n. 306 del 1993, dopo avere premesso che il principio di irretroattività dettato, oltre che per la pena, pure per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione «potrebbe meritare una seria riflessione», ha sottolineato che «anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza.» Il legislatore, quindi, nei limiti della ragionevolezza, può fare tendenzialmente prevalere, di volta in volta, le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, oppure quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, comportanti una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione, purché «nessuna di esse ne risulti oblitterata.» In questo contesto, la Corte ha aggiunto che si può parlare di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, soltanto se il sacrificio di una delle componenti sia il "minimo indispensabile" per realizzare il soddisfacimento dell'altra. Nello stesso contesto ha precisato che appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di tipi d'autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Con successiva sentenza n. 173 del 1999, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, O.P., ha affermato che il principio rieducativo nella fase dell'esecuzione penale conserva la sua cogenza anche in presenza di leggi con le quali si ritenga di limitare l'accesso alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata. Nel medesimo solco interpretativo si colloca la sentenza n. 445 del 1997 che, in tema di semilibertà, censura il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione, pur in presenza di un comprovato percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire, in quanto destinato a riprodurre di fatto "un meccanismo a connotazioni sostanzialmente ablativo" e a riprodurre così un'ipotesi di "revoca" non fondata sulla condotta colpevole del condannato.

E certamente tali considerazioni non possono non essere riproposte con maggiore convinzione nella materia della legislazione speciale sul trattamento penitenziario dei condannati

Con la sentenza n. 257 del 2006, la Corte Costituzionale - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*quater*, l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 7, l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata l. n. 251 del 2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto - ha affermato che la preclusione, nei confronti di tali soggetti, alla fruizione di benefici scaturita dal nuovo regime normativo si tradurrebbe in un incoerente arresto dell'*iter* trattamentale, in violazione del principio sancito dall'art. 27, comma 3, Cost. Nella stessa prospettiva, il giudice delle leggi, con sentenza n. 255 del 2006 (richiamata da SS.UU. 30.5.2006, ric. Aloï, *cit.*), ha ribadito i principi di "proporzionalità e di individualizzazione della pena" caratterizzanti il trattamento penitenziario, affermati in precedenti decisioni (Corte Cost., sentenze n. 445 del 1997; n. 504 del 1995; n. 306 del 1993) e riconducibili all'art. 27 Cost., commi 1 e 3, e art. 3 Cost. (sentenze n. 203 del 1991 e n. 50 del 1980), da intendere nel senso che «eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono» (Corte Cost., sentenze n. 349 del 1993 e n. 299 del 1992). Per l'attuazione di tali finalità, costituzionalmente sancite, e in funzione della risocializzazione del reo è, quindi, necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, riconoscere un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (Corte Cost., sentenza n. 504 del 1995). Da ultimo, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, commi 1 e 7 *bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354, , introdotti dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 7, commi 6 e 7, nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata l. n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti, ha affermato che «la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27 Cost., comma 3, deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest'ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione. La massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo. Le diverse valutazioni di carattere generale e preventivo, operate dal legislatore in ordine alla previsione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato. Nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato... Tale interruzione pone nel nulla le positive esperienze già registrate ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione.» In tal modo l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti (sentenza n. 257 del 2006). Nella giurisprudenza di legittimità, tali principi sono richiamati da SS.UU. 28.03.2006, ric. Alloussi, *cit.*, e, recentemente, da Cass., Sez. I, 12.03.2008, Ahmetovic, rv. 240142, *cit.*, e Cass., Sez. I, 28.05.09, n. 22368, rv. 244130, P.G. in proc. Leone, in *Ced Cass.*

tossicodipendenti, dove anche la severità del legislatore dei più recenti interventi normativi in materia di esecuzione penale è stata mitigata dalla consapevolezza della necessità di “curare” piuttosto che “reprimere.”

Lo stesso legislatore, del resto, pare non rinnegare l'opzione di ridurre le esigenze preventive per favorire le opportunità terapeutiche: oltre alla già accennata vicenda che ha portato all'abrogazione dell'art. 94-*bis*, T.U. stup., va ricordato che l'art. 9, l. 5 dicembre 2005, n. 251, incidendo sulla norma-filtro dell'art. 656, c.p.p., pur avendo introdotto nel procedimento di esecuzione un meccanismo selettivo informato alla logica del “tipo d'autore” (caratterizzato da una procedura che impone ai condannati per delitti di particolare gravità o recidivi l'obbligatorio passaggio attraverso l'espiazione di una parte significativa della pena in ambito penitenziario e la correlativa sottoposizione ai più severi limiti di pena per l'accesso alle misure alternative alla detenzione), ha fatto salva l'ipotesi che la condanna riguardi un tossicodipendente che si trovi in comunità o abbia in corso un programma terapeutico di recupero²⁸.

In conclusione, la pronunzia che si è annotata non costituisce soltanto un approdo coerente con il quadro dell'esecuzione penale costituzionalmente orientata, ma rappresenta un punto guadagnato sul fronte della finalità di recupero dei condannati tossicodipendenti che ispira la legislazione speciale ad essi dedicata.

*A cura di Fabio Fiorentin**

²⁸ Cfr. GUZZALOCA, 2007: 417.

* Magistrato

Bibliografia

AMATO G. (1995), *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Laurus Robuffo, Roma.

CORBI F. (1986), *L'affidamento in prova con finalità terapeutica: un nuovo "sostitutivo" della pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*.

EUSEBI L. (2007), *L'assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un "nemico"*, in *Legislazione penale*, II, UTET, Torino.

GUAZZALOCA R. (1998), *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in *Le sostanze stupefacenti*, a cura di INSOLERA, UTET, Torino.

GUAZZALOCA R. (2007), *Commento articolo per articolo, Legge 21.2.2006, n. 49, sub art.4-undecies*, in *Legislazione penale*, II, UTET, Torino.

LA GRECA G. (1998), *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e minorenni*, in *Foro Italiano*, I.

MANNA A. (2006), *La nuova disciplina in tema di stupefacenti e i principi costituzionali in materia penale*, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, Milano.

PADOVANI T. (2006), *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al Diritto*, I.

PRESUTTI A. in GREVI V. – GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (2000), *Ordinamento Penitenziario*, CEDAM, Padova.

RONCO M. (1993), *Stupefacenti*, II, *Dir. Pen.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXX, Roma.

ZAFFARONI E.R. (2006), *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Giuffré, Milano.